

Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

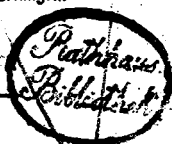
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Fifften Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1809.



Demble
15 Ak 35

Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

D. 087/14837

STAATSBIBLIOTHEK
LÜBECK

2057/13.

64/3387

Familiae erciscundae.

§. 725.

Begriff der Erbtheilungsklage, und Ursprung derselben.

Die andere Theilungsklage ist das *iudicium familiae erciscundae*, die Erbtheilungs-, oder Erbsonderungsklage¹⁾. Sie ist diejenige Klage, welche ein Miterbe gegen den andern Miterben, die sich beide als solche gegenseitig anerkennen, dahin anstellt, daß die bisher unter ihnen gemeinschaftlich gewesene Erbschaft getheilt werde, und den übrigen aus der bisherigen Verwaltung derselben herrührenden Forderungen ein Genüge geschehe. Das Wort *familia* bedeutet also hier soviel als Erbschaft, *hereditas*, im objectiven Sinn für einen Inbegriff von Sachen genommen, welche ein Verstorbener hinterlassen hat, — Nachlaß eines Verstorbenen.

1) Io. VOET de familia erciscunda liber singular. Colon. 1615. Amst. 1672. 4. und Basiliae 1760. 8. Contr. Wilh. STRECKER Diss. de actione familiae erciscundae. Erford. 1739. 4. Frid. Aug. МЯЛ Iudicium familiae erciscundae ex §. 20. l. de act. propositum. Goettingae 1780. 4. und vorzüglich Ernst Christ. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. 8.

nen²⁾). Das Wort *erciscere* hingegen kommt her von *erctum* und *ciscere* oder *ciere*.³⁾ *Erctum* heißt ein noch ungetheiltes Ganzes, oder wie Jacob Gothofredus⁴⁾ sagt: *indivisum in se coercitum*. Denn Festus⁵⁾ leitet das Wort von *coercere* ab, welches hier soviel als *continere*, einschließen, heißt, von dem griechischen Worte *ἔρκω* oder *ἔρκω*. Daher *ἔρκος* im Griechischen ein umzäunter Ort heißt, worin die Alten ihr Vieh einschlossen, welches ihr größter Reichthum war. Hiervon also das lateinische *Erctum* für ein ungetheiltes Gut genommen⁶⁾. Das Wort *ciere*, aus dem Griechischen *κίω*, oder *κίω*, bedeutet eigentlich soviel als *loco suo movere*. Weil nun eine Sache, welche zur Theilung kommt, von ihrer Stelle weggebracht wird, so hieß *κίω*, so wie das Griechische *κίω*, auch soviel als *divido*. Also *familiam erciscere*, bedeutet soviel, als eine bisher gemeinschaftlich gewesene, und also noch ungetheilte Erbschaft theilen. Ganz ungegründet ist es daher, wenn Salmasius⁷⁾ den Tribonian beschuldiget, er habe den Namen der Klage, aus Unkunde des alten Sprachgebrauchs verstümmelt, und das alte ächte *familiae*

2) L. 195. §. 1. D. de Verb. Sign. L. 1. pr. L. 2. D. b. t.

3) S. Hug. GROTII *Florum Spario ad Ius Iustinian. h. t. p. 146. sq.* (edit. Gebauer. Halae 1729. 8.) und Io. Aug. ERNESTI *Clavis Ciceron. v. Herciscere.*

4) *Fontes quatuor iuris civ. pag. 207.* (edit. Genev. 1653. 4. und in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. III. pag. 170.*)

5) *Voce Erctum.*

6) S. auch HEINECCI *Opuscul. postuma de Historia Edictorum. Ad Edictum perpet. Tit. 45. not. a. pag. 502.*

7) *Exercitat. Plinian. ad Solinum pag. 891.*

familiae erciscundae fälschlich in *familiae erciscundae* verwandelt. Man muß sich billig wundern, wie dem großen Philologen die Stelle des Cicero unbekannt seyn konnte, welcher in seiner Rede für den Cäcinnä Cap. 7. sagt: *Aebutius nomine heredis arbitrum familiae herciscundae postulavit.* Ja eben dieser Redner sagt noch an einem andern Orte, *de Orator. Lib. I. cap. 56.* *Qui, quibus verbis hercisci oporteat, nescit, idem herciscundae familiae causam agere non potest.* Der Ausdruck *familia erciscunda* war also lange vor Tribonian im Gebrauche, wie auch noch aus mehreren Fragmenten des Ulpian und Paulus in Anton Schulzings *Jurisprud. Antejustin.* 8) erhellet.

Die Erbtheilungsklage ist ursprünglich eine Civilklage, welche ihren Ursprung aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herleitet 9). Cajus sagt dies ausdrücklich *L. 1. pr. D. b. t.*

Haec actio proficiscitur a Lege duodecim Tabularum. Namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

A 2

Der

8) PAULUS Lib. I. *Sentent. Receptar.* Tit. 18. pag. 257. und ULPIAN *Fragm.* Tit. 19. §. 16. pag. 225.

9) In den Gesetzen der 12 Tafeln kommt Tab. V. bey Iac. GOTHOFREDUS in *Quat. Fontib. iur. civ.* folgende Verordnung vor: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta sunt. Caeterarum familiae rerum erecto non cito, si volent heredes, erectum citum faciunt: Praetor ad erectum ciendum arbitros tres dato.* Man sehe über diese Stelle außer Godofroi noch besonders *Conr. RITTERSHUSII Dodecadeltos* Cap. 24. und *Io. Nic. FUNCCII Leges XII. Tabular. ad Tab. V. pag. 243. sqq.*

Der Prätor aber nahm sie auch in sein Edict auf, wie aus den Stellen erhellet, die aus des Cajus, Ulpianus und Paulus Commentaren über das Edict in die Pandecten gekommen sind. Nicht undeutlich gedenken dieses Edicts auch die Kaiser Sever und Antonin, wenn sie L. 3. Cod. h. t. an einen gewissen Rufus rescribiren:

Adversus coheredes tuos dividundae hereditatis iudicio secundum iuris formam experire. Iudex datur, si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum, factis adiudicationibus secundum iuris formam eum tibi condemnabit.

Denn daß der Ausdruck *iuris forma* das Edict des Prätors bezeichne, ist eine bekannte Wahrheit¹⁰⁾. Die Worte des Edicts selbst finden sich zwar nicht in diesem Titel; allein Woodt¹¹⁾ hat sie aus den Fragmenten dieses Titels der Pandecten mit vieler Wahrscheinlichkeit auf folgende Art restituirt:

Familiae erciscundae si agetur inter coheredes, arbitrum dabo¹²⁾, ut eius arbitrato res hereditariae singulis adiudicentur;

10) NEINECCI Opusc. postuma de histor. Edictor. ad Tit. XLV. not. 2. pag. 501.

11) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 237.

12) Des arbitri familiae erciscundae geschieht mehrmals in den Fragmenten dieses Titels Erwähnung. L. 43. L. 51. pr. L. 57. D. h. t. Auch in Deutschland giebt es an verschiedenen Orten sogenannte Theilrichter, wie z. B. im Württembergischen, welche von den eigentlichen Richtern sehr verschieden sind. S. Mich. GRASSI Diss. de arbitris familiae erciscundae. Tubingae 1728. und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Württembergische Landrecht. 3. Bd. S. 649. Not. p.

*centur*¹³⁾; *item si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praesletur.*

Insofern das *iudicium familiae erciscundae* auf die Theilung der gemeinschaftlichen Erbschaft gerichtet wird, gründet sich die Klage auf ein Miterbrecht des Klägers, insofern sie aber auch zugleich auf persönliche Forderungen geht, die aus der Administration der gemeinschaftlichen Erbschaft entstanden sind, beruhet sie, wie Justinian¹⁴⁾ sagt, auf einer *obligatio quasi ex contractu*. Die Erbtheilungsklage gehört also unstreitig zu den gemischten Klagen, insofern darunter solche Klagen verstanden werden, die ein Realrecht voraussetzen, und doch nur gegen eine bestimmte Person, welcher auch ein Realrecht an der Sache zugestanden wird, Statt finden, und die ein ausschließendes Recht auf die Sache erst bewirken sollen¹⁵⁾. Viele¹⁶⁾ halten indessen die Erbsonderungsklage für eine bloß persönliche Klage; allein dafür kann sie nur dann gehalten werden, wenn die Theilung schon geschehen ist, oder diese wegen des Untergangs oder Verlusts der Sache nicht mehr geschehen kann, und daher die Klage bloß auf persönliche Forderungen geht¹⁷⁾.

A 3

Können

13) Durch die Adjudication geht bey den Theilungsklagen das Eigenthum der Sache sofort auf den über, dem sie gerichtlich zugetheilt worden ist. *§. ult. I. de offic. iudic.*

14) *§. 4. I. de Obligat. quae quasi ex contr. nasc.*

15) *S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 201. de cocceji ius civ. contro. h. t. Qu. 1.* Dabelow Handbuch des heutigen römisch-deutschen Privatrechts 2. Th. §. 1586. und Westphal angeführtes System §. 672. u. 673.

16) *S. MEHL cit. Diff. pag. 6. sqq. VOET cit. libr. Cap. I. nr. 10.*

17) *L. 24. pr. D. h. t. Westphal in angef. System §. 674.*

Können sich übrigens die Erben in Güte auseinandersetzen, so bedarf es dieser Klage nicht, und es hängt also dann lediglich von ihrer Uebereinkunft ab, ob sie die Theilung unter sich allein vornehmen, oder einen Arbitrator zu Hilfe nehmen wollen¹⁸⁾. Ja wenn auch schon die Theilungsklage erhoben, und anhängig seyn sollte, so hindert dieses dennoch nichts, daß die Theilung noch immer außergerichtlich geschehen könne¹⁹⁾; so wie im Gegentheil, wenn auch die Theilung außergerichtlich geschehen seyn sollte, dadurch dennoch die *actio familiae erciscundae* nicht ausgeschlossen wird²⁰⁾. Ist aber die *actio familiae erciscundae* angestellt worden, und die Theilung ist durch ein förmliches Urtheil des Richters geschehen, so heißt dies eine gerichtliche Theilung²¹⁾. Eine jede andere Erbtheilung ist für eine außergerichtliche zu halten, wenn sie auch mit Zuziehung eines Theilrichters geschehen²²⁾, oder von dem ordentlichen Richter wäre bestätigt worden²³⁾.

§. 726.

Wem steht die Erbtheilungsklage zu? Erfordernisse derselben auf Seiten des Klägers.

Die Erbsonderungsklage stellt nun ein Miterbe gegen den andern Miterben an, das Miterbrecht mag in einem Testa-

18) S. VOET de familia ercisc. Cap. 5. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 728.

19) L. ult. D. h. t. VOET c. l. Cap. 5. nr. 2.

20) L. 32. D. L. 1. C. L. 21. C. h. t. THIBAUT Syst. 2. Bd. §. 730.

21) L. 36. D. h. t. THIBAUT 2. 2. O. §. 728. 2. E.

22) S. Griesingers Commentar über das Württembergische Landrecht 3. B. S. 649. Not. p.

23) Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137.

Testamente oder in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze²⁴⁾, es mag in dem Civil- oder prätorischen Rechte²⁵⁾, oder auch heut zu Tage in einem Erbvertrage gegründet seyn²⁶⁾. Uciliter kann diese Klage auch zwischen dem Fiduciar- und Fideicommissar- Erben Statt haben, wenn der erstere dem letztern einen Theil der Erbschaft abtreten soll, und dieser auch dem letztern, jedoch blos mit Worten abgetreten worden ist²⁷⁾. Nicht minder wird einem Arrogrirten, der ihm gebührenden Quartae Divi Pii wegen, das *utile familiae erciscundae iudicium* gestattet, wenn er gleich eigentlich nicht als Erbe anzusehen ist²⁸⁾. Uciliter kann endlich auch die Klage von dem Käufer einer Erbschaft angestellet werden, weil er an die Stelle des Verkäufers tritt²⁹⁾, und daher auch die *hereditatis petitionem utilem* anstellen kann³⁰⁾, welche hingegen einem arrogrirten Unmündigen seiner Quarte wegen nicht einmal gestattet wird³¹⁾.

A 4

Uebri-

24) L. 2. pr. D. h. t. VOET cit. libr. Cap. XI.

25) L. 24. §. 1. D. h. t. S. Westphal in dem angef. System §. 676.

26) S. STRECKER Diss. cit. §. 4. und Schmidts Commentar über seines Waters Lehrbuch von Klagen 3. Bd. §. 625.

27) L. 40. D. h. t. Si ex affe heres institutus rogatus sit, mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam: *utile familiae erciscundae iudicium* recte inter eos agetur. S. Westphals angef. System §. 682.

28) L. 2. §. 1. D. h. t.

29) L. 5. C. de heredit. vel act. vend. VOET de familia ercisc. Cap. XI. nr. 3.

30) L. 54. pr. D. de heredit. petit. L. 2. §. 18. D. de heredit. vel act. vend.

31) L. 1. §. 21. D. de collat. honor. Westphal §. 681.

Uebrigens muß derjenige, welcher die Erbtheilungsklage mit Wirkung anstellen will, nicht nur ein Miterbrecht haben, sondern die Erbschaft muß auch von dem Kläger schon erworben gewesen seyn, als die Forderungen entstanden, worauf die Klage gerichtet wird³²⁾. Ulpian lehrt dieses deutlich, wenn er L. 49. D. b. t. sagt:

Nam ut *familiae erciscundae iudicio* agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere, quam gessit, quodque admisit, posteaquam heres effectus sit. Caeterum cessat *familiae erciscundae actio*: et ideo si, antequam quis sciret se heredem esse, in hereditate aliquid gesserit, *familiae erciscundae iudicio* non erit locus; quia non animo hereditatis gessisse videtur. Quare, qui ante aditam hereditatem quid gessit, veluti si testatorem sepelivit, *familiae erciscundae iudicium* non habet. Sed si post aditam hereditatem id fecit, consequenter dicemus, *familiae erciscundae iudicio* consequi eum posse sumtum, quem fecit in funus.

Der Kläger muß ferner ein von dem Beklagten anerkanntes Miterbrecht haben. Wird ihm daher solches von dem Beklagten streitig gemacht, so ist zu unterscheiden.

1) Der Beklagte ist in dem alleinigen Besiz der Erbschaft. Hier ist der Kläger mit der Erbtheilungsklage zur Zeit noch ab, und zur Erbschaftsklage zu verweisen³³⁾. Durch diese Klage, (*hereditatis petitio partiaria*) muß also der Kläger zuvörderst sein Erbrecht wider den Beklagten ausführen, und so lange, bis darüber erkannt worden ist, muß

32) S. STRECKER cit. Diff. §. 4. MEHL Diff. cit. pag. 15.

33) L. 20. C. b. t.

muß die Erbtheilungsklage ruhen. Cajus sagt *L. 1. §. 1. D. b. t.*

*Sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse: potest eum excludere per hanc exceptionem: Si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat*³⁴).

Weiß der Kläger nicht gewiß, ob ihn der Beklagte für einen Miterben anerkennen wird, so thut er wohl, wenn er die *hereditatis petitio partiaria* und die *actio familiae erciscundae* mit einander successivisch cumulat³⁵).

2). Der Kläger ist in dem Mitbesitz der Erbschaft. Hier ist die Erbtheilungsklage nicht ganz unstatthaft, wenn auch der Beklagte das Miterbrecht des Klägers läugnet. Es braucht daher keine neue Klage angestellt zu werden³⁶); sondern es wird der Präjudicialpunct des Erbrechts in demselben Prozeß bloß als ein Incidentpunct behandelt, welcher zwar zuvörderst ausgemacht werden muß, nächstdem aber sogleich zur Entscheidung der Erbtheilungssache geschritten werden kann³⁷).

Quodsi

34) *Praeiudicium hereditati fieri dicitur, si prius ius hereditarium actoris probandum, atque de eo iudicandum sit, quam de divisione hereditatis agatur.* S. *Iac. RAEVARDUS* de Praeiudiciis Lib. I. cap. I. und cap. II.

35) S. *Schmidts* Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band §. 624.

36) Ist der Kläger im Besitz, so paßt auch nicht einmal die Erbschaftsklage auf einen solchen Kläger, weil diese Klage nie dem Besitzer zusteht. Dagegen kommt es bey der Erbtheilungsklage nicht darauf an, ob der Kläger im Besitz der Erbschaft ist, oder nicht. S. *Ger. NOODT* Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum.* pag. 238.

37) S. *Westphals* System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 699. und §. 700.

Quodsi possideat (sc. actor) eam partem, fährt Cajus in der angeführten Stelle fort, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio. Quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit. Nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

3) Der Kläger, der auf die Theilung klagt, besitzt die Erbschaft allein. Hier kann der Beklagte, welcher alleiniger Erbe zu seyn behauptet, auch seiner Seits die Erbschaftsklage erheben, ohne daß dadurch die Theilungsklage gehindert wird. Beide Klagen werden hier als Con- und Reconvention zusammengenommen, und in eben demselben Prozeß zugleich ausgemacht und entschieden. Es läßt sich nicht behaupten, daß beide Klagen incompatibel wären. Denn durch die Erbschaftsklage kann keine Theilung bewirkt werden, dahingegen geht die Erbtheilungsklage nicht mit auf die Schulden, weil diese schon ipso iure getheilt sind. Wenn also der eine Miterbe dem Erblasser noch schuldig ist, so muß die Erbschaftsklage gebraucht werden. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 51. §. 1. D. b. t. Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum familiae erciscundae agere: ex causa utrique nostrum mos gerendus est. Nam si ego totam hereditatem possideo, et te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed a communione discedere volo: impetrare debeo familiae erciscundae iudicium, quia aliter dividi inter nos hereditas non potest. Item si tu iustam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius, quam familiae erciscundae iudicium, nego-

negotium distrahere velis: tibi quoque permittendum erit, *hereditatem petere*. Nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciscundae iudicio non deducuntur, veluti si ego debitor hereditarius sim: iudicio familiae erciscundae non consequeris id, quod defuncto debui; per hereditatis petitionem consequeris³⁸⁾.

L. 7. D. Si pars heredit. petat. welche, wie die L. 51. aus Julians L. 8. Dig. genommen ist. Non possumus consequi *per hereditatis petitionem* id, quod familiae erciscundae iudicio consequimur, *ut a communione discedamus*: cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, quam *ut partem hereditatis pro indiviso restitui tibi iubeat*³⁹⁾.

