

Ab. 78.

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
ein C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der
Königl. Preussischen Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Fünften Theils erste Abtheilung.



E r l a n g e n
verlegt bey Johann Jacob Palm
1 7 9 8.



Lib. II. Tit. XV.
De Transactionibus.

§. 345.

Begriff eines Transacts. Ist der Vergleich ein bloßer Vertrag, oder ein Contract?

Eine Art von Verträgen sind die Vergleiche oder Transacte, welche auch gütliche Verträge genannt werden. Daher haben die Verfasser der Pandecten diese Materie mit der Lehre von Verträgen verbunden. Es ist auch sehr wahrscheinlich, daß der Prätor in seinem Edicte de pactis zugleich von Transactionen gehandelt habe. Noodt ¹⁾ hat dieß wenigstens ganz überzeugend darge-
gethan.

1) In lib. sing. ad edictum praetoris de pactis et transactionibus Cap. 3. Außer Noodt ist die Lehre von Transacten von mehreren Rechtsgelehrten bearbeitet worden. Unter den ältern zeichnen sich *Em. Rom.* VALERONIUS, Ios. URCEOLUS, und Arn. VINNIUS aus, deren Tractatus de transactionibus auch LIPENIUS in Biblioth. reali iurid. sub v. *Transactio* anführt. Unter den neuern sind zu empfehlen: GUNDLING D. singularia de transactionum stabilitate et instabilitate capita contin. *Halae* 1719. rec. 1757. Franc. ALEF Diss. de transactione. *Heidelbergae* 1738. (in *Eius diebus academ. s. Opuscul. Disput. IX.* p. 275. sqq.) und Lebrecht August Kenthe Versuch einer systematischen Erläuterung der Lehre von den Transacten. *Nosstorf* und *Leipzig* 1789. 8. Die Gesetze dieses Titels der Pandecten erläutern GUAJACIUS, FERRETUS, (in *Operib.*) WAECHTER, Glücks Erläut. d. Pand. 7. Th.

A

LER,

gethan. Unter einem Vergleiche versteht man gewöhnlich einen solchen Vertrag, wodurch ein entweder schon wirklich entstandener oder auch nur bevorstehender Rechtsstreit unter den Partheien dadurch beigelegt oder verhütet wird, daß beyde Theile etwas von ihren Forderungen nachlassen. Diesen Begriff nimmt auch unser Verfasser an. Allein daß selbiger viel zu eingeschränkt bestimmt werde, läßt sich leicht erweisen. Zwar ist es immer eine wesentliche Eigenschaft des Vergleichs, daß die Sache oder Forderung ungewiß und zweifelhaft seyn müsse, worüber transigirt wird ²⁾; und es ist auch wohl nicht zu läugnen, daß ein Vergleich gewöhnlich in der Absicht geschlossen wird, um entweder einen bereits entstandenen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem noch bevorstehenden vorzubeugen. Allein daß sich dennoch auch ein Vergleich ganz ohne diese Absicht in einem solchen Falle denken lasse, wo noch zur Zeit nicht einmal ein Proceß befürchtet wird, hat schon Voet ³⁾ bemerkt. Die Geseze selbst geben uns davon verschiedene Beispiele. So kann ja einmal mein Recht oder meine Forderung noch von der Existenz einer zufälligen Bedingung abhängen. Z. B. es ist mir eine Erbschaft unter der Bedingung, wenn der directe Erbe ohne Kinder versterben würde, als ein Fideicommiß vermacht worden.

Hier

LER, (in *Opuscul. a TROTZ edit.* pag. 710. sqq.) und POTHIER (in *Pandect. Instin.*) die Geseze des Tit. Cod. de Transact. aber CUIACIUS Recitat. ad Tit. Cod. de transact. und FRANC. HOTTMANNUS in Commentar. in Tit. Cod. de pactis et transactionibus.

²⁾ L. 1. D. h. t. Qui transigit, quasi de re dubia, et lite incerta, neque finita, transigit.

³⁾ In Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

Hier findet ob eventum conditionis incertum allerdings ein Vergleich statt ⁴⁾. Man sehe ferner, meine Forderung hänge von der ungewissen Dauer meines Lebens ab; in dieser Hinsicht kann z. B. über lebenslänglich abzureichenden Alimente, worüber unter den Partheyen gar kein Streit ist, ein Vergleich geschlossen werden ⁵⁾. Ein Vergleich oder Transact ist also vielmehr ein solcher Vertrag, wodurch die Partheyen ein entweder unter ihnen wirklich streitig oder auch nur sonst zweifelhaft gewesenes und ungewisses Recht dergestalt bestimmen, daß wechselseitig etwas gegeben, oder nachgelassen, oder versprochen wird ⁶⁾; oder wie Anron Schulting ⁷⁾ sagt: *Transactio est conventio, quares dubia vel controversa, aliquo dato, rentento, vel promisso, terminatur.* Es erhellet hieraus, 1) daß ein Vergleich in einer zweyfachen Rücksicht geschlossen werden könne; entweder a) wegen des ungewissen Ausganges eines bereits entstandenen oder auch nur zu befürchtenden Processes; oder b) wegen der Ungewißheit der Prästation selbst,

A 2

ohne

4) L. 1. L. 16. *Cod. de pactis.* Man sehe NOODT de pactis et transact. Cap. 3. §. *Idem esse etc.* (*Oper.* Tom. I. pag. 493.) und Ferd. Christph. HARPPRECHT Diss. de transactione super fideicommissio, inter personas ad illud vocatas. (in EIVSDEM Dissertation. academica. Volum. II. Nr. LIV. pag. 271. seqq.)

5) L. 8. *D. de Transact.*

6) Ueber den Begriff eines Vergleichs sehe man WOLTAER Observat. iuris. civ. et Brandenburg. Fascic. I. Observat. 20. und Matth. de LUTZENBERGER Diss. exhib. transactionis notionem, eamque incundi modos ex iuris Rom. principiis, praeside Christ. GMELIN def. Tubingae 1795. 4.

7) in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 2.

ohne einige Beziehung auf Proceß⁸⁾ 2) Der Zweck eines Transacts ist, daß das ungewisse Recht gewiß gemacht, also der Streit entschieden, oder ein Proceß verhütet, oder sonst die Ungewißheit einer Forderung gehoben werde; und zwar 3) dadurch, daß gegenseitig etwas gegeben oder erlassen, oder versprochen wird; denn ohnedieß ist kein eigentlicher Vergleich denkbar⁹⁾. Zuweilen nehmen zwar die Gesetze das Wort *Transactio* in einer so weitläufigen Bedeutung, daß darunter jede Uebereinkunft der Partheyen, welche auf die Beylegung oder Entscheidung eines Rechtsstreits abzielt, verstanden wird. In dieser Bedeutung wird daher auch die Eidesdelation, ferner das Compromiß, wodurch die Partheyen sich vereinigen, einen Schiedsrichter in ihrer Sache zu bestellen, als eine Art von Transact angesehen¹⁰⁾. Es sind indessen beyde Geschäfte von einem eigentlichen Transact doch immer darin wesentlich unterschieden, daß hier zur Entscheidung des Rechtsstreits von den Partheyen gegenseitig weder etwas gegeben, noch nachgelassen, noch versprochen wird.

Uebrigens ist es unter den Rechtsgelehrten streitig, ob die Transaction nach dem römischen Rechte ein bloßer Vertrag, oder ein Contract sey¹¹⁾? An sich betrachtet, war

8) Io. D'AVEZAN *Contactum* libr. I. cap. 2. §. *Quaeri autem* (in *Thef. Meermannian.* T. IV. pag. 10.)

9) L. 38. *Cod. h. t.* *Transactio*, nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit.

10) L. 2. *D. de iureiur.* L. 31. *de fin. D. eodem.*

11) C. de COCCEJI *iur. civ. controuv. h. t. Qu. 2. Pet. BELLOIUS* *varior. iur. civ. Lib. I. cap. 4.* (in *Thef. Meermann.* Tom. IV. pag. 676.) FACHINAEUS *Lib. I. controversiar. iur. civ.*

war wohl freylich der Transact nur ein bloßer Vertrag; er konnte indessen doch auch in der Form einer Stipulation, oder als ein unbekannter Contract geschlossen, und in dem erstern Falle die actio ex stipulatu ¹²⁾, in dem zweyten aber die actio praescriptis verbis angestellt werden, wenn nämlich einer von den Transigenten seiner Seits den Vergleich bereits erfüllt hatte ¹³⁾. Nur fand die sonst bey unbenannten Contracten zulässige Neue alsdann keine Statt, wenn der Vergleich die Absicht hatte, einen Rechtsstreit aufzuheben, oder einem Rechtsstreite vorzubeugen ¹⁴⁾. Außerdem wurde der

A 3

Ver-

civ. cap. 10. CORASIVS Miscellaneor. Lib. I. cap. 23. Ios. Fernand de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. nr. 21. (in Thes. Meermann. Tom. VI. pag. 101) besonders de LUTZENBERGER cit. Diff. § 2.

12) L. 6. Cod. h. t. L. 33. Cod. eodem.

13) LL. cit 6. et 33. C. h. t. de RETES cit. loc. Ios. AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 8. nr. 7. et 8. NOODT de pactis et transactionib. Cap. XIV. §. 4. et 5. (Oper. Tom. I. pag. 525. seq.) VOET in Comm. h. t. §. 1. Io. ORTIV. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 3. et 30. Die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche, wie MADHIN in Princip. iur. Rom. P. II. §. 242. die Transaction für einen prätorischen Vertrag, oder, wie WOLTAER. c. I. p. 114. dieselbe sogar für einen Quasi-Contract halten wollen, läßt sich also wohl schwerlich vertheidigen.

14) L. 39. Cod. h. t. L. 1. Cod. fam. ereisc. L. 6. Cod. de iuris et facti ignor. L. 65. §. 1. D. de condict. indeb. Causas enim transactionibus legitimis semel finitas, ne imperiali quidem rescripto resuscitari oportet. L. 16. Cod. h. t. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. nr. 10. et 11. et Sect. III. Cap. I. nr. 6. Zwar ist de COGGEJI in iure civ. controuv. h. t. Quaest. 15. anderer Meinung; allein ich kann ihm nur in dem Falle

Vergleich als ein bloßer Vertrag angesehen, welcher an sich nach dem römischen Rechte nur eine Exception gab, wenn demselben zuwider etwas verlangt wurde, aber keine Klage begründete, womit man direct auf die Erfüllung des Vergleichs hätte bringen können¹⁵⁾. Daß jedoch nach heutigen Rechten jeder Vergleich, wenn er nur sonst auf eine rechtsgültige Art ist eingegangen worden, eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt, ist nach dem Zeugniß der berühmtesten practischen Rechtsgelehrten außer allem Zweifel²⁶⁾.

§. 346.

In wiefern ist die Scriptur beim Transact nöthig? Zeit des Vergleichs? Betrug hindert den Transact.

Ein Vergleich erfordert nun, wie jeder andere Vertrag, die Einwilligung der Partheyen. Ist diese auf eine rechtsverbindliche Art erklärt worden, so besteht der Vergleich, ohne daß die Partheyen darüber etwas schriftlich aufgesetzt haben¹⁷⁾. Geschiehet es dennoch, so dient ein solcher

Falle Recht geben, wenn von einem solchen Vergleiche die Rede ist, welcher ohne Beziehung auf einen Rechtsstreit, z. B. ob incertum fideicommissi eventum, geschlossen worden; wie auch HARPERICH in Diff. cit. de transactione super fideicommissio inter personas ad illud vocatas §. 31. sehr richtig bemerkt hat. Man sehe auch EMMINGHAUS ad Coccejum c. 1. not k. pag. 280.

15) L. 21. Cod. de pactis. L. 28. Cod. de transact. ROODT de pact. et transact. Cap. 14. §. 2. et 3.

16) Io. SCHILTERI praxis iuris Rom. Exercit. IX. §. 3. in fin. und Sam. STAYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 2.

17) L. 5. Cod. h. t. Licet nullum instrumentum intercesserit; tamen, si de fide contractus constet, scriptura, quae probationem

der schriftlicher Aufsaß insgemein nur zum Beweis; vorausgesetzt, daß deutlich daraus zu ersehen ist, worüber und auf welche Art sich die Partheyen eigentlich verglichen haben¹⁸⁾. Zur Gültigkeit eines Transacts ist also die Scriptur nicht nöthig, wosern nicht etwa die Partheyen unter sich ausgemacht haben, daß sie einen schriftlichen Vergleich errichten wollen, welches im Zweifel nicht vermutet wird, sondern jederzeit von dem erwiesen werden muß, welcher behauptet, daß die Gültigkeit des Vergleichs von dem schriftlichen Aufsaße abhängig sey¹⁹⁾. So wenig nun die Zeit an sich auf die Gültigkeit des Vergleichs Einfluß hat, so daß ein Transact eben so gültig zur Nachtzeit²⁰⁾,

N 4

als

nem rei gestae continere solet, necessaria non est. L. 28. C. eodem. Sive apud acta, sive sine actis, scriptura intercedente vel non, transactio interposita est; hanc servari convenit.

18) L. 38. C. h. t. GAIL Observat. pract. Lib. II. Obf. 13. nr. 7. et Obf. 71. nr. 3. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 1. in fin.

19) Menthe in dem angef. Versuche §. 12. S. 18.

20) L. 20. Cod. de transact. wo die Kr. Diocletian und Maximilian an eine gewisse Antistia folgendermaßen referiren: Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit. Siquidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea, quae placuerant, custodiri. Nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas: cum nullum tempus sanae mentis maioris viginti quinque annis consensum repudiet. Wie leicht hatte die Verordnung der 12. Tafel Besche: Sol occasus suprema tempestas esto; der Antistia zum Vorwand gebient, um den zur Nachtzeit geschlossenen Transact als ungültig anzusehen, oder daß es damalen überhaupt nicht erlaubt gewesen, nächtliche Zusammenkünfte zu halten? Der eigentliche

als an Sonn- und Festtagen geschlossen werden kann²¹⁾; so ist doch übrigens die Einwilligung bey Schließung eines Vergleichs von so grosser Wichtigkeit, daß alles, was den Consens hindert, auch der Gültigkeit des Transacts im Wege steht. Hieraus folgt, daß ein Vergleich ungültig ist, wozu ein Theil den andern durch Betrug verleitet hat²²⁾. Zwar mußte der Betrogene nach dem röm. Rechte *actio doli* die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen, wenn der Vergleich mittelst einer Stipulation war eingegangen worden, wosern sich der Betrogene nicht mit der Clausel: *dolum malum abfuturum*, ausdrücklich vorgelesen hatte²³⁾. Allein da dieses bloß auf die Grundsätze des röm. Rechts von *stricti iuris* Contracten seine Beziehung hat, welche h. z. T. keine Anwendung mehr finden, so ist nach heutigem Rechte ein solcher Vergleich *ipso iure* nichtig, wozu der Betrug des andern Theils die Veranlassung gegeben, dahingegen ein *dolus incidens* den Transact nicht schlechterdings aufhebt. Ueberhaupt treten hier die nämlichen Grundsätze ein, die schon oben (§. 296.) von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen sind vorgetragen

liche Grund, aus welchem der Vergleich angefochten wurde, läßt sich nicht errathen. Man sehe übrigens *H. van IDSINGA* *Varior. iuris civ.* Cap. 9. *PÜTTMANNI* *Probabil. iuris civ.* lib. II. cap. 4. und *Mich. Frid. ABEL* *Observat. iuris* (*Wirceb.* 1788.) *Obs.* 2.

21) *L. fin. Cod. de feriis.*

22) *L. 9. §. 2. D. de Transact. Ger. NOODT* *de pactis et transact.* cap. 15. *Christ. Henr. BREUNING* *Diff. iur. civ. de causa doli in transactione.* *Lipsiae* 1755. Cap. IV.

23) *L. 4. L. 19. Cod. h. t. God. Lud. MENCKEN* *D. de transactione ex falsa causa.* *Vitemb.* 1717. §. 20. seqq.

gen worden. Ist ein Vergleich durch falsche Urkunden veranlaßt worden, so wußte entweder der Producent, daß sie untergeschoben sind, oder er wußte es nicht, sondern hielt sie, so wie der andere Transigent, für ächt. In beyden Fällen ist der Transact ungültig, und er kann in dem ersten Falle ex causa doli, in dem andern aber ex causa iusti erroris angefochten werden, wenn gleich die Aufrechthaltung desselben eiblich wäre zugesagt worden ²⁴⁾).

§. 347.

Zwang findet bey dem Transact der Regel nach nicht statt.

Kann der Richter eine Parthey zum Vergleich nöthigen?

Eben so gewiß ist es auch, daß Furcht und Zwang einen Vergleich, wie jeden andern Vertrag, ungültig macht ²⁵⁾. Auch selbst kein Richter hat der Regel nach das Recht, eine streitende Parthey zur Annehmung der Vergleichsvorschläge zu zwingen, welche der Gegentheil oder er selbst ihr gethan hat ²⁶⁾. Der Richter ist zwar

A 5

aller,

24) L. 42. Cod. h. t. DONELLUS in Commentar. ad h. L.

25) Daß jedoch nicht jede Furcht hinreichend sey, einen Vergleich als ungültig anzusehen, lehrt L. 13. Cod. de Transact. wo es heißt: Interpositas metus causa transactiones ratas non haberi. Edicto perpetuo continetur. Nec tamen quilibet metus ad rescindendum ea, quae consensu terminata sunt, sufficit; sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat. S. Car. Frid. WALCH Diss. de transactionibus propter timorem litis interpositis. Ienae 1766. §. 16.

26) Nov. 124. cap. 4. L. 41. Cod. h. t. Recept. imp. de a. 1512. P. 2. §. 8. Reichshofr. Ordnung Tit. 2. §. 4. S. Aug. Bern. EBERWEIN D. de Transactione cogenda. Al. 1708. Sam. Frid. WILLENBERG D. de necessitate ad transigendum imposita, in

allerdings beſagt, ja ſogar verbunden, die Partheyen bey einer jeden ſchicklichen Gelegenheit zu einer gütlichen Auskunſt zu bewegen, und dieſe Pflicht liegt ihm beſonders bey der erſten Zuſammenkunſt der beyden ſtreitenden Theile vor Gericht ob, weil in dem Fortgange des Proceſſes nicht ſelten die Erbitterung unter ihnen in einem ſolchen Grade wächst, daß aller weitere Verſuch einer gütlichen Auseinanderſetzung vergeblich iſt ²⁷⁾. Allein ſoweit erſtreckt ſich doch die Gewalt eines Richters nie, daß er, um einen Vergleich unter den Partheyen zu Stande zu bringen, ſich übermäßiger Ueberredungen, oder unzuläſſiger Bedrohungen, oder anderer ungebührlicher Zwangsmittel bedienen dürfte ²⁸⁾. Es kann daher auch die richterliche Commination, daß der gethane Vergleichsvorſchlag, im Falle die Erklärung darauf in dem deßhalb beſtimmten Termin von Seiten

der

in *Eius Selectis iurisprud. civ. t. Exercitat. Sabbathin. P. II. Exerc. LXI. Io. Caſp. HEIMBURG D. de transactione iudiciali invita. Ienae 1746. und Sixt lac. KAPP D. de transactione imperata. Tübing. 1761.*

27) Jüngſter Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 110. Reichs-Hofraths-Ordn. Tit. 2. §. 5. *S. Io. Chriſt. ZINCK D. de amabili compositione et in specie de transactionibus. Marb. 1741. Paul. Wilh. SCHMIDT D. de officio et prudentia iudicis circa amicabilem litium compositionem. Ien. 1747. Ern. Mart. CHLADENII Observationes de compositione amabili. Vitemb. 1768. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 146. ff. Gmelins und Elſäſſers gemeinnützige juridiſche Beobachtungen und Rechtſfälle 4. Band Nr. XVII. S. 239. f.*

28) Hofmanns deutſche Reichspraxis 1. Th. §. 321. Not. 1. S. 205.

der Partheyen nicht erfolgen würde, für angenommen gehalten werden solle, von keiner rechtlichen Wirkung seyn, indem vielmehr von demjenigen, der sich auf einen solchen Vorschlag nicht erklärt, anzunehmen ist, daß er damit nicht zufrieden sey, sondern lieber die Sache im Wege Rechts ausmachen wolle. Der Richter kann zwar wohl eine solche Parthey, welche ihre Erklärung auf den ihr communicirten Vergleichsvorschlag in dem anberaumten Termin nicht erstattet, in die Vergütung der Unkosten verurtheilen, und einen neuen Termin, allenfalls unter Androhung unter Geldstrafe, bestimmen²⁹⁾, allein dazu ist er keineswegs befugt, den geschehenen Vergleichsvorschlag in contumaciam für eingegangen anzunehmen. Nur in dem seltenen Falle, da der verworrenen Umstände und mangelnden Nachrichten halber es fast unmöglich ist, die Sache genau zu entscheiden, oder wo die weitere Untersuchung der Streitsache schon an sich selbst offenbar mehrere Kosten nach sich zieht, als der Gegenstand des Streits ausmacht, oder wo sonst das gemeine Beste die Beylegung eines Streits nothwendig macht, behauptet man, daß der Richter die Partheyen zur Eingehung eines Vergleichs nöthigen, und also, wie man sagt, durchgreifen dürfe³⁰⁾. Allein wenn auch ein solches Verfahren des Richters unter den bemerkten Umständen gar wohl gerechtfertiget werden kann³¹⁾,

so

29) Elaprotz in der angef. Einleitung §. 149. S. 161.

30) Strubens rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 66. S. 167.

EBERWEIN cit. Diff. Cap. II. §. 5. Elaprotz in der angef.

Einleitung §. 153. KAPP cit. Diff. §. 7. Kenthe §. 17.

31) Die L. 13. §. 3. D. de Usufr. und L. 21. D. de reb. credit. worauf sich insgemein bezogen wird, reden zwar eigentlich nicht

so ist doch eines Theils dergleichen Entscheidung nicht sowohl als ein Vergleich anzusehen, weil es hier an der freien Einwilligung der Partheyen fehlt, ohne die sich doch kein Vergleich denken läßt, sondern sie gilt allenfalls nur wie unser Verfasser sagt, als eine *decisio litis ex aequo et bono brevi manu facta* ³²⁾; andern Theils aber kann auch wohl eine solche Gewalt nicht einem jeden Richter, der nicht zugleich den Landesherrn selbst repräsentirt, oder nicht wenigstens ein Landesgesetz für sich hat ³³⁾, eingeräumt werden, indem vielmehr dem Unterrichter in solchen Fällen, wo um des gemeinen Bestens willen ein Schritt geschehen soll, der von der Regel des gemeinen Rechts abweicht, an den Landesherrn oder den Oberrichter, mit Ein- sendung der Acten, Bericht zu erstatten obliegt ³⁴⁾. Erlaubt sich der Richter, die Partheyen zum Transact zu zwingen, ohne daß ihm die Gesetze diese Gewalt ertheilen, so ist nicht nur sein Verfahren nichtig, sondern er kann auch dieserhalb von den Partheyen *actione iniuriarum* belangt werden.

§. 348.

nicht vom Vergleich, wie HEIMBURG cit. Diss. §. 37. seqq. gezeigt hat; allein sie können doch analogisch allerdings zum Beweis gebraucht werden.

32) SCHILTER in *Praxi iur. Rom.* Exercit. IX. §. 25. HEIMBURG cit. Diss. §. 73.

33) Ein Beispiel giebt die Cellische Canzleyordnung Art. 2.

34) MEVIUS P. I. Decis. 224. Not. 14. Ferd. Christoph. HARP- PRECHT *Disp. de transactione iudiciali* §. 8. (in *EJUSD. Dissertat. academ.* Vol. I. Disp. VII. p. 249.) CLAPROTH a. a. O.

§. 348.

In wiefern macht Irrthum den Vergleich ungültig?

So gewiß es nun ist, daß bey Schliessung eines Transacts weder Betrug noch Zwang vorkommen darf, wenn der Vergleich nicht ungültig seyn soll, so sehr wird im Gegentheil darüber gestritten, ob und in wiefern der Irrthum dem Vergleich im Wege stehe³⁵⁾. Man darf sich auch hierüber eben nicht wundern. Denn bedenkt man einer Seits, daß doch zur Gültigkeit eines Vergleichs eben so, wie zu einem jeden andern Vertrage, die Einwilligung der Partheyen erfordert wird, der Irrthum aber der Einwilligung offenbar zuwider ist³⁶⁾; so sollte man fast denjenigen Recht geben, welche behaupten, daß der Irrthum einen Vergleich so, wie jeden andern Vertrag, ungültig mache³⁷⁾. Allein erwägt man auf der andern Seite, daß der Transact eben darin etwas besonders vor allen andern Verträgen hat, daß er jederzeit eine

35) Eine sehr gründliche Abhandlung über diese Frage ist bey D. Mart. Guil. GOETZ Commentat. iur. civ. de errore in transactionibus recte aestimando. Altorfii et Norimbergae 1797. 4.

36) L. 15. D. de iurisdic. L. 20. D. de aqua et aquae plu. art. L. 116. §. 2. D. de Reg. iur. L. 9. Cod. de iur. et facti ignor. L. 36. D. famil. erisc.

37) C. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 32. BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 3. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. §. 35. SCHULTING in Enarrat. partis prim. Digestor. h. t. §. 20. God. Lud. MENCKEN Diss. de transactione ex falsa causa. Vitemb. 1717. §. 9. et 10. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim XLVII. med. 8. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. membr. 2. §. 8. u. a. m.

eine zweifelhafte Sache voraussetzt, und daher schon selbst die Natur des Geschäfts es nicht so leicht zuläßt, daß um eines bloßen Irrthums willen, wobey dem andern Theil keine Gefährde zur Last fällt, ein Vergleich angefochten werden könne, weil sich kaum gedenken läßt, daß bei einer zweifelhaften und dunkeln Sache nicht ein oder der andere Theil irren sollte, und der Vergleich eben dazu dienen soll, die genauere Erörterung der Sache, wodurch die Dunkelheit gehoben werden konnte, zu vermeiden; so scheint die entgegengesetzte Meinung derjenigen, welche den Irrthum durchaus nicht als eine Ursache gelten lassen wollen, aus welcher ein bona fide abgeschlossener Vergleich wieder aufgehoben werden könnte, mehr Beyfall zu verdienen³⁸⁾. Selbst die Gesetze sagen es ausdrücklich, daß nicht in jedem Falle, wo ein anderer Vertrag eines vorgegangenen Irrthums wegen angefochten werden könnte, auch deshalb die Revision eines Vergleichs statt finde, und geben dabey deutlich genug zu verstehen, daß hier der Schluß von Verträgen auf Transacte nicht schlechtthin anwendbar sey. Denn so rescribiren z. B. die Kaiser Diocletian und Maximian³⁹⁾: *Si non transactionis causa, sed indebitam, errore facti, olei materiam vos Archantico stipulanti spondidisse, Rector provinciae animadverterit, reddito, quod debetis, residui liberationem condicentes audiet*; sie setzen hier als ganz bekannt voraus, daß, wenn Etwas aus einem errore facti ohne Schuldigkeit

38) Dieser Meinung sind besonders LUDOVICI in doctrina Pandectar. h. t. §. 7. und Mich. God. WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 1. et 3.

39) L. 6. Cod. de iuris et facti ignor.

digkeit versprochen worden, aus einer solchen Stipulation keine Verbindlichkeit entstehe, daß hingegen ein solcher Irrthum einem Vergleiche seine Kraft im mindesten nicht entziehe; ja es wollen diese Kaiser ein für allemal nicht, daß ein bona fide abgeschlossener Vergleich wieder aufgehoben werde, wenn auch gleich hernach durch neu aufgefundenen Urkunden der vorgegangene Irrthum augenscheinlich dargethan werden könnte ⁴⁰⁾. Gesezt also, daß der eine Theil in der ganz ungegründeten Besorgniß gestanden hätte, als ob über die Sache vielleicht ein Streit entstehen könnte, über welche der Vergleich geschlossen worden ist, so ist dennoch ein solcher Irrthum, wenn er auch hernach entdeckt wird, dem Transact unschädlich ⁴¹⁾; genug, wenn nur
der

34) *L. 19. C. h. t. Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur. Io. Pet. de LUDEWIG, welcher in seinem Paradoxo pro iure retractandi transactionem novis instrumentis repertis. Halae 1704. (Tom. I. Opuscul. miscellan. pag. 964.) das Gegentheil zu behaupten sucht, will zwar diese L. 19. bloß von den Fällen verstehen, da entweder die producirten neuen Documente falsch sind, oder wenigstens dem Vergleiche die allgemeine Clausel beygefügt worden ist, daß durch denselben alle und jede Rechtsgründe, die auch etwa noch künftig sich ergeben möchten, getilgt und abgethan seyn sollten, folglich auf die noch nachher gefundenen Urkunden schon zum voraus Verzicht geleistet worden ist. Allein diese irrige Meinung ist schon längst von Franc. Iust. KORTHOLT in Diss. de rescissione transactionis ob reperta nova instrumenta. Giesiae 1756 Cap II. § 4. seqq. gründlich widerlegt worden. Man vergleiche auch Aug. Cornel. STOCKMANNI Diss. de transactionibus ob noviter reperta instrumenta non rescindendis. Lipsiae 1793.*

41) *L. 65. §. 1. D. de condict. indeb. L. 2. Cod. de Transac.*

der Transigent, den die Furcht vor einem Proceß zum Vergleich bestimmte, die Sache seiner Seite für zweifelhaft hielt, und dem andern Theil kein dolus dabey zur Last fällt⁴²⁾. Dessen ungeachtet läßt sich aber doch nicht ohne alle Ausnahme behaupten, daß der Irrthum auf keine Weise dem Vergleich im Wege stehe. Denn die Gesetze enthalten allerdings mehrere Fälle, wo der Vergleich des Irrthums wegen mit vollkommenen Grunde angefochten werden kann. Dahin gehört, wenn der Vergleich durch falsche Urkunden veranlaßt worden ist, welche beyde Theile für richtig hielten⁴³⁾; ferner wenn bey einem allgemeinen Transact, der über ein gewisses Genus geschlossen worden, gewisse dazu gehörige Individuen aus Irrthum für das Eigenthum eines Dritten darum gehalten worden sind, weil sich dieselben zur Zeit des errichteten Vergleichs in seinen Händen befanden⁴⁴⁾; oder wenn man sich mit einem Haupt-

42) *L. cit.* 65. — *Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, et repetitio dabitur*, wie Haloander richtiger ließt. *S. NOODT Observat. Lib. II. cap. 16. und de pactis et transact. Cap. 3.*

43) *L. 42. C. h. t.* Sollte sich nur ein Theil des Vergleichs auf ein solches aus Irrthum für richtig gehaltenes Document gründen, so ist in den übrigen Punkten der Transact für ungültig nicht zu halten, wie das angeführte Gesetz in den Worten bestärket: *Ita tamen, ut, si de pluribus causis vel capitulis transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars tetractetur, quae ex falso instrumento composito convicta fuerit: aliis capitulis firmis manentibus.* *S. Pütter's auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 4. Th. Resp. CCXXXVII. nr. 42.*

44) *L. 29 Cod. h. t.* — *Error circa proprietatem rei, apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutae, nihil potest nocere.* *S. DONELLUS in Comm. ad h. L. nr. 7.*

Haupterben über einen Erbananspruch verglichen, ohne zu wissen, daß der Erblasser zu unserm Vortheil ein Codicill gemacht hatte, welches nachher erst aufgefunden worden ist⁴⁵⁾; dergleichen wenn sich der Transact auf einen Rechnungsfehler gründet⁴⁶⁾; endlich wenn der Irrthum die Person desjenigen betrifft, mit welchem der Vergleich geschlossen worden ist; z. B. wenn ich mich einer Erbschaft wegen mit dem verglichen habe, welchen ich für einen Verwandten und Intestaterben des Verstorbenen hielt,

der

45) *L. 3. §. 1. L. 12. D. h. t.* Es läßt sich nicht behaupten, daß diesen Gesetzen durch die *L. 19. C. de Transact.* sey derogirt worden. Denn in diesem letztern Gesetz ist nur von solchen neu aufgefundenen Urkunden die Rede, welche den streitig oder zweifelhaft gewesenen Gegenstand betreffen, worüber der Vergleich geschlossen worden ist. Allein die angeführten *L. 3. u. L. 12. h. t.* reden von solchen Codicillen, worin den Transigenten noch ein neu Vermächtniß ist hinterlassen worden, welches von dem Erbanspruche, den derselbe aus dem Testamente machte, ganz verschieden ist, und worauf also auch der Vergleich nicht gezogen werden kann, weil daran kein Theil gedacht hatte. *GOETZ cit. Commentat. §. 21.*

46) *L. un. Cod. de errore calculi.* Wäre jedoch der Vergleich über die streitige Rechnung selbst geschlossen worden, so kann derselbe wegen angeblicher in der Rechnung entdeckter Unrichtigkeiten nicht angefochten werden, wofern solche nicht etwa durch einen Betrug des andern Theils wären veranlaßt worden. *S. PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de errore calculi. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. un C. de err. calculi P. 73. WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VIII. Obs. 427.* Hiermit stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten 1. Th. 16. Tit. §. 429. 430. u. 431. überein.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

B

der es aber nicht ist, ob er sich gleich selbst bona fide dafür hielt⁴⁷⁾. Da nun also die Gesetze in einigen Fällen die Reflexion eines Vergleichs aus dem Grunde eines vorgegangenen Irrthums zulassen, in andern aber dieselbe nicht gestatten, so haben verschiedene Rechtsgelehrte versucht, diese in den Gesetzen vorkommende Fälle auf gewisse allgemeine Regeln zu reduciren, um daraus beurtheilen zu können, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich und welcher demselben unschädlich sey. Zu dieser Parthen, welcher man den Namen der *lctorum herciscundorum* geben könnte, gehört nun vorzüglich unser Autor⁴⁸⁾. Er glaube nämlich, daß es zuvörderst darauf ankomme, ob sich beyde Theile irren, oder ob der Irrthum nur auf einer Seite vorhanden ist. Im ersten Falle unterscheidet er wieder, ob der Irrthum wesentliche Stücke des Vergleichs betrifft, oder nicht. Zu dem ersten Fall rechnet er 1) wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, die den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, geirrt haben. Z. B. der eine wollte sich über den Cornelianischen Fundus vergleichen, der andere aber dachte an den Sempronianischen. 2) Wenn beyde Theile sich darin geirrt haben, daß sie eine Sache für zweifelhaft hielten, welche es doch nicht war. Z. E. der Vergleich wurde durch ein falsches Document veranlaßt, welches beyde Theile für richtig hielten. Hieraus leitet er nun folgende zwey Regeln her:

a) Wenn

47) *L. 36. in fin. D. fam. ercisc.*

48) Noch ausführlicher hat unser Verfasser seine Meinung vortragen in seiner Dissertation *de eo, quod ab specie noviter repertas circa transactiones iuris est. Ienae 1759. §. 15 — 18.* Hellfelds Meinung nimmt auch Neuthe in dem oben angeführten Versuch §. 19. an.

a) Wenn sich beyde Theile in der Hauptsache, welche den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, oder in solchen Dingen, die zum Wesen eines Vergleichs nothwendig erfordert werden, getrrt haben, so ist der Vergleich nichtig;

b) Betrifft hingegen der Irrthum der Partheyen weder das Object, noch das Wesen des Transacts, so schadet er der Gültigkeit des Vergleichs nicht.

Ist der Irrthum nur auf der einen Seite vorhanden, so hat entweder, sagt unser B. der andere Theil diesen Irrthum durch Betrug veranlaßt, z. E. er hat die zur Sache gehörigen Urkunden unterschlagen, damit man nicht hinter die Wahrheit kommen möchte, oder der andere Transigent ist in bona fide. Im ersten Falle ist wohl freylich der Vergleich wegen des von dem andern Theile begangenen Dolus ungültig. Der Fall gehört aber eigentlich nicht hierher. Im letztern Falle hingegen macht unser B. den Unterschied, ob der Irrthum die Existenz der Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, angehet, oder nicht. Ist das erstere, so giebt er die Regel: Ein Vergleich ist ungültig, welcher über eine Sache eingegangen worden ist, die so, wie sich der Irrende vorstellte, und bey Schliessung des Vergleichs voraussetzte, wirklich nicht existirt. Hierher rechnet er folgende Fälle: 1) wenn der Transigent irrig glaubte, daß eine gemeinschaftliche Erbschaft vorhanden sey, und in dieser Voraussetzung mit demjenigen theilte und sich verglich, den er

B 2

für

für einen Miterben hielt, welcher es aber doch nicht war⁴⁹⁾; 2) wenn der Vergleich über eine testamentarische Erbschaft unter der Voraussetzung geschlossen worden ist, daß das Testament an sich nicht ungültig sey, und hernach ergiebt sich, daß das Testament mit einem Fehler behaftet sey, weshalb es nicht zu Recht bestehen kann⁵⁰⁾; 3) wenn ein Irrthum in der Rechnung vorgegangen ist, und dieser den Grund des Vergleichs ausmacht. Denn hier existirt die Summe nicht, welche die Partheyen beym Vergleich voraussetzten⁵¹⁾. In dem letztern Falle hingegen, da der Irrthum rei existentiam nicht betrifft, könne der Vergleich des Irrthums wegen nicht angefochten werden, weil hier der Irrthum hätte vermieden werden können, wenn es den Partheyen gefallen hätte, den Weg Rechts einzuschlagen. Der Irrthum sey also hier ein *error voluntarius*, qui *erranti nocet*.

Ob uns diese Theorie in Stand setzen wird, in jedem vorkommenden Falle richtig zu beurtheilen, welcher Irrthum dem Vergleiche schädlich oder unschädlich sey, daran zweifle ich sehr. Denn a) trägt hier der Unterschied, ob beyde Theile irren, oder ob nur ein Theil irrt, zur Entscheidung der Sache wenig bey, zumahl da die in dem letztern Falle vom Zellfeld angeführten Beispiele solche sind, wo der andere Transigent, wenn er nicht in *dolo* ist, sich mit dem Irrenden im gleichen Irrthume befindet. b) Wollte man mit unsern W. zur Regel annehmen, daß ein Vergleich nicht gelte, wenn die Partheyen aus Irrthum die Sache,

49) L. 36. §. fin. *fam. ercisc.*

50) L. 4. *Cod. de iuris et facti ignor.*

51) L. un. C. *de err. calculi.*

Sache, worüber sie sich verglichen, für zweifelhaft hielten, die es doch nicht war, so würde man in manchen Fällen die Rescission eines Transacts zulassen müssen, wo gleichwohl die Gesetze dergleichen Aufhebung nicht gestatten, z. E. wenn der Vergleich aus Besorgniß, daß etwa ein Proceß entstehen könnte, welcher doch auf keine Weise zu befürchten war, geschlossen worden, oder wenn die Sache, worüber der Vergleich geschlossen worden, durch neu aufgefundenen Urkunden, welche vorher beyden Theilen unbekannt waren, nun dergestalt ins Klare kommt, daß wenn diese Documente zur Zeit des Vergleichs vorhanden gewesen wären, es gar keines Transacts bedurft hätte. Es kommt ja bekanntermassen bey Schließung eines Vergleichs gar nicht darauf an, ob die Sache wirklich zweifelhaft ist, sondern es ist genug, wenn sie den Partheyen zu der Zeit zweifelhaft zu seyn schien, da es ihnen gefiel, statt des langweiligern und kostbarern Weges der richterlichen Erörterung den kürzern Weg der Güte einzuschlagen⁵²⁾. Eben so wenig verdient auch die Zollerische Theorie unsern Beyfall. Zoller⁵³⁾ giebt die Regel: der Irrthum stehe dem Vergleiche entgegen, insofern derselbe die Einwilligung der Partheyen selbst betrifft, welche den Grund des Transacts ausmacht; insofern hingegen der Irrthum blos den Gegenstand des Vergleichs, d. i. die zweifelhafte Sache, angeht, worüber der Vergleich geschlossen worden, so schade derselbe

B 3

selb

52) E. GUNDLING Diff. de transactionum stabilitate et instabilitate §. 39.

53) In Diff. quaestionem: an ab errore rescindi possit transactio? continent. Lipsiae 1765.

selbe dem Transact nichts. Allein 1) läßt sich ein Irrthum in Ansehung der Einwilligung nicht leicht geben, der nicht auch zugleich das Object selbst beträfe. Das von Zoller zur Erläuterung seiner Regel angeführte Beispiel kann selbst einen Beweis hiervon geben. Ich vergleiche mich mit dem Titius, der eine Forderung von tausend Gulden an mich machte, auf eine Summe von fünfshundert Gulden. In der Folge ergiebt sich, daß ich ihm überhaupt nie mehr, als 500 fl. schuldig gewesen sey. Hier betrifft mein Irrthum zwar allerdings den Consens, denn ich wollte dem Titius eigentlich eine geringere Summe bewilligen, als er meiner Meinung nach von mir zu fordern hätte. Aber betrifft denn nicht auch dieser Irrthum zugleich das Object selbst? Denn darüber waren wir ja eins, wie viel ich dem Titius noch zu bezahlen hatte, räumte ich ihm nun gleich nicht seine ganze Forderung von 1000 fl. ein, so glaubte ich doch, daß ich ihm wenigstens noch mehr als 500 fl. schuldig wäre, und suchte also durch den Vergleich eine Minderung meiner Schuld zu bewirken. Es ist daher allerdings ein error circa objectum vorhanden, der aber, weil er die Partheyen zur Eingehung des Vergleichs veranlaßte, zugleich als ein error circa consensum angesehen werden kann. Sodann aber steht ja auch 2) der error circa consensum nicht in jedem Falle der Gültigkeit des Vergleichs im Wege, so wie im Gegentheil der Irrthum in Ansehung des Objects nicht in jedem Falle unschädlich ist. So ist z. B. der Transact ohne allen Zweifel ungültig, wenn der Gegenstand desselben schon zu der Zeit, da selbiger geschlossen wurde, ohne daß es die Partheyen wußten, zu Grunde gegangen; dahingegen schadet in dem vom Zoller angeführten Falle der er-

FOR

ror circa consensum dem Vergleiche nichts, wenn gleich Joller das Gegentheil behaupten will⁵⁴⁾.

Aus diesem allen, was wir bisher gesagt haben, ergiebt sich nun also, deucht mir, ganz deutlich, daß man bey Beurtheilung des Irrthums in Ansehung eines Transacts vielmehr darauf zu sehen habe, ob der Irrthum den streitigen oder zweifelhaft gewesenen Punct betrifft, worüber der Vergleich geschlossen worden, oder ob derselbe auf so etwas geht, woran die Partheyen gar nicht gedacht hatten, sondern was sie für gewiß und unzweifelhaft hielten. In dem letztern Falle lassen sich die Grundsätze de errore in pactis commissio vollkommen anwenden, und der Irrthum steht hier dem Vergleiche eben so, wie einem jeden andern Vertrage, im Wege⁵⁵⁾. Allein in dem erstern Falle läßt die Natur und der Zweck des Vergleichs keine Rescission des Irrthums wegen zu⁵⁶⁾. Die Geseze, welche bereits in dem Vorhergehenden angeführt worden sind, bestätigen diesen Unterschied ganz deutlich, denn in allen den oben vorgekommenen Fällen, wo die Aufhebung eines Vergleichs des Irrthums wegen zugelassen wird, läßt sich kein anderer Grund der Entscheidung annehmen, als der, weil der Irrthum nicht das caput controversum, worüber der Vergleich geschlossen worden, sondern eine ganz andere Sache betraf, worüber unter den transigirenden

B 4

Par.

54) GOETZ cit. Comment. §. 39.

55) Man vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Böß angeführte Commentation §. 20. und folg.

56) L. 10. C. h. t. — Nullus etenim erit litium finis, si a transactionibus bona fide interpositis coeperit facile discedi.

Partheyen gar kein Streit noch Zweifel obwaltete; da-
hingegen der Irrthum in allen Fällen, in welchen die Geseze
solchen bey Transacten für unschädlich erklären, immer gera-
de den unter den Partheyen streitig oder zweifelhaft gewesenen
Punct selbst betrifft, welcher durch den Vergleich bestimmt,
und zur Gewißheit gebracht worden ist. Zum Beyspiel mag
die Entscheidung der Kaiser Leo und Anthemius⁵⁷⁾
über die Rechtskraft eines auf falsche Urkunden sich grün-
denden Vergleichs dienen. Die Kaiser unterscheiden hier
zwey Fälle: entweder beyde Theile hielten die Urkunden
für ächt, und nahmen sie zur Grundlage ihres Vergleichs
an, ohne daß ihnen wegen der Unächtheit derselben auch
nur der geringste Zweifel beyfiel; oder es war über die
Richtigkeit der Documente unter den Partheyen gestritten,
und dieser Streit durch den Vergleich beygelegt worden.
In dem ersten Falle erklären die Kaiser den Vergleich
für ungültig, wenn sich nachher die Unrichtigkeit der Ur-
kunden offenbahret hat. Denn hier betrifft der Irrthum
der Partheyen einen Umstand, der unter ihnen ganz un-
streitig war, und welcher überdem den Grund des ganzen
Vergleichs ausmachte. In dem letztern Falle hingegen
soll der Vergleich, wodurch der Streit über die Richtigkeit
der Urkunden unter den Partheyen beygelegt worden ist,
aus dem Grunde des Irrthums auf keine Weise rescindirt
werden, wenn auch gleich in der Folge solche Beweise sich
gefunden haben sollten, welche das vitium des streitig ge-
wesenen Documents ausser allen Zweifel setzen. Denn hier
betrifft der Irrthum das caput controversum selbst, und
ist ein solcher, den die Partheyen nicht vermeiden wollten,
weil

57) L. 42. Cod. h. t.

weil sie die Kosten und Weitläufigkeiten einer genaueren Erörterung der Sache scheueten⁵⁸⁾).

§. 349.

Gilt ein Vergleich über testamentische Verlassenschaften, ohne daß die Partheyen vorher das Testament eingesehen und gelesen haben?

Die Frage, welche unser V. hier entscheidet, ob nämlich Streitigkeiten über testamentliche Verlassenschaften auf eine rechtsgültige Art verglichen werden können, ehe das Testament eröffnet, und von den Partheyen gelesen worden ist? ist allerdings unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Zwar sind darin alle Rechtsgelehrten einig, daß wenn schon vor der Eröffnung des Testaments der Inhalt desselben den Partheyen auf irgend eine Art, z. B. aus der Erzählung glaubwürdiger Personen, die bey der Verfertigung des Testaments gegenwärtig gewesen, bekannt geworden seyn sollte, der darüber geschlossene Vergleich nicht ungültig sey⁵⁹⁾. Allein die eigentliche Streitfrage ist, ob der Transact vor der Eröffnung des Testaments auch in dem Falle zulässig sey, da der Inhalt desselben den Partheyen noch nicht hinlänglich bekannt ist. Hier sind nun die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Viele, denen

V 5

auch

58) GOETZ cit. Commentat. §. 24.

59) S. FABER in Cod. definition. for. Lib. II. Tit. IV. Definit. 1. STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 6. a WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 243. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 142. Hymmen's Beyträge zur jurist. Literatur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 87. Kenthe in dem angef. Versuche §. 34. u. a. m.

auch unser Verfasser beystimmt, halten dafür, daß in diesem letztern Falle Streitigkeiten über dasjenige, was in einem Testamente hinterlassen worden ist, nicht gültig verglichen werden könnten, wosern nicht zuvor das Testament von den Partheyen gehörig eingesehen und gelesen worden wäre⁶⁰⁾. Es kann auch nicht geläugnet werden, daß diese Meinung manche, gewiß nicht unerhebliche Gründe für sich hat. Denn so lange das Testament noch nicht eröffnet worden, und auch sonst der Inhalt desselben nicht bekannt ist, kann man ja nicht wissen, wer eigentlich Erbe sey. Mit wem wollte man also wohl den Vergleich abschließen? Man kann sich auch nicht füglich denken, daß ein Streit über den Inhalt eines Testaments entstehen könnte, den man noch nicht weiß, oder der nicht wenigstens sogleich durch die Einsicht des Testaments beygelegt werden könnte, ohne daß es eines Vergleichs bedarf. Es scheint folglich an einem

60) Man sehe VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. et 13. VINNIUS select. iuris quaestio. Lib. I. cap. 8. und Eben derselbe in Tract. de Transactionibus cap. 5. Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exerc. IV. cap. 5. nr. 2. fqq. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Disput. VII. Th. IV. Lit. E. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 3. WISSENBACH Exercit. ad Pandect. Disput. X. §. 9. BOECKELMANN Exercit. ad Pandect. h. t. §. 6. Heintz. Io. ARNTZENIUS Miscellaneor. libr. (Trajecti ad Rhen. 1774. 8.) Cap. III. pag. 137. seqq. Guil. van EVERSDYK Diss. ad L. 6. D. de Transact. (in G. OELRICHS Thes. Diff. Belgicar. Vol. III. pag. 117.) Io. Heintz. WOLFART Tract. iurid. in qua transactionem testamenti tabulis nondum inspectis initam esse Non ens, demonstratur. Marburgi et Hanoviae 1747. Christ. Heintz. BREUNING. Diss. iur. civ. de transactionibus super relictis in testamento tabulis non inspectis. Lipsiae 1768. Renthe in dem angef. Versuch §. 34. und 35.

nem wesentlichen Erforderniß des Transacts zu fehlen. Sodann sagt auch Gajus ⁶¹⁾ ganz ausdrücklich: De his controversiis, quae ex testamento proficiuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti ⁶²⁾. Man wendet zwar dagegen ein, die L. 6. h. t. sey ein lex fugitiva, und gehöre gar nicht zu der Lehre von Transacten, sondern beziehe sich lediglich auf das Edict des Prätors de aperiendis testamentorum tabulis, wie aus der Vergleichung der L. 1. §. 1. D. Testamenta quemadm. aperiunt. erhelle, welche aus eben dem libro XVII. GAJI ad Edictum provinciale, wie die L. 6. h. t. genommen sey ⁶³⁾. Denn da heiße es: omnibus, quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, inspiciendi describendique potestatem facturum se Praetor pollicetur. Ratio huius Edicti manifesta est. Neque enim sine indice transigi, neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Hieraus sey offenbar, daß die L. 6. h. t. ganz aus ihrem Zusammenhange geris-

61) L. 6. D. h. t.

62) Eben so lautet diese Stelle auch griechisch in den Basilicis XI. 2. Tom I. pag. 771. der Gabrotischen Ausgabe: Παρὶ τῶν ἐν διαθήκης Φιλονεικίαν ἔχόντων οὐτε διαλύεσθαι δυνατόν, οὔτε τί ἄλλ' ἄλλ' ἐξ ηἰτῆσθαι, μὴ προκομιζόμενον τῶν τῆς διαθήκης σημείων; d. i. de controversiis ex testamento venientibus neque transigi potest, neque exquiri veritas, quam prolatis verbis testamenti.

63) E. Iac. LABITTI usum indicis Pandectarum Cap. II. §. 13. (in Abrah. WIELINGHII iurisprud. restituta. Amstel. 1727. P. II. pag. 21. seq.)

gerissen worden sey, und nur den Grund enthalte, warum der Prätor einem jeden, welchem daran gelegen sey, ein Testament einzusehen, und Abschrift davon zu nehmen, die Vorlegung des Testaments auf sein Verlangen gestatten wolle. Ueberdem bedeute hier der Ausdruck transigere nicht soviel, als Streitigkeiten durch gütliche Uebereinkunft der Partheyen beylegen, sondern vielmehr selbige durch Anstellung der Klage aus dem Testamente vor Gericht verhandeln⁶⁴⁾. Allein dieser Einwurf ist freylich nicht von solcher Wichtigkeit, daß er sich nicht aus dem Wege räumen ließe. Denn zugegeben, daß die L. 6. h. t. ihrem ursprünglichen Zusammenhange nach sich auf das Edict des Prätors von Eröffnung der Testamente bezogen hätte, so ist doch kein hinlänglicher Grund einzusehen, warum nicht diese Stelle auch in dem Titel von Transacten einen Platz behaupten könne⁶⁵⁾; da ja eben die Nothwendigkeit der Einsicht des Testaments, bey Schließung eines Vergleichs darüber, den Prätor bewogen haben kann, jenes Edict zu proponiren. Es bedarf auch wohl keines weitläuf-

64) Dieser Meinung ist besonders COCCEJI in iure civ. contro. Lib. XXIX. Tit. 3. Qu. 3. dem auch ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. V. §. 172. Not.*. bestimmt. Allein schon längst vorher tabelte ANT. FABER in Rational. ad L. 6. D. de Transact. wegen dieser Erklärung den AEMIL. FERRETUS ad L. 3. D. de Transact. und IAC. CUIACIUS ad L. 1. D. eod. Sie ist also wohl dem Cocceji nicht eigenthümlich.

65) Eben dieses haben auch schon EMMUND. MERILLIUS Observation. Lib. III. cap. 14. ARNTZENIUS Miscellaneor. libro cap. 13. pag. 143. und CAR. FRID. WALCH in Diss. de transactionibus propter timorem litis interpositis. Ienae 1766. §. VII. pag. 18. bemerkt.

läufigen Beweises, daß die Erklärung des Wortes Transfigere in jener uneigentlichen Bedeutung hier nicht stattfinden könne, da es vielmehr in der L. I. D. Testam. quemadm. aperiant. ganz ausdrücklich heißt: *sine iudice transfigi*, eine facultas agendi ex testamento aber sine iudice nicht denkbar ist⁶⁶). Man führt jedoch noch andere Gründe an, warum das römische Recht Transacte über letzte Willensverordnungen nicht zulasse, ohne sich vorher von dem Inhalte derselben hinlänglich unterrichtet zu haben. Denn es war nicht nur den römischen Gesetzgebern überhaupt daran gelegen, daß die letztern Willensverordnungen gehörig befolgt, und von habfüchtigen Erben nicht unterschlagen werden möchten⁶⁷); sondern es kann auch vielleicht die vicesima, welche insonderheit von Testaments-Erbschaften an den Fiscus abgegeben werden mußte, und zu den Zeiten des Gajus unstreitig noch im Gebrauche war⁶⁸), mit eine Ursache jener gesetzlichen Verordnung gewesen seyn, indem auf solche Art der Vergleich auch selbst dem Fiscus gar leicht zum Nachtheil hätte reichen können, wenn er vor der Eröffnung des Testaments gleichsam auf ein bloßes Gerathewohl erlaubt gewesen wäre⁶⁹); nicht zu geden-

66) Man sehe hier, was gegen EGRHARD c. I. sehr gründlich WALCH in not. ad *Eundem* §. 172. pag. 336. erinnert hat..

67) L. 5. D. Testam. quemadm. aper.

68) E. Pet. BURMANNI Diss. de Vectigalibus populi Rom. Cap. XI.

69) Mit einem großen Aufwand von Gelehrsamkeit hat dieses Car Frid. SCHUBERT in Diss. de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditarium. Helmst. 1749. zu erweisen gesucht. Dieser behauptet, daß zwar zu den Zeiten des Gajus ein Vergleich vor der Eröffnung des Testa-

gedenken, daß durch eine solche Voreiligkeit auch manche heilsame Verfügung des Testirers würde vereitelt worden seyn. Dessen allen ungeachtet aber ist doch die Sache hier durch, wenigstens der Theorie nach, noch keinesweges ausser Zweifel gesetzt, denn die Gründe welche zur Unterstützung der entgegen gesetzten Meinung von andern Rechtsgelehrten ⁷⁰⁾ angeführt worden, sind gewiß von nicht geringerem Ge-

Testaments unerlaubt gewesen, solcher hingegen zu Justinians Zeiten statt gefunden habe.

- 70) Man vergleiche hier vorzüglich *Ger. NOODT* de pactis et transactionib. cap. 18. (*Oper* Tom. I. pag 535 seq.) *Franc. BALDUINUS* in Iustiniano. Lib. III. pag. 264. (edit. *Argentorat.* 1596. 8. et Tom. I. *Iurisprud. Rom. et Att.* p. 1149.) *Ant. FABER* in *Rational.* ad L. 6 D. h. t. *Casp. SCHIFORDEGHER* ad *Anton. Fabrum* (*Oppenheim.* 1610. f.) Lib. II. Tract. XXV. Qu. 7. et 8. *Ant. SCHULTING* Diss. de transactione super controversiis, quae ex ultimis voluntatibus proficiuntur, etiam non inspectis vel cognitis earum verbis, recte ineunda. (in *Eius Commentat. academ.* Vol. I. *Halae* 1770. 8. Diss. IV. pag. 201. seqq.) *Nic. Hieron. GUNDLING* Diss. de transactione testamenti tabulis non inspectis. *Halae* 1735. *Christ. Lud. CRELL* Observationes ad L. 6. D. de Transact quando efficaciter de testamento transigatur non inspectis tabulis. *Vitemb.* 1739. *Bern. Henr. REINOLDI* Orat. de Legum inscriptionibus §. 6. (in *Opusc.* a *IUGLERO* edit. pag. 564. seqq.) *Henr. BRENNMANN* Diatriba de Erematicis Herennii Modestini. Cap. XII. §. 10. nr. 3. pag. 262. *Ger. SCHROEDER* Observat. iur. civ. Lib. II. cap. 13. Io. *Aug. BACHII* Diss. de iure transactionis super controversiis ex testamento, non cognitis tabulis *Lipsiae* 1752. (in *Opuscul.* a *KLOTZIO* edit. pag. 75. sqq.) Io. *van der LINDEN* ad *Voetii* Commentar. Sect. I. (*Traject. ad Rhen.* 1793. f.) h. t. pag. 64. Io. *WOLBERS* Observat. cap. 7. und *Weber's* systemat. Entwicke-

Gewichte. Es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß wenn von einem Vergleiche über einen Testamentsstreit die Rede ist, der noch vor Eröffnung und Einsicht des Testaments ist eingegangen worden, dabey allerdings vorausgesetzt werde, daß einmahl überhaupt bekannt sey, wer Erbe ist, und dann zweytens der Transigent auch wenigstens so viel erfahren haben müsse, daß er in dem noch uneröffneten Testament bedacht worden sey, obgleich die nähern Umstände davon, und wie viel das Vermächtniß beträgt, den Partheyen noch zur Zeit unbekannt ist. Nun stelle man sich einmahl folgenden Fall vor. Titius hat ein Testament gemacht, und solches durch einen Bevollmächtigten bey einem auswärtigen Gerichte hinterlegen lassen. Ich erfahre, daß mir in dem Testamente was vermacht worden ist, allein was und wie viel? ist noch unbekannt, weil das Testament noch in den Gerichten uneröffnet liegt. Der Intestaterbe, welcher zugleich im Testament instituiert worden ist, läßt sich verlauten, daß er das Testament nicht werde gelten lassen, weil es nicht von dem Testirer selbst, sondern durch einen andern den Gerichten übergeben worden sey. Um diesem Streite auszuweichen, vergleiche ich mich wegen meines Vermächtnisses mit ihm, ohne die Eröffnung des Testaments abzuwarten. Sollte man im Ernste hier wohl behaupten können, daß es dem geschlossenen Vergleiche an einer *re dubia* fehle? oder daß der Zweifel sogleich durch die Eröffnung des Testaments gehoben werden könnte? Ja kann nicht selbst die Eröffnung des Testaments noch mit soviel Weitläufigkeiten verknüpft seyn, daß man, um diese

zu
 Aufklärung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65.
 Not. 5. S. 253.

zu vermeiden, gern eine baare Summe annimmt, wenn auch gleich das Vermächtniß vielleicht mehr betragen sollte? Mit welchem Rechte wollte ich nun wohl einen solchen Vergleich anfechten? Habe ich dadurch Schaden gelitten, so ist es immer meine eigene Schuld, weil mich Niemand zum Vergleich genöthiget hat. Es heißt also hier: *consentientis nulla est laesio, et damnum, quod quis ex culpa sua sentit, non intelligitur sentire*⁷¹⁾. Sollte ich aber nicht vielleicht auf den Beyfall der Gesetze rechnen können, wenn ich den Vergleich anfechten wollte, weil doch nach den ausdrücklichen Worten des Gajus ein Transact über Streitigkeiten, welche aus einem Testamente entstehen, nicht anders eingegangen werden kann, als wenn die Partheyen das Testament gelesen haben? Ich bin noch immer davon überzeugt, daß die Worte des Gajus keine eigentliche gesetzliche Vorschrift enthalten. Denn soviel bleibt doch unwidersprechlich wahr, daß die L. 6. D. h. t. wenn man sie mit der L. 1. D. Quem. testam. aper. vergleicht, nur blos den Grund enthält, warum der Prätor sein Edict de inspiciendis describendisque testamenti tabulis bekannt gemacht hat. Es ist daher der Natur der Sache und dem Sprachgebrauche der röm. Juristen allerdings gemäßer, wenn man die Worte des Gajus: *non potest* so erklärt: *non commode* oder *utiliter non potest*; so wie sich auch Paulus⁷²⁾ in einem andern Falle ausdrückt. Wenigstens läßt sich kein hinlänglicher Grund von

71) L. 203. D. de Reg. iur.

72) L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tut. wo die Worte: *quia duo tutores simul agere non possunt*, nichts anders heißen, als *commode et sine damno pupilli agere non possunt*, wie Henr. BRENCMANN c. 1. sie ganz richtig erklärt.

von einer gesetzlichen Prohibition angeben⁷³⁾. Wollte man solchen von der allgemeinen Begünstigung der Testamente hernehmen, so würde daraus folgen, daß der Vergleich auch eben so wenig nach der Eröffnung des Testaments geschlossen werden dürfte. Ja man würde sich nicht einmahl einer Erbschaft begeben können, wenn man an den Worten des Paulus⁷⁴⁾: publice expedit, suprema hominum iudicia exitum habere, kleben wollte. Und überhaupt frage ich, ob nicht Transacte, wodurch ein ungewisses und zweifelhaftes Recht gewiß gemacht wird, eben sowohl Begünstigung verdienen, zumal da sie oft das beste Mittel sind, Testamente aufrecht zu erhalten, welche vielleicht, wenn man den Streit darüber der richterlichen Erörterung und Entscheidung hätte überlassen wollen, wären aufgehoben und für nichtig erklärt worden? Man kann auch ferner mit Grunde nicht behaupten, daß ein solcher Vergleich der Legi Iuliae vicesimariae zuwider gewesen wäre, wie Bach ganz einleuchtend gegen Schubert gezeigt hat⁷⁵⁾. Dagegen läßt sich noch ein sehr bündiges Argument für die Gültigkeit desselben daher nehmen, daß auch ein richterliches Erkenntniß, wodurch ein Testamentsstreit, ohne vorhergegangene Vorlegung und Einsicht des Testaments, entschieden worden ist, in den Gesetzen⁷⁶⁾ für rechtsbeständig erklärt

73) *Si hoc valere deberet, sagt SCHIFFORDEGHER c. I. pag. 275. ut ea, quae pro iuris alicuius ratione sunt adducta, pro ipso iure constituto accipiamus, iurisprudentia nostra subvertatur successe est.*

74) *L. 5. D. Quem. testam. aperiant.*

75) *cit. Dist. §. 8.*

76) *L. 11. pr. D. except. rei indic.*

erklärt wird, da doch dieses Falles in der L. 1. §. 1. D. Quem. test. aper auf gleiche Weise Erwähnung geschehen ist. Der Gerichtsgebrauch in Teutschland nimmt indessen jene erstere Meinung an, und erklärt einen solchen Vergleich für ungültig, welcher über Testamentsstreitigkeiten ist eingegangen worden, ohne daß den Parthenen zuvor das Testament vorgelegt, und von ihnen gelesen worden ist, es wäre denn, daß der Vergleich vermittelt eines Eides bekräftiget worden⁷⁷⁾.

§. 350.

Findet ein Transact noch post rem iudicatam statt?

Ein Vergleich setzt immer eine streitige oder zweifelhafte Sache voraus. Hieraus ist nun ferner die Frage zu entscheiden, ob noch post rem iudicatam ein Transact statt finden könne⁷⁸⁾? Da die Ge-
sehe

77) C. GAILIUS lib. II. Obf. 139. n. 9. *Io. a SANDE* Decision. Lib. IV. Tit. V. Definit. 15. p. 58. *Io. SCHILTER* Praxi iur. Rom. Exercitat. IX. §. 9. MANTICA de tacitis et ambiguis conventionibus Lib. XXVI. Tit. 2. VINNIUS de Transactionibus Cap. V. §. 8. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 57. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 19. BOEHMER Consultat. T. II. P. I. Decis. 59. n. 10. STRYK Uf. Mod. Pandectar. h. t. §. 10. REINHARTH Observat. ad *Christinaeum* Vol. I. Obf. 51. nr. 7. BACH cit. Diss. §. 9. II. SCHULTING Thes. controuv. Decad. VIII. §. 9. (*Commentat. acad.* Vol. III. p. 23.) Eben dies verordnet auch das neue Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. I. Th. 16. Tit. §. 442. II. 443.

78) Ueber diese Frage haben geschrieben *Io. Nic. HERTIUS* in Diss. de transactione post rem iudicatam. *Giesae* 1705. *Car. KHOL* D. de transactione super re iudicata. *Altorfii* 1723. und *Mart.*

sehe solches an dem einem Orte bejahren⁷⁹⁾, an dem andern hingegen wieder verneinen⁸⁰⁾; so kommt es vor allen Dingen darauf an, in welcher Bedeutung der Ausdruck *res iudicata* in den Gesetzen genommen wird. Im allgemeinen Verstande wird *res iudicata* für eine jede richterliche Sentenz genommen⁸¹⁾, welche freylich auf Seiten des Richters gleich mit ihrer Publication in so fern rechtskräftig wird, daß der Richter, der sie gesprochen hat, nichts weiter daran ändern kann⁸²⁾. In diesem weitläufigen und uneigentlichen Sinne sagt Ulpian⁸³⁾, daß auch noch post rem iudicatam, d. i. nach erfolgter Sentenz, ein Vergleich unter den Partheyen geschlossen werden könne, nämlich wenn entweder eine Appellation dagegen wirklich schon interponiret worden ist, oder wenigstens noch eingewendet werden kann. Denn da leicht in der Appellations-Instanz ein reformatorisches Erkenntniß erfolgen kann, so ist hier noch immer *res dubia* vorhanden. Verstehet man hingegen unter einer *re iudicata* eine solche richterliche Sentenz, welche dergestalt in die Rechtskraft übergegangen ist, daß kein Rechtsmittel weiter dagegen eingewendet werden

C 2

den

Mart. Wolder. SCHROETERINGK D. eiusd. tituli. *Lugduni Bat.* 1754.

79) L. 7. pr. D. h. t. L. II. D. eod.

80) L. 23 §. 1. D. de condict. indeb. L. 32. Cod. eodem.

81) L. 1. D. de re iudic. und CICERO ad *Herennium* Lib. II. cap. 13. sagt: *Iudicatum est id, de quo sententia lata est, aut decretum interpositum.* Add. L. 14. C. de appellat. VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. 42. Tit. 1. §. 2.

82) L. 55. D. de re iudicata.

83) L. 7. pr. D. h. t.

den kann; so findet kein Transact weiter statt⁸⁴⁾. Denn ein rechtskräftiger Urtheilsspruch muß als Wahrheit und Recht gelten⁸⁵⁾. Was ist also hier noch weiter zu entscheiden übrig⁸⁶⁾? Wäre ein solcher Vergleich dennoch geschlossen, und durch Zahlung vollzogen worden, so kann, wie Ulpian⁸⁷⁾ sagt, die Zahlung zurück gefordert werden, nämlich nach Abzug dessen, was vermöge der rechtskräftigen Sentenz zu bezahlen war. Eine Ausnahme wäre jedoch in den Fällen zu machen, wenn es entweder noch zweifelhaft ist, ob *res iudicata* vorhanden sey⁸⁸⁾, oder die Execution

34) *L. 32. Cod. h. t.* Si causa cognita prolata sententia, sicut, iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi, non est opinionis incertae. Daß dies auch noch h. z. L. in der Praxis gelte, bezeugen MEVIUS P. VIII. Decif. 493. MÜLLER ad STRUVII Syntagma Exercit. VI. Th. 50. not. 7. BERGER in Oeconom. iur. lib. IV. Tit. 34. Th. 3. et Not. I. u. a. m.

35) *L. 207. D. de Reg. iuris.* Res iudicata pro veritate accipitur. Vit. Ant. SCHULTING in iurisprud. Antejust. pag. 220. Not. 13.

36) Schon in dem Gregorianischen, Hermogentianischen und Theodosianischen Codex finden wir mehrere kaiserliche Rescripte, die eben dieses verordnen. Man vergleiche *L. 3. 4. 5. 8. et 9. Cod. Gregor. de pactis et transact.* (in Ant. SCHULTING iurisprud. Antejustin. pag. 685. seq.) *L. 3. Cod. Hermog. eod. tit.* (apud SCHULTINGIUM c. I. pag. 711.) und *L. 2. Cod. Theod. h. t.* (apud Iac. GOTHOFREDUM Tom. I. pag. 146.)

37) *L. 23. §. 1. D. de conduct. indeb.*

38) *L. 11. D. h. t.* Post rem iudicatam, etiam si provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit: quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri

cution der Sentenz noch Streit verursachen, oder sonst noch mit vielen Schwierigkeiten und Kosten verbunden seyn kann⁸⁹⁾. Man unterscheide übrigens einen Transact von einem pacto remissorio, welches ohne Zweifel auch noch nach einem rechtskräftig abgeurtheilten Proceß statt findet; z. B. ich erlasse meinem Schuldner die Summe, zu deren Bezahlung er rechtskräftig verurtheilt worden ist, ganz oder zum Theil, so gilt dieß zwar, allein nicht als ein Vergleich, sondern als eine Schenkung⁹⁰⁾.

C 3

§. 351.

fieri potest. Hierher gehört, wenn über die Gültigkeit der Sentenz, wider welche keine Appellation eingewendet worden, gestritten wird, und es wirklich zweifelhaft ist, ob sie in die Rechtskraft übergegangen sey, oder wenn die Frage davon ist, ob nicht contra rem iudicatam noch ein Restitutionsgesuch statt finde? in allen diesen Fällen ist der Vergleich noch zulässig.

89) LEYSER Vol. IV. Specim. CCXL. medit. 6. pag. 836. Nenthe §. 33. S. 68.

90) Daher sagt Paulus *Lib. 1. Sentent. receptar. Tit. 1. §. 5.* bey SCHULTING in *jurisprud. Antej.* pag. 220. Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet; und eben dieser Paulus sagt in der *L. 7. §. 17. D. de pactis* der Vertrag sey gültig, wodurch ich mir versprechen lasse, daß mein Gegner die actionem iudicati nicht gegen mich anstellen wolle. Es ist zwar sonst dem öffentlichen Wohle des Staats gemäß, daß Sentenzen exequirt werden, aber dieses erfordert doch nur alsdann die Execution, wenn es der Sieger haben will. S. VOET h. t. §. 11. und WISSENBACH in *Exercit. ad Pandect. Disp. X. §. 5.*

Ein Vergleich hat vim rei iudicatae; doch nicht immer.

Durch einen Vergleich wird so, wie durch ein richterliches Erkenntniß, ein Streit entschieden⁹¹⁾. Er hat daher auch nicht weniger Kraft, als ein rechtskräftiges Urtheil⁹²⁾. Denn aus einem gültig eingegangenen Vergleiche entspringt eben so, wie aus einer rechtskräftigen Entscheidung, eine proceßhindernde Einrede⁹³⁾, d. i. wenn mich mein Gegner wegen der Forderung, weshalb wir uns verglichen haben, dennoch belangt, so kann ich ihm die exceptionem transactionis entgegen setzen, und brauche mich, sofern meine Einrede sogleich liquid ist⁹⁴⁾, auf die Klage gar nicht einzulassen. Es kann ferner ein Vergleich so wenig, als ein rechtskräftiges Erkenntniß, aus dem Grunde angefochten werden, daß gewisse Urkunden neuerdings erst aufgefunden worden, von denen man vorher keine Wissenschaft gehabt hat.