Daß

38) In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 51. §. 1. pag. 686. lautet die Stelle so: *Εὰν ὁ εἰς τῶν συγκληρονομησῶν θέλη διὰ τῆς τῶν κληρονομαίων ἀπαιτήσεως γενέσθαι τὴν διαίρεσιν, καὶ μὴ διὰ τῆς διαίρεστος τῆς Φαμίλιας τὸν κληρὸν λόγου λέγων τῆτο διαφέρειν αὐτῷ, ἀκούεται. Τινὰ γὰρ ἔχει πλέον ἢ τῶν κληρονομαίων ἀπαιτήσεις. τὸ γὰρ παρὰ τῆς κληρονομίας χρεωσούμενον τῷ διαθεμένῳ, ἢ ἀπαιτεῖται διὰ τῆς διαίρεστος τὸν κληρὸν, ἀλλὰ διὰ τῆς ἀπαιτοῦντος τὸν κληρὸν διαμαρτυροῦ. i. e. Si unus ex heredibus per hereditatis petitionem, non per familiae erciscundae iudicium, divisionem fieri velit, dicens hereditatem ad se pertinere, auditur: est enim aliquid amplius in petitione hereditatis: nam quod heres testatori debebat, iudicio familiae erciscundae non excigitur, sed per hereditatis petitionem.*

39) Es lesen alle Ausgaben richtig, und damit stimmen auch die *Basilica* überein, in welchen diese Stelle Tom. V. Lib. XLII. Tit. 2. Const. 7. pag. 652. so lautet: *Ἐπὶ τῆς τῶν κληρονομαίων*

Daß übrtgens der Kläger durch Anstellung der Erbtheilungsklage dem Beklagten das Miterbrecht zugestehet, versteht sich wohl von selbst, und nie würde wohl darüber je gestritten worden seyn, wenn nicht der Ausspruch des *Scävola* entgegen zu stehen schiene, welcher *L. 37. D. h. t.* sagt:

*Qui familiae erciscundae iudicio agit, non confite-
tur, adversarium sibi esse coheredem.*

So steht diese sehr bestrittene Stelle auch in der neuesten Göttingischen Ausgabe des *Corporis iuris Rom.* ohne die geringste Anmerkung, da doch in den Ausgaben des *Charondas* und *Simon van Leeuwen* das *non* eingeklammert ist, in den *Basiliken* aber die Negation ganz fehlt, und von *Charondas* und *Bandoza* bemerkt worden ist, sie stehe auch in einigen alten Handschriften nicht. Wie konnte in einer kritischen Ausgabe, wie die *Gebauerische* seyn soll, eine Stelle, bey welcher sich die *Critic* so geschäftig bewiesen hat, ohne alle kritische Bemerkung gelassen werden? Daß die Worte des *Scävola*

μικίων ἐνδικήσεως ὁ δικαστὴς ψηφίζεται τοσόνδε μέρος ἀδιαίρετως ἀποκαταστήναι μοι. οὐ μὴν ἵνα καὶ διελώμεθα. τῆτο γὰρ τῆ διαίρουτος τῆ Φαμίλια τὸν κληρον λόγου ἐσίβ. i. e. *In petitione hereditatis iudex pronunciat tantum, partem hereditatis pro indiviso mihi restitui, non etiam ut a communione discedamus: hoc enim pertinet ad iudicem familiae erciscundae iudicio addictum.* Es ist daher unbegreiflich, was *WISSENBACH* in *Exercitat ad L. Pandect. libros P. I. Disput. XXII. Th. 7.* will, wenn er daselbst sagt, es müsse *pro diviso* gelesen werden. *Ant. SCHULTING* *Thesum controversar. Decad. XXVIII. Th. 4.* hat diese unzeitige *Critic* mit Recht verworfen.

vola in einem affirmativen Sinn zu nehmen sind, erhält durch die Basiliken⁴⁰⁾ ein überaus wichtiges Argument. Denn in diesen lauten sie folgendermassen:

Ὁ κινῶν τὸ τῆς διαίρεσεως δικαστήριον, ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτῆς συγκληρονόμον εἶναι. i. e. *Qui familiae erciscundae iudicio agit, confitetur, adversarium sibi esse coheredem.*

Soll man aber deswegen mit Gerh. Voode⁴¹⁾, Joh. Voet⁴²⁾, und Westphal⁴³⁾ die Negation in unsern Pandecten wegstreichen? Dies erlaubt die Auctorität des Florentinischen Codex, und so vieler anderer damit übereinstimmender Handschriften schlechterdings nicht⁴⁴⁾. Die meisten Ausleger, von Accursius an, streiten daher für die Beybehaltung derselben. Nur Hermann Canngier⁴⁵⁾ liest ohne alle Auctorität, statt non, *modo*. Doch weit entfernt sind die meisten, dem Fragment des Scävola einen affirmativen Sinn beizulegen. Cujaz⁴⁶⁾,
dem

40) Lib. XLII. Tit. 3. Const. 37. Tom. V. pag. 681.

41) Commentar. ad Dig. h. t. Oper. Tom. II. pag. 238.

42) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

43) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten S. 703. S. 415.

44) Auch unser Cod. Pand. membran. Erl. hat die Negation. Doch habe ich darin folgende Variante bemerkt: *Qui familiae erciscundae iudicio agit, non confitetur, adversarium fuisse coheredem.*

45) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 113. sq.

46) Observation. Lib. IX. Cap. 36.

dem die mehresten ⁴⁷⁾ gefolgt sind, erklärt die Stelle so: Wer die Erbtheilungsklage anstellt, räumt dem Beklagten das Miterbrecht nicht schlechterdings ein. Er kann daher, wenn er sich in dem Miterbrechte des Beklagten geirrt hätte, nachher noch immer die Erbschaftsklage anstellen. Anton Faber ⁴⁸⁾ hingegen unterscheidet zwischen *supponere* und *fateri*. Wer die Erbtheilungsklage anstellt, räume nicht sowohl ein, daß der Beklagte Miterbe sey, sondern er setze dieses nur voraus. Beruhe nun diese Voraussetzung auf einem Irrthume, so könne daraus kein gültiges Geständniß gefolgert werden. Lauterbach ⁴⁹⁾ glaubt hier sogar den Satz entdeckt zu haben, wer die Erbtheilungsklage angestellt hat, kann noch immer pönitiren, und zur Erbschaftsklage übergehen, so lange der Beklagte nicht rechtskräftig für einen Miterben erklärt worden ist. Doch alle diese Erklärungen sind immer noch erträglicher, als die, wenn Franz Zoroman ⁵⁰⁾ die Stelle des *Scävola* von dem Beklagten verstehen will, welcher mit der Erbtheilungsklage

47) *Ulr.* HUBER *Eunom. Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 435.* und in *Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.* *Io. Iac. WISENBACH* *Exercitat. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 9.* *Io. ALTAMIRANUS* in *Comm. ad Lib. XII. Quaestionum Scaevolae. Tom. II. The-sauri Meerman. pag. 514.* *Pet. de GREVE* *Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Ex. X. §. 21. pag. 258.* *Ant. SCHULTING* *Thesium controvers. Dec. XXVIII. Th. 5.* *POTHIER* *Pandect. Iustinian. Tom. I. Nr. XIX. not. 2. pag. 305.*

48) *Rational. in Pand. ad L. 37. D. h. t.*

49) *Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 9.* Dieser Erklärung wird auch Beyfall gegeben in *HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3061. not. b. pag. 387.*

50) *Observation. Lib. V. cap. I.*

Klage belangt worden ist, und sie aus der Regel zu erklären sucht, *reus excipiendi non confitetur*, welchen schon Zuber⁵¹⁾ mit Recht getadelt hat. Scävola dachte sicher daran nicht, was die Ausleger in seinen Worten gefunden haben. Daß ihnen vielmehr ein affirmativer Sinn beizulegen sey, beweisen, wie ich nochmals bemerken muß, die Basiliken unwidersprechlich, und er ist auch wirklich darin klar genug enthalten, wie unter allen mir bekannten Auslegern einzig und allein Heinrich Johann Arzgenius⁵²⁾ richtig gezeigt hat. Man setze nur statt des Puncts nach *coheredem* ein Fragezeichen, und erkläre das *non* durch *nonne*, so ist alle Schwierigkeit gehoben, und das Fragment steht mit der Entscheidung der vorhergehenden L. 36. b. 2. in dem besten Zusammenhange. An sich bedarf wohl diese Emendation keiner weitläufigen Rechtfertigung. Denn es ist ja bekannt, daß die heutige Interpunction in dem Römischen Gesetzbuche von den Herausgebern desselben herrührt, indem sowohl das Florentinische Manuscript der Pandecten, als alle alte Codices ohne Interpunction Buchstab an Buchstab geschrieben sind. Die Interpunction zu ändern, ist also wohl gewiß die erlaubteste unter allen Emendationen⁵³⁾. Nun ist es hier kein gleichgültiger Umstand, daß das vorliegende Fragment aus den *libris Quaestionum* des Scävola genommen ist, in welchen

51) *Eunomia Rom. Lib. X. ad L. 37. D. fam. ercisc. §. 1. pag. 435.*

52) *Specim. Observationum. (Leovardiae 1761. 8.) Cap. 3.*

53) *S. ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 75. und Guil. BEST Ratio emendandi Leges Cap. I. pag. 9. (edit. Lipsiae 1747. 8.) und besonders Cap. VII.*

chen dieser Römische Jurist civilistische Rechtsfragen erörtert⁵⁴⁾ und solche, nach dem Beispiel anderer Rechtsgelehrten⁵⁵⁾, nicht selten fragweise entschieden hat. Unstreitig wollte also Scävola sagen:

Qui familiae erciscundae iudicio agit, *nonne* confitetur, adversarium sibi esse coheredem?

Vergleicht man nun diesen Satz mit der Entscheidung der unmittelbar vorhergehenden L. 36. b. t. nach welcher eine Erbtheilung, die durch richterliche Adjudication geschehen ist, nicht angefochten werden kann, wenn auch gleich der eine Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten haben sollte; so war es gewiß noch ein Grund mehr, der in der L. 37. aus Scävola entlehnt wird, daß die Anstellung der Erbtheilungsklage immer eine Anerkennung des dem Beklagten zustehenden Miterbrechts enthalte⁵⁶⁾. Hieraus erklärt sich nun auch die Weglassung der Negation in den Basiliken. Daß aber *non* für *nonne* ein sowohl den besten Classikern, als auch den römischen Juristen gar nicht ungewöhnlicher Sprachgebrauch sey, haben Schelller

54) C. L. 29. §. 4. D. de lib. et postum. L. 14. D. de iure codicill. L. 9. D. de negot. gest. L. 69. §. 3. D. de eviction.

55) C. 3. C. sagt Papinian L. 84. D. de acquir. vel omitt. hered. Nonne iniquum erit, interea defunctorum filium heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est. Eben so Ulpian L. 7. §. 1. D. Quod falso tut. auct. Quid si compulsus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem adcommodaverit, nonne debet esse excusatus? Adde et L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loc.

56) C. Gottl. HUFELAND Diss. de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecut. petendo. §. 23.

ler⁵⁷⁾ und Johann Wilhelm Marckart⁵⁸⁾ aus mehreren Beyspielen⁵⁹⁾ erwiesen.

§. 727.

Wer kann auf Theilung der Erbschaft dringen?

Wer die Erbtheilungsklage anstellen will, muß ferner die freye Disposition über sein Vermögen haben. Denn die Erbtheilung enthält ihrer Natur nach eine Art der Veräußerung, und nimmt bald die Natur einer Permutation, bald die eines Kaufs an, je nachdem entweder jeder Theilhaber seinen Antheil in Natur oder im Werthe erhält, und dieser Werth ihm entweder durch andere Sachen, oder in Gelde vergütet wird⁶⁰⁾; kurz sie enthält immer

57) Lateinisch, teutsches Wörterbuch voc. *Non*.

58) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. cap. 11. pag. 243.

59) So §. E. sagt CICERO *pro Rosc. Comoedo*. Cap. 1. *NON amentia est?* und in *Verrem* IV. 22. *NON idem fecit?* SALLUST in *Iug.* c. 31. *Vos pro libertate, quam ab illis accepistis, NON iumma ope nitemini?* Man sehe CORTE ad h. l. und DUCKER ad *Florum* Lib. III. c. 21. n. 25. Add LIVIUS IV. 4. V. 53. Ein Beyspiel aus unsern Gesetzen liefert L. 3. D. *de his, quae in testam. delent.* Quid ergo? *NON et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret?* Auf die nämliche Art erklärt auch Guil. BEST in *Ratione emend. Leges* Cap. XII. §. 11. die L. 156. §. 2. D. *de reg. iur.*

60) L. 1. C. *Commun. utriusq. iud.* L. 20. §. 3. D. b. t. L. 77. §. 18. D. *de legat. II.* Rud. Christ. HENNE Progr. de hereditatis divisione emtionis vicem sustinente. *Erfordiae 1767.*

immer eine Veräußerung des Mitteleigenthums am Ganzen gegen einen abgesonderten Antheil. Daher können Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verschwender, und andere Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, nicht für sich auf Theilung provociren⁶¹⁾. Es ist auch nicht einmal die Auctorität und Zustimmung der Vormünder hierzu allein hinreichend, sondern es muß darüber ein obrigkeitliches Decret ausgewirkt werden⁶²⁾. Wäre jedoch die Theilung ohne obrigkeitliches Decret, von den Vormündern allein, aber doch auf eine solche Art geschehen, daß überall eine vollkommene Gleichheit beobachtet worden ist

61) *L. 7. pr. D. de reb. eor. qui sub tut. vel. cura sunt.*

62) *L. penult. Cod. de praed. et aliis reb. minor. VOET de fam. eriscunda. Cap. XI. nr. 7. Wenn L. 20. D. de auct. et conf. tutor. dennoch die von dem Vormund allein unter den Pupillen vorgenommene Theilung der väterlichen Erbschaft für gültig erklärt, so vereinigt man diese Stelle gewöhnlich mit den übrigen Bestimmungen des röm. Rechts so, daß man sagt, zu den Zeiten des Scävola, aus dessen Digesten dieses Fragment genommen ist, sey noch kein obrigkeitliches Decret erforderlich gewesen, weil er vor den Zeiten des Kaisers Severus gelebt habe, durch dessen Oratio erst jenes neuere Recht ist eingeführt worden. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. S. Pet. BURGIIUS Elector. lib. Cap. 7. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. T. I. pag. 321.)* und VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 15. in fin.* Allein die Hauptfrage in diesem Gesetz war wohl nur die, ob die Theilung gelte, weil sie nicht schriftlich geschehen sey? und dies war nun freylich an sich kein Grund die Theilung anzufechten, weil ein schriftlicher Aufsatz nicht erforderlich ist. *L. 12. C. h. t.* Daher konnte Tribonian diese Stelle wohl, als geltendes Recht, in die Pandecten aufnehmen, wenn gleich Scävola vor dem Kaiser Severus lebte.*

ist, so daß keiner ihrer Mündel weniger erhalten hat, als er nach dem Verhältniß seines Antheils fordern konnte, so kann eine solche Theilung nicht weiter angefochten werden⁶³). Ja selbst in dem Falle, da das eine Kind dabei zu kurz gekommen ist, kann dennoch gegen das andere, wenn solches gleichwohl nicht mehr als seinen gebührenden Antheil erhalten hat, die Erbtheilungsklage nicht angestellt werden, sondern das verletzte Kind muß *actione tutelae* gegen den Vormund auf Entschädigung klagen⁶⁴). Dies ist der Fall, den Paulus entscheidet, wenn er *L. 38. D. b. t.* sagt:

Lucius et Titius fratres emancipati a patre adulti curatores acceperunt: hi communes pecunias ex redditibus redactas singulis subministraverunt: postea omne patrimonium dividerunt, et post divisionem Titia soror Lucio fratri suo coepit quaestionem movere, quasi amplius accepisset, quam ipsa acceperat. Cum Lucius frater eius non amplius sua portione, immo minus, quam dimidiam consecutus sit: quaero, an Titiae competat adversus fratrem actio? PAULUS respondit, secundum ea, quae proponuntur, si Lucius non amplius ex reditu praediorum communium accepit, quam pro hereditaria portione ei competeret, nullam sorori eius adversus eum competere actionem.

Dem Satz des Römischen Rechts gemäß, daß Niemand gezwungen werden könne, in der Gemeinschaft zu
B 2
bleiben,

63) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3062. lit. C.

64) Westphal in dem angeführten System §. 339. C. 511. f.

bleiben, muß sich jeder, welcher zur Theilung aufgefordert wird, auch gegen seinen Willen auf die Klage einlassen, wenn er gleich noch unmündig oder minderjährig ist⁶⁵). Denn die Aufforderung zur Theilung wird in diesem Falle als eine nothwendige Veräußerung angesehen. Daher bedarf hier selbst der Vormund keines obrigkeitlichen Decrets⁶⁶). Sollte jedoch der zur Theilung aufgeforderte Minderjährige gerade mit keinem Vormund versehen seyn, so muß der Kläger zugleich um die Bestellung desselben bitten, wenn diejenigen es unterlassen haben sollten, denen die Pflicht dazu zunächst oblag⁶⁷).

Jenem

65) L. 43. D. h. t. Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest. Nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse, palam est. Igitur et praesentibus caeteris et invitis, poterit vel unus arbitrum petere. Statt *praesentibus* wollen einige lieber *absentibus* lesen. S. Rad. FORNERIUS *Res. Quotidianar.* Lib. V. c. 1. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 255.) Gilb. REGIUS *ΕγαστιοΦαν.* iuris civ. Lib. I. cap. 16. (ibid. pag. 1487.) Ger. NOODT *Commentar. ad Pand. h. t.* (Tom. II. *Oper.* pag. 238.) und Io. Guil. HOFFMANN *Meletemat. ad Pand. Disput. XI. ad Lib. X. §. 4.* In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 683. lautet die Stelle so: Ο σίς κληρονόμος και παρόντων και αντίθεγόντων και απόντων των άλλων, καλώς κινεί τὸ τῆς διαιρέσεως δικασήριον. i. e. *Arbitrium familiae erciscundae et praesentibus et contradicentibus, et absentibus caeteris vel unus recte petit.*

66) L. 1. §. 2. L. 7. pr. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt. L. penult. C. de praed. et aliis reb. minor. VOET de fam. ercisc. Cap. XI. nr. 10. LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.* HOFACKER *Princ. iur. civ.* Tom. III. §. 3062. lit. A. THIBAUT *Syst.* 2. Bd. §. 730.

67) L. 2. §. 3. D. Qui pet. tutor. L. 4. C. eodem. Ant. FABER *Cod. definit. forens.* Lib. III. Tit. 27. *Definit. II.* VOET c. l. nr. 11.

Jenem Grundsatz zu Folge kann auch weder ein Vertrag, wodurch der Miterbe auf die Theilung Verzicht leistete, noch ein Verbot des Testirers die Theilung hindern⁶⁸⁾. Nur dann ist ein solcher Vertrag, oder das Verbot des Testirers für gültig zu halten, wenn sie sich blos auf eine gewisse Zeit beschränken⁶⁹⁾; z. B. daß die Erbschaft so lange nicht getheilt werden solle, bis die auf den Gütern haftenden Schulden getilgt seyn würden. Doch würden auch in diesem Falle die Miterben mit ihren Einwendungen gegen die Verordnung des Erblassers billig zu hören seyn, wenn sie einen ihnen daraus entstehenden erheblichen Nachtheil, z. B. eine unbezweifelte Verletzung oder Beschwerde in dem ihnen gebührenden Pflichttheile zu zeigen im Stande seyn sollten⁷⁰⁾.

B 3

Eben

68) Arg. L. 70. D. pro Socio L. 14. §. 2. D. Comm. divid. L. 5. Cod. eodem. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3065. Nr. IV. Cbr. Henr. BREUNING Qu. iur. controv. an prohibitio patris in testamento de non dividenda hereditate cum matre coherede impediatur divisionem. Lipsiae 1772.

69) L. 14. §. 2. D. Comm. divid. L. 4. pr. D. de condit. institut. S. Joh. Christ. Quistorps Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 3. St. Nr. 1. oder Nr. 30. der neuern Ausgabe. Im Code Napoleon Art. 815. findet sich hierüber die merkwürdige Verordnung, daß der Vertrag, wodurch die Miterben unter sich verabreden, die Theilung noch eine gewisse Zeit lang auszusetzen, nicht über 5 Jahre verpflichtend seyn solle. Er kann jedoch von Zeit zu Zeit erneuert werden. S. ZACHARIAE Handbuch des französischen Civilrechts. 2. Bd. §. 353. Not. 3.

70) S. Quistorps angeführte Beiträge 3. Stück. Nr. 1. S. 8. f. und S. 10.

Eben so wenig steht endlich auch der Erbtheilungs-
klage die Einrede der Verjährung entgegen, wenn auch
die Gemeinschaft noch so lang gedauert hätte, vorausgesetzt,
daß sich die Miterben als solche anerkannten, und im ge-
meinschaftlichen Genusse der erbchaftlichen Güter sich befand-
den⁷¹⁾. Hätte hingegen der zur Theilung aufgeforderte
Beklagte die Erbschaft allein mit Ausschließung der übrige-
gen dreißig Jahre hindurch in der Meinung besessen, daß
sie ihm ausschließlich gehöre, so kommt ihm allerdings die
Verjährung zu statten⁷²⁾. Eben dieses würde auch in dem
Falle Statt finden, wenn jeder Miterbe seit so langer Zeit
einen abgesonderten Theil der Erbschaft in eigenem Namen
besessen hätte, ohne daß eine Theilungsurkunde existirt⁷³⁾.

Dem

71) *E. VINNII Select. iuris Quæst. Lib. I. cap. 34.* STRUVII
Synt. iur. civ. Exercit. XV. §. 14. Westphals System der
Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 706. b.

72) *L. 1. §. 1. Cod. de ann. except. Io. VOET de familia ercisc.*
Cap. XV. nr. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III.
§. 3065. in fin. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord.
Dig. h. t. §. 27. MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. II. h. t.
§. 458. nr. III.

73) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. Hiermit stimmt auch der
Code Napoleon Art. 816. überein. Jacob von Maleville
behauptet zwar in seinem Commentar über das Gesetzbuch Na-
poleons, übersetzt von Wilh. Blanchard. 2. Band (Eöln
1808. 8.) 3. Buch. 1. Tit. S. 274. f. es sey durch diesen Ar-
tikel der vormalige Grundsatz des französischen Rechts, daß
nach einem zehnjährigen abgesonderten Genusse die Vermuthung
eintrete, es sey eine Theilung geschehen, nicht aufgehoben wor-
den sey. Allein das Gegentheil haben gezeigt I. B. DELAPORTE
et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandectes Françaises Tom. VII.

Denn ein schriftlicher Aufsatz ist ohnehin zu einer gültigen Theilung nicht erforderlich⁷⁴⁾.

Noch ist zu bemerken, daß wenn unter den Miterben einige unter einer Bedingung, andere aber unbedingt eingesetzt worden sind, zwar jene, so lange die Bedingung noch pendent ist, auf Theilung zu dringen nicht befugt sind, weil während dieser Zeit die Erbschaft noch nicht angetreten werden kann⁷⁵⁾; dahingegen sind letztere nicht gehindert, zur Theilung unter sich zu schreiten⁷⁶⁾. Es versteht sich jedoch, daß für den bedingt ernannten Miterben eine Sicherheit bestellt werde, damit ihm bei eintreten der Bedingung kein Schaden zugefügt werde⁷⁷⁾. Denn die Theilung kann doch in diesem Falle nie anders, als der Rechte desselben unbeschadet, geschehen. Hierauf bezieht sich ohne Zweifel mit der Ausspruch des Ulpian, wenn er L. 2. §. 4. D. b. t. sagt: *Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae iudicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.* Tritt die Bedingung nachher noch ein, so kann er nun seinen Erbtheil noch

B 4

an

(a Paris 1804.) Liv. III. Chap. 6. §. 313. p. 55. sq. und Kar. Salom. ZACHARIAE im Handbuch des französ. Civilrechts. II. Band. §. 353. Not. 2. S. 188.

74) L. 12. Cod. b. t. Westphal a. a. D. §. 705.

75) L. 13. D. de acquir. vel omitt. hered. HOFACKER Tom. III. §. 3062. nr. I.

76) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 14. und de famil. ercisc. Cap. XI. nr. 15.

77) Westphal in dem angef. System §. 695. und STRECKER Diff. cit. de act. familiae ercisc. §. 7.

an allen erbbschaftlichen Sachen pro indiviso fordern⁷⁸⁾. Es ist hier das nämliche Verhältniß vorhanden, wie in dem Falle, da von zwey Miterben der eine bedingt, der andere unbedingt ernannt worden ist. Hier kann der letztere die Erbschaft antreten, und alle und jede erbbschaftliche Klagen anstellen, nicht anders, als ob er der alleinige Erbe sey. Er muß aber nachher, wenn die Bedingung existirt, mit dem andern Miterben theilen, in welchem Falle ihm jedoch, wenn etwa die Erbschaft zu der Zeit, als der andere Miterbe sich meldet, noch in den Händen des Dritten sich befinden sollte, gegen welchen er die Erbschaft erstritten hat, die Wahl zusteht, ob er den neuen Miterben mittelst Abtretung der *actio iudicati* an den dritten Besizer der Erbschaft verweisen, oder die Sache selbst mit ihm ausmachen wolle. Hierher gehört die Stelle des *Demosthenis*, welcher *L. 7. D. b. 1.* sagt: *Si heres unus, cum sub conditione adjectum coheredem, aut apud hostes adjectum eo⁷⁹⁾ haberet, dixerit se heredem esse, et actione*

78) Arg. *L. 17. Cod. famil. ercisc.* VOET de familia ercisc. Cap. XI, nr. 15.

79) HALOANDER liefert hier für *adjectum eo*, *addictum*, und BRENKMANN macht in dem SEBAUER'SCHEN *Corp. iuris* hier die Bemerkung, man solle die Worte: *adjectum eo* auf seine Gefahr nur geradezu austreichen. Sie wären durch einen Fehler des Abschreibers entstanden. Allein mit Recht verteidiget die Vertheilung dieser Worte IO. GUIL. HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Dissert. XI, ad Lib. X. §. 1. in fin. Das *eo* ist hier soviel als *ei* oder *sibi*, wie es zuweilen bey den Alten vorkommt. IENSIUS in *Strictur. ad Rom. iuris Pandect.* pag. 82. leitet es aus der fehlerhaften Uebersetzung des Griechischen her, welches sich auf die schon mehrmals bemerkte Stelle dieses Philologen bezieht, worüber ich kein Wort mehr verlieren will,

actione expertus vicerit⁸⁰), deinde conditio heredis exiterit, vel postliminio redierit: an victoriae commodum debeat cum eo communicari? nam indubitate iudicati actio ei in solidum competit. Et electionem coheredi dandam, id est, aut communicandam eam, aut experiundi faciendam potestatem huius, qui post victoriam coheredis effectus sit heres, aut reversus sit in civitatem⁸¹). Idemque observandum, si postea natus

will. Nur das muß ich hier noch bemerken, daß das eo in unserm Cod. Pand. membran. Erlang. nicht steht. Es fehlt auch in der Ausgabe des Baudouin.

80) Hier ist anzunehmen, daß die Erbschaftsklage gegen einen dritten Besitzer der Erbschaft war angestellt worden, gegen welchen der Prozeß zwar gewonnen worden ist, in dessen Händen sich aber die Erbschaft noch befindet. S. Westphal's System von den einzelnen Vermächtnißarten. S. 406, 2.

81) Mit Unrecht tadelt Westphal a. a. O. S. 419. den Ant. FABER, wenn dieser in Rational. ad h. L. diese Worte von dem absteigenden Theile versteht, daß nämlich diesem die Wahl gestattet werde, den neuen Erben an den dritten Besitzer zu verweisen, oder die Sache mit ihm selbst auszumachen. Daß die Worte *electionem coheredi dandam* von dem Obieger zu verstehen sind, beweist nicht nur der ganze Zusammenhang der Rede, sondern diese Erklärung bestärken auch insonderheit die *Basilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 667. wo sie so lauten: *Εάν έχων υπό αίρεσιν, ή παρὰ τοῖς πολεμίοις, ή κυοφορούμενον συγκληρονόμον ἐναγάγω, μόνον ἑμαυτὸν εἰπὼν κληρονόμον, και νικήσω, μόνος έχω τήν ἐκ τῆς ψήφου βοήθειαν. ἐπιλογὴν δὲ έχω ή κοινοποιῆσαι αὐτὴν μετὰ τῷ συγκληρονόμου, ή παρεσχεῖν αὐτῷ ἀδειαν ἐναγαγεῖν. οὐτε γάρ οὗτοι δια τῆς σιωπῆς βλαπτονται. μετὰ γάρ τήν ψήφον ἦλθον πρὸς τὸν κληρον. i. e. Si cum*
sub

natus sit postumus: non enim his personis silentium imputari potest, cum ad hereditatem post victoriam coheredis pervenerint.

§. 728.

Gegen wen findet die Erbsonderungsflage Statt? Wie wenn der Miterbe abwesend ist?

Die actio familiae erciscundae kann nur gegen einen Miterben angestellet werden, wenn er auch von der Erbschaft gar nichts besitzt. Paulus sagt ausdrücklich L. 25. §. 2. D. b. 1.

Quantum vero ad accipiendum familiae erciscundae iudicium, nihil interest, possideat quis hereditatem, nec ne⁸²).

Denn

sub conditione, aut apud hostes aut postumum adjectum coheredem haberem, dixero, me solum heredem esse, et actione expertus vicero, solus habeo sententiae commodum: electio autem mihi datur, ut vel actionem iudicati cum coherede communicem, vel experiundi potestatem faciam: nec enim eis silentium nocet: nam post sententiam ad hereditatem pervenerunt. Auch der griechische Scholiast hat bey den Worten experiundi potestatem pag. 697. die richtige Bemerkung gemacht, welche ich hier nur nach der lateinischen Uebersetzung des Fabrotus hersetzen will: id est, an velit communicare cum eo actionem iudicati adversus victum, an secum, quasi solo heredem, agendi potestatem ei, qui heres apparuit, facere.

82) In den Basiliken Lib. XLII. Tit. 3. Const. 25. §. 1. pag. 675. lautet diese Stelle eben so: Καὶ ὁ μὴ νεμόμενος τὴν κληρονομίαν, δύναται κινεῖν τὸ τῆς διαίρεσως δικαστήριον. Westphal hat daher Unrecht, wenn er in dem angeführten System §. 702. behauptet, die Basflica hätten diese Stelle fälschlich von dem Kläger verstanden. Fabrot hat sie nur nicht richtig übersetzt.

Denn es kann seyn, daß der Kläger die Erbschaft ganz allein besitzt, und nicht länger in der Gemeinschaft zu bleiben Lust hat, der Beklagte aber die Theilung nicht geschehen lassen will. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der Erbschaftsklage, welche nur immer gegen den Besitzer anzustellen ist.

Ist ein Miterbe abwesend, so kann dies die gegenwärtigen Miterben nicht hindern, dennoch zur Theilung der Erbschaft zu schreiten. Es kann indessen freylich die geschehene Erbtheilung dem Abwesenden, der davon nicht benachrichtiget worden ist, keinesweges präjudiciren, sondern es bleibt ihm sein Antheil pro indiviso an allen erbchaftlichen Sachen vorbehalten. Er kann deswegen mit der *actione familiae erciscundae* oder mit der *hereditatis petitione*, je nachdem sie ihn entweder für einen Miterben anerkennen, oder nicht, gegen die übrigen Miterben klagen, wenn auch gleich dieselben zu seinem Nachtheil Sachen, die zur Erbschaft gehören, an einen Dritten veräußert hätten ⁸³⁾.

L. 17. Cod. b. t. Coheredibus divisionem inter se facientibus, iuri absentis et ignorantis minime derogari, ac pro indiviso portionem eam, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere, certissimum est. Unde portionem tuam cum redivibus arbitrio familiae erciscundae percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praeiudicium timens.

L. 44. §. 2. D. b. t. Si coheredes, absente uno coherede, rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt,

83) S. MEVIUS Part. IV. Decif. 398. und Hubert. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. III. pag. 179.

cerunt, quo plus ad eos perveniret; vel familiae erciscundae iudicio praestabunt ei, qui abfuit, vel hereditatis petitione⁸⁴⁾.

Soll daher die Erbtheilung unangefochten bleiben, so muß der Abwesende, wenn man seinen Aufenthalt weiß, besonders dazu citirt werden, entweder selbst, oder durch einen hinlänglich Bevollmächtigten dabei zu erscheinen. Weiß man hingegen seinen Aufenthalt nicht, und er kann auch durch Edictalcitation nicht ausfindig gemacht werden, so können die gegenwärtigen Miterben bitten, daß dem Abwesenden ein Curator von Obrigkeit wegen bestellet werde. Hat dieser alsdann in die Theilung und Veräußerung eingewilliget, so ist sie auch in Ansehung des Abwesenden für gültig und rechtsbeständig zu halten⁸⁵⁾. Sollte
indessen

84) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. versteht diese Worte so, daß mit der hereditatis petitione gegen den dritten Besitzer der veräußerten erbenschaftlichen Sachen geklagt werden könne. Allein Westphal in dem angef. System §. 697. versteht sie richtiger von dem Falle, wenn die übrigen Miterben dem Abwesenden kein Miterbrecht zugestehen wollen. Daß hier von einem solchen Falle die Rede sey, wo die Erbschaftsklage gegen die Miterben anzustellen ist, bestärken auch die Basiliken, in welchen Tom. V. pag. 683. die Stelle so lautet; *Εὰν ἀπόντος τῆ ἐνὸς κληρονόμου οἱ λοιποὶ πωλήσῃσι πράγματα, δὲ κατὰ δόλον κερδανώσιν, ἀπαιτῆι αὐτοῦ ἢ διὰ τῆς τῆ κλήρου ἀπαιτήσεως, ἢ διὰ τῆς τῆ κλήρου διαιρέσεως.* i. e. *Si absente uno coherede, caeteri res vendiderint, et dolo malo quid lucrifecerint, adversus eos vel petitione hereditatis, vel familiae erciscundae agit.* Man vergleiche noch L. 20. C. b. t. und Westphal im angef. System §. 700.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. in fin. und MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 4. not. 5.

Indessen der Abwesende eine erweisliche Läsion dabey erlitten haben, so bleibt ihm immer noch übrig, gegen die vorgenommene Theilung die *restitutio in integrum ex capite absentiae* zu suchen, wenn die Bedingungen der Restitution überhaupt vorhanden sind, und er von seinem Curator keine Entschädigung erhalten kann⁸⁶⁾.

Da übrigens die Erbtheilungsklage ein *iudicium duplex* ist, so können beyde Theile eben-sowohl Kläger als Beklagter seyn⁸⁷⁾. Hat nämlich der Kläger den bisherigen Besitz und die Administration der Erbschaft gehabt, so kann der Beklagte Ablegung der Rechnung und Ersatz der verursachten Schäden fordern. Bey der Erbschaftsklage fordert der Kläger dies nur von dem Beklagten, es würde ungereimt seyn, wenn der Beklagte dies von dem Kläger fordern wollte⁸⁸⁾. Auch in dem Falle ist jeder Theil Kläger und Beklagter, wenn jeder Etwas von der gemeinschaftlichen Erbschaft besitzt, und dasselbe zu theilen sich weigert⁸⁹⁾. Eben deswegen, weil die Erbtheilungsklage ein *iudicium duplex* ist, sollen beyde Theile einen doppelten Eid für Gefährde schwören, nämlich sowohl den, nicht aus Schikane Klage zu erheben, als auch den, nicht aus Schikane zu läugnen, weil man bey den Theilungsklagen, mehr, wie bey andern Klagen, Schikane besorgte. Paulus

86) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. Part. VII. Obs. 20. Die Klage gegen den Curator ist die *utilis curatellae actio directa*. S. BARDILI Disp. de curatore bonorum absentis. §. 45.

87) L. 2. §. 3. D. b. 1.

88) S. GASSER Diss. de iudicio duplici. §. 20.

89) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band §. 626.

Ius lehrt dieses ausdrücklich L. 44. §. 4. D. b. t. wo er sagt:

Qui familiae eriscundae, et communi dividundo, et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei: et ideo iurare debent, non calumniae causa litem intendere, et non calumniae causa ad inficias ire⁹⁰⁾.

§. 729.

Gegenstand der Klage. Verschiedenheit der bey der Auseinandersetzung einer Erbschaft vorkommender Streitigkeiten. Erfordernisse zur Berichtigung der zu vertheilenden Erbmasse.

Der Gegenstand der Erbtheilungsklage ist eine gemeinschaftliche Erbschaft, und zwar kann die Klage entweder der ganzen noch ungetheilten Erbschaft wegen, oder eines noch ungetheilten Theils derselben, oder auch einzelner noch zu vertheilender Stücke wegen erhoben werden.

L. 32. D. b. t. Quae pater inter filios non divisit, post datas actiones vice divisionis⁹¹⁾, ad singulos pro heredi-

90) Viele halten diese Stelle für interpolirt, weil sie glauben, Justinian habe diese Eide erst eingeführt. L. 2. C. de iureiur. propt. calumn. S. Theod. Regn. de BASSENN in lib. de iureiurando Vet. in primis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 232. und Io. Iac. WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. II. pag. 31. (edit. Hal. 1736. 8.) Allein ohne hinlänglichen Grund, wie Corn. van BYNCKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. Io. WYBO in Triboniano ab Emblematis. Wissenbachii liberato Cap. II. §. 8. pag. 262. ECKHARD in Hermeneutica iuris Lib. I. §. 246. Not. *) und Westphal in dem angef. System §. 675. gezeigt haben.

91) Post datas actiones vice divisionis übersetzt Westphal im angef. System §. 687. noch anhängig gewordener Klage zum Behuf

hereditaria portione⁹²⁾ pertinent: modo si caetera, quae non divisit, in unum generaliter non contulit, vel res datas non sequuntur⁹³⁾. Das heißt, Sachen, welche der Vater unter seine Kinder nicht vertheilt hat, sind, nach dem Verhältniß ihrer Erbportionen, unter sie zu vertheilen; sie müssen nur nicht etwa einem Kinde als ein Prälegat bestimmt, oder als Zubehörungen der schon vertheilten Sachen anzusehen seyn.

L. 1. Cod. eodem. Si non omnem paternam hereditatem ex consensu divisisti: nec super ea re sententia dicta, vel transactio subsequuta est: iudicio familiae erciscundae experiri potes.

L. 21.

Behuf der Theilung. Allein *actiones* sind hiet nomina, und also die Worte vielmehr so zu erklären: *post nomina, quae pater in bonis habebat, divisionis vice liberis assignata*. S. POTHIER Pandect. Iustinianae Tom. I. h. t. Nr. LIV. not. a. pag. 312. In den Basilic. Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 680. sind diese Worte gar nicht übersetzt. Die ganze Stelle lautet daselbst so: *Εὰν τινα κατέλιπεν ὁ πατήρ ἀδιαίρετα, διαίρουσιν αὐτὰ οἱ παῖδες· ἔργε μὴ τὰ ἀδιαίρετα ἐλγυάτσουσιν ἐνί, ἢ παρακλουθοῦσι τοῖς διαίρεσθῆσιν.* i. e. *Si pater quaedam indivisa reliquerit, liberi ea dividunt, modo si, quae non divisit, uni non legavit: vel res divisas non sequuntur.*

92) *Pro hereditaria portione* erklärt HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. von den Theilen, die der Vater gemacht hat. Allein es ist vielmehr von Intestaterbtheilen die Rede. Denn die Vertheilung der Güter unter die Kinder hinderte in Ansehung der ungetheilten Stücke die Intestaterbfolge nicht. L. 21. C. h. t. S. Westphals angef. System §. 686.

93) *Res datas non sequuntur* i. e. quae non sunt accessio et sequela rerum heredibus adscriptarum, wie es Pet. MARTRESIUS in Notis in aliquod Ictorum responsa. Cap. 21. (in Tom. VI. Thes. Meer- man. pag. 730.) richtig erklärt.

L. 21. C. eod. Si, cogitatione futurae successione, officium arbitri, dividendae hereditatis, praeveniendo, pater communis iudicio suo, qualicunque iudicio suam declaraverit voluntatem: inter eos, qui ei successerunt, exemplo Falcidiaë retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter: *pro virili praeterea portione eorum*⁹⁴⁾, quae nulli generaliter assignavit, facta divisione, in adiudicando patris sequetur voluntatem.

L. 10. Cod. Communia utriusque iudic. Scriptura testamenti, qua specialiter omnia divisa continentur, quominus res, quarum testator non fecit mentionem, heredes inquirere possint, nihil impedit.

Nur denn fällt die Erbtheilungsflage ganz weg, wenn alles getheilt, und nichts mehr vorhanden ist, was zur Gemeinschaft gehört.