91) In den Gesetzen wird daher der Vergleich eine decisio genannt. *L. 7. pr. D. de condict. furt. L. 3. §. 1. D. ad L. Falcid. L. 19. L. 33. C. h. t.* und eben so wird der Ausdruck decidere für transigere gebraucht. *L. 3. pr. D. de condict. caus. dat. caus. non sec. S. auch L. 17. C. h. t. und Ant. SCHULTING in Protis h. t. §. 2.*

92) *L. 20. C. h. t.*

93) *Cap. 1. de litis contestat. in 6to. Cap. 1. X. de Transact. Cap. 2. X. de sentent. et re iudic.*

94) Mehrere Rechtsgelehrten behaupten sogar, es komme bey dieser Exception nicht einmal darauf an, daß sie sogleich liquid sey. *S. WERNHER in Observat. for. T. I. P. I. Obf. 43. SCHAUMBURG princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. cap. 4. §. 10. Not. 2. STRYK Introd. ad praxin for. cap. 16. §. 2. Allein man sehe MEVIUS P. III, Decis. 225.*

hat⁹⁵⁾. Man darf indessen die Vergleichung, welche die Gesetze zwischen einem Transacte und der rei iudicatae machen, nicht weiter ausdehnen, als der Absicht der Gesetze gemäß ist. Denn diese Vergleichung hat nur hauptsächlich ihr Absehen auf den Zweck, welcher bey beyden freylich der nämliche ist, und in Beylegung eines Rechtsstreits besteht. Daher finden sich übrigens noch manche Differenzen. So z. E. kann ein rechtskräftiges Erkenntniß einen zum ingenuus machen, der es doch nicht ist⁹⁶⁾; allein diese Wirkung hat ein Vergleich nicht⁹⁷⁾. Ferner ein Transact hat auch keine solche paratam executionem⁹⁸⁾, wie ein Judicat⁹⁹⁾ u. d. m.¹⁰⁰⁾.

§. 352.

Wer kann transigiren?

Ein Transact ist ein Geschäft, das eine Veräußerung in sich begreift. Nur derjenige ist also fähig, einen gültigen Vergleich zu schließen, welcher die Freyheit hat, zu veräußern und über sein Vermögen nach eigenem Gefallen zu disponiren. Pupillen und Minderjährige können daher ohne Einwilligung ihrer Vormünder nicht transigiren. Auch

§ 4

nicht

95) L. 19. C. h. t. L. 4. C. de re iudic. LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 27. et SCHULTING in Prot. h. t. §. 16.

96) L. 25. D. de statu hom.

97) L. 6. L. 10. L. 36. C. de liber. caus.

98) L. 28. C. h. t.

99) L. 8. C. de reb. credit.

100) Man sehe hier besonders Io Jac. WISSENBACHII Commentationes cathedrar. in libros VII. priores Codicis Iustin. (Fran equ 1701) ad. L. 20. C. h. t. pag. 83.

nicht einmahl der Vormund darf in jedem Falle für sich über des Pupillen Recht nach Gefallen sich vergleichen ¹⁾, sondern man unterscheide, ob der Transact bewegliche oder unbewegliche Güter des Pupillen betrifft. Im ersten Falle kann zwar der Vormund selbst den Vergleich eingehen, ohne daß hierzu ein Decret der Obrigkeit erfordert wird ²⁾, nur muß die res mobilis, die den Gegenstand des Vergleichs ausmacht, nicht von besondern Werthe seyn, weil sie sonst einer unbeweglichen Sache gleich geachtet wird. In dem andern Falle kommt es wieder darauf an, ob durch den einzugehenden Transact ein unbewegliches Gut des Pupillen an den Gegner desselben abgetreten werden soll; oder ob solches dem Pupillen durch den Vergleich gegen seines Gegners Ansprüche erhalten werden soll. In dem letztern Falle kann der Vergleich vom Vormunde geschlossen werden, ohne daß ein obrigkeitliches Decret dazu nöthig ist, als welches nach Vorschrift der Gesetze nur bey eigentlichen Veräußerungen erfordert wird ³⁾; in dem erstern Falle hinge-

1) *Christ. Henr. BREUNING* Specim. contin. caput iuris controvers. de transactione tutoris in causa pupillari. *Lipsiae* 1768.

2) *L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. D. de furtis. LEYSER* Meditat. ad Pandect. Spec. 46. med. 1. " Der Vergleich darf nur nicht zum offenbaren Nachtheil des Pupillen gereichen. Hieher gehört, was *Paulus* sagt in der *L. 46. §. ult. D. de administr. et peric. tutor. et curat. Tutoribus concessum non est, deminuendi causa cum debitoribus pupilli transigere, et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse. C. NOODT* de pact. et transact. cap. 26. und *VINIUS* in Tr. de transactionibus cap. III. §. 7.

3) *Vid. Tit. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, et Tit. Cod. de praediis et aliis reb. minor. sine decreto non alienand. auch Ferd. Christph. HARPPRECHT* Diss. de transactione in causis

hingegen besitzt entweder der Minderjährige selbst das streitige Grundstück, oder sein Gegner hat es im Besiz. Ist ersteres, so kann der Vormund ohne obrigkeitliches Decret nicht transigiren ⁴⁾. Eben dieß behaupten auch mehrere Rechtsgelehrte ⁵⁾ in dem andern Falle, weil doch dem Pupillen, wenn er auch das streitige Grundstück nicht besitzt, wenigstens eine Realklage zusteht, vermittelt welcher er seine Ansprüche rechtlich ausführen und verfolgen kann; und da diese zu seinem Vermögen gehört, so lasse sich eine Entsagung derselben ohne eine Alienation nicht denken. Allein da hier vorausgesetzt wird, daß das Recht des Minderjährigen noch ungewiß und zweifelhaft ist, und die Vermuthung doch immer für den Besizer streitet: so behaupten andere nicht ohne Grund, daß ein obrigkeitliches Decret in diesem Falle nicht erforderlich sey ⁶⁾. Es läßt sich also wohl nicht ganz allgemein behaupten, daß ein Vormund in Sachen seines Pfliegbesohlenen anders nicht, als *adhibitis solemnibus*, in alienatione necessariis, transigiren könne, wie unser Verfasser annimmt.

C 5

Aus

causis minorum §. 16. (in *EJUSD. Differt. academ.* Vol. I. Diff. X. pag. 386.) *Io. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 15. und *Franc. ALEF* Diff. de Transactione Cap. III. §. 25.

4) *L. 4. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* *L. 22. Cod. de administrat. tutor.* *Ant. FABER* in Cod. Definit. for. Lib. V. Tit. 37. Def. 1.

5) Man sehe vorzüglich *BREUNING* cit. Specim. §. 4.

6) *BACHOVIVS* ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. VII. Th. II. Lit. E. *VOET* h. t. §. 2. in fin. und *HARPPRECHT* cit. Diff. §. 19.

Aus diesen Prämissen läßt sich auch die Frage entscheiden, in wiefern ein Procurator in Sachen seines Principals einen Vergleich eingehen könne? Er verrichtet nämlich das ihm aufgetragene Geschäft entweder zu seinem eigenen Vortheil, oder zum Besten desjenigen, der ihm den Auftrag gab. In dem erstern Falle wird er ein Procurator *in rem suam*, in dem andern aber ein *procurator in rem alienam* genannt. Der erstere ist wie ein Eigenthümer des ihm aufgetragenen Geschäfts anzusehen ⁷⁾, er hat daher freie Gewalt über die Sache zu disponiren, worüber er Procurator ist, und kann also auch einen gültigen Vergleich darüber schließen. Man kann diese Befugniß eines *procuratoris in rem suam* auch schon daraus abnehmen. Die Gesetze ertheilen einem solchen Procurator das Recht einen Eid zu deferiren ⁸⁾, daraus folgt nun von selbst, daß er auch transigiren könne, weil die Eidesdelation als eine Art von Transact angesehen wird ⁹⁾. Bey einem *procuratore in rem alienam* kommt es hingegen darauf an, ob ihm die Besorgung und Verwaltung aller und jeder Geschäfte und Güter seines Principals anvertrauet worden, oder nicht. In dem erstern Falle kann ein solcher *procurator universalis* oder *generalis* allerdings transigiren, wenn er aus guten Gründen glaubt, daß er dadurch das Beste und den Vortheil seines Principals befördere ¹⁰⁾. Denn es ist den

Pflich.

7) L. 13. §. 1. *D. de pactis*. Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur.

8) L. 17. §. fin. *D. de iurejur*. Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est, scilicet — si in rem suam procurator sit.

9) L. 2. *D. eodem*. Insiurandum speciem transactionis continet.

10) L. 17. §. fin. *D. de iurejur*. L. 12. *D. de pact*. L. 58. L. 63. *D. de procurat*.

Pflichten und Regeln einer vorsichtigen Güteradministration vollkommen gemäß, daß der Procurator lieber etwas aufopfere, als daß er sich in die augenscheinliche Gefahr eines ungewissen Processus wagt, wodurch vielleicht das Ganze verlohren gehen könnte¹¹⁾. Ein procurator particularis hingegen, dem bloß die Besorgung eines einzigen Geschäfts anvertraut worden, kann ohne einen besondern Auftrag seines Principals nicht gültig transigiren¹²⁾. Eben dieß findet auch bey einem solchen Procurator statt, dem ich nur alle meine Prozesse übertragen habe¹³⁾. Dieser kann ohne besondern Auftrag nicht transigiren, weil er bloß ein Mandat zum Klagen, nicht aber einen Transact zu schließen, erhalten hat. Er würde also die Grenzen seines Auftrags überschreiten¹⁴⁾.

Auch keinem Procurator Caesaris s. Principis, der die öffentliche Einnahme des Landesherrn administriert, ist es

11) NOODT de pact. et transact. cap. 27. de COCCEJI ius civ. controuv. h. t. Qu. 3. VOET h. t. §. 3. und Nenthe angef. Versuch §. 25.

12) L. 10. C. de procurat. Cap. 4. in fin. de procurator. in 6to.

13) L. 60. D. de procurat. Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam; et ideo, si postea is, qui mandavit, transactionem ratam non habuit, non posse eum repelli ab actionibus exercendis. CUJACIUS in Not. ad §. 34. l. de rer. div. will hier transactionem deminuendi causa lesen, allein ohne hinreichenden Grund, wie schon Ger. NOODT de pact. et transact. cap. 27. pag. 559. und POTHIER in Pandect. Iustinian. Tit. de procuratoribus Nr. V. Not. a. bemerkt haben.

14) L. 7. C. h. t. NOODT c. l. VINNIUS de Transactionibus c. III, §. 5.

es erlaubt, in Finanzsachen, ohne besondere Genehmigung des Fürsten, einen Vergleich zu schließen¹⁵⁾. Der Vergleich, den ein solcher Procurator, *inconsulto principe* schließt, ist null und nichtig¹⁶⁾.

Was von Procuratoren gilt, findet auch bey den Syndicen und andern Administratoren moralischer Personen und Gemeinheiten statt. Ist ihnen nämlich die allgemeine Verwaltung aller Güter und Angelegenheiten der Gemeinheit anvertrauet worden, so können sie auch in Sachen ihren Gemeinden transigiren, sofern es das Beste derselben erfordert¹⁷⁾. Wäre im Gegentheil dem Syndicus nur, wie gewöhnlich, die Führung der Proceße einer Gemeinde übertragen worden, so ist demselben so wenig, als einem andern Procurator, erlaubt, ohne einen besondern Auftrag, in Sachen der Gemeinde einen Vergleich zu schließen¹⁸⁾. Es beruhet daher die Meinung derjenigen auf keinen hinlänglichen Gründen, welche schlechthin den Syndicen des Recht geben wollen, in Sachen ihrer Gemeinden, auch ohne besondern Auftrag, Vergleiche zu schließen¹⁹⁾, da denselben nicht immer

15) *L. 13. D. h. t. Gottfr. MASCOV* Diff. de procuratore Caesaris. *Alt. 1724. Franc. RAMOS del MANZANO* Comment. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam I. 3. (Tom. V. *Thef. Meermann.* pag. 69.)

16) *L. 1. §. 1. D. offic. procurat. Caesaris. VINNIUS* de Transact. Cap. 3. §. 10.

17) *L. 12. Cod. h. t. de COCCEJI* ius civ. contro. h. t. Qu. 4.

18) *L. 34. §. 1. De iurejur. Kenthe* §. 26. S. 51.

19) *GAILIUS* Lib. II. Obs. 72. nr. 11. *HAHN* ad *Wesenebecium* h. t. nr. 4. in fin. *LAUTERBACH* Disp. de Syndicis Membr. II. cap. 2. §. 87. *LEYSER* Meditat. ad Pandect. Specim. LIV. medit. 11.

immer eine so allgemeine Güteradministration anvertrauet ist, welche im Röm. Rechte bey denen vorausgesetzt wird, welchen das Recht zu transigiren zusteht; auch nicht behauptet werden kann, daß Syndici schlechthin als Vormünder anzusehen wären, welches sich wenigstens daraus noch nicht folgern läßt, daß Personengemeinheiten die Rechte der Minderjährigen haben, da sie die Geschäfte ihrer Gemeinheiten nicht vi officii, sondern vermöge erhaltenen Auftrags besorgen²⁰).

Eine andere Frage ist, ob und in wiefern der Vater über das Vermögen seiner Kinder transigiren könne? Sind Kinder nicht mehr in väterlicher Gewalt, so kann der Vater, als Vater, in ihren Angelegenheiten keinen gültigen Vergleich schließen²¹). Nur in sofern das emancipirte Kind noch minderjährig ist, und der Vater die Vormundschaft über dasselbe führt, ist letzterer zu allen dem berechtiget, was ein jeder andere Curator in solchem Falle thun kann und zu thun schuldig ist²²); und zwar soll ihm das richterliche Decret de transigendo nicht erschwert werden, weil die rechtliche Vermuthung für ihn streitet, daß er aus natürlicher Liebe für sein Kind das Wohl und den Nutzen desselben eifriger besorgen werde, als ein anderer
Curat

20) Man sehe vorzüglich. *Rud. Christph. HENNE* Diss. de differentiis inter procuratorem et syndicum veris et spuris. *Erfordiae* 1770. §. 20. und *Hr. Prof. EMMINGHAUS* ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 4. Not. 1.

21) *L. 10. D. h. t. de re filiorum*, quos in potestate non habuit, transigentem patrem minime eis obesse placet.

22) *Vinnius* de Transactionibus cap. 3. §. 11. *Schulting* in *Protis* h. t. §. 4.

Curator²³⁾. Sind aber die Kinder noch in der väterlichen Gewalt, so kommt es auf die verschiedenen Gattungen ihres Peculiums an. Ist dieses Vermögen so beschaffen, daß dem Kinde nicht nur das Eigenthum sondern auch der Nießbrauch daran zusteht, von welcher Art das peculium castrense, quasi castrense, und adventitium irregulare ist; so kann der Vater als Vater nicht darüber transigiren, weil der Sohn in Ansehung eines solchen Vermögens wie ein paterfamilias anzusehen ist, und darüber freie Gewalt hat, unter den Lebendigen zu disponiren²⁴⁾. Sollte indessen der Sohn noch minderjährig seyn, und sein Bestes einen Transact in Rücksicht dieser Güter nöthig machen, so kann ihn zwar der Vater, jedoch anders nicht, als in der Qualität eines Vormundes schließen, insofern ihm nämlich die Administration des Vermögens zusteht²⁵⁾. In Absicht auf das peculium adventitium regulare geben die Gesetze dem Vater schon freiere Hände. Die Administration dieses Vermögens steht dem Vater nicht als Vormunde, sondern vermöge der väterlichen Gewalt zu. Er ist daher auch zu nichts von dem, was sonst den Vormündern obliegt, verbunden²⁶⁾. So wie nun dem Vater auch

23) L. 7. §. 2. *D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Si pater tutor sit alicui ex liberis, an praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat: pronior tamen esse debet Praetor, ad consentiendum patri.

24) L. 18. §. 1. *D. de castr. pecul.* L. 2. *D. de Senatusconf. Macedon.* Nov. CXVII. cap. 1.

25) Renthe §. 27. S. 53. folg. HOFACKER Princip. iur. civ. Tit. I. §. 568. et 583.

26) LEYSER Vol. III. Specim. CLXIV. medit. I. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. II. P. I. Obs. 543. et 560. SCHAUM-

auch sogar die Veräußerung solcher Güter erlaubt ist, insofern es entweder die dringende Noth erfordert, oder der offenbare Nutzen der Kinder die Veräußerung rechtfertiget²⁷⁾, und hierzu nicht einmal ein richterliches Decret nöthig ist²⁸⁾; so kann auch der Vater unter dieser Voraussetzung, daß der Vergleich nöthig, oder den Kindern nützlich ist, ohne Decret über ihre Adventitien transigiren²⁹⁾, wenn solches nur mit Einwilligung der Kinder geschieht³⁰⁾. Wären hingegen die Kinder noch unmündig oder abwesend, so kann der Vater den Vergleich über ihre Adventitien auch ohne deren Einwilligung gültig schließen³¹⁾.

Noch

BURG in *Compend. iuris Digestorum* Lib. XV. Tit. I. §. 11. et 12.

27) L. 1. *Cod. de bon. matern.* L. 4. *in fin.* L. 8. §. 4. et 5. *C. de bon. quae lib.* HOFACKER *Princip. iur. civ.* T. I. §. 576.

28) L. 3. *C. quando decreto opus non sit.* GAILIUS Lib. II. Obs. 72. nr. 14. LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pandect.* Lib. XV. Tit. I. §. 23. WERNHER *Obs. for. T. I. P. III.* Obs. 35. LEYSER *Specim. CLXV. medit. 9.* *Struben rechtl. Bedenten 2. Th. Bed. 103.* de CRAMER *Tom. IV. Obs. 1208.* *in fin.* HOSCHERS *Samml. merkwürdiger am kaiserl. Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle 3. Th. 4. Rechtsfall §. 61. folg. C. 201. folg. und HOFACKER Princip iur. civ. T. I. §. 576.*

29) LAUTERBACH *Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14.* VOET in *Comment. ad Pandect. h. t. §. 4.* ALEF *cit. Diss. de Transactione Cap. III. §. 28.*

30) L. 8. §. 3. *Cod. de bon. quae lib.* Aemil. Lud. HOMBERGK zu Bach *Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. Marburgi 1753. §. 16.*

31) In der angeführten L. 8. §. 3. *C. de bonis, quae liberis* heißt es nämlich: *adhibeatur autem etiam filiorum consensus, nisi*

Noch eine Frage ist hier zu entscheiden übrig, nämlich ob der Ehemann über das Vermögen seiner Ehefrau einen gültigen Vergleich schließen könne? Man unterscheide, ob von Dotal- oder Paraphernalgütern der Frau die Rede ist. In dem erstern Falle ist der Vergleich insofern gültig, als dadurch entweder der Ehefrau das Heyrathsgut erhalten wird, oder der Ehemann sonst besugt ist, res dotales zu veräußern³²⁾. Außerdem ist der Vergleich nichtig, und für die Frau unverbindlich, wosern nicht etwa der Ehemann das Heyrathsgut nach der Frauen Tode lucrirt³³⁾. Ueber die Paraphernalgüter der Ehefrau hingegen kann der Ehemann ohne besondern Auftrag und Einwilligung derselben nicht transigiren³⁴⁾.

§. 353.

nisi adhuc in prima aetate sint constituti, aut longe absint
Daß hier unter der *prima aetate* die Unmündigkeit, nicht aber, wie VOET c. 1. dafür hält, die Minderjährigkeit zu verstehen sey, erhellet aus der L. 30. C. de episcop. audient. und L. 10. C. de impuber. et aliis substitut. Man sehe hier vorzüglich HOMBERGK cit. Diss. §. 11 — 13.

32) L. 42. D. L. 10. C. de iure dot.

33) Arg. L. 17. D. de fundo dot. Man sehe hier vorzüglich Franc. ALEF cit. Diss. de Transactione Cap. III. §. 30.

34) L. 8. C. de pact. conv. a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCI. medit. 5. pag. 154. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obf. 165. Hymmen's Beyträge zur jurist. Litteratur in den preussischen Staaten. 6. Sammlung S. 28. folgg. Diesem ist auch die L. 11. pr. C. eodem nicht entgegen, denn dieses Gesetz ist von einem solchen Falle zu verstehen, da die Frau dem Ehemanne außer ihrem Heyrathsgute gewisse Capitalien überlassen hat, in diesem Falle kann der Mann freylich darüber litigiren und transigiren, ohne daß

§. 353.

Ueber welche Sachen kann ein Vergleich geschlossen werden,
über welche nicht?

Zur Gültigkeit eines Vergleichs wird nun insonderheit erfordert, daß der Gegenstand desselben der willkührlichen Entscheidung und Disposition der Transigenten müsse überlassen seyn. Daher gilt

a) kein Privatvergleich zwischen Ehegatten, welcher die Trennung einer unter ihnen noch bestehenden gültigen Ehe zum Zweck hat. Denn eine unter dem Schutze und Ansehen der Obrigkeit errichtete eheliche Gesellschaft kann ohne ihren Einfluß und Genehmigung nicht getrennt werden³⁵⁾. Nach dem kanonischen Recht soll zwar ein solcher Vergleich durchaus nicht gelten, wenn er auch gleich mit Vorwissen und Genehmigung des geistlichen Richters wäre eingegangen worden³⁶⁾; allein da sich diese Vorschrift auf die Lehre des päpstlichen Rechts vom Sacramente der Ehe bezieht, nach welcher das Band der Ehe bey den Katholiken unauflöslich ist, so kann solche bey den Protestanten eigentlich keine Anwendung finden. Man behauptet daher nicht

daß ein besonderer Auftrag oder Genehmigung erfordert wird, wie PUFENDORF in *Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 12.* bemerkt hat.

35) VINNIUS de Transact. Cap. IV. §. 12. VOET in Comm. ad Dig. h. t. §. 15. a PUFENDORF *Observat. iur. univ. T. III. Obs. 45. §. 1.* und Carl Wilh. ROBERTS rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe und die Art ihrer Stiftung im protestant. Teutschlande. Frankfurt und Leipzig 1787. 2. 3. Abth. ff. 12.

36) Cap. fin. X. h. t.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

nicht ohne Grund, daß unter Protestanten, auch in Ehesachen zum Zweck der Trennung der Ehe ein gültiger Vergleich eingegangen werden könne, wenn solches mit Genehmigung der geistlichen Obrigkeit in einem solchen Falle geschieht, in welchem überhaupt eine Ehescheidung zulässig ist³⁷⁾. Ein Privatvergleich hingegen, welcher ohne Vorwissen der Obrigkeit über die Aufhebung einer gültigen Ehe geschlossen worden ist, ist ungültig, wenn er gleich mit einem Eide wäre bekräftigt worden³⁸⁾. Sollte es indessen noch zweifelhaft seyn, ob unter den Transigenten eine wirkliche Ehe vorhanden sey, so ist ein Privatvergleich, wodurch sich die Partheyen auseinander setzen, selbst nach dem kanonischen Rechte nicht für ungültig zu halten³⁹⁾. Es hat auch keinen Zweifel, daß bloße Eheverlöbniße ohne Vorwissen der geistlichen Obrigkeit vermittelt eines Transacts wieder aufgehoben werden können⁴⁰⁾. Ein Vergleich von der Art ist auch nach dem kanonischen Rechte gültig⁴¹⁾. Denn so wie Sponsalien ohne Auctorität der geistlichen Obrigkeit durch den bloßen Vertrag der Partheyen eingegangen

37) Man sehe *Io. Tob. CARRACH* Diss. de vi transactionis contra matrimonium. *Halae* 1757. §. 12. *Lud. God. MADIHN* Princip. iuris Rom. P. II. §. 243. *Renthe* im angef. Versuche §. 45. C. 105.

38) *LEYSER* Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 5.

39) *Cap. 2. X. de clandest desponsat.* *CARPZOV* iurisprud. confistorial. Lib. II. Tit. XIV. Definit. 233. *I. H. BOEHMER* ius eccles. Protestant. T. I. Lib. I. Tit. 36. §. 4.

40) *PUFENDORF* Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 45. §. 2. *BOEHMER* cit. loc. *Renthe* §. 46.

41) *Cap. 2. X. de sponsal.*

gangen werden, so können sie auch mit beyder Theile Einwilligung, ohne Vorwissen des Consistoriums, wieder aufgehoben werden⁴²⁾.

b) Zu den Gegenständen, worüber man, ohne Einwilligung der Obrigkeit, nicht transigiren kann, gehören auch Alimente, die einem in einer letzten Willensverordnung vermacht worden sind. Denn die Erfahrung hat gelehrt, daß Personen, denen jährlich gewisse Renten zu ihrer Nahrung, Kleidung, Wohnung, und andern Bedürfnissen ausgesetzt worden⁴³⁾, sehr leicht geneigt sind, auf ihre Forderung gegen eine gewisse Summe Geldes, die ihnen auf einmal bezahlt wird, ewige Verzicht zu thun, ohne auf die Zukunft zu rechnen, und hernach dem Staat zur Last fallen. Deswegen hat Kr. Marcus wohlbedächtig verordnet, daß ein Vergleich über dergleichen Alimente nicht anders, als nach vorgängiger gerichtlichen Untersuchung und Genehmigung statt finden solle⁴⁴⁾. Man hat hier wohl zu

D z

bemerk.

42) *Ge. Frid. DEINLIN* Diss. de mutuo dissensu sponsalicio solo absque consistorii cognitione et auctoritate valido atque efficaci. *Altorf.* 1746. *Ios. Ant. a RIEGGER* Institut. iuris eccles. P. IV. §. 25. *EYBEL* Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. Lib. II. Cap. XIII. §. 351. *Ge. Lud. BOEHMER* Princip. iur. canon. §. 372.

43) *L. 8. §. 1. D. h. t.* Praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio, sive vestiarium, sive de praediis alimentum legabitur. §. 14. *ej. L.* De calciario quoque arbitrio Praetoris transigendum est. *L. 6. D. de aliment. et cibar. legat.* Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quis sine his ali corpus non potest.

44) *L. 8. pr. D. h. t.* Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti; *DIVUS MARCUS*

ORA-

bemerken, daß das Gesetz ausdrücklich nur von solchen Alimenten redet, welche in einem letzten Willen, nämlich in einem Testament, Codicill, oder einer Schenkung von Todes wegen hinterlassen worden sind⁴⁵⁾. Mit Alimenten, die man vermöge eines Vertrags zu fordern berechtigt ist, verhält sich die Sache ganz anders. Ueber solche kann ein Transact auch ohne Mitwirkung des Richters eingegangen werden⁴⁶⁾. Denn hier finden nicht eben die Gründe statt, welche bey den in einer letztern Willensverordnung hinterlassenen Verpflegungsgeldern beabsichtigt worden sind. Hier handle ich durch den Transact nicht gegen die Absicht und den Willen meines Wohlthäters; hier sind auch die Personen, welche Alimente zu fordern haben, mehrentheils nicht so dürftig, als bey Alimenten aus einem Testament. Es ist auch zwischen Rechten, die mir aus einem Testament, und solchen, die mir aus einem Vertrage zustehen, ein ganz verschiedenes Verhältniß. Jeder kann der Regel nach seinem Rechte, das ihm vermöge eines Vertrags zusteht, entsagen, er kann damit nach Willkühr und eigenem Gutbefinden

oratione in Senatu recitata efficit: Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta. Sehr ausführlich hat diese Verordnung des Kaiser Marcus erläutert Scip. GENTILIS in libro singul. de alimentis. Fr/ti. 1616. 8.

- 45) L. 8. §. 2. D. h. t. Haec oratio pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerint relicta, sive ad testamentum factis, sive ab intestato. Idem erit dicendum, etsi mortis causa donatione relicta sint: vel ab eo, cui mortis causa donata, relicta sunt. Sed et si conditionis implendae gratia relicta sunt: adhuc idem dicemus. C. WAECHTLER in Opuscul. pag. 717.
- 46) L. 8. §. 2. D. eod. Plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore auctore transigi.

finden schalten, wenn solches nur ohne Nachtheil eines Dritten geschieht. Hingegen bey Rechten aus einem Testament haben die Geseze ein besonderes Augenmerk auf die Erhaltung des Ansehens letzter Willensverordnungen. Es ist ihnen daran gelegen, daß die wohlthätige Absicht des Erblassers, so viel möglich, erreicht werde. Bey Alimentionen aus einem Vertrage tritt endlich noch der Grund ein: wie eine Verbindlichkeit entstanden ist, so kann sie auch wieder aufgehoben werden. So wie nun die Verbindlichkeit, solche Alimente zu reichen, durch wechselseitige Einwilligung der Partheyen begründet worden, so kann sie auch durch Vergleich wieder aufgehoben werden⁴⁷⁾. Wie aber, wenn das Recht, Alimente zu fordern, aus einer gesetzlichen Verordnung entspringt? Ein solcher Vergleich muß unstreitig unter Aufsicht des Richters geschlossen werden. Denn solche

D 3

Per.

47) Hiermit stimmen überein FABER in Rational. ad L. 3. §. 2. D. h. t. DUARENUS Disputat. annivers. Lib. I. cap. 44. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14. VINNIUS de Transactionibus cap. VI. §. 13. NOODT de pactis et transactionib. cap. XVII. §. Prohibet. (Oper. T. I. pag. 533. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20. in fin. COCCEJI in iure civ. controuv. h. t. Qu. VII. Except. 2. ALEX in Diss. de Transactione Cap. VII. §. 79. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 243. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Sect. II. Nr. XXIV. Renthe §. 39. u. a. m. Elaprotz in seiner theor. practischen Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichts-handlungen §. 188. nr. 1. S. 365. ist zwar anderer Meinung; allein sie ist der Verordnung des Kr. Marcus nicht gemäß, welche de casu ad casum nicht extendirt werden kann, wo der Grund derselben nicht vorhanden ist, wie auch schon Hr. Prof. EMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. VII. not. x. gegen Elaprotz sehr richtig erinnert hat.

Personen, welchen vermöge der Geseze die Alimente gebühren, haben diese zur Erhaltung ihres Lebens insgemein nöthig, und wie leicht könnte daher Nachtheil für den Staat entstehen, wenn der Vergleich darüber bloß der eigenen Willkühr der Partheyen überlassen wäre⁴⁸⁾? So muß daher z. B. der Vergleich, den der Schwängerer mit der Geschwächten über den Unterhalt des unehelichen Kindes schließt, gerichtlich mit Zugiehung eines dem Kinde zu stellenden Vormundes geschlossen werden⁴⁹⁾. Alimente können ferner entweder rückständige seyn, welche man für die vergangene Zeit noch zu fordern hat, (*alimenta praeterita*) oder solche, die mit der andere erst für die Zukunft zu leisten verbunden ist, (*alimenta futura*.) Ueber rückständige Verpflegungsgelder steht es mir jederzeit frey, mit meinem Schuldner einen außsergerichtlichen Vergleich zu schließen⁵⁰⁾. Denn die vergangene Zeit habe ich nun schon überlebt, für diese brauche ich keine Alimente mehr. Meine Forderung nimmt also nun die Natur eines bloßen Ver-

48) *Io. God. BAUER* Diff. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato. (*Lipsiae 1727.*) §. 3. Renthe im angef. Versuch §. 40.

49) *LEYSER* Meditat. ad Pandect. Vol. IX. Specim. DLXXXIII. Coroll. 2. pag. 174. von *Nutstorp* Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 482. von *Trübschler* Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufträge über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit 1. Th. 2. Hptabth. 3. Hauptst. §. 57. S. 303. *Claprotch* a. a. O. §. 188. nr. 4. S. 366.

50) *L. 8. Cod. h. t. De alimentis praeteritis, si quaestio deferatur, transigi potest. De futuris autem sine Praetore, seu Praetore interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur.*

Vermächtnisses an. Der Staat und das gemeine Beste hat also von einem solchen Vergleich keinen Nachtheil⁵¹⁾. Ist aber von zukünftigen Alimenten die Rede, so ist der Vergleich darüber in der Regel anders nicht gültig, als wenn er nach vorhergegangener Untersuchung des Richters bestätigt worden ist. Ohne diese obrigkeitliche Genehmigung ist der Vergleich, der über zukünftige Alimente aussergerichtlich geschlossen worden ist, null und nichtig, es wäre denn, daß er für denjenigen, welchem die Alimente gebühren, vortheilhaft wäre, weil in einem solchen Falle weder dem Staate durch einen solchen Transact nachtheilige Folgen erwachsen, noch auch dem Willen des Testirers, welchem die Erhaltung und Versorgung des Legatars am Herzen lag, zuwider gehandelt wird. Dahin gehört z. B. wenn ich durch den Vergleich erlange, daß mir von den Verpflegungsgeldern alle Monate etwas gewisses ausgezahlt wird, die ich nach dem Testamente eigentlich erst am Ende eines jeden Jahres erhalten sollte⁵²⁾; oder wenn mir Getraide zum Unterhalt vermacht worden, und ich bekomme dafür durch den Vergleich jährlich oder monatlich ein gewisses Geldquantum⁵³⁾; oder es ist mir Geld zur Wohnung vermacht worden, und einer giebt mir für das Geld eine lebenslängliche gute Wohnung⁵⁴⁾. Ausserdem behauptet man h. z. E. nach den Grundsätzen des canonischen Rechts, daß ein über zukünftige Alimente aussergerichtlich

D 4

gea

51) VINNIUS de Transactionib. Cap. VI. §. 1. VOET h. t. §. 12. und Xenthe §. 38.

52) L. 8. §. 6. D. h. t.

53) L. 8. §. 24. D. eod.

54) L. 8. §. 25. h. t.

geschlossener Vergleich alsdann für gültig zu halten sey, wenn er mit einem Eide bekräftiget worden⁵⁵⁾; welche Meinung jedoch darum noch vielen Zweifeln unterworfen ist, weil das Gesetz nicht blos den Nutzen des zu Verpflichtenden, sondern zugleich das Beste des Staats beabsichtigt, welchem durch den Eid kein Eintrag geschehen kann, und das kanonische Recht, wie wir schon bey einer andern Gelegenheit bemerkt haben⁵⁶⁾, keine einzige allgemeine Verordnung für die Gültigkeit des Eides bey ungünstigen Geschäften enthält, sondern nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beylegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Vernunftrechts und der Civilgesetze nicht haben würde⁵⁷⁾. Es entsteht hierbey die Frage, wer in Absicht auf die gerichtliche Untersuchung und Bestätigung eines Vergleichs über zukünftige Alimēte iudex competens

55) COLERUS de alimentis Lib. II. c. 8. nr. 24. seqq. SURDUS de aliment. Tit. VIII. Qu. 56. nr. 42. seqq. VINNIUS de Transaction. cap. VI. §. 17. I. H. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 30. STRYK Uf. mod. Pandect. h. t. §. 11. COCCEJI iur. civ. controuv. h. t. Qu. VII. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 3. Cod. de Transact. Elaprotz in der angef. Rechtswissenschaft §. 194. Kenthe §. 38. S. 90. folg.

56) S. den 4ten Th. dieses Commentars §. 341. S. 557.

57) Nicht ohne Grund verwerfen daher jene gemeine Meinung Iac. Frid. LUDOVICI in Diff. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omne iuramentum servandum esse etc. §. 8 — 10. Franc. ALEF in cit. Diff. de Transactione Cap. VII. §. 80. AYRER Diff. de abusu iuramentorum §. 45. MALELANC doctrina de iureiurando Lib. V. §. 118. pag. 511. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. VII. not. w. pag. 271. u. a. m.

tens sey? Bey den Römern mußte der Richter eine solche Magistratsperson seyn, welche legis actionem hatte⁵⁸⁾; also der Prätor, oder der Präses in der Provinz waren dazu authorisirt, zuweilen auch der Procurator Caesaris, wenn man die Alimente von dem Fiscus zu fordern hatte⁵⁹⁾. Heutiges Tages ist der competente Richter derjenige, unter welchem der zu Verspflegende wohnt, oder sonst für seine Person steht, wenn er etwa einen privilegirten Gerichtsstand hat⁶⁰⁾. Sind jedoch die Alimente aus einem gewissen Grundstück vermacht worden, welches deswegen gesetzlich verpfändet ist⁶¹⁾, so kann auch der Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit dieser fundus gelegen ist, den Vergleich bestätigen⁶²⁾. Dem Richter liegt übrigens die Pflicht ob, bey Untersuchung des zu bestätigenden Vergleichs die möglichste Vorsicht und Genauigkeit zu beobachten, und zwar hat der Richter nach Vorschrift der L. 8. §. 8. D. h. t. die Untersuchung auf drey Hauptpuncte zu richten; 1) auf die Ursache des Vergleichs; 2) auf die Bedingungen desselben; und 3) auf den Character

D 5

der

58) S. den 3ten Theil dieses Commentars §. 184. Nr. V. C. 9.

59) L. 8. §. 18. et 19. D. h. t.

60) S. Elaproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 190. Hiermit stimmt auch das neue Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 16. Tit. §. 413. überein.

61) L. 2. §. 1. D. de alim. et cibar. legat. L. 1. Cod. commun. de legat.

62) Arg. L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor. sine decreto non alien. wo es heißt: sine decreto praesidis provinciae, in qua situm. Man sehe COLERUS de alimentis Lib. II. cap. 8. nr. 45. pag. 739.

der Personen, welche den Vergleich mit einander schließen. In Absicht auf den ersten Punct hat der Richter wohl zu erwägen, ob die Ursache, warum der Vergleich geschlossen wird, gegründet und erheblich sey, oder nicht, indem in dem letztern Falle die gerichtliche Einwilligung schlechterdings abgeschlagen werden, und es bey dem einmahl festgesetzten Unterhalt unabänderlich verbleiben muß⁶³⁾. Erhebliche Ursachen sind, wenn der Auszahler der Verpflegungsgelder und der Empfänger derselben in Ansehung des Wohnorts entfernt sind; oder der zu Verpflegenden seinen bisherigen Wohnsitz verändern will, und in dieser Rücksicht bey Ueberlieferung der Verpflegungsgelder Schwierigkeiten entstehen; oder wenn derselbe eine Geldsumme zu einem gewissen für ihn vortheilhaften Unternehmen auf einmahl nöthig hat; oder wenn er sich die Alimentengelder von mehreren Personen muß auszahlen lassen, deren terminliche Beytreibung mit vielen Beschwerlichkeiten verknüpft ist, u. d. m.⁶⁴⁾. Ohne alle Ursache muß der Vergleich niemahlen zugelassen werden; es ist vielmehr der Vergleich null und nichtig, den der Richter, ohne vorhergegangene Untersuchung der Ursache, bestätigt hat⁶⁵⁾. In Absicht auf den andern Punct muß der Richter vorzüglich in Erwägung ziehen, ob auch der Abfindungsbetrag (*modus pecuniae, quae in transactionem venit,*) mit dem Alter und der Gesundheit oder Schwächlichkeit des Empfängers in einem billigen Verhältniß steht. Denn bey einem Kinde sind natürlicher Weise andere Grundsätze wegen

63) L. 8. §. 9. D. h. t.

64) L. 8. §. 9. in fin. D. h. t.

65) L. 8. §. 17. D. h. t.

wegen der muthmaßlichen Lebensdauer und des darnach zu bestimmenden Abfindungsbetrags zur Richtschnur zu nehmen, als wenn der zu Verpflegende ein Jüngling, Mann oder Greiß ist⁶⁶). Endlich in Absicht auf den dritten Punct muß der Richter zuerst auf die Person desjenigen sehen, der die Alimente zu fordern hat, ob er sparsam ist, oder zur Verschwendung Hang hat; ferner ob er sonstige sichere Unterhaltungsmittel vor sich hat, wovon er zur Noth leben kann, oder ob er blos von dem hinterlassenen Unterhalt leben muß: indem in den erstern Fällen der Vergleich mit weniger Bedenklichkeit bestätigt werden kann, als in den andern. Der Richter muß aber auch auf die Person desjenigen Rücksicht nehmen, welcher die Alimente zu leisten verbunden ist, ob dieser ein sicherer und ehrlicher Mann sey; aus diesen und dergleichen Umständen wird sich leicht beurtheilen lassen, ob hinter den Vergleich ein Betrug steckt, oder nicht⁶⁷)? Diese Vorschrist-

66) L. 8. §. 10. D. h. t. C. Frid, Aug. SCHMELZER Comment. de probabilitate vitae eiusque usu forensi. Goett. 1787. 8. und Claproth a. a. D. §. 192. C. 371.

67) L. 8. §. 11. D. h. t. In dieser Stelle ist man über die Lesart der Worte nicht einig: cuius vitae sint hi, quibus alimenta relicta sunt: utrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an *sequioris*, qui de alimentis pendeant. Einige wollen nämlich statt *sequioris* vielmehr *segnioris* lesen, wie RUSSARDUS, DUARENUS Disputat. anniv. Lib. II. c. 31. und CONSTANTINAEUS subtilium enodation. Lib. I. cap. 5. (Tom. IV. Thes. Ottonian. pag. 491.) Andere hingegen lesen *nequioris*, wie BUDAEOUS in Annotation. in Pandect. (Lutetiae 1556. f.) ab h. L. pag. 92. b. und FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 5. (T. II. Thes. Otton. pag. 50.) Die gemeine Lesart vertheil-

gen

schriften müssen bey der Bestätigung des Vergleichs so pünctlich beobachtet werden, daß wenn etwas bey dieser Untersuchung versehen worden, der ganze Vergleich, des richterlichen Ansehens ungeachtet, nichtig ist⁶⁸). Sollte der über Alimente ungünstig geschlossene Vergleich bereits vollzogen seyn, so wird das, was vermöge desselben gegeben worden ist, auf die Alimente der vergangenen Zeit abgerechnet, für die Zukunft aber bleibt des zu Verspflegenden Forderung unvermindert. Ist hingegen der zu Verspflegende durch das, was er aus dem wichtigen Vergleiche erhalten, reicher geworden, so kann solches auch von ihm zurückgefordert werden⁶⁹).

Uebrigens geht das Verbot des Ars. Marcus auch auf andere Verträge und Geschäfte, welche dem Rechte des zu Verspflegenden in Absicht seines künftigen Unterhalts nachtheilig sind. Dahin gehört z. B. Veräußerung eines zum Unterhalt vermachten Grundstücks, oder Befreyung eines Grundstücks, welches zur Sicherheit des Unterhalts verpfändet worden, von der darauf haftenden Hypothec⁷⁰).

c) Da

gen jedoch CUIACIUS Lib. I. Observat. cap. 3. und FORSTER Observat. succisiv. Lib. I. cap. 22. (T. II. Thef. Otton.) Vitae sequior wäre also so viel als vitae deterioris, und soll einen faulen, nachlässigen Menschen bezeichnen.

68) L. 8. §. 17. D. h. t. Sed et si non de omnibus inquisierit, quae Oratio mandat. hoc est, de causa, de modo, de personis transigentium; dicendum est, quamvis de quibusdam quaesierit, transactionem esse irritam.

69) L. 3. §. 22. D. h. t.

70) L. 3. §. 15. D. h. c.

c) Da auch öffentliche Strafen wegen begangener Verbrechen der Willkühr der Privatpersonen nicht unterworfen sind, so kann ein Vergleich von keiner rechtlichen Wirkung seyn, der zur Verheimlichung eines Verbrechens unmittelbar über diese geschlossen wird⁷¹⁾. Die öffentliche Strafe kann dadurch nicht aufgehoben werden, es kann auch ein solcher Vergleich den Richter nicht hindern, das Verbrechen von Amtswegen zu rügen⁷²⁾. Hingegen über das Privatinteresse des Beschädigten kann zwischen ihm und dem Verbrecher ohne Zweifel ein Vergleich eingegangen werden, weil dieser Gegenstand ihrer Privatverfügung unterworfen ist. Ein solcher Vergleich hebt nicht nur die Klage auf Schadensersatz auf, sondern mildert auch zuweilen mittelbarer Weise die Strafe, wenn nämlich das Gesetz den Nachtheil des Beschädigten zum Hauptmaassstab der Strafe angenommen hat, wie z. B. beym Diebstahl,
Fäls.

71) L. 7. §. 14. *D. de pact.* Et in caeteris igitur omnibus ad Edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet. L. 27. §. 4. *D. eod.* Item, *ne experiar interdicto unde vi*, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. Et in summa si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum. L. 5. *pr. D. de pactis dotalib.* — ne publica coercitio privata pactione tollatur.

72) Art. 214. der Peinl. Gerichtsordnung Karls V. „und wo der Beschädigte nit peinlich klagen wolt, so soll dennoch die Oberkeyt den Thäter nichts desto weniger von Ampts wegen rechtfertigen, und nach Gelegenheit der Person und Uebersarung straffen lassen.“ Add. L. 2. *C. de abol.* E. ROEHMER ad *Carpzovium*. Quaest. CXLVIII. Observat. 1.

fälscherey u. d. ⁷³⁾. Das römische Recht unterscheidet noch insonderheit zwischen öffentlichen und privat Verbrechen, und erlaubt zwar in Ansehung der letztern, z. E. bey Injurien, Diebstählen, und solchen widerrechtlichen Beschädigungen, welche das Aquilische Gesetz rügt, den Privatvergleich mit der Wirkung, daß die Klage des Beschädigten auf die ihm gebührende Privatstrafe nicht statt findet ⁷⁴⁾, weil darunter nicht das allgemeine Beste, sondern nur das Privatinteresse des Transigenten litte; hatte indessen das Verbrechen die Infamie zur Folge, wie z. B. der Diebstahl, so vermied der Angeschuldigte solche durch den Transact nicht ⁷⁵⁾, weil man ihn nun für einen solchen hielt, der durch das Anerbieten des Vergleichs das schuldgegebene Verbrechen wirklich eingestanden habe ⁷⁶⁾: wosern nicht etwa der Vergleich unter richterlicher Auctorität geschlossen worden ⁷⁷⁾. Bey den öffentlichen Verbrechen hingegen stellt das Römische Recht andere Grundsätze auf. Es unterscheidet zwischen Capitalverbrechen, worauf eine

73) Art. 112. 113. u. 160. der P. G. O. Carls V. BOEHMER c. I. Quaest. CXLVIII. Obl. 3. Kleinschrobs systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 89.

74) L. 54. §. ult. D. de furtis. Si tutor transegit eum fure, evanescit furti actio. L. 7. §. 14. in fin. de pactis. Nam et de furto pacisci Lex permittit.

75) L. 4. §. ult. D. his, qui not. infamia.

76) L. 5. D. eodem. Quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur.

77) L. 6. §. 13. D. eodem. Qui iussu praetoris, pretio dato, pactus est, non notatur. E. NOODT Diocletian. et Maximian, sive de transactione et pactione criminum Cap. 4.

eine Todesstrafe stehet, und andern öffentlichen Verbrechen, die nicht capital sind ⁷⁸⁾). Bey den öffentlichen Verbrechen der erstern Art wird es für unsträflich gehalten, einen Vergleich zu schliessen. Der Grund hiervon, wie ihn Ulpian ⁷⁹⁾ angiebt, ist, weil derjenige billig Verzeihung verdient, welcher sein Leben, so gut er kann, zu retten sucht ⁸⁰⁾). Ein solcher Vergleich war jedoch nur erlaubt, ehe die Anklage angestellet ward ⁸¹⁾). Denn war die Anklage

klage

78) L. 18. *Cod. de Transact.* Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.

79) L. 1. *D. de bonis eorum, qui ante sentent.* In capitalibus criminibus a Principibus decretum est, non nocere ei, qui adversarium corripit: sed in his demum, quae poenam mortis continent. Nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.

80) Ob auch der Ankläger straffrey gewesen, der sich verglichen hatte, ist zweifelhaft. NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 12. et 13. läugnet dieses, und glaubt, der Ankläger sey allezeit straffällig gewesen, wenn er, es sey vor oder nach angestellter Anklage geschehen, Geld genommen hätte, um von der Anklage abzustehen. Allein die L. 18. C. h. t. redet ganz allgmein, und schließt den Ankläger nicht aus. Es wäre auch wirklich ganz inconsequent, wenn das Gesetz dem Angeklagten verzeihen, und den Ankläger, ohne dem doch der Vergleich nicht geschlossen werden konnte, deßhalb hätte strafen wollen. Man sehe DONELLUS ad L. 18. C. h. t. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 19. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. VIII. Not. 2. p. 273. und FLEINSCHROD a. a. O. §. 91. C. 209.

81) Io. Iac. WISSENBACHII Comment. cathedrar. in libros VII. priores Cod. Justin. ad L. 18. Cod. h. t. §. 3. Ant. SCHULTING

klage einmahl angestellt, so konnte der Ankläger, ohne Abolition zu erhalten, nicht von der Anklage absteigen, sonst hatte er nebst der Infamie noch andere Strafen zu erwarten⁸²⁾. Es wurde auch durch einen solchen Vergleich das Verbrechen selbst nicht aufgehoben, wie Cujaz⁸³⁾ behaupten will, sondern die Wirkung desselben bestand bloß darin, einmahl daß der Ankläger nun nie wieder anklagen konnte, welcher sich einmahl verglichen hatte⁸⁴⁾; und zweitens, daß man den Angeschuldigten nicht geradezu für geständig und überwiesen erklären konnte⁸⁵⁾, denn man glaubte, daß nicht sowohl Gewissensangst, als Furcht vor der grossen Gefahr, welche die Betrachtung des ungewissen Ausgangs eines Criminalprocesses erweckt, ihn veranlaßt habe, seinen Gegner zu bestechen, um ihn von der Anklage abzuhalten⁸⁶⁾. Da nun aber freylich der Ankläger nur über sein Recht transigiren konnte, so hinderte der Vergleich keinen andern, die Anklage dieses Verbrechens den-

noch

TING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 10. Kleinschrod
a. a. D. §. 90. Anderer Meinung ist jedoch VOET h. t. §. 19.

82) L. 1. §. 7. et 10. L. 15. pr. D. ad SCTum Turpill. L. 1. et 2.
Cod. eodem. L. 6. §. 3. D. de decurion.

83) Lib. VI. Observat. c. 11.

84) L. 2. L. 15. §. 4. D. ad SCTum Turpillian. L. 3. C. eod.

85) L. 7. D. de praevaricator. In omnibus causis, praeterquam in sanguine, qui delatorem corrumpit, ex Senatusconsulto pro victo habetur. Man vergleiche hier Hubert. GIPHANII Explanat. difficilior. Legum Cod. Justin. ad L. 18. C. h. t. pag. 58.

86) WISSENBACH cit. loc. §. 4. pag. 79.

noch zu unternehmen⁸⁷⁾. In Capitassällen konnte also derjenige nach Röm. Recht nicht gestraft werden, der Geld gab oder nahm, um eine künftige Anklage von sich abzuwenden, oder zu unterlassen. Nur in Ansehung des Ehebruchs fand eine Ausnahme statt⁸⁸⁾, weil man einen Vergleich darüber

87) *L. 5. D. ad L. Iul. de vi publ.* NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. XI. DONELLUS in Commentar. ad *L. 18. C. h. t.* nr. 4. p. 97. WISSENBACH c. l. §. 4. COCCEJ Iur. civ. contr. h. t. Qu. VIII.

88) Mehrere Rechtsgelehrte wollen die Worte: *excepto adulterio* in der *L. 18. C. h. t.* für einen Zusatz des Tribonians halten, welcher aus der *L. 10. Cod. ad L. Iul. de adulter.* gestossen sey. Denn man glaubt, daß der Ehebruch zu den Zeiten der Kr. Diocletian und Maximian noch kein Capitalverbrechen gewesen, sondern erst vom Kr. Constantin dem Großen dafür erklärt worden sey. *L. 30. §. 1. C. ad L. Iul. de adult.* Dieser Meinung sind vorzüglich NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 15 — 19. WISSENBACH ad *L. 18. C. h. t.* §. 5. CUIACIUS lib. VI. Obs. 11. DONELLUS ad cit. *L. 18. nr. 6. Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 11. ECKHARD in Hermeneut. iuris Lib. 1. cap. 6. §. 259. WALCH in notis ad *Eundem* h. l. pag. 468. und Guil. Otto REITZ Excurs. XX. ad *Theophili* paraphr. graec. Institut. Tom. II. pag. 1243. glaubt diese Interpolation des Tribonians durch eine Stelle des *Scholiasis Basilin.* Tom. I. pag. 810. bergestalt außer Zweifel gesetzt zu haben, daß er sagt: *neminem in posterum eam negare aufurum esse.* Ihm stimmt auch RÜTTMANN Interpretat. et Observat. iur. Rom. cap. XXXV. pag. 191. bey. Dessen ungeachtet glaube ich noch immer, daß es unnöthig sey, hier ein Emblemata Triboniani anzunehmen. Denn es läßt sich aus der angeführten *L. 30. Cod.* nicht ersehen, daß Constantin der Große den Ehebruch zuerst mit dem Tode bestraft habe. Es haben vielmehr Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th. E andere

darüber als eine strafwürdige Kuplerey (lenocinium) betrachtet⁸⁹⁾. Bey andern öffentlichen Verbrechen, welche nicht capital sind, war aller Vergleich unerlaubt und strafbar⁹⁰⁾. Hier konnte jene Schonung, die man in Kapitalfällen für so billig hielt, nicht statt finden. Man glaubte vielmehr, der Angeschuldigte habe den Vergleich aus Bewußtseyn der schuldgegebenen That, und aus Gewissensangst angeboten. Ein solcher Vergleich hatte daher die Wirkung, daß der Verdächtige nicht nur für geständig und überwiesen, sondern auch für ehrlos gehalten, der Ankläger aber mit der poena falsi bestraft wurde⁹¹⁾. Jedoch galt dieß nur in

andere hinlänglich erwiesen, daß schon vor ihm dieses Verbrechen von verschiednen Kaisern mit der Todesstrafe belegt worden, also die gedachten Worte wohl von Diocletian und Maximian's Hand seyn können. Man sehe *Car. Ann. FAEROTTI* Exercitat. ad L. 18. C. h. t. (Tom. III. *Thes. Ottoman.* col. 1224. seqq.) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 18. *Car. Ferd. HOMMEL* Diss. de transactione super omitenda criminis capitalis accusatione actori licita. *Lipsiae 1750.* §. 6. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contrö. Qu. IX. not. h.

89) L. 2. §. 2. L. 14. L. 33. §. 2. D. ad L. Iul. de adult. Kleinschrodt in der angef. syst. mat. Entwicklung. 2. Th. §. 91. S. 210. Noch andere Gründe führt DONELLUS ad L. 18. C. h. t. nr. 7. an.

90) Eben dieses gilt auch von Privatverbrechen, wenn deshalb criminaliter auf eine öffentliche Strafe geklagt wird. S. NOODT in Dioclet. et Maximian. cap. 5. und VINNIUS de Transactionibus Cap. VII. §. 29.

91) de COCCÉJI ius civ. contrö. h. t. Qu. X. Mehrere Rechtsgelehrte wollen zwar die Worte *citra falsi accusationem* in der L. 18. C. h. t. so verstehen, als ob das crimen falsi eine Ausnahme

in dem Falle, wenn man dem Ankläger Geld oder Geldeswerth gegeben hatte, um ihn von der Anklage abzuhalten⁹²⁾; denn war mit dem Vertrage keine Leistung verbunden, so war er, wenn er nur vor angestellter Anklage geschlossen worden, so unsträflich, wie in Capitalfällen⁹³⁾.

C 2

Da

nahme mache, und ein Transact darüber nicht verboten sey. Diese Erklärung soll die L. 7. C. ad L. Cornel. de fals. bestätigen. Man sehe z. B. VOET h. t. §. 17. Allein diese Erklärung ist der Sache nicht angemessen; die Präposition *citra* heißt soviel als *sine*, und in keiner andern Bedeutung haben auch die Kr. Diocletian und Maximian sie jemalen gebraucht, wie aus mehreren andern Verordnungen derselben erhellet. S. L. 19. C. de procurat. L. 24. C. de rei vindic. L. 6. C. Si certum petat. L. 15. C. de iure dot. In der angeführten L. 7. C. ad L. Corn. de fals. ist auch von keinem Vergleiche über das Verbrechen der Verfälschung die Rede, sondern die Partheyen hatten sich wegen einer Urkunde verglichen, über deren Richtigkeit Zweifel entstanden war, und es wurde nur gefragt, ob der Vergleich angefochten werden könnte, wenn der Transigent ein falsum zu erweisen im Stande wäre. Dieses wird verneint. Es ist also hier bloß von der Civilklage die Rede, welche auch *falsi accusatio* genannt werden kann. L. 6. §. ult. L. 7. L. 17. pr. D. de inoff. testam. L. 14. D. de bon. possession. L. ult. §. 2. D. de doli mali et met. except. wie Hub. GIPHANIUS in cit. Explanat. difficil. Leg. Cod. pag. 61, seq. Hug. DONELLUS in Comm. ad L. 18. C. h. t. nr. 13. Ger. NOODT in Dioclet. et Maxim. cap. 22. Io. Iac. WISENBACH in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 18. ARN. VINNIUS in Tr. de transactionib. cap. VII. §. 30—39. und Ant. SCHULTING in Prot. h. t. §. 14. längst bemerkt haben.

92) L. 4. et 29. pr. D. de iure fisci. L. 18. Cod. Ex quibus caus. infam. irrogat.

93) Kleinschrod a. a. O. §. 90. S. 206.

Da sich diese Grundsätze hauptsächlich auf die Römische Criminalverfassung und die Bemühung der Kaiser den Fiskus zu bereichern, beziehen, so läßt sich davon h. z. Z. kein Gebrauch machen. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche erwächst daher aus einem wegen angeschuldigten Verbrechens angebotenen oder errichteten Vergleiche kein stillschweigendes Bekenntniß. Man pflegt auch einen solchen Vergleich heutiges Tages so wenig für ein crimen falli anzusehen, als denjenigen, der ihn eingegangen, deshalb für ehrlos zu halten⁹⁴⁾.

§. 354.

Unterschied zwischen *Transact* und *pactum remissorium*.

Ein *Transact* ist ein oneröser Bilateral-Vertrag. Er erfordert also, daß sich jede der streitenden Partheien gefallen lasse, etwas von ihrer Forderung aufzuopfern, um auf solche Art den Streit beizulegen; es geschehe nun durch wechselseitiges Geben oder Nachlassen. Hierdurch unterscheidet sich ein Vergleich von einem Erlassungsvertrage (*pactum remissorio*), wodurch man sich eines gewissen Rechts oder einer Forderung unentgeltlich begiebt. Ein solcher Vertrag ist eine Art von Schenkung⁹⁵⁾, denn meine Absicht ist, dem andern eine Forderung zu erlassen, die ich rechtmäßig an ihm machen kann. Erlasse ich meinem Schuldner, bey einem drohenden oder bereits ausgebrochenen Concurs, nur einen Theil meiner rechtmäßigen Forderung,

94) von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 103.

95) L. 9. pr. L. 23. pr. D. de donation. L. 12. D. de Novation. L. 25. et 34. Cod. de Transact. Cap. 10. X. de testibus.

nung, um den übrigen Theil derselben desto leichter zu erhalten, so wird ein solcher Vertrag ein *pactum remissorium* im eigentlichen Verstande, oder ein Nachlaßvertrag genannt⁹⁶⁾. Ein Transact setzt ferner allemahl ein zweifelhaftes und ungewisses Recht voraus, bey einem Erblaffungsverträge hingegen begiebt man sich insgemein einer solchen Forderung, oder eines solchen Rechts, welches ganz unbezweifelt und ausgemacht ist⁹⁷⁾. Hieraus erklärt sich nun die Stelle Ulpians⁹⁸⁾, wenn er sagt: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit. Qui vero paciscitur*⁹⁹⁾, *donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit*. Man kann zwar auch einem streitigen Rechte unentgeltlich entsagen, worüber be-

E 3

reits

96) E. Freyh. von Wölbernborf Etwas von Nachlaßverträgen. Erlangen 1788.

97) Kenthe §. 5. Nr. 4. S. 8. und besonders *Matth. de LUTZENBERGER* Diss. exhib. transactionis notionem eamque inveniendi modos ex iuris Rom. principiis, praef. GMELIN, *Tubingae* 1795. def. Sect. I. pag. 10. seq.

98) *L. I. D. h. t.*

99) So werden die Worte sowohl in der Laurellanischen, als in der Haloandrinischen und gemeinen Ausgabe der Pandecten unterschieden. Allein schon DUARENUS und DONELLUS haben erinnert, daß das Comma schicklicher nach den Worten *donationis causa* zu machen sey; und diese Unterscheidungsart ist allerdings vorzuziehen, weil, wie auch NOODT de pactis et transactionibus cap. 3. (*Oper. Tom. I. pag. 490.*) bemerkt hat, die Worte *donationis causa* und *liberalitate* eine unnütze Tautologie seyn würden, obgleich VINNIUS de Transact. cap. I. §. 7. dennoch für die gemeine Lesart streitet.

reits ein Proceß anhängig war. Denn Paulus¹⁰⁰⁾ sagt ausdrücklich: de rebus litigiosis et *convenire* et *transigere* possumus. Das Wort *convenire*, welches hier dem *transigere* entgegen gesetzt wird, bedeutet aber nichts anders, als donationis causa pacisci seu debitum remittere gratis¹⁾. Allein dieß ist eines Theils doch nur ein seltener Fall²⁾, andern Theils aber will auch Ulpian hier nicht das Gegentheil lehren, sondern, wie ihn Moode³⁾ versteht, nur so viel sagen, daß man auch eine gewisse und unbezweifelte Forderung durch ein pactum remissorium erlassen könne, dahingegen ein Transact immer über eine ungewisse Sache oder über ein streitiges Recht geschlossen wird.

§. 355.

Wirkungen des Vergleichs in Absicht auf das daraus entspringende Recht.

Durch einen gültig abgeschlossenen Vergleich erlangen nun die Partheyen ein vollkommenes Recht, was ihnen, ohne

100) Lib. I. Sentent. receptar. T. I. §. 5. (in SCHULTING *Jurisprud. Antejur.* pag. 220.)

1) So werden auch in der L. 25. Cod. h. t. *transigere*, und donationis causa debitum remittere einander ausdrücklich entgegengeßet.

2) Einen solchen Fall hat WERNHER in Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obl. 16. wo der Kläger bereits den Grund seiner Klage erwiesen hatte, und nachher liti renunciirte. Hierzu kam, daß der Gegentheil den sich angemachten Gegenbeweis hatte besert werden lassen, folglich des Klägers Forderung ganz ausßer Zweifel war.

3) c. 1. pag. 490. seq.

ohne offenbare Ungerechtigkeit, auch nicht einmal von dem Landesherrn selbst, wieder genommen werden kann. Nur in dem einzigen Falle, da nämlich das gemeine Wohl mit dem erworbenen Rechte des einzelnen Unterthans in Collision kommt, kann der Unterthan genöthiget werden, sein aus dem Transact erworbenes Recht, jedoch nur gegen hinlängliche Entschädigung, aufzuopfern ⁴⁾. Außerdem bleibt es bey dem Ausspruch der Kaiser Diocletian und Maximian ⁵⁾, daß die Fortsetzung eines Rechtsstreits, der einmal durch rechtmäßigen Vergleich entschieden worden ist, auch nicht einmal durch ein landesherrliches Rescript zugelassen werden dürfe. Auch kein Theil kann ohne des andern Einwilligung vom Transact abgehen, und die aufgegebene Klage von neuen anfangen ⁶⁾, wosern nicht eine rechtmäßige Ursache vorhanden ist, welche denselben von dem eingegangenen Vergleiche zurück zu treten berechtigt. Wer ohne rechtmäßige Ursach den Vergleich zu halten sich weigert, und demselben zuwider handelt, dem kann nicht nur die exceptio pacti et doli entgegen gesetzt werden, sondern er hat auch die auf den Contraventionsfall stipulirte Strafe verwirkt ⁷⁾; ja wenn der Vergleich zu desto mehrerer Sicher-

E 4

heit

4) S. Pütters Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 1. Th. N. XX. S. 357. ff. und Io. Christl. MAIER Diss. de regimine territoriali eiusque habitu ad iura quae sita subditorum. Tabing. 1791. §. 13. seqq.

5) L. 16. C. h. t. Causas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportet.

6) L. 39. D. h. t.

7) L. 16. D. eod. L. 23. §. 3. D. de condict. indeb. L. 37. C. h. t. FINESTRES in Hermogeniano ad L. cit. 16. pag. 235.

E 5

heit mit einem Eide bekräftiget worden, so soll, nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Arcadius ⁹⁾, derjenige, welcher

Es kann jedoch nicht zugleich die exceptio pacti vorgeschützt, und auch auf die verabredete Strafe geklagt werden. Sondern ist mir an der Erfüllung des Transacts gelegen, und ich bediene mich deshalb der Exception wider die dem Vergleich zuwider angestellte Klage meines Gegners, so muß ich auf die Conventionalstrafe Verzicht thun; es wäre denn, daß gleich bey Errichtung des Vergleichs festgesetzt worden, daß im Contraventionsfall, *rato manente transactionis placito*, die Strafe erlegt werden solle. *L. 10. §. 1. D. de pact. L. 15. D. h. t. L. 17. L. 40. Cod. eodem. C. COCCEJI in jure civ. contr. h. t. Qu. 16. WISENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. X. Th. 29. und Renthel §. 88. u. 89. Man vergleiche auch den 4ten Th. dieses Commentars §. 340. C. 533. ff.*

- 8) *L. 41. Cod. h. t. Si quis major annis viginti quinque adversus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit esse veniendum, vel interpellando iudicem, vel supplicando Principibus, vel non implendo promissa: eas autem, invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore solidaverit: non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento, quod ex pactione vel transactione illa fuerit consecutus: itaque omnia eorum mox commodum deputabuntur, qui intemerata pacti iura servaverint.* Ueber die Veranlassung und geheimen Absichten dieses Gesetzes, wovon *Aufsinus*, an welchen solches gerichtet ist, einen vorzüglichen Antheil haben soll, kann man des *Jac. GOTHOFREDI* Commentar. in Cod. Theodof. ad L. 8. h. t. Tom. I. pag. 156. (edit. Ritter.) nachsehen. Es läßt sich indessen an dem heutigen Gebrauche desselben nicht zweifeln, welchen *RICHTER* Consilior. et Responsor. Vol. II. Consil.

welcher einen solchen Transact betrügerischer Weise bricht, vorausgesetzt, daß er die Jahre der Volljährigkeit schon erreicht hat, nicht nur seines Rechts verlustig, und verbunden seyn, alles aus dem Vergleich bereits Erhaltene dem andern wieder herauszugeben, sondern er soll auch, wenn mit der Uebertretung des Transacts noch eine Conventionalstrafe verknüpft wäre, diese erlegen, und überdem, als ein Meineidiger, mit der Strafe der Infamie belegt werden?).

E 5

Es

Consil 176. BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 13. Ferd. Christph. HARPPRECHT in Diss. de remedio Legis: Si quis major. 41. Cod. de Transaction. §. 1. (*Dissertation. academ.* Vol. I. Disput. IX. pag. 318. seq.) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXXIV. Th. 1. Not. und mehrere andere practische Rechtsgelehrten bezeugen. Daß jedoch, wenn die Strafen dieses Gesetzes statt finden sollen, die Leistung eines förmlichen Eides erfordert werde, wie BACHOVIVS ad τὰ πρῶτα Tit. de his, qui not infam. pag. 787. behaupten will, ist aus dem Gesetz nicht zu ersehen. Es ist daher für hinreichend zu halten, wenn die Eidesformel der Vergleichsurkunde wörtlich eingerückt ist, welche von beyden Theilen unterschrieben worden. Man sehe HARPPRECHT Diss. de transactione iurata §. 6. 7. et 8. (*Dissertat. academ.* Vol. I. Diss. VIII. pag. 274. seq.) STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. VII. §. 18. und Frat. BECMANNORUM Consil. P. II. Conf. 57. nr. 19.

- 9) Eine ausdehnende Erklärung läßt sich bey diesem Gesetz nicht füglich annehmen, wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten die Verordnung desselben auf alle andere beschworne Contracte anwenden wollen, zu denen vorzüglich BRUNNEMANN in Commentar. ad h. L. nr. 4. et seqq. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Diss. VIII. Th. 5. lit. k. und HARPPRECHT in Diss. cit. de remedio L. 41. C. h. t. §. 40. gehören. Denn der Grund dieses Gesetzes beruhet, wie Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficilior, et celebrior. Legum Cod. ad h. L. pag. 72. gang rich-

tig

Es entsteht hierbey die Frage, ob man von einem getroffenen Vergleiche nicht deswegen abgehen dürfe, weil der andere Theil solchem entgegen gehandelt hat? Mehrere Rechtsgelehrten¹⁰⁾ tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und beziehen sich auch auf verschiedene Gesetzstellen¹¹⁾. Allein diese Meinung läßt sich, als Regel, nicht behaupten, wenn man erwägt, wie nachdrücklich die römischen Gesetzgeber überall ihr Mißfallen über die Erneuerung verglichener Processen zu erkennen gegeben haben¹²⁾. Es kann daher die Entgegenhandlung des einen Theils an und für sich dem andern noch kein Recht geben, von einem gültig geschlossenen Vergleiche abzugehen, sondern es kann deshalb nur auf die Erfüllung des Vergleichs, oder auf das deshalb eintretende Interesse geklagt werden¹³⁾. Die Gesetze, welche man zur

Unter-

tig bemerkt, nicht bloß *in religione iurisiurandi*, sondern auch *in favore transactionis, propter lites dirimendas*, und dann lassen überhaupt Strafgesetze keine ausdehnende Erklärung zu. Es sind auch die Strafen so beschaffen, daß sie nur hauptsächlich auf einen Vergleich anwendbar sind. S. HAHN ad *Wesensbecium* h. t. nr. 7. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Nr. 188. S. 1. ff.

10) WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disput. X. §. 30. *de coe-
ceji* in Iure civ. contrav. h. t. Qu. XV. Elaprotz in der
Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingebung der
Verträge und Contracte 1. Th. §. 128. S. 353. und Not. m.
S. 355. Renthe §. 80. II. a.

11) L. 27. pr. D. *de inoff. testam.* L. 14. *Cod. h. t.*

12) L. 6. L. 10. L. 16. L. 17. L. 33. L. 36. et L. 39. *Cod. h. t.*

13) Man sehe Ios. Fernand. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II.
Cap. I. §. 10. seqq. (Tom. VI. *Thes. Meermann*, pag. 119. seqq.)
Petr.

Unterstützung der verneinenden Meinung anzuführen pflegt, sind auch unserer Behauptung nicht zuwider. Denn die angeführte L. 27. pr. D. de inoff. test. setzt den Fall voraus, daß der Vergleich nudo pacto geschlossen worden¹⁴⁾, und daher nach dem römischen Rechtssystem keine Klage wirkte. Es war also, um den Contravenienten zur Erfüllung des Vergleichs zu nöthigen, kein anderes Mittel übrig, als dies, daß man die alte Klage gegen denselben fortsetzte, als welche durch das nudum transactionis pactum nicht ipso iure aufgehoben wurde, und dann, wenn sich der Beklagte etwa mit der Einrede des geschlossenen Vergleichs zu schützen suchte, demselben die replicam doli entgegensetzte¹⁵⁾. Es kam folglich immer noch darauf an, ob sich nicht der Beklagte hierdurch bewegen ließ, den Vergleich zu erfüllen. Geschaß dieses, so mußte ihm die acquitas exceptionis, wie die Kaiser

Pe'r. GRANGIANUS in Paradoxis iur. civ. cap. 29. (Tom. V. *Thef. Ottoniani* col. 629.) *Hugo* DONELLUS in Comment. ad L. 36. Cod. h. t. *Aug. a* LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. meditat. 5. *Io. Balth. a* WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Observ. 173. *Pütter* in den auserlesenen Rechtsfällen 2 Band 4. Th. Resp. CCXXXVII. nr. 18 ff. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controuv. h. t. Qu. XV. Not. k. pag. 280.

14) Dieß erhellet aus den Worten der L. 27. pr. D. de inoff. test. de lite pacto transactum est, ganz deutlich, denn das Wort pactum zeigt in den Gesetzen insgemein ein pactum nudum an, wie auch *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficultiorum legum Codicis ad L. 28. h. t. pag. 66. bemerkt hat. Vergleiche auch *Ant.* FABER in Rational ad cit. L. 27. pr. D. de inoff. testam. und EMMINGHAUS c. l. in fin.

15) Man sehe hier besonders GIPHANIUS ad L. 28. C. h. t.