L. 9. C. Commun. utriusq. iud. Familiae eriscundae vel communi dividendo iudicio ita demum, si corpora maneat communia, agi potest.

Sie

94) *Pro virili portione eorum* ist von dem Intestaterbtheil der Kinder zu verstehen, wie aus der Vergleichung der Basiliken erhellet. Da lauten die Worte Tom. V. pag. 693. so: *Εάν ὁ πατήρ τῶν ἰδίων πραγμάτων διείλε τινὰ μεταξύ τῶν παίδων, τινὰ δὲ μὴ διελὼν ἐτελούτησεν ἀδιάθετος, ἢ καὶ διαθέμενος, ὁ δικαστὴς τὰ μὲν διαμεθέντα, ὡς ἐμέρισεν ὁ πατήρ τὰ δὲ ἀδιάθετα, πρὸς ἀναλογίαν τῶν νομίμων μερῶν ὀφείλει διαίρειν: i. e. Si pater quasdam ex rebus suis inter liberos dividerit, quibusdam non divisit, intestato, vel facto testamento decesserit, arbiter divisa quidem, sicut ea divisit pater, indivisa vero pro rata legitimae portionis distribuere debet.*

Sie kann, wenn sie einmal angestellt gewesen, nicht wiederholt werden. Denn sie ist eine *actio universalis*. Sollten sich auch nachher noch einige zur Erbschaft gehörige Sachen finden, die bey der gerichtlichen Theilung zurückgeblieben waren, so kann deswegen die Erbtheilungsflage nicht noch einmal angestellet werden, sondern es findet deswegen nur noch die *actio communi-dividundo* Statt.

L. 20. §. 4. D. b. t. Familiae erciscundae iudicium⁹⁵⁾ amplius, quam semel, agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictas sunt, communi dividundo de his agi potest.

Nur der Fall ist auszunehmen, wenn ein abwesender Miterbe bey der Theilung ganz vergessen worden war. Dieser kann, bey der gerichtlichen Theilung ungeachtet, *actione familiae erciscundae* klagen⁹⁶⁾.

Sind mehrere Erbschaften unter einerley Partheyen gemeinschaftlich, so kann wegen derselben, wenn sie ihnen auch aus verschiedenen Gründen zustehen, einerley Klage gebraucht, und sie können zusammen in einerley Prozeß gezogen werden. Dieses findet sogar auch dann Statt, wenn bey-einer der gemeinschaftlichen Erbschaften noch ein Dritter, als Miterbe, interessirt wäre, wie aus folgender Stelle erhellet.

L. 25.

95) *Paulo*; a liest *iudicio*. Unser Cod. Pand. membran. hat, wie der Florentinische, *iudicium*.

96) L. 44. §. 2. D. b. t. L. 17. C. eod. Von einem solchen Falle ist vielleicht L. 20. §. 4. D. b. t. zu verstehen, wo es heißt, daß die Erbtheilungsflage, *causa cognita*, wiederholt werden könne. S. VOZT h. t. §. 12.

L. 25. §. 3. et 4. D. b. t. De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sint, unum familiae eriscundae iudicium sumi potest. — Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi inter tres, POMPONIUS scribit.

In diesem Falle hat jedoch der Richter besonders darauf zu sehen, daß alle Verwirrung vermieden werde. Es ist daher zweckmäßig, jeden der verwickelten Punkte in besondern Schriften verhandeln zu lassen. Bey unbedeutendern Objecten folgt er der Analogie von Klagenhäufungen, um nur soviel in einer Handlung laufen zu lassen, als ohne Verwirrung geschehen kann⁹⁷⁾.

Außerdem, daß die Erbtheilungsklage eine oder auch mehrere gemeinschaftliche Erbschaften zum Gegenstande haben kann, können auch die bey der Auseinandersetzung der Miterben entstehenden Streitigkeiten von sehr verschiedener Art seyn. Sie können entweder

1) die Ausmittelung und Richtigstellung der Masse selbst betreffen, und entweder über die Collationsverbindlichkeit und den Betrag der Conferenden, oder über Verheimlichung der zur Erbschaft gehörigen Stücke, oder über die Administrationsrechnung, wenn etwa ein Miterbe die Erbschaft ganz oder zum Theil verwaltet hat, oder über Herstellung eines ordnungsmäßigen Inventariums entstehen.

Ehe

97) S. Sönners Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band. N^o. LXXVI. §. 5. S. 158.

Ehe nämlich zur Theilung geschritten werden kann, ist es nöthig, daß zuvörderst die Erbmasse berichtigtet, das heißt, der ganze Betrag der Erbschaft bestimmt ausgemittelt werde⁹⁸⁾. Dies beruhet auf folgenden Stücken.

I. Es muß alles, was zur Erbmasse gehört, herbeigezogen werden. Aus diesem Grunde muß

1) dasjenige, was ein Miterbe, oder sonst Jemand aus der Erbschaft an sich genommen, und bey Selte geschafft hatte, zur Masse zurückgeliefert werden⁹⁹⁾. Hierzu dient der Manifestationseid, welcher, ohne weitere besondere Bescheinigung der Verdachtsgründe, von allen denjenigen gefordert werden kann, die kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dem Hause desselben sich aufhielten, und leicht etwas an sich nehmen konnten¹⁰⁰⁾.

2) Wenn die Miterben Descendenten des verstorbenen Erblassers sind, so ist die Collation dessen, was jedes Kind von dem verstorbenen Ascendenten bey dessen Leben schon erhalten hat, zur Berichtigung der unter sie zu vertheilenden Erbmasse vorzüglich nöthig¹⁾. Es gründet sich diese Pflicht zur Collation unter Descendenten auf die Vermuthung, daß der verstorbene Ascendent wegen der gleichen

E 2

Liebe,

98) Man vergleiche hier vorzüglich Westphals System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 734. ff.

99) L. 3. Cod. h. t.

100) L. ult. §. 10. Cod. de iure delib. MALEBLANC Doctrina de iureiurando §. 48. pag. 168. sqq. und LANGSDORF de iuramento manifestationis. (Marburgi et Giessae 1784. 8.) §. 19.

1) L. 20. pr. D. h. t. L. 12. L. 16. 17. 18. et 19. Cod. de Collat.

liebe, welche die Eltern gegen ihre Kinder haben, keines derselben vorzüglich habe begünstigen wollen²⁾. Zur Zeit der Pandecten hatte zwar bey der Testaments-Erbfolge der Kinder in das Vermögen des verstorbenen Vaters keine Collation Statt³⁾, insofern nicht der Erblasser die Einwerfung ausdrücklich befohlen hatte⁴⁾. Justinian selbst hatte diesen Grundsatz gebilliget⁵⁾. Allein er war es auch, der ihn in der Folge abänderte, und ganz allgemein verordnete, daß Descendenten ohne Unterschied, sie mögen als Intestat, oder Testamentserben succediren, dasjenige, was jeder derselben von dem Erblasser bey dessen Lebzeiten erhalten hat, einwerfen, oder sich auf ihren Erbtheil sollen anrechnen lassen⁶⁾. Die Collationsverbindlichkeit fällt jedoch weg, wo die Gesetze davon befreien; wohin z. B. dasjenige gehört, was der Vater den Söhnen zum *peculio castren-*

2) Man vergleiche hier vorzüglich Carl Pfizer über die Collation der Descendenten. Stuttgart 1807. 8.

3) L. 35. D. fam. ercisc. L. 1. §. 6. D. de collat. bon. L. 6. D. de dot. collat. Westphal in dem angef. System. §. 754. Pfizer in der angef. Schrift §. 11.

4) L. 1. Cod. de collat.

5) L. ult. Cod. Commun. utriusque iudicii. Man sehe über dieses Gesetz Westphals System §. 755.

6) Nov. XVIII. cap. 6. — Nos sancimus, ne talis praesumptio ullo modo locum habeat: sed sive quis decedat intestatus, sive testatus, (quoniam incertum est, oblitusne eorum, quae data sunt, an perturbatione mortis pressus mentionem illius rei non fecerit) omnino collatio aequaliter fiat; nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle, sed eum, qui a lege conferre cogitur, habere et id quod datum est, et iuribus testamento delatis frui.

castrensi⁷⁾ oder zum Studiren gegeben hat⁸⁾. Sie fällt ferner auch denn weg, wenn der verstorbene Ascendent die

§ 3

Colla-

7) *L. 4. Cod. h. t. L. ult. Cod. de collat.*

8) Die *L. 50. D. h. t.* redet zwar eigentlich nicht von einer Befreyung der Studierkosten von der Verbindlichkeit zur Collation; so wie nämlich die letztere zu Ulpian's Zeiten beschaffen war, wo bloß der emancipirte Descendent in dem Falle, da er durch seine Concurrenz, als prätorischer Erbe, dem Suo schadete, sein eigenes Vermögen conferirte, was er nach der Emancipation erworben hatte. Denn in Beziehung auf diese, wäre die Frage von einer Collationsverbindlichkeit *de lana caprina* gewesen, weil, wenn auch die Studierkosten, welche der Vater seinem emancipirten Sohne geschickt hatte, als ein Anlehn zu betrachten wären, dennoch bekannt ist, daß bey der ältern Collation die Emancipirten ihre Schulden an ihrer *Actio*: Vermögen's-Masse in Abzug bringen konnten, ehe sie conferirten. *L. 2. §. 1. D. de collat.* Es muß also nach dieser Ansicht offenbar ein solcher Fall zum Grunde gesetzt werden, wo die Collation nicht eintrat, sondern entweder *ex testamento* succedirte wurde, oder bloß emancipirte Descendenten die Erben waren. Nun erst konnte die Entscheidung ein Interesse haben, daß die Studierkosten dem emancipirten Sohne auf seinen Erbtheil nicht angerechnet werden dürfen, weil die Pietät des Vaters für den Sohn spreche, wofern nicht das Gegentheil erwiesen werden könne, daß nämlich der Vater sie bloß als ein wieder zu erstattendes Anlehn an den Sohn gewendet habe. *S. Pfizer a. a. D. §. 123.* Da indessen nach dem neuern Collationsinstitut, so wie solches vom *Kr. Leo L. 17. C. de collat.* gebildet, und von *K. Justinian* erweitert worden ist, jeder, als Intestat oder Testamentserbe, succedirende Descendent, er sey emancipatus oder suus, dasjenige, was er von dem verstorbenen Ascendenten erhalten hat, conferiren muß, so läßt sich hierauf die Entscheidung der *L. 50. D. h. t.* jetzt vollkommen anwenden. Daher ist auch dieselbe in die *Basilica Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 686.* aufgenommen worden.

Collation unter seinen Descendenten verboten hat⁹⁾, welches nach der richtigern Meinung auch stillschweigend geschehen kann, wenn dieser Wille durch concludente Handlungen hinlänglich erklärt worden ist¹⁰⁾. Es wird hiervon in dem Titel *de collatione donorum* zu seiner Zeit ausführlicher gehandelt werden.

3) Um die Erbmasse zu berichtigen, muß endlich auch aller Zuwachs, den die Erbschaft seit dem Tode des Erblassers erhalten hat, desgleichen die aus der Erbschaft, sowohl vor als nach der Antretung derselben, erhobenen Früchte und gezogenen Nutzungen; nicht minder der Betrag des von dem einen oder andern Miterben etwa zugefügten Schadens berechnet werden¹¹⁾. Es hat auch keinen Zweifel, daß dasjenige zur Theilung gehöre, wovon der Nachlaß erst um des Erblassers Willen das Eigenthum erlangt hat; z. B. diejenigen Sachen, welche zwar der Erblasser noch gekauft hatte, die aber erst nach dessen Tode seinen Erben übergeben worden sind, oder wovon der Erblasser die Verjährung nur angefangen, die Erbschaft aber solche erst vollendet hat¹²⁾.

II. Es

9) *Nov. XVIII. cap. 6.*

10) Man sehe hier vorzüglich Pfizger über die Collation der Descendenten §. 174. u. ff.

11) *L. 16. §. 3. et 4. D. b. t. L. 19. L. 44. §. 3. L. 56. D. b. t. L. 9. et L. 19. Cod. eodem. L. 4. Cod. Commun. utriusq. iudic. S. Westphal §. 782—788.*

12) *L. 9. D. b. t. Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes usceperunt, cum defuncto traditae essent. Hae quoque res, quae heredibus traditae sunt, cum defunctus emisset.*

II. Es muß alles, was nicht zur Erbschaft gehört, davon abgetrennt werden, ehe es zur Theilung kommen kann. Dahin gehören die Legate und Prälegat, weil nur das, was die Miterben, als solche, von einander zu fordern haben, zur Erbtheilungsmasse gehört¹³⁾. Abzutrennen ist ferner das Eingebachte der Ehefrau, das eigene Vermögen der Kinder, desgleichen was ein Miterbe vermöge eines besondern Titels als alleiniges Eigenthum besitzt, wenn er auch diese Sachen von dem Erblasser selbst durch Kauf oder Schenkung erhalten hätte¹⁴⁾.

III. Es muß über den zu vertheilenden Nachlaß ein vollständiges Inventarium errichtet werden¹⁵⁾. Auf dieses gründet sich nachher die ganze Erbtheilung. Ist daher dasselbe nicht richtig aufgenommen, so kann ganz natürlich auch die Theilung nicht richtig ausfallen. Man ver-

E 4

steht

13) L. 4. L. 20. §. 9. L. 25. §. 22. L. 35. D. b. t. S. Westphal §. 743. ff. vort Comm. h. t. §. 8. Das Prälegat kann auch ein Legatum liberationis seyn. L. 42. D. b. t. Ist die prälegirte Sache von dem Erblasser verpfändet worden, so muß sie zuvörderst auf gemeine Kosten der Erbschaft eingelöst, und auf solche Art dem Miterben, dem sie prälegirt worden, überlassen werden. L. 28. D. b. t. Rem pignori creditori datam, si per praeceptionem legaverit testator: officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerit legata.

14) L. 25. §. 7. et 8. D. b. t. S. Westphal §. 741. und §. 742.

15) Hiervon handelt ausführlich vort de familia erciscunda. Cap. 3. vorzüglich aber Fried. Kullmann in dem Versuch einer Urweisung zu dem Inventur- und Theilungsgeschäfte. Frankfurt am Mayn 1789. 4.

steht unter dem Inventarium eine unter gerichtlicher Aufsicht geschehene genaue und specificirte Aufzeichnung aller sowohl zum Activ, als Passivvermögenszustande gehörigen Stücke. Hierzu müssen alle diejenigen vorgeladen werden, welche dabey interessirt seyn können. Sind unmündige Interessenten darunter, so müssen denselben Vormünder bestellt, und diese hinzugezogen werden¹⁶⁾.

IV. Es müssen die erbchaftlichen Sachen taxirt werden, welches durch sachverständige Personen geschieht, die auf das Taxiren verpflichtet sind, oder noch besonders auf die richtige Taxation verpflichtet werden müssen¹⁷⁾. Diese Taxe muß von jeder Sache nach dem gemacht werden, was die Sache noch ungetheilt und im Ganzen werth ist¹⁸⁾. Bey Grundstücken kann der Werth, wenn sich die Miterben darüber nicht vereinigen können, per modum subhastationis voluntariae ausgemittelt werden¹⁹⁾. Werden die Erbgrundstücke bey der Theilung taxirt, so geschieht der Anschlag, nach dem Ertrage der jährlichen Einkünfte, ordentlicher Weise nur zu drey Procent, weil der Anschlag unbes

16) S. Fried. Kullmanns angeführten Versuch. 1. Theil. §. 19.

17) Kullmann in dem angef. Versuche §. 25.

18) L. 52. §. 3. D. h. t. Cum familiae erciscundae agitur, universae res aestimari debent, non singularum rerum partes. S. Westphal §. 817.

19) von Trübschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptst. §. 22. S. 528.

unbeweglicher Güter im Zweifel immer nach dem Mittelwerthe einzurichten ist ²⁰⁾).

Die bey der Auseinandersetzung einer Erbschaft vorkommenden Streitigkeiten können hiernächst

2) auch die Art der Theilung betreffen, ob nämlich selbige durch das Loos geschehen, ob einem der Miterben dabey ein Vorwahlrecht zustehen, oder ob einem der Miterben die Güter allein nach einer gewissen Taxe zugeschlagen werden sollen? die hier eintretenden Grundsätze werden in den folgenden Paragraphen vorkommen.

3) Kann auch über die Berechnung der Antheile selbst, und deren Anweisung ein Streit entstehen.

Der Richter lasse sich's hier vorzüglich angelegen seyn, durch Vernehmung der Interessenten genau herzustellen, welche von diesen Punkten unter denselben streitig sind, um das Streitige von dem Unstreitigen abzusondern, und über das Streitige allein die Verhandlungen zweckmäßig einzuleiten. Werden mehrere streitige Punkte zugleich verhandelt, so ist genaue Sonderung in Einleitung der Verhandlungen hauptsächlich nöthig, um alle Verwirrungen in der Verhandlung und in der Rolle der Interessenten zu verhüten. Jeder streitige Punkt ist als Klage zu betrachten, wobey dem in Anspruch genommenen Interessenten das letzte Wort gebührt. Jeder Punkt erfordert, als besonderer Streitgegenstand, eine besondere Entscheidung, und diese Eigenschaft bleibt unverändert, wenn auch mehrere

tere

20) S. Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses 3. Th. herausgegeben von Burchar di S. 54. S. 22. f.

rere Punkte in einem Urtheil zugleich entschieden wurden. Es hat dies besonders in Rücksicht der Rechtsmittel erhebliche Folgen, wie Herr Hofrath Gönner²¹⁾ hierbey sehr einleuchtend gezeigt hat.

Ist die ganze Erbtheilungssache durch Uebereinkunft der Interessenten und den richterlichen Ausspruch berichtigt, so wird das Ganze in einen Theilungsrecess gebracht, welcher das Resultat der bisherigen Streitigkeiten, den Betrag der zu vertheilenden Erbmasse, die Anzahl und Größe der Erbtheile, sodann eine specifique Ausweisung enthält, durch welche Erbschaftsstücke jeder Interessent seinen Antheil erhalten habe²²⁾.

§. 730.

Untheilbarkeit der Erbschaft. Rechtlich untheilbare Erbschaftssachen.

Sollte die Erbschaft im Ganzen nicht füglich getheilt werden können, so kann der Richter sie einem der Miterben ganz allein, und zwar dem Meistbietenden zuschlagen, und diesem auferlegen, dem Andern seinen Antheil im Gelde zu vergüten²³⁾. Ist hingegen die Erbschaft im Ganzen

21) Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band Nr. LXXVI. §. 5. S. 159.

22) Ein Formular eines solchen Theilungsrecesses findet man in Kullmanns angef. Versuch einer Anweisung zum Inventur- und Theilungsgeschäfte, in den Beylagen Nr. 8.

23) L. 55. D. b. t. Si familiae erciscundae vel communi dividendo iudicium agatur, et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre, et adiudicare omnes res.

Ganzen theilbar, so kommt es noch darauf an, ob nicht einzelne Sachen in derselben untheilbar sind. Es können nämlich

I. manche Sachen rechtlich untheilbar seyn, welche ein Gesetz oder Vertrag zur Theilung zu bringen verbietet (*res civiliter individuae*). Dahin gehören

1) Sachen, die ein Privatmann nicht besitzen darf. Z. B. Gifte und verbotene Bücher. Solche Sachen müssen vertilgt, oder dahin gegeben werden, wo kein schädlicher Gebrauch davon zu befürchten ist ²⁴).

2) Sachen, die durch ein Verbrechen erworben worden sind. Diese müssen ihren rechtmäßigen Eigenthümern ausgeliefert werden ²⁵), wofern sie nicht dem Fiscus anheim fallen ²⁶).