Kaiser Diocletian und Maximian¹⁶⁾ sich ausdrücken, noch immer zu statten kommen, und die Erneuerung der Klage bleibt daher nur gleichsam die letzte Zuflucht, wenn kein anderes Mittel übrig war, den morosen Transigenten zur Erfüllung seines Versprechens zu vermögen¹⁷⁾. Soviel hingegen die noch angeführte L. 14. C. h. t. anbetrifft, so gehört sie eigentlich gar nicht hierher, da sie von einem solchen Falle redet, wo sich der andere Theil die Nichterfüllung des Vergleichs gefallen ließ, folglich der Transact mit beyderseitiger Bewilligung aufgehoben wurde¹⁸⁾. Eine Ausnahme von der Regel findet indessen statt, wenn dem Vergleiche die

com

16) L. 36. Cod. h. t. Si maior annis viginti quinque transigisti, quamvis dari tibi placita, repraesentata, necdum probentur: nec offerant hi, qui conveniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit, *exceptionis proficit aequitas*: nämlich quo ad reus promissa implebit, quibus non impletis, instaurata veteri actione, merito damnabitur, wie DONELLUS in Comment. ad h. L. nr. 3. diese Stelle sehr richtig erklärt.

17) Dieß setzt insonderheit die L. 28 C. h. t. außer allem Zweifel, wie de RERES c. 1. §. 11. pag 120. gezeigt hat. Heutiges Tages bedarf es nun dieses Zwangsmittels ohnedem nicht mehr, weil aus einem jeden verbindlichen Transact auf dessen Erfüllung geklagt werden kann. S. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 160. und WISSENBACH ad L. 28. Cod. h. t.

18) Die Worte der L. 14. cit. zeigen dieses deutlich: Si diversa pars contra placitum agere nititur. aequitatis ratio suadet, refusa pecunia, (*cum et tu hoc desideras*) causam ex integro agi. Man vergleiche über dieses Gesetz DONELLUS, GIPHANIUS, WISSENBACH in Comment. ad Cod. und LEYSER cit. loc. Siehe auch Fratr. BEGMANNORUM Consil. et Decision. Part. I. Respons. XV. Them. II. et nr. 13. pag. 240.

commissorische Clausel ist beygefügt worden, vermöge welcher derselbe seine Gültigkeit verlieren solle, wenn der andere Theil binnen der gesetzten Zeit dasjenige, wozu er sich in dem Vergleiche verbindlich gemacht hat, nicht erfüllen würde. Die Wirkung dieser Clausel ist, daß wenn der andere Transigent innerhalb der bestimmten Zeit seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, ohne eine rechtmäßige Entschädigung anführen zu können, mir nun zweyerley Rechtsmittel zustehen; ich kann nämlich entweder aus dem geschlossenen Vergleiche auf dessen Erfüllung klagen, welches Recht mir, der commissorischen Clausel ungeachtet, unbenommen bleibt¹⁹⁾; oder ich kann von dem Vergleiche abgehen, und nicht nur dasjenige, was ich des Vergleichs wegen dem andern gegeben oder überlassen habe, mit der conditione ob causam datorum zurückfordern, sondern auch überhaupt alle diejenigen Rechtsmittel wieder gebrauchen, welche mir vor Eingehung des Transacts zustunden²⁰⁾. Eine zweyte Ausnahme, welche unser Verf. noch anführt, ist, wenn die Contravention des andern Theils den Grund des ganzen Transacts aufhebt. Z. B. ich vergleiche mich mit dem Intestaterben, der mit mir zwar im Testament bedacht worden, aber doch dasselbe aus dem Grunde der Nichtigkeit anfechten wollte, auf ein gewisses Abfindungsquantum. Er handelt aber dennoch dem Vergleich zuwider, und stellt nicht nur seine Nullitätsklage an, sondern stößt auch überdem harte Lüste.

19) L. 4. §. 2. D. de lege commissor.

20) *Fratr. BECMANNORUM Consilia et Decision. Part. I. Respons. XV. Qu. 3. nr. 12. seqq. pag. 240. de CANNGISSER Decision. Hassö-Castellan, Tom. II. Decis. CLXXX. STRYK de cautelis contract. Sect. III. cap. VII. §. 22.*

lästerungen wider den Verstorbenen aus. Hier bin ich dem Contravenienten die verglichene Abfindungssumme zu bezahlen nicht gehalten. Denn da er sich durch seine Lästerungen gegen den verstorbenen Erblasser seines Erbrechts gänzlich verlustig gemacht, in Rücksicht dessen ich mit ihm transigiret hatte; so fällt hier der Grund des ganzen Vergleichs weg²¹⁾. Es ist jedoch hierbey noch zu bemerken, daß die Entwährung der durch den Vergleich dem andern überlassenen Sache in keinem Falle ein Recht giebt, von dem Vergleiche abzugehen, und den ausgegebenen Rechtsstreit wieder zu erneuern²²⁾. Denn entweder ich habe dem andern eine Sache gegeben, um das unter uns im Streite befangene Gut zu erhalten oder behalten zu dürfen; oder ich habe die im Streite befangene Sache selbst meinem Gegner für eine andere Sache überlassen. In dem erstern Falle findet die Reivindication, deren sich mein Gegner einmahl begeben hat, darum nicht weiter gegen mich statt, weil

er

21) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVII. medit. 7.

22) L. 33. *Cod. h. t.* Si pro fundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc praedium obligatum est, vel alienum pro parte fuerit probatum; instaurari decisam litem prohibent iura: Ex stipulatione sane; si placita servari, secuta est; vel si non intercesserit, praescriptis verbis actione civili subdita, apud Rectorem provinciae agere potes. Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quaestionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit: nihil petere potes. Ueber dieses Gesetz verdienen vorzüglich Hugo. DONELLUS in Commentar. ad Cod. pag. 112. seq. und Ger. NOODT de pactis transactionibus cap. XIV. §. *Sed transactio etc.* (Tom. I. *Oper.* pag. 525. seq.) nachgesehen zu werden.

er sich nicht mehr als Eigenthümer der Sache betrachten kann, deren Eigenthum vielmehr auf mich per traditionem brevis manus übergegangen ist. Es kann daher in diesem Falle der andere Theil nur von mir verlangen, daß ich ihm die Gewähr leiste, wenn ihm die gegebene Sache entwähret worden, und deßhalb gegen mich mit der actione ex stipulatu, oder actione civili praescriptis verbis klagen. In dem andern Falle hingegen, da ich die streitig aewesene Sache selbst meinem Gegner für eine andere überlassen habe, es sey nun, daß derselbe erst den Besitz der Sache durch den Vergleich erhalten, oder sich schon in dem Besitz derselben befand, da ich mich mit ihm verglich, findet nicht einmahl eine Verbindlichkeit zur Gewährleistung statt, geschweige denn, daß wegen der Entwährung die alte Klage wieder angefangen werden könnte²³). Denn man kann hier nicht sagen, daß ich dem Vergleich entgegen gehandelt habe, wenn die streitige Sache, die ich vermöge des Vergleichs meinem Gegner überlassen, nachher von einem Dritten entwähret worden; genug, daß ich ihm die Sache mit dem Rechte überlassen habe, mit welchem ich sie selbst besaß, oder mein Gegner sie besessen haben würde, wenn nie ein Streit darüber entstanden wäre²⁴).

Ein

23) Man vergleiche hier besonders VOET in Comm. ad Pandect. T. m. I. Lib. XXI. Tit. 2. § 10. Casp. CABALLINUS in Tract. de evictionibus. (Venet. 1571. 8.) §. IV. nr. 46 pag. 182. seq. und Griesinger im Commentar über das Württembergische Landrecht. 4. Band. §. 255. S. 1053. f. Ein anders ist, wenn die Gewährleistung ausdrücklich versprochen worden. C. Inst. Henn. BOEHMER in Diss. de usu et commodis pacti de praestanda evictione. Halae 1776. Cap. II. § 17.

24) L. 75. D. de Verb. Signif. Die meisten practischen Rechtsgelehrten wollen jedoch dieß nur von dem Falle verstehen, wenn

Ein Vergleich verbindet nun der Regel nach nur diejenigen, welche denselben mit einander geschlossen haben, und auch nur diese erwerben in der Regel ein Recht daraus²⁵⁾. Es treten hier die nämlichen Grundsätze ein, welche bereits in der Lehre von Verträgen (§. 314. und 315) vorgetragen worden sind. Einem Dritten kann daher ein geschlossener Vergleich weder zum Schaden noch zum Vortheil gereichen²⁶⁾. So z. B. kann ein Transact, der über ein in Streit

wenn der Gegner die streitige Sache schon in Besitz gehabt, die ich ihm durch den Vergleich überlassen habe. Sie behaupten daher, daß derjenige, welcher ein streitiges Gut, das er selbst besaß, seinem Gegner, der es in Anspruch nahm, vermöge des Vergleichs eingeräumt habe, zur Gewährleistung eben sowohl verbunden sey, als wenn er, um dasselbe behalten zu dürfen, seinem Gegner eine andere Sache von dem Seinigen gegeben hätte. S. CARPZOV P. II. Constit. XXXIV. Def. 28. MEVIUS P. V. Decis. 341. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Tit. de evictionibus §. 13. FRANCKIUS Comment. ad Pandect. cod. Tit. nr. 413. seqq. BRUNNEMANN in Comment. ad L. 33. C. de Transact. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 114. Orth Anmerkungen über die Frankfurter Reformation 2. Band. S. 617. u. a. m. Allein daß diese Meinung dem Römischen Rechte nicht gemäß sey, haben schon NOODT und VOET cit. loc. gezeigt.

25) VOET ad Pand. h. t. §. 22.

26) L. 3. princ. D. h. t. Imperatores ANTONINUS et VERUS ita rescripserunt: *Privatis pactionibus non dubium est non laedius caeterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent: qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro*

Streit gezogenes Testament geschlossen worden, den Legatarien auf keine Weise präjudiciren, welche an der Schließung desselben keinen Antheil genommen haben²⁷⁾. Es hilft aber auch den wahren Erben nichts, wenn man sich einer Forderung wegen mit demjenigen verglichen, der sich für den Erben ausgab, wenn gleich der Transact in Rücksicht auf die Erbschaft geschlossen worden. *Scävola*²⁸⁾ hat folgenden Fall: Ein Gläubiger hatte das von seinem Schuldner in Händen habende Pfand eigenmächtig verkauft, und war gestorben. *Māvius* gab sich für den rechtmäßigen Erben dieses Gläubigers aus, und verglich sich mit

pro oneribus hereditatis, aut, si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre. Man sehe über dieses Gesetz 10. *Ortio*. *WESTENBERG* *Divum Marcum* Dissert. III. Cap. I. pag. 42. seqq. *L. 1. C. eodem*. Neque pactio neque transactio, cum quibusdam ex curatoribus sive tutoribus facta, auxilio caeteris est in his, quae separatim communiterve gesserunt vel gerere debuerunt. Cum igitur tres curatores habueris, et cum duobus ex his transegeris, tertium convenire non prohiberis.

27) *L. 29. §. 2. D. de inoff. testam.* Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo iure manet: et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Legatar die Gültigkeit des Testaments beweisen kann; denn von einem Testament, welches nie gültig gewesen, kann man nicht sagen, in suo iure manet, wie auch *VOET* l. c. bemerkt. Ueberdem sagt auch die *L. 3. pr. D. de pign. et hyp.* Legata aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret.

28) *L. 3. §. 2. D. h. t.*

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

§

mit dem Schuldner über die Entschädigung um ein Williges. Bey Eröffnung des Testaments ergab sich, daß nicht Mävius, sondern Septizius des Verstorbenen Erbe war. Es wurde gefragt, ob sich dennoch Septizius, wenn ihn der Schuldner seines Erblassers mit der *actione pignoratitia* belangt, auf jenen Vergleich berufen könne, den Mävius deßhalb geschlossen? Die Entscheidung fiel gegen den Septizius aus, weil der Schuldner keinen Vergleich mit ihm geschlossen hätte, und Mävius von dem Septizius nicht bevollmächtigt gewesen sey. Es giebt jedoch auch hier Ausnahmen von der Regel. Denn so können sich

1) Fälle ereignen, wo Jemand aus dem Transact eines andern, an dem er keinen Antheil genommen, verbunden wird. Dieß geschieht a) in allen den Fällen, in welchen Jemand in Sachen eines andern zu transigiren befugt war, welche oben (§. 352.) vorgekommen sind. Daher wird die Frau durch den Transact, den ihr Ehemann in Rücksicht ihrer Güter als Verwalter derselben, geschlossen hat (§. 48), ein Pupill aus dem Vergleiche seines Vormundes (§. 40.), ferner ein Sohn aus dem Transact, welchen der Vater über sein *peculium adventitium* auf eine rechtsgültige Art geschlossen hat (§. 45. folg.), verbunden.

b) Verbindet ein Transact auch den, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten desjenigen tritt, der den Vergleich geschlossen hat²⁹⁾ So wird z. B. der Erbe aus dem Transact des Erblassers, ferner der Cessionar aus dem Vergleiche des Cedenten verbunden. Papinian³⁰⁾ führt hiervon

29) POTHIER *Pandectae Iustinian.* h. t. Art. IV. Nr. XVI.

30) *L. fin. D. h. t. Chriffr.* WAECHTLER *Opuscul.* p. 723. seqq.

hiervon folgenden Fall an. Es hatte Jemand eine Erbschaft verkauft, und dem Käufer alle Erbschaftsgüter und Forderungen abgetreten, immittelst aber mit einem Erbschaftsschuldner, der von dem Verkauf nichts wußte, einen Vergleich getroffen. Hier kann sich der Schuldner mit der Einrede des geschlossenen Vergleichs schützen, wenn er von dem Käufer der Erbschaft der Schuld wegen belangt wird.

c) Zuweilen muß sich ein Dritter den Vergleich per consequentiam gefallen lassen, wenn es dadurch ungewiß geworden ist, wer nun von beyden Transigenten eigentlich des Dritten Schuldner sey, so daß er jetzt gegen beyde actione utili klagen muß. Zur Erläuterung kann folgender Rechtsfall dienen, den Scaevola³¹⁾ im zweiten Buch § 2 seiner

- 31) *L. 14. D. h. t. Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est: eaque, transactio facta, certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? Respondit; Si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent: si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.* Mehrere Rechtsgelehrte halten diese Stelle für mangelhaft, und suppliren nach den Worten: qui transactionem fecissent, folgendes: *id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset.* So lesen HALOANDER und PETRUS AB AREA BAUDOZA CESTIUS; und eben diese Lesart soll auch nach des Laurellius und Brenckmanns Zeugniß in einigen alten Handschriften vorkommen. So wird insonderheit durch die *Basilica* Tom. I. pag. 777. unterstützt, wo diese Stelle so lautet: *Εἰ μὲν οἱ αὐτοὶ δανισταὶ ἦσαν τῆς κληρονομίας, ἵπνεται τοῖς συμφωνηθεῖσιν* i. e. Siquidem iidem creditores hereditarii essent, id observant, quod inter eos convenerit. Daher geben CUIACIUS Lib. II. Responfor. Scaevolae ad L. 14. cit. ULR. HUBER in Eunomia Rom.

seiner Gutachten erzählt. Titius setzt den Sejus in seinem Testament zum Erben ein. Nach dem Tode des Titius entsteht ein Streit zwischen dem Intestat, und jenem eingesetzten Testamentserben. Ersterer behauptet, das Testament sey nicht zu Recht beständig, und folglich käme ihm die Erbschaft ab intestato zu. Der Streit wird jedoch durch einen Vergleich beygelegt, und jeder erhält einen Theil der Erbschaft. Nun sind Schulden des verstorbenen Erblassers da, es entsteht also die Frage, von wem die Gläubiger ihre Bezahlung fordern können? *Scävola* ist der Meinung, daß sie gegen beyde klagen müßten, und zwar hafte jeder für die Schulden des Verstorbenen nach Verhältniß seines Erbtheils, den er durch den Vergleich erhalten hat. Der Grund ist: *propter incertum successoris*, d. i. weil man nicht weiß, wer eigentlich von beyden der rechte Erbe ist³²). Denn da der Streit durch einen Ver-

Rom. pag. 123. *Ger NOODT* Lib. II, Probabil. cap. 2. *Ant. SCHULTING* in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. § 17. pag. 221. *Io. Ortiv. WESTENBERG* in Divo Marco Dissert. III. Cap. II. §. 5. pag. 50. *Frid. Gothofr. SCHLEGTENDAL* in Diss. qua, controversia inter testamentarium et legitimum heredem orta, eaque transactione sopita, quem creditores convenire possint, ad L. 14. D. de Transact. disquiritur. *Duisburgi ad Rhen. 1764.* §. 4. u. a. m. dieser Lesart den Vorzug vor der Florentinischen. Es läßt sich indessen die Florentinische Lesart ohne jenes Supplement vollkommen rechtfertigen, und sehr gut erklären, wie schon *Anton Contius* bemerkt, und *Jacob. VOORDA* Electorum libro sing. Cap. I. pag. 7. seqq. sehr gründlich gezeigt hat.

32) Könnten freylich die Gläubiger die Gültigkeit des Testaments außer Zweifel setzen, so würde ihnen unverwehrt seyn, gegen den

Gläubigern der Schulden wegen getroffenen Verabredung entscheiden. Natürlich mußte er also auch auf beyde denkbaren Fälle Rücksicht nehmen, nämlich 1) wenn die Gläubiger diejenigen selbst wären, die den Vergleich geschlossen hätten; und 2) wenn es fremde Gläubiger wären. Auf beyde Fälle paßt nun auch die Entscheidung des *Scävola*: *propter incertum successione pro parte hereditatis, quam uterque in transactionis expresserit, utilibus conveniendus est*; und es ist bey den klassischen Schriftstellern, wie *Voorda* gezeigt hat, gar nicht selten, daß die *Conjunctio Si* soviel als *Sive* bedeutet. Wenn also der Testaments- oder Intestaterbe selbst eine Forderung an den Verstorbenen hatte, so mußte ihm der andere Mittransigent die Schuld zu seinem Antheil bezahlen; weil auch der wahre Erbe dasjenige, was ihm der Verstorbene schuldig war, von dem andern Miterben *pro parte eius hereditaria* mit Recht fordern kann³⁵⁾. Es können sich nun aber auch

2) Fälle ereignen, wo ein geschlossener Vergleich einem Dritten zum Vortheil gereicht. So kommt z. B. der Transact, welchen der Schuldner mit seinem Gläubiger schließt, auch dem Bürgen desselben zu statten³⁶⁾. Man kann

35) *L. 7. Cod. de negot. gest.* Si ab eo, qui negotia tua gessit, heres ex duabus uncis institutus es: etiamsi adeas hereditatem, in reliquis decem uncis adversus coheredem competit tibi petitio, si quam adversus defunctum habuisti actionem.

36) *L. 68. §. ult. de fideiussor.* Non possunt conveniri fideiussores, liberato reo transactione. Ja *Ulpian* sagt sogar in der *L. 7. §. 1. D. de transact.* Si fideiussor conventus, et condemnatus fuisset, mox reus transgisset cum eo, cui erat fideiussor condemnatus; transactio valeat, quaeritur? et puto valere

kann aber auch den Vergleich absichtlich zum Vortheil eines Dritten schließen. Hier ist eben das Rechtens, was oben (§. 343.) vorgekommen, wenn man zum Vortheil eines Dritten pacificirt.

§. 356.

Von den Ursachen, aus welchen der Transact seine Gültigkeit verliert.

Es giebt nun mancherley Ursachen, aus welchen ein gültig geschlossener Vergleich wieder aufgehoben werden kann. Dahin gehört

1) wechselseitige Einwilligung der Partheyen. Denn so wie der Vergleich durch den Willen der dabey interessirten Theile errichtet wird, so verliert auch derselbe seine verbindliche Kraft, wenn beyde Theile in die Aufhebung willigen. Eben dieses findet

2) statt, wenn dem Vergleiche das pactum displicentiae auf den Fall angehängt worden, da einen oder den andern der Vergleich gereuen sollte. Die Rückgabe des Seignigen fordert der Reuende dieser Verabredung zu Folge mit der conditione causa data; oder er setzt den Proceß fort. In wiefern ohne dieses pactum die Reue beym Vergleich statt finde, ist schon oben (§. 5. folg.) gesagt worden.

3) Wenn Minderjährige, und solche Personen, welche die Rechte der Minderjährigen haben, einen Vergleich schließen, und es ergiebt sich nachher aus neu vorgefundenen Do-

§. 4

cumen-

valere, quasi omni causa et adversus reum, et adversus fideiussorum dissoluta. Vid. *Ioſ. AVERANIUS* in Interpretat. iuris Lib. III. cap. 8.

cumenten, daß ihnen der Vergleich zum Nachtheil gereicht, so können sie dagegen die Wiedereinfetzung in den vorigen Stand suchen ³⁷⁾; wenn gleich kein Betrug von Seiten des andern Theils, auch keine außerordentliche Verletzung erwiesen werden kann ³⁸⁾. Eben dieses Recht steht auch dem Staate zu ³⁹⁾, als welcher bekanntermassen die Rechte der Minderjährigen zu genießen hat ⁴⁰⁾.

Ob

37) *L. 1. et 2. Cod. Si adversus transact.* Es muß jedoch die von dem Minderjährigen erhaltene Restitution seinem Gegner wenigstens in sofern auch zu statten kommen, daß dieser sich der vorigen Klage nun wider den Minderjährigen bedienen kann, eben so, als wenn gar kein Vergleich wäre geschlossen worden. S. WISSENACH in Comment. ad L. 4. C. si adv. transact.

38) Ist indessen der Vergleich von dem Minderjährigen vermittelt körperlichen Eides bestärkt worden, so findet dagegen in Gemäßheit der *Auth. Sacramenta puberum Cod. si adversus venditionem* die restitutio in integrum nicht statt; vorausgesetzt, daß der Minderjährige weder betrügerischer Weise inducirt, noch mit Gewalt dazu gezwungen worden sey. S. WERNHER *Observat. for. T. I. P. I. Obs. 217.* HARPPRECHT *Diff. de transactione iurata §. 44.* (in *EJUSD. Differt. academ. Vol. I. pag. 301.*) von QUISTORP *Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 370.* und Hymmen's *Beiträge zur jurist. Litteratur in den Preussischen Staaten. VII. Samml. S. 70. folg.* Man nimmt jedoch den Fall aus, da der Minderjährige *laesionem enormissimam* zu beweisen im Stande ist. S. HARPPRECHT *Diff. de transactione in causis minorum §. 32.* (in *EJUS Differt. academ. Vol. I. p. 398. seq.*

39) *L. 35. D. de re iudic.*

40) *L. 3. Cod. de iurè reipublicae.*

Ob nicht auch solche Personen, denen die Rechte der Minderjährigkeit nicht mehr zu statten kommen, einen gültig abgeschlossenen Vergleich aus dem Grunde einer erlittenen unmässigen Läsion anfechten können? ist eine sehr streitige Rechtsfrage, die von den Rechtsgelehrten ganz verschieden beantwortet und entschieden wird. Einige bejahen dieselbe geradezu, und halten mit Barrolus ⁴¹⁾ eine Verlegung über die Hälfte (*laesio enormis*) für eine gerechte Ursach der Aufhebung eines geschlossenen Vergleichs ⁴²⁾. Andere machen einen Unterschied zwischen einer *laesio enormis*, und *enormissima*, und glauben, daß ein Vergleich wenigstens in dem Falle, wenn die erwiesene Verlegung eine *laesio enormissima* sey, nach der Billigkeit wieder aufgehoben werden könne ⁴³⁾. Noch andere behaupten,

§ 5

es

41) ad L. 2. C. de rescind. vendit. nr. 7.

42) Außer CARPZOV und RICHTER, welche schon unser Verf. Not. r. selbst anführt, vertheidigen diese Meinung auch STRUV in Syntagm. iuris civ. Exercit. VI. §. 67. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. II. cap. 26. I. F. LINCK Diss. de transactione ob enormem laesionem rescindenda. Argentor. 1727. u. a. m. Allein man sehe hier Christ. Heinr. Gottl. Röschy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. 16. Betrachtung, wo man diese Meinung hinlänglich widerlegt finden wird.

43) KLOCK Tom. II. Consil. 57. Qu. 2 nr. 17. seqq. COTHMANN Vol. I. Resp. 36. nr. 265. et Vol. II. Resp. 28. nr. 206. STRYK Ul. Mod. Pandectar. h. t. §. ult. HARPPRECHT Diss. de transactione judiciali §. 32. nr. 224. seqq. de CANNEGIESSER Decision. Haffo - Castellan. Tom. II. Decis. CLXXIX. nr. 7. Die Meinung dieser Rechtsgelehrten haben jedoch schon SCHILTER in Praxi I. R. Exercit. IX. §. 15. und PUFENDORF in Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 143. widerlegt.

es sey bey Entscheidung der gegenwärtigen Rechtsfrage darauf zu sehen, ob der Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich abgeschlossen worden sey; und wollen zwar in dem letztern Falle die Recission eines Vergleichs wegen einer Verletzung über die Hälfte zulassen, im erstern Falle aber nicht⁴⁴⁾. Endlich glauben die meisten und berühmtesten Rechtsgelehrten, daß ein Vergleich wegen keiner, auch der größten Verletzung nicht, angefochten werden könne; diese theilen sich jedoch wieder in zwey Classen. Einige behaupten, daß auch in der Praxis nach dieser theoretisch richtigen Meinung zu sprechen sey⁴⁵⁾. Andere hingegen geben zwar zu, daß
diese

44) WERNHER *Observat. for.* Tom. II. P. VI. Obf. 474. und Tom. I. P. I. Obf. 177. *de CRAMER* *Observat. iur. univ.* Tom. III. Obf. 877. *Christ. Lud. REDECKER* *Diff. de transactione iudiciali ob laesionem ultra dimidium non rescindenda. Harderovici 1759.* Allein man sehe dagegen *Kenthe* über die Lehre von Transacten §. 64.

45) VINNIUS in *Tract. de Transactionibus* Cap. VIII. nr. 11. seqq. et in *select. iuris quaestionib.* Lib. I. cap. 57. HUBER in *Praelect. iur. civ. h. r.* §. 10. VOET *Commentar. ad Pandect. h. r.* §. 24. LAUTERBACH *Colleg. theor. pract. Pandectar. h. r.* §. 33. MEVIUS P. IV. *Decis.* 30. FABER *de errorib. Pragmaticor.* Decad. VIII. Err. 10. PUFENDORF Tom. I. Obf. 143. REINHARTH in *select. Observat. ad Christinaei Decisiones* Vol. I. Obf. 31. WILDVOGEL *Diff. de transactione ob enormem laesionem non rescindenda Ienae 1704.* GUNDLING *Diff. de transactionum stabilitate et instabilitate* §. 42. seqq. ALEF *Diff. de transactione* cap. X. §. 119. et 120. MÜHLHAUSEN *Diff. de transactione propter laesionem enormem non rescindenda. Marburgi 1740.* KNORRE *Diff. de transactione non rescindenda propter laesionem ultra dimidium. Halae 1756.* *Fratr. BECMANNI* in *Consil.* Tom. II. *Consil.* LVII. Qu. 1. nr. 11. seqq.
pag.

diese Meinung nach der Theorie gegründet sey, sie meinen aber, daß man in der Praxis davon abgehen dürfe ⁴⁶⁾. Unter diesen so verschiedenen Meinungen scheint mir diejenige die richtigste zu seyn, nach welcher behauptet wird, daß nicht nur nach der Theorie ein Vergleich unter dem Vorwande einer, wenn gleich noch so grossen Verletzung, keinesweges angefochten und rescindiret werden könne, sondern daß man auch heut zu Tage der Regel nach immer darnach zu sprechen habe, so lange nicht in einem Lande entweder durch Gesetze oder durch rechtliche Gewohnheit etwas anders verordnet oder hergebracht ist. Es ist 1) diese Meinung schon in der Natur der Sache selbst gegründet. Denn ein Vergleich hat immer eine an sich ungewisse oder streitige Forderung zum Gegenstande, die nach der Natur der Sache keinen andern Werth hat, als der durch den Vergleich bestimmt worden

pag. 157. Pütter in den auserles. Rechtsfällen 2 Bandes 4. Th. Resp. 237. nr. 20. Claproth in der Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. § 56. S. 128. WALCH in Controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. Membr. II. §. 7. Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 1. Band 7. Meditat. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Vol. I. Fasc. II. Obs. 166. WESTENBERG in Digest. h. t. §. 36. Renthe von Transacten §. 62. ff. Westphal vom Kauf. n. §. 815. und 816. und besonders Mich. Frid. ABEL Diss. de rescissione transactionis tam in genere, quam in specie respectu laesionis enormis. Erlangae 1785. und Röchy in den angeführten Meditationen 1. Band. 16. Betracht.

46) S. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. IX. §. 19. WISENBACH in Comment. ad L. 2. Cod. de rescind. vend. p. 317. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 7. Dabelow System der heutigen Civilrechtsgelahrtheit §. 2460.

worden ist. Bey einer solchen onerosen Convention aber, deren Object keinen bestimmten Werth hat, ist eine Verletzung über die Hälfte nicht zu gedenken. 2) Soll ein Vergleich eben so unverleglich seyn, als ein Urtheil, welches die Rechtskraft beschritten hat⁴⁷⁾. Ja er wird einem abgelegten Eide gleich gehalten, welchem die Geseze eine noch grössere Kraft beylegen, als einem rechtskräftigen Urtheil⁴⁸⁾. Nun aber kann ein rechtskräftiges Urtheil so wenig, als ein Eid wegen einer Verletzung wieder aufgehoben werden⁴⁹⁾. 3) Wollen die Geseze, daß ein Vergleich, welcher einmahl ehrlich abgeschlossen worden ist, nicht einmal unter dem Vorwande neu aufgefundenen Urkunden solle rescindirt werden können⁵⁰⁾. Da nun der Beweis einer erlittenen Läsion schwerlich geführt werden kann, wenn die neu aufgefundenen Urkunden gegen den einmal abgeschlossenen Vergleich nichts gelten sollen⁵¹⁾; so geben uns jene Geseze einen neuen unwiderleglichen Beweis, daß nach dem Geiste derselben auch wegen einer Verletzung kein Transact rescindirt werden solle. Sodann 4) fehlt es auch nicht an einem ganz deutlichen Geseze, worin ausdrücklich gesagt wird, daß wenn auch der Transigent in der Folge durch neu aufgefundenen

47) *L. 20. Cod. h. t.*

48) *L. 2. D. de Iurejur. Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata. L. 1. pr. D. Quar. rerum actio non datur.*

49) *L. 4. Cod. de re iudicata. L. 2. Cod. Sentent. rescindi non posse. L. 9. pr. D. de iurejur. L. 21. D. de dolo malo. L. 56. D. de re iud. L. 1. Cod. de reb. credit. et iurejur.*

50) *L. 19. et L. 29. C. h. t.*

51) *Cap. 1. X. h. t.*

gefundenen Documente erweisen könnte, daß er über das Vierfache verlegt sey, dennoch der Vergleich dessfalls nicht aufgehoben werden solle⁵²). Wenn nun zwar 4) dagegen eingewendet werden will, es sey der Billigkeit und der Analogie der L. 2. C. de rescind. vendit. gemäß, daß ein Vergleich eben so gut, wie ein Kauf, oder ein jeder anderer oneroser Contract, wegen einer übermäßigen Verletzung rescindirt werde; so ist hierbey wohl zu erwägen, daß zwischen einem Kaufcontract, worauf sich doch die L. 2. Cod. de resc. vendit. bloß einschränkt, und einem Vergleich ein sehr auffallender Unterschied sey. Denn bey einem Kauf läßt sich der Werth des einen, gegen das, was dagegen geleistet wird, genau festsetzen, und nach einem gewissen Verhältniß bestimmen. Allein bey einem Vergleich läßt sich weder ein so genaues Gleichgewicht der beyderseitigen Prästationen festsetzen, noch ist auch dieses erforderlich, weil der Gegenstand desselben immer ungewiß, unbestimmt und zweifelhaft ist, mithin keinen gewissen Werth hat. Eben so wenig steht auch 6) die von den Bertheidigern der

gegen-

52) L. 78. §. ult. ad Scitum Trebell. Heres eius, qui post mortem suam rogatus erat, universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his, quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea repertis instrumentis, apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, si non transactum esset, posse. COCCEJ in iure civ. contr. h. t. Qu. 17. will zwar dieses Gesetz bloß von dem Falle verstehen, da der Vergleich erst nach den aufgefundenen Urkunden geschlossen worden ist; allein der ganze Zusammenhang dieser Stelle widerlegt schon diese irrige Erklärung von selbst. Man sehe EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. Not. m. pag. 281. seq.

gegenseitigen Meinung insgemein angeführte L. 5. C. de dolo malo unserer Behauptung entgegen, indem darin ganz offenbar von einem solchen Falle geredet wird, wo die Verletzung durch einen Betrug des andern Theils entstanden war, wie die Schlussworte: non de dolo propter paternam verecundiam, (denn der Vater hatte seine emancipirte Tochter durch bösslichen Betrug zum Vergleich vermocht) sed in factum actio tibi tribuenda est, ganz deutlich zu erkennen geben. Es läßt sich also 7) wohl nicht mit Grunde behaupten, daß die oben angeführten Gesetze der Pandecten durch neuere Gesetze im Codex seyen aufgehoben worden, indem sich vielmehr aus der L. ult. in fin. Cod. de plus petit. nicht undeutlich das Gegentheil beweisen läßt. Mit diesen Grundsätzen des Röm. Rechts stimmt nun auch 8) das alte teutsche Recht überein, wie die bekannten teutschen Sprüchwörter lehren: ein magerer Vergleich ist besser, denn ein feistes Urtheil; desgleichen: wer will hadern um ein Schwein, der nehme eine Wurst, und laß es seyn⁵³⁾. Entlich wird auch 9) nach der von uns behaupteten Meinung bey den vornehmsten Difasterien, z. B. beym Reichs-Cammergericht⁵⁴⁾, beym Königlich-Preussischen Tribunal zu Berlin⁵⁵⁾ und andern mehr gesprochen.

Eine

53) S. Eisehart's Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 6 Abth. Nr. VIII. S. 516.

54) GAIL Lib. II. Obl. 70. n. 6 sqq. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obl. 926. und H o s c h e r s Sammlung merkwürdiger am R. Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle 1. Th. 3. Rechtsfall S. 104.

55) S. H y m m e n s Venträge zur jurist. Literatur in den Preuss. Staaten 6. Samml. S. 87. u. K l e i n s Annalen. 1. Th. S. 317.

Eine mit jener verwandte Frage ist noch die, welche unser Verfasser am Schluß dieses Paragraphen entscheidet, nämlich, ob nicht ein allgemeiner Transact (transactio generalis) aus dem Grunde wieder aufgehoben werden könne, daß sich nachher noch Species gefunden haben, die zu dem verglichenen Genus gehören? Man versteht unter einem allgemeinen Transact einen solchen Vergleich, der über einen Gegenstand geschlossen worden ist, welcher mehrere Individuen unter einem gemeinschaftlichen Namen begreift⁵⁶⁾. Dahin gehört z. B. wenn der Vergleich über einen Erbsanspruch, oder über eine Societät, oder Vormundschaft ist eingegangen worden. Ein solcher allgemeiner Transact faßt nun seiner Natur nach alle Species d. i. alle Individuen in sich, die zu dem verglichenen Genus gehören, und kann daher auch unter dem Vorwande, daß man an gewisse Species, welche sich erst nachher gefunden hätten, nicht gedacht habe, keinesweges angefochten werden⁵⁷⁾. Es wird jedoch billig vorausgesetzt, daß die Transigenten bey Schließung des Transacts an diese Species denken konnten, und auch von keinem Theile ein Betrug begangen worden sey. Hierher gehört

der

56) Die Begriffe von allgemeinen und besondern Vergleich entwickelt sehr gut Hr. Hofrath Bönner in den iuristischen Abhandlungen 1. Th. (Wamberg 1795. 8.) Nr. IV. §. 6. ff. §. 82. ff.

57) *L. 29. C. h. t.* Sub praetextu specierum post repertarum generali transactione finita rescindi, prohibent iura. — *L. 12. D. h. t.* Non est ferendus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transfegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam, quod posteriore legatum sit.

der Fall, den Modestin im zweyten Buch seiner Gutachten entscheidet⁵⁸⁾. Drey Geschwister, Titus, Mävinus und Seja vertheilten unter sich die mütterliche Erbschaft, und errichteten einen schriftlichen Erbvergleich, worin es heiße: daß die Erbschaft der Mutter völlig vertheilet worden, und nichts mehr in Gemeinschaft geblieben sey. In der Folge erfahren zwey dieser Geschwister, Mävinus und Seja, welche zur Zeit der Theilung abwesend waren, daß ihr Bruder gewisse Goldmünzen auf die Seite gebracht habe, von welchen in dem Theilungsrecess nichts enthalten ist. Es fragte sich nun, ob, des geschlossenen Erbvergleichs ungeachtet, die Geschwister gegen ihren Bruder wegen des verheimlichten Geldes klagen konnten? Modestin antwortet: Ja. Denn wenn die Geschwister, welche, von dem Betrug des Titus nichts wissend, die Erbtheilung abgeschlossen haben, auf ihren Antheil an dem unterschlagenen Gelde Klage anstellen, und ihnen die Exception, daß ein allgemeiner Theilungsrecess vorhanden sey, entgegengesetzt wird; so können sie sich mit der replica doli helfen. Es versteht sich endlich auch, daß ein allgemeiner Transact, wenn er auch noch so allgemein abgefaßt ist, über das verglichene Genus nicht ausgedehnt werden darf⁵⁹⁾. Wenn z. B., sagt Ulpian⁶⁰⁾, ein mündig gewordener Pupill mit seinem Vormund über den verwalteten Antheil seines Vermögens einen Vergleich trifft, und nachher als Erbe seines verstorbenen unmündigen Bruders

58) L. 35. D. de pactis.

59) L. 3. §. 1. L. 12. in fin. D. h. t. Gönner a. a. O. §. 5. C. 32.

60) L. 9. pr. D. cod.

ders auf desselben Antheil gegen eben diesen Vormund klagt, so kann sich der Vormund nicht auf jenen Vergleich berufen; denn ein Transact beschränkt sich immer nur auf den Gegenstand, worüber die Unterhandlung gepflogen worden ist.

§. 357.

Bemerkung über die streyge Interpretation der Transacte.

Wenn die Rechtsgelehrten gewöhnlich die Regel geben, daß Transacte einschränkend auszulegen seyn⁶¹⁾, so hat zwar diese Regel in sofern ihre Richtigkeit, wenn man sagt, daß Transacte nur von demjenigen Gegenstande zu verstehen sind, worüber die Partheyen sich verglichen haben, und auf non cogitata nicht ausgedehnt werden dürfen. Allein unrichtig ist es, wenn man dieselbe für eine den Transacten besonders eigene Regel der Auslegung ausgeben will, da kein hinreichender Grund vorhanden ist, warum ein Vergleich strenger, als ein jeder anderer Vertrag, erklärt werden sollte⁶²⁾. So wie demnach jeder Vertrag aus der Absicht der Paciscenten zu erklären ist, so muß dieser Satz auch als Regel für die Auslegung der Transacte gelten, und es ist daher nicht alle ausdehnende Erklärung bey den Vergleichen auszuschließen, wenn sie der Absicht der

61) VOET in Comm. ad h. t. §. 21. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 11. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XLVI. medit. 8.

62) Vorzüglich verdienen hier Hrn. Hofr. Gönners angeführte juristische Abhandlungen 1. Th. Nr. IV. nachgesehen zu werden, wo man eine Prüfung des Satzes, daß Transacte streng zu interpretiren seyn, finden wird.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

der Transfigenten gemäß ist ⁶³). Selbst die Gesetze begünstigen diese Erklärungsart nicht undeutlich, wenn sie verordnen, daß ein allgemeiner Transact auch alle Species in sich fasse, die zu dem verglichenen Genus gehören ⁶⁴). Hieraus ergibt sich aber auch, was unser Verf. noch zuletzt bemerkt, daß wenn ein Vergleich nur über bestimmte einzelne Ansprüche und Forderungen geschlossen worden ist, (transactio specialis), ein solcher besonderer Vergleich weiter, als die verglichene Species reicht, nicht ausgedehnt werden dürfe, und auch selbst dann nicht, wenn gleich von den Partheyen allgemeine, oder vielmehr unbestimmte Ausdrücke wären gebraucht worden ⁶⁵). Daher die Ausdrücke: man wolle keine weitere Forderung machen, nur auf den Gegenstand des Vergleichs, oder derjenigen Verrechnung, worüber transfigiret worden ist, nicht aber auf andere Forderungen gezogen werden können ⁶⁶).

63) Man sehe Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decis. LXV. nr. 12. und VINNIUS de transactionibus Cap. VIII. §. 20.

64) L. 29. Cod. h. t.

65) L. 31. Cod. h. t. Si de certa re pacto transactionis interposito, hoc comprehensum erat, nihil amplius peti: etsi non additum fuerat: eo nomine; de caeteris tamen quaestionibus integra permanet actio. Eine Erläuterung dieses Gesetzes giebt ÖÖNNER a. a. O. §. 15.

66) S. Ios. AVERANIUS in Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 20. n. 11. seqq. und Hymmen's Beyträge zur jurist. Literatur in den Preuß. Staaten. VIII. Samml. S. 55.

Lib. III. Tit. I.

De Postulando.

§. 358. u. 359.

Was heißt postulare? was ist ein Advocat?

Sonnte eine Rechtsstreitigkeit nicht durch Vergleich beigelegt werden, so muß man sie ordnungsmäßig in den Weg Rechts einleiten, und vor Gericht verhandeln. Die Partheyen führten nun entweder ihre Sache selbst vor Gericht, oder sie bedienten sich dabey eines rechtlichen Beystandes. In beyden Fällen wurde der Ausdruck *postulare* gebraucht, welcher also, wie Ulpian⁶⁷⁾ lehrt, soviel bedeutet, als *desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere*, d. i. seine eigene Rechtsangelegenheit, oder das Anliegen seines Klienten dem Richter ordnungsmäßig vortragen, oder dem Verlangen seines Gegners widersprechen, und seinen Vortrag auf rechtsbefähigter Art widerlegen. Diejenigen, welche sich damit beschäftigten, einer streitenden Parthey in ihrer rechtlichen Angelegenheit beizustehen, sie von dem, was Rechts ist, zu unterrichten, und ihre Rechtszuständigkeiten auszuführen, wurden *Advocati* genannt, daher nun unter dem Titel *de postulando* hauptsächlich von den Advocaten gehandelt wird. Diese Advocaten werden in den Gesetzen auch *Patroni* oder

B 2

Pa-

67) L. 1. §. 2. D. h. t.

*Patroni causarum*⁶⁸⁾; ferner *Togati*⁶⁹⁾, auch *Scholastici*⁷⁰⁾ genannt, und weil sie für ihre Klienten Neben vor Gericht hielten, so sagte man von ihnen, *quod causas orarent*⁷¹⁾, und gab ihnen den Titel *Oratores*⁷²⁾, auch *Disertissimi*⁷³⁾. Ueberhaupt standen sie bey den Römern in großem Ansehen, wie man aus der Lobrede sieht, welche die Kaiser Leo und Anthemius⁷⁴⁾ auf sie halten. Heutiges Tages werden die Advocaten auch Fürsprecher, Rechtsfreunde oder rechtliche Beystände genannt, und ihre Beschäftigung ist mit der der ehemaligen römischen Advocaten in sofern die nämliche, daß sie auch den streitenden Partheyen bey Führung ihres Processes vor Gericht assistiren, und ihnen, in soweit es auf Rechtskenntniß ankommt, mit Rath und That zur Hand gehen. Sie sind von den gerichtlichen Procuratoren, oder Sachwaltern zu unterscheiden, welche eine Vollmacht erhalten, und daher wahre Stellvertreter der Interessenten sind, und auch solche Geschäfte vor Gericht besorgen können, wozu eben keine Rechtskenntnis,

68) L. 1. §. 4. D. h. t. L. 4. L. 6. C. eod. L. 1. L. 5. L. 14. C. de advoc. divers. iudicior.

69) L. 3. L. 6. L. 8. L. 9. seqq. C. de advoc. div. iudic.

70) L. 2. C. de lucris advocat.

71) L. 2. §. 43. D. de orig. iuris.

72) GELLIIUS Noct. Attic. Lib. V. cap. 10. L. 33. §. 1. C. de Episc. et cleric. L. 3. §. 9. Cod. de V. I. E.

73) L. 13. C. de adv. div. iudic.

74) L. 14. C. eod. In der L. 4. §. 1. C. eod. werden sie auch viri clarissimi genannt. Man sehe übrigens Adv. STEGER Com. ment. de nomine advocatorum honorificentissimo. Lipsiae 1735.

fennntniß erfordert wird ⁷⁵⁾. Von diesem werde ich im 3. Titel dieses Buches ausführlicher handeln. Uebrigens ist die Materie von Advocaten unter den neuern von Johann Christoph Neller ⁷⁶⁾, und Georg Friedr. Joseph Rossel ⁷⁷⁾ gut bearbeitet worden. Zur Erläuterung können auch der griechischen Rechtsgelehrten, nämlich des Thaleläus, Theodorus, Stephanus, Cyrillus und anderer Commentare über den Titel der Pandecten und des Coder de postulando dienen ⁷⁸⁾.

§. 360.

Wie weit sind Advocaten zuzulassen?

Advocaten, welche dunkle und zweifelhafte Rechtshändel mit gehöriger Rechtsschaffenheit, Einsicht und Geschicklichkeit vor Gericht auseinander setzen, sind allerdings dem Staate sehr nützlich. Einer jeden Parthey steht es daher der Regel nach frey, sich eines Fürsprechers vor Gericht zu bedienen, und es gehört ganz zur Ausnahme von der Regel, wenn der Richter eine Parthey nöthigen kann, allein vor Gericht zu handeln, welches nur in einigen wenigen Fällen statt findet, z. B. in peinlichen Sachen, wo es auf das Verhör des Angeeschuldigten ankommt, ferner in Ehe-

§ 3

sachen,

75) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 2. Höpfer im Commentar über die Institutionen §. 176. Danks Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processus §. 44. Not. 2.

76) Diff. de postulando seu de advocatis causarum (in *Opuscul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. I. pag. 168. seqq.

77) Diff. de advocatis, praef. Car. Christoph. HOFACKER def. Tubingae 1788.

78) Sie stehen im Thef. Meermann. Tom. III.

sachen, und wo überhaupt die Güte unter den Partheyen versucht werden soll⁷⁹⁾. Zuweilen kann auch der Richter einer Parthey von Amtswegen einen rechtlichen Beystand bestellen⁸⁰⁾, z. B. wenn sie keinen Advocaten bekommen kann. Ja er kann den Partheyen auferlegen, sich eines Advocaten zu bedienen, wenn sie ihre Rechtsache vor Gericht selbst auszuführen nicht im Stande sind. Wenn jedoch die Gesetze⁸¹⁾ dem Richter zur Pflicht machen, dahin zu sehen, daß die streitenden Theile beyderseits von gleich geschickten Advocaten gleich gut vertheidiget werden, so wird dieß h. z. T. nicht mehr beobachtet⁸²⁾.

§. 361.

Eintheilung der Advocaten.

Advocaten sind entweder zur Ausübung ihres Amtes öffentlich authorisirt, oder nicht. Letztere werden der Regel nach vor Gericht als Fürsprecher nicht zugelassen: sie dürfen auch keine Proceßschriften in eigenem Namen übergeben, sondern müssen solche wenigstens von einem recipirten Advocaten unterschreiben lassen. Der Regel nach darf also niemand vor Gericht advociren, der nicht nach vorgängiger Prüfung und Beeidigung vom Staate die Erlaubniß dazu erhält.

79) *Cap. 14. X. de iudic. Cap. 1. eodem, in 6to. 1. H. BOEHMER Iur. eccles. Protest. Lib. I. Tit. XXXVII. §. 2. seq.*

80) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

81) *L. 7. Cod. h. t.*

82) *G. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 11. NELLER cit. Diss. Sect. II. §. 2. Not. i. pag. 178. und Elaprotz in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 72. Not. mza.*

erhalten hat. Denn da von einer ordentlichen, zuverlässigen und legalen Besorgung processualischer Angelegenheiten der Wohlstand der Unterthanen größtentheils mit abhängt, so kann es dem Staate nicht gleichgültig seyn, was für Leute zu solchen Rechtsbeyständen gebraucht werden, sondern er muß dazu Männer von geprüfter Geschicklichkeit und Rechtschaffenheit aussuchen, und dem Publikum als solche, an die es sich in seinen Privatangelegenheiten mit Zuversicht wenden könne, bezeichnen. Mit Recht bemerkt daher unser Verf., daß das Amt eines Zursprechers heut zu Tage gewöhnlich ein öffentliches ist. Es kommt indessen freylich auf die Verfassung eines jeden Landes an, indem in manchen Ländern und Gerichten ein jeder als Advocat zugelassen wird, der im Allgemeinen die dazu erforderlichen Fähigkeiten hat. Ist an einem Orte eine bestimmte Zahl von Advocaten festgesetzt, so heißen diejenigen, welche nach vorhergegangener Prüfung und Verpflichtung unter diese Zahl förmlich sind aufgenommen worden, *advocati ordinarii*; die hingegen über die bestimmte Zahl aufgenommen werden, heißen *advocati supernumerarii* oder *extraordinarii*⁸³⁾.

§ 4

In

83) Auch schon bey den Römern war eine bestimmte Zahl der Advocaten festgesetzt; daher geschieht der *Matriculae advocatorum* in den Gesetzen öftere Erwähnung. L. 11. L. 13. L. 15—17. *Cod. de advocat. divers. iudicior.* 3. B. bey dem Praefectus praetorio waren 150. Advocaten angestellt. L. 8. L. 11. §. ult. *C. cod.* S. DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1018. Bey dem Reichskammergericht sind zur Besorgung der Parthesachen zwölf ordentliche Advocaten angestellt. S. Günther Heinrich von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis. (Göttingen 1797. 8.) §. 71.

In Ansehung der Rechtsfachen, zu deren Vertheidigung und Besorgung Advocaten öffentlich bestellt sind, giebt es wieder verschiedene Arten derselben. Sie sind nämlich entweder *advocati fisci*, welche zur Vertheidigung der herrschaftlichen Gerechtsame, oder *advocati privati*, welche zur Besorgung der Rechtsangelegenheiten der Untertanen bestimmt sind. Erstere werden Fiskäle genannt⁸⁴⁾, und erhalten von dem Landesherrn eine jährliche Besoldung; letztere hingegen nicht.

§. 362.

Unterschied zwischen *Advocatis ordinariis* und *supernumerariis*.

Ist ein Fürsprecher in der Zahl der ordentlichen Advocaten förmlich aufgenommen worden, so darf er ohne erhebliche Ursach niemanden seinen Beystand versagen⁸⁵⁾. Er kann vielmehr unter Bedrohung einer Geldstrafe oder der Entsetzung seines Amtes gezwungen werden, einer Parthey zu dienen, besonders wenn sie durch die List und Macht ihres Gegners keinen Beystand finden kann, oder ihr darum niemand dienen will, weil sie arm ist. Die *advocati ordinarii* sind vielmehr schuldig, die Rechtsfachen der Armen unentgeltlich so lange zu vertheidigen, bis diese einmal in bessere Umstände kommen, und nun im Stande sind, ihrem Advocaten seine Gebühren zu bezahlen⁸⁶⁾. Diese Verbindlichkeit findet hingegen bey den *advocatis supernumerariis*

84) Vid. Tit. Cod. de *advocatis fisci*. DONELLUS cit. loc. cap. 5. pag. 1022.

85) L. 7. C. h. t. Concept der Kammergerichtsordn. Th. I. Tit. 13. §. 2—4.

86) Claproth a. a. O. S. 279.

rariis nicht statt, von deren freyen Willen es vielmehr abhängt, welchen Partheyen sie dienen wollen, nur daß sie die einmal übernommenen Rechtsfachen redlich betreiben und zu Ende bringen müssen⁸⁷⁾. Uebrigens muß ein Advocat seinem Clienten ohne Ansehen der Person gegen einen jeden, und selbst gegen die Obrigkeit, dienen. Nur Fiskäle dürfen ohne besondere Erlaubniß nicht gegen den Fiskus dienen⁸⁸⁾; ausser wenn die Sache sie selbst, oder ihre Eltern, oder ihre Kinder, oder ihre Pupillen angeht⁸⁹⁾.

§. 363. u. 364.

Wer kann Advocat seyn? und wer ist dazu nicht fähig?

Ein Advocat muß nun nicht nur die Theorie der Rechte verstehen, sondern auch in der juristischen Praxis geübt seyn. Daß er eine Würde in den Rechten erlangt haben müsse, wird nur bey den Advocaten des Reichskammergerichts erfordert. Er muß ferner das gehörige Alter haben. Nun wird zwar nach dem Röm. Rechte nicht gerade erfordert, daß ein Fürsprecher die Volljährigkeit erreicht haben müsse, sondern für hinreichend gehalten, wenn er nur über siebenzehn Jahr alt ist⁹⁰⁾. Allein da heutiges Tages ins-

G 5

gemein

87) ROSSER cit. Diff. §. 4. pag. 11. in fin. et seq.

88) L. 1. et 2. C. de advoc. fisci.

89) L. 10. pr. L. 11. D. h. t. In Ansehung des kaiserlichen Fiskals und seines Advocaten scheint jedoch nach dem Concept der Kammergerichtsordnung L. Th. Tit. 27. §. 2. eine Ausnahme statt zu finden.

90) L. 1. §. 3. D. h. t. Es werden jedoch Minderjährige nur insofern vor Gericht zugelassen, als sie für andere postuliren; ihre eigene Proceße hingegen können sie ohne Beystand eines Cura-

gemein das Amt der Advocaten und gerichtlichen Procuratoren verbunden zu seyn pflegt, so erfordert man nach Vorschrift des gewöhnlichen Rechts⁹¹⁾ gewöhnlich ein majorennes Alter⁹²⁾; obwohl es nicht an Rechtsgelehrten⁹³⁾ fehlt, welche in Gemäßheit des römischen Rechts auch heut zu Tage ein Alter von 18 Jahren, um vor Gericht für andere postuliren zu können, für hinreichend halten. Ein Advocat darf auch kein Geistlicher seyn⁹⁴⁾. Die canonischen Rechte verbieten jedoch nur den Geistlichen der höhern Orden das Advociren in den weltlichen Gerichten; und nehmen auch hier den Fall aus, wenn die Rechtsache, die ein Geistlicher zu vertheidigen übernommen, ihn selbst, oder seine nahen Anverwandten, oder seine Kirche, oder mitleidswürdige Personen betrifft, welche er sogar vor einem weltlichen Gerichte vertreten kann⁹⁵⁾. Daß ein Advocat auch mit keinem solchen Mangel in Ansehung seines Körpers oder Gemüths behaftet seyn dürfe, der ihn an der Ausübung seines Amtes hinderlich seyn könnte, also nicht blödsinnig, nicht taub, nicht

Curators nicht vor Gericht besorgen. L. 45. §. 2. D. de re iudic. L. 4. C. si adv. rem. iud. L. 11. C. qui dare tut. L. 2. C. qui legit. person. standi. L. 4. C. de auct. praesl. E. STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 3. NELLER cit. Diff. Sect. II. §. 2. Not. c. in Addit.

91) Cap. 5. de procurator. in 6to.

92) LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LI. medit. 1. Ge. Steph. WIESAND in Opuscul. iurid. Specim. IX. Obf. I. pag. 113. seq.

93) STRYK Uf. Mod. Pandect. h. t. §. 2. et 3. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. VIII. Th. II. Not. 2. u. a. m.

94) Cap. 1. et 3. X. h. t.

95) Paul. Ios. a NIEGGER Institution. iurisprud. ecclesiasticae P. II. §. 470. NELLER c. l. pag. 176. §. 2. lit. a.

nicht blind seyn müsse, versteht sich zwar von selbst, wenn auch diejenigen Gründe, weshalb Ulpian ⁹⁶⁾ Taube und Blinde vom Postuliren ausschließt, heutiges Tages nicht mehr statt finden ⁹⁷⁾. Es behaupten indessen mehrere Rechtsgelehrte, daß heut zu Tage wenigstens Blindheit nicht ganz unfähig mache, vor Gericht zu postuliren ⁹⁸⁾, es darf nur aber freylich nicht etwa auf eine Recognition der Urkunden, oder sonst auf eine augenscheinliche Besichtigung ankommen, so wie denn auch ein tauber Advocat zu Hause noch wohl seinem Clienten dienen kann, sofern es bloß auf die Abfassung der Proceßschriften, oder auf Ertheilung eines mündlichen Rathes ankommt ⁹⁹⁾. Ein Advocat muß ferner das Zeugniß eines rechtschaffenen und untadelhaften Lebenswandels für sich haben. Wer einer infamirenden Handlung überführt ist, kann daher zu diesem Amte nicht zugelassen werden ¹⁰⁰⁾. Endlich darf auch niemand in der nämlichen Sache Advocat und Richter zugleich seyn, um

Par.

96) L. 1. §. 3. et 5. D. h. t.

97) Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. I. Th. §. 72. Not. g.

98) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 23. BERGER Oecon. iuris c. 1. Not. 3.

99) NELLER cit. Diss. Sect. II. §. 2. Not. d.

100) L. 1. §. 8. D. h. t. Jedoch können Ehrlose für sich und für gewisse andere Personen postuliren, welche in dem §. 11. cit. L. 1. D. h. t. angeführt werden. Dieser Stelle ist §. 11. I. de except. nicht entgegen, welcher von einem solchen Falle zu verstehen ist, wo der Vorwurf der infamirenden Handlung nicht erwiesen ist, sondern noch auf einer mühsamen und weitläufigen Untersuchung beruhet, wie LEYER Specim Ll. medit. 6. zeigt.

Partheyllichkeit zu verhüten ¹⁾). Der Richter muß sich daher alles Advocirens bey dem Gericht enthalten, wo er als Richter angestellt ist. Hat er vor der Uebernehmung des Richteramts der einen oder der andern Parthey gebient, so darf er in der Sache kein Urtheil sprechen ²⁾). Nach der Strenge des römischen Rechts soll sogar demjenigen, welcher ein Richteramt verwaltet, nicht einmal in einem fremden Gericht zu postuliren erlaubt seyn, weil man besorgt, er werde sich keinem Amte vollkommen widmen, und daher keins von beyden wohl verwalten können ³⁾). Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauch wird es keinem Richter untersagt, in einem fremden Gericht als Advocat zu dienen ⁴⁾). Ob indessen ein Richter auch in der nämlichen Sache, in welcher

1) *L. 6. pr. C. h. t.*

2) *L. 17. D. de iurisdic. L. 14. Cod. de assessor.* ZIEGLER in *Dicastice Conclus. 19.*

3) *L. 14. pr. Cod. de assessor.* — Cum satis abundeque sufficiat, vel per advocacionem causis perfectissime patrocinari, vel assessoris officio fungi: ne, cum ad utrumque festinat, neutrum bene peragat. Durch dieses Gesetz scheint also die *L. 5. D. de officio assessor.* aufgehoben zu seyn, wie HUBER in *praelect. ad Dig. Lib. I. Tit. 22.* dafür hält. Jedoch haben andere zu erweisen gesucht, daß in der *L. 5. cit.* gar nicht die Frage davon sey, ob ein Richter in etnem fremden Gericht advociren dürfe. Man sehe *Iul. PACIUS ΕΥΑΥΡΙΟΦΑΝΩΝ Centur. I. Qu. 55. Ant.* SCHULTING in *Iurisprud. Antejustin. pag. 217.* und besonders *Io. Died. van LEUWEN Diss. de iuris studiosis P. I. Cap. II. §. 5. (in Ger. OELRICHS Thes. Diss. Belgicar. nov. Vol. II. T. I. pag. 363.)*

4) *de COCCEN in iure civ. contro. h. t. Qu. 2. EMMINCHAUSS ad Eundem not u. NELLER cit. Diss. Sect. II. §. 2, Not. k. in Addit. pag. 179.*

welcher er das Urtheil in der erstern Instanz gesprochen hat, in der zweyten Instanz als Advocat dienen könne? ist eine andere Frage. So viel ist wohl richtig, daß er nicht sein eignes Urtheil ansechten, und darwider patrociniiren dürfe ⁵⁾. Allein es fragt sich, ob nicht der Unterrichter zur Vertheidigung der von ihm gefällten Sentenz dem Appellaten in der höhern Instanz dienen könne? Mehrere Rechtsgelehrte ⁶⁾ wollen auch dieses dem Richter nicht gestatten, weil die Worte der L. 6. pr. Cod. h. t. *non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex*, so generell gefaßt wären, daß sie auch sehr gut auf die andere Instanz gezogen werden könnten, zumal da die Acten insgemein an den Richter der ersten Instanz zur Execution der Sentenz remittirt würden. Allein nach dem Zeugniß der meisten practischen Rechtsgelehrten ⁷⁾ ist es wenigstens heut zu Tage dem Richter der erstern Instanz unverwehrt, die Vertheidigung seiner Sentenz in der Appellationsinstanz zu übernehmen; man kann auch eigentlich nicht sagen, er sey in der nämlichen Sache Richter und Advocat zugleich, da er in der zweyten Instanz sich keiner weitem Cognition und

Ent,

- 5) S. ZIEGLER *Dicastice Concl.* XIX. §. 7. ROSSER cit. *Diss.* §. 6. pag. 18. NELLER c. l. not. k. SCHAUMBURG in *compend. iuris Digest.* h. t. §. 5. u. a. m.
- 6) Man sehe z. B. Io. Tob. RICHTER *selektor. iuris principia ad ordin. Digestor. exposit. Disputat.* VI. (*Lipsiae* 1748. 4.) §. 3. und Elaprichs *Einführung in den ordentl. bürgerl. Proceß.* 1. Th. §. 72. S. 278.
- 7) Ant. FABER in *Cod. Lib. II. Tit. 5. Def. I.* BRUNNEMANN in *Comm. ad L. 6. Cod. h. t.* BERGER *Oeconom. iuris* L. IV. Tit. VIII. Th. 2. Not. 7. ZIEGLER c. l. COCCEJ 1. NELLER c. l. u. a. m.

Entscheidung anmassen darf, die Execution aber von demselben nicht nach seiner Sentenz, sondern nach dem Urtheil des Oerrichters vollstreckt wird.

§. 365—367.

Pflichten eines Advocaten gegen seinen Clienten.

Ein Advocat muß sich nun in allen seinen Geschäften einer strengen und gewissenhaften Redlichkeit befleißigen, und daher das Interesse seines Clienten treu und eifrig wahrnehmen. Die Geseze selbst verbinden ihn zu dem möglichsten Fleiße⁸⁾. Er muß also für jeden Schaden haften, woran er auf irgend eine Art Schuld ist⁹⁾. Hat er unter eine gerichtliche Eingabe das Conceptit mit seines Namens Unterschrift gesetzt, so muß er auch für die Schicklichkeit und Unsträflichkeit des Inhaltes stehen¹⁰⁾, und es kann solcher seinen Clienten nicht zur Last gelegt werden, wenn derselbe zumal der gemeinen Rechte und der Behandlungsart gerichtlicher Geschäfte unkundig ist. Ein Advocat muß ferner seiner Parthey die Vorschriften der Geseze deutlich und richtig erklären, und sie für deren Uebertretung oder Verabsäumung, ingleichen für allen andern Schaden und Nachtheil, ehrlich und freymüthig warnen. Er muß
sie

8) L. 14. §. 1. *Cod. de iudiciis*, wo besonders die Worte merkwürdig sind: *nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est.*

9) de COCCENI in iure civ. contrav. h. t. Qu. 7. LEXER Specim. XLVIII. Coroll. 1. NELLER cit. Diss. Sect. IV. §. 3. et in Quaest. ad h. §. pag. 209. Mettelbladt in der Anleitung zur practischen Rechtsgelehrtheit §. 111. Claprotb a. a. O. §. 74. Not. b. S. 299.

10) BOEHMER Consultat. et Decision. T. II. P. I. Resp. CVIII. nr. 5.

sie also auch von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit ihrer Streitsache aufrichtig belehren, und sich überhaupt hüten, daß er keine offenbar ungerechte Sache zu verteidigen übernimmt, oder sich sonst als ein Werkzeug der Bosheit, der Chikane, oder anderer dergleichen unerlaubter Kunstgriffe gebrauchen läßt¹¹⁾. Er muß nicht minder aller Schmähungen, sowohl wider den Richter, als die Gegenparthen, oder deren Fürsprecher, sich enthalten¹²⁾. Bringt es ja die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Sache mit sich, unangenehme Wahrheiten vorzutragen, so muß es jederzeit mit möglichster Schonung, und in gemäßigten Ausdrücken geschehen. Insonderheit aber verbindet die gewissenhafte Redlichkeit den Advocaten, von den zu seiner Kenntniß gelangten Geheimnissen seines Klienten nichts zu verrathen, noch sonst einen üblen Gebrauch davon zu machen, vielmehr darüber die unverbrüchlichste Verschwiegenheit zu beobachten. Handelt ein Advocat gegen diese Pflichten, so kann er, außer dem Ersatz des verursachten Schadens, auch noch mit einer willkührlichen Geld- oder Gefängnißstrafe, oder mit Suspension oder gänzlicher Entsetzung von der Praxis, oder mit noch empfindlichern Strafen belegt werden¹³⁾, besonders wenn er sich einer Prävarication schuldig macht¹⁴⁾.

§. 368.

11) *L. 6. §. 3, et 4. C. h. t. L. 13. §. 9. L. 14. §. 1. Cod. de iudic.* Conf. DONELLUS in *Commentar. iur. civ. Lib. XVIII.*

Cap. 3. pag. 1019. und STRYK *Diss. de conscientia advocati.*

12) *L. 6. §. 1. C. h. t.*

13) Von den Pflichten der Advocaten handelt sehr ausführlich Elaprotz im *Proceß* §. 74. folg. und Joh. Heinr. Kirchhof in der *Abhandl. von den Advocaten und ihren Pflichten.* Bülow. 1768. 8.

14) *S. v. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 433.*

§. 368.

Von dem Irrthume des Advocaten und dessen Verbesserung.

Begeht der Advocat einen Irrthum, so ist ein Unterschied zu machen, ob er in Ansehung des Rechts oder in Ansehung factischer Umstände geirrt hat. Im ersten Falle muß zwar der Richter einen solchen Irrthum von Amtswegen verbessern, insofern er bloß das gemeine Recht betrifft¹⁵⁾; hat jedoch der Richter dieses unterlassen, und aus gleicher Unwissenheit des Rechts ein widriges Urtheil gesprochen, so kann nur durch den Weg der Appellation der Irrthum verbessert werden¹⁶⁾. Hat hingegen der Advocat in Ansehung factischer Umstände geirrt, so hat er solchen entweder in Gegenwart seines Clienten beym mündlichen Vortrag der Sache, oder in einem von diesem unterschriebenen Exhibitum, oder er hat den Irrthum in Abwesenheit seines Clienten begangen. In dem letztern Falle kann der Irrthum zu aller Zeit, auch selbst noch nach dem Beschluß der Sache, widerrufen werden, so lange nämlich noch kein rechtskräftiges Erkenntniß im Wege steht¹⁷⁾;
nur

15) *L. un. Cod. ut, quae desint advocatis partium, iudex suppleat.* Sollte der Irrthum nur in Ansehung eines besondern Rechts oder einer besondern Befreyung begangen worden seyn, so ist der Richter solchen zu verbessern weder schuldig noch befugt. *S. I. H. BOEHMER in iure eccles. Prorect. Lib. I. Tit. 32. §. 48. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 14. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processus. §. 44. S. 127.*

16) *S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 4. pag. 1022.*

17) *L. 7. Cod. de iuris et facti ignor. Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet: nam causa decisa velamento tali non*

nur muß freylich der begangene Irrthum erwiesen werden ¹⁸). In dem ersten und andern Falle hingegen muß der Irrthum sogleich, oder längstens binnen drey Tagen von dem Clienten widerrufen werden ¹⁹). Denn was der Advocat in Gegen-

non instauratur. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XLVIII. medit. 6. und Claprotb §. 77. Not. b. Danj a. a. O. §. 44. S. 127 folg.

18) L. 2. C. de errore advocator. Errores eorum, qui desideria, i. e. preces scribunt, veritati praeiudicium asferre non posse, manifestum est. Et ideo, si condemnationem, cuius mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes, non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is, qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit. S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Heb. 136. de COCCEJI in iure civ. controvers. Lib. III. Tit. 3. Qu. 14. u. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. IV. Cap. 2. §. 21.

19) L. 3. C. de errore advoc. Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet. Nec enim, quae constituta sunt, ut advocatorum error litigatoribus non noccat, tibi etiam optulari possunt: cum te praesente, neque causae palam excontincti, id est, triduo proximo contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio, si tibi haec displicebant, usam esse proponas. Ich bemerke hier, daß mehrere Rechtsgelehrte die Worte: id est, triduo proximo, für einen unächten Zusatz halten wollen. Man sehe vorzüglich Iac. GOTHOFREDUS in Comment. ad L. un. Cod. Theodos. de errorib. advocator. Tom. I. p. 165. (edit. Ritterian.) und Ant. SCHULTING in Diss. de recusatione iudicis. Cap. XII. §. 1. So viel ist gewiß, daß sie in den Basilicis Lib. VIII. Tit. I. nr. 48. nicht befindlich sind. Allein THALELAEUS hat sie in seinem Scholio ad L. 3. C. cit. wo es beyh. RUHNKENIUS (Tom. III. Thesauri Meermann. pag. 43.) heißt: Οὐδὲ γὰρ ὅτι νενομάζεται, ἢ τῶν συνηγόρων πλὴν Glück's Erläut. d. Pand. 5. Th. 5 rods

genwart des Klienten vorträgt, wieh eben so angesehen, als
ob

τὰς διαζομένους μὴ βλέπτει, τὰτο σοι βοηθῆσαι δύναται, ἐπότε αὐτὴν παρέσαν τῇ δίκῃ ὅτε φανερὸς ἐν τῇ παταχρήμα, τετέστιν, ἐν τῷ τριῶν ἡμερῶν, ἀντιπᾶν, ὅτε μετὰ τὴν ἀπόφασιν τῇ τῆς ευκλήτα βοηθῆσαι, εἰ ἀπαρῆσαι σοι ἢ ὠπόφασις, χρησαμένη, δεματίζεις.

i. e. Neque enim, quod constitutum est, advocatorum errores litigantibus non nocere, tibi auxilio esse potest; cum te praesentem causae nec palam *ex continenti*, id est, *intra triduum*, contradixisse, neque post sententiam provocationis remedio, si tibi sententia displiceret, usam esse proponas. Die Praxis nimmt sie ebenfalls als ächt an. S. WERNHER T. II. P. VIII. Observat. 363. nr. 4. und Nettelbladt's Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 111. und zwar rechnet man das *Triduum* von dem Moment an, da der Irrthum begangen worden ist. S. LEYSER Specim XLVIII. medit 7. Man will übrigens behaupten, daß wenn der begangene Irrthum noch binnen den nächsten dreyn Tagen wiederufen werde, er keines weitern Beweises bedürfe. Nach Brunne-
mann's Zeugniß in Commentar. ad L. 3. Cod. cit. nr. 1. ist dieß die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten. Allein dieser ist die L. 2. C. eodem offenbar entgegen, wie auch Siegf. Caes. ab AEMINGA in Diss. de revocatione erroris ab advocato commissi. Gryphisw. 1776. §. 20. bemerkt hat. Uebrigens ist merkwürdig, daß die griechischen Interpreten die Worte *ex continenti* von der ganzen Zeit verstehen, da noch kein Urtheil in der Sache erfolgt ist. Neque absurdi quid dici putes; sagt THALELAEUS a. a. O. pag 44. nach der Uebersetzung des RUHNKENIUS, si verba *ex continenti* ad totum litigationis tempus extendantur. Etenim in prima Digestorum parte de Pactis didicimus in eo, qui sub tutela est, per verba *ex continenti* omne tutelae tempus intelligi. Quare et hic verba *EX CONTINENTI*, specialiter in Constitutione adlecta, capias pro toto usque ad sententiam tempus.

ob es der Client selbst vorgetragen hätte²⁰⁾). Ist die Revocation innerhalb jener Zeit nicht geschehen, und es erfolgt ein widriges Erkenntniß, so muß das Rechtsmittel der Berufung ergriffen, und auf diese Art der begangene Irrthum verbessert werden. Denn durch die Appellation wird die Sache wieder in den Zustand zurück versetzt, in welchem sie zur Zeit der Einlassung auf die Klage war²¹⁾).

S. 369.

Von der Belohnung des Advocaten.

Obgleich den Advocaten ehemals bey den Römern vermöge des Cincischen Gesetzes nicht erlaubt war, von den Clienten für ihre Mithwaltung eine Belohnung anzunehmen²²⁾, so daß sogar nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Augustus die Strafe des vierfachen Ersases statt haben sollte, wenn ein Advocat jenem Gesetz zuwider ein Honorarium angenommen hätte²³⁾; so war doch das Cincische Gesetz unter den nachfolgenden Despoten nach

§ 2

und

20) *L. 1. C. eod. Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis litium dominis proferantur.* Man vergleiche hier noch MÜLLER in *Observat. pract. ab Leyserum* Tom. VI Fasc. I. Obs. 751.

21) *Elaprotz S. 331. folg. und besonders MÜLLER ad Struvium Exercit. VII. Thes. 12. Not. β.*

22) Das Cincische Gesetz hat den Tribun Marcus Cincius Alimentus zum Urheber, und ist im Jahr der Erbauung Roms 549 gegeben worden. Es verordnete: *ne quis ob causam orandam donum munusve caperet.* Man sehe davon Frid. BRUMMERI *Commentar. ad Legem Cinciam.* (in *Opusc. a Ge. BEYERO edit. Lipsiae 1716. 8. Nr. I.*)

23) DIO CASSIUS *Lib. LIV. pag. 533.*

und nach der Gestalt außer Gebrauch gekommen, daß Kaiser Claudius, so sehr auch der Senat für die Wiederherstellung desselben stritte, dennoch der Zudringlichkeit der Advocaten nachgeben mußte²⁴⁾. Er erlaubte ihnen daher Honorarien zu nehmen, und suchte nur ihrer Habsucht dadurch Schranken zu setzen, daß er denselben bey Strafe der Legis Iuliae repetundarum über 10000 Sesterzien für die Führung eines Processus zur Belohnung anzunehmen verbot²⁵⁾. Nun erreichte zwar der Senat in der Folge unter dem Kr. Nero doch noch seine Absicht²⁶⁾, aber die wiederhergestellte Gültigkeit des Cincischen Gesetzes war von keiner langen Dauer²⁷⁾. Soll man den Nachrichten des Suetonius²⁸⁾ glauben, so war es Kr. Nero selbst, welcher schon wieder verordnete; ut litigatores pro patrocinio certam iustamque mercedem darent. Soviel ist wenigstens gewiß, daß Kr. Trajan das Edict des K. Claudius aufs neue bestätigt hat²⁹⁾. Zwar wollte er auch, daß den Advocaten das verdiente Honorarium eher nicht, als nach geendigtem Process,

24) Die Debatten zwischen dem besignirten Consul Silius, und der Advocatenparthey Cuius, Cossutianus und Consorten erzählt TACITUS *Annal.* Lib. XI. cap. 5.

25) TACITUS a. a. O. — Haec ita hand frustra dicta Princeps ratus, capiendis pecuniis posuit modum usque ad dena sestertia, quae egressi, repetundarum tenerentur. S. Io. Christ. FRANCKII Commentar. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii Imp. *Vitemb.* 1770. Cap. 8.

26) TACITUS *Annal.* Lib. XIII. cap. 4.

27) S. Io. Aug. BACHII Trajanus. (*Lipsiae* 1747. 8.) pag. 93.

28) In vita *Neronis* cap. 17.

29) PLINIUS Lib. V. Epist. 14. BACH c. l. pag. 89. seqq.

reiß, gegeben werden sollte³⁰⁾; es scheint jedoch diese Einschränkung bald wieder in Vergessenheit gerathen zu seyn. Denn mehrere Stellen in den Pandecten³¹⁾ überzeugen uns, daß die Pränumeration bey den Belohnungen der Advocaten weder ungewöhnlich, noch unzulässig gewesen seyn müsse. Dagegen blieb das Maximum, was nicht überschritten werden durfte, soviel man wenigstens aus den Gesetzen der Pandecten sieht, unverändert³²⁾. Nach dem neuern Römischen und heutigen Rechte kann also ein Advocat

30) PLINIUS Lib. V. Epist. 21. — *Hoc (sc. Senatusconsulto) omnes, qui quid negotii ad Orationem Trajani condito) habere, jurare prius, quam agerent, jubebantur, nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promississe, cavisse. — Peractis tamen negotiis, permittuntur pecuniam duntaxat decem millium dare.*

31) L. 38. §. 1. D. Locati. L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. L. ult. C. de condict. ob caus. dator.

32) L. 1. §. 10. D. de extraord. cognit. In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis, proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat: *dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur.* Ita enim rescripto Imperatoris nostri, et Patris eius continetur: *Si Iulius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus es: eam duntaxat pecuniam, quae modum legitimum egressa est, repetere debet.* Diesen modum legitimum honorarii bestimmt hernach Ulpian §. 12. Lit. 1. cit. noch genauer, wenn er sagt: *licita autem quantitas intelligitur pro singulis causis usque ad centum aureos.* Nun aber betragen centum aurei eben so viel als 10000 Geshertzien, wie BRUMMER cit. Commentar, ad L. Cinciam Cap. VI. n. 11. seqq. pag. 74. gezeigt hat.

vocat unstreitig für seine Bemühung ein billiges Honorarium fordern³³⁾. Es ist auch kein Unterschied, ob er den Proceß gewonnen oder verloren hat³⁴⁾, wenn nur nicht die Schuld an ihm lag, daß der Proceß verloren gieng³⁵⁾. Sogar in seiner eigenen Sache ist ein Advocat, wenn sein Gegner in die Kosten verurtheilt worden, ohne allen Zweifel befugt, außer seinen baaren Auslagen, eine Vergütung seiner gehabten Mühe, Arbeit und Versäumniß, so hoch solche nach richterlichem Ermessen bestimmt wird, zu verlangen³⁶⁾. Denn die Erstattung der Proceßkosten ist eine poena temere litigantium, deren Grund, ohne zu unterscheiden, ob der Advocat seine eigene, oder eine fremde Sache führt, anwendbar ist. Es würde wenigstens sehr unbillig seyn, wenn der Gegner blos wegen des zufälligen Umstandes, daß der Advocat sich selbst gedient hat, jener wohl verdienten Strafe entgehen könnte, und dem Advocaten die ihm

33) *L. 3. Cod. h. t. L. 1. §. 10. et 12. D. de extraord. cognition.*

34) *Arg. L. 10. §. 1. D. de negot. gest.* BRUMMER cit. Commentar. Cap. XI. nr. 4. pag. 163. Nettelblatts Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit §. 113.

35) *Io. God. KRAUSE Diss. de eo quod iustum est circa salaria et honoraria advocatorum. Vitemb. 1727. §. 34.*

36) *VOET ad h. Tit. §. 7. Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bd. 31. besonders Io. Sebast. ONHEIM Diss. de salario advocati in propria causa vincendis. Erf. 1711. und Joh. Christ. von Quikorp in den Venträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. VI. Man sehe auch WALCH Introd. in controuv. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 27.*

ihm durch den unbesonnenen Proceß verursachte Arbeit und Verschümmniß nicht vergelten dürfte³⁷⁾.

§. 370.

Von der Grösse des Honorariums und der mancherley Bestimmung der Advocatengebühren.

Die Belohnung des Advocaten ist nun entweder durch Vertrag festgesetzt, oder nicht. In dem letztern Falle liquidirt der Advocat seine Gebühren, und der Richter ermäßigt sie nach der vorhandenen Tax- und Proceßordnung, oder nach seinem billigen Ermessen; wobey noch zu bemerken ist, daß auch pro informatione, besonders wenn der Unterricht von der Sache beschwerlich gewesen, desgleichen für die Einsicht und Lesung der vorhergehenden Acten angemessene Belohnung gut gethan werden³⁸⁾. Ist hingegen dem Advocaten eine Belohnung überhaupt für die Führung des Processus versprochen worden, so muß sie demselben gegeben werden, sofern der Vertrag nicht dem Verbote eines Gesetzes zuwider ist. Ein solcher unerlaubter Vertrag ist

§ 4

das

37) Die Cautel, welche einige Rechtsgelehrten, z. B. BERGER in Oecon. iur. Lib. IV. Tit. VIII. Th. 3. Not. 6. WERNHER Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 279. nr. 4. und KRAUSE cit. Diss. §. 40. geben, daß ein Advocat in seiner eigenen Sache entweder einen andern Advocaten gebrauchen, oder wenigstens die gerichtlichen Eingaben von einem andern Sachwalter unterschreiben lassen möge, ist ganz unnöthig, so wenig es auch eines Beweises bedarf, daß er durch gerichtliche Betreibung seiner eigenen Angelegenheiten Verschümmniß und Schaden gestiftet habe. C. Quistorp a. a. O. Nr. VI. §. 71.

38) C. Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78.

das pactum de quota litis, wodurch sich der Advocat einen Theil von dem, was sein Client durch den Proceß gewinnen wird, statt seiner Gebühren versprechen läßt³⁹⁾. Die Gesetze sehen einen solchen Vertrag als eine schändliche Veräufung des Clienten an, und wollen, daß ein Advocat, der ein solches schmutziges Gewerbe treibt, von der Praxis gänzlich entsezt werden solle⁴⁰⁾. Unersaubt ist ferner der Vertrag, wodurch dem Advocaten, vor geendigtem Rechtsstreite, auf den Fall, wenn solcher gewonnen würde, ausser seinen Gebühren, noch ein gewisser Vortheil (*Palmarium*) ver-

39) *L. 53. D. de pactis. L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. L. 5. C. de postul. Iac. WOLFF Diss. de pacto quotae litis Altorsii 1677. Corn. van ER Diss. de quota litis. Ultrajecti 1698. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. 1. Digestor. h. t. §. 15. und Herm. CANNegiETER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 9. pag. 177. seqq.*

40) *L. 5. C. h. t.* Vergleiche auch *L. 1. C. Theod. h. t.* und *Iac. GOTHOFREDUS in Comm. ad eand. L. Tom. I. pag. 159.* Zwar glaubt *Io. WUNDERLICH* in *Comment. de L. Volusio Maeciano ICto, itemque de SCTo Volusiano. (Hamburgi 1749. 4.)* Sect. III. §. 10. daß ein solcher Advocat, welcher mit seinem Clienten, Gewinnses halber, den Vertrag gemacht, dasjenige, was durch den Proceß gewonnen werden würde, unter sich zu theilen, vermöge des *SCTi Volusiani* auch in die Strafe der *Legis Iuliae de vi privata* verfallen sey, und beruft sich auf die *L. 6. D. ad L. Iul. de vi privata.* Allein die Worte dieses Gesetzes: *Qui improbe coeunt in alienam litem,* können auch füglich von solchen verstanden werden, welche gleichsam mit einander in Gesellschaft treten, um andere Leute durch Proceße zu schikaniren, und den Gewinnst zu theilen, wie *Bach* in der unpartheyischen Critic über juristische Schriften 1. Band S. 96. und folg. gezeigt hat.

versichert wird⁴¹⁾. Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten⁴²⁾, welche der Meinung sind, daß dem Advocaten ein palmarium auf eine gültige Art versprochen werden könne, wenn nur kein gewisser Theil des streitigen Objects versprochen worden. Allein es stehen dieser Meinung nicht nur ganz deutliche Gesetze⁴³⁾ entgegen, sondern es widerlegt sich dieselbe auch schon dadurch von selbst, wenn man erwägt, daß es ja im Grunde für einerley zu halten ist, ob ich mir auf den Fall, da der Proceß gewonnen wird, einen Theil des

41) VOET ad h. tit. §. 18. LAUTERBACH Diss. de palmario advocatorum. (Tubingae 1671.) §. 25. seqq. ADR. STEGER Diss. de palmario advocatis promisso. (praes. Frid. Alexand. KÜNHOLD Lipsiae 1725. def. §. 9. de COCCEJI in Iure civ. contr. h. t. Qu. 8: KRAUSE Diss. cit. de eo quod iustum est circ. salar. et honor. advocator. §. 32. Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 104. Rettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit §. 113. NELLER cit. Diss. de postulando Sect. V. §. 3. Not. ***. Weber in der systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 7. S. 262. und besonders de ULMENSTEIN in Opusculis iurid. (Hanov. 1781. 8.) Nr. V. pag. 155. seqq.

42) GAIL Lib. I. Obs. 44. nr. 2. BERLICH P. I. Conclus. IX. nr. 76. u. 77. und Christ. Frid. Imm. SCHORCH in Diss. de palmario advocatorum iure licito, eiusque a pacto de quota litis iure illicito differentiis (in eius Opuscul. varii argum. Erfordiae 1792. 8. Nr. 3.)

43) L. 7. D. mandati. L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. L. 6. §. 2. Cod. de postul. Da diese Gesetze einen solchen Vertrag verbieten, so kann er auch nicht einmal nach canonischen Rechten durch einen hinzugekommenen Eid gültig werden. S. LAUTERBACH Diss. de palmario advocator. Th. 36. KRAUSE cit. Diss. §. 33.

des Erstrittenen, oder sonst ein Geschenk versprechen lasse. Es würde daher das gesetzliche Verbot, de quota litis zu pacificiren, durch das Versprechen eines palmarii nach Gefallen vereitelt werden können. Nicht zu gedenken, daß es einem habfüchtigen Advocaten ein geringes seyn würde, seinen Klienten durch Concussion und falsche Vorspiegelung von der mißlichen Lage des Rechtsstreits zu einem solchen Versprechen zu bewegen; es ist daher immer zu vermuthen, daß dergleichen Versprechen nicht aus freiem Willen, sondern aus Furcht geschehen sey⁴⁴⁾. Dahingegen ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Advocaten, nach geendigtem Rechtsstreite, wegen des ersuchten Sieges, ein palmarium, ausser seinen Gebühren, gütig versprochen werden könne⁴⁵⁾.

§. 371.

Was ist noch insonderheit in Ansehung eines versprochenen Honorariums oder Salariums bey Advocaten und deren Erben Rechtens?

Dem Advocaten ist nun entweder eine jährliche Befoldung ausgesetzt, oder es ihm eine gewisse Summe überhaupt für die Führung des ganzen Processes zur Belohnung versprochen worden. In dem letztern Falle kann eigentlich erst nach Beendigung der Sache die versprochene Belohnung gefordert werden; es wäre denn, daß durch die eigene Schuld
des

44) *S. Io. Ge. CRAMER Diss. de concussionibus advocatorum. Lipsiae 1729. §. 11.*

45) *L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. Si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine PALMARIi cautum sit. C. LAUTERBACH cit. Diss. Th. 25. KRAUSE cit. Diss. §. 30. ROSSEL cit. Diss. §. 8. pag. 28.*

des Clienten die Sache unentschieden geblieben seyn sollte⁴⁶⁾. Es ist daher außer Zweifel, daß das versprochene Honorarium dem Advocaten auch dann gebühre, wenn gleich der Proceß durch Vergleich ist beygelegt worden⁴⁷⁾. Stirbt der Advocat, ehe der Proceß beendet ist, so kann zwar die schon vorausgegebene Belohnung nicht wieder zurückgefordert werden⁴⁸⁾, war hingegen das Honorarium noch nicht bezahlt, so gebührt es eigentlich den Erben nur in so weit, als es mit den geleisteten Diensten des verstorbenen Advocaten im Verhältniß steht⁴⁹⁾. Wenn eine jährliche Besoldung, statt der Belohnung, ausgesetzt worden, so kann zwar diese von dem Advocaten gefordert werden, wenn gleich die in dem verflossenen Jahre von ihm geleisteten Dienste mit der Besoldung in keinem Verhältniß stehen sollten⁵⁰⁾. Ob aber auch die Erben solche ganz verlangen können, wenn ihr Erblasser vor dem Ablauf des Jahres verstorben ist? ist

46) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processus §. 44. S. 122.

47) LAUTERBACH cit. Diss. Th. 47. ROSSEL cit. Diss. §. 8. pag. 26.

48) L. I. §. 13. *D. de extr. cognit.* DIVUS SEVERUS ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti; quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. C. bies. Commentars 4 Th. S. 375. Not 36.

49) IAN. A COSTA Praelection. ad illustriores quosd. titulos locaque select. iuris civ. pag. 4. und Danz in den angef. Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processus §. 44. Not. i. S. 122. Anderer Meinung ist jedoch KRAUSE cit. Diss. §. 17—19.

50) CARPZOV in Respons. Lib. III. Tit. I. Resp. 2. Burch. BARDILI Diss. de Salaris. Cap. V. Th. 19.

ist eine Frage, welche von einigen ⁵¹⁾ bejahet, von andern ⁵²⁾ hingegen verneint wird. Ist die Rede von fiskalischen Advocaten, so ist es ganz entschieden, daß den Erben derselben das ganze Salarium des Sterbejahrs gebührt ⁵³⁾. Wenn man aber eben dieses auch auf die Erben anderer Advocaten anwenden will, so scheint man nicht erwogen zu haben, daß es zu den Privilegien der römischen Fiskale gehörte, daß sie den ganzen Gehalt des Sterbejahrs auf ihre Erben transmittirten ⁵⁴⁾, dergleichen Vorrecht anderen Advocaten nirgends mitgetheilt ist, und auch auf andere nicht

51) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. BARDILI Diss. de Salaris. Cap. IX. §. 44. GAILL. Observat. practicar. Lib. I. Cap. 44. nr. 12. Iac. GOTHOFREDUS de Salaris. Cap. VI. §. 22. de COCCEJI in iure civ. contriv. h. t. Qu. 9. 10. Ortw. WESTENBERG in Digest. h. t. §. 47. u. a. m.

52) Inst. Henn. BOEHMER Diss. de anno deservito seu salario promerito. Cap. II. §. 17. seqq. SCHAUMBURG in Comp. iuris Digestor. h. t. §. 11. Struben in den rechtlichen Bedenken 2 Th. Beh. 122. Claprotz in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 78. S. 333. Danz in den angef. Grundsätzen §. 44. Not. m. S. 122. EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. e. pag. 288. u. a. m.

53) L. 15. §. 1. C. de advocat. div. iudicior. Man zweifelt, ob von diesem Privilegium noch h. z. L. Gebrauch zu machen sey, weil es mit den römischen Fiskalen eine andere Beschaffenheit hatte, als mit unsern heutigen; und behauptet daher nicht ohne Grund, daß es in Ansehung derselben h. z. L. eben so zu halten sey, wie mit der Besoldung der übrigen besoldeten Dienerschaft. S. VOET h. t. §. 8. BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 37. Danz a. a. O. Not. 1. S. 122.

54) WISSENBACH in Commentat. in Cod. Lib. II. Tit. VII. §. fin. pap. 90.

erstreckt werden darf, weil Privilegien keine ausdehnende Erklärung zulassen. Die *advocati fisci* genossen mehrere besondere Rechte, um sie dadurch aufzumuntern, das Beste des Fiskus desto eifriger wahrzunehmen⁵⁵). Es läßt sich auch nicht füglich von jenem Falle, da dem Advocaten die versprochene Belohnung vorausbezahlt worden, auf den gegenwärtigen schließen, wo von einem ausgefesten jährlichen Gehalt die Rede ist. Denn bey der Pränumeration des *Honorariums* liegt gleichsam eine *conventio spei* zum Grunde. Der Advocat läßt sich damit abfinden, die Führung des Processes sey mehr oder weniger mühsam, welches nicht immer vorauszusehen ist. Der Klient hingegen, der dem Advocaten die versprochene Belohnung vorausbezahlt, giebt dadurch zu erkennen, daß er die Gefahr übernehmen wolle, darum zu kommen, wenn der Advocat durch Zufall gehindert würde, es zu verdienen⁵⁶). Allein ein solcher außerordentlicher Vertrag ist nicht zu vermuthen, wenn dem Advocaten ein jährliches *Salarium* ausgefest ist; denn dieß versteht sich immer unter der Bedingung, wenn der Advocat die dafür versprochenen Dienste leisten wird. Stirbt er nun vor dem Ende des Jahres, so kann er auch von dem *Salarium* des leßtern Jahrs nicht mehr auf seine Erben transmittiren, als er *pro rata anni* davon verdient hat⁵⁷). Die.

55) C. LEYSER in *Meditat. ad Pandect. Specim. XLIX. med. 13.*

56) Es läßt sich also wohl kein bündiges Argument aus der L. 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* für die entgegengesetzte Meinung hernehmen, wie BOEHMER in cit. Diss. Cap. II. §. 26. sehr gründlich gezeigt hat, zumal da es ohnedem bekannt ist, quod *facilius concedatur rei datae et acceptae retentio, quam non datae petitio.* L. 2. *C. de fideicom.* L. 4. *Cod. de Usuris.*

57) Cum tam labor, quam pecunia, divisionem recipiant, sagt L. 10. *pr. D. de ann. legat.*

Diese Regel findet überhaupt bey allen besoldeten Dienern statt ⁵⁸⁾, und die Gesetze haben nur aus besonderer Begünstigung in Ansehung der fiskalischen Advocaten eine Ausnahme davon gemacht.

§. 372.

Von den Mitteln, welche einem Advocaten wegen der Bezahlung des Honorariums zustehen.

Da ein Advocat auf die Belohnung für seine Mühwaltung ein gegründetes Recht hat, so kann er, um solche zu erhalten, sich nicht nur einer gerichtlichen Imploration bedienen, sondern er ist auch befugt, die ihm von seinem Klienten anvertrauten Urkunden, und Manualacten so lange zurück zu behalten, bis er in Ansehung seiner Gebühren befriediget worden ist ⁵⁹⁾. Sieht er sich genöthiget, gerichte-

58) *Officium enim quodvis*, sagt BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 23. *ipso iure per mortem expirat, nec in heredes transit, adeoque nulla iuris ratio patitur, ut heredes emolumenta, officio extincto cohaerentia, percipiant.* L. 14. C. de erogat. militar. annonae.

59) L. 25. in fin. L. 26. D. de procurator. Einige Rechtsgelehrten wollen zwar dieses Zurückhaltungsrecht nur auf die Manualacten einschränken, welche bekanntermaßen als ein Eigenthum des Klienten angesehen werden; eine Retention der anvertrauten Documente hingegen wollen sie dem Advocaten darum nicht gestatten, weil solche als ein Depositum anzusehen wären, bey welchem bekannten Rechten nach kein Retentionsrecht statt finde. L. 11. Cod. deposit. Man sehe VOET h. t. §. 6. u. NELLER in Diss. cit. Sect. V. in Supplem. quaestion. ad §. 6. pag. 219. Allein weder die oben angeführten Gesetze noch die Praxis erkennen diesen Unterschied an, es ist auch bekannt genug, daß man h. z. L. selbst bey dem Depositum ein Zurückbehaltungsrecht zuläßt, wenn die Gegenforderung des Depositors durch

richtliche Hülfe anzurufen, so kann die Imploration, (denn einer förmlichen Klage bedarf es nicht) sogleich bey dem nämlichen Richter angebracht werden, bey welchem er seinem Klienten gebient hat⁶⁰). Dieses Gesuch wird entweder als ein Incidentpunct angebracht, wenn der Proceß noch nicht beendet ist, oder es wird als eine eigene mit dem Proceß zusammenhängende Sache verhandelt, worauf sodann der Richter durch einen an den Klienten erlassenen Zahlungsbefehl executivisch dem Advocaten zu seiner Belohnung verhilft⁶¹). Uebrigens ist den Advocaten wegen einer solchen Forderung in den Gesetzen weder eine Hypothec, noch ein anderes Vorzugsrecht mitgetheilt worden⁶²); ob man sie gleich, wenn der Client in Concurs verfällt, der Billigkeit

durch das Depositum selbst entstanden ist. Nur in causis publicis, und wo das Staatsinteresse die Herausgabe der Documente und Acten nothwendig erfordert, wird dem Advocaten kein Retentionsrecht gestattet. S. WERNIER Observat. for. T. II. P. VIII. Observat. 98. BARDILI Diss. de Saliariis Cap. VIII. §. 38. p. 43. KRAUSE Diss. cit. de eo, quod iust. est circa salar. et honorar. advocator §. 45. und besonders Io. Frid. TROPFANNEGER Diss. de retentione actorum advocato ob salarium non solutum competente. Lipsiae 1740.

60) MEVIUS P. I. Decis. 234. KRAUSE cit. Diss. §. 46.

61) L. 13. §. 9. in fin. Cod. de indic. Cap. 2. de Rescript. in 6to. BARDILI cit. Diss. Cap. VIII. §. 41. zur Erläuterung der angeführten L. 13. §. 9. ist BRUMMER in Comment. ad L. Cinciam. Cap. X. nr. 11. seqq. pag. 147. nachzusehen.

62) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 30. a RUPENDORFF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 71. VOET h. t. §. 6. BARDILI cit. Diss. Cap. VIII. §. 40. pag. 45. STRYK Diss. de privilegiis advocator. Cap. III. §. 6. in fin. Christ. Gottl. Smelins Ordnung der Gläubiger Kap. 2. §. 1. S. 79.

keit wegen in der Praxis gewöhnlich in die vierte Klasse zu setzen pflegt⁶³⁾.

§. 373.
Armenrecht.

Arme haben bey Processen das besondere Recht, daß ihnen ein Advocat von richterlichen Amtswegen bestellt wird, welcher ihnen unentgeltlich dienen muß, wo nicht etwa nach der besondern Verfassung eines Landes schon ein eigener Armenadvocat vom Staate selbst angestellt ist. Arme werden aber diejenigen genannt, die nicht so viel im Vermögen haben, daß sie nach Abzug ihres nöthigen Lebensunterhalts die Kosten des Processes bestreiten können⁶⁴⁾. Wer zu diesem Armenrecht zugelassen werden will, muß durch glaubhafte Zeugnisse seine Armuth hinreichend bescheinigen, und den Armeneld schwören, welcher theils eine Bestätigung der wirklichen Armuth, theils das Versprechen in sich enthält, daß wenn er dereinst zu besserem Vermögen kommen würde, er alsdann noch alles nach Gebühr gern bezahlen wolle⁶⁵⁾.

63) E. RICHTER Tr. de iure et privilegio creditor. Cap. V. nr. 36. BRUNNEMANN in Process. concurs. creditor. Cap. V. §. 64. MEVIUS ad ius Lubecense P. III. Tit. I. Art. XI. nr. 69. LUDOVICI Einleitung in den Concursprocess. Kap. 20. §. 61. E. STORs reussche Rechtsgelehrsamkeit Th. 2. S. 810. a LEYER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLXXXVII. medit. 7. CLAPROTHs Einleitung in die sämmtl. summarischen Prozesse §. 417. DANZ in den Grundsätzen des erb. bürgerl. Processes §. 44. E. 123. und besonders Franc. Iust. KORTHOLT Diss. de iure salarii advocatorum in concursu creditorum. Giessae 1770.

64) E. STORs Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. §. 2342. DANZ Grunds. §. 40. E. 109. folg.

65) E. Concept der R. Kammergerichts-Ordnung I. Th. Tit. 96. und E. STOR a. a. O. §. 2345—2348.

Lib.

De his, qui notantur infamia.

§. 374.

Zusammenhang dieses Titels mit dem vorigen. Begriff von Ehre, bürgerlicher Ehre, und Ehrlosigkeit.

Die Abhandlung der Lehre von der Ehrlosigkeit gehört eigentlich in das Personenrecht. Denn daß ein Mensch die Rechte der bürgerlichen Ehre im Staate genießt, oder derselben verlustig erklärt worden ist, betrifft seinen Zustand. Die Erscheinung dieses Titels an einem so unschicklichen Orte ist daher ein Räthsel, welches man freylich nicht anders zu erklären weiß, als daß Ehrlose für andere vor Gericht nicht postuliren können. Dieß brachte wahrscheinlich die Verfasser unserer Pandecten auf die Gedanken, diese Lehre mit dem Titel de postulando zu verbinden⁶⁶⁾. Um nun den Begriff von Ehrlosigkeit richtig

66) Unter den Schriften über diese Materie verdienen folgende bemerkt zu werden: *Christ. THOMASII* Diss. de exstimatione fama et infamia extra rempublicam. Halae 1734. *Henr. BODINI* Diss. de iure circa infamiam. Halae 1710. *Io. Pet. BUCHER* Diss. I. et II. de notione et effectu infamiae. Steinsurth 1766. *Io. Henr. Chr. de SELCHOW* Diss. continens selecta capita doctrinae de infamia. Goett. 1770. *Henr. Valent. BECKER* Diss. de dignitate, honore et exstimatione. Rostochii 1789. In Ansehung des teutschen Rechts sind noch insbesondere zu bemerken: *Phil. Lud. HORN* Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia. Altdorf 1723. *Hektor Wilhelm von Gündersrode* über die bürgerliche Ehre bey den Teutschen, in Des Glucks Erläut. d. Pand. 5. Th.

richtig bestimmen zu können, muß man zuerst wissen, was bürgerliche Ehre heißt. Das gleichstimmige Urtheil des Publikums von den moralischen Eigenschaften einer Person, nennt man Ruf, Gerücht, Name, Credit, (*fama, existimatio*). Dieses gründet sich nun entweder auf sittliche Vollkommenheiten, oder auf sittliche Unvollkommenheiten eines Menschen. Im erstern Falle nennt man ein solches günstiges Urtheil der Menschen über unsere moralische Vollkommenheiten, einen guten Ruf, einen guten Namen (*bona fama, integra existimatio*); dahingegen wird das ungünstige Urtheil des Publikums über unsere moralische Unvollkommenheiten, ein übler Ruf, ein schlechter Name (*mala fama*) genannt. Zu einem guten Namen werden nun dreierley Eigenschaften erfordert:

1) eheliche Geburt. Denn nach teutschen Sitten klebt den unehelichen Kindern ein Schandstreck an, der sie in der bürgerlichen Gesellschaft anrüchtig, und zu dem Genuß mancher bürgerlichen Rechte unfähig macht.

2) Rechtmäßigkeit unserer Handlungen, und zwar müssen unsere Handlungen nicht nur gerecht seyn, d. i. nicht vollkommene Pflichten gegen andere verletzen, sondern sie müssen auch ehrbar und anständig seyn, d. i. nicht wider den Wohlstand und die guten Sitten streiten. Daher schadet ein Mensch, der sich dem Trunke ergiebt, seinem guten Namen. Endlich

3) ehr-

selben von D. Posselt herausgegebenen Werken 2. Band S. 187. ff. und Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band. S. 59. ff.

3) ehrliche Handhierung, und unverwerfliche Lebensart. Daher sind Schinder, und Abbecker, Landstreicher und Vagabonden, herumirrende Zigeuner, Marktschreier, Gauckler, Marionettenspieler, Bärenführer u. d. m. verachtete und anrüchrige Leute ⁶⁷⁾.

Von dem guten Rufe und ehrlichen Namen eines Menschen hängt nun der Genuß gewisser bürgerlicher Rechte im Staate ab, deren Begriff die bürgerliche Ehre (*fama* s. *existimatio civilis*) genannt wird ⁶⁸⁾. Diese muß von der gemeinen Ehre eines Menschen unterschieden werden. Die gemeine Ehre begreift nämlich theils die absolute Achtung, welche jeder Mensch, als solcher, fordern kann; theils die besondere Achtung in sich, welche sich auf die einem Menschen eigene Fähigkeiten und Fertigkeiten bezieht ⁶⁹⁾. Der Unterschied besteht darin, daß die absolute Achtung unverleglich ist, so weit nicht Jemand durch seine eigene unerlaubte Handlung den andern nöthiget, seinem Rechte, ohne Schonung der Ehre des Andern, gemäß zu handeln. Diese kann daher auch selbst dem Ehrlosen nicht entzogen werden, sondern der Staat muß auch solche Personen beim Genuß der absoluten Achtung gegen Beleidigungen Anderer schützen ⁷⁰⁾. Auch der Ehrlose, so fern er nur nicht ganz für rechtslos erklärt ist, genießt demnach noch Sicherheit für seine Person;

§ 2

67) S. Runden's Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 310.

68) *God. Lud. MENCKEN de fama forensi. Vitemb. 1732.*

69) Klein's Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts §. 208.

70) Klein in den angef. Grundsätzen §. 224.

son; niemand darf sich einen thätlichen Angriff auf seine Person erlauben, noch sich für befugt halten, ihn mit Schelt- und Schimpfreden nach Willkühr zu beleidigen⁷¹⁾. Allein mit der besondern Achtung verhält sich die Sache anders. Diese hängt lediglich von der Meinung und dem Urtheile Anderer über uns und unsere Vollkommenheiten ab, und kann, weil einem Jeden freysteht, sein Urtheil zurück zu nehmen, nicht als etwas, das dem Beurtheilten eigenthümlich zugehört, betrachtet werden⁷²⁾. Denn Niemand hat das Recht, seine Nebenmenschen zu zwingen, daß sie seine wirkliche oder vermeintliche Fähigkeiten und Vollkommenheiten anerkennen, und daher so und nicht anders über ihn urtheilen sollen; und eben so wenig haben diejenigen, welche ihr Urtheil schon gefällt haben, ein Recht zu fordern, daß Andere auch dem ihrigen beystreten sollen⁷³⁾. Auch das größte Verdienst um das gemeine Wohl, und die vollkommenste bürgerliche Tugend dürfte an sich wohl selbst im Staate noch kein wirksames Recht auf eine vorzüglichere Achtung oder äussere Verehrung hervorbringen⁷⁴⁾. Allein der bürgerlichen Gesetzgebung kommt es

34,

71) VOET in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLVII. Tit. X. §. 4. und WEBER über Injurien und Schmähschriften 1. Abtheilung §. 3. S. 28.

72) KLEIN in den Grunds. des peinlichen Rechts §. 208.

73) KLEIN'S Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten 2. Band. S. 41. folg.

74) Mit Recht sagt daher schon PUFENDORF de iure naturae et gentium Lib. VIII. Cap. IV. §. 14. *Omnia existimationis intensivae fundamenta in se non producant nisi ius imperfectum ad habendum ad alios honorem et venerationem. Adeoque si*
eun-

zu, den Rang der verschiedenen Stände und Mitglieder des Staats sammt den äussern Merkmalen und Wirkungen desselben festzusetzen, und jedem diejenige Achtung zuzuschicken, welche sein Stand erfordert⁷⁵⁾. Diese Achtung, wornach der Mensch im Staate den Werth hat, und dasjenige gilt, wofür er von der obersten Gewalt selbst anerkannt und geschätzt wird, ist die eigentliche bürgerliche Ehre, von welcher wir hier reden. Diese besteht also in dem vollkommenen Genuße derjenigen Rechte und Vorzüge, welche ihren Grund in der Achtung haben, die die bürgerliche Gesellschaft ihren Mitgliedern, und zwar jedem nach seinem Stande, zugesichert hat⁷⁶⁾; und ist, so wie die absolute Achtung, unverletzlich, insofern nicht Jemand durch den Staat selbst der bürgerlichen Ehre verlustig erklärt worden ist⁷⁷⁾. Der Mangel dieser bürgerlichen Ehre, und

3

der

eundem aliis ETIAM BENEMERITIS quis denegaverit, non potest dici, injuriam fecisse, sed duntaxat inhumanitatis, aut, si ita loqui licet, incivilitatis notam sibi contraxisse.

75) Man vergleiche hier besonders *Weber* über Injurien 1. Abth. §. 1. S. 15.

76) *Hug. DONELLUS* in *Comment. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023.* sagt: *DIGNITATEM seu EXISTIMATIONEM CIVILEM accipere debemus eam conditionem, qua sit, ne quis habeatur indignus iis rebus, aut plerisque, quae civibus singulis, in suo cuique ordine, tribui solent: cuius generis haec sunt: in civitate esse licere; rebus communibus uti, ut communibus; fungi in ea civilibus et virilibus officiis tum privatim, tum publice; nihil turpe aut indignum honesto viro pati; honores ordini suo convenientes capessere.*

77) *L. 5. §. 1. D. extraord. cognit: wo es heist: Existimatio est dignitatis illaefae status, legibus ac moribus comprobata*

218

der Verlust der davon abhängenden bürgerlichen Rechte wird die Ehrlosigkeit im weitläufigen Verstande genannt, und diese in die eigentliche Infamie, und in die Anrüchrigkeit, oder *levis notae maculam* eingetheilt⁷⁸⁾. Rührt nämlich der Mangel der bürgerlichen Ehre aus überwiesenen, oder sonst gemein bekannten schändlichen Handlungen her, so ist es eigentliche Infamie⁷⁹⁾. Ist aber bloß uneheliche Geburt, oder verwerfliche und schmutzige Handthierung, oder starker Verdacht eines begangenen peinlichen Verbrechens, weßhalb Jemand in Special-Inquisition gerathen ist, die Ursache einer, von den Gesetzen selbst im Allgemeinen gebilligten, öffentlichen Verachtung, um welcher willen die damit behafteten Personen gleichfalls des völligen Genusses der allgemeinen Vorrechte ehelicher Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, so lange nicht der Flecken abgetilgt ist, entbehren müssen, so wird dieser Zustand Anrüchrigkeit, oder *levis notae macula* genennt. Von dieser werde ich §. 385. ausführlich handeln. Setze von der eigentlichen Infamie.

§. 375.

tus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

78) C. WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenburg. Fass. I. Obl. 22. §. 1.

79) Man unterscheidet von der Ehrlosigkeit die Rechtlosigkeit, worunter man den gänglichen Verlust aller bürgerlichen Rechte versteht. Diese entsteht aus der Achteerklärung, und solche Rechtlose nannte das Mittelalter Verzeilte. Verzeilen hieß nämlich in der Sprache des Mittelalters einen seiner Ehre, Rechte und Güter verlustig erklären. C. Joh. Fried. Klossch vom Verzeilen. Dresden 1765. 8. und WOLTAER cit. loc. Not. 2. pag. 123.

§. 375.

Natürliche und bürgerliche Infamie. Erläuterung der
L. 42. D. de Verb. signif.

Die Infamie entsteht nun entweder aus solchen Handlungen, die schon das Vernunftrecht für schändlich erklärt, oder sie rührt aus solchen unerlaubten Handlungen her, worauf bloß die bürgerlichen Gesetze die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt haben. Im ersten Falle nennt sie unser Verfasser natürliche, im andern Falle hingegen bürgerliche Infamie. Es gründet sich diese Einteilung auf die bekannte Stelle Ulpian's in der L. 42. D. de Verbor. significat. wo es heißt: Probrum et opprobrium id est. Probra quadam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis: utputa furtum, adulterium, natura turpe est; enimvero tutelae damnari, non natura probrum est, sed more civitatis. Nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum cadere. Diese Stelle ist aus ULPIANI Lib. 57. ad Edictum genommen, wo dieser Jurist das Edict des Prätors von Injurien erläutert, welches in der L. 15. §. 2. D. de iniuriis enthalten ist⁸⁰). Da dieses Edict bloß von Verbalinjuriën und insonderheit von solchen handelt, welche in beleidigenden Vorwürfen schändlicher Handlungen bestehen⁸¹); so bestimmt Ulpian

§ 4

zurör-

80) C. GOEDDEUS in Comment. ad Tit. Dig. de verbor. signif. h. L. nr. 2. und CUIACIUS in Comm. ad eund. Tit. eandemque Leg.

81) Es erhellet dieses besonders aus den LL. 7. 9. 11. 13. 15. u. 17. D. de iniur. welche aus dem nämlichen L. 57. ad Edictum genommen sind. Zwar hat die L. 15. deren §. 2. die
Wor-

zuförderst die Bedeutung des Wortes *Probrum*, weil selbiges bekanntlich mehrere Bedeutungen hat⁸²⁾. Daher sagt er: *probrum et opprobrium id est, welches hier soviel heißt, als idem est, wie auch schon Cujaz⁸³⁾ bemerkt hat. Eigentlich heißt zwar Probrum soviel als eine unerlaubte Handlung, ein Verbrechen, eine Schandthat, wie Duzker⁸⁴⁾ aus mehrern Stellen der Klassiker erwiesen hat. Opprobrium hingegen bezeichnet die aus einem Verbrechen entspringende Schande. Weil es nun aber doch gleichviel ist, ob ich dem Andern ein Verbrechen vorwerfe, oder ihn für einen schändlichen Menschen halte; so konnte Ulpian in Beziehung auf das Edict des Prätors von Injurien die Worte *probrum* und *opprobrium* allerdings für gleichbedeutend nehmen⁸⁵⁾. Hiernächst macht nun der Röm. Jurist einen Unterschied zwischen solchen unerlaubten Handlungen, die schon das Naturrecht für schändlich erkennt, und solchen, die bloß das Civilrecht für insamirend erklärt. Zu den schändlichen Handlungen der ersten Art rechnet er Dieb-*

Worte des Edicts enthält, in den gemeinen Ausgaben die Ueberschrift: *ULPIANUS Lib. 77. ad Edictum*. Allein da Ulpian Lib. 57. seines Commentars *ex instituto* von Injurien gehandelt, so ist die Ueberschrift der L. 15. ohne Zweifel unrichtig, wie auch DUCHER in *Opuscul. de latinitate Ictorum* vet. pag. 120. bemerkt hat.

82) Man sehe WALCH ad *Eckhardi Hermenevt. iuris* Lib. I. Cap. IV. §. 145. pag. 275.

83) Lib. IX. *Observ. cap. 15.* Eben dieß hat noch mit mehreren bestätigt FORNERIUS *Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 36.*

84) *Opuscul. de latinitate vet. Ictorum.* pag. 116.

85) *S. Iul. a BAYMA* Commentar. in *Tit. Dig. de Verb. Significat. (Leovardiae 1649. 8.)* ad h. L. 42. pag. 71.

Diebstahl und Ehebruch, denn diese Verbrechen lassen sich ohne einen Dolus fast nicht denken⁸⁶⁾. Allein wenn ein Vormund sich so suspect gemacht hat, daß er seines Amtes entsetzt werden kann, so ist das kein solches Verbrechen, welches das Naturrecht für schändlich erklärt, sondern die bürgerlichen Geseze haben nur die Ehrlosigkeit darauf gesetzt⁸⁷⁾. Denn nach dem Rechte der Pandecten war nicht gerade nothwendig, daß der Vormund den Pupillen vorseztlich betrogen haben mußte, sondern eine grobe Nachlässigkeit wurde in diesem Falle dem Betrüge gleich geachtet, wie Johann Vollenhove⁸⁸⁾ ausführlich dargethan hat.

3 5

Eine

86) L. 51. D. *pro Socio*. L. 43. D. *ad Leg. Iul. de adulter.*

87) Ger. NOODT *Probabil. iur. civ.* Lib. I. cap. 13. hält die Worte: *sed more civitatis* für eine Glosse, aber ohne hinreichenden Grund, wenn ihm gleich Ant. SCHULTING in *Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 8.* bestimmt. Der ganze Zusammenhang des Gesetzes lehrt, daß sie nothwendig sind, und daher beibehalten werden müssen. Auch in den *Libris Basilicor.* Lib. II. Tit. 2. Tom. I. pag. 46. werden sie als ächt anerkannt; wie schon WAECHTLER in *Opuscul.* pag. 221. seq. *Abr.* WIELING in *lectionib. iuris civ.* Lib. I. cap. 10. *Christ. Henr. ECKHARDT* in *Hermenevt. iuris* Lib. I. Cap. VII. §. 286. u. a. mehr gegen Noo dt erinnert haben.

88) *Diff. de suspectis tutoribus et curatoribus.* Cap. VIII. §. 6. et seq. (in OELRICHS *Thes. nov. Diff. Belgic.* Vol. 1. Tit. 1. p. 247. seqq. Man vergleiche mit der L. 1. D. h. t. die L. 7. §. 1. D. *de suspect. tut.* und L. ult. D. *ubi pupill. educari deb.* Siehe auch VOET in *Comment. ad h. Tit. §. 2.* und *Hieron. de oroz de apicibus iuris civ.* (Lugd. 1661. f.) Lib. V. cap. 5. nr. 4. pag. 362. Es läßt sich jedoch aus dem §. 2. I. *de poena temere litigant.* nicht undeutlich schließen, daß in *iudicio tutelae* die culpa lara nur dann dem dolo gleich geachtet worden, wenn der Vormund, statt dem Pupillen den verursachten Schaden in Güte

Eine solche Nachlässigkeit macht den Vormund wenigstens *more civitatis* insofern unehrlich, daß er zu keiner Vormundschaft wieder gelangen kann ⁸⁹⁾. Das Naturrecht hingegen erkennt eine bloße Nachlässigkeit, ohne bösen Vorsatz, nicht für eine so schändliche Handlung, daß ein Mensch deswegen insam würde, weil auch zuweilen ein sonst redlicher und rechtschaffener Mann (*homo idoneus*) sich einer großen Nachlässigkeit schuldig machen kann. Ob nun gleich darin die meisten Ausleger übereinstimmen, daß der Ausdruck *tutela damnari* nicht bloß vom Dolus, sondern hier vorzüglich von der culpa lata zu verstehen sey, indem, wenn ein Vormund seinen Pupillen vorsätzlich betrügt, dieses ohnstreitig schon nach dem Vernunftrecht für eine schändliche Handlung zu achten ist, die kein rechtschaffener Mann begehen wird; so ist man doch über den eigentlichen Sinn der Worte *more civitatis* nicht einig. Mehrere Rechtsgelehrten ⁹⁰⁾ wollen darunter nicht sowohl das Civilrecht

Güte zu ersetzen, mit demselben einen Proceß anfangen; denn Justinian rechnet die Infamie mit unter die Strafen der verwegenen Litigirens; *si quis tutelae fuerit damnatus*. Soviel ist indessen gewiß, daß nach dem neuern röm. Recht nur erwiesener vorsätzlicher Betrug den Vormund infamirt. L. 1. 2. 4. 5. 6. und besonders L. 9. Cod. de suspect. tut. L. 2. C. de tut. vel. curat. qui satis non ded. S. Ev. otto in Comm. ad §. 6. l. de suspect. tutor.

89) Io. IENSEN in *strictur. ad Rom. iur. Pandect. et Codicem* pag. 518.

90) S. DONELLUS in *Commentar. iur. civ.* Lib. VIII. cap. 8. pag. 1027. Abr. WIELING in *lection. iur. civ. c. l.* pag. 57. und Ios. FINESTREZ in *Hermogeniano. ad L. 5. D. de iust. et iure. Exercit. XII. §. 33. pag. 207. in fin. et seq.*

recht selbst, als vielmehr das Urtheil der Bürger verstehen, welche insgemein das schlimmste zu denken gewohnt sind, und daher denjenigen, welcher von der Tadel ist abgesetzt worden, gleich für mehrlich zu halten pflegen, nicht anders, als wenn er, wer weiß, welche Betrügereyen begangen hätte. Allein ich kann dieser Erklärung nicht beystimmen. Unmöglich konnte Ulpian, der hier zeigen wollte, welche *probra naturaliter*, und welche *civiliter talia* sind, einem unbilligen Volksurtheile das Wort reden, es ist vielmehr bekannt, daß in unsern Gesetzen die Ausdrücke *civiliter* und *more civitatis* dasjenige bezeichnen, was durch das Civilrecht eingeführt worden, oder sonst demselben gemäß ist⁹¹⁾. Warum übrigens Ulpian zwischen *probris naturalibus* und *civilibus* unterscheidet, läßt sich leicht errathen, da seine Absicht war, das Edict des Prätors von Verbalinjuriis zu erläutern. Ob man aber den eigentlichen Sinn des Rechtsgelehrten getroffen habe, wenn man den Unterschied zwischen den angegebenen beyden Arten von *probris* darin setzt, daß der Vorwurf einer schon natürlich schändlichen Handlung allemahl eine Injurie sey, nicht aber, wenn man den Andern einer Handlung beschuldigt, die nur *civiliter* und *more civitatis* infamirt, wie besonders Gödäus⁹²⁾ und Pothier⁹³⁾ behaupten, will ich hier nicht wei-

91) L. 1. §. 1. D. Si mens. fals. mod. dix. L. 14. D. de obligat. et act. L. ult. D. rem. pup. salv. fore L. 8. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 34. §. 1. D. de contrah. emt. L. 7. D. de supel. leg. L. ult. §. 27. D. de muner et honor. Conf. BRISSENIUS de verb. Signif. v. mos et civiliter.

92) In Commentar. in Tit. 16. Lib. L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 42. cit. nr. 12. p. 510.

93) In Pandect. Iustinianeis Tom. III. Tit. de Verb. Signif. Nr. CLXXVIII. Not. c. pag. 682.

weiter untersuchen; mir ist es genug, gezeigt zu haben, daß die von unserm Verfasser hier vorgetragene Einteilung der Infamie in die natürliche und bürgerliche den Gesetzen des Röm. Rechts nicht unbekannt sey.

§. 376.

Nähere Erklärung der natürlichen Infamie. Einteilung der Ehrlosigkeit in *infamiam iuris* und *facti*.

Nach der Lehre Ulpian's giebt es also eine natürliche Ehrlosigkeit, welche aus solchen Handlungen entsteht, die schon von Natur schändlich sind. Soll diese jedoch einen Einfluß auf die bürgerlichen Rechte und Verhältnisse haben, so muß das Civilgesetz solche bestätigen. Denn die vorzüglichsten Wirkungen, welche die bürgerliche Ehre mit sich bringt, verdankt sie dem Staate und der positiven Gesetzgebung. Nur der Staat darf die Bedingungen vorschreiben, unter denen er die Vorzüge eines guten Namens seinen Bürgern gestatten will; er kann also auch diese Vortheile denjenigen versagen und entziehen, welche sich derselben durch Handlungen, die mit dem Wohle des Staats streiten, unwürdig gemacht haben. In dieser Hinsicht kann man mit Recht sagen, daß es ausser dem Staate keine eigentliche Infamie gebe⁹⁴⁾. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß ein Mensch, der sich Eingriffe in die Rechte seiner Mitbürger erlaubt hat, auch ausser dem Staate auf guten Namen und Ehre keinen Anspruch machen kann. Ein Mensch, der nicht Treue und Glauben hält;

94) Man sehe hier vorzüglich des Hrn. Hofr. Kleinschrod's systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 73. und 74. S. 123. ff.

hält; der sich eine Freude daraus macht, andern Tott und Schaden zu thun; der Ungerechtigkeiten ausübt, der dem Andern ohne Recht das Seinige nimmt; ferner ein Mensch, der sich der Wollust, der Schwelgerey und dem Trunk ergiebt, würde auch im Naturzustande seinen Credit verlieren, und in den Augen ehrliebender und rechtschaffener Menschen verabscheuungswürdig seyn. Allein deswegen kann man doch nicht gleich jedem Menschen, der sich durch natürlich schändliche Handlungen ehrlos gemacht hat, auch im Staate die bürgerlichen Rechte entziehen, weil der gute Name ausser dem Staate lange die Folgen nicht hat, welche ihm der Staat, und die positive Gesetzgebung beylegt. In dieser Rücksicht sagt unser Verfasser ganz recht, daß nicht alle Handlungen, welche nach dem Vernunftrechte für schändlich zu halten sind, auch gleich in der bürgerlichen Staatsgesellschaft infamiren, obgleich freylich das von ihm gewählte Beyspiel nicht dahin gehört. Denn vorseßliche Banqueroutirer (*fraudenti decoctores*), welche sich durch ihre verschwenderische Lebensart ausser Stand gesetzt haben, ihre Schulden zu bezahlen, contrahiren nicht bloß eine natürliche Infamie, sondern auch die bürgerlichen, sowohl Römischen⁹⁵⁾, als teutschen Reichsgesetze, erklären sie für ehrlos⁹⁶⁾. Allein wer wird es wohl läugnen, daß

der

95) Man vergleiche *Guil. FORNERII Selection. Lib. II. cap. 27.* (in *Thef. Ottonian. Tom. II. col. 77.*) und *Iac. GOTHOFREI Comment. in Tit. Pandectar. de divers. Reg. iur. ad L. 144. h. T. pag. 603.*

96) Die teutschen Reichsgesetze verordnen, daß muthwillige Banqueroutirer den Dieben gleich geachtet, zu keinen Aemtern, Ehren und Würden gelassen werden, und keinen Anspruch auf

In-

der Mißtrautische, der Neidische, der Geizige, der Unverschwiegene, der Lügner auch ausser dem Staate die gerechte Verachtung eines jeden rechtschaffenen verdient, und dennoch erklären die bürgerlichen Geseze dergleichen Menschen nicht überall für ehelos. Mit einem Worte, die natürliche Ehelosigkeit kann nur in sofern auch in der bürgerlichen Gesellschaft von Wirkung seyn, als sie von den bürgerlichen Gesezen dafür ebenfalls anerkannt, und ihr daher rechtliche Wirkungen beygelegt worden sind. Es bleibt also Wahrheit, daß alle Infamie, welche bürgerliche Wirkungen haben soll, von den Civilgesezen bestätigt seyn müsse. Wenn nun aber die bürgerlichen Geseze mit einer schon natürlich schändlichen Handlung darum, weil sie auch mit dem Wohle der bürgerlichen Gesellschaft streitet, den Verlust der bürgerlichen Ehre, als eine Strafe, verknüpfen; so kann dieß auf mehr als eine Art geschehen, und daher die bürgerliche Ehelosigkeit mancherley Stufen haben. Es lassen sich besonders zwey Fälle gedenken. Entweder das Civilgesez bestimmt ausdrücklich eine gewisse Handlung, und verordnet, daß wer solche begeht, ehelos seyn, oder dafür erklärt werden solle; z. B. wer einen Diebstahl oder Ehebruch begeht, soll für infam erklärt werden; oder das bürgerliche Gesez hat nicht insbesondere eine gewisse Handlung mit der Ehelosigkeit belegt, sondern nur im Allgemeinen bestimmt, daß derjenige, welcher die Pflichten eines redlichen Bürgers nicht erfüllt, vielmehr Handlungen begeht, die nicht nur eine

Indulte und Moratorien, die den unglücklichen Schuldnern sonst bewilliget zu werden pflegen, machen sollen. Man sehe die Reichspolicey-Ordnungen von 1548. Tit. 22. §. 1. und von 1577. Tit. 23. §. 2. und Quistorps Beyträge zur Eriduterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XIII.

eine natürliche Schändlichkeit mit sich führen, sondern auch dem gemeinen Wohle der bürgerlichen Gesellschaft nachtheilig sind, auf die Rechte der bürgerlichen Achtung keinen vollkommenen Anspruch haben solle. So z. B. streitet es gegen die Pflichten eines rechtschaffenen Bürgers, ein Trunkenbold zu seyn. Denn was kann ein solcher Mensch, der selten nüchtern wird, zum Besten der bürgerlichen Gesellschaft wirken? Wie kann man einem solchen ein öffentliches Amt anvertrauen? wie kann man ihm, wenn es auf die Ablegung eines Zeugnisses ankommt, vollkommenen Glauben beylegen? Wenn nun gleich die bürgerlichen Gesetze die Trunkenheit nicht besonders mit der Infamie belegen, so billigen sie doch die Verachtung, welche solche Menschen, die einen anstößigen und mit dem Wohle des Staats streitenden Lebenswandel führen, verdienen, und wollen nicht, daß sie jene Vorzüge eines unbescholtenen Namens genießen sollen, deren sie nur ehrliche und rechtschaffene Bürger würdig halten. Hieraus entsteht nun eine zweyfache Art der Ehrlosigkeit, welche die Gesetze anerkennen, und welche beyde in ihren rechtlichen Wirkungen ganz verschieden sind. Die Infamie der erstern Art nennt man insgemein *infamiam iuris*, die der andern Art hingegen *infamiam facti*. Ich weiß zwar wohl, daß mehrere, sowohl ältere, als neuere Rechtsgelehrten⁹⁷⁾, diese

97) Unter den ältern Rechtsgelehrten waren schon NIELLIUS Lib. II. Disputat. feudal. Thes. 6. lit. D. PACIUS Hagoce Digestor. h. t. WISSENBACH in Exercit. ad Pand. Disp. XI. §. 13. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 6. pag. 1023. seq. Pet. BELLOIUS Varior. iuris civ. Lib. I. cap. 6. (Tom. IV. Thes. Meermann. pag. 677. seq.) und Pet. GREVE Exercit. ad Pandectar. loca difficilliora Exerc. IV. §. 10. pag. 97. wel-

diese Eintheilung verwerfen, weil alle Ehrlosigkeit eine Strafe sey, welche der Richter nicht eher erkennen dürfe, als bis es das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Noch viel weniger aber könnten Ehre und Schande in der bürgerlichen Gesellschaft, mit den davon abhängenden rechtlichen Verhältnissen, der willkürlichen Entscheidung des Publikums unterworfen werden. Allein kommen gleich jene Benennungen in den Gesetzen selbst nicht vor, so ist doch die Sache selbst, die man dadurch bezeichnet, in den Gesetzen ohne allen Zweifel gegründet, wie auch schon von andern Rechtsgelehrten⁹⁸⁾ hinlänglich dargethan worden ist. Es ist wahr, die

welche die *infamiam facti* nicht annehmen. Unter den neuern verdienen bemerkt zu werden *STRECKER* Diss. de non ente civili infamia facti. Erf. 1736. de *SELCHOW* select. capita doctrinae de infamia. Goett. 1770. Sect. I. §. 3. *Chr. Gottl. EINERT* Exercit. iur. qua, praeter unam mediatam iuris infamiam, nullam existere infamiae speciem def. Lipsiae 1777. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 301. u. 302. *Danz* Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band §. 301. und *Kleinschrod* in der systemat. Entwicklung der Grundwahrheiten des preinlichen Rechts 3. Th. §. 35.

- 98) Unter den ältern Rechtsgelehrten hat schon *Francisc. de AMAYA* in Commentar. in tres posterior. libros Cod. Justin. (Lugd. 1639. fol.) Tom. I. Lib. X. Tit. 57. nr. 7. — 15. pag. 566. seq. den *DONELLUS* gründlich widerlegt. Unter den neuern nenne ich vorzüglich *Luc. van. de POLL* de exheredatione et praeteritione (Ultrajecti 1712. 4.) Cap. LXII. §. 17. p. 452. seqq. *Ant. SCHULTING* in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2. *Carl Adolph Braun* von der infamia facti. (in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 33. 38. u. 50. (*Sam. de GOCCEJI* in iure civ. controuv. h. t. Qu. 9. und 10. *Ern. Bern. EMMINGHAUS* ad Eundem c. l. not. n.

die so genannte infamia facti hat nicht diejenigen nachtheiligen Wirkungen, mit welchen die infamia iuris verknüpft ist, sie kann auch eher aufgehoben werden, als die letztere. Daher wird auch nur diejenige Ehrlosigkeit, welche die Rechtsgelehrten infamiam iuris nennen, mit dem eigentlichen Namen *infamia* in den Gesetzen belegt. Daß aber dessen ungeachtet die römischen Gesetze, außer der infamia iuris oder der eigentlich sogenannten *infamia*, noch eine andere Art der Ehrlosigkeit annehmen, welche aus einem schändlichen und mit dem Wohle des Staats streitenden Lebenswandel entsteht, und auch derselben rechtliche Wirkungen belegen, wenn sie gleich solche nicht gerade mit dem Namen einer infamiae facti belegen, läßt sich aus mehreren Stellen des römischen Gesetzbuchs erweisen. So sagt erstlich Julianus⁹⁹⁾ von denen, welche actione doli oder iniuriarum belangt worden, allein per procuratorem litigirt haben: licet verbis Edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam. Es würde ferner eine höchst auffallende Tautologie in der Verordnung des Kaisers Constantin des Großen seyn, wo es heißt¹⁰⁰⁾: Neque famosis neque notatis, et quos scelus, aut vitae turpitudine inquinat, et quos infamia ab honestorum coetu segregat, dignitatis portae patebunt, wenn man sie bloß von denjenigen erklären wollte, die mit einer infamia iuris behaftet sind. Eben dieser Kaiser unterscheidet an einem andern Orte¹⁾ infamiam und turpi-

99) L. 2. D. de obsequiis parent. et patron. praestand.

100) L. 2. Cod. de Dignitatibus.

1) L. 27. Cod. de inoff. testam.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

turpitudinem von einander, legt jedoch den letztern eben die Wirkung bey, daß wenn man eine solche schändliche Person im Testamente seinem Bruder vorgezogen, dem Uebergangenen die *querela inofficiosi* gegen ein solches Testament zu stehen solle. Auf gleiche Weise machen die Geseze einen Unterschied zwischen solchen Handlungen, welche im eigentlichen Verstande infamiren, und solchen, *quibus pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari* ²⁾, oder wie sie auch zu sagen pflegen: *quae pudorem tantum sugillant* ³⁾. Daß endlich die Geseze in solchen Fällen, wo sie auch keine Infamie insbesondere verordnet haben, dennoch wenigstens die Verachtung nicht mißbilligen, welche diejenigen nach dem Urtheil rechtschaffener und verständiger Leute verdienen, die sich durch natürlich schändliche Handlungen der bürgerlichen Achtung, und der damit verknüpften Vortheile, unwürdig gemacht haben, beweisen noch insonderheit folgende Geseze. So rescribiren erstlich die *Kr. Diocletian* und *Maximian* ⁴⁾: *Eti libidine intemperatae cupiditatis ex actorum lectione exarsisse te cognitum est; tamen cum ancillas compressisse, non liberas stupraste, detectum sit, ex huiusmodi sententia gravatam potius opinionem tuam, quam infamia adflictam esse, manifestum est; und Kr. Alexander* ⁵⁾ sagt: *Ea, quae pater, testamento suo filios increpans, scripsit, infames quidem filios iure non faciunt, sed apud bonos et graves opinionem eius, qui patri displicuit, onerant.* Endlich lehrt auch *Callistratus* ⁶⁾, daß

2) *L. 20. D. h. t.*

3) *L. 10. §. 12. D. de in ius vocando.*

4) *L. 25. Cod. ad L. Iul. de adulter.*

5) *L. 13. Cod. Ex. quib. caus. infam. irrogat.*

6) *L. 3. pr. D. de Testibus.*

daß bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorzüglich darauf gesehen werden solle, an *honestae*, et *inculpatae vitae*, an vero *notatus quis*, et *reprehensibilis sit*. Kann man nun von solchen Menschen, quos vitae turpitudine inquinat, et quorum opinio apud bonos honestosque gravata est viros, und welche die Gesetze dennoch von denen, qui infames iure habentur, unterscheiden, nicht wohl sagen, daß sie homines integrae existimationis sind, wofür man sie doch halten mußte, wenn man die infamiam iuris nur für die einzige Art der Ehrlosigkeit halten wollte; genießen ferner solche Menschen auch wirklich nicht mehr die vollkommenen Rechte und Vorzüge eines guten Namens, da sie nach Maßgabe der angeführten Gesetze von Ehrenstellen ausgeschlossen seyn 7), und Geschwörlern im Testa-

R 2

ment

7) Man pflegt zwar dieser Behauptung die *L. 12. D. de decurion.* entgegen zu setzen, wo gesagt wird, daß auch sogar diejenigen, welche eines Polizeyvergehens wegen von den Plebejern gezeiselt worden sind, dennoch vom Decurionate und andern Municipälämtern nicht auszuschließen wären. Allein es wird doch ersichtlich in der angeführten Stelle ausdrücklich gesagt: *inhonestum tamen esse, huiusmodi personas, flagellorum ictibus subiectas, in ordinem recipi: et maxime in iis civitatibus, quae copiam virorum honestorum habent.* Sodann war es auch nöthig, in Ansehung des Decurionats und der übrigen öffentlichen Ämter in den Municipien eine Ausnahme zu machen. Denn diese Ämter waren überaus lästig, so daß sich niemand gern darum bewarb, der nicht entweder ein solches Amt übernehmen mußte, oder sonst gewisse Vortheile dadurch zu erlangen suchte. Daher stand sogar Plebejern, Juden und Ungelehrten der Weg zu solchen Ämtern offen. In dieser Rücksicht waren also auch diejenigen nicht auszuschließen, welche nicht förmlich für infam erklärt worden, sondern sich

nur

ment nicht vorgezogen werden sollen, auch kein vollgültiges Zeugniß ablegen können; so muß es doch wohl, auſſer der infamia iuris, noch eine andere Art der Ehrloſigkeit geben, welche die Rechtsgelehrten *infamiam facti* zu nennen pflegen. Beſtünde dieſe freylich nur in ſchwankenden Meinungen des Publicums, und wäre ſie wirklich von keinen weiteren rechtlichen Folgen, wie diejenigen behaupten wollten, die ſelbige verwerffen; ſo würde ich ihnen beizutreten kein Bedenken tragen. Allein darin liegt eben der Fehler, daß man ſich von der infamia facti eine ganz andere Vorſtellung gemacht hat, als die Geſetze eigentlich damit verbinden. Keineswegs haben die Geſetze die Beurtheilung jener turpitudinis, welche die Rechtsgelehrten infamiam facti nennen, der bloß willkührlichen Entſcheidung des Publicums unterworfen. Nein, ſo lang die Römer Cenſoren hatten, überließ man es ihrem Urtheil, welche Untugenden an ihren Bürgern mit einer öffentlichen Rüge und Beſchimpfung belegt zu werden verdienten. Man pflegte daher nur die erſahrenſten, redlichſten, und tugendhafteſten Männer an dieſen Poſten zu ſtellen.

nur durch eine erlittene Ausgeiſelung einmal eine öffentliche Beſchimpfung zugezogen hatten, wenn man nämlich kein beſſeres Subject zur Beſetzung eines ſolchen Amtes hatte, wie auch die angeführte L. 12. in den Worten: *nam paucitas eorum, qui muneribus publicis (ſcil. in municipiis) fungi debeant, neceſſario etiam hos (ſcil. flagellis caeſos) ad dignitatem municipalem, ſi facultates habeant, invitat*; deutlich zu verſtehen giebt. Man ſehe SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 31. Io. WUNDERLICH in libr. ſing. de legitimatione per oblationem curiae. (Ienae 1759. 4.). §. 4. und Andr. Guil. CRAMER Dispunction. iur. civ. (Suerini et Wiſmar. 1792. 8). Cap. I. pag. 5.

len. (Ob nun gleich eine solche nota censoria weder alle Wirkungen der infamiae iuris gehabt, noch auch, wie Cicero ⁸⁾) sagt, als eine res iudicata angesehen wurde, und daher von den Censoren auch wieder aufgehoben werden konnte; so waren doch die Wirkungen für denjenigen, der von den Censoren war notirt worden, nicht wenig nachtheilig. Ein Senator verlorh Sitz und Stimme im Senate, ein Ritter sein Pferd, welches er vom Staat erhalten hatte. Bey Schauspielen mußte der Notirte unter dem Pöbel sitzen, wenn er auch von noch so vornehmen Stande war. Niemand vertraute ihm die Vormundschaft über seine Kinder an. Zuweilen wurde der Notirte nur für einen aerarius erklärt, d. i. man schätzte zur Strafe sein Vermögen höher, als es seyn sollte, so daß er nun auch mehr Tribut bezahlen mußte; zuweilen wurde er von einem Tribu in den andern versetzt, und dadurch degradirt, zuweilen gar in tabulas Caeritum referirt, und hierdurch seines Stimmrechts auf dem Reichstage beraubt, und was dergleichen Wirkungen mehr waren, wovon vorzüglich Gundling ⁹⁾, Braun ¹⁰⁾ und Alexander Adam ¹¹⁾ nachgesehen werden können. Nun wurde zwar das Amt der Censoren in der Folge auf-

R 3

ge-

8) Orat. pro A. Cluentio. Cap. 42.

9) Von den röm. Schatz- und Zuchtmeistern oder Censoribus (in Gundlingianis XVI. Stück. Nr. I.)

10) Von dem römischen Zuchtmeisteramte, und der daraus fließenden Anrüchtheit; (in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. XXXVIII.)

11) Handbuch der römischen Alterthümer aus dem Englischen übersetzt vom H. M. Meyer 1. Band. (Erlangen 1794. 8.) S. 232. folg.

gehoben, aber damit keinesweges die Beurtheilung der Handlungen, welche den guten Namen schmälern, und eine Verachtung nach sich ziehen, bloß der willkürlichen Entscheidung des Publikums unterworfen. Nein, die Geseze erfordern solche *facta turpia*, quae *apud bonos et graves viros* wie Kr. Alexander¹²⁾ sich ausdrückt, *existimationem onerant*. Der Richter muß also darüber entscheiden, wenn die Sache zur Sprache kommt, ob Jemand wirklich sich so schimpflich aufgeführt habe, daß er derjenigen Vortheile des guten Namens für unwürdig zu achten sey, von denen gerade die Frage ist. Auf solche Art läßt sich also die *infamia facti* als eine von der *infamia iuris* unterschiedene Art der Ehrlosigkeit, nach der Meinung der meisten Rechtsgelehrten¹³⁾, allerdings rechtfertigen. Sie unterscheidet sich übrigens von der *Infamia iuris* besonders darin, daß hier nicht ein *factum* in specie mit der Ehrlosigkeit belegt wird, sondern nur solche Handlungen überhaupt, die schon von Natur schändlich sind, und daneben auch mit dem Wohl der

12) L. 13. C. *Ex quib. caus. infam. irrog.*

13) Außer den bereits oben angeführten Rechtsgelehrten wird die *infamia facti* noch von folgenden angenommen: 10. SCHILTER in *Praxi iur. Rom. Exerc. X. §. 25.* STRAUCH in *Dissert. ad ius Iustinianum. Diss. XXIX. §. 29.* STRUV in *Syntagm. iur. civ. Exercit. VII. Th. 17.* MÜLLER ad *Eundem c. l. Not. a.* BACHOVIVS ad *Treutlerum T. I. Disp. VIII. Th. IV. Lit. A.* VOET in *Comment. ad Pandect. h. t. §. 3. l. H.* BOEHMER in *introduc. in ius Digestor. h. t. §. 8.* 10. *Ortw.* WESTENBERG in *Princip. iuris sec. ord. Digestorum h. t. §. 3. et 47.* HOFACKER in *Princip. iuris civ. Rom. germ. Tom. I. §. 319.* HÖPFSNER im *Commentar über die Institutionen §. 62. Not. 13. und Lud. God. MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 35.*

der bürgerlichen Gesellschaft streiten, die bürgerliche Achtung mindern. Sie hat daher jederzeit eine von den bürgerlichen Gesetzen im Allgemeinen bestätigte infamia naturalis zum Grunde, dahingegen eine infamia iuris auch solche Handlungen betreffen kann, welche von Natur nicht schändlich sind, wie z. B. wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs ohne Dispensation zur andern Ehe schreitet. Endlich ist auch die infamia facti mit weniger nachtheiligen Folgen, als die infamia iuris, verknüpft.

§. 377.

In wiefern infamirt die Strafe? Erläuterung der *L. 22. D. h. t.* in Verbindung mit der *L. 10. §. 2. D. de poen.*

Aus dem vorigen ergibt sich nun also, 1) daß eine irrige Volksmeinung niemanden ehrlos machen könne, wenn er sich nicht einer solchen unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat, welche entweder nach bürgerlichen oder nach natürlichen Gesetzen die Infamie nach sich zieht. Eben so gewiß ist es auch, 2) daß eigentlich nicht die Strafe an sich, sondern deren Veranlassung, nämlich das Verbrechen, infamire. *Ictus fustium*, sagt die *L. 22. D. h. t.* infamiam non importat, sed causa, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quae infamiam damnato irrogat*). In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est. Zur Erläuterung dieser Stelle muß ich bemerken, daß sie in der Ueberschrift dem Marcellus zugeeignet wird, aus dessen *Lib. II. Publicorum sc. iudiciorum*) selbige genommen seyn soll. Allein da von diesen

R 4

libris

*) Hiermit stimmt auch überein *L. 14. C. Ex quib. caus. infam. irrog.*

libris Publicorum des Marcellus sonst nirgends etwas vorkommt, solche auch in dem *Indice Pandectarum Florentino* nicht erwähnt werden, so ist die Ueberschrift der angeführten *L. 22.* allem Ansehen nach nicht ächt. Ich bin daher geneigt, jene Stelle mit Meinard Tydemann¹⁴⁾ vielmehr dem Aemilius Macer zuzueignen, von welchem in dem *Indice Pandectarum Florentino* *Παβλικῶν Συβλινὰ δυο* angeführt werden. Dieß ist besonders darum sehr wahrscheinlich, weil aus dem zweiten Buche der *Publicorum* des Aemilius Macer mehrere Fragmente in den *Pandecten* befindlich sind, die von der Ehrlosigkeit handeln¹⁵⁾; und es ist auch sonst gar nichts ungewöhnliches, daß Macer mit dem Marcellus confundirt wird¹⁶⁾.