3) Urkunden. In Ansehung derselben entsteht die Frage, bey wem die Originale zu verwahren sind? Man unterscheide.

a) Sind

24) *L. 4. §. 1. D. b. t. Mala medicamenta et venena veniunt quidem in hoc iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet. Boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debet facere et in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his similibus. Haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.*

25) *L. 4. §. 2. D. b. t. Westphal §. 732.* Es findet jedoch diese Verordnung nur in dem Falle Anwendung, wenn die durch ein Verbrechen erworbenen Sachen noch in Natur vorhanden, nicht wenn sie in die Substanz der erbenschaftlichen Güter verwendet sind. *S. HUBERI Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 4.*

26) *L. 9. D. de iure fisci.*

a) Sind die Urkunden einem der Miterben prälegirt, so müssen sie zwar demselben im Original überlassen werden, es können aber die übrigen Miterben zuvörderst Abschriften davon nehmen, und überdem Caution verlangen, daß ihnen zu aller Zeit, wenn es nöthig ist, auf ihr Verlangen die Originale vorgelegt werden sollen.

L. 8. pr. D. b. t. POMPONIUS scribit, si uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes descripserint. Nos videbimus, numquid et cautio sit interponenda: ut, quoties desideratae fuerint rationes, copia earum fiat? Pierumque enim authenticae rationes sunt necessariae actori ad instruenda ea, quae postea emergunt, ad notitiam eius spectantia. Et necessarium est, cautionem ab eo super hoc coheredibus praestari.

b) Hat der Erblasser hierüber nichts verordnet, und die Urkunden betreffen blos persönliche oder Familien-Verhältnisse des Erblassers, z. B. Adelsbrief, Bestallungsdecrete, oder genealogische Nachrichten, so werden diese gewöhnlich dem ältesten Sohne, oder dem Chef der Familie, oder dem Haupterben zugetheilt, wofern nicht die Miterben dieserhalb eine andere Uebereinkunft getroffen haben sollten ²⁷⁾.

c) Betreffen die Urkunden den Nachlaß überhaupt, wie z. B. das Testament, die Berechnungen und Rechnungen,

27) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XV. Th. 8. not. o. in fine. VOET de familia erciscunda Cap. VI. nr. 20. MYNSINGER Observat. Centur. IV. Obs. 37. nr. 14. GAIL Lib. II. Obs. 149. nr. 9. in fine.

nungsbücher des Erblassers über sein Vermögen, Schulddocumente, u. d.; so bleiben die Originale bey dem Haupterben, d. h. der an dem Nachlaß den größten Antheil hat, und die übrigen Miterben erhalten nur eine Abschrift davon. Sie können aber Caution verlangen, daß ihnen die Originale zu jeder Zeit, wenn es verlangt wird, vorgelegt werden müssen²⁸⁾.

L. 4. §. 3. D. b. t. Sed et tabulas testamenti debeat aut apud eum, qui ex maiore parte heres est, iube-
re manere, aut in aede deponi²⁹⁾. Nam et LABEO scribit, vendita hereditate, tabulas testamenti descriptas deponi oportere. Heredem enim exemplum debere dare: tabulas vero authenticas ipsum retinere, aut in aede deponere.

L. 5.

28) S. MÜLLER ad *Struvium* c. 1. Ist jedoch die Caution nicht gleich Anfangs gefordert worden, so findet sie nachher nicht weiter Statt. L. 2. C. de hered. vend. MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decif. 477.

29) Es war bey den Römern gewöhnlich, Kostbarkeiten und insonderheit auch Documente in Tempeln zu verwahren. L. 1. §. 36. D. Depositii. L. 5. D. ad Leg. Iuliam peculat. L. 19. C. de Usur. In dem Tempel des Saturns wurden die Gesetze, Bundesacten, und öffentlichen Schätze; in dem Tempel des Friedens die Kostbarkeiten und Reichthümer vieler Privatpersonen; und vorzüglich bey den Vestalinnen die Testamente deponirt. Daher wurden die Tempel von Soldaten bewacht. S. LIPSIVS ad *Taciti Annal.* Lib. I. c. 8. p. 17. HEINECCIUS *Antiquitat. Rom. iurispud. illustrant.* Lib. II. Tit. I. §. 2. not. b. und *Henr. Io. ARNTZENIVS Miscellaneor. libr. Cap. 13. pag. 134.* Heutiges Tages fällt dieses weg, und die Aufbewahrung geschieht in den Gerichten. S. MEVIUS P. V. Decif. 330. not. 6.

L. 5. D. eodem. Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant; qui maiore ex parte heres sit: caeteri descriptum et recognitum faciant³⁰⁾, cautione interposita³¹⁾, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur.

Sind

30) So lesen, auffer der Florentine, die meisten Ausgaben. Haloander und Baudoua hingegen lesen: *caeteris descriptum et recognitum faciat*. Eben so hat auch unser Cod. Pand. membran. Erlang. und für diese Lesart streiten die Basilica Lib. XLII. Tit. 3. Tom. V. pag. 667. wo es heißt: Ο εις πλείον κληρονομίων, τὰ δικαιώματα τῆς κληρονομίας κατέχει, καὶ δίδωσιν ἄλλοις ἴσα, ὁμολογῶν ὡς ἐι χεῖρα γνητὰι καὶ τὰ αὐθεντικὰ προσκομῆσει. i. e. *Qui ex maiore parte heres est, cautiones hereditarias retinet, et caeteris exemplum dat, cavetque, ut cum res exegerit, authenticae exhibeantur*. Nach dieser Lesart müßte also der Haupterbe, welcher das Originaldocument behält, den übrigen eine Abschrift geben. Nach der florentinischen Lesart hingegen müßten die übrigen Miterben selbst Abschrift davon nehmen, wenn sie solche verlangen. Das Erstere, welches der Lesart in den glossirten Handschriften entspricht, behaupten vorzüglich die Practiker. STRYK de caut. contract. Sect. III. cap. IV. §. 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. h. t. §. 17. Das Letztere vertheidigen GER. NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. pag. 240. §. *Quid dicemus*. und besonders GUIL. BEST in Disp. exhib. Conjecturas quasdam ex iure civili. Traj. ad Rhen. 1704. Cap. 3. in fin. (in GER. OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 220.).

31) Nach der Stellung der Worte, könnte es scheinen, daß die Miterben dem Haupterben Caution leisten müßten. Allein das wäre ungereimt. Daher sind die Worte: *caeteri descriptum et recognitum faciant*, gleichsam als eine Parenthese zu betrachten. G. GUIL. BEST cit. Disp. cap. 3. pag. 220.

Sind die Miterben den Antheilen nach einander gleich, so müssen sie sich über die Verwahrung des Originals vereinigen, oder loosen³²⁾. Es können aber auch die Originaldocumente bey einer gemeinschaftlich oder durch Stimmenmehrheit dazu erwählten Person, oder an irgend einem sichern Orte verwahrlich niedergelegt werden.

L. 5. cit. Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet, aut ex consensu, vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in aede sacra deponi debent³³⁾.

Die Licitation hingegen ist durchaus hier kein schickliches Mittel, den Streit zu entscheiden³⁴⁾; sondern, wenn die Erben schlechterdings nicht über die Verwahrung der Originalurkunden unter sich einig werden können, so muß der Richter entscheiden, bey wem sie aufbewahrt werden sollen.

32) *S. Frid. Aug. JUNIUS* Diff. de sorte remedio subsidiario causas dubias dirimendi. Lipsiae 1746.

33) Die Basilica enthalten hier bey *Fabrot* Tom. V. pag. 667. eine falsche Lesart: Es heißt nämlich daselbst: *Ei δέ πάντες ἐξ ἴσου κληρονομοῦσι, καὶ οὐ συμφωνοῦσι τινὰ δεῖ ἔχειν αὐτὰ κληροῦνται, ἢ κατὰ συναίνεσιν, ἢ ψῆφος, παρὰ φίλου ἢ ἐν ναῶ ἀποτίθενται.* i. e. Si vero omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiuntur; aut ex consensu, vel suffragio apud amicum deponuntur, vel in aede sacra. Hier muß unstreitig statt ἢ ψῆφος gelesen werden ἢ ψῆφον, wie auch *Io. Guil. HOFFMANN* in Meletemat. ad Pand. Disp. XI. ad Lib. X. §. 2. bemerkt hat.

34) *L. 6. D. h. t.*

sollen³⁵⁾). Der Richter aber hat hier zunächst die Vorschrift Ulpians zu befolgen, und auf Alter, Ansehen und Geschlecht der Person, welcher die Aufbewahrung anzuvertrauen ist, Rücksicht zu nehmen³⁶⁾. Ulpian sagt nämlich *L. ult. D. de fide instrum.*

*Si de tabulis testamenti deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oportet: semper seniore*m* iunior*e*, et amplioris honoris inferiore, et mare*m* feminae, et ingenuum libertino praeferemus.*

d) Betreffen endlich die Documente nur einzelne Güter, die zum Nachlaß gehören, so kommt es darauf an,

a) ob ein Miterbe das Gut allein erhält, wovon die Urkunde spricht; dann wird ihm auch das darüber vorhandene Document überlassen.

ß) Theilen sich hingegen mehrere in ein Grundstück, worüber eine Originalurkunde vorhanden ist, so sind wieder folgende Fälle zu unterscheiden.

aa) Der eine erhält einen größern Theil, als der andere. Dann muß jenem auch das Originaldocument zuge-theilt werden, und die übrigen erhalten nur eine Abschrift davon mit der Versicherung, daß ihnen jedesmal das Original, wenn sie es nöthig haben würden, vorgelegt werden solle.

bb) Alle

35) *L. 5. Cod. Commun. utriusq. iudic. De instrumentis, quae communia fratrem vestrum tenere proponitis, Rector provinciae aditus, apud quem haec collocari debeant, existimabit.*

36) *§. 10. SICHARDI Praelection. in Cod. Tom. I. ad L. 5. Cod. Commun. utriusq. iudicii nr. 2. pag. 680. und MEVIUS P. V. Decis. 330.*

bb) Alle erhalten gleiche Theile. Hier ist es, wie bey den gemeinschaftlichen Documenten. Können die Interessenten unter sich nicht einig werden, so wird die Sache durchs Loos entschieden, oder mit gemeinschaftlicher Einwilligung ein Depositum, oder ein Ort zur Verwahrung bestimmt. Es tritt hier die Analogie der *L. 5. D. b. t.* ein³⁷⁾.

4) Prädialservituten. Diese lassen ebenfalls keine Theilung zu. Denn die Servitut war entweder schon constituirte, und dann ist sie ein Accessorium des Grundstücks, für welches sie erworben worden ist; oder sie war dem Erblasser nur versprochen, und dann steht die Klage jedem Miterben in solidum zu, so wie hinviederum auch die Erben des verstorbenen Promittenten daraus in solidum verpflichtet sind³⁸⁾.

5) Erbe

37) VOET de fam. ercisc. Cap. VI. nr. 19. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3048. D.

38) *L. 25. §. 9. D. b. t.* An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium dubitatur: veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit: quia talis stipulatio per Legem duodecim Tabularum non dividitur, quia nec potest? Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem: et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem (sc. in id, quod interest, quod quidem divisionem recipit) fieri oportet. (C. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. b. t. Nr. XXX. not. m.) — §. 10. Contra, si promissor viae decesserit, pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret: quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. Igitur, quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis aestimatio-

5) Erb, und Familien, Begräbnisse. Diese werden auch nicht zur Theilung angeschlagen, sondern bleiben in der Gemeinschaft der Erben³⁹⁾. Endlich zählt Ulpian⁴⁰⁾ zu den rechtlich untheilbaren Sachen noch

6) Quæstionem de morte testatoris, vel de morte uxoris liberorumque suorum. Es bezieht sich dies auf das *ius vindicandae necis defuncti*, welches in dem Römischen Rechte den Erben bey Verlust der Erbschaft zur Pflicht gemacht wird⁴¹⁾. Diese Last liegt dem einen Miterben wie dem andern auf gleiche Weise ob⁴²⁾.

§. 731.

Verfahren bey physisch untheilbaren Sachen.

Es können nun

II. einzelne Sachen der Erbschaft auch ihrer natürlichen Beschaffenheit nach untheilbar seyn. (*Res naturaliter individuae.*) In Ansehung derselben ist zu unterscheiden. Der Erblasser hat entweder in seinem letzten Willen erklärt,

nem praestiterit, id pro parte a caeteris consequatur. S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 718. u. 719.

39) L. 30. in fine D. h. t. verglichen mit L. 5. et 6. D. de religiof. Ant. FABER in Cod. Sabaud. definition. for. Lib. III. Tit. 25. Def. 10. und besonders VOET de familia ercisc. Cap. VII. nr. 16. et 17.

40) L. 18. §. 1. D. h. t.

41) L. 9. Cod. de his, quib. ut indignis. L. 5. §. 3. L. 15. §. 2. D. de SCto Silaniano.

42) S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. a. pag. 308.

klärt, wer von seinen Erben eine solche Sache erhalten soll, oder nicht. In jenem Falle hat er entweder zugleich den Preis festgesetzt, für welchen der Erbe die ihm zugedachte Sache annehmen soll, oder nicht. Im ersten Falle muß dieser Bestimmung nachgegangen werden, wenn auch gleich der angelegte Werth unverhältnißmäßig klein, oder groß seyn sollte; wofern nur durch einen solchen Anfaß keine Verletzung im Pflichttheile entsteht⁴³⁾. In dem letztern Falle hingegen, da der Preis nicht zugleich mit angegeben, auch nicht unentgeltliche Ueberlassung verordnet ist, wird der Ankaufspreis, den der Erblasser dafür gegeben hat, zum Grund gelegt, oder die Sache durch unpartheyische Sachverständige geschätzt⁴⁴⁾.

Hat aber der Erblasser über die Vertheilung solcher Sachen nichts bestimmt, und die Erben können auch unter sich darüber nicht einig werden; so werden die Sachen taxirt, hiernach gleiche Portionen gemacht, und diese durch das Loos vertheilt; oder man schlägt die Sache demjenigen unter den Erben zu, der sie um den höchsten Preis anzunehmen sich erklärt⁴⁵⁾.

D 2

Stud

43) L. 10. C. h. t. *Quoties inter omnes heredes testator successionem suam dividit: ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos: voluntati eius (salva Legis Falcidiae auctoritate) obtemperandum esse, manifestum est. Add. L. 21. C. eodem.*

44) E. H. von Trübshlers Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptst. §. 22. Not. 2.

45) L. 22. §. 1. D. h. t. L. 26. §. 2. in fin. D. de Legat. I. §. 4. I. de offic. iud.

Sind die Erben über den Preis einig, und nur einer soviel dafür geben will, als der andere, so gebührt der Vorzug demjenigen, der den größten Antheil an der Erbschaft hat⁴⁶⁾. Haben sie alle gleiche Antheile, so entscheidet das Loos, wer die Sache erhalten soll⁴⁷⁾.

Sind aber die Erben über den unter sich gebotenen Preis nicht einig, oder es ist einer den andern mit Gelde abzufinden nicht im Stande; so ist die Sache öffentlich auszubleiten. Das Erbgrundstück muß also subhastirt, und an einen fremden Meistbietenden verkauft werden⁴⁸⁾.

Wollen jedoch die Erben die Sache nicht an Fremde verkaufen lassen, und können gleichwohl über die Theilung nicht übereinkommen, so bleibt dem Richter nichts übrig, als durch Bestellung eines abwechselnden Meißbrauchs eine Auskunft zu treffen⁴⁹⁾.

Zu

46) Arg. L. 34. §. 2. *Cod. de donat.* S. von Trügſchler a. a. D. Not. b. S. 529. und *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. IV. Obl. 110. Es setzt aber dieses voraus, daß der Haupterbe die Sache verlangt. Denn aufzwingen kann man ihm die Sache nicht, weil es eine Wohlthat ist, die Niemandem wider seinen Willen aufgedrungen wird. L. 69. D. de Reg. iur. Ueberdem kann Niemand eine Sache zu kaufen genöthiget werden. L. 11. C. de contrab. emt.

47) L. 3. *Cod. Communia de legat.* MEVIUS Part. IV. Decif. 397.

48) L. 3. *Cod. Communi divid.* Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 28. WERNBER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obl. 303. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 22.

49) L. 16. §. 2. D. b. t. L. 6. §. 1. D. de Usufr. S. den 9. Th. dieses Commentars §. 628.

Zuweilen könnte eine Sache zwar wohl unter den Miterben getheilt werden, allein das Interesse eines Dritten erfordert es, daß die Sache einem der Miterben allein zugesprochen werde. Dies ist der Fall, wenn von einer zum Nachlaß gehörigen Sache ein dritter Miterbe pro indiviso Mitreigenthümer ist. Hier ist zwar der Theil, der zur Erbschaft gehört, zum Theilungsgeschäft zu ziehen. Allein es ist Pflicht des Richters, darauf zu sehen, daß die Theilung für den Dritten so wenig, als möglich, lästig werde. Man setze also den Fall, der Erblasser habe mit einem Dritten eine Sache gemeinschaftlich besessen. Hier muß der Richter nicht jedem seinen Antheil, sondern den ganzen Antheil des Verstorbenen an der gemeinschaftlichen Sache einem der Miterben allein zuerkennen, damit der Dritte nicht zu viel Theilhaber erhalte. Eben dies findet Statt, wenn der Erblasser von einer Sache, davon ihm das Alleineigenthum zustand, Jemanden einen Theil pro indiviso vermacht hat, von welcher der übrige Theil zur Erbschaft gehört; oder wenn ein Miterbe seinen Antheil an einer einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sache noch vor entstandenem Erbsonderungsproceß an einen Dritten veräußert hat. In Ansehung des Veräußerers gehört zwar der übrige Theil nicht mehr zum Theilungsgeschäft, wohl aber in Ansehung der andern Miterben unter sich; jedoch soll dieser Theil nur einem der Miterben allein zugesprochen werden. Dies ist der wahre Sinn der so sehr mißverstandenen Stelle des Paulus, wenn er L. 25. §. 6. D. b. t. sagt:

Si testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suae partem alicui legavit, aut heres ante iudicium familiae erciscundae acceptum partem suam

alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae testatoris fuit, alicui iubeat tradi.

Dass hier von drey verschiedenen Fällen die Rede sey, leuchtet in die Augen. Zwar geht die Entscheidung den Worten nach nur auf den ersten Fall. Allein in den beyden letzten Fällen ist gleicher Grund vorhanden, wie Cuias⁵⁰⁾ gezeigt hat. Voet⁵¹⁾ fügt noch den wichtigen Grund hinzu: *quod nempe absurdum, immo impossibile sit in tribus istis casibus, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei suae partem pro indiviso legavit, vel heredum unus ante hoc iudicium partem suam extraneo pro indiviso distraxit) ut coheredes ex iudicio familiae eriscundae separatas pro diviso acciperent partes partis illius, quae in hereditate inventa fuit, aut remansit heredibus cum legatario, emtore extraneo, vel defuncti socio pro indiviso communis, quamdiu non prius a communione cum extraneo, defuncti socio, aut partis legatario, vel emtore extraneo, recessum fuerit. Atque hinc, si coheredes omnino partis talis non adjudicationem uni faciendam, sed inter se distributionem pro rata desiderare vellent, necesse foret, et prius cum extraneo illo, sive defuncti socio, sive emtore, sive legatario experirentur communi dividundo iudicio; atque ita demum hoc iudicio partis, quae a parte socii vel emtoris vel legatarii iam separata est, exigent inter se divisionem⁵²⁾.* Es ist daher eine ganz falsche Ansicht, wenn

50) Observat. Lib. XXII. cap. 40.

51) Commentar. ad Pand. h. t. §. 23.