Ja

- 14) *Diss. de Lucii Ulpii Marcelli ICTi vita et scriptis. Traj. ad Rhen. 1762. Sect. II. Cap. II. §. 2.* (in *Ger. OELRICHS Thesau- ro novo Dissert. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 73. seq.*)
- 15) Man sehe *L. 63. D. de furt. L. 40. D. de iniur. L. 4. D. de praevaricat. L. 7. D. de public. iudic. L. 8. D. de accusat. u. L. 10. D. de poenis*, in *Alb. WIELING iurisprud. re- situta. pag. 97.*
- 16) So z. B. wird in der Haloandrinischen Ausgabe die *L. 8. D. de sepulcro viol.* ganz irrig dem Marcellus zugeschrie- ben, die doch aus des AEMIL. MACRI *libr. I. Publicorum* ge- nommen ist. Eben so unrichtig ist es, wenn die Ausgabe des Petrus ab AREA RAUDOZA GESTIUS in der Ueberschrift der *L. 10. D. de poenis: MARCELLUS lib. 2. de publicis indicis*, liefert. Besonders ist die Vermischung der beiden Namen Ma- cer und Marcellus in den *libris Basilicis* sehr gewöhn- lich, wie Io. van NISSEN in *Diss. de sepulcro violato. Cap. XXVI. §. 5. nr. 13.* gezeigt hat. Mehrere Beispiele von dieser Na- menverwechselung findet man bey TYDEMANN in *cit. Dissert. Sect. I. Cap. VIII. §. 5.*

Ja es findet sich unter den Fragmenten, die aus dem zweyten Buche der *Publicorum* des *Nemilius Macer* entlehnt sind, eins, nämlich die *L. 10. D. de poenis*, mit welchem unsere *L. 22. D. h. t.* einen unmittelbaren Zusammenhang zu haben scheint, so daß beyde aller Wahrscheinlichkeit nach zusammen gehört haben. Hier heißt es nun §. 2. *L. 10. cit.*: In personis tam plebejorum quam Decurionum illud constitutum est, ut qui maiori poena afficitur, quam legibus statuta est, infamis non fiat: ergo et si opere temporario quis multatus sit, vel tantum fustibus caesus, licet in actione famosa, veluti furti; dicendum erit, infamem non esse, quia et solus fustium ictus gravior est, quam pecuniaria damnatio. Verbindet man mit dieser Stelle die *L. 22.* so läßt sich folgender ganz richtiger Sinn bestimmen. Es ist, sagt *Macer*, bey den Decurionen sowohl als den Plebejern in den Municipien besondern Rechts, daß wenn sie einer infamirenden Handlung wegen härter bestraft worden sind, als das Gesetz will, ihnen die sonst verdiente Ehrlosigkeit nachgelassen wird. Man sehe also, ein solcher Municipal- unterthan sey eines begangenen Diebstahls wegen auf Befehl des Präses fustigirt worden, da er doch den Rechten nach nur mit einer Geldstrafe hätte belegt werden sollen, so wird er nun nicht infam. Warum? Erstlich, weil das Verbrechen, was die Infamie wirkte, nun nicht mehr vorhanden ist, wenn der Verbrecher deswegen schwerer bestraft worden, als er es verdiente, da er nun schon so viel ausgestanden hat, als die Folgen der Ehrlosigkeit betragen. Zweytens, weil die Strafe an sich, und auch selbst die Fustigation, nicht infamirt, sondern die Veranlassung derselben, nämlich das Verbrechen, weßwegen einer die

Estrafe verdient hat. Wird nun also Jemand härter gestraft, als er es verdient hat, so fehlt es an dem Grunde der Infamie, folglich kann sie aus der Estrafe allein nicht entstehen¹⁷⁾. Hier ist nun zwar zwischen beyden Stellen der allergeauueste Zusammenhang, indessen berechtigt uns denn doch dieß noch nicht zu dem Ariom, welches unser Verf. hieraus herleiten will, *quod scilicet*, um seine eigene Worte in der Not. I. zu gebrauchen, *poena corporalis iusto gravior famam alicui conservet, quasi hac ratione de fama esset transactum*. Ich weiß zwar wohl, daß dieß eine gemeine Meinung der Rechtsgelehrten ist, welche von sehr vielen behauptet wird, als ob der Richter die vom Verbrecher verdiente Ehrlosigkeit dadurch nachlassen könne, daß er auf eine härtere, als die gesetzliche, Estrafe erkennt¹⁸⁾. Man beruft sich, ausser jener L. 10. §. 2. D. de

- 17) Erklärt man auf diese Art die L. 22. D. h. r. in Verbindung mit der L. 10. §. 2. D. de poen. so ergiebt sich, daß sie CORASIUS Miscellaneor iur. Lib. I. cap. XVI. §. 5. ganz unrichtig verstanden habe, wenn er sagt: daß nach der L. 22. die Fustigation alsdann infamire, wenn sie Jemand eines infamirenden Verbrechens wegen erlitten habe. Z. B. wenn Jemand eines Diebstahls wegen fustigirt worden sey. Diese Erklärung ist der L. 10. cit. offenbar zuwider. Es kommt hier vorzüglich auf die Worte an: *causa, propter quam id pari MERUIT*, welche CORASIUS nicht gehörig erklärt hat. Diese Worte wollen soviel sagen, daß das delictum ein solches seyn müsse, cui fustium poena per leges est praestituta. Ein solches Verbrechen ist aber nach röm. Rechten der Diebstahl nicht.
- 18) Ferd. Christph. HARPPRECHT Diss. de infamiae dispensatione, quae sit per poenae aggravationem. (in eius Dissertation. academ. Vol. I. Disp. XI. pag. 402. seqq. DONAUER Diss. de transactione legis cum delictorum reis de exstimatione, quae sit

D. de poenis, die ich schon erklärt habe, noch auf einige andere Stellen des römischen Rechts, wo gesagt wird, daß die Erkennung und Uebernehmung einer härtern Strafe gleichsam als ein Vergleich zu betrachten sey, der zur Schonung der bürgerlichen Ehre zwischen dem Richter und dem Delinquenten sey geschlossen worden¹⁹⁾. Allein diese Meinung

fit per aggravationem poenae. *Altorf*, 1697. *Ant.* MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. XVIII. Cap. 3. num. 12. VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 5. Iac. LECTIUS ad *Aemilium Macrum* de publicis iudiciis, (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 95.) *Quistorps* Grundsätze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 100. KOCH Institut. iur. crim. §. 176. Westphals Criminalrecht, Anmerk. 28. §. 4. PÜTTMANN Elem. iuris crim. §. 76. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 324. *Danz* Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 303. u. a. m.

- 19) *L. 13. §. 7. D. h. t.* Poena gravior ultra legem imposita, existimationem conservat, ut et constitutum est et responsum: utputa si eum, qui parte bonorum multari debuit, PRAESES relegaverit, dicendum erit, *duriori sententia cum eo transactum de existimatione eius: idcircoque non esse infamem.* — *L. 15. pr. D. ad municipalem.* Ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem regressus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt: *durioribus etenim poenis affectos, ignominia, velut transacto negotio, postea liberari.* — *L. 5. D. de decurionib.* Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat, in perpetuum moveri placuit: *ad tempus autem exulare iussos ex crimine leviori, velut transacto negotio, non esse inter infames habendos* — *L. 4. Cod. Ex quib. caus. infam. irrogat.* Si Posidonium in tempus anni relegatum, sententiam non excessisse Proconsulis probaveris, quinque annis exilio

nung läßt sich in der Theorie nicht rechtfertigen. Denn 1) sprechen alle die angeführten Gesetze offenbar nicht von einem Rechte

exilio temporali damnandum, inter infames haberi non oportet; quoniam sententiae severitas cum caeteris damnis transigere videtur. Das letztere Gesetz ist etwas dunkel. Man glaubt insgemein, daß man, statt *relegatum*, vielmehr *relegandum*, und hernach, statt *damnandum*, vielmehr *damnatum* lesen müsse. So lesen Accursius, Cujas ad L. 1. C. de his, qui in exil. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. BACHOVIVS ad τὰ Προτὰ pag. 764. Nic. ANTONIVS de Exilio Lib II cap. 2. §. 5. (in Tom. III. Thef. Meermann.) WISENBACH Exercit. ad Pand. Disput. XI. §. 27. Andr. SCHULTING Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 9. TYDEMANN cit. Diss. Sect. II. cap. 2. §. 2. Not. 5. u. a. m. Allein mit Recht hat Andr. Guil. CRAMER in Disputation. iur. civ. libro sing. Cap. 1. pag. 3. seqq. diese Emendation verworfen. Folgender Fall, welchen THALELAEUS in Scholio ad dict. L. 4. Cod. aus den Commentaren des HEROIS PATRICII anführt, wird den besten Aufschluß geben. Postdonius, ein Decurio, war eines infamirenden Verbrechens wegen, vielleicht wegen einer begangenen Injurie, statt einer sonst nur verwirkten Geldstrafe, auf ein Jahr relegirt worden. Postdonius weigerte sich, dem Urtheil des Proconsuls Folge zu leisten. Er verließ also die Provinz nicht, wie ihm doch war auferlegt worden. Der Proconsul berichtet deßfalls an den Kaiser, wie in solchen Fällen gewöhnlich war, (L. 27. §. 1. D. de poen.) und fragt zugleich an, wie es wegen der verwirkten Ehrlosigkeit zu halten sey. Die Kaiser Severus und Antoninus rescribiren hierauf, daß Postdonius zwar wegen seiner Widerspenstigkeit nun, statt eines Jahres, auf fünf Jahre zu relegiren sey, jedoch da er hierdurch eine härtere Strafe leide, als die sonst gewöhnliche ist, die eigentlich nur in einer Geldbuße bestanden hätte, so solle ihm deßwegen die Ehrlosigkeit, die er sonst verwirkt haben würde, geschenkt seyn.

Rechte des Richters, vermöge welchen er auf eine härtere Strafe, statt der gesetzlichen Ahndung, erkennen, und dadurch dem Verbrecher die verdiente Ehrlosigkeit nachlassen könne; sondern sie bestimmen nur, was in dem Falle Rechts seyn solle, wenn der Richter einen Verbrecher härter gestraft hätte, als das Gesetz verordnet. In diesem Falle wollen sie, daß man, um den Fehler des Richters wieder gut zu machen, die Sache gleichsam als einen Vergleich betrachte, und da der Verbrecher schon mehr ausgestanden, als er verdient hat, so soll er dadurch entschädiget werden, daß ihm die Ehrlosigkeit, die sonst das begangene Verbrechen wirken würde, nachgelassen wird²⁰⁾. 2) Enthalten auch jene Gesetze keine allgemeine Regel, sondern reden durchaus nur von dem Proconsul oder dem Präses der Provinz, wenn solcher einen Decurio oder sonst einen Municipalbürger härter gestraft hatte, als das Gesetz wollte. Hier trat ein besonderer Grund ein, warum solchen Personen durch eine erlittene härtere Strafe die sonst verdiente Ehrlosigkeit nachgelassen wurde, dieser lag in der besondern Beschaffenheit der öffentlichen Municipalämter. Denn da solche Stellen, wegen der damit verknüpften vielen Lasten, schwer wieder zu besetzen waren, so mußte man freylich die Decurionen, wenn sie etwas begingen, was ihrer Ehre nachtheilig war, möglichst zu schonen suchen; und dieß war auch bey denen nöthig, die aus den Plebejern zum Decurionat Lust und Fähigkeit zeigten, weil auch Plebejer zu solchen Chargen gelangen konnten²¹⁾. Dieß paßt nun aber weder auf andere römische Unter-

20) Man vergleiche hier vorzüglich Kleinschrodt's systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 129.

21) Man sehe hier die Note 7. zum vorigen Paragraph.

terthanen, als gerade auf Municipalen, noch auf andere römische Magistratspersonen, als auf Proconsules und Präfecten der Provinzen²²⁾, und kann daher auch auf unsere heutigen Richter um so weniger angewendet werden, da nicht einmal ein römischer Präfect, ausser jenem Falle, wo man ihm zur Schonung der Ehre der Decurionen nachsah, befugt war, die Infamie, die aus einem Verbrechen entspringt, nachzulassen²³⁾. Dessen ungeachtet nimmt doch die Praxis, auf die Glossen gestützt, jene irrige Meinung an, 1) weil man es für billig hält, daß man einem Menschen, soviel nur möglich ist, seine bürgerliche Ehre zu erhalten suche; und dann 2) weil doch der Grund jener Gesetze ganz allgemein ist, quod scilicet duriori sententia quasi transactum sit de existimatione²⁴⁾. Es wird nun zwar in diesen Gesetzen

aus-

22) Vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Prof. Eramers angeführte Disputationes iuris civ. Cap. I.

23) L. 63. D. de furtis. Non poterit Praefes efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia. Auch diese Stelle ist aus des MACRI Lib. II. Publicorum Iudiciorum genommen und daher mit der L. 10. D. de poenis zu verbinden. Man sehe GERNOODT Commentar. ad Pandect. h. t. (Oper Tom. II. pag. 78. Iac. LECTIUS ad Aemil. Marcum de publicis iudiciis h. L. (Tom I. Thef. Otton. pag. 94. seq.) und POTHIER Pandect. Justinian. h. t. Nr. XIII. Pag. 99.

24) Diese Praxis bezeugen COCCHEI Tom. III. Resp. 50. nr. 5. Consil. Tubingens. Vol. IV. Conf. 224. nr. 12. seqq. BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. pag. 53. (edit. Winckler.) STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 12. a WERNIER Select. Observat. for. Tom. I. Part. V. Observat. 151. n. 3. seqq. pag. 1066. und STRUBEN in den rechtlichen Bedenken 3. Th. Bed. 22. S. 107. folg.

ausdrücklich erfordert, daß die auferlegte härtere Strafe keine Geldstrafe seyn dürfe²⁵⁾; daher sich auch wohl erklären läßt, warum unser Verfasser sagt: *poena corporalis iusto gravior famam conservat*. Allein da jene Gesetze bloß von einer Privatgeldstrafe reden, die nach dem röm. Rechte dem Kläger zu Theil wurde, und wodurch also freilich dem Staate selbst kein Genüge geschähe²⁶⁾; so geht die Praxis über jene gesetzliche Einschränkung um so mehr hinaus, je weniger heutiges Tages dergleichen Privatstrafen statt finden, als in den angeführten Gesetzen vorausgesetzt werden.

Wenn oben *Memilius Macer*, um noch einmal auf diesen zurück zu kommen, sagte, daß nicht die Strafe an sich, sondern deren Veranlassung, nämlich das Verbrechen, welches die Strafe verdient hat, infamire, und daß dieß nicht bloß von der Justigation, sondern auch von allen übrigen Arten der Strafen gelte²⁷⁾; so scheint ihm zwar *Cal-*
listra

25) So sagt unter andern *L. 13. §. 7. in fin. D. h. t.* Sed si in causa furti nec manifesti in quadruplum iudex condemnavit: oneratum quidem reum poena aucta, (nam ex furto non manifesto in duplum conveniri debuit); verum hanc rem existimationem ei non conservasse, quamvis, si poena non pecuniaria eum onerasset, transactum cum eo videtur.

26) *S. DONELLUS* in commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. pag. 1032. und *Franc. de AMAYA* in Commentar. in tres poster. libros Codicis T. I. Lib. X. Tit. 57. n. 25. pag. 569.

27) *Ant. FABER* in Rational. ad *L. 22. D. h. t.* will zwar die Worte: *In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est*, für ein Emblem des *Tribonianus* halten; allein ohne hinreichenden Grund, wie schon *BACHOVIVS* in Comm. ad *τὰ Νομικὰ* pag 764. gegen *Faber* erinnert hat.

litratus zu widersprechen, welcher in der L. 5. §. 2. D. de extraord. cognit. mehrere Strafen nennt, und von ihnen sagt, daß durch sie Ehrlosigkeit bewirkt werde. Allein dieser Widerspruch ist leicht zu heben; es folgt nämlich noch nicht daraus, daß die vom Callistratus angeführten Strafen schon an sich infamirt hätten; nein, sondern der Jurist muß so verstanden werden, daß unter andern die Ehrlosigkeit aus solchen Verbrechen entspringe, welche die von ihm genannten Strafen nach sich ziehen ²⁸⁾).

Das teutsche Reich stellt jedoch ganz andere Grundsätze auf. Nach diesem kann die Ehrlosigkeit auch Folge der erlittenen Strafe seyn. Denn alle Criminalstrafen infamiren nach heutigen Rechten, welche durch des Schinders Hand an der Person des Verbrechers, oder an seinem Bildnisse vollzogen werden ²⁹⁾. Zu diesen gehört nun heutiges Tages auch der Staupenschlag, weil er vom Scharfrichters Knechte vollzogen wird ³⁰⁾. Der Grund hiervon liegt hauptsächlich darin, da die Teutschen viel zu roh und sinnlich waren, als

28) *Jul. PACIUS EVANTIO* *Φανών* f. Legum Conciliatar. Centur II. Qu. 29. und *H. Hofr. Kleinschrob* in der angef. system. Entwicklung der Grundbegriffe des peinl. Rechts 3. Th. §. 83. S. 145.

29) *S. Seip* von dem Unterschiede der ehrenrührigen Strafen nach römischen und teutschen Rechten. *Lacretelle* über die ehrlosmachenden Strafen; und *Rundens* Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 303.

30) von *Quistorp* Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 77. *Not. f. Kleins* Grundsätze des peinl. Rechts §. 87. *Not. a. Stelzer's* Lehrbuch des teutschen Criminalrechts §. 191.

als daß sie aus dem Verbrechen selbst die Ehrlosigkeit und Schande hätten ableiten sollen; so nahmen sie Kränkungen der Ehre nur denn an, wenn sie durch öffentliche Bestrafung auf eine sinnliche Art überzeugt wurden, daß der Missethäter sich wirklich seiner Ehre verlustig gemacht habe³¹⁾. Diesem zu Folge behauptet man daher in Praxi, daß wenn Jemand wegen eines solchen Verbrechens, welches sonst den Rechten nach infamirt, nicht auch mit einer schimpflichen Leibesstrafe, sondern nur mit Gefängniß, oder gar nur mit einer Geldstrafe belegt worden, derselbe keinesweges für ehrlos zu halten sey³²⁾.

§. 378.

Einteilung der Infamie in die mittelbare
und unmittelbare.

Nach dem röm. Rechte ist die infamia iuris wieder von zweyerley Art, entweder eine unmittelbare oder mittelbare. Hat nämlich das Gesetz die Infamie mit einer gewissen Handlung dergestalt unmittelbar verbunden, daß

31) Siehe Kleinschrods syst. Entwicklung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 3. Th. §. 88.

32) Man vergleiche THOMASIIUS Diss. an poenae viventium, eos infamantes, sint absurdae et abrogandae §. 37. u. §. 45. — 47. REINHARTH select. Observat. ad Christianaeum. Vol. I. Obf. 8. pag. 13. de BOEHMER Meditation. ad Art. CX. Const. Crim. Carolinae §. 3. Ge. Lud. BOEHMERI Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. Goett. 1751. §. 8. pag. 14. und Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 77. Not. i. Man sehe jedoch, was STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 13. de COCCEJI in iure civ. controuv. h. t. Qu. 4. und EMMINGHAUS ad Eundem not h. dagegen erinnert haben. Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th. §.

daß nach Vorschrift desselben die Wirkungen der Ehrlosigkeit eintreten sollen, sobald die Handlung zur Wirklichkeit gebracht worden ist, ohne daß deswegen ein richterliches Erkenntniß erfordert wird, oder doch wenigstens die Wirkung desselben auf den Zeitpunkt des begangenen Verbrechens zurückgerechnet werden muß, so heißt die Infamie eine unmittelbare. Wenn hingegen die Ehrlosigkeit, mit welcher die Gesetze eine gewisse Handlung belegt haben, nach Vorschrift derselben erst dann von Wirkung ist, wenn der Urheber derselben deswegen entweder durch ein competentes richterliches Erkenntniß zur verdienten Strafe verurtheilt worden, oder sonst überwiesen ist, daß er sich deshalb verglichen, und zur Abwendung der Anklage Geld oder Geldeswerth gegeben habe, so wird eine solche Infamie eine mittelbare genannt. Diese Eintheilung, welche von den berühmtesten Civilisten³³⁾ angenommen wird, wollen zwar einige neuere Rechtsgelehrten³⁴⁾ verwerfen. Sie glauben, daß

33) S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 7. et 8. Franc. de AMAYA in Comment. ad lib. X. Cod. Tit. de infamibus. nr. 26. seqq. pag. 569. Ant. MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. n. 6. Ge. FRANTZKIUS in Commentar. ad Pand. h. t. n. 6. 7. et 8. VOET h. t. §. 1. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 3. seqq. WESTENBERG in Digestis h. t. §. 25. seqq. Ge. Lud. BOEHMER in Diss. de querela inoff. donationis fratrum §. 7. et 8. u. a. m.

34) Kleinschrod in der systemat. Entwicklung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 84. EINERT Diss. praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere infamiae speciem. §. 7. und Danz im Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 3. Band. §. 301. C. 60.

daß es keine unmittelbare Infamie gebe, sondern daß allezeit ein Urtheil des Richters dazu nöthig sey, wenn Jemand für ehrlos gehalten werden solle. Allein ihre Gründe überzeugen mich von dem Ungrunde dieser Eintheilung noch nicht. Daß 1) nach dem röm. Rechte nicht überall ein richterliches Erkenntniß erfordert werde, wenn die Wirkung der Infamie eintreten soll, lehren uns die Kaiser *Valerianus* und *Gallienus* ganz deutlich, wenn sie sagen³⁵⁾: *Noni damnatos quidem duntaxat iniuriae*, sed et *pactos quoque perpetuum Edictum infamat*³⁶⁾. Verum *pactos* eos demum, qui ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent, in hac causa placuit intelligi³⁷⁾. Caeterum simplex eius rei gratia³⁸⁾ integram pacti³⁹⁾ existimationem illibatamque conservat. Nach diesem Gesetze sollen also nicht bloß diejenigen ehrlos seyn, welche einer infamirenden Handlung wegen verurtheilt worden sind, sondern auch diejenigen, welche sich deswegen außsergerichtlich verglichen haben, nämlich wenn sie Geld gegeben, daß man sie nicht verklagen solle. Denn man glaubte, sie hätten den Vergleich darum geschlossen, weil sie kein gutes Gewissen hätten, und erklärte sie daher

§ 2

daher

35) L. 18. Cod. Ex quib. caus. infam. irr.

36) Man vergleiche hiermit L. 4. §. 5. D. h. t.

37) Eben so Ulpian L. 6. §. 3. D. h. t.

38) *Simplex gratia* heißt hier eine unendgeltliche Verzeihung. Ulpian sagt a. a. O. Si quis precibus impetravit, ne secum ageretur, so werde er nicht ehrlos, quia alioquin nulla erit veniae ratio: quod est inhumanum.

39) *Pacti*, id est. eius, qui pactus est. C. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XI. Not. n. pag. 98.

daher geradezu für geständig und überwiesen⁴⁰⁾. Man hielt also in diesem Falle ein richterliches Erkenntniß um so weniger für nöthig, weil, wie Paulus⁴¹⁾ sagt, den Geständigen gleichsam schon sein eignes Urtheil verdammt. 2) Kann es wohl nicht gleichviel seyn, wenn die Gesetze in einigen Fällen so ganz bestimmt sagen, daß das Factum allein zur Ehrlosigkeit nicht hinreichend seyn solle, wenn nicht der Schuldige deswegen verurtheilt worden; in andern Fällen hingegen die Infamie bloß mit der Handlung selbst verbunden, ohne dabey etwas von dem richterlichen Urtheil zu erwähnen, ja wohl gar ausdrücklich sagen, daß das Factum, und nicht die Sentenz, ehrlos mache. So z. B. erklärt das Gesetz denjenigen für ehrlos, qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse indicatus erit⁴²⁾, und Ulpian⁴³⁾ bemerkt hierbey zur Erläuterung, daß ein peinigender Ankläger, der sich einer Calumnie oder Prävarication schuldig gemacht, nur dann erst für ehrlos zu halten sey, si fuerit calumniae causa damnatus; neque enim sufficit calumniatum. Dagegen sagt das Gesetz schlechthin, wer Hurenwirthschaft treibt, (qui lenocinium fecerit), soll infam seyn⁴⁴⁾, und Ulpian, welcher in jenem Falle einer begangenen Prävarication so genau bestimmte, wenn die Wirkung der Ehrlosigkeit eintrete, erwähnt hier in seinem Commentar von dem richterlichen Urtheile eben so wenig etwas, als das Gesetz selbst, sondern erklärt nur

den

40) L. 5. D. h. t.

41) L. 1. D. de confessis.

42) L. 1. D. h. t.

43) L. 4. §. 4. D. h. t.

44) L. 1. D. h. t.

den Ausdruck *lenocinium facere*⁴⁵⁾, also nur das *Factum* bekümmert ihn hier, welches das Gesetz mit der Ehrlosigkeit belegt. Ja Ulpian unterscheidet an einem andern Orte⁴⁶⁾ ausdrücklich zwischen einer solchen Weibsperson, quae est adulterii damnata, und einer solchen, quae in adulterio deprehensa quidem, damnata autem non sit, und sagt von jener, sie sey ehrlos, *quia publico iudicio damnata est*, aber auch die letztere, quae in adulterio deprehensa tantum sit, erklärt er für infam, welche eben so wenig als jene nach der *Legge Iulia et Papia* weder ein Senator, noch ein anderer freygebohrner Römer heyrathen dürfe⁴⁷⁾; und warum? *quia*, fügt Ulpian hinzu, *factum LEX, non sententiam notaverit*. Zum offenkundigen Beweise, daß eine Weibsperson, welche im Ehebruch betroffen worden, ipso iure infam war, ohne daß ein richterliches Urtheil hierzu erforderlich wurde⁴⁸⁾. Es läßt sich aber auch 3) ein ganz guter Grund angeben, warum einige Handlungen ipso iure infamiren, andere hingegen ein richterliches Erkenntniß erfordern, wenn die Wirkung der Ehrlosigkeit eintreten soll. Denn diejenigen Handlungen, mit welchen die Gesetze selbst und unmittelbar die Ehrlosigkeit verbinden, ohne dabey des richterlichen Urtheils zu erwähnen, sind von der Art, daß sie entweder wegen ihrer Kundbarkeit und Evidenz gar keine weitere Untersuchung erfordern, weil sie z. B. vor den Augen

§ 3 des

45) L. 4. §. 2. D. h. t.

46) L. 43. §. 12. D. de ritu nuptiar.

47) ULPIANUS *Fragm.* Tit. XII. §. 1. (in SCHULTING *iurisprud. Antejust.* pag. 607.)

48) G. Io. Gottl. HEINECCI *Commentarium ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam* Lib. II. Cap. I. §. 13. pag. 134.

des Publikums öffentlich geschahen, wie dieß der Fall bey den römischen Gladiatoren, Schauspielern und solchen war, die unter der Aufsicht der Aedilen öffentliche Bordelle hielten⁴⁹⁾; oder weil man das unerlaubte Factum selbst schon für einen hinlänglichen Beweis einer solchen Untreue annahm, welche die damit verknüpfte Ehrlosigkeit verdiene, wie z. B. bey einem Vormunde, welcher vor abgelegter Rechnung seine Pflegbefohlene geheyrathet hat; oder es sind solche Handlungen, derentwegen weder eine peinliche Anklage, noch eine actio famosa statt findet, wie z. B. bey dem unerlaubten Zinswucher, welchen die röm. Gesetze bekanntlich mit der Ehrlosigkeit bestrafen⁵⁰⁾, obgleich dem Schuldner deswegen nur eine Condictio zustehet⁵¹⁾, die Conditionen aber an sich nicht infamiren, quamvis ex famosis causis pendeant⁵²⁾. Wenn man nun 4) gegen die in Schuß genommene Eintheilung einwenden will, daß keine Strafe unmittelbar aus der That folge, sondern bey allen erst der Richter durch ein Urtheil festsetzen müsse, welche Strafe verwirkt sey, so läßt sich hierauf antworten, daß in dem röm. Rechte dergleichen Fälle gar nicht unbekannt sind, wo die Strafe auf die That unmittelbar folgt; denn man erinnere sich nur z. B. an die Fälle, wo die Confiscation unmittelbar eintritt, und solche daher auch noch gegen die Erben des Delinquenten vollzogen werden kann, wenn gleich derselbe

bey

49) *S. Io. Christ. Gottl. HEINECCIUS ad Edictum aedilitium forum sparsio Cap. I. §. 13.*

50) *L. 20. Cod. Ex quib. caus. infam.*

51) *S. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 7.*

52) *L. 36. D. de obligat. et action.*

bey seinen Lebzeiten noch nicht verurtheilt worden⁵³⁾. Endlich steht unserer Eintheilung auch gar nicht entgegen, daß nach einer gewissen Verordnung der Kaiser **Carinus** und **Numerianus**⁵⁴⁾ nicht einmal ein Interlocut des Richters infamiren soll; denn da ist offenbar von einem solchen Falle die Rede, wo nach ausdrücklicher Verordnung der Gesetze die Wirkung der Infamie von einem richterlichen Definitivurtheil abhängt. Hier sind die Worte selbst: Interlocutio Praefidis, quae indicta est, infamem eum, de quo quaeris, fecisse non videtur, *cum non SPECIALITER ob injuriam vel admissam vim condemnatus sit*, sed ita Praefidis verbis gravatus et admonitus, *ut ad melioris vitae frugem se reformet*. Dieß geht nun wohl unstreitig auf die Worte des Prätorischen Edicts: Infamia notatur, qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, etc. suo nomine DAMNATUS erit⁵⁵⁾.

§ 4

§. 379.

53) L. 14. de publican. et vectigal. Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. Nam, quod commissum est, statim definit eius esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur. Add. L. 22. D. de Scto Silan. Tot. Tit. Pandect. de his, quae ut indign. aufer. Tot. Tit. Si quis aliquem testari prohib. L. 9. D. de iure fisci u. a. m.

54) L. 19 Cod. Ex quib. caus. infam.

55) L. 1. D. h. t. Da diese L. 1. Die Worte des Prätorischen Edicts von der Infamie enthält, und ich mich in der Folge öfters darauf werde beziehen müssen, so will ich hier nur die allgemeine Bemerkung noch machen, daß die Ueberschrift dieser Gesessstelle: **JULIANUS libro primo ad Edictum**, unstreitig corrumpt ist. Denn es ist nicht bekannt, daß **Julian** libros ad Edictum geschrieben habe. Wahrscheinlich ist diese Stelle,

so

§. 379.

Fälle einer unmittelbaren Infamie nach römischen und
deutschen Rechten.

Mit einer unmittelbaren Infamie belegen die römischen
Gesetze

1) Gladiatoren, und Schauspieler. Erstere jedoch nur dann, wenn sie um Lohn fochten. Denn wer ungedungen das Amphitheater betrat, um dem Volke einen Beweis seiner Geschicklichkeit und Erfahrung im Fechten zu geben, ward nicht ehrlos, es wäre denn, daß er hernach statt sich mit der Palme zu begnügen, doch noch den gewöhnlichen Fechterlohn (auctoramentum) angenommen hätte⁵⁶). Ein solcher entgieng der Infamie nicht. Denn so beliebt

so wie die folgenden Leges dieses Titels, aus ULPIANI *libro sexto ad Edictum* entlehnt, wie auch *Iac. LABITTUS* in *Ufu Indicis Pandect. Cap. VI. §. 6. Abr.* WIELING in *Praeterniss. ad Labittum* (Jurisprud. Restitut. Part. II. pag. 230.) *Ant.* SCHULTING ad *πρωτα* h. t. §. 3. *Pet.* BONDAM *Specim. animadversion. crit. cap. 13.* (in OELRICHS *Thes. nov. Diff. Belgicar. Vol. II. T. II. pag. 224.*) und *Io. Bern. KOEHLER* Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 43. bereits bemerkt haben.

56) So sind die Worte der *L. 1. §. 6. D. de postulando* zu verstehen, wo Ulpian sagt: *Eos, qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt, (sc. ut cum bestiis depugnarent) sine mercede, non teneri aiunt veteres; nisi in arena passi sunt se honorari: eos enim puto, notam non evadere.* Denn *honorari se pati* heißt hier nichts anders, als in arena honorarium seu largitionem accipere, wie *Caes. COSTA* in var. ambiguitat. iuris Lib. I. cap. 23. *Chr. Henr. TROTZ* in Memoria propagata Lib. I. Cap. 6. und besonders *Franc. Car. CONRAD* in Progr. hono-

ris

beliebt auch die Fechterspiele bey den Römern waren ⁵⁷⁾, so verachtet waren dennoch die Gladiatoren, und insonderheit die Bestiarien, weil man anfänglich blos Sklaven und verurtheilte Verbrecher dazu bestimmte ⁵⁸⁾. Es war daher für freygebohrne Römer unschicklich und schändlich, bloß aus Gewinnsucht sein Leben um einen geringen Lohn dem Schwerd oder einer wilden Bestie Preis zu geben ⁵⁹⁾. Man hielt dieß für so niederträchtig, daß auch schon derjenige die Ehrlosigkeit sich zuzog, der sich nur zu einem solchen Thiergefechte hatte dinge lassen, wenn er auch nachher wirklich nicht gefochten hatte. ⁶⁰⁾. In keiner größern Achtung

ris in arena se honorari passos infamantis veram rationem exquir. *Helmst.* 1744. aus den *Basilicis*, und des *PHOTII Nomocanone* Tit. XIII. cap. 21. gezeigt haben.

57) *CICERO pro Sextio* cap. 59.

58) *L. 1. §. 1. in fin. D. de aedilit. edicto. L. 31. D. de poenis.* Solche Delinquenten wurden vorher zu einem solchen Thiergefecht eine Zeitlang exercirt; daher sagt man von ihnen, sie wären *ad ludum venatorium* verurtheilt worden. *L. 8. §. 11. D. de poenis.* Man sehe *BRANCHU* *Observation. iur. Rom. Dec. I. Cap. 5.*

59) *MANILIUS Astronom. Lib. IV. v. 314.* sagt von den Gladiatoren: *caput in mortem vendunt, et funus arenae*; und *SENECA* *Epist. 7.* macht eine abschreckende Schilderung von der Grausamkeit dieser Fechterspiele. Uebrigens handeln von den *ludis gladiatoriiis* sehr ausführlich *LIPSIUS de Amphiteatro*, *Adam im Handbuch der röm. Alterthümer 2. Th. S. 610. ff.* und *Mayer in den erläuternden Anmerkungen darüber. S. 622. ff.*

60) *L. 1. §. 6. D. de postul. Qui locavit, solus notatur, sive depugnaverit, sive non. Add. L. 3. §. 5. D. de testib. et conf. Pet. FABRI Semestr. Lib. II. cap. 12, pag. 183. seqq.*

tung standen bey den Römern die Schauspieler, welche *artis ludicrae causa* auf der Bühne erschienen, um das Volk durch Mimen und Pantomimen für Geld zu belustigen. Pantomimen hießen stumme Vorstellungen, in welchen die *Acteurs*, die man von ihrer Kunst ebenfalls *Pantomimos* nannte, alles durch Tanz und Gestikulation, ohne zu reden, ausdrückten. Mimen hingegen waren keine stumme Vorstellungen, sondern die *Acteurs*, die man ebenfalls *Mimos* nannte, suchten mit der Stimme und mit Worten allerhand Charaktere auf eine lächerliche und oft sehr unanständige Weise nachzuahmen⁶¹⁾. Diese Schauspiele auf der Bühne, oder *ludi scenici*, sind keine römische Erfindung, sondern wurden im Jahr der Eib. Roms 340. von den Hetruskern entlehnt⁶²⁾. Daher nannte man auch die Schauspieler von dem thuscischen Worte *hister* i. e. *ludio*, *Histriones*. Man rechnete sie zur niedrigsten Classe des Pöbels, denn die Schauspiele wurden gewöhnlich nur von Ausländern, Freigelassenen, Sklaven und Huren aufgeführt. Kein Wunder, wenn sie der Prätor für ehrlos erklärte⁶³⁾. Die

Jar-

61) Man sehe Oct. FERRARI Diff. de Pantomimis et Mimis, Franc. de AMAYA Observation. iuris Lib. III. Cap. 5. n. 6. seqq. NOOTD in Commentar. ad Dig. h. t. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. I. § 7. pag. 122. seqq. und Aldam im angef. Handbuch. 2. Band. S. 635. ff.

62) VALERIUS MAXIMUS Lib. VII. Cap. 7. §. 6.

63) Die Worte des Prätors in der L. 1. D. h. t. Qui artis ludicrae, pronunciandive causa, in scenam prodierit, erklären sich nun aus dem, was ich von Mimen und Pantomimen gesagt habe. Man verbinde damit noch L. 2. §. 5. D. h. t. und L. 4. D. de accusat. Siehe auch noch Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theodof. de Usu sellarum Tom. V. pag. 456.

Farzen, die sie vorstellten, waren oft so obscen, so voll von Zoten, daß sogar unter der sonst sittenlosen Regierung des Tiberius ein Verbot ergieng, daß kein Senator die Häuser der Pantomimenspieler besuchen, und kein Ritter sie auf den Strassen begleiten sollte⁶⁴). Merkwürdig ist es jedoch, daß derjenige noch nicht für ehrlos gehalten wurde, der sich bloß zu einem Schauspiel hatte hingelassen, ohne nachher die Bühne betreten zu haben. Haec enim res, sagt Gajus⁶⁵), non est adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat. Den römischen Histrionibus sind zwar heutiges Tages die herumziehenden Marionettenspieler, Seiltänzer, Affen- und Bärenführer, und dergleichen Gauckler, welche im Sachsenspiegel⁶⁶) Spielleute genannt werden, gewissermassen gleich zu achten; allein die Verachtung, in welcher solche Vagabonden stehen, ist doch mehr nur Anrüchigkeit, als wirkliche Infamie⁶⁷). Auf keine Weise aber paßt die römische Verordnung auf die heutigen ordentlichen und privilegierten Schauspielergesellschaften⁶⁸). Die römischen Fechterspiele sind heutiges Tages ganz unbekannt,

64) TACITUS *Annal. Lib. I. cap. 77.* Wer sich übrigens von den unanständigen Gestikulationen der römischen Schauspieler einen Begriff machen will, lese LACTANTIUS *de vero cultu* lib. VI. cap. 20.

65) L. 3. D. h. t.

66) Buch I. Art. 37. Diese Stelle erläutert sehr gut Phil. Lud. HUTH in *Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia* §. 10.

67) Danz *Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts.* 3. Band. §. 301. S. 63.

68) STRYK *Ul. Mod. Pandect. h. t. §. 7. et 8.* *Kundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts* §. 310. HOEACKER *Princip. iuris civ. Rom. germ. T. I. §. 321.*

kannt, sie wurden ihrer Grausamkeit wegen schon unter den christlichen Kaisern, und zwar zuerst vom **Constantin**, jedoch nur im Orient⁶⁹⁾, nachher aber vom **Kr. Honorius**⁷⁰⁾ auch im Occident, und insonderheit in Rom verboten. Eine andere Art gedungener Kämpfer war zwar bey den Teutschen im Mittelalter bekannt, deren ebenfalls der **Sachsenspiegel**⁷¹⁾ Erwähnung thut. Diese Kämpfer waren eigentlich solche Leute, welche sich vor Geld für andere schlugen, die nach den Rechten der damaligen Zeit zum gerichtlichen Zweykampf waren aufgefördert worden⁷²⁾. Man nannte sie auch *Campiones*⁷³⁾. Allein sie waren eben so, wie die sogenannten **Ragenritter**, die mit den römischen **Arenariis** mehrere Aehnlichkeit hatten,

69) *L. un. Cod. Justin. de Gladiator. penitus tollend.*

70) **THEODORETUS** Lib. V. cap. 26. *Iac. GOTHOFREDUS* in *Commentar. ad L. 1. Cod. Theodof. de Gladiatorib.* Tom. V. pag. 451. seq.

71) a. a. O.

72) *Glosse des Sachsenspiegels* 1. Buch. Art. 39. Kämpfer sind solche Leut, die Geldes halben streiten; dadurch sie denn schaltbar und anrichtig werden. Ferner *Glosse des Sächsischen Weichbilds*. Kap. 35. nr. 5. Daß sind aber die Kämpfer, die für die Leute kämpfen um Geld. Die aber kämpfen für ihr selbst Ehr, solcher Kampf mag wohl gesehen mit Recht. Man vergleiche nach **Sachsenspiegel** 1. Buch. Art. 48. und **Schwäbisches Landrecht** Kap. 174. Verschieden von denselben waren die **Ragenritter**, welche sich öffentlich vor Geld mit Hunden, Ragen und andern Thieren herumbalgten. Von beyden handelt mit vieler Gelehrsamkeit **HUTH** in der angef. *Dissertation* §. 9.

73) **S. DU FRESNE** in *Glossario v. Campio.*

ten, anrücklich⁷⁴⁾ und schon die Glosse des Sachsenspiegels⁷⁵⁾ hat bemerkt, daß dergleichen Kämpfen auch bey den Teutschen längst aufgehoben worden sey.

2) Oeffentliche Huren, welche sich ohne Auswahl, entweder aus Gewinnsucht, oder auch ohne Lohn, blos aus thierischer Geilheit, dem Liebesgenuß eines Jeden überlieffen⁷⁶⁾; und solche, welche Hurenwirthschaft trieben, d. i. feile Weibspersonen, zum Gebrauch des Publikums, unterhielten⁷⁷⁾. Beyde waren zwar straflos, wenn sie ihr Gewerbe unter der Auctorität und Aufsicht der Aedilen trieben⁷⁸⁾. Denn, um grössere Uebel zu vermeiden, duldeten die Römer unter gewissen Einschränkungen die Bordelle⁷⁹⁾. Allein die römischen Gesetze erklären sie für

74) Sachsenspiegel I. B. Art. 37.

75) Ad. Art. 39. Lib. I.

76) L. 43. pr. et §. 1. 2. et 3. D. de ritu nupt.

77) L. 4. §. 2. D. h. t. L. 43. §. 7. 8. et 9. D. de ritu nupt.

Man hat jedoch in der Folge noch andere Bedeutungen mit dem Worte *Leno* verbunden, welche der Hr. Geh. Justiz R. Klein in den Grundsätzen des peinlichen Rechts §. 418. anführt.

78) TACITUS Lib. II. *Annal.* cap. 85. erzählt, *Vistiliam, praetoria familia genitam, licentiam stupri apud Aediles vulgasse, more inter Veteres recepto, qui satis poenarum adversus impudicas in ipsa professione flagitii credebant.*

79) L. 27. §. 1. D. de heredit. petit. Hierauf besteht sich auch, wenn Ulpian L. 4. §. 3. D. de conduct. ob turpem caus. sagt: *illam turpiter quidem facere, quod sit meretrix, sed non turpiter accipere sc. mercedem, cum sit meretrix.* S. Em. MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 12. Io. Gottl. HEINECCIUS ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 1. §. 11. RIVINUS in Diss. de muliere quaestuaria. Viteb. 1733.

für ehrlos⁸⁰⁾. Öffentliche Huren mußten sich daher durch eine besondere Kleidung, welche Ulpian⁸¹⁾ vestem meretriciam nennt, von andern ehrbaren Frauenzimmern unterscheiden, und Suetonius⁸²⁾ sagt: sie waren *iure et dignitate matronali exsolutae*. Insonderheit aber waren die Hurenwirthe bey den Römern so verachtet, daß man von demjenigen, der auch nur mit ihnen umgieng, wenn er auch gleich sonst nichts that, sagte, *eum rem fidemque perdere*, wie sich Plautus⁸³⁾ ausdrückt. Da Keuschheit eine der vier Haupttugenden war, deren unsere Vorfahren sich beflissigten, so darf man sich nicht wundern, wenn öffentliche Huren sowohl als Kuppler und Kupplerinnen auch in den teutschen Reichsgesetzen für ehrlos erklärt werden⁸⁴⁾.

3) Zu

80) L. 43. §. 4. D. de ritu nupt. Non solum ea, quae facit (palam quaestum), verum ea quoque, quae fecit, etsi facere desit, *Lege notatur*: neque enim aboletur turpitude, quae postea intermissa est — §. 6. Lenocinium facere non minus est, quam corpore quaestum exercere. Add. L. 1. D. h. t. L. 3. §. 5. D. de testib. et L. 4. D. de accusat.

81) L. 15. §. 15. D. de iniur.

82) in Thiberio. Cap. 32.

83) Curcul. Act. IV. Scen. II. v. 16. sqq. Man sehe auch HEINECCIUS cit. loc. §. 12.

84) Reichspoliceyord. vom Jahr 1577. Tit. 10. Halsgerichtsordnung Carls V. Art. 122. Man sehe besonders EISENHARTS Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. Nr. III. S. 85. ff. RUNDENS Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 305. und DANK Handbuch des teutschen Privatrechts 3. Th. §. 301. S. 62. und §. 305. S. 72.

3) Tutoren und Curatoren, welche ihre Pfleg-
befohlene vor Ablegung der Rechnung und vor Ablauf
der zur Nachsuchung der Wiedereinfegung in den vori-
gen Stand festgesetzten Zeit ohne besondere Erlaubniß ent-
weder selbst heyrathen, oder ihrem Sohne zur Ehe ge-
ben⁸⁵⁾. Solche Vormünder werden nach dem röm. Rech-
te

85) *L. 66. pr. D. de ritu nupt.* Non est matrimonium, si tutor
vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum,
non desponsam a patre, nec testamento destinatam, ducat ux-
orem, vel eam filio suo iungat: quo facto uterque infamatur,
et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur. Nec inter-
est, filius sui iuris, an in patris potestate sit. Diese Verord-
nung gründet sich auf ein *Senatusconsultum ad orationem D.*
MARCI et ANTONINI conditum, wie aus der *L. 59.* und der
Inscription der *L. 60. D. eod.* erhellet. Wenn es in der
angeführten Stelle heißt: *intra vicesimum et sextum annum*,
so bezieht sich dieses darauf, daß nach dem ältern röm.
Rechte die Wiedereinfegung in den vorigen Stand *intra an-*
num utilem gesucht werden mußte, dieser Zeitraum aber erst
mit dem eingetretenen sechs und zwanzigsten Jahre zu laufen
ansiehg. Man sieht dieses noch deutlicher aus der *L. 6. C.*
de interdicto matrim. int. pup. et tutor. Weil jedoch *Jus- ti-*
nian in der *L. ult. C. de tempor. in int. restitut.* jenen an-
num utilem in ein quadriennium continuum verwandelt hat,
so durfte nun nach diesem neuern Rechte der Vormund seine
Pupillin nicht vor ihrem 29. Jahre heyrathen, wenn er auch
gleich schon Rechnung abgelegt hatte. Man sehe *Io. Ortio. WE-*
STENBERG in *Divo Marco Diff. XLV. §. 24. (Operum Tom. III.*
p. 392.) Endlich bemerke ich noch, daß die Worte: *quo facto*
uterque infamatur, nicht auf den Tutor und seinen Sohn,
sondern vielmehr auf den Tutor und Curator gehen, von wel-
chen vorher die Rede war. Den Sohn, welcher aus Gehor-
sam gegen seinen Vater eine gesetzlich verbotene Ehe schließt,
ent-

te darum für ehrlos gehalten, weil man glaubte, daß sie die Ehe mit ihrer Pfliegbefohlenen aus keiner andern Absicht eingegangen hätten, als um die Ablegung der Rechnung zu vermeiden, und ihre begangene Untreue dadurch zu decken⁸⁶). Einen weitem Beweis hiervon hielt man nicht für nöthig. Die bloße Eingehung einer solchen Ehe schien schon allein den römischen Gesetzgebern hinreichend zu seyn, um den Vormund für geständig und überwiesen zu halten⁸⁷). Auf diese

entschuldigt Ulpian selbst in einem ähnlichen Falle L. 11. §. ult. D. de his, qui not. infam. und führt den ganz allgemeinen Grund an: nam et qui obtemperavit, venia dignus est, et qui passus est ducere, notari debet ignominia. Auch die Kr. Diocletian und Maximian erklären in der L. 7. C. de interdicto matrim. inter pup. et tut. seu curat. bloß den Vormund für ehrlos, aus einem Grunde, der auf den Sohn desselben nicht anwendbar ist. Mit mir stimmt überein Ant. FABER in Iurisprudentia Papinian. (Lugd. 1607. Tit. IX. Princip. I. Illat. 11. pag. 348. seqq. Uebrigens ist hier noch überhaupt anzuführen 10/. Lud. Ern. PÜTTMANN Progr. ad Orationem D. MARCI de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lipsiae 1783.

86) L. 67. §. 3. D. de ritu nuptiar. — Quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur: quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio Divi MARCI continet. Noch andere Gründe führen WESTENBERG c. I. §. 17. und PÜTTMANN c. I. an.

87) L. 7. C. de interdicto matrim. inter pup. et tutor. Si tutor, vel curator pupillam, vel adultam quondam suam sibi, vel filio suo, nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit: manet infamia contra eum, veluti CONFESSUM DE TUTELA: quia huiusmodi coniunctione fraudem administrationis tegere laboravit. Man vergleiche über dieses Gesetz vorzüglich G. L. BOEHMERI Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. §. 9.

diese Infamie nimmt man jedoch, nach der Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten⁸⁸⁾, heutiges Tages keine Rücksicht mehr. Denn da bey uns die Vormünder einer viel strengern obrigkeitlichen Aufsicht unterworfen sind, als bey den Römern, selbige auch alle Jahr Rechnung ablegen müssen, und dazu von obrigkeitlichen Amtswegen angehalten werden können; so fällt freylich der Grund jenes Verdachts heut zu Tage weg, welchen die röm. Gesetzgeber gegen die Ehe des Vormundes mit der Pflegebefohlenen vor abgelegter Rechnung hegten. Hierzu kommt, daß ein Vormund nach dem heutigen Rechte nicht einmal in iudicio tutelae durch richterliches Urtheil ehrlos wird, wenn er nicht namentlich wegen eines überwiesenen Betrugs verurtheilt worden ist. Um so weniger kann man ihn also wegen eines in den Gesetzen nur fingirten Geständnisses für ehrlos halten⁸⁹⁾.

4) Diejenigen, welche mit mehreren zugleich eine Ehe, oder auch nur ein Eheverlöbniß eingehen. Auch diese sind nach dem Edict des Prätors ipso

88) STRYK Ul. Mod. Pandect. Tit. de ritu nupt. §. 10. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 14. in fin. a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 94 §. 8. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 210. Reg. 7 n. 322 und Observ. 211. v. Tutor. pag 370. Ge. Lud. BOEHMER cit. Diss. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 321. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 126. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 3. Band. §. 307. S. 75. folg.

89) Man sehe hier vorzüglich BOEHMER cit. Diss. §. 9. Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th. M

ipso facto ehrlos⁹⁰⁾. Allein in Teutschland findet auch deswegen keine Infamie weiter statt⁹¹⁾; sondern es ist in Ansehung der Bigamie nach dem in der Praxis schon oben angeführtermassen (§. 377.) angenommenen Grundsätze, lediglich darauf zu sehen, ob die deßhalb zu erkennende Strafe an sich infamirt; und wegen des criminis binorum sponsaliorum hat schon das canonische Recht die Strafe der Infamie abgeschafft⁹²⁾; daher man deßhalb heutiges Tages nur auf eine willkürliche Strafe, die gewöhnlich in einer mässigen Geldbusse oder in Gefängniß besteht, zu erkennen pflegt⁹³⁾. Nicht minder werden

5) Wittwen, welche während des Trauerjahres ohne erhaltene Dispensation sich wieder verheyrathen, so wie auch diejenigen, welche wissentlich und freywillig die Ehe mit ihnen schließen, nach den röm. Rechten ehrlos⁹⁴⁾. Man nahm hier

90) *L. 1. D. h. t.* Merkwürdig ist, was Ulpian *L. 13. §. 4. D. eod.* sagt: *Cum factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest, vel fas non est: erit notatus.*

91) *S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obf. 211. v. Bigamus.* Eben derselbe in *Epitome sacri iuris Cap. LIII. §. 44.* und Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 152. Not.*** *S. 315.*

92) *Cap. 1. et 31. X. de Sponsal.*

93) *S. Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 472. Not.** S. 714.*

94) In der *L. 1. D. h. t.* wo die Worte des Edicts angeführt werden, ist zwar eigentlich nur von dem Vater die Rede, welcher seine verwittwete Tochter, die noch in seiner väterlichen Gewalt ist, vor Ablauf der gesetzlichen Trauerzeit schon wieder verheyrathet, deßgleichen von demjenigen, welcher, frey von

hier immer den Fall als möglich an, daß die Wittwe sich von ihrem verstorbenen Mann schwanger befinden könnte,

M 2

und

von der väterlichen Gewalt, mit einer solchen Wittwe, die noch ihren Mann betrauert, wissentlich eine Ehe schließt. Hingegen von der Infamie der Wittwe selbst, welche während der Trauerzeit zur zweyten Ehe schreitet, wird hier ausdrücklich nichts erwähnt. Allein Tribonian ließ vermuthlich die hierher gehörigen Worte des Edicts darum weg, weil er glaubte, dieß sey ohnehin bekannt, und verstehe sich aus dem Zusammenhange von selbst. Denn daß der Prätor auch die Wittwe in seinem Edict mit der Ehrlosigkeit belegt habe, erhellet aus der *L. II. §. 3. D. h. t. L. 15. C. Ex quib. caus. infam. irrog. L. 1. et 2. C. de sec. nupt. und Nov. XXII. cap. 22.* Wenn übrigens *Io. Conr. rücker* Observation. Cap. I. in der *L. 1. h. t.* nach den Worten: *cum eum mortuum esse sciret*, das Comma weggestrichen, und die folgenden Worte: *intra id tempus, quo elugere virum moris est*, ohne Unterscheidungszeichen mit jenen verbunden wissen will, weil sonst nicht nur die nachfolgenden Worte: *antequam virum elugeret*, eine unnütze Tautologie enthielten, sondern auch die offenbare Ungereimtheit baraus entstehen würde, als ob der Vater alsdann strafflos sey, wenn er seine Tochter, ohne zu wissen, daß ihr Mann tod sey, schon wieder an einen andern verheyrathet hätte; so hat schon *Ios. Lud. Ern. BÜTTMANN* in Interpretat. et Observat. iur. Rom. Cap. 33. §. 2. dagegen erinnert, daß dergleichen Tautologien in den Gesetzen der Pandecten nicht ungewöhnlich sind, und jene vorgegebene Ungereimtheit wegfallen, wenn man, wie auch *Scip. GENTILIS* de secundis nuptiis Cap. 18. pag. 138. diesen Fall annimmt, bedenkt, daß der Vater aus wahrscheinlichen Gründen kann geglaubt haben, sein Schwiegersohn sey tod, zumal da nach den Gesetzen der Pandecten eine Ehe auch morte civili, nämlich durch Gefangenschaft oder Deportation aufgehoben wurde. *L. 1. D. de divort. L. 56. D. sol. matrim.* Ein solcher ver-

zeih-

und besorgte daher aus der zu frühen Ehe, wie Ulpian⁹⁵⁾ sagt, *turbationem sanguinis*, oder, wie Justinian,⁹⁶⁾ sich ausdrückt, *generationis aut seminis incertitudinem*. Daß die Verhütung einer solchen Ungewißheit in Ansehung der Geburt, die daraus entsteht, wenn die Wittve sich gleich wieder nach ihres Mannes Tode verheyrathet, wo es alsdann immer zweifelhaft bleibt, ob das Kind, was sie in der zwey-

ten

geistlicher Irrthum, in welchem sich der Vater in Ansehung des Todes seines Schwiegersohns befinden konnte, schloß also billig jene Strafe der Ehrlosigkeit aus; und mit Recht sagt in dieser Rücksicht der Prätor, daß der Vater nur dann insam seyn solle, wenn er gewiß gewußt, daß sein Schwiegersohn tod sey, und er dennoch, ehe die gesetzliche Trauerzeit verfloßen gewesen, seine vermittelte Tochter während derselben schon wieder einem andern zur Ehe gegeben hätte. Es ist daher auch nicht gerade nothwendig, in der L. 8. D. h. t. wo es heißt: *genero mortuo, merito adiecit Praetor, cum eum mortuum esse sciret, ne ignorantia puniatur*; mit RÜCKER c. 1. nach den Worten: *cum eum mortuum esse sciret, annoch beyzufügen, intra id tempus, quo elugere virum moris est*; und diese Unwissenheit, die hier dem Vater zur Entschuldigung gereichen soll, mit Franc. de AMAYA Observation. iuris Lib. I. cap. 2. blos von einer Unwissenheit in Ansehung der Zeit des Todes seines Schwiegersohns zu verstehen, als ob nämlich der Vater nur dann Entschuldigung verdiene, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthume geglaubt habe, daß die Trauerzeit bereits verfloßen gewesen, als er seine Tochter wieder verheyrathete. Indessen hat doch Io. Bern. KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 3. pag. 44 seqq. den RÜCKER wider Püt t m a n n zu vertheidigen gesucht.

95) L. 11. §. 1. D. h. t.

96) L. 53. §. ult. Cod. de Episcop. et Cler.

ten Ehe gebiert, von dem erstern oder von dem zweyten Ehemanne sey, für den ursprünglichen und also unstreitig für den Hauptgrund jener römischen Verordnung zu halten sey⁹⁷⁾, kann wohl mit Grunde nicht gelehnet werden, wenn man erwägt, 1) daß die Wittwe anfänglich nur zehen Monate ihren Mann betrauert habe, ohngeachtet das römische Calendarjahr schon seit Numa Pompilius aus zwölf Monaten bestand; denn schon von den ältesten Zeiten an, ja, wie Gellius⁹⁸⁾ lehrt, schon in den zwölf Tafelgesetzen, war zum Grundsatz angenommen, daß die vollkommene Geburt eines Menschen längstens mit dem zehnten Monate eintrete⁹⁹⁾; 2) daß eine Wittwe die gesetzlich bestimmte Trauerzeit

M 3

zeit

97) Man sehe hierüber besonders nach Em. MERILLI Observation Lib. V. cap. 30. Corn. van BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 12. Greg. MAJANSII Diss. de viduarum luctu §. 18. (in Eius Disputat. iuris civ. Tom. II. Disputat. XLVII. pag. 178. seqq.) Io. Bern. KOEHLER Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Lib. II cap. 8. pag. 46. seqq. und Io. Ern. Bern. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 3. Not. h. T. I. pag. 291.

98) Noct. Attic. Lib. III. cap. 16. — Quoniam Decemviri in decem mensibus gigni hominem scripissent.

99) Hierauf stützt auch OVIDIUS Lib. I. Fastorum, wenn er sagt:

Tempora digereret cum conditor Urbis, in Anno

Constituit menses quinque bis esse suo.

Scilicet arma magis, quam sidera, Romule, noras

Curaque finitimos vincere maior erat.

Est tamen et ratio, Caesar, quae moverit illum,

Errorremque suum, quo tueatur, habet.

Quod satis est, utero matris dum prodeat infans;

Hoc anno statuit, temporis esse satis.

Per

zeit dennoch halten mußte, wenn gleich ihr Mann, eines begangenen Verbrechens wegen, ein solcher war, quem more majorum lugeri non oportet¹⁰⁰⁾; und daß es 3) ihr nur dann erlaubt war, noch vor Ablauf der Trauerzeit sich wieder zu verheyrathen, wenn sie während derselben bald nach ihres Mannes Tode niedergekommen, und folglich nun keine confusio sanguinis weiter zu befürchten war¹⁾. In der Folge trat indessen noch ein anderer Grund hinzu, wodurch die Gesetzgeber die Strenge jener Strafe zu rechtfertigen suchten, welche eine während der Trauerzeit eingegangene Ehe zur unmittelbaren Folge hatte. Man sahe nämlich eine solche frühzeitige Ehe zugleich als eine Verletzung des öffentlichen Wohlstandes und der Ehrerbietung an, welche eine Wittve dem verstorbenen Manne noch schuldig ist²⁾. In dieser Rücksicht verwandelte daher auch Kr. Theodosius der große die zehenmonatliche Trauerzeit der

Per totidem menses a funere coniugis uxor

Sustinet in vidua tristitia signa domo.

Hoc igitur vidit trabeati cura Quirini,

Cum rudibus populis annua iura daret.

100) *L. 11. §. 1. et 3. D. h. t.*

1) *L. 11. §. 2. D. eod.*

2) *CUJACIUS* Observation. Lib. VI. cap. 32. *Franc. de AMAYA* Observat. Lib. I. cap. 2. n. 13. *Scip. GENTILIS* de secundis nuptiis cap. 18. pag. 125. seqq. *Ant. SCHULTING* ad *Hyperæ* Pandect. h. t. §. 4. *Ger. NOODT* ad *Digesta* h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 80.) *Io. KIRCHMANN* de funeribus Romanor. Lib. IV. cap. 10. pag. 413. seq. *Io. Conr. RÜCKER* Observation. cap. 1. *Greg. MAJANSIUS* cit. Disputat. iuris civ. Tom. II. Disp. XLVII. §. 18. in fin. und besonders *RÜTTMANN* Interpretat. et Observation. iuris Rom. Cap. 33. pag. 166.

der Wittwen in eine zwölfmonatliche ³⁾, und sagt ausdrück-
lich, daß eine Wittwe, welche das Trauerjahr nicht gehalten,
schon darum allein die Infamie verdiene, *quod religionem
priori viro nuptiarum festinatione haud praestiterit*, sie
möge sich von ihm schwanger befinden, oder nicht ⁴⁾; wo-
mit auch Justinian übereinstimmt, wenn er von einer sol-
chen Wittwe, die vor Ablauf des Trauerjahrs zur andern
Ehe schreitet, sagt, *eam negligere mariti memoriam*, und ver-
diene schon *propter solam honestatem* die gesetzliche Strafe ⁵⁾.
Dahingegen war es einer Wittwe nicht verboten, während
des Trauerjahrs ein gültiges Eheverlöbniß zu schließen ⁶⁾.
Ja es hielt auch nicht schwer, vom Kaiser eine Dispensation
zu erhalten, um selbst zur andern Ehe schreiten zu dürfen,
nur mußte bey der Wittwe keine Schwangerschaft zu ver-
muthen seyn ⁷⁾. Da übrigens keiner der angeführten Grün-

M 4

de

- 3) *L. 2. Cod. de sec. nupt.* Es ist also ein Irrthum, wenn
Scip. GENTILIS de secundis nuptiis Cap. 18. p. 124. Höpf-
ner im Commentar über die Institutionen §. 111. Not. 3. u.
a. m. dem Kr. Justinian die Verwandlung der zehnmonatli-
chen Trauerzeit in ein ganzes Trauerjahr zuschreiben wollen.
S. Iac. RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 20.
- 4) *L. 1. Cod. de sec. nupt. L. 4. Cod. ad Scutum Tertull.*
- 5) *Nov. XXII. Cap. 40.*
- 6) *L. 10. §. 1. D. h. t.* Quae virum eluget, intra id tempus
sponsam fuisse, non nocet. Man sehe auch PÜTTMANN Adver-
sarius iuris univ. Lib. I. Cap. 10.
- 7) *L. 10. pr. D. h. t.* Solet a Principe impetrari, ut intra le-
gitimum tempus mulieri nubere liceat. Daß jedoch die röm.
Kaiser zuweilen auch einer schwangern Wittwe eine sol-
che Dispensation erteilt haben, beweisen die Beispiele, welche
GENTILIS de secund. nuptiis Cap. 18. pag. 141. angeführt hat.
Zuweil-

de auf den Wittwer paßt, so war es diesem nach römischen Rechten erlaubt, gleich nach der Frauen Tode sich wieder zu verheyrathen, ohne eine Trauerzeit abwarten zu dürfen⁸⁾. Das canonische Recht hat jedoch der Wittwe nicht nur die Strafe der Ehrlosigkeit erlassen, sondern auch sogar das Trauerjahr selbst aufgehoben⁹⁾. Ob nun gleich nicht zu leugnen

Zuweilen pflegte zwar auch der Senat den Wittwen aus besondern Ursachen zu erlauben, die Trauerkleider abzulegen, allein diese Erlaubniß gab den Wittwen noch kein Recht, zur zweyten Ehe zu schreiten, wie aus der L. 15. C. *Ex quib. caus. infam. irr.* erhellet. S. Greg. MAJANSIUS cit. Diff. §. 19. et. 20 (*Dissertat. iur. civ. T. II. pag. 123. seq.*) und ROTHIER in *Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XIX. Not. 1.*

8) L. 9. D. h. t. Nov. XXII. cap. 22. Hierher gehört auch SENECA *Epist* 63. wo er sagt: *Annum (sc. Romuleum) feminis ad lugendum constituere maiores: viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum.*

9) Can. 7. *Caus. II. Quaest. 3.* Non sunt infames lege canonum omnes, quos leges seculi infames pronunciant, — quod etiam de ea fateri cogimur, quae intra annum luctus nubit: cum matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori: et iure poli, mortuo viro, soluta est a lege viri, ut nubat, cui vult. Cap. 4. X. de secund. nupt. Super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra annum luctus, respondemus, quod cum Apostolus dicat: *mulier, viro suo mortuo, soluta est a lege viri sui, et in Domino nubat, cui voluerit*; per licentiam et auctoritatem Apostoli eius infamia aboletur. — Cap. 5. X. eod. Cum secundum Apostolum mulier, mortuo viro suo, ab eius sit lege soluta, et nubendi, cui vult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem, non debet legalis infamiae sustinere iacturam, quae licet post viri obitum intra tempus luctus, scilicet unius anni spatium, nubat, concessa sibi tamen ab Apostolo utitur potestate, cum in his praesertim seculares leges non dedignentur sacros canones imitari.

leugnen ist, daß diese päpstliche Verordnung auf keinem überzeugenden Grunde beruhet, indem der Apostel Paulus ¹⁰⁾, auf den sich der Pabst beruft, wohl nicht die Absicht gehabt hat, jenem gesellschaftlichen Verbote geradezu zu widersprechen ¹¹⁾; so kommt es nun doch, nachdem wir das canonische Recht in Teutschland einmal aufgenommen haben, wie auch schon Struben ¹²⁾ bemerkt hat, nicht mehr darauf an, ob die heilige Schrift von den Päbsten recht verstanden worden, mithin ihre Verordnung auf gute Gründe gebauet ist; sondern es ist nur bloß darauf zu sehen, was sie haben verordnen wollen; und da ist es denn wohl keinem weitem Zweifel unterworfen, daß sie den Wittwen ausdrücklich erlauben, während des Trauerjahrs zur andern Ehe zu schreiten, und daher das römische Eheverbot aufgehoben haben ¹³⁾. Der Auctorität des päpstlichen Rechts ist es demnach

M 5

nach

10) I. Corinth. VII. v. 39. Römer VII. v. 3.

11) Denn in den angeführten beyden Stellen widerlegt der Apostel eigentlich bloß den Irrwahn seiner Zeitgenossen, welche die zweyte Ehe für schlechterdings verboten hielten. S. GENTILIS de secund. nupt. Cap. 18. pag. 142. und KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 57.

12) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 16. S. 92.

13) Der seel. Hofrath Schott in der Einleitung in das Ehe-recht §. 106. behauptet zwar, das canonische Recht habe nur, statt der in dem Röm. Rechte verordneten Strafe der Ehrlosigkeit, die Kirchenbuße eingeführt, übrigens aber das Verbot beybehalten. Eben so Hr. Prof. Dabelow in den Grundsätzen des allgem. Eherechts §. 292. Allein die in der Not. 9. angeführten Stellen des canonischen Rechts enthalten von einer vermeintlichen Kirchenbuße nichts. Es wäre auch ein offenkundiger Widerspruch, eine solche Strafe zu verordnen, und doch

nach unstreitig zuzuschreiben, daß heut zu Tage jene Strafe der Ehelosigkeit weder bey den Catholiken noch Protestanten mehr im Gebrauche ist, und daß auch in den meisten Orten Deutschlands von den Wittwen kein Trauerjahr mehr gehalten wird, sondern selbige entweder nach ihrer Entbindung sogleich wieder zur zweiten Ehe schreiten können, oder doch allenfalls zur Vermeidung aller Ungewißheit in Ansehung der Generation, nur längstens eine Zeit von neun Monaten abwarten dürfen¹⁴⁾. Denn insofern bey der Wittwe noch Schwangerschaft zu vermuthen ist, kann ihr auch heutiges Tages die anderweite Verheyrathung sogleich nach des Mannes Tode um so weniger gestattet werden, je mehr nicht nur eine solche Ehe an sich der natürlichen Pflicht der Ehrbarkeit und des Wohlstandes zuwider seyn, sondern auch die daraus entstehende incertitudo sobolis wegen der Erbfolge nachtheilige Folgen für den Staat haben würde. Daher sind darin sowohl catholische als protestantische Rechtsgelehrten einig, daß in diesem Falle die Disposition des canonischen Rechts unanwendbar sey¹⁵⁾, und es haben in dies

zu sagen, daß eine Wittve nach dem Tode ihres Mannes a lege viri sui völlig frey sey, und daher sogar nach der heiligen Schrift die Erlaubniß habe, während des Trauerjahrs sich wieder zu verheyrathen. Mit mir stimmen überein *Zeg. Bern. van ESPEN* in *Iure Eccles. univ. P. II. Sect. I Tit. 15. Cap. 3. §. 10. 11. et 12. Paul. Ios. a RIEGGER* Institut. iurispud. eccles. T. IV. §. 236. und besonders *I. L. E. PÜTTMANN* Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 17.

14) VOET in *Comm. ad Pandect. T. II. Tit. de Ritu nupt. §. 98.* und *de SELGHOW* Select. capita doctrinae de infamia. Sect. II. §. 7.

15) Man vergleiche besonders *Car. Sebast. BERARDI* Commentar. in ius ecclesiast. univers. (*Venetis. 1778. 4.*) Tom. III. Diff.

fer Rücksicht die meisten teutschen Landesgesetze eine gewisse Zeit, welche bald in mehreren bald in wenigern Monaten, nicht leicht aber in einem ganzen Jahre besteht¹⁶⁾, der Wittwe vorgeschrieben, die sie beobachten muß, ehe sie zur zweyten Ehe schreiten darf, wosern sie nicht eine willkührliche, entweder Geld, oder Gefängnißstrafe¹⁷⁾ befürchten will. Da nun also die Strafe der Ehrlosigkeit in Ansehung der Wittwen heut zu Tage aufgehoben ist, so kann sie auch wohl der Analogie nach in Ansehung desjenigen nicht mehr statt finden, der eine Wittwe vor Ablauf der Trauerzeit wissentlich geheyrathet hat, wenn gleich das canonische Recht hiervon ausdrücklich nichts erwähnt.

Ausser denen, welche der Prätor in seinem Edict unmittelbar mit der Ehrlosigkeit belegt hat, sind noch folgende nach den römischen Civilgesetzen infam:

6) die

Diff. IV. Cap. 7. pag. 141. *de COCCEJUS* civ. contr. h. t. Qu. 3. und *KOEHLER* cit. Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 8. pag. 54.

16) Nach dem allgemeinen Gesetzbuch für die Preussischen Staaten II. Th. Tit. I. §. 19. u. 20. sollen Wittwen, welche sich aus der vorigen Ehe gesündlich oder notorisch schwanger befinden, nicht vor ihrer Entbindung, außer diesem Falle aber nicht eher, als nach neun Monaten, von Zeit der Trennung der vorigen Ehe angerechnet, sich wieder verheyrathen dürfen. Ein Wittwer soll zwar auch, der Wohlstandigkeit wegen, eine Trauerzeit halten, sie besteht aber, nach §. 24. des angef. Titels, nur in einem Verlauf von sechs Wochen.

17) *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 12. und *Höpfner* im Commentar §. 111.

6) die im Ehebruche betroffen worden sind¹⁸⁾, welche jedoch heutiges Tages nur in sofern ehrlos werden, als sie deßhalb zu einer infamirenden Strafe sind verurtheilt worden¹⁹⁾.

7) Die einen unerlaubten Zinswucher öffentlich getrieben haben²⁰⁾. Allein daß auch die deßhalb in dem römischen Rechte verordnete Ehrlosigkeit heut zu Tage nicht mehr in Anwendung komme, ist, nach dem Gerichtsbrauche, keinem Zweifel unterworfen²¹⁾.

3) Die einen beschwornen Vergleich vorsätzlich gebrochen haben²²⁾. Hiervon ist schon an einem andern Orte (§. 73.) umständlicher gehandelt worden.

4) Richter, welche sich bestechen lassen, oder sonst aus vorsätzlicher Partheylichkeit offenbar unge-

18) L. 43. §. penult. D. de ritu nupt. Das Gesetz redet zwar nur von einer femina in adulterio deprehensa; daß aber das nämliche auch vom adultero gelte, zeigt LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 14.

19) G. L. BOEHMER Diff. de querela inoff. donationes fratrum. §. 8.

20) L. 20. Cod. Ex quib. caus. infam. irrog. S. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 7. WISSENBACH Commentar. in Cod. Lib. II. Tit. XII. §. ult. und FROMMANN Diff. de anatocismo Th. 38. et 39.

21) de BOEHMER Observat. select. ad Carpxovium Quaest. XCII. Obf. 4. und von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2. Stück Nr. IX. S. 164. (ober Nr. XVIII. der neuen Ausgabe.)

22) L. 41. Cod. de Transact.

ungerecht verfahren²³⁾. Wegen der Bestrafung solcher Richter finden jedoch h. z. T. auch andere Grundsätze statt²⁴⁾. Endlich

5) erklären noch unsere teutsche Reichsgesetze Notarien und Richter für infam, welche eine von einem Juden an einen Christen geschehene Schuldcession aufseßen, oder bestätigen²⁵⁾. Allein der heutige Gerichtsbrauch folgt auch hierin der gesetzlichen Strenge nicht²⁶⁾.

§. 380.

Fälle einer mittelbaren Infamie.

Eine mittelbare Infamie erfordert nun hingegen zu ihrer vollkommenen Wirkung ein richterliches Urtheil, und erwächst nach dem römischen Rechte

1) aus öffentlichen mit Vorsatz begangenen Verbrechen²⁷⁾. Es ist jedoch zu bemerken, daß nicht alle Verbrechen, worauf eine öffentliche Strafe gesetzt war,

23) L. 2. Cod. de poena iud. male iudic.

24) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 424.

25) Reichsabsch. vom Jahr 1551. §. 80. „Zudem wollen und gebieten wir, daß keine Obrigkeitlen oder Notarien, diese Contracte, da ein Jude eines Christen Schuld, einem andern Christen verkauft, stellen und verfertigen soll. Wo aber einl. ge Obrigkeit oder Notarii solches übertreten, dieselben sollen ihrer Ehre und Aemter entsezt seyn.“

26) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. Band §. 307. Nr. 6. S. 76.

27) L. 7. D. de publicis iudic.

war, bey den Römern infamirten, sondern nun die *delicta publica* im eigentlichen Verstande, welche man auch *delicta publica ordinaria* zu nennen pflegt, bey denen nämlich ein Comitialgesetz, wie z. B. Lex Cornelia de sicariis, Lex Pompeia de parricidiis, Lex Iulia maiestatis, Lex Iulia de adulteriis, u. d. vorhanden war, welches die öffentliche Strafe bestimmte²⁸⁾. Zu den Verbrechen dieser Art gehörte unstreitig auch das Stuprum, weil dessen Strafe in der Lege Iulia de adulteriis bestimmt war²⁹⁾. Ob aber solches noch heut zu Tage die Ehrlosigkeit zur Folge habe, ist unter den practischen Rechtsgelehrten streitig. Verschiedene wollen behaupten, daß wegen der allgemeinen Aufnahme des römischen Rechts aus einem begangenen Stuprum auch noch heutiges Tages die Infamie mit allen ihren rechtlichen Folgen erwachsen müsse³⁰⁾. Allein der Gerichtsbrauch stimmt damit nicht überein³¹⁾. Denn da

heuti

28) L. 1. D. de public. iud. wo Macez sagt: Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt. Man sehe auch G. Lud. BOEHMERI Comment. de abigatu et furto eorum. Cap. I. §. 3. seqq.

29) §. 4. I. de public. iud. L. 25. Cod. ad Leg. Iul. de adulter. C. Io. Guil. HOFFMANNI ad Legem Iuliam de adulteriis coercendis lib. fing. Cap. IV. §. II. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 15. nr. 1.

30) LAUTERBACH h. t. §. 15. CARPZOV Lib. VI. Resp. C. n. 9. seqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med. 2. et Specim. DLXXXII. Med. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. P. I. §. 322. Not. a.

31) REINHARTH Observat. select. ad *Christinaeum* Vol. I. Obs. 8. a PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 18. HOM-

heutiges Tages das Stuprum nur mit einer Geldbusse oder einem mässigen Gefängnis bestraft zu werden pflegt, so er giebt sich schon daraus von selbst, daß wenigstens der Regel nach die Vorschriften des römischen Rechts von den delictis publicis, und der daraus entspringenden Infamie in den teutschen Gerichten bey einem Stuprum wegsallen müssen³²⁾. Man kann es daher nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer für einen allgemeinen Grundsatz annehmen, daß ein begangenes Stuprum die Ehrlosigkeit der Regel nach nicht weiter zur Begleiterin habe³³⁾, es wäre denn, daß entweder wegen der eintretenden gravirenden Umstände eine eigentliche peinliche Strafe, die schon an sich den Verlust der Ehre zur Folge hätte, zu erkennen wäre³⁴⁾, oder daß von einer eigentlichen Hurerey, worin jemand öffentlich lebt, die Rede seyn sollte, welche wenigstens so lange, als eine solche schändliche Lebensart fortgesetzt wird, eine infamiam facti nach sich zieht³⁵⁾. Von jenen

MEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs 211. v. *Meretrix*. pag. 359. Vol. II. Obs. 359. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1137. von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XVIII. S. 296. u. folg.

32) v. Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts I. Th. §. 478. und MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obs. 173.

33) KRESS Commentar. ad Art. CX. Const. Crim. Car. §. 1. Not. 3. ad BOEHMER ad Carpzovium Qu. LXIX. Obs. 1. et in Meditat. ad Const. Crim. Car. Art. CXX. §. 22. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 13. Not. 4. Ge. Jac. Frid. MEISTER Princip. iur. crim. §. 266. und Kleins Grundsätze des peinl. Rechts §. 371. Not. a.

34) v. Quistorp Erbs. des teusch. peinl. Rechts §. 477.

35) KRESS c. 1. Quistorp in den angef. Beiträgen.

jenen *delictis publicis ordinariis* waren die *extraordinaria* unterschieden. Darunter verstand man solche Verbrechen, welche zwar mit einer öffentlichen Strafe belegt wurden, die aber doch kein Comitialgesetz, sondern ein *Senatusconsultum* oder eine kaiserliche Verordnung bestimmt hatte ³⁶⁾. Von diesen infamiren nur einige, bey denen nämlich die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich verordnet worden ist ³⁷⁾. Dahin gehören das *crimen praevaricationis* ³⁸⁾, *crimen expilatae hereditatis* ³⁹⁾, und *sepulchri violati* ⁴⁰⁾. Ob auch das *crimen stellionatus* infamirt, ist zweifelhaft. Man versteht unter diesem Verbrechen überhaupt eine solche Fälschung, deren in der *Legge Cornelia de falsis* nicht gedacht worden ist, insbesondere aber eine Betrügerey bey *Contracten* ⁴¹⁾. Nun sagt *Ulpian* an einem Orte ⁴²⁾: *crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium*; an einem andern Orte ⁴³⁾ hingegen läugnet er dieses ausdrücklich, wenn er sagt: *Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet*. Um die-

sen

36) *S. BOEHMER cit. Comm. §. 4. seqq.*

37) *Ant. SCHULTING h. t. §. 7.*

38) *L. 3. §. 2. L. 4. D. de praevaricat.*

39) *L. 12. C. Ex quib. caus. infam. irrog.*

40) *L. 1. D. de sepul. viol.*

41) *SEGER Diss. de crimine stellionatus. Lips. 1770. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLVII. p. 416. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 405.*

42) *L. 13. §. ult. D. h. t.*

43) *L. 2. D. de Stellionatu.*

sen Widerspruch zu heben, wollen einige⁴⁴⁾ das *non* in der letztern Stelle austreichen; andere⁴⁵⁾ diese Particul für *non* solum, so wie das darauf folgende *sed* für *sed etiam* nehmen; noch andere⁴⁶⁾ hingegen die Stelle per' *σπικαγησηον* so verstehen, als ob Ulpian sagen wolle, gesetzt, der Stellionat mache auch nicht ehrlos, so ziehe er doch immer eine ausserordentliche Strafe nach sich. Allein die meisten Rechtsgelehrten⁴⁷⁾, denen auch unser Verf. beystimmt, suchen beyde Stellen auf die Art zu vereinigen, daß sie sagen, der Stellionat infamire zwar an sich nicht, könne aber doch die Ehrlosigkeit alsdann zur Folge haben, wenn solcher mit einem infamirenden Verbrechen, oder mit einer actione famosa concurrirte⁴⁸⁾. Wenn also z. B. jemand einen solchen Stellionat begangen hätte, weshalb die actio doli statt findet, so kann auf die Infamie erkannt werden, weil die
actio

44) *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 13. §. ult. D. h. t. und Conjectur. iur. civ. Lib. IV. c. 2.

45) *Marc.* LYKLAMA Membran. Lib. I. Ecclog. X. §. 3.

46) *Io. Jac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disputat. XI. §. 23.

47) *Cujacius* Observat. Lib. X. cap. 26. *Donellus* Commentar. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 42. *Ger.* NOODT Commentar ad Pandect. h. t. (*Oper.* T. II. pag. 77.) Eben derselbe de forma emendandi doli mali Cap. 12. *Ant.* SCHULTING ad *Πρωτα* Pandectar. h. t. §. 7. *WESTENBERG* in Digest. h. t. §. 45. *POTHIER* in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XII. Not. q. II. a. m.

48) *Ger.* NOODT c. l. versteht daher die Worte: infamiam irrogat in der L. 13. §. ult. D. h. t. so, infamiam irrogare potest. Man sehe auch *Iul. PACII* Legum conciliatar. Centur. II. Qu. 27. Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

actio doli diese Folge hat. Hätte hingegen der Schuldner seinem Gläubiger eine fremde Sache wissentlich zum Pfande gegeben, so infamirt dieser Stellionat nicht, weil dem Gläubiger deshalb die actio pignoratitia contraria zusteht. Eine mittelbare Infamie entsteht nach römischen Rechten ferner

2) aus einigen Privatverbrechen, nämlich aus dem Diebstahl, dem Raube und der Injurie⁴⁹⁾. Ob heutiges Tages jeder Diebstahl infamire, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige behaupten, daß sich die Infamie wenigstens auf einen kleinen Diebstahl, weshalb keine eigentliche peinliche Strafe statt findet, nicht anwenden lasse⁵⁰⁾. Die meisten Rechtsgelehrten hingegen glauben, daß der Regel nach auch noch heut zu Tage aus einem jeden begangenen Diebstahl eine Infamie erwachse⁵¹⁾; man pflegt jedoch zur Vermeidung derselben bey einem kleinen Diebstahl die Strafe verhältnißmässig zu schärfen, und dabey dem Angeschuldigten seine Ehre vorzubehalten⁵²⁾. In Ansehung der Injurien schränkt man heutiges Tages die Infamie auch nur auf die allergrößten ein, weshalb der Inju-

49) L. 1. L. 4. §. 5. D. h. t. L. 63. D. de furt. L. 7. D. de public. indic. L. 8. C. Ex quib. caus. infam. irrog.

50) KRESS in Commentar. ad Art. 162. C. C. C. §. 1. Not. 4. BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 3.

51) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. med 4. et Vol. VIII. Specim. DXXXVII. med. 7. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 22. u. a. m.

52) von Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 360. S. 545. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. 1. §. 324. in fin. und Dantz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3. B. §. 303. S. 68.

Injuriant zugleich peinlich gestraft wird ⁵³). Man behauptet daher nicht ohne Grund, daß nicht einmal der Wiederruf an sich ehrlos mache, sofern er nicht durch gewisse entehrende Umstände geschärft wird ⁵⁴): ob man gleich zum Ueberfluß dem Injurianten insgemein die Ehre vorzubehalten pflegt ⁵⁵). Endlich zieht auch

3) die Treulosigkeit in gewissen Contracten, nämlich in dem Societäts-, Hinterlegungs- und Bevollmächtigungs-Contracte, so wie nicht minder die Pflichtvergeffenheit des Vormundes die Ehrlosigkeit nach sich ⁵⁶). Einige behaupten zwar, daß in jenen Contracten auch schon eine bloße Nachlässigkeit infamire ⁵⁷); allein in der Praxis ist diese Meinung wenigstens nicht angenommen ⁵⁸), diese erfordert, daß er

N 2

dem

53) Westphals Criminalrecht. 85. Anmerk. §. 3. VOET h. t. §. ult.

54) Weber über Injurien und Schmähschriften. 2. Abtheil. S. 40. folg.

55) MEVIUS P. III. Decif. 32. Quistorp in den angef. Grundsätzen 1. Th. §. 326. HOFACKER Princip. iur. civ. c. 1.

56) L. 1. L. 6. §. 5. 6. et 7. D. h. t. Im Depositum wird jedoch nur der Depositar, nicht der Deponens, um des Betrugs willen infam. S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 756.

57) DONELLUS in Comm. iur. civ. Lib. XVIII. cap. 8. VOET h. t. §. 2. de COCCEJI in iur. civ. controuv. h. t. Qu. 2. et 5.

58) COCCEJI cit. II. räumt dieses selbst ein; man sehe auch EMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. 2. not. g. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 322. Daß diese Meinung auch in der Theorie nicht gegründet sey, zeigen Ant. SCHULTING Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 8. und NOODT Com-

dem Urtheil der überwiesenen Treulosigkeit ausdrückliche Erwähnung geschehen seyn müsse, wenn die damit verknüpfte Ehelosigkeit statt finden soll, sonst ist das Urtheil, *salva exultatione*, zu verstehen⁵⁹⁾. Ueberhaupt ist man heutiges Tages mit der Ehelosigkeit nicht mehr so freigebig, als die römischen Gesetzgeber damit waren, sondern man pflegt vielmehr die Infamie mehr nach teutschen, als nach römischen Rechten zu beurtheilen, und daher in Gemäßheit des bekannten Sprüchwortes: man soll lieber zehen ehrlich, als einen zum Schelm machen, der Ehre der Staatsbürger gern, so viel nur möglich ist, zu schonen⁶⁰⁾.

§. 381.

Commentar. ad Pandeet. h. h. Verb. *Sed apparet*. T. II. Oper. pag. 79.

59) L. 4. §. 1. et 2. *D. de suspect. tutor*. G. L. BOEHMER cit. Diff. de querela inoff. donat. frat. §. 8. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen sogar behaupten, daß wegen einer in jenen Freundscontracten begangenen Treulosigkeit h. z. E. gar keine Infamie weiter statt finde, als VOET h. t. §. 9. und SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 35. et 36. Allein dieses läßt sich nicht erweisen, wie Hr. Prof. EMMINGHAUS ad Coccejum c. 1. gezeigt hat.

60) S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obf. 210. Reg 7. pag. 322. seq. EISENHARTS Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 2. Abth. Nr. 3. S. 81. QUISTORPS Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 77. Not. i. S. 100. KIND Quaestion. for. Lipsiae 1792. cap. 81. RUNDEN'S Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 307. und DANK Handbuch 3. B. §. 303.

§. 381.

In wiefern bewirkt ein Vergleich über eine infamirende Handlung eine Infamie?

Einem richterlichen Urtheile wird in dem römischen Rechte in Absicht auf die Wirkung der Ehelosigkeit ein außergerichtlicher Transact gleichgeachtet, wenn solcher über ein schuldgegebenes Verbrechen dergestalt eingegangen worden ist, daß man dem andern Geld oder Geldeswerth gegeben, um ihn von der Anklage abzuhalten ⁶¹). Ein solcher Vergleich schadete der Ehre des Verdächtigen eben so sehr, als wenn er der That überwiesen, und von dem Richter selbst verurtheilt worden wäre ⁶²). Denn man glaubte, es sey aus innerem Gefühle des bösen Gewissens geschehen, und erklärte daher einen solchen Transigenten geradezu für geständig ⁶³). Nicht gleiche Wirkung hatte jedoch ein Vergleich, der wegen einer beschuldigten Untreue in einem Contracte, in welchem sonst deßhalb auf Ehelosigkeit erkannt werden kann, geschlossen worden ist ⁶⁴). Denn hier hielt man den Vergleich nicht für so schändlich, als in jenem Falle, weil hier die Verbindlichkeit doch nicht bloß durch ein Verbrechen, sondern eigentlich durch einen Contract begründet worden ⁶⁵). Es ließ sich daher auch hier kein solches stillschweigendes Bekenntnis annehmen, als in jenem Falle, da über ein Verbrechen transigiret worden ⁶⁶).

N 3

Ob

61) L. 4. §. fin. L. 6. §. 3. D. h. t.

62) L. 18. C. Ex quib. caus. infam. irrog.

63) L. 5. D. h. t.

64) §. 2. l. de poena temere litigant. L. 7. D. h. t.

65) Ant. FABER Rational. ad. L. 7. D. h. t.

66) Ger. NOODT Commentar. ad Pandect. h. t. verb. Porro cit. Praetor. etc. Tom. II. Oper. pag. 79.

Ob nun gleich mehrere Rechtsgelehrte den heutigen Gebrauch dieser Grundsätze darum vertheidigen, weil nirgends eine Abänderung derselben zu befinden sey⁶⁷⁾; so stimmt doch der Gerichtsgebrauch mit dieser Meinung nicht überein, als nach welchem, wie bereits oben (§. 353. S. 68). bemerkt worden, aus einem wegen angeschuldigten Verbrechen eingegangenen Vergleiche noch kein stillschweigen- des Bekenntnis erwächst. Es kann daher derjenige, der einen solchen Vergleich geschlossen hat, heutiges Tages deshalb nicht gleich für ehrlos gehalten werden⁶⁸⁾. Man sieht hieraus, daß eine mittelbare Infamie nach dem heutigen Gerichtsgebrauche anders nicht, als durch das Urtheil des Richters bewirkt werden kann, und zwar erfordert man, wenn diese Wirkung eintreten soll, 1) daß das Urtheil von einem competenten Richter, und nicht etwa von einem bloßen Schiedsrichter⁶⁹⁾ (arbitro) gesprochen, 2) gegen denjenigen selbst⁷⁰⁾, welcher sich der infamirenden Handlung schuldig gemacht hat, und nicht gegen desselben Procurator, oder Erben gerichtet seyn⁷¹⁾, und 3) die Rechtskraft beschritten haben müsse⁷²⁾. Da
übr.

67) *de cocceji in iure civ. contro. h. t. Qu. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 17. 18. et 19. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 323.*

68) *SCHAUMBURG Compend. iur. Digest. Lib. II. Tit. 15. §. 7. in fin. MOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 211. voc. Transigens pag. 369. und Vol. VI. Obs. 794. Quis for p. peinliches Recht 1. Th. §. 103.*

69) *L. 13. §. 5. D. h. t.*

70) *L. 4. §. ult. D. h. t.*

71) *L. 6. §. 2. D. h. t.*

72) Ist gegen das richterliche Erkenntnis ein Rechtsmittel eingewendet worden, so wird die Wirkung der Infamie erst von der

übrigens der Richter nur Diener der Geseze ist, so darf er über Ehre und Schande seiner Untergebenen durch seine Aussprüche nur in so weit entscheiden, als die Geseze ihm hierin Gewalt eingeräumt haben. Er ist daher 1) nicht befugt, dem Angeeschuldigten die Ehre in seinem Urtheile vorzubehalten, wenn das Gesez in dem vorliegenden Falle die Ehrlosigkeit ausdrücklich verordnet hat ⁷³⁾, oder dieselbe eine nothwendige Folge der Strafe ist ⁷⁴⁾. Man behauptet zwar in der Praxis, wie schon oben (§. 377. S. 158.) bemerkt worden, daß der Richter die von dem Verbrecher verdiente Ehrlosigkeit dadurch nachlassen könne, daß er statt der gesetzlichen Strafe auf eine härtere Leibesstrafe erkennt. Allein daß diese Meinung eigentlich den Gesezen nicht gemäß sey, habe ich schon am angeführten Orte (S. 156.) gezeigt. Wenn es hingegen 2) gegen die Absicht des Gesezgebers seyn würde, daß jemand für ehrlos gehalten werden soll, die auferlegte Strafe auch an sich diese Eigenschaft nicht hat, gleichwohl aber zu befürchten ist, daß das Publicum das Urtheil zu streng auslegen, und Ehrlosigkeit da annehmen möchte, wo sie nicht eintreten soll; dann ist es Pflicht des Richters, dem Be-

N 4

Straf

der Zeit an gerechnet, da das Erkenntniß der erstern Instanz von dem obern Richter bestätigt worden ist. L. 6. §. 1. D. h. t. VOET h. t. §. 6.

- 73) MARCIANUS L. 1. §. 6. D. ad SCtum Turpill. sagt schon: Facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis: poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur. Man sehe hier STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 14.
- 74) L. 63 D. de furt. Ant. MATTHAEI de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 3. nr. 15. und besonders Kleinschrods systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 3. Th. §. 90.

strafen im Urtheile die Ehre vorzubehalten, deren Kränkung sonst leicht zu besorgen wäre⁷⁵⁾.

S. 382.

Unterschied zwischen der infamia iuris und infamia facti 1) in Ansehung ihrer Dauer.

Der Unterschied zwischen den bisher erklärten beyden Hauptgattungen der Infamie, nämlich der infamiae iuris und facti, äussert sich nun in mehr als einer Rücksicht.

1) Wenn die Frage entsteht, wann und wodurch die Ehrlosigkeit aufhört?

a) Die infamia iuris kann nämlich der Regel nach anders nicht, als dadurch aufgehoben werden, wenn der Ehrlose seine bürgerliche Ehre von dem wieder erhält, welchem das Begnadigungsrecht zusteht⁷⁶⁾. Diese Wiederherstellung der verlohrnen Ehre ist ein Vorrecht des Regenten, welches in Ansehung der Reichsunmittelbaren in Teutschland nur dem Kaiser, in Ansehung der mittelbaren Reichsunterthanen hingegen einem jeden Landesherren in seinem Lande mit voller Wirkung zusteht⁷⁷⁾; die

75) Kleinschrob a. a. O. S. 159.

76) Kleinschrob a. a. O. §. 90. S. 158. Kunds Grund-
sätze des teutschen Privatrechts §. 304.

77) Mich. Henr. GRIEBNER Diss. de iure principum imperii re-
stituendi famam; (in *Opuscul. iur. publ.* Tom. I. pag. 76.)
Hrn. Hofr. Schnauberts Abhandl. in wiefern das Recht,
einen Mittelbaren wieder ehrlich zu machen, ein kaiserliches
Reservatrecht, oder eine Landeshoheitsgerechtsame sey? in
Desselden Beyträgen zum Staats- und Kirchenrecht 1. Th.
Nr. IX. S. 90. ff.

die Infamie mag sich in gemeinen oder besondern Rechten gründen⁷⁸⁾. Der Regent restituirt jedoch die Ehre nicht immer ausdrücklich, mittelst eines delfalls ertheilten Rescripts; sondern er kann solches auch stillschweigend dadurch bewirken, daß er den Ehrlosen wieder in sein Amt einsetzt, oder ihm sonst eine Würde ertheilt⁷⁹⁾. Zuweilen kann auch die verlorne bürgerliche Ehre durch Ablauf einer Zeit wieder erlangt werden, wenn nämlich die Strafe der Ehrlosigkeit ausdrücklich nur auf eine gewisse Zeit in dem richterlichen Urtheile war auferlegt worden⁸⁰⁾. Ist dieses nicht ausdrücklich geschehen, so erlöschen eigentlich die Wirkungen der Infamie deswegen noch nicht, wenn die Strafe aufhört, die sie wirkte, sondern es wird auch in diesem Falle eine restitutio famae erfordert. Es ist dieses nicht etwa bloß den Grundsätzen des römischen Rechts⁸¹⁾ gemäß, nach welchen, wie oben (§. 377.) bemerkt worden ist, die Infamie nicht aus der Strafe, sondern aus dem Verbrechen entspringt, dessen Existenz freylich nie vertilgt werden kann; sondern es läßt sich dieses auch nach deutschen Grundsätzen behaupten, und muß daher auch noch heutiges Tages statt finden⁸²⁾. Denn nach deutschen Sit-

R 5

ten

78) Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 3. Th. §. 304.

79) VOET ad Pandect. h. t. §. 7. a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. LII. Coroll. 1. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 326.

80) L. 3. §. 1. D. de decurion. L. 8. D. de postul. L. 3. C. Ex quib. caus. infam. irrogat. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 23.

81) L. 6. Cod. h. t.

82) de COCCEJI in iure civ. contrav. h. t. Qu. 7.

ten wird derjenige für ehrlos gehalten, der einmal unter des Henkers Händen gewesen ist. Auch dieses kann nicht ungeschehen gemacht werden; also dauert der Grund und die Veranlassung der Ehrlosigkeit fort, bis der Regent sie aufhebt⁸³⁾.

b) Die infamia facti hingegen kann auch, ohne landesherrliche Restitution, von selbst durch Lebensbesserung erlöschen⁸⁴⁾; obwohl in solchen Fällen, da die infamia facti zugleich durch ein richterliches Urtheil bewirkt wurde⁸⁵⁾, um, diese Wirkung völlig aufzuheben, die Wiederherstellung der Ehre ebenfalls bey dem Landesherren zu suchen ist⁸⁶⁾.

§. 383.

- 2) Unterschied zwischen der infamia iuris und facti in Ansehung ihrer rechtlichen Wirkungen.

Obgleich die Wirkung der Ehrlosigkeit überhaupt in dem Verluste aller derjenigen Rechte und Vortheile besteht,

83) *Io. Tob. Richter selectior. iuris Princip. ad ord. Digestor. exposit. Disput. VI. §. 14. und Kleinschrod a. a. O. §. 90. C. 158.*

84) *SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. X. §. 26. in fin. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 329. Man will behaupten, daß diese Besserung schon seit wenigstens drey Jahren gedauert haben müsse. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. II. Th. 14. circ. fin.*

85) *L. 2. D. de Obseq. parent. et patron. praes. L. 1. §. 43. D. de vi et vi armata. SCHLITTE ad Ludovici usum pract. Distinction. iurid. h. t. Not. A. pag. 94.*

86) *HOFACKER c. 1.*

steht, welche in der bürgerlichen Gesellschaft mit dem guten Namen verbunden sind, so ist jedoch,

II) wenn die rechtlichen Wirkungen der Infamie näher bestimmt werden sollen, wieder ein nicht geringer Unterschied zwischen der infamia iuris und facti zu bemerken. Soviel also

a) die Wirkungen der infamiae iuris anbetrifft, so bestehen sie darin.

1) Der Ehrlose verliert alle Würden und Aemter, die er bisher im Staate verwaltete, und wird auch zu künftigen Ehrenstellen unfähig⁸⁷⁾.

2) Der Handwerker, welcher sich eine infamiam iuris zugezogen hat, kann aus der Zunft und Innung gestossen werden⁸⁸⁾, und der Kaufmann, der wegen eines muthwilligen Banquerouts ehrlos geworden, darf nicht mehr auf die Börse kommen⁸⁹⁾.

3) Ein solcher Ehrloser ist auch, wenigstens nach dem canonischen Rechte⁹⁰⁾, ganz unfähig, ein gültiges Zeugnis abzulegen. Das römische Recht schließt Ehrlose nicht schlechterdings aus, sondern überläßt es dem Ermessen des Richters, welchen Glauben er ihrem Zeugniß

87) *L. 2. et 12. Cod. de dignitat. L. 8. Cod. de decurion.*

88) *Kleinschrod 3. B. §. 90. C. 157.*

89) *Kunde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 306.*

90) *Cap. 7. c. 13. c. 54. et 56. X. de testib. Cap. 1. X. de Except. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 786.*

niß beylegen will⁹¹⁾. Allein die Provis richtet sich hiev nach den Grundsätzen des canonischen Rechts⁹²⁾; welche auch in vielen Statuten ausdrücklich bestätigt worden sind⁹³⁾. Diesen Wirkungen fügen einige neuere Rechtsgelehrte auch noch

4) den Verlust eines ehrlichen Begräbnisses, und der Befugnis, ein Testament zu machen, bey⁹⁴⁾. Allein diese Folgen sollen nach dem canonischen Rechte⁹⁵⁾ nur eigentlich bey denjenigen statt finden, die einer offenbaren Zinswucherer wegen ehrlos geworden sind. Sie können also nicht als gemeine Wirkungen der Ehrlosigkeit angesehen werden⁹⁶⁾, und finden überdem h. z. E. nicht einmal

91) *L. 3. pr. et §. 5. D. de testib. L. 13. D. cod. Franc. DUARENUS Disputation anniverfar. Lib. II. cap. 23. BACHOVIVS ad Treutlerum. Vol. II. Disp. 5. Th. 8. lit. B. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 325. Anderer Meinung ist jedoch de cocceji in iure civ. contrav. h. t. Qu. 6.*

92) *S. Iust. Henn. BOEHMER Ius Eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 10. STRYK Ul. Mod. Pandect. Lib. XXII. Tit. 5. §. 2. Io. Sam. Frid. de BOEHMER Observat. select. ad Carpovium Qu. 114. Obl. 4. und de PUFFENDORF Observ. iur. univ. Tom. II. Obl. 18. Anderer Meinung sind jedoch Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. 2. Th. §. 691. Nor. y. und KIND Quaest. for. cap. 81. p. 318.*

93) LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pract. h. t. §. 22. nr. 4.

94) Runde in den angef. Grundsätzen §. 306. und Danz im Handbuch des teutschen Privatrechts 3. B. §. 306. nr. 4.

95) *Cap. 3. X. de Usur. Cap. 2. de Usur. in 6to.*

96) *Kleinschrod a. a. D. §. 90. Not. i.*

mal mehr bey dem verbotenen Zinswucher statt⁹⁷⁾. Was hiernächst

b) die Wirkungen der infamiae facti anbetrißt, so hindert diese zwar an der Erwerbung öffentlicher Aemter und Würden, allein eine Entsetzung findet deßhalb nur alsdann statt, wenn derjenige, welcher sich diesen üblen Ruf durch seinen schlechten Lebenswandel zugezogen hat, entweder wegen des gegebenen öffentlichen Aergernisses, oder wegen gänzlicher Vernachlässigung seines Amtes, und fruchtlos gebliebenen Ermahnung, sich zur fernern Verwaltung seines Amtes ganz unfähig gemacht haben sollte⁹⁸⁾. Eine solche Infamie schwächt ferner die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, wenn sie gleich keine gänzliche Untüchtigkeit zum Zeugnißablegen bewirkt. Das Zeugnis eines solchen Menschen wird für verdächtig gehalten⁹⁹⁾.

§. 384.

97) *Quistorps* Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 449. *S.* 677. *Lud. God. Madihn* Princip. iur. Rom. de successionibus §. 104. In Kursachsen findet jedoch die Strafe des canonischen Rechts bey dem verbotenen Zinswucher noch statt. *S.* *Wiesand* Opuscula pag. 120.

98) *Schaumburg* Compend. iuris Digestor. h. t. §. 9. *Boehmer* Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 9. *Ludovici* Us. pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 1. pag. 96. Andere behaupten jedoch schlechthin, daß eine infamia facti eben sowohl, als die infamia iuris den Verlust schon erworbener Aemter und Würden nach sich ziehe. *S.* *Lauterbach* Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 30. *Voet* h. t. §. 4. *Carpzov* Respons. Lib. II. Resq. 100. und *Hofacker* Princip. iur. civ. Tom. I. §. 328.

99) *L.* 3. pr. *D. de Testib.* *Carpzov* P. I. Const. 16 Definit. 71. nr. 7. *J. H. Boehmer* c. 1. *Lauterbach* h. t. §. 30. *Berger* Oecon. iur. Lib. IV. Tit. XXIV. Th. 3. Not. 2. *Hofacker* c. 1.

§. 384.

Die Infamie giebt der Inofficiositätsklage Raum.

Darin haben jedoch beyde Arten der Infamie gleiche Wirkung, daß Ehrlose, sie seyen mit einer *infamia iuris* oder *facti* behaftet, zu den schändlichen Personen gehören, wider welche den Geschwistern die *querela inofficiosi testamenti* oder *inofficiosae donationis* zusteht, wenn ihnen solche Personen im Testamente vorgezogen, oder des Verstorbenen Güter sonst an sie verschenkt worden sind ¹⁰⁰⁾. Es muß nur nicht etwa eine *restitutio famae* noch bey Lebzeiten des Erblassers erfolgt ¹⁾, oder der übergangene Bruder selbst mit einer Infamie behaftet seyn ²⁾. Denn in beyden Fällen hat die Klage des pflichtwidrigen Testaments keine Statt.

§. 385.

Von der *Levis notae macula*, oder der Anrüchtheit nach römischen und teutschen Rechten.

Daß es ausser der eigentlichen Infamie, von welcher bisher gehandelt worden, noch einen andern von den
Gesetzen

100) *L. 27. C. de inoff. testam. L. ult. C. de inoff. donat.*
LAUTERBACH h. t. §. 22. et 29. HOFACKER T. I. §. 325. et
328. *Ge. Lud. BOEHMER* Diff. de *querela inofficiosae donationis fratrum*. *Chr. RAU* Diff. de *querela inofficiosae donationis*. *Lipsiae* 1775. §. 5. *Kleinschrod a. a. O.* §. 90. C. 157.

1) *BOEHMER* cit. Diff. §. 10.

2) *BERGER* *Oecon. iuris* Lib. II. Tit. IV. §. 17. Not. 8. *de COCCERI* in *iure civ. controuv.* Lib. V. Tit. 2. Qu. 12. und *HOFACKER* *Princip. iur. civ.* T. II. §. 1693. Not. I.

Gesetzen anerkannten verächtlichen Zustand giebt, den man *levis notae maculam* oder Anrüchtigkeit nennt ³⁾ ist schon oben (§. 374. S. 134) bemerkt worden. Zwar ist die Benennung *levis notae macula*, welche in der *L. 27. Cod. de inoff. testam.* ⁴⁾ von der *infamia* und *turpitudine* unterschieden wird, wohl unstreitig ein *Tribonianismus*, wenn man damit die *L. 1. et 3. Cod. Theodof. de inoff. testam.* vergleicht, aus welchen jene *L. 27.* geflossen ist. Es läßt sich aber doch deswegen noch nicht gleich behaupten, daß die Sache selbst eine bloße Erfindung der Rechtsgelehrten sey, die in den Gesetzen gar keinen Grund habe. Denn Kr. Constantin der Große unterscheidet doch selbst in der angeführten *L. 3. Cod. Theod. de inoff. testam.* *turpitudinem levem notam* ausdrücklich von einander ⁵⁾, und Heineccius ⁶⁾ hat

3) Io. Andr. FROMMANN Diss. de *levis notae macula*. *Tubingae* 1672. BERGER Diss. de eod. arg. Nach dem römischen Rechte hat diese Materie HEINECCIUS in der von unserm Verf. angeführten Diss. am besten abgehandelt. Nach teutschen Rechten hingegen ist sie vom Io. Frid. PLITT vorzüglich bearbeitet worden, dessen Dissertat. de *levis notae macula secundum ius Germ.* nicht zu Rinteln 1785, sondern *Marburgi Cattor.* 1784. erschienen ist.

4) Die Worte dieser Constitution, die hierher gehören, lauten so: *Con sanguinei autem — contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso querelam movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspersantur.*

5) Unde claret, sagt daselbst Constantin actionem inofficiosi fratribus relaxatam, quum *infamiae* adspergitur vitis is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi; quae per *turpitudinem* aut aliquam levem notam capere non potest institutus.

hat wohl nicht unrecht, wenn er behauptet, daß **Constantin** hierbey vorzüglich auf die *Legem Papiam Poppaeam* Rücksicht genommen, und unter denjenigen, welche *propter levem notam* die Erbschaft nicht behalten konnten, von welcher der Testator seine Geschwister ausgeschlossen hatte, solche Personen verstanden habe, mit welchen das gedachte *Papische Gesetz* den Senatoren sowohl, als deren Kindern die Ehe untersagt hatte ⁷⁾; von denen nun aber diejenigen unterschieden waren, *quae per turpitudinem capere non poterant hereditatem*, mit welchen nicht einmal ein freygebohrner Plebejer in rechtmässiger Ehe leben konnte ⁸⁾. Es ist indessen freylich die heutige *levis notae macula* oder Anrüchigkeit hauptsächlich aus teutschen Gesetzen zu beurtheilen. Sie kann nun aus einer dreyfachen Quelle entspringen;

1) aus einem Schandfleck der Geburt oder Abstammung. Daher waren

a) Nach römischen Rechten die Kinder solcher Eltern anrücklich, welche mit einer Infamie behaftet waren; z. B. die Kinder der Histrionen und Pantomimen.

6) Diss. de *levis notae macula* §. 16. et §. 20. seqq. Es hatte zwar *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de querela inofficiosi fratrum consanguineorum. *Halae* 1721. rec. 1739. §. 16. gegen die Meinung des *Heineccius* verschiedenes erinnert, allein *Heineccius* hat die *Böhmerschen* Einwürfe gründlich beantwortet in Praefat. *Opusculor. varior. Syllogi praemissa.* (*Halae* 1735. pag. 14. seqq.)

7) Diese werden in der *L. 44. D. de ritu nupt.* angeführt.

8) Man sehe von diesen die *L. 43. D. eod.* und überhaupt de SELCHOW Select. cap. doctrinae de infamia §. 5.

men ⁹⁾. Mit diesen durfte kein Senator, noch sonst Jemand, der aus senatorischem Geblüte abstammte, eine Ehe schließen ¹⁰⁾. Man durfte sie auch nicht seinen Geschwistern im Testamente vorziehen ¹¹⁾. Eben so anrücklich waren ferner ihrer Abstammung wegen, wenigstens vor Justinians Zeiten,

b) die Freygelassenen. Bey diesen konnte jedoch die *macula pristinae servitutis*, wie Modestinus ¹²⁾ sagt, durch eine *restitutionem natalium* ausgerüttet werden. Hieher gehörten

c) nach teutschen Rechten ehemals auch die Kinder der sogenannten Waisenmeister und Abbeker ¹³⁾. Deren Anruchtigkeit ist jedoch durch den jüngern Reichsschluß von 1772. die Abschaffung der Handwerksmißbräuche betreffend, Art. 5. aufgehoben, und verordnet worden, daß solche Kinder, wenn sie die verwerfliche Arbeit ihrer Väter noch nicht getrieben haben, noch treiben wollen, von den Handwerkern und andern ehrlichen Gesellschaften und Gemeinheiten nicht ausgeschlossen, sondern die Söhne von den Handwerksmeistern, ohne daß es einer dießfallsigen Legitimation bedürfe, gleich anderer

red.

9) *L. 44. pr. D. de rit. nupt.* HEINECCIUS cit. Diff. §. 24.

10) ULPIANUS *Fragm. Tit. XIII. §. 1. et 2.* HEINECCIUS in *Comment. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II cap. I. §. 2.* seqq.

11) *L. 27. Cod. de test. inoffic.*

12) *L. 5. D. de natal. restit.* HEINECCIUS cit. Diff. §. 25.

13) Reichsschluß von 1731. die Abstellung der Handwerksmißbräuche betreffend Art. 4. in der Neuen Sammlung der Reichsabschiede Th. IV. S. 379.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

redlicher Leute Kindern, unbedenklich in die Lehre genommen, und für Handwerks- auch der Meisterschaft fähig angesehen werden sollen ¹⁴⁾). Endlich gehören noch

d) zu dieser ersten Classe der Anruchtigen diejenigen, welche unehelicher Geburt sind. Ob die Spurio nach Römischen Rechten an einer Makel laborirt haben, ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige angesehene Rechtsgelehrten ¹⁵⁾ wollen dieses behaupten; allein Püttermann ¹⁶⁾ hat schon diese Meinung hinlänglich widerlegt ¹⁷⁾). Nach teutschen Rechten ist es wohl außer allem Zweifel, daß unehelich Geborne mit einer Anruchtigkeit behaftet sind, wie ich schon an einem andern Orte ¹⁸⁾ gezeigt habe. Es läßt sich auch nicht be-

14) Schemmelmantels Repertorium des Staats- und Lehnrechts Th. II. S. 409. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. Danz Handbuch 3. B. §. 339. C. 93.

15) Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 3. Cod. Theodof. de inoffic. testam. Tom. I. pag. 203. seq. Ant. SCHULTING in Enarrat. part. I. Digest. h. t. §. 14. Io. Ortio WESTENBERG Diss. II. de portione legitima Cap. IV. §. 5. und Aeg. GRAFLAND in Diss. ad L. 27. Cod. de inoff. test. (Lugd. Batav. 1751. Cap. II. §. 6.

16) in Diss. de querela inofficiosi testamenti fratribus atque sororibus contra spurios haud competente. Lipsiae 1772. Man sehe auch VOET in Comment. ad tit. Dig. de inoff. test. §. 10. und Ge. Steph. WIESLAND Opuscula pag. 266. 1699.

17) L. 3. §. 2. L. 6. D. de Decurion. Can. 4. et 5. Dist. LVI. Nur bey Bewerbung um Ehrenstellen mußten Spurio nachsehen, wenn ein anderer sich um das nämliche Amt bewarb, der mit gleichen Fähigkeiten, zugleich eine eheliche Geburt verband. L. 3. §. 2. D. cit.

18) 2. Th. §. 116. C. 86.

behaupten, daß diese Unrächtigkeit unehelicher Kinder durch die Reichsschlüsse von 1731. und 1772. sey aufgehoben worden; sie wird vielmehr in dem erstern ¹⁹⁾ nicht undeutlich dadurch bestätigt, daß nach demselben blos zwischen ehelich und unehelich erzeugten, aber legitimirten Kindern, kein Unterschied in Absicht auf die Zulassung zu Handwertern gemacht werden soll ²⁰⁾. Daher werden Unehelichgebohrne noch bis auf den heutigen Tag, ohne vorhergehende Legitimation, in Zünfte und Innungen nicht aufgenommen. Ja selbst noch nach der Legitimation sind sie von mancherley Ehrenstellen, z. B. von der eines Reichscammergerichtsbesizers und Reichshofraths, ausgeschlossen ²¹⁾. Eben dieses gilt in mehreren Ländern auch vom Richteramte, ja sogar von dem Bürgerrechte in manchen Städten ²²⁾. Auch das canonische Recht erklärt die Unehelichen für irregulär, und schließt sie von geistlichen Orden aus ²³⁾. Ausser der Ehe gebohrne sind endlich auch vermöge der longobardischen und teutschen Lehnsgesetze zur Lehnfolge unfähig, wenn sie gleich legitimirt worden sind ²⁴⁾. Dagegen

D 2

kann

19) Reichsschluß von 1731. §. 11.

20) *Gerstlacher's Handbuch der teutschen Reichsgesetze* Th. X. S. 2030. u. 2067. *de SELCHOW* Diff. select. capita doct. de infamia cont. §. 13. *PLITT* cit. Diff. §. 20 et 21. *Danz Handbuch* 3. Th. §. 308.

21) *Reichscammer G. Ordn. T. I. Tit. 3. §. 2. Reichshofr. Ordn. Tit. I. §. 1. HOFACKER* Princip. iur. civ. T. I. §. 331.

22) *de SELCHOW* cit. Diff. §. 13. *PLITT* cit. Diff. §. 20. in fin.

23) *Cap. 13. X. qui filii sint legitimi. Cap. 14. et 18. X. de filiis presbyt.*

24) Man sehe, was hiervon schon im 2. Theile §. 146. Nr. 1. vorgekommen ist.

kann das Zeugniß solcher Personen weder verworfen, noch für suspect gehalten werden²⁵⁾; es findet auch gegen ein brüderliches Testament wegen der Erbeinsetzung eines Spurii die querela inofficiosi testamenti nicht statt²⁶⁾. Uebrigens erstreckt sich diese Makel der unehelich Geborenen keinesweges auf die von ihnen ehelich erzeugten Kinder²⁷⁾; so wie denn überhaupt nach heutigen Rechten auch selbst die Kinder solcher Eltern, die sich eine wirkliche Infamie zugezogen haben, nicht mehr für anruchtig gehalten werden²⁸⁾.

2) Eine andere Quelle der Anruchtigkeit ist verwerfliche Handthierung. Aus diesem Grunde war bey den Römern der Carnifex mit einer levis notae macula behaftet²⁹⁾. Man brauchte ihn hauptsächlich zur

25) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obf. 211. I. v. *Levis notae macula*. pag. 157. WIESAND de conditione spuriorum recte aestimanda, in *Opuscul.* pag. 270. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. X. Not. o. pag. 297.

26) Gottl. STURM Diss. de spurio, herede instituto, querelam inofficiosi testamenti fratri excluso non procreante. *Vitemb.* 1733. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obf. 615. WIESAND c. I. pag. 269. und besonders PUTTMANN in der oben angef. Dissert. Anderer Meinung ist jedoch de COCCEJI in iure civ. controuv. Tit. de inoff. testam. Qu. XII. Not. I.

27) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 331. CARPZOV Lib. II. Decif. 111.

28) L. 26. D. de poen. L. 22. Cod. eod. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 32. WIESAND c. I. pag. 273.

29) CICERO pro Rabirio Cap. 5.

zur Folter, und Hinrichtung der Sklaven³⁰⁾. Denn bey freyen Personen ließ man die Todesurtheile durch Lictoren oder Soldaten vollstrecken³¹⁾. Der Carnifex konnte daher auch nicht Bürger seyn, und war von den Comitiiis, und andern öffentlichen Versammlungen und Gesellschaften der römischen Bürger ausgeschlossen, mußte auffser der Stadt wohnen, und sich durch das Tragen eines Glöckgens von andern ehrlichen Leuten unterscheiden³²⁾. Allein heutiges Tages unterscheidet man zwischen dem Nachrichter oder Scharfrichter, und dem Schinder, Kaviller, Abdeker oder Henker³³⁾. Letzterer vollziehet nicht nur die schimpflichen Leibes- und Lebensstrafen mit eigener Hand, sondern ist auch zu andern schmutzigen Verrichtungen bestimmt, deren selbst der gemeine Pöbel sich schämt, z. B. zur Abdeckung des verreckten Viehes, und Einscharrung desselben; ferner zum Todschlagen der tollen Hunde, u. d. Nur dieser ist daher allein nach dem Reichschluß von 1731. §. 4. anrücklich, und von Handwerkern und andern ehrlichen Gesellschaften ausgeschlossen. Dagegen ist der Scharfrichter dem Schinder nicht schlechthin gleichzurechnen. Denn dieser nimmt, als solcher, an den schmutzigen Abdecker verrichtungen keinen Antheil, sondern desselben eigentliche Bestimmung besteht der Regel nach darin, daß er die Strafe des Enthauptens voll-

D 3

zieht,

30) SIGONIUS de iure civit. Rom. Lib. I. cap. 15.

31) Pet. FABER Semestr. Lib. II. cap. 9.

32) HEINECCIUS in Diss. de levis notae macula §. 33. und BOEHMER D. de executionis poenarum capitalium honestate §. 16. seqq.

33) Dantz im Handbuch 2. B. §. 309.

zieht, bey der Tortur, dem Hängen, und andern Leibes- und Lebensstrafen aber nur die Aufsicht hat, und überhaupt an Missethäter nie selbst Hand legt. Das Amt eines Scharfrichters ist daher an sich mit keiner Makel behaftet, vielmehr durch den oben angeführten Reichsschluß von 1731. dadurch von aller Anrüchigkeit freigesprochen worden, daß daselbst ganz ausdrücklich nur blos der Schinder allein gedacht worden ist³⁴⁾. Nach dem Gerichtsgebrauche wird daher einem Scharfrichter nicht verwehrt, in der Stadt zu wohnen, sich ein eignes Haus anzuschaffen, und sogar das Bürgerrecht zu erlangen³⁵⁾. Ein anders wäre freylich, wenn der Scharfrichter zugleich die Cavillerie hätte, und solche auch in eigner Person triebe³⁶⁾. Denn in Ansehung solcher Nachrichten, die zugleich das Amt der Schinder versehen, wäre wohl die Anwendung des oben angeführten Reichsschlusses, nach welchem die Schinder für unehrlich erklärt werden, keinem Zweifel unterworfen. Nur unter dieser Einschränkung ließe sich also die Meinung des seel. Hofr. Meisters³⁷⁾, welcher die Scharfrichter für anrücklich halten will, rechtfertigen.

Zu

34) *Abr. KAESTNER* Diff. de carnifice fama non laborante. *Lipsiae* 1745. de *SELCHOW* Select. cap. doctrinae de infamia. §. 11. und besonders *PLITT* cit. Diff. §. 10—20.

35) von *Quistorp* Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien IV. St. Nr. V. S. 90. oder N. L. der neuen Auflage. (Nost. und Leipzig 1787.) *WERNER* Observat. for. T. III. P. II. Obs. 419. und *HOMMEL* Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 151.

36) *Quistorp*s Grundsätze des peinlichen Rechts 2. Th. §. 553.

37) Vollständige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Deutschland Th. I. Abschn. 1. Kap. 6. §. 11.

Zu dieser zweyten Classe der Anrüchtigen werden auch diejenigen gezählet, die bey ihrer an sich verächtlichen Lebensart keinen fixirten Wohnsitz haben; als herumirrende Zigeuner, Warenaufkäufer, Marktschreier, Gaukler, Seiltänzer, Marionettenspieler u. d. ³⁸⁾, obwohl einige neuere Rechtsgelehrte dennoch dergleichen Gesindel von aller Anrüchtigkeit freysprechen wollen ³⁹⁾. Soviel ist wohl außer Zweifel, daß sie nicht ad honestae et inculpatae vitae homines gehören; und da hierauf bey Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen hauptsächlich zu sehen ist ⁴⁰⁾, so kann man wohl dem Zeugniß solcher Personen keine vollkommene Beweiskraft beylegen ⁴¹⁾. Es scheint mir auch gar nicht unbillig zu seyn, die Klage des pflichtwidrigen Testaments in einem solchen Falle zu gestatten, da Jemand solche Personen seinen Geschwistern vorgezogen hat, denn die Beleidigung für die übergangenen Geschwister ist wohl immer die nämliche, als wenn der Testirer ihnen den Schinder vorgezogen hätte, in welchem Falle man doch die querelam in-

D 4

offi.

38) Reichs. Pollicey-Ordnung v. J. 1577. Tit. 28—31. In dem Reichsschl. vom 1731. §. 4. ist hierin nichts abgeändert, denn da ist bloß von Professionen und Handthierungen die Rede, die von Landeseinwohnern getrieben werden, von diesen sollen keine andern, denn die Schinder allein, anrücklich seyn. S. Runden §. 310. des teutschen Privatrechts §. 310.

39) PLITT cit. Diff. §. 22. und Danz Handbuch 3. B. §. 310.

40) L. 3. pr. D. de testibus.

41) S. Tr. THOMASII in Diff. de probatione per testes levis notae macula laborantes. Lipsiae 1726. Runde a. a. O. §. 311.

officiosi testamenti zuzulassen pflegt ⁴²⁾). Ob die Anrichtigkeit bey den Schindern die Glaubwürdigkeit ihrer Zeugnisse mindere, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. *Leyser* ⁴³⁾ will sie nicht als vollgültige Zeugen gelten lassen. Andere hingegen widersprechen dieser Meinung aus dem Grunde, weil nach den Gesetzen kein Amt an sich, sondern die schlechte Aufführung den Zeugen verdächtig macht ⁴⁴⁾). Soviel ist wohl außer Zweifel, daß das Zeugniß der Abdecker in Sachen, die in ihr Amt einschlagen, z. B. wenn es auf Besichtigung eines kranken oder gefallenen Stück Viehes ankommt, vollen Glauben verdient ⁴⁵⁾).

Endlich können auch die Wirkungen der Anrichtigkeit 3) aus einem articulirten Verhör oder der erhobenen Specialinquisition erwachsen, denn diese ist bekanntermassen mit der Folge verbunden, daß der Inquisit während der Untersuchung von öffentlichen Aemtern suspendirt, und von den Zusammenkünften der Zünfte, und von andern ehrbaren Gesellschaften ausgeschlossen, auch nicht zu neuen Ehrenstellen gelassen wird, so lange
er

42) de COCCEJI in iure civ. contr. Lib. V. Tit. 2. Qu. 12. LAUTERBACH in colleg. Pandect. h. t. §. 34. *Danz Handbuch* 3. B. §. 311. nr. 3. §. 99. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 330.

43) *Medit. ad Pandect. Vol. I. Specim. LII. meditat. 8.*

44) MÜLLER in *Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Fasc. II. Obf. 175.* FLITT cit. *Diff. §. 28.* *Danz a. a. O. nr. 4.* Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji ius. civ. contr. h. t. Qu. X. Not. o. in fin. und I. H. BOEHMER introduct. in ius Digest. h. t. §. 11.*

45) FROMMANN cit. *Diff. de levis notae macula §. 55.*

er nicht seine Unschuld dargethan, oder eine Absolution der Untersuchung ein Ende gemacht hat ⁴⁶⁾). Ehe dieses geschehen ist, bringt auch das Zeugniß eines solchen Inquiriten keinen genugsamen Beweis hervor ⁴⁷⁾, und der Lehnherr kann ihm die Belehnung verweigern ⁴⁸⁾).

Uebrigens darf man nie außer Acht lassen, daß die Unrichtigkeit keine wahre Infamie ist. Sie zieht also nicht, wie diese, den Verlust der ganzen Summe derjenigen Rechte nach sich, welche von der bürgerlichen Ehre abhängen, sondern es sind ihr nur diejenigen nachtheiligen Wirkungen beizulegen, welche die Gesetze ausdrücklich bestimmt haben ⁴⁹⁾).

46) *L. un C. de reis postul.* von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 674.

47) *Cap. 56. X. de testib. Cap. 10. X. de purgat. canon.* LEYSER Meditat ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLX. medit. 18. pag. 462.

48) Sächf. Lehnrecht. Kap. 4. Schwäbisch. Lehnrecht Kap. 1. §. 4. *Vet. auct. de beneficiis* Cap. I. §. 4.

49) FLITT §. 24. DAPP §. 311.

De Procuratoribus et Defensoribus.

§. 386. u. 387.

Begriff und verschiedene Eintheilungen der Procuratoren.
Findet eine stillschweigende Bevollmächtigung auch in gericht-
lichen Sachen statt?

Procurator, ein Anwalt, Bevollmächtigter, oder
Gewalthaber, ist überhaupt derjenige, welcher
fremde Geschäfte, dem Auftrage des Eigenthümers gemäß,
verwaltet ⁵⁰⁾. Man unterscheide ihn von einem *Defensore*,
und *Negotiorum gestore*. Beide besorgen fremde Geschäfte
ohne Auftrag, jener gerichtliche, dieser außergerichtliche.
Von den *negotiorum gestoribus* ein mehreres ad Tit. 5.
In Ansehung der *Defensorum* bemerke ich nur noch, daß in
der eigentlichen Bedeutung dieses Worts nur diejenigen so ge-
nenne

50) *L. 1. pr. D. h. t.* Procurator est, qui aliena negotia man-
datu domini administrat. Die Gesetze dieses Titels der Pan-
ecten sowohl, als auch des 13. Titels im 2. Buche des Codex
de Procuratoribus erläutert sehr gut Hub. GIPHANIUS in Le-
cturis Altorfin. (Francof. 1605. 4.) pag. 1. seqq. Ausserdem
sind noch zu bemerken: *Christ. Cod.* HOFFMANN Diss. de ori-
gine et conditione procuratorum iure Rom. et canonico, nec
non eorum progressu in forum germanicum. Halae 1716. *Frid.*
Ulr. FESTEL Diss. illustrans varias controversias circa mate-
riam de procuratoribus. Rintelii 1743. *Rud. Christ.* HENNE
Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita. Erfordiae
1768. und Eud. Ferd. Dapp Versuch über die Lehre von
der Legitimation zum Proceß. Frankfurt am Mayn
1789. 8.

nennt werden, welche den Beklagten vor Gericht vertreten, ohne dazu eine Vollmacht von demselben erhalten zu haben⁵¹⁾. Diese werden der Billigkeit wegen, auch ohne Vollmacht, zugelassen, quia publice utile est, wie Ulpian⁵²⁾ sagt, absentes a quibuscunque defendi. Nur müssen sie Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses machen, wenn solches wider ihren Principal ausfallen sollte. Nemo enim alienae litis idoneus defensor sine satisfactione intelligitur⁵³⁾; und von dieser Sicherheitsbestellung befreiet weder Reichthum, noch Würde⁵⁴⁾. Eine besondere Caution wegen der Genehmigung des Principals ist nicht nöthig, ausser wenn die angestellte Klage eine actio in rem ist⁵⁵⁾. Denn gesetzt, der Defensor hätte auch die Sache, dem iudicato gemäß, dem Kläger restituirt, so könnte ja der Principal, den das rechtskräftige Erkenntniß nicht verbindet, die Sache aufs neue vindiciren, und der vorige Kläger hätte ohne eine cautio rati keinen Regreß. Bey Personalklagen hingegen kommt es auf diese besondere Genehmigung des abwesenden Beklagten nicht an⁵⁶⁾. Denn
hier

51) L. 51. §. 1. D. h. t. L. 76. D. cod. L. un. in fin. C. de Satisfacendo. GIPHANIUS ad h. Tit. pag. 9. und WESTENBERG in Digest. h. t. §. 42.

52) L. 33. §. 2. D. h. t.

53) L. 46. §. 2. D. h. t.

54) L. 51. §. 2. L. 52. L. 53. D. h. t.

55) L. 40. §. 2. D. h. t. de COCCII ius civ. contr. h. t. Qu. 17.

56) Es giebt jedoch hiervon Ausnahmen. Man sehe L. 39. §. ult. D. h. t. und L. 6. D. rem. rat. dom. habit. welche Ios. FIESTRES in Hermogeniano pag. 340. seqq. erläutert.

hier hält sich der Kläger schlechterdings an seine Caution, und kann den Defensor oder seinen Bürgen belangen. Es findet auch hier keine Zurückforderung statt⁵⁷⁾.

Die Procuratoren sind nun von mancherley Art.

I) An Ansehung des Eigenthümers, dessen Geschäfte sie verwalten, sind sie entweder *Syndici*, oder Procuratoren im eigentlichen Verstande, je nachdem sie von einer Personen Gemeinheit, oder von einzelnen Personen bestellet worden sind. Von den erstern Tit. IV. hier von den letztern.

II) In Rücksicht der Geschäfte, welche sie besorgen, sind sie entweder gerichtliche oder außgerichtliche, je nachdem sie entweder zur Betreibung gerichtlicher oder außgerichtlicher Geschäfte bestellt sind. Erstere werden Sachwalter oder Procuratoren in der strengsten Bedeutung genannt. Von diesen ist besonders in diesem Titel die Rede, von den außgerichtlichen hingegen Tit. mandati. Von dem Unterschiede zwischen gerichtlichen und außgerichtlichen Procuratoren werde ich ad §. 390.) handeln.

III) Sieht man darauf, zu wessen Nutzen der Procurator das ihm aufgetragene Geschäft besorgt, so ist er entweder ein *Procurator in rem suam*, oder ein *Procurator in rem alienam*, je nachdem er das übernommene Geschäft entweder zu seinem eigenen Vortheil, oder zum Nutzen des Eigenthümers, der ihm solches aufgetragen hat, besorgt. Davon ein mehreres ad §. 396.

IV)

57) L. 45. §. f. h. t. GIPHANIUS cit. loc. pag. 44. NOODT in Comment. ad Digesta h. t. pag. 89. seq. a verb. *Vult igitur Praetor*. SCHULTING ad *πρώτα* Dig. h. t. §. 17. und LAUTERBACH Coll. Pand. h. t. §. 71.

IV) Nach dem Umfang ihrer Gewalt, sind die Procuratoren ferner entweder General- oder Special-Bevollmächtigte, je nachdem ihre Vollmacht entweder auf alle Geschäfte und Rechtsangelegenheiten ihres Machthabers sich erstreckt, oder blos auf ein einzelnes Geschäft gerichtet ist⁵⁸⁾. Endlich

V) in Absicht auf den Bestellungsgrund sind sie entweder wahre oder vermuthete Sachwalter, je nachdem sie entweder vermöge eines wirklich erhaltenen, oder vermöge eines vermutheten Auftrags handeln. Die wahren Sachwalter werden mittelst des Bevollmächtigungs-*contracts* bestellt, worunter man denjenigen *Consensual-contract* versteht, wodurch sich jemand verpflichtet, ein nicht unerlaubtes Geschäft des andern, in desselben Namen, nach der ihm gegebenen Vorschrift, ohne Lohn zu verrichten. Da dieser *Contract*, eben so, wie ein jeder anderer Vertrag, sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend geschlossen werden kann⁵⁹⁾; so entsteht hier die Frage, ob auch eine

58) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 12. D. de pact. L. 17. §. ult. D. de iurjur. L. 12. D. de solut. L. 3. §. 2. D. iudic. solvi. Ger. noopt de pactis et transactionib. cap. 27.

59) L. 6. §. 2. L. 18. D. mandati. L. 60. D. de reg. iuris. L. 6. Cod. mandati. Zwar ist in diesen Gesetzen nur von dem Falle die Rede, wenn ich wissentlich geschehen lasse, daß Jemand für mich Bürgschaft leistet; hier soll mein Stillschweigen so ausgelegt werden, als wenn ich dem Andern zur Uebernehmung der Bürgschaft den Auftrag ertheilt hätte. Allein man wendet diese Vorschrift mit Recht auch auf andere Geschäfte an, die Jemand mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Principals unternimmt. S. Io. Ortio, WESTENBERG Princip. iuris

eine stillschweigende Abschliefung des Bevollmächtigungs-Contracts in gerichtlichen Sachen statt finde? Es sind hier eigentlich zwey Fragen zu unterscheiden.

a) Kann von Seiten der streitenden Parthey ein Auftrag in gerichtlichen Sachen stillschweigend erteilt werden? Verschiedene practische Rechtsgelehrte⁶⁰⁾ wollen dieses gänzlich läugnen, weil nach dem allgemeinen Gerichtsgebrauche ein Sachwalter in gerichtlichen Geschäften eine schriftliche Vollmacht zu den Acten übergeben müsse. Allein andere⁶¹⁾ haben mit Recht diese Meinung verworffen, und dagegen mit mehrerem Grunde behauptet, daß die schriftliche Vollmacht bey dem Auftragscontracte, welche zu seiner Vollkommenheit nichts, als die beyderseitige Einwilligung des Gewaltgebers und Sachwalters erfordert, nicht wesentlich erfordert, sondern nur, als Beweismittel, in Ermangelung anderer, gebraucht werde. Denn wenn gleich nach der besondern Gerichtsordnung mehrerer Länder aus-

drück.

iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. II. HOFACKER princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 2011. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 920.

60) Io. BRUNNEMANN in Comment. ad L. 8. D. h. t. nr. 5. STRYK Uf. mod. Pandectar. h. t. §. 28. Mich. Godofr. WERNHER lectiff. Commentat. ad Pandect. Lib. XVII. Tit. 1. §. 2. u. a.

61) LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. LIII. medit. 11. SCHAUMBURG Princip. prax. iudic. Cap. gen. II. §. 22. Not. *) Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 236—239. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Proceßes §. 130. und besonders Io. Ern. Bernh. EMBINCHAU Prog. de mandato tacito, eiusque praesertim tacita susceptione. (Erlangae 1796. 4.) §. 4.

drücklich vorgeschrieben ist, daß ein gerichtlicher Sachwalter sich mittelst einer schriftlichen Vollmacht zum Proceß legitimiren solle, so gehört doch dieses offenbar mehr zur Form, als zur Substanz der Bevollmächtigung, und es kann zwar allerdings deren gehörige Beobachtung der Parthey sowohl als ihrem Sachwalter vom Richter auferlegt werden, aber doch nicht gleich aus der unterlassenen Beobachtung derselben eine Nichtigkeit des Geschäftes selbst entstehen, welches von dem Procurator vermöge des stillschweigenden Auftrags vor Gericht besorgt worden ist, wenn es zumal der Principal vollkommen genehmiget⁶²⁾. Stillschweigend geschieht nun die Auftragserteilung,

1) wenn eine Parthey selbst in Person vor Gericht gegenwärtig ist, und geschehen läßt, daß Jemand, als ihr Sachwalter, daselbst für sie handelt, ohne dabey zu widersprechen⁶³⁾. Es ist jedoch eine solche stillschweigende Vollmacht nie auf den ganzen Rechtshandel auszudehnen, sondern sie kann ihrer Natur nach nur auf die Handlungen gehen, bey denen die Parthey wirklich gegenwärtig gewesen ist⁶⁴⁾. Es kann daher ein solcher Procurator in der Folge nichts verhandeln, als was eine unmittelbare und unzertrennliche Folge desjenigen ist, wozu ihn einmal des Gewaltgebers Stillschweigen berechtiget⁶⁵⁾.

2) Wenn

62) MANTICA de tacitis et ambig. conventionib. Lib. VII. Tit. 3. nr 25.

63) §. 1. *l. de iis, per quos agere possum.* L. 6. §. 2. *D. et L. 6. Cod. mandati.* VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. LEYSER cit. loc. Medit. 11. Dapp a. a. D. §. 236.

64) *Cap. 12. X. h. t.*

65) LEYSER cit. loc. medit. 12. Vol. I. pag. 585. und Dapp a. a. D. §. 130.

2) Wenn eine Parthey die zu ihrer Rechtsache gehörigen Urkunden in der, jedoch in einem jeden einzelnen Falle auf Erfordern zu erweisenden Absicht, einem Andern übergiebt, um jene gerichtlich zu verhandeln⁶⁶⁾.

b) Die andere Frage ist, ob auch von Seiten des Sachwalters die Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen stillschweigend geschehen könne? Hier ist nun soviel ausser Zweifel, daß derjenige, welcher sich auf die schriftlich oder mündlich ihm geschehene Ertheilung eines Auftrags blos nicht erklärt hat, den Auftrag schon dadurch allein noch keinesweges übernommen habe. Denn das Stillschweigen ist hier um so mehr für eine ganz indifferente Sache zu halten, je weniger insgemein der Auftrag unser eigenes Interesse betrifft; wenn man zumal erwägt, daß die Besorgung fremder, besonders gerichtlicher, Geschäfte, wegen der damit verknüpften Vertretung der geringsten Schutz, als etwas lästiges anzusehen ist, dem man lieber zu entgehen sucht, als daß man solches gern übernehmen sollte. Daher erklärt auch Ulpian⁶⁷⁾ das Stillschweigen desjenigen, der sich auf einen ihm ertheilten Auftrag nicht erklärt hat, ausdrücklich für ein Merkmal verweigerter Einwilligung. *Invitus procurator, sagt er, non solet dari; invitum autem accipere debemus, non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur.* Es läßt sich aber doch deswegen nicht behaupten, als ob zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Sachen die ausdrückliche Einwilligung des

66) Arg. L. II, C. de pact. convent. Dan; a. a. O.

67) L. 8. §. 1. D. h. t.

des Procurators "schlechterdings erfordert werde, wie Giphart⁶⁸⁾, und Westenberg⁶⁹⁾ lehren, sondern es kann auch hier das Stillschweigen des Procurators von Wirkung seyn, wenn nämlich zu der Ertheilung des Auftrags noch ein besonderer Umstand hinzutritt, der nach rechtlichen Grundsätzen nicht mit Stillschweigen kann übergegangen werden, wenn man den Auftrag nicht annehmen will⁷⁰⁾. Dahin gehört, wenn Jemand nicht nur wesentlich und ohne Widerrede eine auf ihn gestellte, und gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen, sondern auch noch überdem geschehen lassen, daß der Principal die gewöhnliche Caution für ihn geleistet hat⁷¹⁾. Hier ist ein solcher Fall vorhanden, wo das Stillschweigen den Procurator verbindlich macht, und derselbe den erhaltenen Auftrag nun nicht mehr von sich ablehnen kann, ohne sich der Klage auf das Interesse auszusetzen⁷²⁾.

§. 388.

Personen, welche als vermuthete Sachwalter zugelassen werden.

Diejenigen Sachwalter, welche weder einen ausdrücklichen noch stillschweigenden Auftrag von ihrem Principal

68) Lectur. Altorphin pag. 18. init.

69) Princip. iur. fec. ord. Digest. h. t. §. 12.

70) EMMINGHAUS cit. Commentar. §. 6.

71) Es ist dieses nicht blos dem päpstlichen Rechte gemäß; Clem. 1. de procurator. sondern es stimmen hiermit auch die Grundsätze des römischen Rechts überein, wie aus der L. 8. §. 3. und L. 15. D. h. t. erheller.

72) I. H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 17.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

cipal erhalten haben, sondern bey denen blos wegen des Verhältnisses, in welchem sie mit der Parthey stehen, ein Auftrag nach Maasgebung der Geseze vermuthet werden kann, werden vermuthete Sachwalter, *Procuratores praesumpti*, oder *Quasi procuratores* genennt⁷³⁾. Vermöge eines solchen vermutheten Auftrags werden nun als Sachwalter zugelassen,

1) Verwandte derjenigen Parthey, deren Sache vor Gericht verhandelt wird, sowohl in gerader, als der Seitentlinie⁷⁴⁾. Nur müssen sie

a) wahre natürliche Verwandte seyn. Es sind daher diejenigen Personen, welche durch die Adoption in

73) Wenn Ulpian in der *L. 3. §. 3. D. indicatum solvi* sagt: *Quod eis agere permittitur edicto Praetoris, non facit eos Procuratores*, so zielt dieß nur darauf, daß sie keine wahre Sachwalter sind. Sie können sich daher von dem Segner ihrer Parthey nicht mit Wirkung de indicato solvendo Caution leisten lassen, und müssen überdem de rato caviren, wovon wahre Sachwalter frey sind. Man sehe *Ant. FABER* in *Rational. ad L. 35. D. h. t.* Von vermutheten Sachwaltern handeln übrigens *Io. Bern. FRIESE* *Diss. de postulantis pro aliis sine mandato. Ienae 1699.* *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* *Disquis. de cautione rati a coniunctis praestari solita. Tüb. 1663.* *Io. Jac. BERGER* *Diss. de mandato iudiciali praesumpto. Alt. 1705.* *Christ. Henr. BREUNING* *Diss. de mandato praesumpto. Lipsiae 1764.* *Rud. Christ. HENNE* *Diss. de personis ex mandato praesumpto in iudiciis agentibus. Erfordiae 1768.* und *Dapp* in dem angeführten Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß 2 Abb. §. 386 — 466.

74) *L. 35. pr. D. h. t.* Sed et hae personae procuratorum debent defendere, quibus sine mandato agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate; item parentes, et fratres.

in das Verhältniß einer bloß bürgerlichen und gesellschaftlich erbichteten Verwandtschaft getreten sind, von dem Rechte vermöge eines vermutheten Auftrags vor Gericht zu handeln, auszuschließen⁷⁵⁾. Sie müssen ferner

b) rechtmäßige Verwandte seyn. Wenn daher die Verwandtschaft durch unehelichen Beyschlaf entstanden ist, so findet der Regel nach kein vermutheter Auftrag statt, außer bey bloß natürlichen Verwandten von der mütterlichen Seite, wenn nur die Cognation nicht etwa durch einen *coitum damnatum*, z. B. durch Ehebruch oder Blutschande, entstanden ist; weil die bürgerlichen Rechte der Verwandtschaft bey dergleichen bloß natürlichen Verwandten von mütterlicher Seite eben so gut, wie bey den rechtmäßigen Descendenten der väterlichen Linie, statt finden⁷⁶⁾. Soviel insonderheit

c) die Verwandten in der geraden Linie anberuñt, so kommt es bey diesen weder auf den Unterschied des

P 2

Grades

75) Man sieht dieses besonders aus der Verbindung der L. 51. und L. 56. §. 1. *D. de Verb. Significat.* welche, wie Cujaz in Commentar. ad L. 50. 51. et 52. *D. de V. S.* zeigt, und auch POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXX. Not. i. behauptet, vorzüglich zu dieser Materie gehören, und worin die Ausdrücke *parentes* und *liberi* auf eine solche Art erklärt werden, daß Adoptiveltern und Adoptivkinder nicht mit darunter begriffen sind. Es ist auch sonst kein Gesetz vorhanden, worin die Wirkung eines präsumtiven Auftrags der Adoption wäre beygelegt worden. Man sehe übrigens LAUTERBACH cit. Diff. §. 8. FRIESE cit. Diff. Th. 12. und besonders Dapp in dem angef. Versuche §. 399. S. 280. f.