52) C. L. 52. iunst. L. 54. D. h. t. L. 3. pr. Cod. Commun. divid.

wenn Anton Faber⁵³⁾ sich hier einen solchen Fall denkt, wo der Erblasser eine Sache als mit seinem Miterben gemein gehabt, und dieser Miterbe, welcher hier der *Extraneus* seyn soll, dafür zu sorgen habe, daß der Theil des Erblassers, welchen dieser einem Andern vermacht, oder dessen Erbe veräußert hat, dem Dritten wirklich abgeliefert werde, damit er, der Extraneus, von demselben keinen fernern Anspruch zu befürchten habe. Ein solcher Sinn ist aus den Worten des Römischen Juristen schwerlich zu errathen, und es ist auch ganz vergeblich, wenn Faber, um dem Fragment diesen Sinn unterzuschleiben, die Worte: *rei suae partem*, in *rei suam partem* verhandeln will, welchen Westphal⁵⁴⁾ schon mit Recht deshalb getadelt hat. Wie wenig diese Critic, die ohnehin von aller Auctorität entblößt ist, Grund habe, beweisen die Basiliken⁵⁵⁾, welche die Richtigkeit der gemeinen Lesart vortreflich bestärken. Die Stelle lautet so: *Εαν ὁ διαθεμένος μετὰ ἐξωτικῶν κοινὸν πρᾶγμα ἔσχεν, εἴτε τῷ ἰδίου μέρους ἀλλοτρίωσιν, ἢ εἰς κληρονόμος πρὸ τῆς τῷ διαφετικῶν δικαστηρίου προκατάρξεως τὸ ἰδίον ἐκποίησιν μέρος Ὀφφικίων ἐστὶ τῷ δικαστῶν παραδίδοναι τινὶ τὸ μέρος τῷ διαθεμένου. i. e.* Si testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suae partem legavit, aut unus ex heredibus ante litem contestatam partem suam alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae testatoris fuit, alicui tradat. Das diesem Texte in den Basiliken⁵⁶⁾ beigefügte Scholium des

53) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 385.

54) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 773.

55) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 25. §. 5. pag. 675.

56) Tom. V. pag. 708.

Cyrellus setzt des Sabers Verirrung, so wie die Wichtigkeit der Lesart und der oben angegebenen Interpretation vollends außer allem Zweifel. *Εαν*, sagt Cyrell, *ἢ ἐπίκοινον πρᾶγμα ἔχη ὁ τεσάτορ, ἢ τῷ ἰδίου μέρους ἀληγάτευση, ἢ εἰς τῶν κληρονόμων πρὸ προκατάρξεως τὸ ἑαυτῷ μέρος ἀποποίηση, τὸ λοιπὸν ὡς θέλει προσκυροῖ ὁ δικαστής. Τὸ πλάτος ἄτως ἔχει. Εαν ὁ διαθεόμενος ἢ ἐπίκοινον ἐξ ἀρχῆς πρᾶγμα μετὰ τινος ἐξωτικῷ εἶχεν, ἢ ἐξ ὀλοκλήρου αὐτῷ διαφέροντος πρᾶγματος μέρος ἐληγάτευσέ τι, ἢ καὶ τις τῶν κληρονόμων αὐτῷ πρὸ προκατάρξεως τῷ περὶ διαιρέσεως διαφέροντος τὸ μέρος ἐπὶ τῷ κληρονομικῷ πρᾶγματι ἐξέποιήσέ τι, ὡς ταυτα χόθεν κοινὸν εἶναι μετὰ τινος ἐξωτικῷ κληρονομικῷ πρᾶγμα· δικαστής ἐνὶ τῶν κληρονόμων προσκυροῦν τὸ μέρος, ὅπερ τῆν τῷ διαθεμένου· εἰ καὶ τὸ ἄλλο μέρος ἀλλότριον τῆν ἐξ ἀρχῆς, ἢ τὸ λοιπὸν τῷ πρᾶγματος ὅπερ ἐληγάτεύθη τινὶ ὑπὸ τῷ τεσάτωρος, ἢ περὶ ἑνὸς τῶν κληρονόμων αὐτῷ ἐξέποιήθη.*

i. e. *Si testator rem communem cum alio habebat, vel rei suae partem legavit, vel unus ex heredibus ante litem contestatam partem suam alienavit, iudex eam partem, quae mansit in hereditate, ut vult, adiudicat. Textus integrior Digestorum sic habet. Si testator ab initio rem communem cum extraneo habebat, vel rei in solidum suae partem alicui legavit, aut unus ex heredibus ante litem contestatam rei hereditariae partem suam alicui alienavit, ita ut bis omnibus casibus res communis sit cum extraneo, iudex potest uni ex heredibus partem, quae testatoris fuit, adiudicare, licet pars alia alterius esset ab initio, vel alteram partem rei, quae a testatore alicui legata est, aut ab uno ex heredibus alienata est.* Es erhellet zugleich aus dieser Paraphrase, daß die Worte *iubeat tradi*, nichts anders als *adiudicet* bedeuten,

wenn

wenn gleich Janus a Costa⁵⁷⁾ zwischen *iubere tradi* und *adiudicare* einen Unterschied machen will.

§. 732.

Findet bey Activ- und Passiv-Schulden eine Theilung Statt?

Es giebt Sachen, die darum keiner Theilung unterworfen sind, weil sie schon von Natur, oder von den Gesetzen selbst getheilt sind. Besteht nun die Erbschaft aus lauter solchen Sachen, die von einander schon an sich abgesondert sind, so fällt die Theilungsklage alsdann hinweg. Paulus führt hiervon zwey treffende Beispiele an, wenn er L. 25. §. 1. D. b. t. sagt:

Si miles alium castrensiū, alium caeterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae iudicio: divisum enim est per constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Zu den Sachen, welche schon ipso iure unter den Miterben getheilt sind, gehören vorzüglich die Activ- und Passiv-Schulden der Erbschaft. Jeder kann nach dem Verhältniß seines Erbtheils die Schuldner der Erbschaft belangen, jeder der Miterben kann aber auch nach eben diesem Verhältniß von den Gläubigern der Erbschaft belangt werden, ohne daß es deshalb einer weitem Theilung bedarf. Schon die Gesetze der zwölf Tafeln hatten diesen Grundsatz aufgestellt: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta cita sunt*; und der Kr. Gordian bestätigte denselben L. 6. Cod. b. t. wo es heißt:

Ea,

57) Commentar. ad §. 4. L. de officio iudic. pag. 616. sqq.

Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem: cum ipso iure in portiones hereditarias ex Lege duodecim tabularum divisa sint.

Jedoch ist dieses nur von der *actio personalis* zu verstehen. Denn ist der Activ, oder Passiv, Schuld wegen ein Pfandrecht bestellet, so ist dieses seiner Natur nach untheilbar⁵⁸⁾. Wenn daher auch ein Miterbe seinen Antheil an der Schuld bezahlt hätte, so bleibt die Pfandverbindlichkeit dennoch auf der ganzen Sache haften, und der Gläubiger kann noch immer auf den Verkauf des Pfandes dringen⁵⁹⁾, als welcher nur durch die Bezahlung der ganzen Schuld abgewendet werden kann⁶⁰⁾. Eben so ist es, wenn der Schuldner der Erbschaft auch dem einen Miterben seinen Antheil bezahlt hätte. Dies kann die übrigen Miterben nicht hindern, dennoch auf den Verkauf des Pfandes zu dringen, weil das Pfand einem jeden derselben in *solidum* haftet. Sie müssen jedoch dem Schuldner das, was er dem einen Miterben schon bezahlt hat, wieder erstatten⁶¹⁾. Ist dem Erblasser eine Sache zum Pfande gegeben, so kann zwar ein solches Pfand in so weit zur Theilung kommen, daß es einem der Erben allein zugeschlagen werden kann. Es muß aber derselbe die übrigen Miterben wegen ihrer Antheile befriedigen. Dann kommt es auf ihn

58) *L. 1. et 2. Cod. Si unus ex plurib. heredib.*

59) *L. 8. §. 2. D. de pigner. act.*

60) *L. 25. §. 14. D. b. t.*

61) *L. 11. §. 4. D. de pign. act.* S. Westphals Versuch einer syst. Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 33. Not. 52. S. 82. f.

ihn an, ob er die Einlösung des Pfandes abwarten, oder den Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld verklagen will. Dies muß sich der Schuldner gefallen lassen, und der Kläger bedarf deshalb nicht einmal von den übrigen Miterben einer Cession, weil er, wegen der geschehenen Adjudication, gleichsam als ein Anwalt des Schuldners zu betrachten ist, für den er die Schuld zum Theil bezahlt hat. Anders wäre es, wenn der Miterbe nicht durch Adjudication, sondern durch einen freien Kauf von den übrigen Miterben deren Antheile erhandelt hätte. Hier würde ihm eine Klage auf die Bezahlung der ganzen Schuld ohne Cession nicht zustehen, und selbst auch bei der Adjudication alsdann nicht, wenn der Miterbe nicht sowohl durch die angestellte Versteigerung wäre genöthiget worden, das Pfand auf seinen Antheil anzunehmen, sondern sich dazu gedrängt, und andere Miterben mit Gelde überboten hätte, um nur das Pfand in die Hände zu bekommen. Denn in diesem Falle ist die Adjudication von einem freien Kaufe nicht unterschieden ⁶²⁾.

Der

62) *L. 29. D. h. t. Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae erciscundae iudicium venire. Sed is, cui adjudicabitur, in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit; (d. h. der andere Miterbe, der seine Bezahlung erhalten hat, braucht demjenigen Erben, dem das Pfand adjudicirt worden ist, keine Caution zu leisten, daß er die Bezahlung der ganzen Forderung von den Schuldner erhalten solle. Denn dieser kann den Besizer des Pfandes anders nicht actione pignoratitia directa belangen, als wenn er demselben die ganze Schuld bezahlt. Der Besizer kann ihm sonst die exceptio doli entgegensetzen.) quia pro eo erit, ac si*

Der Satz, daß Activ- und Passiv-Schulden unter den Miterben ipso iure getheilt sind, hat übrigens sehr wichtige Folgen. Dahin gehört,

1) daß

si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata fit: ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus fit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio, voluntaria: nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus est. Sed huius rei ratio habebitur: quia, quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.

Ich will mich hier nicht bei der schiefen Interpretation des Anton Faber's in Rational. ad Pand. h. L. und der von ihm unternommenen unzeitigen Emendation des Textes aufhalten, da Westphal in dem angeführten System S. 825. schon den Grund derselben deutlich vor Augen gelegt hat. Die Basilica, welche Faber bei seinen Interpretationen ganz vernachlässiget hat, hätten ihn hierüber deutlichen Aufschluß geben können. Hier lautet die Stelle Tom. V. pag. 679. folgendermassen: Τὸ ἐνεχυρωθεὲν τῷ τελευτήσαντι δυνατόν ἐνί προσκυρούσθαι, διδόντι τὴν ἀναλογίαν τῷ συγκληρονόμῳ, καὶ ἐκασφαλίζεται παρ' αὐτῶν, ὡς ἀξιωματικὸν αὐτὸν ὁ χρεώσης ποιεῖ. ἔοικε γὰρ τῷ ἐνεχθέντι τῇ ὑποθηκαίᾳ, καὶ παρασχόντι τὴν τῆς δίκης διατίμησιν. ἔχει γὰρ παραγραφήν, καὶ εἰς ὁλόκληρον ἀγωγήν κατὰ τὴν χρεώσου. εἰ μὴ ἄρα ὑπὲρ τὸ δεῖον ὑπερεθεματίσιν. ὡς γὰρ ἐντολὴς τῆς χρεώσου δοκεῖ πρᾶττειν, καὶ ἔχει ἀγωγήν, ἐφ' οἷς ἐξ ἀνάγκης ἐδαπάνησεν. οὐ ταῦτόν ἐστιν ἐπὶ δανεισῶν τὸ ἕτερον μέρος ἀγορεύσαντος. i. e. Res pignori data defuncto uni adjudicari potest, qui pro portione sua pecuniam debitam coheredi solvit, neque cautionem exigere potest de indemnitate adversus debitorem: nam ei similis

ste,

1) daß durch die von dem Gläubiger gegen den einen Miterben zu seinem Antheile angestellte Schuldklage die Verjährung derselben in Ansehung des andern Miterben nicht unterbrochen werde, so wie im Gegentheil die von dem einen Miterben zu seinem Antheil gegen den Schuldner angestellte Klage, dem andern Miterben zur Unterbrechung der etwa gegen ihn angefangenen Verjährung der Klage nichts nützt. *Quae enim ipso iure divisa sunt, ut debita hereditaria, sigillatim praescribuntur, et separatis actionibus petuntur* ⁶³).

2) Wenn nach der Erbtheilung einer der Miterben insolvent wird, so geht dieses diejenigen Miterben, die ihre Antheile an der Schuld bezahlt haben, nichts an; diese sind für jenen zu haften nicht verbunden ⁶⁴).

Ob nun gleich eigentlich die Activ- und Passivschulden ipso iure getheilt sind; so kann doch zuweilen der Richter die Schulden den einzelnen Miterben ganz zuerkennen, wenn nämlich die partielle Eintreibung oder Bezahlung der Erb-

est, qui convenitur hypothecaria, et litis aestimationem praestitit; habet enim exceptionem, et in solidum actionem adversus debitorem: nisi forte immoderatius rem licitus fuerit: quasi enim procurator debitoris agere videtur, et eius, quod propter necessitatem impendit, ei actio est. Non idem est, si creditor alteram partem emerit.

63) *S. Io. Henr. BERGERI Resolutiones Legum obstant. h. t. Qu. I. et ad eand. Animadversion. pag. 166. sqq.*

64) *Arg. L. 33. pr. D. de legat. II. Vid. Franc. BALDUINI Commentar. de Legib. XII. Tabular. Cap. 32. pag. 157. sqq. (edit. Basil. 1557. 8.) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3056. besonders VOET in Comm. h. t. §. 26.*

Erbchaftsschulden mit Nachtheil und Weitläufigkeiten verknüpft seyn sollte⁶⁵). *Cajus* sagt *L. 3. D. b. t.*

Plane ad officium iudicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia attribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet.

Diese Pflicht liegt dem Theilungsrichter auch besonders alsdann ob, wenn der Testator selbst einem oder dem andern Miterben allein gewisse Schuldforderungen zugeheilt, oder gewisse Schulden allein zu bezahlen auferlegt hat. Denn daß der Richter bey der Vertheilung der Erbschaft die Verordnung des Testators befolgen müsse, hat keinen Zweifel⁶⁶). In diesem Falle kann nun auch der Schuldner demjenigen Erben die Schuld ganz bezahlen, dem sie der Testator zugeheilt hat, ohne von Seiten der übrigen Miterben einen weitem Anspruch befürchten zu dürfen, als gegen welche er sich immer mit der *exceptione doli* schützen kann.

L. 1. Cod. de exceptionib. *Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes.*

Damit aber auch der Erbe gegen den ihm angewiesenen Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld klagen

65) *Christ. Lud. CRELLII* Diss. de divisione nominum in iudicio familiae eriscundae interdum necessaria. *Vitembergae 1743.*

66) *L. 4. pr. D. b. t. L. 32. D. eod. L. 21. Cod. eodem.*

gen könne, müssen die übrigen Miterben ihm ihre Rechte cediren, und es kann selbst die Erbtheilungsklage mit darauf gerichtet werden, daß diese Cession geschehe⁶⁷⁾. Der Cessionar klagt alsdann gegen den Schuldner theils in eigenem, theils im Namen der übrigen Miterben, als Bevollmächtigter derselben⁶⁸⁾. Sind hingegen erbchaftliche Schulden einem der Miterben ganz von dem Erblasser aufgelegt, oder von richterlichen Amtswegen zugetheilt⁶⁹⁾; so sind zwar die Gläubiger eine solche Theilung anzuerkennen, nicht gezwungen. Denn man kann ihnen wider ihren Willen keinen andern Schuldner aufbürden. Ihnen bleibt daher die freye Macht, jeden der Miterben auf seinen Antheil zu belangen⁷⁰⁾. Will jedoch der Miterbe die übernommene ganze Schuld dem Gläubiger allein bezahlen, so ist letzter solche anzunehmen schuldig, ob er gleich selbst auf die ganze Schuld gegen diesen Miterben allein nicht klagen könnte⁷¹⁾. Denn der Gläubiger hat kein Interesse dabei, warum er die Zahlung nicht annehmen wollte. Dahingegen kann er darum nicht die Bezahlung der ganzen Schuld von dem einen Miterben allein verlangen; weil ihn die geschehene Zurtheilung, als eine *res inter alios acta*, nichts angeht, die *obligatio* aber unter den Miterben *ipso iure* getheilt ist⁷²⁾. Allein unter den Miterben ist eine solche

Ad.

67) L. 2. §. 5. D. b. t. L. 108. §. 13. D. de legat. I.

68) L. 3. D. b. t.

69) Beispiele hiervon kommen vor. L. 20. §. 3. 5. et 8. D. b. t. L. 34. §. 3. D. de legat. III. L. 7. §. 3. D. de liberat. legata.

70) L. 20. §. 3. D. b. t.

71) L. 69. §. 2. D. de legat. I.

72) S. CRELL cit. Diff. §. 4.

Adjudication von Wirkung. Es können daher nicht nur die übrigen Miterben den Erben, welchem die Schuld zugestellt worden ist, zwingen, daß er sie, der Adjudication, oder dem Willen des Erblassers gemäß, ganz bezahle⁷³⁾; sondern sie können auch, wenn sie ihre Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müssen, durch die Erbtheilungsklage das Bezahlte zurückfordern⁷⁴⁾.

Hieraus erklärt sich nun, wenn Cajus in der oben angeführten L. 3. D. h. t. fortfährt:

Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat⁷⁵⁾: sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas⁷⁶⁾ maneat creditoribus cum singulis

73) L. 18. §. 4. et L. 20. §. 3. D. h. t. L. 69. §. 2. D. de legat. I. L. 34. §. 3. D. de legat. 3. L. 7. §. 3. D. de liberat. leg.

74) L. 20. §. 5. D. h. t. Westphal §. 715. und §. 716.

75) Statt *agat*, wie die Florentine liest, haben Haloander, und Baudouza *agatur*. Eben so liest auch der Cod. Pand. membran. Erlang.

76) In der Florentinischen Ausgabe steht *potestas esse maneat*. Allein das *esse* fehlt bey Haloander, Baudouza, Hugo a Porta, und in mehreren andern Ausgaben. In dem Cod. Pand. Erl. steht es ebenfalls nicht. Guil. Rest Rado emendandi Leges Cap. XV. §. 12. will statt *esse*, *est et maneat*, lesen. Allein das *esse* ist wohl unstreitig ein Fehler des Abschreibers, wie Brenkman in der Gebauerischen Ausgabe mit Recht bemerkt.

lis experiundi: tamen et his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt⁷⁷⁾).

Hat der Erblasser einem der Miterben allein gewisse Schulden auferlegt, so kann ihn zwar der Theilungsrichter nöthigen, diese Last, dem Willen des Erblassers gemäß, zu übernehmen; es gehört aber auch in diesem Falle zum Amte des Richters, darauf zu sehen, daß diesem Miterben durch Uebernehmung der ihm zugetheilten Schulden nicht der ihm gebührende Pflichttheil, wenn es ein Nocherbe ist, oder, wenn es ein anderer Erbe ist, die Falcidische Quarte verletzt werde⁷⁸⁾. Ob nun gleich die Gläubiger deswegen nicht schuldig sind, sich gerade an den von dem Erblasser ihnen angewiesenen Erben allein zu halten, sondern, wie bereits oben bemerkt worden ist, die freye Macht und Gewalt behalten, auch die übrigen Erben pro rata zu belan-

gen;

77) In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 3. pag. 666.

sind die letzten Worte so ausgedrückt: *εἰ γὰρ καὶ μετὰ τὴν προσκύρωσιν, ἀδείαν ἔχουσιν οἱ δυνεῖσαι πᾶσιν ἐνὰ γένει, ὁμῶς καὶ αὐτοῖς ἐφεῖται διὰ ἐντολῶν διμάρτυσθαι ὀφφικίῳ τῆς δυναστοῦ.* i. e. Nam licet post adiudicationem libera potestas maneat creditoribus cum omnibus experiundi, tamen et his libera potestas est per-procuratores litigandi officio iudicis.