76) L. 2. et 8. *D. unde cognati* LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 10. und Dapp §. 394. und §. 395.

Grades⁷⁷⁾, noch auch bey den Kindern darauf an, ob sie noch in der väterlichen Gewalt sind, oder nicht⁷⁸⁾. Es findet auch kein Unterschied Statt, ob diese Verwandten gleich von Anfang rechtmäßig gewesen, oder ob sie es erst nachher durch die vollkommene Legitimation geworden sind⁷⁹⁾. Endlich

d) die Verwandten in der Seitenlinie betreffend, so werden diese nur bis auf den zweyten Grad der bürgerlichen Computation, als vermuthete Sachwalter, zugelassen. Denn das Gesetz⁸⁰⁾ gedenkt ausdrücklich nur der Brüder, jedoch ohne allen Unterschied, ob sie vollbürtig, (germani) oder halbbürtig, (unilaterales) und letztere von väterlicher (consanguinei), oder von mütterlicher Seite (uterini) sind.

77) Denn Ulptian redet in der angef. L. 35. pr. D. h. t. von *parentibus* und *liberis* überhaupt. Nun aber werden unter dem Ausdruck *parentes* alle Verwandten in der aufsteigenden Linie, L. 51. D. de Verb. Sign. so wie unter der Benennung der *liberorum* alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen. L. 220. D. de Verb. signif. L. 10. § 9. D. de in ius voc. Insofern jedoch von gerichtlichen Geschäften die Rede ist, so werden in der Regel nur Ascendenten und Descendenten männlichen Geschlechts als vermuthete Sachwalter zugelassen. Es giebt nur einige wenige Ausnahmen, wo die Tochter für die Eltern und die Mutter für die Kinder vor Gericht handeln kann. L. 41. D. h. t. L. 1. §. fin. D. de appellat. recipiend. S. WERNHER Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 31. HENNE cit. Diss. §. 3. et 5. und BREUNING cit. Diss. §. 4.

78) L. 35. D. h. t. L. 56. §. 1. D. de verb. signif.

79) Dapp §. 403.

80) L. 35. pr. D. h. t.

sind ⁸¹⁾). Es können daher Geschwisterkinder so wenig, als die übrigen Verwandten in der Seitenlinie wenigstens nach dem römischen Rechte als vermuthete Sachwalter vor Gericht zugelassen werden, wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrte anderer Meinung sind ⁸²⁾, weil es hier auf ein besonderes Recht ankommt, bey welchem keine ausdehnende Erklärung statt findet ⁸³⁾. Uebrigens ist jedoch noch zu bemerken, daß wenn mehrere Brüder von einer Gattung concurriren, der Tüchtigste, unter Brüdern von verschiedener Gattung aber der vollbürtige Bruder, wegen des doppelten Bandes, in welchem er mit der streitenden Parthey verwandt ist, vor dem halbbürtigen Bruder den Vorzug verdiene, wosern nicht etwa wegen der eintretenden besondern Umstände der Richter nach seinem billigen Ermessen eine Ausnahme zu machen für gut befindet ⁸⁴⁾. Dagegen kommt es bey den Verwandten in der geraden Linie auf die Nähe des Grades, und im Falle der Gleichheit desselben darauf an, wen der Richter nach seinem Ermessen zur

P 3

gerichte,

81) Arg. L. 10. § 13. D. de gradibus. LAUTERBACH cit. Diff. §. 14. Dapp a. a. O. §. 410.

82) CARPZOV iurisprud. for. P. I. Conf. II. Def. 29. STRYK Adnotat. ad Compend. Lauterbachii h. t. pag. 133. BERLICH P. I. Conclus. XIV. nr. 38. Nach der Sächsischen Proceßordnung Tit. 7. §. 2. werden jedoch Seitenverwandte bis zum dritten, und nach dem Württembergischen Landrecht 1. Th. 16. Tit. bis zum vierten Grad als vermuthete Sachwalter zugelassen.

83) LAUTERBACH cit. Diff. §. 13. HENNE cit. Diff. §. 4. BREUNING cit. Diff. §. 5. und Dapp §. 412.

84) LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 14. Dapp §. 411. Darg Grundsätze des ord. bürgerl. Processes §. 140. Not. c.

gerichtlichen Betreibung der Sache für den tüchtigsten hält⁸⁵⁾. Zu den vermutheten Sachwaltern gehören ferner

2) die Schwäger einer Parthey, deren Ulpian⁸⁶⁾ ausdrücklich Erwähnung thut. Nur darüber sind die practischen Rechtsgelehrten noch nicht einig, wie weit sich hier der vermuthete Auftrag erstreckt. Einige wollen ihn bloß auf diejenigen affines einschränken, welche einander an Eltern und Kinder statt sind⁸⁷⁾. Allein richtiger scheint die Meinung derjenigen zu seyn, welche behaupten, daß verschwägte Personen in eben dem Grade, wie Verwandte, als vermuthete Sachwalter für einander zuzulassen, folglich die in der geraden Linie ohne Unterschied des Grades, die in der Seitenlinie aber bis auf den zweyten Grad nach der Berechnung des römischen Rechts für einander vor Gericht handeln können⁸⁸⁾. Es wird aber dabey billig vorausgesetzt,

a) Daß die Schwägerschaft durch eine rechtmäßige Ehe entstanden sey⁸⁹⁾, und daß dieselbe

b) auch noch fortbauere. Denn ist sie durch den Tod der Frau, oder durch eine, auf eine andere Art erfolgte Tren-

85) LAUTERBACH §. 9. Dapp §. 407. Danz §. 140.

86) L. 35. pr. D. h. t.

87) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 46. BERLICH P. I. Conclus. XIV. n. 49. seq.

88) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. LAUTERBACH cit. Disquisit. §. 16. FRIESE cit. Diff. Th. 45. HENNE cit. Diff. §. 7. Dapp §. 424. und Danz in den angef. Grundsätzen §. 140.

89) Arg. L. 5. D. de testib. und L. 4. §. 8. D. de grad. et affin. LAUTERBACH §. 19.

Trennung der Ehe, wieder aufgehoben, so hört auch, mit den übrigen rechtlichen Wirkungen derselben, der vermuthete Auftrag auf ⁹⁰⁾).

3) Auch der Ehemann gehört in gewisser Rücksicht zu den präsumtiven Bevollmächtigten, in Ansehung der rechtlichen Angelegenheiten seiner Frau. Der Proceß betrifft nämlich entweder die Person, oder das Vermögen der Frau. Im erstern Falle kann der Ehemann für seine Frau ohne Vollmacht erscheinen ⁹¹⁾, und er hat auch nicht nöthig, sich auf einen vermutheten Auftrag zu berufen, weil er die Frau zu vertheidigen, und vor Gericht zu vertreten schuldig ist. Im letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden, ob der Proceß das Heyrathsgut der Frau, oder ob er ihr Paraphernal- und Nebenvermögen betrifft. In dem erstern Falle hat der Mann ebenfalls nicht nöthig, zu einem vermutheten Auftrage seine Zuflucht zu nehmen, sondern er handelt in Ansehung der Dotalgüter seiner Frau, vermöge des ihm daran zustehenden bürgerlichen Eigenthumsrechtes, um so mehr in eigenem Namen, da die Frau von dem ihr zustehenden natürlichen Eigenthumsrechte während der Ehe keinen Gebrauch machen kann, folglich nicht einmal selbst handeln darf ⁹²⁾. In dem letztern Falle hin-

P 4

gegen,

90) L. 3. §. 1. D. de postul. L. 43. in fin. h. t. L. 3. in fin. Cod. de donat. inter vir. et uxor. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. I. Disput. VIII. lit. D. LAUTERBACH cit. Disquis. §. 17. STRYK UL mod. Pandect. h. t. §. 47. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. II. Obs. 381. HENNE cit. Diss. §. 3. Dapp §. 417. Danz §. 140.

91) L. 1. §. 3. et ult. D. de injur.

92) L. 24. D. de act. rer. amot. L. 13. §. 2. D. de fundo dot. L. 7. §. 3. D. de iure dot. L. 5. L. 11. L. 23. et 30. Cod. eodem. L. 9. Cod. de rei vindicat. Dapp §. 419.

gegen, wenn der Rechtsstreit das Nebenvermögen (*bona paraphernalia*) der Ehefrau betrifft, kann eigentlich nach dem römischen Rechte der Mann anders nicht, als vermöge eines vermutheten Auftrags, handeln, und muß daher *cautionem rati* leisten⁹³). Denn an diesen Gütern hatte der Mann nach dem römischen Rechte eigentlich gar keine Rechte, und wenn ihm auch die Frau das Paraphernalvermögen verwalten ließ, so war er doch nur so lange Verwalter, als die Frau wollte, welche ihm die Verwaltung nach ihrem Gefallen wieder nehmen konnte⁹⁴). Nur ein Fall war in den Gesetzen ausgenommen, nämlich, wenn das Nebenvermögen der Frau in ausstehenden Schuldposten (*nominibus*) bestand, und sie dieselben ihrem Mann in dem Ehevertrage zur Verwaltung überlassen hatte, in welchem Falle alsdann der Mann ohne einer weitem Cautionsleistung in eigenem Namen zugelassen wurde⁹⁵). Allein nach dem heutigen Rechte kommt es darauf an, ob nach den besondern Gesetzen eines Landes dem Ehemann auch von dem Paraphernalvermögen der Ehefrau nicht nur die Verwaltung sondern auch die Nutznießung zusteht, wie z. B. in Sachsen, oder nicht. In dem erstern Falle handelt der Ehemann als gesetzlicher Verwalter für seine Frau vor Gericht, ohne sich auf einen vermutheten Auftrag berufen zu dürfen⁹⁶). In dem andern Falle hingegen hat entweder die Frau dem Mann

93) L. 21. *Cod. de procurat.*

94) L. 3. *Cod. de pact. convent.* HENNE cit. Diff. §. 10. Dapp §. 420 — 423.

95) L. ult. *Cod. de pact. convent.* GIPHANIUS ad L. 21. *Cod. de procurat.* nr. 8. in *Lectur. Altorsin.* pag. 93.

96) HENNE cit. Diff. §. 11. Dapp §. 424.

Mann die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens überlassen, oder nicht, sondern sich dasselbe zur freyen Disposition vorbehalten. In jenem Falle handelt der Mann in Ansehung dieser Güter als bestellter Verwalter, in diesem hingegen vermöge eines vermutheten Auftrags⁹⁷⁾. Zu den vermutheten Sachwaltern gehören

4) auch die Theilnehmer an einem Rechtsstreite⁹⁸⁾, (*confortes litis*) worunter diejenigen verstanden werden, welche vor einem und eben demselben Richter, und aus einem und eben demselben Rechtsgrunde klagen oder belangt werden, und welche daher der Gegenstand des Rechtsstreits gemeinschaftlich angeht, oder, wie Cusaz⁹⁹⁾ sich ausdrückt, *quorum communis est res in iudicium deducta*. Es ist also zur Theilnehmung an einem Rechtsstreite im rechtlichen Verstande nicht genug, daß etwa ein Theil von dem Ausgange der Sache auf irgend eine Art Vortheil zu hoffen, oder Nachtheil zu fürchten habe, sondern es wird, wie das Gesetz¹⁰⁰⁾ sagt, ein *negotium commune*, das ist, ein gemeinschaftlicher Rechtsstreit erfordert,

P 5 in

97) LAUTERBACH Colleg. Pandectar. h. t. §. 23. *de LEYSER* Meditat. ad Pandect. Vol V. Specim. CCCII. med. 1. et 2. Es ist in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprozesses §. 45. a. Not. II. und §. 2153. nn. Dant §. 140. Jedoch wollen einige diesen Unterschied verwerfen, und behaupten, daß in Ansehung der Paraphernalgüter und Spielgelber der Frau der Mann wirklich bevollmächtigt seyn müsse. PUFFENDORF Tom. I. Obs. 12. und Claproth's Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 84. Not. c.

98) L. 2. *Cod. de Confort. eiusd. lit.*

99) Paratitl. *Cod. h. t.*

100) L. 2. *Cod. cit.*

in welcher Bedeutung das Wort *negotium* auch in andern Gesetzkstellen ¹⁾ vorkommt. Dieses ist nun der Fall bey mehreren Miterben, oder mehreren Bürgen, oder Gesellschaftern ²⁾. Dahingegen können diejenigen, welche sich in einen Rechtsstreit freywillig in der Absicht einmischen, um einem oder dem andern der streitenden Theile bey der Verfolgung seines Rechts beyzustehen, (*accessorie intervenientes*) nicht als *Consortes litis* angesehen werden, weil zwischen ihnen und der streitenden Hauptparthey, die sie zu vertreten suchen, keine Gemeinschaft in Ansehung des Gegenstandes des Rechtsstreites ist, sondern zwischen beyden gemeinlich ganz verschiedene Rechte statt finden ³⁾; wenn gleich Wernher ⁴⁾ anderer Meinung ist. Ob, bey einer in Proceß befangenen Gemeinheit, die einzelnen Mitglieder derselben, als Theilnehmer am Rechtsstreite, vermöge eines vermutheten Auftrags, für die Gemeinheit vor Gericht handeln können? ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige lassen sie zu ⁵⁾, andere ⁶⁾ nicht.

1) *L. 3. Cod. de in litem dando tutor. L. 3. Cod. de fruct. et lit. expens.*

2) *L. 5. §. 1. D. indicatum solvi.*

3) *S. Eberh. Christph. CANZ Diss. de uno ex pluribus consortibus suo, non simul alieno nomine agente. Tübing. 1766. §. 4. HENNE cit. Diss. §. 14. Dapp §. 430. II. 431.*

4) *Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 261.*

5) *J. B. CARPZOV Decis. 205. et in Processu Tit. V. Art. 6. nr. 62. und BRUNNEMANN in Comm. ab Rubr. Tit. D. quod cuiusq. universitat. nom.*

6) *BERGER Resolut. Lauterbach. pag. 90. nr. 3. KLOCK Vol. III. Consil. CLIII. nr. 89. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. X. §. 56. MENCKEN in Iuris controuv. Decad. I. Controuv. 2 II. a. III.*

nicht. Die richtigste Meinung, welche auch unser Verf. Not. 5 annimmt, ist wohl unstreitig die, wenn man unterscheidet, ob das Recht der Gemeinheit, worüber gestritten wird, ein solches ist, wovon jedem einzelnen Mitgliede derselben ein gemeinschaftlicher Genuß zusteht, oder ob es nur die universitatem qua talem und im Ganzen angeht. Im ersten Falle, z. E. wenn über gemeinschaftliches Huth- und Weiderecht gestritten wird, sind einzelne Mitglieder, als *litis consortes*, allerdings zuzulassen, im letztern Falle aber ohne Vollmacht nicht, z. B. wenn der Streit die der universitati zustehende Jurisdiction, oder das Patronatrecht, u. d. betrifft ⁷⁾. Da nun also den Theilnehmern an einem Rechtsstreite verstatet ist, vermöge eines vermuteten Auftrags, in der übrigen Namen vor Gericht zu handeln, so entsteht weiter die Frage, ob *Consortes litis* auch schon vor der *litis contestation*, oder erst nach derselben zuzulassen seyn? Auch diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Die meisten behaupten das letztere, und erklären die Worte: *post litem legitime ordinatam*, welche in der L. 2. C. de consortib. eiusd. litis vorkommen, von der *litis contestation* ⁸⁾. Es kommt also hier auf die Erklärung dieser

7) L. 7. §. 1. D. Quod cuiusq. univers. nomine. STRYK Ul. mod. Pandect. Lib. III. Tit. 4. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. X. med. 1. RIVINUS in Specim. exception. for. Cap. VII. nr. 30. et in Enunciati. iuris Tit. VII. Enunc. 13. BERGER Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. und besonders HENNE cit. Diff. §. 14.

8) VOLTETIUS Tr. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 437. seqq. LAUTERBACH Diff. de cautione rati, a coniunctis praestari solita §. 29 — 32. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 11. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 7. Es for in den An-

dieser Worte um so mehr an, da sie in der Originalverordnung der Kaiser Valentinian und Valens ⁹⁾ nicht stehen, sondern von Tribonian absichtlich beygefügt worden sind ¹⁰⁾. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß in den Gesetzen *lis ordinata* von der *lite contestata* unterschieden wird ¹¹⁾, und die *ordinatio*, oder, wie sie auch genennet wird, *praeparatio litis* ¹²⁾ eigentlich darin bestand, wenn dasjenige geschehen war, was sowohl zur Verichtigung der Person der streitenden Theile, als zu deren und des Gerichts Sicherstellung gehörte, und was überhaupt geschehen mußte,

Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 452 Not. 1. nr. 4. *Fratr. BECMANNI* in *Consil. et Decision. Part. II. Decif. 78. nr. 6. pag. 328.* Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 433. — 443. Elaprotz in der Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß. 1. Th. §. 84 Nr. 3. Danz Erbs. des gem. ordentl. bürgerl. Processus §. 141. u. 4. m.

9) Die Originalverordnung ist *L. 2. Cod. Theod. de cognitor. et procurator.* und lautet so: *Commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes rem ratam dominum habiturum, cavere parati sunt: vel, si quod ab his petitur, iudicatum solvi satisfactione firmaverint.*

10) *G. Iac. GOTHOFREDUS* in *Commentar. ad L. cit. 2. Cod. Theodof. de cognitor. et procurator. Tom. I. pag. 168.*

11) *L. 8. pr. et §. 1. D. de inoff. testam. L. 7. §. 5. L. 24. et 25. D. de liber. causa L. 1. C. Qui dari tut. L. 4. Cod. de statu defunctor. L. 14. Cod. de liber. causa* und *FESTUS* de Verb. Significat. voc. *contestari*, welcher ausdrücklich sagt, daß die *lis contestatio* erst *ordinato iudicio* erfolgt sey.

12) *L. 7. in fin. D. de lib. causa.*

mußte, ehe lis contestirt werden konnte¹³⁾. Daher behaupten auch mehrere Rechtsgelehrten¹⁴⁾, daß eben diese Bedeutung bey der Erklärung der angeführten L. 2. Cod. Inst. de consort eiusd. lit. zum Grunde zu legen sey, und wollen demnach die Theilnehmer an einem Rechtsstreite schon vor der Litiscontestatio, als vermuthete Sachwalter, für einander um so mehr zulassen, weil die von vermutheten Sachwaltern wegen der Genehmigung zu leistende Sicherheit auch vor der Litiscontestatio bestellt werden müsse¹⁵⁾. Allein erwägt man, daß die satisfactio ratihabitionis und de iudicato solvendo zur ordinatio iudicii in der angeführten Bedeutung gehörte, und daß dessen ungeachtet in unserm Gesetz gesagt wird, daß litis consortes erst *post litem legitime ordinatam* gegen jene Caution zugelassen werden solle; bedenkt man ferner, daß, wenn von der Litiscontestatio eben das, was nach derselben, hätte Rechtens seyn, und ein Theilnehmer an einem Rechtsstreite sowohl vor als nach der Litiscontestatio, vermöge eines vermutheten Auftrags, zugelassen werden sollen, nicht nöthig gewesen wäre,

13) *Iac. CUJACIUS* Observat. Lib. XVIII. cap. 23. und *Car. God. WINCKLER* Diff. de discrimine inter litis contestationem iure veteri ac hodierno, et utriusque effectibus. *Lipsiae* 1751. Sect. I. §. 5.

14) *CUJACIUS* in Paratitl. Cod. de confortibus eiusdem litis. *PEREZ* Praelect. in Cod. eod. tit. §. 2. *GOTHOFREDUS* in Comm. ad L. 2. Cod. Theodof. de cognitor. et procurat. *WISSENBACH* in Comment. in libr. VII. Cod. Iustin. Lib. III. Tit. 40. pag. 206. *BERLICH* P. I. Conclus. XIV. nr. 54. *WERNHER* Observat. for. T. I. P. I. Observat. 305. nr. 82. et 83. *HENNE* cit. Diff. §. 15. und *BREUNING* §. 9.

15) *L. 40. §. 3. D. de procurat.*

wäre, dem Gesetz die Worte: *post litem legitime ordinatam*, die in der Originalverordnung, wie schon oben bemerkt worden, nicht standen, bey dessen Aufnahme in den justinianischen Codex absichtlich beyzufügen; so verdient wohl die erstere Meinung um so mehr den Vorzug vor der letztern, weil von einer Rechtsache eigentlich erst dann gesagt werden kann, daß sie nach allen ihren Theilen *legitime ordinirt* sey, wenn die *litiscontestation* geschehen ist¹⁶⁾. Endlich pflegt man zu den vermutheten Sachwaltern

5) auch noch diejenigen zu zählen, welche die zu der streitigen Rechtsache gehörigen Urkunden in Händen haben¹⁷⁾. Allein nach dem römischen Rechte findet bey diesen kein vermutheter Auftrag statt, und die Reichscammergerichtsordnung¹⁸⁾ verordnet ausdrücklich, daß derjenige, welcher Urkunden, die zur Entscheidung der Sache gehören, in Händen hat, nur zu den vorbereitenden Theilen des Processes, und unter der Bedingung zugelassen werden solle, daß er zu den Verhandlungen, welche die Hauptsache angehen, eine wahre Vollmacht bey-

16) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 7. nr. 444. seqq.

17) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 1. Cod. de procurat. MEVIUS Part. III. Decif. 23. GAIL Lib. I. Observ. 133. nr. 4. LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. LEYSER Specim. LIII. medit. 3. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. Es tor in den Grundsätzen des gemeinen und Reichsprocesses §. 45. a. Not. I. nr. 5. Claprot h in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 84. HENNE cit. Diff. §. 16. und BREUNING cit. Diff. §. 10.

18) 1. Th. Kap. 21. §. 2. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede 3. Th. S. 60.)

beybringe, worin zugleich dasjenige, was er bisher verhandelt hat, genehmiger werde; dahingegen ein vermutheter Sachwalter nach dem römischen Rechte nicht nur im Anfange des Rechtsstreites, sondern auch noch nachher gegen die bestellte Sicherheit wegen der Genehmigung zugelassen wird, ohne daß er erst noch eine wahre Vollmacht beybringen darf¹⁹⁾).

Uebrigens ist noch zu bemerken,

1) daß diejenige Parthey, in dessen Namen der vermuthete Sachwalter handeln will, fähig seyn müsse, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen²⁰⁾. Es bringt dieses schon die Natur der Sache selbst mit sich, daß man die Ertheilung eines Auftrags bey dem nicht vermuthen kann, der einen Procurator zu bestellen unfähig ist. Also für einen Rasenden, oder Wahnsinnigen, oder Unmündigen wird ein vermutheter Sachwalter nicht zugelassen. Es läßt sich auch von solchen Personen keine Ratification erwarten, wegen welcher doch der vermuthete Sachwalter Caution leisten muß²¹⁾.

2) Wird

19) L. 35. pr. und L. 40. §. 4. D. h. t. Dapp in dem angef. Versuche §. 448. — 450.

20) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 26. STRYK Ul. mod. Pandect. T. III. Lib. XLVI. Tit. 8. §. 4. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 16. HERT Decis. 578. RIVINUS Enunciat. juris Tit. VII. En. 14. WILLENBERG Select. iurispud. civ. P. II. Exercitat. XLV. §. 11. und Dapp §. 467. S. 324. Man sehe hier auch noch vorzüglich nach des Herrn Geh. Justizraths Klein merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristenfacultät 1. Band. (Berlin u. Stettin 1796. 8.) Nr. XLI. §. 25. S. 332.

21) Das Gegentheil behaupten WERNER Tom. II. P. VI. Obf. 353. RUPPEL in der Anleitung zum gerichtlichen Proceß B. 1. Hypoth

2) Wird erfordert, daß derjenige, dessen gerichtliche Geschäfte der vermuthete Sachwalter besorgen will, nicht einen entgegengesetzten Willen erklärt habe, welches auch stillschweigend dadurch geschehen kann, wenn er einen andern Sachwalter bevollmächtigt hat. Denn wenn gleich ein vermutheter Sachwalter den Willen desjenigen, für welchen er erscheint, nicht zu beweisen hat, so darf er doch auch nicht wider desselben Willen erscheinen. Treten daher gegründete Gegenvermuthungen ein, so wird derjenige, der sonst eine muthmasliche Vollmacht hat, in keinem Falle, auch nicht einmal gegen Sicherheitsleistung wegen der Genehmigung, zugelassen²²⁾.

3) Muß die Sache selbst, welche der vermuthete Sachwalter besorgen will, überhaupt einen Procurator zulassen. Endlich

4) erstreckt sich ein jeder muthmaslicher Auftrag nur auf solche Handlungen, welche keinen besondern Auftrag erfordern²³⁾. So z. B. kann kein vermutheter Sachwalter dem Gegentheil seiner Parthey den Eid zuschieben, oder Documente anerkennen²⁴⁾.

§. 389.

Hptst. 4. §. 7. SCHAUMBURG Princip. prax. judic. Lib. II. Sect. I. Membr. 2. Cap. II. §. 7. HENNE cit. Diff. §. 20. und Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceßes §. 142.

22) L. 40. §. fin. D. h. t. HENNE §. 18. Dapp §. 469. Danz §. 141. am Ende.

23) L. 26. et. L. 27. pr. D. de minor. HENNE §. 19. Claproth Einleit. in den ord. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 84. S. 353. Dapp §. 514. II. folg.

24) WERNHER Tom. I. P. I. Observat. 313. et Tom. I. P. VI. Obs. 416. RIVINUS Specim. except. for. Cap. VII. nr. 16. et 18.

§. 389. u. 390.

Unterschied zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Anwäl-
den in Absicht auf das *dominium litis*. Wirkungen und heutiger
Gebrauch desselben. Unterschied zwischen Sachwaltern
und Advocaten.

Schon oben (§. 386. S. 220.) sind die Procu-
ratoren in Rücksicht der Geschäfte, welche sie besorgen,
in gerichtliche und außergerichtliche eingetheilt
worden. Der Hauptunterschied zwischen beyden besteht
nach dem Röm. Rechte darin, daß gerichtliche Sachwalter
vermöge einer rechtlichen Fiction für Eigenthümer des
Rechtsstreits gehalten werden, dahingegen bey außerge-
richtlichen Anwälden ein solches erdichtetes Eigenthums-
recht in Absicht des ihnen übertragenen Geschäfts nicht
statt findet²⁵⁾. Nach dem ältern römischen Rechte
wurde nämlich gar kein Procurator vor Gericht zugelas-
sen, sondern jede streitende Parthey, sowohl der Kläger,
als der Beklagte, mußte in Person erscheinen, und seine
gerichtliche Angelegenheiten selbst besorgen²⁶⁾. Der
Grund hiervon lag in der besondern Beschaffenheit des
alten römischen Proceßes²⁷⁾. Denn dieser war durch-
aus

25) Ein anderes behauptet zwar WESENBECK ad Pandect. h. t. nr. 8.
dem auch HAHN in Notis ad Eundem beystimmt. Allein diese
Meinung haben schon längst SCHILTER in Praxi iur. Rom.
Exercit. X. Th. 51. Io. HEHR, BERGER in Diss. de dominio li-
tis. Vitemb. 1696. §. 19. Iust. HENN. BOHMER Diss. eiusd.
arg. Halae 1709. Cap. I. §. 28. und DAPP von der Legiti-
mation zum Proceß §. 63. Not. v. S. 41. widerlegt.

26) Princip. I. de iis, per quos agere possum. L. 123. D. de
Reg. iuris.

27) L. 2. §. 6. D. de orig. iur.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

aus formularisch, und zwar waren die Formeln der Klagen und Einreden so gefaßt, daß sie die Gegenwart der Partheyen schlechterdings nothwendig machten²⁸⁾. Nur einige wenige Fälle waren ausgenommen, wo es nicht möglich war, daß die Parthey in Person erscheinen konnte. Dahin gehörte, wenn der Proceß das ganze Volk, oder die Freyheit eines Menschen, oder eine Vermundschafsklage betraf. In diesen Fällen ward ein Sachwalter zugelassen²⁹⁾. Weil es jedoch für die Partheyen eine nicht geringe Beschwerdlichkeit war, daß sie sich keines Sachwalters bedienen durften, sondern in Person sowohl klagen, als auch gegen die Klage selbst ereipiren mußten, so ließ man endlich aus Nothwendigkeit Procuratoren zu, und half sich mit einer Fiction, vermöge welcher man annahm, als ob der Procurator selbst Eigentümer des Rechtsstreits sey, der nicht sowohl im fremden, sondern vielmehr im eigenen Namen handle. Anfangs scheint es indessen nur eigentlich in dem Falle erlaubt gewesen zu seyn, Sachwalter zu gebrauchen, wenn eine Parthey wegen Krankheit, Alter, oder Abwesenheit wirklich außer Stande war, selbst vor Gericht zu handeln³⁰⁾. Allein in der Folge wurde die

Zu-

28) So z. E. braucht bey dinglichen Klagen der Kläger die Formel: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*; oder *aio, ius mihi esse ire, agere per fundum tuum*, oder *aio, tibi ius non esse, tignum immisum habere*. Der Beklagte hingegen antwortete: *immo meum esse aio*, oder *immo ius mihi esse aio*. Bey Personalklagen sagte der Kläger zu dem Beklagten: *Aio, te mihi dare oportere*, oder *aio, te mihi centum debere ex mutuo*. S. BRISSONIUS de formulis. Lib. V.

29) *Princ. l. de iis, per quos agere poss.*

30) *Princip. alleg.*

Zulassung der Sachwalter in bürgerlichen Rechtsachen so allgemein, daß es zur Ausnahme von der Regel gehörte, wenn eine Sache durch einen Sachwalter nicht besorgt werden konnte³¹⁾. So wie nun aber, um das Eigenthum einer Sache zu erwerben, ein rechtmäßiger Erwerbungsgrund (*iustus titulus*), und eine dazu geeignete Erwerbungsart (*modus acquirendi*) erfordert werden³²⁾; so vertrat bey der Erwerbung des *dominii litis* der dem Sachwalter von der Parthey erteilte Auftrag die Stelle eines Rechtstitels, die *litiscontestatio* aber die Stelle der Erwerbungsart, oder einer Quasitranslation³³⁾. Bey einem Defensor hingegen ersetzte die *satisfactio rati* oder *de iudicato solvendo* den Mangel des Auftrags, welche daher vor der *litiscontestatio* prästirt werden mußte³⁴⁾. Die Wirkungen des *dominii litis* bestanden nun nach dem römischen Rechte darinn.

1) Der Procurator hatte das Recht, einen andern Bevollmächtigten an seine Stelle zu setzen³⁵⁾.

2) Durch den Tod des Principals erlosch die Vollmacht nicht, sondern der Procurator konnte auch nach dem Tode des Principals den Proceß continuiren³⁶⁾.

3) Der Principal durfte nach der Einlassung auf die Klage ohne Einwilligung des Procurators nichts für sich allein in der Sache vornehmen³⁷⁾.

Q 2

4) Die

31) L. 2. et 26. C. h. t. BOEHMER cit. Diff. Cap. I. §. 20—22.

32) L. 31. D. de acquir. rer. dom. L. 20. Cod. de pactis.

33) L. 22. Cod. de procurat. BOEHMER cit. Diff. Cap. I. §. 26.

34) L. 40. §. 3. D. h. t. BOEHMER c. l. §. 27.

35) L. 23. C. h. t.

36) L. 23. C. h. t.

37) L. 22. C. eod.

4) Die Vollmacht konnte auch nicht anders, als aus wichtigen Ursachen, und nach vorausgegangener Untersuchung vom Principal revocirt werden ³⁸⁾.

5) Die Sentenz wurde auf den Namen des Procurators gerichtet ³⁹⁾ Daher hatte

6) bey einer actione famosa die Wirkung der Ehelosigkeit nicht statt ⁴⁰⁾; und

7) die actio iudicati konnte sowohl von dem Procurator, als gegen ihn angestellet werden ⁴¹⁾.

Das päpstliche Recht hat diese Grundsätze bestätigt ⁴²⁾, und auch die Reichsgesetze sprechen an mehreren Orten ⁴³⁾ von diesem Eigenthume des Rechtsstreits. Daher vertheidigen mehrere Rechtsgelehrten ⁴⁴⁾ den heutigen Gebrauch desselben. Allein der Gerichtsgebrauch stimmt mit dieser Meinung nicht überein, nach welchem auf

38) *L. 17. D. h. t.*

39) *L. un. C. de Satisfat. L. 1. C. de Sentent. et interlocut.*

40) *L. 6. §. 2. D. de his, qui not. infam.*

41) *L. 28. D. h. t.* Klage jedoch der Procurator actione iudicati, so konnte ihm die exceptio doli entgegen gesetzt werden, wenn er kein Procurator in rem suam war. cit. *L. 28. h. t.* GIPHANIUS ad h. Leg.

42) *Cap. 1. de procurat. in 6.*

43) Reichsabsch. von 1507. Tit. 35. §. 6. Deput. Absch. von 1600. §. 73. R. Cammergerichtsord. Th. I. Tit. 32. §. 9. und 10.

44) STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 38.* CARPZOV *P. I. Const. I. Definit. 22. nr. 2.* BERGER *Diss. de dominio litis. §. 31. et §. 35.* WERNHER *Observat. for. Tom. I. P. I. Obf. 230. Frid. III. PESTEL Diss. de Procuratoribus §. 4 u. a. m.*

auf die Wirkungen des dominii litis heut zu Tage keine Rücksicht mehr genommen wird ⁴⁵⁾).

Uebrigens ergiebt sich nun hieraus zugleich, wie Procuratoren und Advocaten von einander unterschieden sind ⁴⁶⁾. Ein Advocat repräsentirt seinen Klienten nicht, wie ein Procurator seinen Principal, er bekommt daher auch keine Vollmacht, sondern unterrichtet seinen Klienten blos durch mündlichen Rath, oder setzt ihm die Schriften auf, die er vor Gericht zu übergeben hat. (§. 359.) Der Advocat muß daher ein Rechtsgelehrter seyn, welches hingegen zu einem gerichtlichen Sachwalter nicht schlechterdings erforderlich ist ⁴⁷⁾. Denn auch ein Ungelehrter kann ja eine Proceßschrift übergeben, oder die Publication einer Sentenz anheften, u. d. m. Ein Advocat leistet ferner keine Cautio ⁴⁸⁾, wird auch nicht, wie der Procurator, Eigenthümer des Rechtsstreits ⁴⁹⁾, und dergleichen mehr ⁵⁰⁾.

§. 3

§. 391.

45) I. H. BOEHMER cit. Diff. Cap. III. §. 3. seqq. HOFFMANN cit. Diff. de orig. et condit. procurator. Cap. IV. §. 11 — 13. REINHARTH select. Observat. ad Christianei Decisiones Vol. I. Obs. 58. WINCKLER D. de discrim. litis contestationis vet. et hod. Sect. III. §. 6. Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 86. Höpfner's Commentar über die Institutionen §. 1178. Danz Grunds. des ord. bürgerl. Proceßes §. 43.

46) Sehr ausführlich handelt hiervon GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. pag. 3. seqq.

47) L. 11. C. de advocat. div. iudicior.

48) Vid. Tit. 1. de satisdat.

49) L. 1. C. de error. advocator.

50) S. DONELLUS in commentar. iuris civ. Lib. XVIII. Cap. 3. pag. 1016.

§. 391.

Unterschied zwischen Procuratoren und Actoren.

Ein gerichtlicher Procurator muß ferner von einem Actor unterschieden werden. Ein Procurator kann nämlich nur von dem bestellt werden, welcher Eigenthümer von der in Frage stehenden streitigen Rechtsache ist. Wer hingegen nicht von dem Eigenthümer selbst, sondern von einem solchen, welcher desselben Vermögen zu verwalten berechtigt ist, zur Besorgung der in sein Amt einschlagenden gerichtlichen Geschäfte ist bestellt worden, wird ein Actor, und die einem solchen Anwalt ausgestellte Vollmacht *Actorium* genannt. So können z. B. Vormünder in Sachen ihrer Pupillen keine eigentliche Procuratoren, sondern nur Actoren ernennen⁵¹⁾. Das römische Recht macht zwar eine Ausnahme bey solchen Vormündern, welche Anfangs die Rechtsache ihres Pupillen vor Gericht selbst betrieben, und litem contestirt haben⁵²⁾. Denn da solche Vormünder durch die litiscontestatio das Eigenthum des Rechtsstreits, und hierdurch auch ein gesetzliches Substitutionsrecht erlangten⁵³⁾, so mußte ihnen nothwendig auch nach der litiscontestatio die Befugniß, einen Procurator zu ernennen, zustehen. Allein da die Wirkungen des dominii litis heutiges Tages überhaupt wegfallen, (§. 390.) so können sie

51) L. 11. Cod. h. t. Es wird jedoch dazu noch der L. 24. pr. D. de admin. et peric. tut. ein decretum Praetoris erfordert.

52) Cit. L. 11. C. h. t.

53) L. 11. pr. D. de doli mali et met. excep. L. 4. §. fin. D. de appellat. et relat. L. 23. C. h. t. GIPHANIUS ad L. 11. C. h. t. in Lectur. Altorphin. pag. 89.

sie auch bey Vormündern nicht mehr statt finden, wosern dem Vormund nicht in dem Tutorio oder Curatorio die Befugniß, einen andern Sachwalter zu substituiren, ausdrücklich ist eingeräumt worden⁵⁴⁾. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der von einem Vormund ernannte Actor, zu seiner legitimation, nicht nur die auf ihn ausgestellte Vollmacht (actorium), sondern auch ein Zeugniß, daß derjenige, von welchem er den Auftrag erhalten, rechtmäßiger Vormund sey, (Tutorium, oder Curatorium) beybringen müsse⁵⁵⁾; wosern nicht etwa der Vormund von eben demjenigen Gericht, vor welchem die dem Actor übertragene Rechtsache anhängig ist, zum Vormund selbst verordnet oder bestätigt worden, in welchem Falle der von dem Vormund aufgestellte Anwalt durch das ihm ertheilte Actorium hinlänglich legitimirt ist, ohne daß die Beybringung eines Tutorii oder Curatorii weiter erfordert wird, weil hier dem Gerichte die Eigenschaft des Gewaltgebers ohnedem bekannt seyn muß⁵⁶⁾.

Ob ein Vater in Sachen, die das Vermögen seiner noch in väterlicher Gewalt stehenden Kinder betreffen, einen eigentlichen Procurator, oder nur einen Actor bevollmächtigen könne? hängt von dem Unterschiede folgender Fälle ab.

Q 4

1) Be.

54) BOEHMER Diss. de dominio litis. Cap. III. §. 10. Anderer Meinung ist jedoch Dapp in dem angef. Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 76. Not. f.

55) von Hangel's Fortsetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis Kap. 28. §. 203. in der Anmerk. Hoffmann's teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 207.

56) GAIL Lib. II. Observat. 107. nr. 5. Dapp in dem angef. Versuch §. 78.

1) Betrifft die Sache das *peculium militare* des Sohnes, welches derselbe durch eine Kriegsbedienung, oder eine andere öffentliche Charge erworben hat, so ist der Vater zur Bestellung eines *Procurators* in derselben nicht berechtigt, sondern der Auftrag zur Besorgung einer solchen gerichtlichen Angelegenheit muß von dem Sohne selbst erteilt werden⁵⁷⁾. Denn in Sachen, welche dieses Vermögen betreffen, hat der Sohn die Rechte eines gewaltfreien Hausvaters⁵⁸⁾, und kann wegen desselben nicht nur selbst klagen, auch wider den Willen des Vaters⁵⁹⁾, sondern auch belangt werden⁶⁰⁾. Dem Vater hingegen stehen an einem solchen Vermögen gar keine Rechte zu⁶¹⁾.

2) Rührt hingegen das Vermögen des Sohnes unmittelbar oder mittelbar vom Vater her, (*peculium profectitium*) so hat der Vater daran ein volles Eigenthumsrecht, und kann daher auch vermöge desselben einen *Procurator* bestellen, wenn darüber ein gerichtlicher Rechtsstreit entsteht⁶²⁾.

3) In Absicht auf das *peculium adventitium*, welches nicht vom Vater, sondern anders woher erworben ist, kommt es darauf an, ob der Vater die Nuznießung desselben hat, (*peculium adventitium ordinarium*, *f. regulare*) oder nicht (*peculium adv. irregulare f. extraordinarium*).

In

57) *L. 8. pr. D. h. t.*

58) *L. 2. D. de Scto Macedon.*

59) *L. 4. §. 1. D. de castrensi pec.*

60) *L. 39. D. de obligat. et action. L. 57. D. de iudic.*

61) *L. 10. D. de castr. pec. L. 3. in fin. C. eodem.*

62) *§. 1. I. per quos pers. cuique acquir.*

In dem ersten Falle hat der Vater neben der Nuznießung auch ein gesellschaftliches Verwaltungsrecht in Ansehung eines solchen Vermögens seiner Kinder⁶³⁾, und kann daher vermöge desselben nicht nur die Rechtsache seiner Kinder selbst vor Gericht besorgen⁶⁴⁾; sondern auch sowohl vor der litiscontestation, als nach derselben, einen Procurator, und nicht blos einen Actor bestellen⁶⁵⁾; denn die gesellschaftliche Administration, die ihm vermöge der väterlichen Gewalt an diesem Vermögen zusteht, ist keine gemeine Verwaltung, so wie sie der Vormund oder ein anderer Administrator hat, sondern sie besteht vielmehr in einem exercitio dominii vicario, welches den Kindern an diesen Gütern zugehört⁶⁶⁾. Hat jedoch der Sohn bereits das vierzehnte Jahr seines Alters zurückgelegt, so ist der Vater bey der Bevollmächtigung eines Sachwalters an die Miteinwilligung seines Sohnes, wenn dieser gegenwärtig ist, gebunden⁶⁷⁾. Ausserdem braucht er nicht einmal zu sagen, daß er Namens seiner Kinder vor Gericht erscheine⁶⁸⁾. Wenn hingegen der Vater die Nuznießung von dem peculio adventitio seiner

D 5

Kin.

63) L. 1. C. de bonis matern. L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae liberis.

64) L. 8. §. 3. C. de bon. quae liber.

65) L. 1. Cod. de bon. matern. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III Specim. CLXIV. medit. 2. Aem. Lud. HOMBERGK ZU VACH Diff. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. Marburgi 1753. §. 3. und Dapp in dem angef. Versuch. §. 88.

66) SCHAUMBURG in Compend. Digestor. Lib. XV. Tit. I. §. 11. et 12.

67) L. ult. §. 3. C. de bon. quae lib.

68) LEYSER cit. loc. und HOMBERGK cit. Diff. §. 14.

Kinder nicht hat, so kann zwar derselbe, wenn er die Verwaltung eines solchen Vermögens übernommen, wozu er, wenn die Kinder noch minderjährig sind, und kein besonderer Curator deßhalb bestellt worden, allerdings befugt ist⁶⁹⁾, zur Betreibung eines darüber entstandenen Rechts Handels einen gerichtlichen Anwalt bestellen. Es ist jedoch ein solcher Sachwalter nach der Subtilität des römischen Rechts mehr ein Actor, als Procurator zu nennen, weil dem Vater in Ansehung des peculii adventitii irregularis die Administration anders nicht, als in der Qualität eines gesetzlichen Vormundes zusteht. (S. 46.) Da indessen die Gewalt eines Actors und Procurators in unsern Gerichten fast gar nicht unterschieden ist, so kommt es eben soviel nicht darauf an, wie man den Sachwalter nennt⁷⁰⁾.

§. 392.

Eintheilung der Procuratoren in öffentliche und Privatsachwalter.

Obgleich das Amt eines gerichtlichen Sachwalters an sich kein öffentliches ist, so sind doch in Rücksicht der zur Versorgung gerichtlicher, besonders proceßualischer Geschäfte, erforderlichen Geschicklichkeit, sowohl bey den höchsten Reichsgerichten, als in den meisten teutschen Staaten gewisse dazu tüchtige Personen öffentlich angestellt, und darauf verpflichtet, fremde Angelegenheiten und die Rechts Handel der Partheyen, als Anwälde, vor Gericht zu besorgen. Diese werden öffentliche Sachwalter (*procuratores publici*)

69) *L. ult. §. 1. C. de bon. quae liber.* Dapp in dem angeführten Versuch §. 93.

70) HOMBERGK cit. Diff. §. 3.

ei) genannt⁷¹⁾. Dahin gehören z. B. die Reichshofraths-Agenten, deren gesetzmäßig nicht über dreßsig seyn sollen⁷²⁾. Wer an dem kaiserlichen Reichshofrathe eine Sache zu verhandeln hat, muß sich eines von diesem höchsten Reichsgerichte angenommenen, und verpflichteten Agenten bedienen. Nur Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs haben das besondere Recht, zur Führung ihrer beym R. H. R. anhängigen Processen eigene Sachwalter zu gebrauchen⁷³⁾. Auch bey dem kaiserlichen und Reichs-Cammergerichte sind solche öffentliche Sachwalter angestellt, deren Anzahl in den neuern Reichsgesetzen ebenfalls auf dreßsig festgesetzt ist⁷⁴⁾. Sie werden Cammergerichtsprocuratoren genannt, und müssen aus dem Collegio der Advocaten gewählt werden, haben daher auch alle die Pflichten, wie die Advocaten, auf sich⁷⁵⁾. Alle Partheyen, die bey dem Reichs-Cammergerichte Processen führen, müssen sich nach der Regel derselben bedienen. Nur bloß die Fürsten, Prälaten, Grafen, Herren, Reichsstädte, und die unmittelbare R.itterschaft haben die Freyheit, wenn sie wollen, durch eigene abgeordnete Anwälde ihre Gerichtshandlungen besor-

71) HUBER de procuratoribus publicis, in *Praelect. ad Pand.* h. t. HOFFMANN cit. Diss. Cap. IV. §. 7.

72) S. Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung 3. Th. 3. B. 3. Kap. S. 125. ff.

73) Reichs-Hofraths-Ordn. Tit. 7. §. 9.

74) Reichsabsch. von 1570. §. 62. Visitationsabschied von 1713. §. 99. Dapp §. 162. ff.

75) Malblank in der angef. Anleitung 1. Th. §. 115. 117. u. 118.

besorgen zu lassen ⁷⁶⁾. In den Preussischen Staaten werden solche Sachwalter, die dazu öffentlich authorisirt sind, den Unterthanen in ihren Processen als Rechtsbeystände oder Bevollmächtigte zu dienen, Justizcommissarien genannt ⁷⁷⁾.

§. 393.

Wer kann das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, und welche sind von diesem Amte ausgeschlossen?

Ein jeder kann nun der Regel nach das Amt eines gerichtlichen Sachwalters übernehmen, der überhaupt fähig ist, vor Gericht zu handeln, insofern nicht nach besondern Gesetzen noch eigne Qualitäten dazu vorgeschrieben sind ⁷⁸⁾. Daher sind von diesem Amte ausgeschlossen Rasende und Wahnsinnige, gerichtlich erklärte Verschwender ⁷⁹⁾, Taube und Stumme, in die Acht erklärte, desgleichen Frauenspersonen ⁸⁰⁾; ausgenommen 1) wenn sie für ihre Eltern vor Gericht erscheinen, für welche sie aber doch nur dann als Sachwalter zugelassen werden, 2) wenn diese nicht selbst im Stande sind, ihre gerichtliche Angelegen-

76) Concept der Cammergerichtsordn. 1. Th. 28. Tit. Dapp §. 166.

77) Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten 3. Th. Tit. 7.

78) Princ. I. *per quos agere poss.* Cap. 1. *de procurat. in 6to.* Dapp in dem angeführten Versuch §. 125. ff. Danz §. 43. C. 114.

79) L. 40. *D. de reg. iur.* Dapp §. 126.

80) L. 2. *D. de reg. iur.* §. 11. *I. de Except.* L. 54. *D. h. t.* L. 18. *C. eod.*

genheiten zu besorgen, z. B. wenn sie durch Alter oder Krankheit daran verhindert werden; auch b) sich sonst niemand ihrer annimmt, und c) beydes aus der vorausgegangenen Untersuchung richtig befunden worden ist⁸¹⁾. 2) Kann auch eine Frauensperson für die Freyheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder, oder auch ihres Mannes vor Gericht streiten, wenn sonst niemand vorhanden ist, der dieses Geschäft übernehmen will⁸²⁾. 3) Erlauben die Geseze einer Mutter, für ihren Sohn gegen ein demselben nachtheiliges richterliches Urtheil die Appellation einzuwenden⁸³⁾; so wie denn auch endlich 4) eine Frauensperson zu ihrem eigenen Vortheil einen gerichtlichen Auftrag ohne Bedenken übernehmen darf⁸⁴⁾; dahingegen sind ausser diesen Fällen Personen weiblichen Geschlechts auch noch heutiges Tages ordentlicher Weise von gerichtlichen Procurationen ausgeschlossen⁸⁵⁾, weil ein Nichtgebrauch des römischen Rechts in Ansehung dieser Lehre unerweislich ist⁸⁶⁾. Minders

jäh.

81) L. 41. D. h. t. Eine Mutter kann jedoch für ihr unmündiges Kind nicht selbst vor Gericht handeln, sondern sie ist in den Gesezen angewiesen, um einen Vormund für das Kind zu bitten. L. 18. C. h. t.

82) L. 3. §. 2. D. de liberali causa. In Praxi wendet man dies auch auf den Fall an, wenn von den oben genannten Personen jemand im Gefängniß ist, und es auf dessen Befreyung ankommt. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 39.

83) L. 1. §. 1. D. de appellat. recip. vel. non.

84) L. 4. C. h. t.

85) WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. IX. Observ. 81.

86) Anderer Meinung ist jedoch Io. Tob. CARIACI in Diss. de femina procuratrice ad litem. Halae 1751. §. 20. seqq. Allein man sehe dagegen Dapp in dem angef. Versuch §. 151.

jährige scheinen zwar nach dem römischen Rechte zur Uebernehmung eines Auftrags in gerichtlichen Geschäften nicht ganz unfähig zu seyn, wenn sie nur das siebenzehende Jahr ihres Alters zurückgelegt haben⁸⁷⁾. Denn die Gesetze wollen nur nicht, daß sie ohne Auftrag als Defensores zugelassen werden sollen, weil hier der Minderjährige sich gegen die geleistete Caution de iudicato solvendo wieder in den vorigen Stand könnte einsetzen lassen, und diese Restitution auch den Bürgen zu statten kommt, wodurch also das ganze processualische Verfahren vereitelt werden würde⁸⁸⁾. Dieses ist nun aber freylich nicht leicht zu befürchten, wenn der Minderjährige als Procurator vermöge erhaltenen Auftrags vor Gericht handelt, weil alsdann die actio iudicati gegen seinen Gewaltgeber angestellt wird⁸⁹⁾. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so werden Minderjährige wenigstens in dem päpstlichen Rechte⁹⁰⁾ welches vorzüglich in Bestimmung des processualischen Verfahrens den Vorzug vor dem römischen Rechte behauptet⁹¹⁾, für unfähig erklärt, das

87) §. 5. I. *Quib. ex caus. manumitt. non licet. L. 13. D. de manumiss. vindict.* GIPHANIUS ad L. 51. D. h. t. in *Lectur. Altorphin.* pag. 63. VOET in *Comm. ad Pand. h. t. §. 6.* HUBER praelection. ad *Pandect. h. t. §. 2. Inst. Henn.* BOEHMER in *Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. 1. Tit. XXXVIII. §. 13.* LAUTERBACH in *Colleg. Pand. h. t. §. 40. et. 41. und besonders Io. Dan. GRUBER Diss. de minore procuratore. Halae 1723.* Anderer Meinung ist jedoch DAPP §. 129.

88) L. 51. pr. D. h. t. GIPHANIUS ad h. L. nr. 2. seqq.

89) L. 4. D. de re iudic.

90) Cap. 5. in fin h. t. in 6to.

91) CARPZOV P. III. Decis. 203. RITTERSIUS *Differentiae iuris civ. et canon. Lib. V. cap. 12.*

das Amt eines gerichtlichen Sachwalters zu übernehmen, und dieses wird auch heutiges Tages nach der Meinung der practischen Rechtsgelehrten als Regel beobachtet⁹²⁾. Ferner sind Ehrlose nicht nur nach dem päpstlichen⁹³⁾, sondern auch nach dem römischen Rechte ausgeschlossen⁹⁴⁾. Zwar soll nach einer Verordnung des K. Justinians⁹⁵⁾ auf die Einrede der Ehrlosigkeit keine rechtliche Rücksicht genommen werden, wenn sie auf einer weit ausgehenden Erörterung beruht, damit nicht das processualische Verfahren in der Hauptsache dadurch aufgehalten werde, während dem über das Factische jener Einrede gestritten wird. Allein wenn die vorgeworfene Ehrlosigkeit bekannt ist, oder wenigstens gleich erwiesen werden kann, so hat es keinen Zweifel, daß einem solchen Sachwalter nicht nur von der Gegenparthey desselben die Einrede der Ehrlosigkeit entgegen gesetzt, sondern derselbe auch sogar von richterlichen Amtswegen weggenommen werden könne⁹⁶⁾. Weiter sollen auch diejenigen, welche die Gegenparthey an Macht, Reichthum und Ansehen übertreffen, (*potentiores*) nicht wider dieselbe als gerichtliche Sachwalter zugelassen werden⁹⁷⁾.

Noch

92) BOEHMER c. 1. §. 13. nr II. pag 908 BERGER Elect. disceptat. for. Tit. III. Obs. 2. HOFMANN Diff. de origine et condit. procurator. Cap. IV. §. 7. pag. 43. WIESAND Opusc. iurid. Specim. 9. Obs. 1. pag. 113.

93) *Can. 1. et 2. Caus III. Qu. 7.*

94) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. de COCCÉJ in iure civ. controuv. h. t. Qu. 8. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. b. Dapp §. 131.

95) §. ult. I. de *Exception.*

96) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19.

97) Tot. Tit. Cod. ne liceat. potent. WERNHER T. I. P. I. Obs. 283. Dapp §. 153. Man pflegt jedoch solche Anwälde heut

Noch weniger dürfen Soldaten, die noch in Diensten stehen, Aufträge in gerichtlichen Sachen annehmen; sie sollten vielmehr, wenn auch die Gegenparthey deßfalls nichts eingewendet hätte, doch schon von richterlichen Amtswegen abgewiesen werden⁹⁸⁾. Es wäre denn, daß der Auftrag blos zu ihrem eigenen Vortheil gereichte, oder die Sache, deren gerichtliche Betreibung sie übernommen, ihr Regiment oder Compagnie beträfe⁹⁹⁾. Hier müssen sie als Sachwalter zugelassen werden, ausserdem aber nicht, wenn sie auch nur für ihre leibliche Eltern oder für ihre Frau erschienen¹⁰⁰⁾. Wäre jedoch dem Sachwalter weder von der Gegenparthey die Einrede der Unfähigkeit bey der *litis contestation* entgegen gesetzt, noch auch derselbe vom Richter *removirt* worden, so ist das processualische Verfahren deswegen nicht für ungültig zu halten¹⁾. Endlich sollen sich auch Geist-

zu Tage zugelassen, wenn gegen ihre Person nicht *exciptirt* wird. *Mich. Gottfr. WERNHER* in *lectiss. comment. ad Pand. h. t.* §. 6.

98) *L. 8. §. 2. D. h. t. L. 54. D. eod. §. 11. I. de except. L. 5. C. de condict. caus. dat.* Der Grund dieses gesetzlichen Verbots ist ohnstreitig der, damit nicht durch die Betreibung fremder gerichtlicher Angelegenheiten der Dienst zum Nachtheil des Staats leiden möchte. *Pet. de GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora. Exerc. IV. §. 13. pag. 100.* Daher wird es den Veteranen, welche nach Endigung ihrer Dienstzeit den Abschied erhalten haben, ausdrücklich erlaubt, als *Procuratoren* vor Gericht zu handeln. *L. 3. §. 2. D. h. t.*

99) *L. 8. §. 2. D. cit.*

100) §. 11. *I. de Except. L. 7. C. de procurator.*

1) *L. 8. §. 2. D. h. t. — nisi hoc, tempore litis contestatae, quocunque casu praetermissum est. GIPHANIUS in Lecturis Altorph. pag. 18. nr. 18.*

Geistliche mit gerichtlichen Procurationen weltlicher Rechtshändel nicht abgeben, weil darunter die ihnen obliegende Seelsorge leiden würde ²⁾. In Sachen ihrer Kirche, so wie auch für nahe Anverwandte, und mitleidswürdige Personen werden sie jedoch als Sachwalter zugelassen, weil ihnen in solchen Fällen auch das Postuliren vor Gericht erlaubt ist. (§. 363.) Daß übrigens ein Sachwalter noch unter der väterlichen Gewalt steht, hindert an sich an der Zulassung vor Gericht nichts ³⁾; weil ein *filiusfamilias* in Sachen, die außer der Familie vorgehen, und wobey der Vater weder concurrirt, noch deshalb verantwortlich wird, die Rechte eines freyen Hausvaters genießt ⁴⁾.

§. 394.

Wer kann einen Procurator bestellen?

Das Recht, einen gerichtlichen Sachwalter zu bestellen, kommt einem jeden zu, welcher Eigenthümer der in Frage stehenden streitigen Rechtsache ist, in sofern er deswegen entweder selbst klagen, oder allein belangt werden kann ⁵⁾. Wer also die Fähigkeit vor Gericht zu handeln entweder gar nicht hat, oder wenigstens nicht allein vor Gericht handeln kann, kann auch entweder gar keinen Sachwalter ernennen, oder solches wenigstens nicht für sich allein thun. Dahin gehören nun

1) die

2) *Nov. 123. Cap. 6. Cap. 2. et 4. X. ne cler. vel monachi sec. negot.*

3) *L. 8. pr. D. h. t. Ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum.*

4) *L. 9. D. de his, qui sui vel alien. iuris sunt.*

5) *L. 3. pr. D. h. t. L. 17. §. 20. D. de iniur. VOETH. t. §. 2.*

SCHULTING Prot. h. t. §. 4.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

1) diejenigen Personen, welche unter der Vormundschaft stehen. Von diesen sind

a) zur Bestellung eines Sachwalters ganz unfähig: Rasende und Wahnsinnige, außer wenn diese Personen vernünftige Zwischenzeiten haben ⁶⁾; desgleichen Kinder, welche das siebende Jahr noch nicht zurück gelegt haben. Für diese handelt entweder der Vormund selbst vor Gericht, oder er bestellt ihnen einen Actor. Taube und stumme Personen gehören in diese Klasse nur in sofern, als sie den gehörigen Gebrauch des Verstandes nicht haben, sonst ist ihnen nicht verboten, einen Procurator zu bestellen, wenn sie nur auf irgend eine Art im Stande sind, ihren Willen zu erkennen zu geben ⁷⁾. Denn unter dieser Einschränkung können sie Consensualcontracte schließen ⁸⁾, folglich auch einen Auftrag in gerichtlichen Geschäften erteilen ⁹⁾.

b) Nicht ohne vormundtschaftliche Einwilligung hin- gegen können einen gerichtlichen Sachwalter bestellen,

1) Unmündige und Minderjährige ¹⁰⁾.
Denn solche Personen sind auch ohne Beystand ihrer Vor-
münd-

6) Dapp §. 103.

7) L. 43. pr. D. h. t. *Mutus et surdus per eum modum, qui procedere potest*, d. i. wie POTHIER in Pandectis Justin. T. I. h. t. nr. XIX. not. f. sagt: *quocunque modo suam potest de ea re declarare voluntatem*) procuratorem dare non prohibetur. Man sehe auch Ant. FABER in Rational. ad h. L.

8) L. 4. §. 1. D. de pact. L. 48. D. de Obligat. et act. L. 124. pr. D. de Reg. iur.

9) Dapp §. 104.

10) L. 11. Cod. h. t.

münder nicht vor Gericht zu erscheinen fähig ¹¹⁾). Hätte indessen ein Minderjähriger auch allein und ohne seinen Curator einen Sachwalter bestellt, und das Urtheil wäre in der Folge zu seinem Vortheil ausgefallen, so ist dasselbe deswegen nicht ungültig, und kann daher von dem Gegentheile aus dem Grunde, daß des Minderjährigen Sachwalter nicht auf die rechtsbehörige Art bevollmächtigt gewesen, und mithin die ganze Verhandlung desselben null und nichtig sey, keinesweges angefochten werden ¹²⁾. Denn dieß wäre ganz gegen die Absicht der Geseze, nach welchen die Minderjährigen ihr Alter nur gegen Schaden schützen, aber nicht von dem, was ihnen zum Vortheil gereicht, ausschließen soll. Aus dem nämlichen Grunde wird dieses auch auf Pupillen ausgedehnt, wenn sie ohne ihren Tutor einen Sachwalter bevollmächtigt haben sollten, welcher Fall jedoch nicht leicht vorkommen wird ¹³⁾.

2) Gerichtlich erklärte Verschwender ¹⁴⁾, und

3) Frauenspersonen an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist ¹⁵⁾. Denn nach dem römischen Rechte können Frauenspersonen eben sowohl einen Sachwalter allein bestellen, als sie allein klagen, und sich wider eine Klage vertheidigen können ¹⁶⁾. Sowie hiernächst

R 2

2) die

11) Tot. tit. Cod. qui legit. pers. standi in iudic. hab. §. 2. I. de curator. L. 6. C. quomodo et quando iudex.

12) L. 24. C. h. t.

13) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 35. Dapp §. 106.

14) L. 1. D. de curat. fur. L. 1. C. eodem.

15) LAUTERBACH in colleg. Pandectar. h. t. §. 36. Dapp §. 108 — 113.

16) STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 17. Dapp §. 107.

2) diejenigen Personen anbetrißt, welche noch unter väterlicher Gewalt sind, so können dieselben zwar in Sachen, welche das *peculium profectum* oder *adventitium ordinarium* betreffen, zur Anstellung einer Klage anders keinen Sachwalter bestellen, als wenn der Vater abwesend, oder wahnwüthig ist¹⁷⁾, weil sie nur unter dieser Einschränkung selbst klagen können¹⁸⁾; hingegen dürfen sie zu ihrer Vertbeidigung, wenn sie in solchen Sachen die Stelle des Beklagten zu übernehmen haben, sich nach Gefallen eines Sachwalters bedienen¹⁹⁾; so wie es denn auch außer Zweifel ist, daß ein *filiusfamilias* in Sachen, welche sein *peculium castrense*, oder *quasi castrense* oder *adventitium irregulare* betreffen, vorausgesetzt, daß er das zur Verwaltung eines solchen Vermögens erforderliche Alter habe, nicht nur als Beklagter, sondern auch als Kläger, einen Sachwalter bevollmächtigen könne²⁰⁾, weil er in solchen Sachen sowohl belangt werden, als auch selbst klagen kann²¹⁾.

§. 395.

Wenn mehrere Sachwalter zu eben derselbigen Sache bestellt worden sind, was ist Rechtens?

Es kann nun nicht nur ein, sondern es können auch mehrere zu Sachwaltern in einer und eben derselben gericht-

17) *L. 8. princ. D. h. t. Dapp §. 120. u. 121.*

18) *L. 18. §. 1. D. de iudiciis. Dapp §. 28. u. 29.*

19) *L. 8. pr. D. h. t. Ad defendendum quoque poterit filiusfamilias procuratorem dare.*

20) *L. 8. pr. D. h. t.*

21) *L. 8. cit. L. 4. D. de iudic. L. 52. §. 6. D. de furt. Dapp §. 30. u. 31.*

richtlichen Sache bestellet werden. Hier kommt es zuſörderſt darauf an, ob dieſe mehreren Sachwalter alle als Hauptanwälde, oder ob nur der eine als Hauptſachwalter, der andere aber als Subſtitut, und in ſubſidium, beſtellet worden. In dem letztern Falle kann ſich der Subſtitut nicht eher einmiſchen, als wenn ſich entweder die Vollmacht bey dem erſtern, z. B. durch den Tod deſſelben, geendiget hat, oder dieſer ſonſt behindert wird, vor Gericht zu erſcheinen²²⁾. Sind ſie hingegen alle als Hauptſachwalter beſtellet worden, ſo iſt dieſes entweder von mehreren Theilnehmern an dem nämlichen Rechtsſtreite geſchehen, die ein getheiltes Intereſſe haben; oder die Ernennung der mehreren Hauptſachwalter iſt von einem geſchehen, den der ganze Rechtsſtreit allein angeht. In dem erſtern Falle iſt es jedem dieſer Theilnehmer erlaubt, in Rückſicht des ihm an dem ſtreitigen Gegenſtande zuſtehenden Antheils ſeinen eigenen Procurator zu beſtellen, ſo daß dieſe mehreren Sachwalter auch zugleich vor Gericht handeln können²³⁾. In dem letztern Falle hingegen iſt wieder zu unterſcheiden, ob die Bevollmächtigung zu gleicher Zeit, oder zu verſchiedenen Zeiten geſchehen iſt. In dem letztern Falle hebt die ſpättere Bevollmächtigung der Regel nach die erſtere auf²⁴⁾. Wenn hingegen der Eigen-

R 3

thümer

22) Jüngſt. Reichsabſchied von 1654. §. 100.

23) L. 31. §. 1. D. h. t. Unius litis plurium personarum plures dari procuratores, non est prohibitum. GIPHANIUS ad h. L. in Lectur. Altorph. p. 27. nr. 5. ſeqq.

24) L. 31. §. 2. D. h. t. Cap. 14. X. h. t. Durch die Bevollmächtigung eines andern Sachwalters, und deſſen Uebernehmung der Sache, wird die dem erſtern ertheilte Vollmacht ſtillschweigend widerrufen. THOMASIIUS in Diſſ. de revocatione

taci-

thümer des Rechtsstreites zu gleicher Zeit mehrere Hauptsachwalter zur ganzen Sache bestellt, so kann zwar solches nach den römischen Rechten nicht mit der Wirkung geschehen, daß sie zugleich und mit einander vor Gericht handeln dürften; sondern es wird nur einer allein vor Gericht zugelassen, und zwar schließt derjenige die übrigen aus, welcher sich der Sache zuerst unterzogen, und die Klage angestellt, oder die Vertheidigung des Gewaltgebers übernommen hat²⁵). Der Grund hiervon ist, weil eines theils die Rechtsache von einem Einzigen besser besorgt werden kann, dahingegen alle zugleich einander nur hinderlich, dem Principal aber gar leicht nachtheilig seyn würden; andern Theils aber schien es auch unbillig zu seyn, die Lage des Gegners durch Bestellung mehrerer Hauptsachwalter, mit welchen er es zugleich aufzunehmen hätte, zu erschweren²⁶). Aus dem nämlichen Grunde wird dieses auch noch heutiges Tages bey den höchsten Reichsgerichten beobachtet, nach deren Praxi zu einer und eben derselben Rechtsache nicht mehrere Hauptsachwalter ernannt werden dürfen, sondern die Vollmacht schlechterdings nur auf

tacita mandati iudicialis §. 26. OBERHAUSER Praelect canonicae iuxta ord. Decretal. Lib. I. Tit. 38. §. 6.

25) *L. 32. D. h. t. Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit: ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator. Adde L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tutor.*

26) *DONELLUS in Commentariis iur. civ. Lib. XVIII. Cap. 15. BRUNEMANN ad L. 32 D. h. t. und Mich. God. WERNER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 7. Anderer Meinung ist jedoch Ant. FABER in Rational. ad L. cit. 32. D. h. t. Allein man sehe STRYK Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 25. und de coc-
[CEJI in iure civ. controuv. h. t. Qu. 6.*

auf einen Hauptsachverwalter gestellt seyn muß²⁷⁾. Allein das päpstliche Recht²⁸⁾ weicht hierin vom röm. Rechte ab, nach welchem nicht nur mehrere Hauptsachwalter zu einer Sache bevollmächtigt werden können, sondern auch gemeinschaftlich vor Gericht handeln dürfen. Ob aber nicht auch nach dem päpstlichen Rechte einer den andern ausschließen könne, hängt von der Art ihrer Bestellung ab. Sie sind nämlich entweder unbestimmt oder bestimmt bestellet worden. Im erstern Falle ist anzunehmen, daß sie zur gemeinschaftlichen Besorgung der ihnen übertragenen Rechtsache bestellet worden sind, es kann daher keiner ohne den andern etwas in der Sache unternehmen²⁹⁾, wenn gleich der Gegentheil darein willigte, weil solches zum Nachtheil des Gewaltgebers gereichen möchte³⁰⁾; es müßte ihnen denn solches bey unvermeidlichen Hindernissen gestattet seyn³¹⁾. Sind hingegen die mehreren Hauptsachwalter auf eine bestimmte Art bestellet worden, so ist solches entweder mit der Clausel sammt oder sonders, (in solidum) oder mit der Clausel sammt und sonders (si non omnes) geschehen. In dem erstern Falle können alle so gut, wie einer für alle den Aufstrag besorgen, und zwar findet hier eine Prävention statt. Ist nämlich einer dem andern zuvor-

R 4 ge

27) STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 27. Hanzely Fortsetzung der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis im allg. meinen. Kap. 26. §. 173. S. 115. in der Ann. Dapp §. 290.

28) Cap. 6. de procurator. in Vito.

29) Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 714.

20) Dapp §. 255. Not. 2. S. 180.

31) Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß §. 82. S. 347.

gekommen, und hat sich der Sache allein unterzogen, so schließt dieser hernach den andern so lange aus, als er die Sache betreibt und betreiben kann. Nur wenn dieser nicht mehr handeln kann oder will, so kann der andere die Sache fortsetzen³²⁾. In dem letztern Falle hingegen findet keine Prävention statt, sondern es kann der eine nur denn allein und ohne den andern handeln, wenn dieser entweder verhindert ist, oder aber sonst an der Sache keinen weitem Antheil nehmen will³³⁾. Diese Grundsätze des päpstlichen Rechts nimmt auch nach dem Zeugniß bewährter Rechtsgelehrten der heutige Gerichtsgebrauch an³⁴⁾. Zwar meint Wernher³⁵⁾, daß heutiges Tages auch in dem Falle, da mehrere Hauptsachwalter in solidum mit der Clausel sammt oder sonders bestellt worden, die Prävention wegfallen müsse, folglich derjenige Anwalt, der sich zuerst der Sache unterzogen, den andern deswegen nicht ausschließen könne, weil sich die Vorschrift sowohl des römischen als päpstlichen Rechts auf das dominium litis gründe, dessen Wirkungen heut zu Tage cessiren. Allein es ist schon von andern dagegen richtig bemerkt

32) Claproth a. a. O. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 3. Danz Grds. des gem. ordentl. bürg. Processus §. 43. C. 115.

33) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. X. §. 55. sagt Clausula in solidum in procuratoribus divisionem et occupationem atque exclusionem insert; at clausula coniunctim et singulatim magis intendit coniunctionem et simultaneam admissionem, in eventum autem et divisionem admittit.

34) BOEHMER in iure eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 14 LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 48. STRYK Ul. mod. Pandect. h. t. §. 27. u. a. m.

35) Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 38.

merkt worden, daß die Wirkung der Prävention vielmehr daher entstehe, daß einer für alle bestellet worden, und solche daher statt finden könne, ohne ein Eigenthum des Rechtsstreits annehmen zu dürfen³⁶⁾.

§. 396.

Vom procuratore in rem suam.

Der Auftrag zur Betreibung eines gerichtlichen Rechtsstreites kann in mehreren Fällen das eigene Interesse des Sachwalters betreffen. Ein solcher Sachwalter, der zwar im Namen eines andern, aber doch zu seinem eigenen Nutzen, vor Gericht handelt, wird ein *procurator in rem suam* genannt. Dahin gehört 1) wenn ich dem Andern eine Forderung cedire, die er in meinem Namen einlagen, und, was er von dem Schuldner bekommt, behalten soll. Denn nach der Subtilität des römischen Rechts können Personalforderungen von der Person des ersten Gläubigers nicht gänzlich getrennt, und daher auf einen andern Gläubiger nicht dergestalt übertragen werden, daß dieser in eigenem Namen die directe Klage gegen den Schuldner des Cedenten anstellen könnte. Wenn ich also einem Andern eine Forderung verkauft, oder auf eine andere Art überlassen habe, so kann er zwar in seinem eigenen Namen *actione utili* klagen³⁷⁾, allein zur Anstellung der directen Schuldklage muß ich ihm eine Vollmacht geben, daß er die Forderung, als mein Anwalt, in mei-

N 5

nem

36) BOEHMER in Diff. de dominio litis. Cap. III. §. 7. und Clap-
roth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 82. Not.
5. S. 349.

37) L. 55. D. h. t.

nem Namen auslag³⁸⁾. Ein solcher Cessionarius wird also hierdurch ein Procurator in rem suam. Denn wenn gleich ein solcher Sachwalter, in Absicht auf die Wirkung des Auftrags, als Eigenthümer anzusehen ist, so daß er auch sogar mit dem debitore cesso transigiren kann³⁹⁾ so ist er doch in Ansehung des Gegenstandes und des Rechts, aus welchem er klagt, ein wahrer Sachwalter, da er in dieser doppelten Rücksicht in fremden Namen handelt⁴⁰⁾. Ein anderer Fall, wo der Procurator in rem suam als Kläger auftritt, ist 2) der, wenn ein Minderjähriger ohne Auftrag sich den Geschäften eines Großjährigen unterzogen, und letztern durch schlechte Verrichtung in Schaden gebracht hat. In diesem Falle muß der Minderjährige entweder selbst gegen seine Handlungen die Restitution in den vorigen Stand suchen, oder sein Recht dem andern dergestalt cediren, daß dieser, als Procurator in rem suam, im Namen und ex mandato minoris die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann⁴¹⁾. Es giebt nun aber auch Fälle, wo der Procurator in rem suam die Stelle des Beklagten vertritt. Dahin gehört, wenn die Führung des Rechtsstreits einem solchen ist aufgetragen worden, welcher den Principal rechtlich zu vertreten schuldig ist, und welcher daher

den

38) Ios. FINESTRES in Hermogeniani iuris Epitom. Lib. II. ad L.

13. §. 1. D. de hered. vel act. vend. pag. 460. Höpfer im Commentar über die Institut. §. 992.

39) L. 13. §. 1. D. de pact. L. 25. D. h. t. L. 9. Cod. eodem.

40) LAUTERBACH D. de procuratore in rem suam §. 7. seqq.

GUNDLING Larva procuratori in rem suam detracta; in Gundlingianis St. 6. nr. 2. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom.

IV. Obs. 767.

41) L. 24. pr. D. de minoribus.

denselben entschädigen muß, wenn der Proceß verlohren wird. Man setze z. B. der Käufer habe den Verkäufer, oder der Bürge, den Hauptschuldner zur Vertretung aufgefördert, und ihn zum Sachwalter bestellt⁴²⁾.

§. 397.

Welche Sachen können durch einen Procurator besorgt werden, welche nicht?

Zur Bestellung eines Procurators ist nun nicht genug, daß der Gewaltgeber das Recht habe, einen Procurator zu bestellen, und dieser einen Auftrag in gerichtlichen Sachen annehmen könne, sondern es wird auch erfordert, daß die vor Gericht zu verhandelnde Rechtsache von der Art sey, daß sie einen Procurator zulasse. Um dieses zu beurtheilen, ist nun zwischen bürgerlichen und peinlichen Rechtsachen ein Unterschied zu machen. In Ansehung der erstern gilt die Regel, daß in allen bürgerlichen Rechtsachen sowohl nach dem neuern römischen als heutigen Rechte Sachwalter zugelassen werden, wo nicht entweder die Geseze selbst eine Ausnahme machen, oder der Richter das persönliche Erscheinen der Partheyen aus hinlänglichen Gründen nach der Beschaffenheit und den Umständen der vorliegenden Rechtsache mit Recht fordern kann⁴³⁾. Die Fälle, in welchen

a) ble

42) L. 42. §. 2. D. h. t.

43) L. 26. C. h. t. In pecuniariis controversiis, etsi specialiter hoc praecepti vel sententiae minime designat auctoritas, passim unicuique, si tamen ita maluerit, per Procuratorem respondendi tribuimus facultatem: nisi forte quosdam (iustiores nonnunquam ob causas) vehementior maximi iudicis vocabit auctoritas. Vid. GIPHANIUS ad h. L. in Lectur. Altorph. pag. 95. et ROTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XV. Not. m. pag. 103.

a) die Gesetze bey dem processualischen Verfahren vermöge einer ausdrücklichen Ausnahme keinen Sachwalter zulassen, sind folgende:

1) Konnte derjenige, welcher bey den Römern eine Volksklage (*actionem popularem*) anstellte, dazu keinen Procurator bestellen⁴⁴⁾. Denn da nach der Natur dieser Klagen jeder von dem Volke ein Recht zu deren Anstellung hatte, so schien es unschicklich zu seyn, denjenigen als Procurator handeln zu lassen, der nach den Gesetzen in eigenem Namen klagen konnte⁴⁵⁾. Eine Ausnahme fand jedoch in dem Falle statt, wenn mit dem öffentlichen Wohl auch der Privatnußen des Klägers verbunden war, wo alsdann der Kläger, jedoch nicht anders, als nach vorhergegangener Untersuchung der Sache, sich eines Sachwalters bedienen durfte⁴⁶⁾.

2) Wird auch bey dem Interdict, wodurch ein Vater seine Kinder zurückfordert, kein Sachwalter zugelassen, ausser wenn nach einer deßhalb angestellten Untersuchung sich befunden, daß der Vater durch Krankheit oder eine andere rechtmäßige Ursache verhindert werde, die Sache selbst vor Gericht zu betreiben, und überdem der Sachwalter einen besondern Auftrag erweisen könnte⁴⁷⁾.

3) Muß der Regel nach ein jeder Eid von derjenigen Parthey in Person abgeschworen werden, welcher er zugeschoben oder auferlegt worden ist, und es wird kein Sach-

44) L. 5. D. de popul. act.

45) VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 16.

46) L. 42. L. 45. §. 1. D. h. t. L. pen. D. ne quid in loc. publ. L. 3. in fin. et. L. 6. D. de sepulchro. viol.

47) L. 40. pr. de procurat.

Sachwalter zugelassen, wenn er gleich zur Eidesleistung besonders bevollmächtigt worden wäre⁴⁸⁾; es wäre denn, daß die Gegenparthey darein willigte; oder der Eid gleich Anfangs dem Sachwalter zugeschoben worden; oder die besondern Geseze oder der Gerichtsgebrauch eines Landes die Eidesleistung durch einen Procurator zuliesen⁴⁹⁾.

b) Der Richter kann nun aber, auch ausser jenen Fällen, das Erscheinen der Partheyen in Person vor Gericht verlangen, so oft ein hinlänglicher Grund dazu vorhanden ist⁵⁰⁾. Dahin gehört,

1) wenn die summarische Beschaffenheit des Processus entweder ein mündliches Verfahren mit sich bringt, oder sonst die persönliche Gegenwart einer Parthey nothwendig macht. Dieses ist der Fall,

2) beyhm Consistorialproceß, wenn es besonders in Ehesachen auf den Versuch der Güte unter den
Frei-

48) *L. 12. §. 4. Cod. de reb. cred. et iureiur. Nov. CXXIV. cap. 1. L. 9. §. 6. D. de iureiur.* MALBLANC *Doctr. de iure iurando* §. 94. *Elaprot* Einleitung in den ord. bürger. Proceß 2. Th. §. 332. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 182. u. 183. und PÜTTMANN *Elector. Cap. IV.*

49) Auch an den beyden höchsten Reichsgerichten werden Eidesleistungen durch besonders dazu bevollmächtigte Anwälde ohne Anstand zugelassen. *S. TAFINGER Institut. iurisprud. cameral. Sect. IV. Tit. I. §. 822. und Pütters Einleitungen und Beispiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts I. Bandes IV. Heft Nr. X. S. 457. folg.*

50) *Cap. I. de iudiciis in Vlt. Ge. Lud.* BOEHMER in *Princip. iuris canon. §. 711. und Ge. Jac. Fried. Meißner in den practischen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht 2. Band 26. Bemerk. S. 273.*

streitenden Theilen ankommt⁵¹⁾, oder derselbe auch sonst nach der besondern Consistorialordnung eines Landes ein mündliches Verfahren mit sich bringt.⁵²⁾

b) Beym Wechselproceß, wo nach wirklich geschehener, oder für geschehen angenommener Anerkennung der bey der Wechselklage zum Grunde liegenden Urkunden, im Falle nicht bewirkter Zahlung ohne Aufschub mit der Captur des Schuldners verfahren wird. Aus diesem Grunde muß der Wechselschuldner schlechterdings in Person erscheinen, da hingegen der Wechselgläubiger sich unstreitig eines Sachwalters bedienen kann⁵³⁾.

c) In den militärischen Gerichten, in welchen, wofern nicht etwa die Wichtigkeit der Sache ein anders erheischt, Anwälde nicht leicht zugelassen werden⁵⁴⁾.
Endlich

e) in Bagatellsachen⁵⁵⁾. Sodann kann auch

2) der Richter auf das Erscheinen in Person vor Gericht in dem Falle erkennen, wenn eine Parthey auf die persönliche Gegenwart ihrer Gegenparthey ein gegründetes Recht hat, und bey dem Gebrauche desselben beharren will.

51) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LIII. med. 5. und BOEHMER c. l. §. 711. Not. b.

52) E. Meister in den angef. pract. Bemerk. 2. B. 26. Bem. nr. 10.

53) Christ. Gottl. RICCIUS in Exercitat. iur. cambialis XVII. de processu cambiali Sect. IV. §. 16. PESTEL Diss. de procuratoribus. §. 7. Püttmanns Grunds. des Wechselrechts §. 170. Not. a. und Danz Erbf. der summarischen Proceße §. 45. Not. c. *).

54) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LIII. med. 1.

55) LEYSER Specim. cit. medit. 2.

will. Dieß ist der Fall in Injurienfachen, wenn es auf Leistung des Widerrufs, oder einer Abbitte und Ehrenerklärung ankommt, wobey zwar von Seiten des Klägers ein Sachwalter angenommen wird, wenn er dazu besonders bevollmächtigt ist, der Beklagte aber in Person erscheinen, und jene Handlung selbst verrichten muß, wenn den Umständen nach darauf erkannt worden ist ⁵⁶). Es wären denn, daß der Beleidigte in die Zulassung eines Sachwalters willigte ⁵⁷).

In Ansehung der petulichen Sachen ist ein Unterschied zwischen dem römischen und heutigen Rechte zu machen. Nach dem erstern soll weder von Seiten des Anklägers, noch von Seiten des peinlich Angeflagten ein eigentlicher Sachwalter zugelassen werden ⁵⁸). Denn bey dem Ankläger hinderte die dem Anklageproceß eigene *inscriptio in crimen* die Zulassung eines Anwalts, weil der Ankläger sich zur *poena talionis* verpflichten mußte ⁵⁹). Auf Seiten des Angeflagten hingegen war darum kein Sachwalter zulässig, weil der Procurator nach der röm. Proceßordnung *dominus litis* werden mußte, folglich die Sentenz gegen den Anwalt hätte gesprochen, und dieser in

56) LEYSER Vol. III. Specim. DXLIII. med. 2. Quistorps Grundsätze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 326. u. 327. und Weber über Injurien und Schmähschriften 2. Abth. S. 37.

57) Dapp über die Legitimation zum Proceß §. 184. Not 1. S. 141.

58) L. 13. §. 1. *D. de publ. iudic.* L. 11. in fin. *C. de iniur. Pet. de TOULLIEU* in *Collectan. iuris civ.* Diff. IV. Cap. 1. pag. 164. seq. I. H. BOEHMER *D. de potestate procuratoris in causis criminalibus.* Halae 1726. rec. 1735. Dapp in dem angef. Versuch §. 185 — 216.

59) L. 7. *D. et L. fin. C. de accusat.*

in die Strafe verurtheilt werden müssen, welches doch offenbar ungereimt, und gegen die Regel gewesen wäre, quod reatus suum teneat auctorem⁶⁰). Jedoch war es einem jeden erlaubt, die Vertheidigung für den peinlich Angeklagten zu übernehmen, wenn er auch in keinem besondern Verhältniß mit demselben stand⁶¹); weil ein solcher Defensor nicht sowohl als Sachwalter des peinlich Angeklagten auftrat, sondern vielmehr als ein solcher betrachtet wurde, welcher die Rechte der Menschheit vertheidigte⁶²). Denn daß kein Unschuldiger verurtheilt werde, ist eine Sache, woran der ganzen Menschheit gelegen ist⁶³). Nach dem heutigen peinlichen Rechte wird nun zwar dem Ankläger der Regel nach der Gebrauch eines Sachwalters gestattet⁶⁴), da das vinculum inscriptionis in crimen in Teutschland wegfällt⁶⁵); es sind aber doch auch überhaupt diejenigen Fälle billig auszunehmen, da nach der besondern Beschaffenheit der Sache selbst die Gegenwart der Person unumgänglich erfordert wird⁶⁶). Soviel hingegen den peinlich Beklagten oder Angeschuldigten betrifft, so wird auch heutiges Tages bey den Haupthandlungen des peinlichen Processes, welche ohne die persönliche Gegenwart des peinlich

60) BOEHMER cit. Diss. §. 6.

61) L. 33. §. 2. D. h. t. L. 3. Cod. de accusat.

62) BOEHMER cit. Diss. §. 11. 12. et 13.

63) L. 6. D. de appellat. wo es heißt: credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere, und in der L. 33. cit. h. t. wird gesagt: Publice utile est, absentes a quibuscunque defendi: nam et in capitalibus iudiciis defensio datur.

64) Peinliche Gerichtsordn. Carls V. Art. 12. u. 14.

65) BOEHMER cit. Diss. §. 34.

66) von Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts. 2. Th. §. 551.

lich Angeschuldigten nicht vorgenommen werden können, ohne Unterschied, es sey vom Untersuchungs- oder Anklageproceß die Rede, kein Sachwalter zugelassen, und daher z. B. bey der Antwort auf die peinlichen Artikel, Ablegung des Reinigungseides, Tortur, Territion, Confrontation, u. d. schlechterdings erfordert, daß der Angeschuldigte in Person erscheine⁶⁷⁾. Ist hingegen von bloßen Nebenhandlungen und solchen Sachen die Rede, die, der Gerechtigkeit unbeschadet, eben sowohl durch einen Anwalt betrieben werden können, und wo es auf kein Verhör, sondern etwa nur auf Entschuldigung der Abwesenheit, oder Auswirkung eines sichern Geleits, oder ein Fristgesuch u. d. ankommt, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß in solchen Fällen von Seiten des peinlich Angeschuldigten ein Sachwalter zuzulassen sey⁶⁸⁾.

§. 398.

In welchen Fällen müssen Partheyen in ihren gerichtlichen Rechtsangelegenheiten einen Sachwalter bestellen? und in welchen kann ein Anwalt zur Betreibung gerichtlicher Sachen genöthiget werden.

Ist nun eine Sache von der Art, daß sie einen Procurator zuläßt, so steht es zwar der Regel nach in der freyen Willkühr einer jeden Parthey, ob sie ihre Rechtsangelegenheiten, vorausgesetzt, daß sie dazu fähig sey, selbst vor Gericht besorgen, oder zur Betreibung derselben einen Sachwalter bestellen will. Es giebt indessen Fälle, da die Partheyen einen Anwalt bestellen müssen. Dahin

67) *Bestyhalß Criminalrecht.* Anmerk. 118. Dapp §. 229.

98) *Koch Institut. iur. crim.* §. 704. *Quistorp a. a. O.* Dapp §. 230.

Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th.

Dahin gehört 1) nach dem römischen Rechte der Fall, wenn die Partheyen *personae illustres* sind ⁶⁹⁾). Um dieses recht zu verstehen, ist zu bemerken, daß man zu den Zeiten der orientalischen Kaiser die höhern obrigkeitlichen Würden und Staatsbedienungen in drey verschiedene Classen abtheilte, welche man durch besondere Titel bezeugt bezeichnet, daß einige *magistratus* den Titel *illustres* führten, andere *clarissimi*, und noch andere *spectabiles* genannt wurden. Zu den *Illustribus* gehörten vorzüglich der Praefectus urbi, die Praefecti praetorio, consules, und magistri militum, zu den *clarissimis*, die comites consistoriani, Rectores provinciarum, Praesides und Consulares; endlich zu den *Spectabilibus*, der Praefectus augustalis, die Proconsules, Comes orientis, et cuiuslibet tractus Vicarii ⁷⁰⁾). Nun sollen zwar nach der L. 25. C. h. t. nicht blos illustres, sondern auch andere vornehme Staatsbediente, welche zu den clarissimis und spectabilibus gehörten, die sie betreffenden Rechtsangelegenheiten durch einen Procurator vor Gericht besorgen lassen. Denn eines Theils glaubte man, daß dadurch ihre hohe Würde herabgesetzt und verkleinert werde, wenn solche Personen selbst vor Gericht erscheinen wollten, weil sie alsdann, gleich andern streitenden Partheyen, vor Gericht stehen müßten; andern Theils besorgte man auch, daß der Richter durch ihre Gegenwart gar leicht an der unbefangenen Untersuchung der Sache gehindert, und distrahirt werden könnte ⁷¹⁾). Allein Justinian hat dieses Gesetz

69) L. 25. C. h. t. Nov. LXXI. cap. 1.

70) Iac. GUTHRIUS de officiis domus augustae Lib. I. cap. 4. Iac. GOTHOFREDUS in Comment. ad Cod. Theodof. Tom. I. Lib. III. Tit. II. pag. 335. edit. Ritter.

71) Diese Gründe führt Justinian in Nov. 71. cap. 1. selbst an. Man sehe auch GIPHANIUS ad L. 25. C. h. t. in Lectur. Aikorph. pag. 95.

Gesetz hernach blos auf die *magnificentissimos Illustres*, wie er sich ausdrückt⁷²⁾, eingeschränkt, weil unter den *clarissimis* und *comitibus* manche sich befänden, denen es am Vermögen fehle, um die zur Bestellung eines Procurators erforderliche Kosten bestreiten zu können. Man sieht hieraus, daß sich diese römischen Verordnungen blos auf die besondere Verfassung des römischen Staats beziehen, und daher von ihnen kein Gebrauch zu machen sey, wenigstens lassen sich die Rechte der illustren Personen in Deutschland darnach nicht beurtheilen⁷³⁾. 2) Müssen mehrere Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellen, sofern sonst die Insinuation der gerichtlichen Verordnungen, welche jedem besonders geschehen müßte, mit zuviel Weitläufigkeit verknüpft seyn würde. 3) Wenn ganze Corpora und Gemeinheiten litigiren, die ihrer Natur nach nicht in Person erscheinen können. 4) Wenn Jemand an dem Orte, wo der Rechtsstreit geführt wird, nicht wohnhaft ist. Endlich 5) wenn nach der Verfassung des Gerichts, wo der Rechtshandel schwebt, die Bestellung eines Anwalts nothwendig ist⁷⁴⁾. Der Regel nach kann nun aber auch auf der andern Seite kein Sachwalter wider seinen Willen genöthiget werden, eines andern

§ 2

72) *Nov. 71. cit.*

73) *G. RITTERSHUSIUS* in *Exposit. Novellar. P. IX. Cap. 9. nr. 15. seqq. pag. 556.* *STRYK* *Us. mod. Pandectar. h. t. §. 13.* *BEIER* *Position. ad Pand. h. t. nr. 16. Michi God.* *WERNHER* *lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 8.* Anderer Meinung ist jedoch *PESTEL* in *Diss. de procuratoribus §. 5.*

74) *Mittelblatt* in dem Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 121. und *Malblanc* in der Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Saengerverfassung. 3. Th. §. 65.

bern Rechtsfache vor Gericht zu besorgen⁷⁵). Eine Ausnahme findet jedoch 1) bey öffentlich verpflichteten Procuratoren statt, welche ohne erhebliche Ursache keinen Auftrag in gerichtlichen Sachen ablehnen dürfen⁷⁶). Ausserdem ist es 2) Pflicht eines jeden Procurators, welcher im Namen des Klägers vor Gericht handelt, daß er billig auch desselben Vertheidigung übernehme, wenn etwa von dem Beklagten gegen ihn eine Widerklage angestellet worden wäre⁷⁷); und hierzu sind nach Vorschrift der Gesetze auch mutmaßliche Sachwalter verpflichtet⁷⁸). Ja sogar einem Procurator in rem suam liegt die Verbindlichkeit ob, den Edenten, in dessen Namen er klagt, zu vertheidigen, wosern nicht etwa die Cession ex necessitate, wie Ulpian⁷⁹) sagt, das ist, wie man es gewöhnlich erklärt, ex causa onerosa, z. B. vermöge eines

75) L. 8. §. 1. D. et L. 17. C. h. t.

76) Reichs-Cammergerichtsordn. 1. Th. Tit. 19. §. 5.
HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 10.

77) L. 2. §. 3. et 4. D. h. t. Diesen ist L. 17. C. h. t. nicht entgegen, man sehe de COCCERJ in iure civ. contr. h. t. Qu. XI. Daß dieses auch noch heutiges Tages gelte, weil es nicht in dominio litis, sondern in der Natur des mandati ad litem seinen Grund hat, zeigt I. H. BOEHMER in Diss. de dominio litis. Cap. III. §. 16.

78) L. 35. D. h. t.

79) L. 33. §. fin. D. h. t. Si quis in rem suam Procurator interveniat, adhuc erit dicendum, debere eum defendere, (sc. eum, cuius nomine experietur); nisi forte ex necessitate fuerit factus.

80) So verstehen diese Worte CUIACIUS ad L. cit. GIPHANIUS in Lectur. Altorph. pag. 32. BACHOVIVS ad Treutlerum Disp. IX. Thes. I. Lit. A. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXXIII.

geschlossenen Kaufs, geschehen wäre⁸⁰), oder, welches nach der Erklärung anderer Rechtsgelehrten⁸¹) dem Sinne jener Worte gemäßer zu seyn scheint, der Procurator in rem suam sich eine Cession an Zahlungsstatt hätte gefallen lassen müssen, um dadurch seine Forderung zu erhalten⁸²), oder die Cession sonst zur Deckung eines Regresses geschehen wäre⁸³). Denn unter solchen Umständen kann man es dem Procurator der Billigkeit nach nicht zumuthen, daß er sich auf die seinen Principal betreffende Reconvention einlasse, und denselben deshalb vertheidige. Eben diese Verbindlichkeit fällt aber auch alsdann weg, wenn der Procurator in rem suam nicht im Namen seines Gewaltgebers, sondern, wie ihm frey steht⁸⁴), actione utili im eigenen Namen klagt⁸⁵).

S 3

Denn

XXXIII. not. 2. *Iul. PACIUS* Legum conciliatar. Cent. II. Qu.

48. *de COCCEJI* in iure civ. contr. h. t. Qu. 12. u. a. m.

81) *S. Ger. NOODT* Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 37. *Ant. FABER* in Rational. ad L. 33. §. 5. D. h. t. und *VOET* in Commentar. ad Pandect. Lib. V. Tit. I. §. 84.

82) *J. B.* wenn der Gläubiger von seinem Schuldner eine Forderung an Zahlungsstatt hat annehmen müssen; oder wenn bey einer Erbtheilung die Auseinanderlegung der Miterben nicht anders möglich war, als daß Einem zu seinem Erbtheil ein Capital zuerkannt werden mußte. L. 3. D. Famil. ercisc.

83) *J. E.* Wenn sich einer von den mehreren Bürgen, welcher auf die Bezahlung der ganzen Schuld belangt worden, die Rechte des Gläubigers hat cediren lassen, um seinen Regreß gegen die übrigen Mitbürgen nehmen zu können.

84) L. 16. D. de pact. L. 55. D. de procurat.

85) Von diesem Falle ist ohnstreitig die L. 34. D. h. t. zu verstehen, wo es heißt; Si quis in rem suam procuratorio nomine agat, velut emtor hereditatis, an debeat invicem venditorem

defens.

Denn auf diesen Fall gehet das Edict des Prätors nicht, welches, so wie Ulpian⁸⁶⁾ die Worte desselben aufbehalten hat, schlechterdings voraussetzt, daß der procurator in rem suam im Namen seines Gewaltgebers die ihm cedirte Klage anstelle. Es muß nur aber freylich die Cession ohne Gefährde, und nicht etwa blos in der widerrechtlichen Absicht geschehen seyn, um die Gegenforderung des Beklagten, welcher deßhalb eine Widerklage anstellen wollte, zu vereiteln.

§. 399.

Legitimation des Procurators. Falscher Sachwalter. Wie lange findet Ratihabition seiner Handlungen statt?

Ein Sachwalter muß nun auch seine Zulässigkeit, im fremden Namen vor Gericht zu handeln, sowohl dem Richter, als dem Gegner seines Principals auf rechtsbe-
höri-

defendere? et placet, si bona fide, et non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere, wie *Ant.* FABER in Coniectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 10. überzeugend dargethan hat, welcher daher nicht ohne Grund statt *procuratorio nomine*, vielmehr *Procurator proprio nomine* liest. Ihm folgen hierin *Ger.* NOODT cit. loc. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 14. und *Bern. Henr.* REINOLD Varior. ad ius civ. pertinent. Cap. XVIII. in *Opuscul.* 2 IUGLERO edit. pag. 140. sqq. Andere erklären jedoch die L. 34. von einem solchen Procuratore in rem suam, der ex cessione titulo oneroso facta die directe Klage anstellt. *S.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVIII. cap. 13. pag. 1049. VOET c. 1. POTHIER h. t. nr. XXXIII. und *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decis. P. I. Decis. XIV. nr. 6.

86) L. 33. §. 3. D. h. t.

hörige Art darzuthun im Stande seyn, welches man die Legitimation zum Proceß nennt. Diese gehört zu dem Wesentlichen des processualischen Verfahrens, und ist so nothwendig, daß deren Verabsäumung eine Nichtigkeit in Ansehung des ganzen Processes nach sich zieht⁸⁷⁾. Daher kann die Berichtigung der Legitimation nicht nur von den Partheyen in jedem Theile des Processes, ja selbst noch bey der Execution urgiret werden⁸⁸⁾; sondern es gehört auch zum Amt des Richters, den Mangel in Ansehung derselben abzuheben, wenn auch gleich solcher von keiner Parthey wäre in Anregung gebracht worden⁸⁹⁾. Die Legitimation der Sachwalter ist jedoch verschieden, je nachdem dieselben entweder vermöge eines wirklich erteilten, oder nur vermöge eines vermuteten Auftrags handeln, wovon der folgende Paragraph ein mehreres enthält. Wer sich auf keine Weise zum Proceß zu legitimiren im Stande ist, sondern sich fälschlich für einen Sachwalter ausgibt, ohnerachtet er weder einen wahren noch muthmaßlichen Auftrag für sich hat, wird ein falscher Sachwalter genannt⁹⁰⁾, obwohl

§ 4

auch

87) J. R. U. §. 121. n. 122. Cap. 4. X. de procurat. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 2. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 20. nr. 4.

88) Cap. 4. X. h. t. I. H. BOEHMER in iure eccl. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 17. Dapp §. 5.

89) Cap. 12. X. de except. WERNHER Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 37. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decisiones P. I. Decis. 16. nr. 9. Dapp §. 6.

90) In den Gesetzen wird zwischen einem *procurator falsus* und *non verus* ein Unterschied gemacht, und unter dem erstern ein solcher verstanden, welcher weiß, daß er mit keiner Vollmacht versehen ist, und doch eine solche zu haben fälschlich vorgiebt; leg-

auch derjenige diesen Namen verdient, welcher nach rechtmäßig geendigter Vollmacht seine Verhandlungen wissentlich vor Gericht fortsetzt, gleichsam als wenn gar keine Revocation erfolgt wäre⁹¹⁾. Ein solcher falscher Sachwalter haftet nicht nur für allen Schaden und Interesse⁹²⁾; sondern es sind auch die Handlungen desselben ipso iure nichtig⁹³⁾, und ihnen kann die exceptio falsi procuratoris in jedem Theile des Processus entgegengesetzt werden⁹⁴⁾, sofern nicht die Parthey, für welche der falsche Sachwalter vor Gericht gehandelt hat, desselben Handlungen genehmiget⁹⁵⁾. Eine solche Ratihabition findet nun zwar so lange noch immer statt, als noch kein richterliches Erkenntniß in der Sache erfolgt ist; weil alsdann noch lis pendens ist, und daher wegen des ungewissen

letzterer hingegen wird derjenige genannt, welcher bona fide glaubt, einen Auftrag zu haben, ob er sich gleich hterin irrt. Man vergleiche *L. 12. D. de. solut.* Doch findet man, daß auch ein procurator non verus zuweilen falsus genennet wird. *L. 8. C. de condit. indebiti.* Man sehe *Ios. Fern. de RETES Opuscul. Lib. II. Sect. II. cap. 4.* (in *Thef. Meermann. Tom. IV. pag. 127.*) und *WALCH ad Eckhardi hermeneut. iur. Lib. I. cap. V. §. 178. pag. 346.*

91) *Cap. 4. X. h. t. Burch. BARDILI Diss. de falso procuratore. cap. III. §. 23. Ge. Lud. BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 717.*

92) *Danz Grundsätze des ordentlichen bürgerlichen Processus §. 127. not. d.*

93) *L. 27. pr. D. et L. 24. C. h. t. L. 1. C. quib. res iudic. non nocet.*

94) *Cap. 4. X. h. t. BARDILI cit. Tract. Cap. VII. §. 74. BOEHMER cit. Princip. §. 717. in fin.*

95) *Hieron. Frid. SCHORCH Diss. de ratihabitione gestorum a falso procuratore. Erford. 1732.*

wissen Ausganges des Processus noch kein Theil ein ius quaesitum hat, welches ihm durch die Ratihabition des andern Theils entzogen würde⁹⁶). Allein ist die Genehmigung erst nach der Sentenz des Richters erfolgt, so kommt es nach der gewöhnlichen Lehre darauf an, ob die Sentenz zum Vortheil der Parthey des falschen Procurators ausgefallen ist, oder nicht. Ob nun gleich in dem letztern Falle die Ratihabition ohne Zweifel auch noch post sententiam statt findet, weil der Principal dadurch niemanden als sich selbst präjudicirt⁹⁷); so behauptet man doch in dem erstern Falle fast allgemein, daß das richterliche Urtheil durch die erfolgte Genehmigung keine gültige Kraft erhalten könne, weil die Gegenparthey von dem Augenblicke an, da die Sentenz pro falso procuratore gesprochen worden ist, ein Recht erworben haben soll, sie als nichtig anzusehen, welches Recht ihr durch die Ratihabition, die von dem Principal des falschen Sachwalters blos zu seinem Vortheil geschehen ist, nicht wieder entzogen werden könne⁹⁸). Man nimmt indessen doch den Fall aus, wenn die Gegenparthey des falsi procuratoris wohl gewußt, daß derselbe sich auf keine Weise

durch

- 96) *L. 56. D. de iudiciis.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10. circ. fin. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Dig. h. t. §. 28. WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 14. de COCCEJI in iure civ. contr. h. t. Qu. 5. in Resp. ad object. 2.
- 97) *L. 3. §. ult. D. rem rat. haberi. L. 1. C. quib. res iudic. L. 3. C. quom. et quando iudex.* FRANTZKIUS in Commentar. ad Dig. h. t. nr. 28.
- 98) LAUTERBACH c. 1. §. 28. HUBER in Praelect. iuris civ. h. t. §. 8. PEREZ in Cod. h. t. nr. 14. STRUV in Syntagmat. iur. civ. Exercit. VII. Th. 27. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. nr. 17. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. 1. Obs. 257. u. a. m.

durch einen Auftrag derjenigen Parthey zu legitimiren vermöge, für welche er vor Gericht gehandelt hat, und als Sachwalter dennoch zugelassen worden ist. Denn in diesem Falle müßte sich der Gegentheil selbst zuschreiben, daß er, ohne Widerspruch, sich mit demselben in einen Proceß eingelassen, und da es ihm frey stand, auf Legitimation zu dringen, so habe er durch sein Stillschweigen desselben Handlungen selbst anerkannt⁹⁹⁾. Diese gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ist indessen nicht außer Zweifel, wenn man erwägt, a) daß Ulpian¹⁰⁰⁾ ohne allen Unterschied sagt: si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta; und b) daß die Gesetze die Handlungen des falschen Sachwalters bloß zu Gunsten desjenigen für richtig erklären, dessen Geschäften sich derselbe unterzogen hat, so daß der Eigenthümer dasjenige, was ohne seine Einwilligung von demselben vor Gericht geschehen, nicht anzuerkennen schuldig ist. Es würde also eine exceptio de iure tertii seyn, wenn der Gegentheil auf die Nullität des gerichtlichen Verfahrens in dem Fall dringen wollte, da der Principal des falschen Sachwalters die Handlungen desselben durch seine Ratihabition zu seinem Vortheil anerkennen will. Denn was zu Gunsten einer Parthey verordnet ist, darf doch auch nicht zu ihrem Nachtheil ausgelegt werden¹⁾. Uebrigens

99) de COCCEJI c. l. resp. 1. ad instant. 3. et EMMINGHAUS ad Eundem. h. l. not. w. Anderer Meinung ist jedoch MÜLLER ad Struvium h. t. §. XXVII. not. 7.

100) L. 56. D. de iudiciis.

1) Man sehe hier vorzüglich MEVIUS T. I. P. V. Decis. 98. et Tom. II. P. VI. Decis. 139. SCHORCH cit. Diff. §. 14. seqq. und Jo. Gottl. WEIDLER Exercit. iurid. de negotiis a falso procura-

gens kann die Genehmigung nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen. Dahin gehört z. B. wenn der Eigenthümer einen von den Verhandlungen des falschen Sachwalters abhängigen actum vornimmt, oder gegen die ihm nachtheilige Sentenz, ohne auf die Wichtigkeit derselben zu provociren, blos eine Appellation bey der höhern Instanz interponirt ²⁾).

§. 400.

Wie geschieht die Legitimation eines Sachwalters? von Einrichtung der Vollmachten.

So viel hiernächst die Art betrifft, wie die Legitimation eines Sachwalters bewirkt wird, so hängt diese von der Bestellungsart desselben ab. Ein Sachwalter handelt nämlich entweder vermöge eines wirklich ertheilten oder vermutheten Auftrags vor Gericht. In dem letztern Falle bestche die Legitimation darin, daß der Sachwalter erweislich mit dem Principal, für welchen er erscheint, in einem solchen Verhältniß stehe, daß nach Maasgebung der Geseze ein Auftrag vermuthet werden kann, (S. 388.) und daß er die erforderliche Sicherheit bestelle; ich werde von dieser Sicherheitsbestellung §. 404. handeln. In dem ersten Falle hingegen geschieht die Legitimation durch Beybringung einer zu Recht beständigen Vollmacht. Diese kann nun entweder mündlich oder schriftlich ertheilet werden. Ersteres geschieht, wenn der Gewaltgeber im Gericht zu Protocoll giebt,

curatore gestis eorumque ratihabitione. *Vitemb. 1737. Cap. IV. §. 28.*

2) *L. 3. §. 1. D. rem ratam haberi. VOET h. t. §. 10. SCHORGH cit. Dissert. §. 19.*

giebt, daß er den Herrn Cajus in seiner Proceßsache wider den Titius zu seinem Sachwalter bestellt habe, und dieser seine Einwilligung ebenfalls zu den Acten erklärt ³⁾. Es kann aber auch die Bevollmächtigung außergerichtlich vor einem Notar und zwey Zeugen geschehen, worüber jedoch ein förmliches Instrument errichtet werden muß ⁴⁾. Bey den Römern pflegte auch eine Parthey der andern die geschehene Bevollmächtigung ihres Sachwalters durch ein an sie erlassenes Schreiben zu melden, welches dann die Folge hatte, daß eine weitere Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung nicht nöthig war ⁵⁾. Schriftlich geschieht die Bevollmächtigung durch Ausfertigung einer förmlichen Vollmacht, oder durch Ausstellung eines bloßen Blanquets. Letzteres muß der Gewaltgeber entweder selbst schreiben, oder doch unterschreiben, und so einrichten, daß die Absicht des Auftrags hinreichend daraus ersichtlich ist ⁶⁾. Ein solches Blanquet ist jedoch zur vollkommenen legitimation des Sachwalters nicht hinreichend, wosern es nicht noch gehörig ausgefüllt, oder wegen Veybringung einer ordentlichen Vollmacht, Caution geleistet wird ⁷⁾. Eine förmlich aus-

geser.

3) Dapp §. 242. folgg.

4) Dapp §. 247. folgg.

5) L. 65. D. h. t.

6) 3. B. Blanquet zur Vollmacht in Sachen meiner wider N. N. ein Darlehn betreffend. an meinen Sachwalter N. N. bey dem hochlöbl. Stadtgericht zu N. Erlangen den 27. Dec. 1797.

Titius.

7) STRYK Introd. ad praxin for. Cap. X. §. 10. Nic. Christph. de LYNCKER de formis procuratoriis. Cap. V. §. 1. CARPZOV P. I. Conf. I. definit 28. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Cap. II. gen.

gefertigte Vollmacht muß folgende Bestandtheile enthalten, 1) den Namen, auch Stand, Amt oder Gewerbe, ingleichen den Aufenthaltsort des Gewaltgebers, und wenn ein Vormund einen Actor bestelle, auch den Namen des Pflegbefohlenen. Wenn hingegen ein Minderjähriger den Sachwalter bestellt hat, so muß der Name des Vormundes beygefügt werden ²⁾). 2) Den Gegenstand des Rechtsstreits, 3) das Gericht, wo derselbe geführt wird, 4) den Namen des Gegentheils, nebst seinem Stand, Amt oder Gewerbe, auch seinem Aufenthaltsorte. 5) Den Namen, auch Stand, Amt und Aufenthaltsort des bestellten Sachwalters. 6) Die Bestimmung der ihm ertheilten Gewalt; auch Genehmigung des bisher verhandelten, wenn der Sachwalter nicht gleich Anfangs eine Vollmacht beygebracht hat. 7) Der Tag, Monat und Jahr. 8) Die Unterschrift des Gewaltgebers ³⁾), und, wenn derselbe bey der Bestellung des Sachwalters an die Einwilligung eines Andern gebunden war, so ist auch dessen Unterschrift erforderlich, z. B. des Vormundes eines
noch

gen. 22. not.***. de COCCEJI in iure civ. contrav. h. t. Qu. 2. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 202. Estors Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses 2. Th. §. 25. Elaprotts Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 85. S. 358. Seyfarts teutscher Reichsproceß Kap. V. §. 6. Danz §. 133. Not.***. S. 228.

8) Dapp §. 253.

9) Wenn der Gewaltgeber nicht schreiben kann, so ist es genug, wenn er statt der Namensunterschrift in Gegenwart eines Notarius oder einer Gerichtsperson oder eines oder zweyer Zeugen drey Creuze macht, deren Richtigkeit jedoch von den anwesenden Personen glaubhaft bescheiniget werden muß. Dapp §. 258.

noch minderjährigen Constituenten ¹⁰⁾. Eine Untersiegelung der Vollmacht ist jedoch nach gemeinen Rechten eben so wenig, als die Unterschrift des Sachwalters nöthig ¹¹⁾. Allein daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers gestellet seyn müsse, verordnen nicht nur die teutschen Reichsgesetze ausdrücklich ¹²⁾, sondern es ist dieses auch dem heutigen Gerichtsgebrauch gemäß ¹³⁾.

§. 401.

10) Dapp §. 257. Eben dieses wird auch bey Frauenspersonen in solchen Ländern erfordert, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist. Hier müssen die von Frauenspersonen ausgestellten Vollmachten neben ihrer Unterschrift auch mit der Unterschrift ihres Curators, versehen seyn. Dapp §. 258. Not. c.

11) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 41. §. 3. Danz §. 133. Not. *).

12) Jüngst. Reichsabsch. §. 99. Nach dem Röm. Rechte ist es nicht nöthig, daß die Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers gestellet wird. Denn da der Sachwalter durch die Litiscontestation das Eigenthum des Rechtsstreits erlangt hatte, so hörte der gerichtliche Auftrag durch den Tod des Gewaltgebers nicht auf, sondern der Sachwalter konnte den Rechtsstreit auch nach dem Tode seines Gewaltgebers fortsetzen, und auch das Urtheil auf ihn gestellet werden. Dapp §. 270—271. Allein da diese Wirkungen des dominii litis heut zu Tage nicht mehr statt finden, so erlöscht die Vollmacht durch den Tod des Gewaltgebers. Die Erben desselben müßten also eigentlich zur Wiederannahme des Rechtsstreits vorgeladen werden, um sich zu erklären, ob sie den Proceß fortsetzen wollten. Weil nun aber dergleichen Ladungen ad reassumendum litem zu nicht geringer Verzögerung der Processu gereichten, so wurde deswegen in den jüngsten Reichsabschiebe verordnet, daß die Vollmachten zugleich auf die Erben des Gewaltgebers gestellt werden sollen. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 29. de LYNCKER de formis procuratoriis Cap. II. §. 7. et 8.

13) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. Cap. II. gen. §. 24. Elap-
roths Einleitung 1. Th. §. 85. nr. 1. C. 355. Danz §. 135.

§. 401.

Allgemeine und besondere Vollmacht. Gewalt eines
Sachwalters cum libera.

Die Vollmacht eines gerichtlichen Sachwalters kann nun nach dem Unterschiede ihres Inhalts entweder eine General- oder Specialvollmacht seyn. Der Unterschied zwischen einer allgemeinen und besondern Vollmacht ist auf mehr als eine Art zu erklären¹⁴⁾. Sieht man auf den Gegenstand, das ist auf die zu betreibenden Rechtsfachen, so wird diejenige Vollmacht, welche auf alle und jede, den Gewaltgeber betreffende, sowohl gegenwärtige, als künftige Rechtshändel gerichtet ist, eine allgemeine¹⁵⁾ diejenige hingegen, welche nur auf einen ein-

14) Von dieser Eintheilung handelt sehr ausführlich *Rud. Christ. Henne* in Diss. sist. selecta quaedam de procuratoribus capita §. 3—8. Man sehe auch *Nettelbladt's* Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 119.

15) Von einem solchen mandato generali exercendarum litium ist die *L. 60. D. h. t.* zu verstehen, wie *Ger. noort de pactis et transact. cap. 27.* (*Oper. T. I. pag. 559.*) zeigt. Man vermit- sche damit nicht eine solche Generalvollmacht, die auf alle und jede sowohl gerichtliche als außergerichtliche Geschäfte geht. (§. 387. nr. IV.) Ein solcher Procurator universalis kann für seinen Principal Gelder in Empfang nehmen, Zahlung leisten, vertauschen, Vergleiche schließen, dem Gegner desselben den Eid deferiren, Novation eingehen, und andere dergleichen Handlungen vornehmen, wozu sonst eine besondere Vollmacht erfordert wird, nämlich wenn solches der Nutzen des Eigenthümers, oder die Natur des erteilten Auftrags mit sich bringt. *L. 58. et 59. D. h. t. L. 12. D. de pactis. L. 17. §. ult. D. de iureiur. L. 20. §. 1. D. de novat. L. 87. D. de solut.*
Glücks Erläut. d. Pand. 5. Th. Z NOORT

einzelnen Rechtsstreit gehet, eine besondere Vollmacht genennt¹⁶⁾. In dieser erstern Bedeutung fallen nun freylich bey einer Generalvollmacht manche derjenigen Bestandtheile weg, welche nach dem Inhalt des vorigen Paragraphen zu einer schriftlichen Specialvollmacht erfordert werden, nämlich die Nummern 2. 3. 4 und 6. Sodann wird eine allgemeine Vollmacht auch diejenige genennt, welche zwar nur zur Führung einer einzelnen, aber doch zu einer ganzen Rechtsache, und also nicht bloß zu dieser, oder jener Handlung in derselben, ist ausgestellt worden; dahingegen unter einer besondern Vollmacht diejenige verstanden wird, welche bloß zu einzelnen Handlungen in einer streitigen Rechtsache gegeben worden ist¹⁷⁾. In dieser Bedeutung kann also ein Procurator eine allgemeine Vollmacht haben, wenn er zu einer einzelnen ganzen Rechtsache bestellt ist, welcher in jener erstern Bedeutung nur eine besondere Vollmacht hat. Ich bemerke hierbey, daß es zwar nach dem römischen und canonischen Rechte von

NOODT c. 1. *Io. VAUDUS* in var. quaestion. iur. civ. Lib. I. Qu. 47. und VINNIUS in select. iur quaestion. Lib. I. cap. 9. Diese Macht hat hingegen kein Procurator generalis in der oben angegebenen Bedeutung, wie L. 60. cit. h. t. lehrt.

16) In dieser Bedeutung verordnet der Fünfft. Reichsab sch. §. 101. daß die in den höchsten Reichsgerichten zu übergebende Vollmachten allgemein und auf alle und jede Rechtsachen des Gewaltgebers gestellt seyn, und keine procuratoria specialia angenommen werden sollen. Dapp §. 283. folg.

17) *Ge. Lud. BOEHMER* Princip. iur. canon. §. 716. In den Gesetzen wird ein solcher Procurator ad unam speciem constitutus genennt, welcher bloß zu einer einzelnen Handlung bevollmächtigt worden. L. 10. C. h. t. L. 8. C. quib pet. tutor.

von dem freyen Willen der Partheyen abhängt, ob sie zu einer einzelnen ganzen Rechtsache, oder nur zu einzelnen processualischen Handlungen in derselben, oder überhaupt zu allen ihren sowohl gegenwärtigen als zukünftigen Rechtsachen einen Sachwalter bestellen wollen.¹⁸⁾ Allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird ein Procurator, der nur zu einer einzelnen processualischen Handlung bevollmächtigt worden, in der Regel nicht zugelassen, sondern er muß zur ganzen Rechtsache bestellt seyn¹⁹⁾, wosern nicht etwa von solchen Handlungen die Rede ist, welche ihrer Natur nach einen besondern Auftrag erfordern. Daher wird in der Praxis eine Specialvollmacht vorzüglich diejenige genannt, welche auf solche Handlungen gerichtet ist, die ohne einen besondern Auftrag des Gewaltgebers von einem Sachwalter nicht unternommen werden können²⁰⁾. Welche Handlungen nun von der Art sind, daß sie einen besondern Auftrag erfordern, ist in den Gesetzen nicht deutlich bestimmt, sondern es werden nur hier und da einige Fälle angeführt, und dabey bemerkt, daß in denselben eine auf die ganze Rechtsache gestellte Vollmacht nicht hinreiche, sondern hierzu eine besondere Auftragserteilung erfordert werde²¹⁾. Es haben indessen die Rechtsgelehr-

§ 2

18) *L. 1. §. 1. L. 3. L. 40. pr. D. h. t. L. 63. D. eod. L. 17. §. fin. D. de iureiur. Cap. pen. X. h. t. Dapp §. 284.*

19) *R. R. Kammergerichtsordn. 3. Th. 12. Tit. §. 9. HENNE cit. Diff. §. 8. Es fors Anfangsgründe des gem. und Reichsprocesses 1. Th. §. 48. nr. I.*

20) *HENNE cit. Diff. §. 5.*

21) *L. 60. et 63. D. h. t. L. 25. §. 1. et L. 26. D. de minor. L. 17. §. 3. L. 13. et 10. D. de iureiur. L. 65. §. 7. D. pro socio Cap. 9. X. de arbitris.*

lehren hieraus die Regel abgezogen, daß bey allen Handlungen, welche von Wichtigkeit sind, und dem Gewaltgeber grossen Nachtheil bringen können, eine allgemeine Vollmacht nicht hinreichend sey, sondern der Sachwalter, wenn er solche vornehmen wolle, sich mit einer besondern Vollmacht legitimiren müsse²²⁾. Da es jedoch Handlungen im Proceß giebt, welche von nachtheiligen Folgen für den Principal seyn können, und welche dennoch keinen besondern Auftrag erfordern, z. B. die litiscontestatio, Antwort auf Propositionen oder Saßstücke²³⁾ u. d. so ist jene Regel noch näher dahin zu bestimmen, daß Handlungen, welche von grossem Präjudiz sind, nur in sofern einen besondern Auftrag erfordern, als es sich aus der Natur des ertheilten Auftrags nicht schon von selbst versteht, daß derselbe auch auf solche einzelne Handlungen mit gehe²⁴⁾. Zu den gerichtlichen

22) Mich. Henr. GRIEBNER Diss. de Mandato speciali et actibus qui sine eo a procuratore in iudicio peragi nequeunt. *Vitlemb.* 1712. (in *Opuscul. Halae.* 1722. 4. T. V. pag. 192. sqq.) *Iust. Henn.* BOEHMER in *Iure eccles. Protestant.* Tom. I. Lib. I. Tit. 38. §. 10. WERNHER *Observat. for.* T. I. Part. V. Obs. 105. *Estors Anfangsgründe* 1. Th. §. 50. und besonders Dapp §. 515. u. 516.

23) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar auch zur Einlassung auf die Klage einen besondern Auftrag erfordern; man sehe Dapp §. 519—521. Allein mit dem Gerichtsgebrauche stimmt dieses nicht überein. S. CAREZOV in *Processu* Tit. V. Art. 2. nr. 50. de LYNCKER Tr. de formis procuratoriis. Cap. V. §. 28. und WERNHER *Observat. for.* Tom. II. Part. X Obs. 483. *Estors Anfangsgr.* des gem. u. Reichsprocesses 1. Th. §. 50. nr. II.

24) HENNE cit. Diss. §. 10. und Nettelbladt in dem Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrsamkeit §. 119.

chen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, gehören nun z. B. die Schließung eines Vergleichs, die Ernennung eines Schiedsrichters, die Entsagung eines schon anhängig gemachten Rechtsstreits, Eideszuschreibung, Annahme oder Zurückschreibung eines Eides, Erhebung der eingeklagten Gelder, und Quittirung über dieselben, Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Recusirung des Richters u. d.²⁵⁾. Man kann endlich auch noch die Vollmachten in Ansehung der dem Sachwalter verliehenen Gewalt in allgemeine und besondere einteilen. In dieser Rücksicht heißt diejenige Vollmacht eine allgemeine, welche auf die Betreibung einer streitigen Rechtsache überhaupt gerichtet ist, ohne daß gewisse einzelne bey deren Verhandlung vorkommende Geschäfte darin benannt worden sind; eine besondere hingegen wird diejenige genannt, in welcher die Handlungen, die bey Führung der aufgetragenen gerichtlichen Rechtsache vorzunehmen, besonders bestimmt und ausgedrückt sind²⁶⁾. Erstere kann wieder von zweyerley Art seyn, sie enthält entweder die Clausel: ich gebe meinem Sachwalter hiermit zugleich freye Macht und Gewalt, alles dasjenige bey dieser Sache zu verrichten, was ich selbst, wenn ich zugegen wäre, verrichten würde, könnte, oder sollte; oder sie enthält diese Clausel nicht. In dem ersten Falle nennt man eine solche Vollmacht ein *mandatum generale cum libera*, im letztern hingegen

§ 3

gen

25) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. 2. Not. 12.

BOEHMER C. I. §. 10. LYNCKER cit. Tract. Csp. V. §. 20. et seqq. de COCCEN in iure civ. controuv. h. t. Qu. 10. und besonders Dapp §. 517 — 538.

26) Nettelbladt a. a. O.

gen ein *mandatum generale simpliciter tale*²⁷⁾. Den Unterschied zwischen diesen beyden Arten der Bevollmächtigung setzt man gewöhnlich darin, daß derjenige, welcher ein *mandatum generale cum libera* erhalten, auch solche Handlungen zu unternehmen befugt sey, wozu sonst ein *mandatum speciale* erfordert wird; dahingegen ein solcher Sachwalter, der ein *mandatum generale* ohne die Clausel: *cum libera* hat, diejenigen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, nicht verrichten dürfe²⁸⁾. Allein wenn gleich dieser Unterschied in dem päpstlichen Rechte allerdings gegründet ist, nach welchem sogar ein Sachwalter, wenn er gleich nicht *cum libera* bestellt ist, dennoch in dem Falle, da in der Vollmacht einige derjenigen Handlungen, welche einen besondern Auftrag erfordern, namhaft gemacht sind, und die Clausel: und dergleichen, beygesetzt worden, auch andere Handlungen, die nicht ausgedrückt sind, wenn sie nämlich den ausdrücklich benannten gleich oder weniger wichtig sind, gültig vornehmen kann²⁹⁾; so wird doch diese Verordnung

des

72) HENNE cit. Diff. §. 3. et 5. Es kann jedoch auch ein *mandatum speciale* eben sowohl *cum* als *sine libera* seyn, je nachdem ein Sachwalter zu einem solchen Geschäfte, das an und für sich eine besondere Vollmacht erfordert, z. E. zur Schließung eines Vergleichs, eine unumschränkte Macht und Gewalt erteilt worden, das aufgetragene Geschäft nach seinem eignen Gutbefinden zu Stande zu bringen, oder nicht. HENNE §. 7.

18) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 716. Dapp §. 265 — 268. Dan; Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Proceßes §. 136.

29) *Cap. 4. et 5. de procurat. in VI. Clem. 2. h. t.*

des päpstlichen Rechts nach dem Zeugnisse der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten heutiges Tages nicht mehr befolgt³⁰⁾; es nimmt vielmehr der Gerichtsgebrauch zur allgeraeinen Regel an, daß die Clausel: cum libera so wenig bey gerichtlichen als aussergerichtlichen Bevollmächtigungen den Mangel eines besondern Auftrags in den Fällen ersetzen könne, da solcher gleichwohl an sich und nach der Beschaffenheit des Geschäfts nöthig war³¹⁾. Uebrigens werden bey einer unbestimmten Generalvollmacht die Grenzen derselben theils durch den Nutzen des Gewaltgebers, theils durch die Natur des ertheilten Auftrags bestimmt, so wie im Gegentheil bey einer Specialvollmacht die Grenzen dem Sachwalter vorgezeichnet sind, die er, ohne Nichtigkeit zu begeben, nicht überschreiten darf³²⁾, wosern nicht etwa von solchen Handlungen die Rede ist, die unter den ausdrücklich benannten begriffen, oder mit denselben nothwendig verbunden sind, als welche für stillschweigend aufgetragen allerdings zu halten sind³³⁾.

§ 4

§. 402.

30) BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. 38. §. 3. BERGER Elect Discept. for. pag. 253. HENNE cit. Diff. §. 8.

31) STRYK de cautelis contractuum Sect. II. Cap. XI. §. 4. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 216. LUDOVICI Ul. pract. Distinction, iurid. h. t. Dist. 5. de LYNCKER de formis procuratoriis Cap. V. §. 41. Es torß Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 49. nr. 1. und besonders Quistorps Abb. ob ein sogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati specialis habe? in Desselben Beiträgen zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. 2. St. Nr. XI. oder nach der neuern Ausgabe Nr. XXVII.

32) L. 10. C. h. t. L. 49. D. eod.

33) LAUTERBACH in collegio Pandectarum h. t. §. 60. GRIEBNER Diff. de Mandato speciali §. 21. und Ant. SCHULTING in Enarrat. part. primae Pandectar. h. t. §. 8.

Pflichten eines gerichtlichen Sachwalters.

Zu den Pflichten eines Sachwalters, welcher nämlich zum Nutzen des Gewaltgebers bestellt worden, gehört, 1) daß er das ihm aufgetragene Geschäft in eigener Person vor Gericht besorge. Denn schon nach der Natur des Bevollmächtigungscontracts muß dem Gewaltgeber immer sehr viel daran gelegen seyn, daß seine Sache keinem andern überlassen werde, als auf welchen er selbst sein Zutrauen gesetzt hat. Ein Sachwalter ist daher ordentlicherweise zur Ernennung eines Substituten oder Aſteranwalts nicht befugt, wofern ihm dieses Recht von seinem Principal nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist. Nach dem römischen Rechte kann zwar ein jeder Sachwalter nach der *litiscontestation* einen Aſteranwalt bestellen, ohne daß es einer besondern Einwilligung des Principals bedarf³⁴⁾; und eben dieses hat auch, das canonische Recht bestätigt³⁵⁾. Allein da der Grund hiervon unstreitig in dem durch die *litiscontestation* erlangten Eigenthume des Rechtsstreits liegt, dessen Wirkungen heutiges Tages wegfallen; (§. 390. C. 244) so läßt sich von jenen Vorschriften des römischen und päpstlichen Rechts um so weniger ein heutiger Gebrauch machen, da der jüngste Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 100. ausdrücklich verordnet, daß die Partheyen schuldig seyn sollen; gleich zu Eingang des Rechtsstreites dem Procurator einen Substituten auf den Fall beyzuordnen, da jener mit Tode abgehen, oder sonst an der Fortsetzung der Sache gehindert werden sollte; wodurch also die vorhin erwähnte Wirkung des *dominii litis* insbeson-

34) *L. 11. et 23. C. h. t. L. 4. §. 5. D. de appellat.*

35) *Cap. 1. h. t. in Vlt.*

sondere aufgehoben worden ist³⁶⁾. Ein Sachwalter muß ferner bey der Beforgung des ihm aufgetragenen Geschäfts den möglichsten Fleiß und Sorgfalt anwenden, und daher allen durch sein Verschulden zugefügten Schaden ersetzen³⁷⁾. Nicht minder ist es Pflicht des Sachwalters das übernommene Geschäft, so weit desselben Auftrag reicht, zu Stande zu bringen; er darf daher vor Beendigung der Sache ohne rechtmäßige Ursache nicht abgehen, sofern dergleichen unzeitige Renunciation dem Gewaltgeber zum Nachtheil gereichen würde³⁸⁾. Er muß überhaupt die Pflichten eines redlichen Mannes nie außer Augen setzen.

§. 403.

Von den mancherley Clauseln einer Vollmacht.

Man pflegt die Vollmachten mit mancherley Clauseln anzufüllen, welche man ganz füglich in die nothwendigen,

36) BOEHMER in iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 50. HENNE select. de procuratoribus cap. §. 13. — 15. Elaprotz's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Process. I. Th. §. 86. nr. VII. S. 365. Daz Grds. des gem. ordentl. bürgerl. Processus. §. 135. Not a. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten indessen, daß das gesetzliche Substitutionsrecht dem Sachwalter auch noch h. z. T. nach der litiscontestation zustehe. LAUTERBACH in Diss. de procuratore substituto. Cap. III. §. 10. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 39. de LUDOLF Observat. for. P. II. Obs. 223. nr. 6. pag. 655. Dapp §. 68. ff. u. a. m.

37) L. 13. u. 21. C. mandati. PESTEL Diss. illustr. varias controuv. circa materiam de procuratoribus. Rintelii 1743. §. 10.

38) WERNER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 345. MEVIUS Tom. I. P. IV. Decis. 248. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 60. in fin.

gen, nützlichen, und überflüssigen eintheilen kann³⁰⁾. Zu den Clauseln der ersten Art, welche von den Gesetzen aus gewissen zweckmäßigen Gründen als nothwendig vorgeschrieben sind, gehören folgende: 1) die *clausula substituendi*, wodurch dem Sachwalter die Befugniß erteilet wird, einen Aſteranwalt zu bestellen. 2) Die *clausula heredum*, wodurch die Vollmacht zugleich auf die Erben des Gewaltgebers gestellet wird. Zu den Clauseln der andern Art gehört 1) die *clausula hypothecae bonorum*, wodurch dem Sachwalter wegen der ihm gebührenden Schadloshaltung ein Unterpandsrecht auf dem Vermögen des Gewaltgebers erteilet wird. 2) Die *clausula cum libera*, wodurch dem Sachwalter freye Macht und Gewalt gegeben wird, alles zu thun, was der Gewaltgeber selbst, wenn er gegenwärtig wäre, verrichten würde. Denn so wenig auch ein *mandatum generale cum libera* der Regel nach den Mangel eines besondern Auftrags ersetzt, (§. 401,) so nützlich ist im Gegentheil diese Clausel bey einer Specialvollmacht, weil derjenige, der unter dieser Clausel einen besondern Auftrag zur Schließung eines gewissen Vergleichs, oder eines andern Geschäfts erhalten hat, mit Grunde nicht befürchten darf, daß ihm in Ansehung der Art und Weise Streit gemacht werden könne, indem von demjenigen, welcher zu Geschäften, wozu der Regel nach eine genaue und bestimmte Vollmacht erfordert wird, seinem Anwalt unumschränkte Macht und Gewalt erteilt, nicht anders zu vermuthen ist, als daß er bey der Ausrichtung und zu Standebringung des Geschäfts alles seinem Gutbefinden habe

30) S. Christ. Gottl. Smeling Vorrede zu Dapps Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß.

habe überlassen wollen⁴⁰⁾. Endlich zu den ganz überflüssigen Clauseln der Vollmachten gehören 1) die Eidesclauseln, weil der Bevollmächtigungcontract schon durch die bloße Einwilligung verbindlich wird, und wesentliche Mängel dadurch nicht geheilet werden können. Die Clausel *rati, grati et indemnitate*, daß der Gewaltgeber die Handlungen seines Sachwalters genehmigen, und denselben schadlos halten wolle. Denn es liegt schon in der Natur des gegebenen Auftrags, daß der Gewaltgeber alles, was dem Auftrag gemäß in seinem Namen gehandelt worden, als von ihm selbst geschehen anerkennen, auch den Anwalt wegen aller durch den Auftrag gehaltenen Kosten entschädigen muß, und im Gegentheil, was ohne oder wider seinen Auftrag geschehen ist, ihn nie verhindern könne, auch wenn jene Clausel in der Vollmacht steht. 3) die Clausel: alles getreulich und ohne Gefährde. Dieß versteht sich von selbst. Endlich 4) die Clausel: sollte auch meinem Anwalt eine mehrere Gewalt, als hierin ausdrücklich begriffen, vonnöthen seyn, will ich ihm solche, gleich als ob er hierdurch dazu in specie cum libera bevollmächtigt wäre, gegeben und mitgetheilt haben. Denn dieser Clausel ungeachtet muß der Sachwalter doch, wenn er Handlungen, wozu ein besonderer Auftrag erfordert wird, vornehmen will, sich besonders bevollmächtigen lassen⁴¹⁾.

§. 404.

40) *Qui forps* Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2. St. Nr. XI. 187. u. folg.

41) BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. I. Tit. XXXVIII. §. 3. in fin. Dapp §. 261. und Danz Grds. des bürgerl. Processus §. 134. am Ende.

Wirkungen einer mangelhaften und muthmaßlichen Vollmacht.

Ist eine Vollmacht mangelhaft, so kommt es darauf an, ob wesentliche Bestandtheile derselben fehlen, z. B. die Unterschrift des Gewaltgebers, oder desjenigen, ohne dessen Einwilligung er Vollmacht zu erteilen nicht berechtigt war; (§. 400.) oder der Mangel greift in das Wesentliche der Vollmacht nicht ein, sondern betrifft nur solche Erfordernisse, und Clauseln, durch deren Unterlassung zwar der Gewißheit des erteilten Auftrags nichts entgeht, welche aber doch aus guten Gründen in den Gesetzen vorgeschrieben sind, z. B. die *clausula heredum* und *substituendi*. In dem erstern Falle kann einem solchen wesentlichen Mangel der Vollmacht durch keine *Caution de rato* abgeholfen werden, sondern der Richter muß den angeblichen Sachwalter von Amtswegen abweisen, und kann ihn nicht eher zulassen, als bis dem Fehler auf eine solche Art abgeholfen worden ist, daß der Richter von der Gewißheit des gegebenen Auftrags sich vollkommen überzeugen kann. Es kann auch ein solcher Mangel, weil er eine Nichtigkeit in Ansehung des ganzen processualischen Verfahrens nach sich zieht, von der Gegenparthey zu aller Zeit, und in jedem Theile des Processes in Anregung gebracht werden ⁴²⁾. In dem letztern Falle hingegen muß zwar sowohl der Richter von Amtswegen, als auch der Gegner Rücksicht darauf nehmen, so lange noch der Fall eintreten kann, daß jene Clauseln von Nutzen sind ⁴³⁾; allein die
dem

42) *Smellns Vorrede zu Dapps Versuch über die Legitimation zum Proceß. S. 21—23. Danz S. 137.*

43) *Man sehe Smellns Vorrede zu Dapps angef. Versuch S. 19.*

dem Gegentheile wegen solcher ausserwesentlichen Fehler zustehende Einrede findet nach der Regel, die bey allen dilatorischen Einreden gilt, nur vor der litiscontestation statt⁴⁴⁾, und dann entsteht auch aus deren Unterlassung nie eine unheilbare Nichtigkeit⁴⁵⁾.

Soviel hingegen die Wirkung einer vermutheten Vollmacht anbetrifft, so wird nun 1) ein vermutheter Sachwalter anders nicht zugelassen, als wenn er die erforderliche Sicherheit bestellt. Diese besteht a) in dem Falle, da der vermuthete Sachwalter für die klagende Parthey handelt, in der cautione rati oder derjenigen Sicherheit, daß der Kläger, in dessen Namen er erscheint, seine Verhandlungen genehmigen werde⁴⁶⁾. Nach dem römischen Rechte kann zwar diese Caution nur vor der Einsassung auf die Klage gefordert werden⁴⁷⁾; allein daß selbige nach der Meinung der meisten practischen Rechtsgelehrten heutiges Tages auch noch nach der litiscontestation verlangt, ja sogar von richterlichen Amtswegen dem Sachwalter auferlegt werden könne, ist schon an einem andern Orte⁴⁸⁾ bemerkt worden. Die Wirkung dieser Caution besteht nun darinn, daß der Sachwalter, wenn die Ge-

nehm-

44) Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 85. C. 359.

45) Smeling's Vorrede C. 17.

46) L. 40. §. 3. D. h. t. L. 21. C. eod. Dapp von der Legitimation 3. Proceß §. 475 — 505.

47) L. 40. §. 3. D. cit.

48) C. den 3. Th. dieses Commentars §. 245. Not. 59. C. 387.

nehmung nicht erfolgt, das Interesse leisten muß⁴⁹⁾. Daher pflegt in Praxi der Richter gleich Anfangs eine gewisse Summe, statt des Interesse, festzusetzen, welches auch allerdings anzurathen ist, damit am Ende nicht ein neuer Streit entstehe⁵⁰⁾. Wenn hingegen b) der vermuthete Sachwalter für den Beklagten erscheint, so muß er, wenn die Klage eine dingliche ist, neben der Sicherheit wegen der Genehmigung, auch noch Caution wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils bestellen⁵¹⁾; dahingegen, wenn die wider den Beklagten, für welchen der vermuthete Sachwalter handeln will, angestellte Klage eine blos persönliche ist, letzterer ordentlicherweise keine Sicherheit wegen der Genehmigung leisten darf, sondern es wird in diesem Falle die Sicherheitsbestellung wegen Erfüllung des Urtheils für hinreichend gehalten⁵²⁾.

2) Bes

49) *L. 13. L. 19. D. rem rat. haberi.* HENNE Diff. de personis ex mandato praesumpto in iudiciis agentibus §. 23. WERNHER Obs. for. T. I. P. I. Obs. 147. Da sich jedoch die Gewalt eines muthmaßlichen Sachwalters nicht auf solche Handlungen erstreckt, welche einen besondern Auftrag erfordern, so kann auch derselbe, einer solchen Handlung wegen, nicht auf das Interesse belangt werden; WERNHER Observ. for. T. II. P. VI. Obs. 359. es wäre denn, daß er deshalb eine besondere cautionem de rato geleistet hätte. *L. 26. pr. D. de minor. L. 5. §. 18. L. de novi oper. nunciat. L. 1. C. h. t.* RIVINUS in Enunciat. iur. Tit. VII. En. 16. und HENNE in Diff. selecta quaed. de procuratoribus capita cont. §. 12.

50) HENNE cit. Diff. §. 24. Danz Grds. des gemeinen bürgerl. Processus §. 137. am Ende.

51) *L. 40. §. 2. L. 46. D. h. t. L. 53. D. eod. L. un. C. de satisdat.*

52) *L. 45. §. fin. D. h. t. Dapp §. 505—507. Danz Grds. des gem. bürgerl. Processus §. 143.*

2) Behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrte⁵³⁾, daß eine muthmaßliche Vollmacht blos die Wirkung habe, daß ein solcher vermutheter Sachwalter im Anfange des Rechtsstreits zugelassen werde, bey der weitem Fortsetzung der gerichtlichen Handlungen aber doch noch eine wahre Vollmacht beybringen müsse, worin zugleich das bisher verhandelte genehmiget wird. Allein den römischen Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß, nach welchen ein vermutheter Auftrag nicht nur im Anfange des Rechtsstreits, sondern auch in der Folge der processualischen Verhandlungen wirksam ist, und nicht erst noch durch Beybringung einer wahren Vollmacht bekräftiget werden darf⁵⁴⁾. Nur bey denjenigen, welche nie zur Sache gehörigen Urkunden besitzen, macht die Reichskammergerichtsordnung⁵⁵⁾ eine Ausnahme⁵⁶⁾. (§. 388. C. 238.)

53) Hoffmann deutsche Reichspraxis §. 203. Etior Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 2153. Claprotz Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 84. Danz Grdf. des gem. bürgerl. Processus §. 141.

54) L. 35. pr. D. h. t. L. 40. §. 4. D. eod. L. 12. C. h. t.

55) 1. Th. Tit. 21. §. 2.

56) Dapp §. 450.

Berichtigungen und Zusätze.

§. 9. §. 347. Z. 1. ist statt das vielmehr daß zu setzen.

§. 91. sind der Not 45. noch beizufügen: Kleins merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristenfacultät 2. Band Nr. XXXI. §. 355.

§. 96. Z. 9. ist statt zur Zeit der Theilung zu lesen: zur Zeit des Todes ihrer Mutter.

§. 172. Not. 69. ist beizufügen: *Nic. Fern. de CASTRO* Praelect. solemn. ad L. un. Cod. de gladiatoribus penitus toll. (in *Thef. Meermann.* T. 2. p. 369. seqq.).

K62777

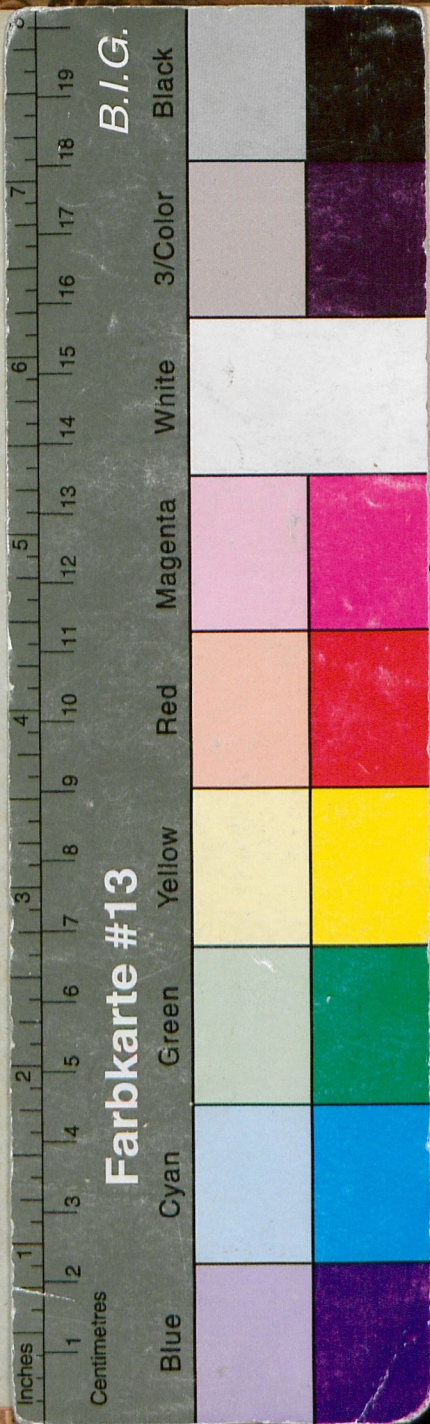
1018

ULB Halle
005 601 649

3







Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
e i n C o m m e n t a r

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der
Königl. Preussischen Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Fünften Theils erste Abtheilung.



E r l a n g e n
verlegt bey Johann Jacob Palm
1 7 9 8.