78) *Videtur enim ceteris coheredibus,* sagt CRELL in *Diss. cit. de divisione nominum in iud. fam. ercisc. interdum necessaria* §. 4. pag. 26. *LIBERATIO LEGATA esse, si uni aes alienum a testatore iniunctum sit, ut reliqui hoc onere leventur. Sed constat, per legata nec legitimam portionem heredum, neque quartam Falcidiam extraneorum ita imminui omnino posse, ut legitimo lucr exuantur.*

gen; so findet doch in dem Falle eine Ausnahme Statt, wenn einem Gläubiger seine Forderung, als ein *legatum debiti*, dergestalt vermacht worden ist, daß er sich deswegen an einen der Miterben allein halten solle. Hier kann der Gläubiger bloß den ihm angewiesenen Erben in Anspruch nehmen, wenn er das Legat fordern will, und dann braucht freylich auch den andern Miterben keine Sicherheit wegen der Schadloshaltung bestellt zu werden. Sollte er indessen, wozu ihn denn auch Niemand nöthigen kann, das Legat nicht annehmen, und daher, welches ihm allemal noch freysteht, seine habende Forderung, ohne Rücksicht auf das Legat, verfolgen; so bleibt es bey der Regel. Der zur Bezahlung der Schuld angewiesene Miterbe behält dennoch diese Last, dem Willen des Erblassers gemäß, auf sich, und muß daher den übrigen das, was sie zu ihrem Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müssen, wieder erstatten⁷⁹⁾. Dies, dünkt mir, ist die ganz richtige Entwicklung der von *Jensius*⁸⁰⁾ und *Anton Faber*⁸¹⁾ ganz falsch verstandenen Stelle der *L. 20. §. 5. D. b. t.* wo es heißt:

Papinianus ait: Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur citra speciem legati, officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis fuscipere eum id oportere: sed non ultra dodrantem portionis suae, ut quadrantem illibatum habeat. Indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit.

In

79) *S. Westphals* angef. System §. 723.

20) *Strictur. ad Rom. iuris. Pandect. pag. 84.*

81) *Rational. in Pandect. ad h. L.*

In den Basiliken ⁸²⁾ findet sich zur Erläuterung dieser Stelle nichts. Es heißt blos:

Εὰν ἐνὶ τῶν κληρονόμων ἐπιβληθῇ τὸ βάρος τῶν χρεῶν, ἀσφαλίζεται, ὅτι δίδωσιν αὐτὰ, σωζομένου μέντοι αὐτῶ τῆ τετραγκίου τῆ ἰδίᾳ μέρους. i. e. Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur, cavet se exsolviturum, salvo tamen triente portionis suae.

Allein Cyrillus hat in den Schollen der Basiliken folgende Paraphrase, welche ich blos nach der Uebersetzung des Sabrots ⁸³⁾ hier anführen will:

Testator quidam uni ex heredibus omne onus aeris alieni iniunxit, nec verbis legati nec fideicomissi usus; fortasse enim dixit, creditores mei a solo Titio debita sibi recipiant. Interrogatus Papinianus, qua actione Titius compelli posset a coheredibus, ut omne aes alienum dissolveret, respondit, competere eis iudicium familiae erciscundae. Quo instituto iudicis erunt partes, ut eum compellat, retento quadrante institutionis suae in rationem Falcidiae semissem eius cum caetero quadrante creditoribus meis praestare; quia falcidiam testator deminuere non potest.

Uebernimmt ein Miterbe durch Vertrag eine Schuld allein, so gilt zwar eine solche Uebereinkunft zwischen den Miterben, nicht aber zum Nachtheil der Gläubiger, als welchen ihr Recht, gegen jeden der Miterben nach Proportion ihres Erbtheils zu klagen, ohne Novation nicht entzogen werden kann ⁸⁴⁾. Es gehören hierher folgende Stellen.

§ 2

L. 2.

82) Tom. V. pag. 673.

83) Tom. V. Βασιλικῶν. pag. 704.

84) VOZT h. t. §. 27.

L. 2. §. 5. D. b. t. In hoc iudicium, etsi nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei, et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.

L. 23. C. b. t. Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit: tamen ad exhibendam fidem his, quae convenerant, stipulationis et iuris adhibito remedio, qui placitum excedit, urgeri potest: cum et hoc omisso, si non contrarium convenisse probaretur, praescriptis verbis conveniri potuisset.

L. 40. §. 2. D. de pactis. Post divisionem bonorum et aeris alieni singuli creditores a singulis heredibus, non interpositis delegationibus, in solidum, ut convenerat, usuras acceptaverunt: actiones, quas adversus omnes pro partibus habent, impediendae non erunt: si non singuli, pro fide rei gestae, totum debitum singulis offerant.

L. 25. C. de pact. Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli, nec mutari potest.

Sollten auch einige von den Gläubigern den Theilungsvertrag der Miterben anerkannt haben, so sind doch die übrigen daran nicht gebunden, sondern diese können gegen jeden der Miterben noch immer nach Verhältnis ihres Erbtheils klagen. *Res enim inter alios gestae aliis praeiudicium facere non possunt* ⁸⁵⁾.

Stehen

85) *L. 1. Cod. Inter alios acta. etc.*

Stehen Capitalien mißlich, so daß schon zur Zeit der Theilung Gefahr ist, daß sie verlohren gehen könnten, so werden solche einstweilen auf gemeinschaftliche Gefahr noch in Gemeinschaft behalten, und auf gemeinschaftliche Kosten bengetrieben ⁸⁶).

§. 733.

Principien in Absicht auf die Bestimmung der Erbtheile. R ü h r e c h t.

Die Erbtheilungsklage muß übrigens, als eine Universalklage, so verhandelt werden, daß durch das richterliche Erkenntniß nicht nur jeder der Miterben, die sich gemeldet haben, und getheilt seyn wollen, seinen Antheil erhalte, sondern auch der ganze Nachlaß dergestalt vertheilt werde, daß nichts übrig bleibt. Ist das Erkenntniß nicht auf die ganze Erbmasse gerichtet, oder die Theilung nicht unter den sämmtlichen Miterben geschehen, so ist alles nichtig, was in der Erbtheilungssache erkannt worden ist.

PAULUS *Lib. I. Sententiar. Receptar. Tit. 18. §. 2. et 4.* ⁸⁷) De omnibus rebus hereditariis iudex cognoscere debet, celebrata divisione, ut semel de omnibus pronunciet. — Iudex familiae erciscundae nec inter paucos coheredes, sed *inter omnes* dandus est; *alioquin inutiliter datur.*

L. 25. §. 20. *D. b. t.* Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere.

§ 3

L. 27.

86) S. von Trübschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1. Th. 3. Hptstck. 4. Hptst. §. 23. S. 530.

87) In SCHULTINGII *Iurispr. Antejust. pag. 258.*

L. 27. D. eodem. In hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt: et ideo, si in alicuius persona omiſſa ſit damnatio, in caeterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valet: quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.

Viele ⁸⁸⁾ erklären zwar diese Stelle mit Cujaz ⁸⁹⁾ bloß von persönlichen Leistungen, weil die Theilung der Sachen selbst durch Adjudication und Condemnation geschieht. Allein der angeführte gesetzliche Grund ist allgemein, und geht auch auf die Theilung der Sachen selbst. Es kann indessen nur von solchen Sachen die Rede seyn, die den Gegenstand der Klage ausmächten. Denn sollten sich in der Folge noch Sachen finden, die zur Erbschaft gehören, und also nicht zur Theilung gekommen waren, so entsteht daraus keine Nichtigkeit dessen, was der Erbtheilung wegen schon erkannt worden ist, sondern es kann nur noch wegen der übrigen Sachen *communi dividundo* geklagt werden ⁹⁰⁾. Erstreckt sich die richterliche Sentenz auf die ganze Erbschaft, es sind aber Sachen mit zur Theilung gezogen worden, die kein Gegenstand der Theilungsklage waren, noch seyn konnten; so ist deswegen das Erkenntniß nicht ganz ungültig, sondern es gilt nur in
An

88) *Arn. VINNIUS* Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 38. *Io. VOET* Commentar ad Pand. h. t. §. 25. *Ger. WOODT* Comm. ad Dig. h. t. pag. 241. *Ant. SCHULTING* Thesum controversar. Decad. XXIX. Th. 7. und *POTHIER* Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XCVI. not. i. pag. 320.

89) *Observation.* Lib. XXIII. cap. 1.

90) *L. 20. §. 4. D. h. t.*

Ansehung dieser Sachen nicht⁹¹⁾. Dieser Fall muß also von jenem wohl unterschieden werden, da das Erkenntniß unvollständig ist, und nicht alles unter sich begreift, was zum Gegenstand der Klage war gemacht worden. Hier gilt die Sentenz nicht. Mit Recht sagt *Greve*⁹²⁾: *Quodsi quaedam res indivisae relictas sunt, iudicio quidem communi dividundo agetur; sed iudex de rebus in iudicium deductis non pro parte, sed integre pronunciare debet, ex uno enim iudicio non potest res iudicata in partem valere, et in partem non valere, h. e. sententia non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quae in iudicium venit, partim iudicetur, partim non iudicetur, imo propter partem, quae omissa est, etiam pars, de qua iudicatum est, pro non iudicata habetur.* Eben so *Brunnemann*⁹³⁾: *Licet actio haec inter pauciores coheredes ex pluribus institui possit⁹⁴⁾; inter eos tamen coheredes, qui in iudicio agunt, et super iis rebus, quae in iudicium deductas, plena debet esse sententia, ut neque persona, neque res in iudicium deducta omittatur; alias neque in caeteris rebus valebit, licet res quaedam singulares, super quibus hoc iudicium non versatur, indivisae relinqui possint. Nam sunt diversae quaestiones: An de diversis rebus, altera bene, altera male iudicatum sit? Et an de re una vel altera plane non iudicaverit, cum tamen fuerit in iudicium deducta.* Eben so erläutert auch *Wissenbach*⁹⁵⁾ die oben angeführte

§ 4

L. 27.

91) L. 41. D. b. t. L. 24. D. de iure patronat.

92) *Pet. de GREVE* Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. X. §. 19. pag. 256.

93) Commentar. ad Pandect. h. t. ad L. 27. cit. nr. 1. et 2.

94) L. 2. §. 4. D. b. t.

95) Exercitation. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 10. pag. 226. sq.

L. 27. b. t. wenn er sagt: *Unum iudicium non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quae deducta est in iudicium, partim iudicetur, partim non iudicetur: sed quae tota causa in iudicium deducta est, totam etiam sententia iudicis divini oportet. Plena esse debet sententia iudicis* ⁹⁶⁾. *Semplena non valet.* Hiermit stimmt endlich auch Westphal ⁹⁷⁾ überein, welcher sagt, es sey nicht nöthig, die L. 27. b. t. mit Cujaz blos von den persönlichen Leistungen zu verstehen. Der Grund der Stelle sey allgemein, und gehe also auch auf die Theilung der Sachen selbst.

Soviel hiernächst die Principien selbst anbetrifft, wornach die Theile der Erbschaft überhaupt zu bestimmen sind, so kommt es zuvörderst darauf an, ob die Miterben ab intestato, oder ex testamento succediren. In dem ersten Falle treten die Grundsätze von der Vertheilung der Erbschaft unter die Intestaterben ein, nach welchen die Erbschaft bald nach den Köpfen, bald nach den Stämmen, bald nach den Linien zu vertheilen ist. In dem letzten Falle hingegen ist zunächst darauf zu sehen, ob der Testator etwa selbst jedem Erben seinen Antheil angewiesen habe. Dann bleibt es bey dieser Vertheilung. Sollte aber der Testator nur einen Theil des Nachlasses unter seine Erben vertheilt haben; so bleibt dem Theilungsrichter blos der Rest zu vertheilen übrig, ohne an den vom Testator selbst gemachten Theilen etwas ändern zu dürfen ⁹⁸⁾.
Es

96) L. 19. §. 1. D. de recept. arbitr.

97) C. Westphals angef. System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 693.

98) L. 10. C. b. t. L. 10. Commun. utriusq. iudicii. L. 21. C. b. t.

Es müßten denn so viel Schulden da seyn, daß der Rest nicht zuricht, oder aber kein Nocherbe in seinem Pflichttheile verkürzt seyn ⁹⁹⁾. Außerdem wird der Ueberrest nach dem Verhältniß der Erbanteile vertheilt, wosern nicht etwa den einzelnen Erben, statt idealer Theile, nur einzelne Sachen wären angewiesen worden. Denn diese erhalten sie sodann als ein Prälegat ¹⁰⁰⁾. Hätte hingegen der Vater eine Theilung unter seinen Kindern ab intestato gemacht, und einige Stücke ungetheilt gelassen, so befolgt zwar der Richter den Willen des Vaters, wegen der noch ungetheilten Stücke hingegen richtet er sich nach der Intestaterbfolge, als welche durch die Theilung unter den Kindern in Ansehung der noch ungetheilten Sachen nicht gehindert wird ¹⁾. Hat der Testator die Erben ohne Bestimmung gewisser Theile instituirt, so wird die Verlassenschaft in gleichen Theilen unter sie vertheilt, jedoch stellen mehrere in derselben Proposition genannte Erben in Rücksicht anderer nur eine Person vor ²⁾. Es sind daher nur so viel

Theile

99) L. 35. §. 1. D. de hered. instit.

100) L. 9. §. 13. L. 35. §. 1. D. de hered. instit. L. 77. §. 8. D. de legat. I. S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. und Ant. SCHULTING Thesum controv. Decad. XXVIII. Th. 10.

1) L. 11. L. 21. C. h. t. L. 32. D. h. t. Der Ausdruck *portio hereditaria* bedeutet in diesen Stellen soviel als Intestaterbtheil. S. Hub. GIPHANII Explanat. difficilior, et celebrior. LL. Cod. ad L. 21. C. h. t. Verb. *Pro virili praeterea portione*. pag. 184. Io. Iac. WISSENBACHII Exercitat. ad Pand. Disput. XXII. Th. 11. Pet. de GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 18. in fin. pag. 255. Man sehe auch, was davon oben S. 31. Not. 92. und S. 32. Not. 94. vorgekommen ist.

2) L. 11. D. de heredib. instit.

Theile zu machen, als der Testator Sätze gemacht hat, wofern nicht aus andern Umständen das Gegentheil zu schließen ist ³⁾.

In Rücksicht der einem Jeden insbesondere zuzutheilenden Sachen müssen die Erben, sofern der Testator hierüber nichts bestimmt hat, mit einander übereinkommen, welches Stück jedem von ihnen zu Theil werden soll. Wäre aber eine solche Uebereinkunft nicht möglich, so muß die Sache durch das Loos entschieden werden ⁴⁾. Nach gemeinen Rechten steht also keinem der Miterben vor dem Andern ein Wahlrecht zu. Es bringt vielmehr die Natur der Erbtheilungsklage, als eines iudicii bonae fidei, mit sich, daß die vollkommenste Gleichheit unter den Miterben beobachtet werde ⁵⁾. Zuweilen kann jedoch bey Erbtheilungen ein besonderes Recht Statt finden, welches man das *Rührrecht* nennt, nach welchem überhaupt unter mehreren Erben, wenn der Erblasser keine Theilung gemacht hat, der ältere theilt, und der jüngere wählt; unter mehreren Erben verschiedenen Geschlechts aber die Frauensperson die Theile macht, und die Mannsperson ohne Rücksicht auf Alter

3) L. 13. pr. D. eodem. wo gesagt wird, die Formel *aeque beredes sumto*, deute an, *omnes ex virilibus partibus institutos*. Man sehe jedoch über die heutige Anwendbarkeit dieser römischen Verordnungen *Höpfner's* Commentar über die Institutionen. §. 494. S. 556.

4) L. 2. C. *Quando et quibus quarta pars*. Nov. 162. cap. 3.

5) L. 9. et 11. Cod. *fam. ercisc.* L. 4. C. *communi divid.* *Christ. Lud. CRULLII* Diss. de praesumptione aequalitatis in iudiciis divisoriiis. *Vitemb.* 1735. §. 7.

ter die Wahl hat ⁶⁾. Es ist aber dieses Recht ein bloßes teutsches Partikularrecht, welches aus dem gemeynen Rechte nicht gründlich erwiesen werden kann ⁷⁾; obwohl nicht zu läugnen ist, daß schon unter den Alten, sowohl römischen Philosophen ⁸⁾, als Kirchenvätern ⁹⁾, mehrere bei Theilungen es der Billigkeit und der Natur der Sache gemäß erachtet haben, wenn dem Ältern die Theilung, dem Jüngern aber die Wahl überlassen werde; weil dem erstern mehr Kenntniß und Erfahrung zugetrauet werden kann, um die Erbschaft nach einem richtigen Verhältniß in gleiche Theile abzutheilen, und alsdann keiner sich beschweren kann, wenn dem Jüngern die Freiheit, einen Theil für sich zu wählen;

6) *Io. Volckm. BECHMANN* Diss. de eo, quod iustum est circa optionem minoris heredis. *Ienae* 1673. *Ad. REIZER* Diss. de eo, quod circa optionem filii natu minoris prae natu maiora in hereditatis paternae divisione iustum est: sive brevis exegesis iuridica in norum istud diverbium: *Major dividit, minor eligit.* *Bambergae* 1762. und *Pütter* über das sogenannte Rührrecht bey brüderlichen Erbtheilungen; in Desselben Erörterungen und Beyspielen des teutschen Staats, und Fürstenrechts 1. Band. 9. Erört. S. 447. ff.

7) *S. CUIACIUS* in *Commentar. ad tres postrem. libros. Cod. Lib. X. Tit. 34. L. 2. in fin. et in Observat. Lib. XIII. cap. 24. Arn. VINNIUS* *Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 35. Rad. FORNERIUS* *Rerum Quotidianar. Lib. V. cap. 22. (in Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. II. pag. 273.) Ant. SCHULTING* *Thes. controversar. Decad. XXI. Th. 4.*

8) *SENECA* *Declamat. VI. 3. et de Benefic. V. 16. Sulpit. VICTOR* *Institut. orator.*

9) *AUGUSTINUS* *de civitate Dei Lib. XVI. c. 20. und AMBROSIUS* *de Abrahamo Lib. I. cap. 3.*

wählen, gestattet wird. Zwar haben sich die Canonisten ¹⁰⁾ vorzüglich bemüht, die Gemeingültigkeit des Rührrechts aus dem kanonisch päpstlichen Gesetzbuche zu begründen; sie haben sich deswegen besonders auf das *Cap. 1. X. de parochiis* berufen, nach welchem zur Theilung eines Bisthums zwischen einem, von dem Abwege der Ketzer zurückgekehrten, und dem inzwischen an seine Stelle gesetzten neuen Bischöffe durch die Verordnung einer afrikanischen Kirchenversammlung vom Jahre 418. die Vorschrift ertheilt worden, *ut ille dividat, qui amplius temporis in Episcopatu habet, et minor eligat*. Es leuchtet jedoch Jedem in die Augen, daß dieser Text gar nicht hierher gehöre, sondern von einem ganz andern Falle rede. Indessen ist dennoch jenes Recht bey Erbtheilungen in mehreren teutschen Ländern unter dem Ansehen des kanonischen Rechts, und seiner Lehrer üblich geworden, so wie insonderheit in Sachsen sowohl bey Lehns- als andern Gütern unter Adellchen, Bürgern und Bauern bis auf den heutigen Tag noch darauf gehalten wird ¹¹⁾. Doch ist das Rührrecht nie zu einer allgemeinen Regel in Teutschland geworden. Wer sich also bey Erbtheilungen, aufferhalb Sachsen, darauf beruft, muß beweisen, daß es an dem Orte eingeführt sey ¹²⁾. Es fällt dieses Recht auch dann weg, wenn der Jüngere, dem es zusteht, vor der Theil-

10) GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad Decretal. Lib. III. Tit. 29. Cap. 1. Tom. III. pag. 573.

11) CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. XV. Def. 24. von Trüb'scher Anweisung zur vorsichtigen und förmli. Abf. rechtl. Aufsätze I. Th. 3. Hauptabth. 4. Hptst. S. 22. Not. c.

12) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXV. medit. 7. BOEMERII Consultat. Tom. II. P. I. Resp. DXCIV. Qu. I. nr. 14.

Zheilung stirbt ¹³⁾, oder sich desselben gegen eine gewisse Abfindungssumme begiebt, welche man das Küßrgeld zu nennen pflegt ¹⁴⁾.

§. 734.

Wirkung einer geschenehen Erbtheilung. In wiefern kann sie angefochten werden ?

Ist nun die Erbtheilung geschenehen, so bestehen die Wirkungen derselben darin.

1) Ein jeder Erbe erhält dadurch das ausschließende Eigenthum an den ihm zu Theil gewordenen Sachen. Dieses Eigenthum geht durch *Adjudication* sogleich und von dem Augenblick an auf den Erben über, da ihm die Sache durch das richterliche Urtheil zugesprochen worden ist. Ist hingegen die Theilung durch eine bloße Uebereinkunft der Interessenten geschenehen, so wird das ausschließende Eigenthum erst durch die Uebergabe erworben. Jenes bestätigt die Stelle in den Institutionen §. 7. *I. de officio iudic.*

Quod autem istis iudiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim eius fit, cui adiudicatum est ¹⁵⁾.

Letzteres

13) S. *Bechmanni cit. Diss. Cap. VI. §. 6.* und *REIZER Diss. cit. §. 38.*

14) S. *Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 3. Abth. Nr. XVI. §. 3. S. 310.*

15) *ULPIAN Fragm. Tit. XIX. §. 16. ADIUDICATIONE dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes.*

Letzteres aber erhellet aus L. 15. Cod. b. t. wo die Kaiser Diocletian und Maximian folgendes rescribiren.

Si divisionem conventione factam etiam *possessio* consensu secuta, *pro solido dominium rerum*, quas pertinere ad patrem tuum placuit, *ei firmavit*: earum vindicationem habere potes, si patri successisti. Si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit: arbiter familiae eriscundae iudicio vobis datus, communionem inter vos finiri providebit.

Deutlicher ist dieses Gesetz in den Basiliken ¹⁶⁾ gefaßt, wo es folgendermaßen lautet:

Ἡ κατὰ συναίνεσιν γενομένη διαίρεσις, εἰν καὶ παραδόσις παρικοιουθήσῃ, δεσπότην ἕκαστον ποιεῖ τῶν ἐπιλαχόντων αὐτῶν πραγμάτων. εἰν δὲ μὴ γένηται παράδοσις, ἀνάγκη κινήσῃαι τὸ δαιρεῦν τὸν κληρον δικαστήριον· ἵνα ἐκεί διαιρεθῇ τὰ ἀπὸ τῆς κληρονομίας ἐπίκοινα πρᾶγματα. i. e. *Divisio conventionis facta, si traditio quoque secuta sit, unumquemque rerum, quae ei obtigerunt, dominum facit. Si vero traditio nulla fiat, iudicio familiae eriscundae agi necesse erit, per quod res communes hereditariae dividantur.*

2) Die Miterben müssen einander in Ansehung der auf einen jeden zu seinem Antheile gefallenen Sachen die Gewähr leisten, d. h. wenn einem Miterben Sachen, die auf sein Loos gefallen sind, entwährt werden, so sind die übrigen Erben verbunden, jenen nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile für den erlittenen Verlust zu entschädigen.

West=

16) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Constit. 72. pag. 691.

Westphal ¹⁷⁾ leitet diese Verbindlichkeit daher, weil die Theilung bald als ein Tausch, bald als ein Kauf anzusehen ist ¹⁸⁾, bey diesen Contracten aber die Gewähr vermöge der Natur derselben geleistet werden müsse. Allein das in den Gesetzen selbst ausgedrückte wahre Princip dieser gegenseitigen Gewährleistung ist *aequum ius*, Gleichheit der Rechte. Hierin besteht die Billigkeit, welche die Seele der Theilungen ist ¹⁹⁾. Nur in Ansehung der wegen der Gewährleistung statt habenden Klage kommt jeener Umstand in so weit in Betrachtung, daß die Klage entweder die *actio praescriptis verbis* oder die *actio emti* ist. Die hieher gehörigen Stellen sind:

L. 14. *Cod. b. t.* Si familiae erciscundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum *aequo iure* divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat: *recte possessionis evictae detrimentum fratrem et coheredem tuum pro parte agnoscere*, Praefes provinciae per *actionem praescriptis verbis* compellet.

L. 7.

17) System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 834. u. 835.

18) L. 1. C. *Commun. utriusq. iudicii*.

19) L. 11. L. 14. C. b. t. L. 4. C. *Communi divid.* L. 3. C. *Commun. utriusq. iudic.* S. CRELLII *Diff. de praesumptione aequalitatis in iudiciis divisoriiis* §. 6. et 7. und Ebendesselben *Diff. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit?* *Vitemb.* 1743. §. 2. circa fin. und SCHORMANS *Handbuch des Civilrechts* I. Bd. S. 129.

L. 7. Cod. Commun. utriusque iudic. Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt, et hoc ad vos secundum pactum divisionis, nulla pignoris facta mentione, pervenit: evictis partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum consistit, ex stipulatu, si intercessit: alioquin, quanti interest, praescriptis verbis contra fratres agere potestis. Nam si fundi, scientes obligationem, dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem solennitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis.

Es ergiebt sich zugleich aus diesen Stellen, daß die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegfällt, wenn auf diese Forderung Verzicht gethan worden ist, welches sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann, wenn nämlich der Miterbe von dem Anspruche des Dritten auf der ihm zugeheilten Sache wußte, und die Sache übernahm, ohne sich wegen der Gewährleistung vorzusehen²⁰⁾. Auf jeden Fall kann auch der Evictus nur das fordern, was er ohne seine Schuld durch die Eviction verlor. Denn was er durch Einreden gegen den Evincten retten konnte, und doch nicht rettete, dafür kann er keine Entschädigung fordern, wenn anders der Miterbe nicht in dolo

20) S. Westphal's angef. System §. 835. Nach dem französischen Civilrechte findet kein stillschweigender Verzicht auf Gewährleistung Statt. *Cod. Napol. Art. 885. S. Kar. Sal. ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts 2. Bd. §. 353. S. 191.*

dolo war²¹⁾. Auch ist der Zufall, wodurch die dem einen Miterben zugetheilte Sache vor der Eviction am Werthe verloren hatte, den übrigen Miterben unnachtheilig²²⁾. Sie ersetzen dem entwährten Erben in diesem Falle nur verhältnißmäßig den jetzigen Werth, den die Sache zur Zeit der Eviction noch hatte. Der Schade ist hier blos auf seiner Seite²³⁾. Hatte hingegen der Erbe die evincirte Sache auf seine Kosten verbessert, so muß ihm diese Verbesserung, so fern er deswegen keine Vergütung von dem Evincen erhalten hat, von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden. Außerdem bleibt es bey dem Werthe, für welchen die evincirte Sache dem Miterben bey der Theilung zugeschlagen worden ist²⁴⁾. Folgende Stelle setzt dieses alles außer Zweifel.

L. 66. §. 3. D. de Evictionib. Divisione inter coheredes facta, si procurator absentis interfuit, et dominus ratam habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum, qui negotium absentis gessit, ut, quanti sua interest, actor consequatur: scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat.

4

Wächter

21) *L. 45. §. 1. D. de actionib. emti et venditi.*

22) *L. 45. pr. D. de act. emti vend.*

23) *L. 70. D. de evictionib.*

24) *S. Io. Sam. Frid. BOEHMERI Diss. de computatione pretii in evictionis praestatione. Halae 1745. und SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 2. Bd. S. 128. ff.*

Wächter²⁵⁾ hat also offenbar unrecht, wenn er glaubt, daß der Preis, für welchen die Sache dem Erben bey der Theilung zugeschlagen worden ist, ihm auch dann von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden müsse, wenn auch schon die Sache durch seine Nachlässigkeit zur Zeit der Eviction an ihrem Werth verlohren gehabt hätte. Der von ihm aufgestellte Satz: *Pretium, tempore divisionis determinatum, immutabile et perpetuum est*, streitet gegen Recht und Billigkeit; und der Grund: *Oritur laesio non hodie, ubi fundus evincitur, sed tantum manifestatur; suberat autem ipso tempore factae divisionis, quo adhuc incertum erat, melior an deterior evasurus fundus apud ipsum foret*; ist gar keiner Widerlegung werth, da so klare Gesetze L. 66. §. 3. L. 70. D. de evict. L. 45. pr. D. de act. emti vend. ihm entgegen streiten.

Uebrigens ist die Verbindlichkeit zur gegenseitigen Gewährleistung unter den Miterben so fest gegründet, daß es dem Theilungsrichter sogar zur Pflicht gemacht wird, bey der Adjudication zugleich wegen der Gewährleistung auf die Sicherheit derer bedacht zu seyn, denen er die Sachen zuerkennt.

L. 25. §. 21. D. h. t. Item curare debet, ut de evictione caveatur his, quibus adiudicat.

3) Eine einmal gemachte und vollzogene gesetzmäßige Erbtheilung kann in der Regel von den Erben nicht angefochten, und umgestoßen werden.

L. 8.

25) Opusc. iuridico-philolog. a Cbr. Henr. TROTZ edit. Trajecti ad Rben. 1733. 8. pag. 153. sq.

L. 8. Cod. Commun. utriusque iudic. Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium divisio, relicta vel translata possessione, finem accepit: instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt.

Ausnahmen finden Statt,

a) wenn die Theilung unter einer Bedingung beliebt worden ist, und der andere Theil nachher diese Bedingung nicht erfüllen will²⁶⁾.

b) Wenn ein Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten hat. Jedoch macht das Römische Recht einen Unterschied, ob die Theilung durch richterliche Adjudication geschehen ist, oder nicht. In jenem Falle soll die Theilung nicht angefochten werden können, in diesem aber wird die *condictio indebiti* gestattet, um das zurück zu fordern, was der falsche Erbe von der Erbschaft erhalten hat. Hierher gehört die *L. 36. D. h. t.* wo Paulus sagt:

Cum putarem, te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio: et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt: Quaero, rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio: et an aliud in eo, qui heres est; aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si, cum putaret, se Titium coheredem habere, accepit,

§ 2

perit,

26) *L. 6. C. Commun. utriusq. iudicii.* C. Westphals System §. 841.

perit cum eo familiae erciscundae iudicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes, acceptum: sed, quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit, sed, quasi heredes essent, acceperint familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserint res, etiam conditionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest: non enim transcriptum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit.

Der Geist dieser Stelle ist in den Basiliken ²⁷⁾ auf folgende Art dargestellt:

Ἐάν τις ὁλόκληρον ὧν κληρονόμος, καὶ νομιζῶν σε συγκληρονόμον μοι εἶναι, διέλωμαι μετὰ σοῦ ἐν δικαστηρίῳ, καὶ δώσω σοὶ τινα ὡς ἀπὸ καταδίκης, ἢ ἔχει χώραν ὁ ἐπὶ τοῖς μὴ χρεωστούμενοις ἀπαιτητικὸς λόγος. καὶ γὰρ οὐ συνίσταται τὸ διαιροῦν τὸν κλῆρον δικαστήριον μετὰ τῶν μὴ ἀληθῶς κληρονόμων, ὁμῶς καὶ τὰ ἐν ὑπονοίᾳ καταδίκης καταβληθέντα ἢ ἀναλαμβάνεται. τὸ αὐτὸ λέγομεν, καὶ μηδὲς ἡμῶν τὴν ἀληθῆς κληρονομίας. εἰ δὲ χωρὶς δικαστηρίου διδιόμεθα, χωρὶς τῆ ἀπαιτήσεως ἐπὶ τῷ ἀληθοῦς κληρονόμου. διαλύσονται γὰρ οὐ δοκῆι ὁ κληρονόμον ὑπολαμβάνον τὸν μὴ ὄντα. i. e. Si cum ex asse heres essem, teque coheredem habere existimarem, acceperis

27) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 35. pag. 680.

cepto arbitro familiae erciscundae, quaedam solvero velut ex causa iudicati, indebiti condictioni locus non est. Quamvis enim iudicium familiae erciscundae non consistat nisi inter veros heredes, tamen quae quis opinione iudicati solvit, non repetuntur. Idem dicimus, quamvis neuter nostrum verus heres fuit. Sin autem sine iudicio dividerimus res, vero heredi indebiti conditio competit. Non enim transigere videtur, qui putavit heredem esse, qui non erat.

Man sieht hieraus, daß das ganze Gewicht der gesetzlichen Entscheidung auf dem Ansehen und der Wirkung beruhet, welche in den Gesetzen überhaupt der Rechtskraft beigelegt wird. Die gemeine Wohlfahrt erfordert es freylich, daß die Rechtshändel ein gewisses Ziel haben, und die Partheyen sich bey dem begnügen müssen, was rechtskräftige Erkenntnisse mit sich bringen²⁸⁾. Daher muß in Gerichten das als wirkliches Recht oder Unrecht angesehen und behandelt werden, was einmahl förmlich dafür erkannt worden ist, wenn auch wirklich die Sache sich ganz anders verhalten sollte. Sehr bestimmt sagt Ulpian *L. 25. D. de statu hom.* *Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur.* Aus dem nämlichen Grunde muß denn auch das rechtskräftige Urtheil, wodurch Jemand für einen Miterben erklärt worden, der es wirklich nicht ist, einen vollgültigen Beweis für ihn ausmachen, daß er dafür zu halten sey, wenn auch das Ge-

§ 3

gentheil

28) *L. 65. §. 2. D. ad Sctum Trebell.* *Cum Praetor, causa cognita, per errorem vel etiam ambitiose iuberet hereditatem ut ex fideicommissio restitui: etiam publice interest restitui, propter rerum iudicatarum auctoritatem.*

gentheil erwiesen werden könnte. Denn nach dem Ausspruche Ulpians L. 56. D. de re iudicata soll nach rechtskräftig entschiedener Sache durchaus alle weitere Untersuchung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes als unzulässig zu verwerfen seyn. *Post rem iudicatam nihil quaeritur.* — Daß auch der Irrthum in der Regel die Rechtskraft nicht hindere, und daß dasjenige, was aus Irrthum, aber doch vermöge eines rechtskräftigen Urtheils, bezahlt worden ist, nicht zurückgefordert werden könne, erhellet auch aus neuern Gesetzen. L. 1. C. de condict. indebiti sagt: *Pecuniae indebitae per errorem, non ex causa iudicati solutae, esse repetitionem iure conductionis, non ambigitur.*

Durch diese Gründe, welche auch wirklich in dem Gesetz selbst liegen, unterstützen nun auch die meisten Ausleger²⁹⁾ die Entscheidung des Paulus. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß ihr sehr erhebliche Zweifel entgegen stehen, wie insonderheit Voet³⁰⁾ und Westphal³¹⁾ gezeigt haben. Denn 1) kann doch nur dasjenige für rechtskräftig entschieden gehalten werden, worüber unter den Parthenen gestritten worden ist. Nun ist aber in dem Falle, da man gegen einen vermeinten Miterben auf Theilung geklagt

29) S. Ant. FABRI Rational. in Pandect. ad L. 36. D. h. t. Io. VOET Comment. ad Pand. §. 34. Pet. de GREVE Exercit. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 21. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 9. Ant. SCHULTING Thes. Controvers. Dec. XXVIII. Th. 6.

30) Comm. ad Pand. §. 34.

31) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 840. S. 513. f.

geklagt hat, die Frage, ob der Beklagte wirklich Miterbe sey, gar nicht zum Streit gekommen; sie konnte folglich auch durch die Adjudication nicht entschieden werden. Der Richter erkannte also nur unter der Voraussetzung, daß das Erbrecht unter den Parthenen für anerkannt und als unbezweifelt anzunehmen sey, über die Vertheilung der Erbschaft. Hierzu kommt 2) daß eine richterliche Sentenz, wenn sie auch die Rechtskraft schon erreicht haben sollte, dennoch rescindirt werden kann, wenn sie auf falsche Beweismittel gebauet war, welche der Richter und die Parthenen für ächt hielten. L. 3. C. Si ex falsis instrumentis vel testimon. iudicat. sit. Ein gleiches muß also auch in dem Falle gelten, wenn die Sentenz auf einem so offenkundigen Irrthume beruhet, von welchem das Gesetz redet. Es kann daher keinem Zweifel unterworfen seyn, daß auch dem wahren Erben, nach entdecktem Irrthume, das Recht zustehen müsse, gegen seine Handlung der gerichtlich geschehenen Anerkennung des falschen Erben, und die hierauf gebauete richterliche Sentenz, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand um so mehr zu suchen, da der entschuldbare Irrthum überhaupt als eine gerechte Ursache der Restitution gesetzlich anerkannt ist³²⁾.

e) Kann eine Erbtheilung auch wegen erlittener Verletzung angefochten werden. Es ist hier vor allen Dingen zu bemerken, daß die Verletzung auf eine zweifache Art gedacht werden könne. Ein Miterbe kann

1) durch eine unrichtige Taxe der ihm in der Theilung zugefallenen Sachen verletzt worden seyn. Z. B. Es ist

§ 2

ihm

32) L. 2. D. de in integr. restitut. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3057.

ihm ein Acker, der nur 1000 fl. werth ist, für 1500 fl. angeschlagen worden. Wir wollen diese Läsion der Kürze wegen eine Verletzung im Anschlage nennen.

2) Ein Miterbe kann auch dadurch verletzt worden seyn, daß ihm bey einem ganz richtigen Anschlage der zugetheilten Sachen dennoch ein kleinerer Theil zugefallen ist, als ihm an der Erbschaft gebührt. Z. B. mir gebührt die Hälfte der Erbschaft, diese beträgt 6000 fl. Nun wird meinem Miterben ein Haus und ein Acker zugetheilt, wovon jenes 4000 dieser 3000 fl. nach einem richtigen Anschlage werth ist, ich hingegen habe eine Wiese und einen Weinberg zu meinem Antheil erhalten, wovon dieser nach einem richtigen Anschlage 3000 jener aber nur 2000 fl. werth ist. Man kann diese Verletzung eine Verletzung im Antheile nennen.

Beide Arten der Verletzung können entweder einen dolus oder einen Irrthum zum Grunde haben. Hiernächst sind nun folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Die Erbtheilung ist gerichtlich geschehen, d. h. es ist, nach vorher angestellter Erbsonderungsclage, über die Theilung gestritten, und dieser Streit durch richterliches Erkenntniß entschieden worden. Hier ist wieder zu unterscheiden

A. die Verletzung ist durch einen Dolus verursacht worden, und zwar entweder

1) des Richters selbst, und dann war die Ursache dieser Parthenlichkeit entweder

a) eine Bestechung des Richters. Hier ist das richterliche Urtheil schon von selbst null und nichtig³³⁾, und

33) L. 7. C. Quando provocat. non est necess.

und der Richter kann noch überdies bestraft werden ³⁴⁾.
Oder

b) der Richter war nicht bestochen, durch dessen Partheylichkeit ein Miterbe verlehrt worden ist. Hier ist das richterliche Urtheil zwar an sich nicht ungünstig, und wird daher, wenn kein Rechtsmittel dagegen angewendet worden, in Rücksicht der Miterben rechtskräftig ³⁵⁾. Allein kann der Richter einer vorsätzlichen Partheylichkeit überführt werden, so kann ihn der Verletzte *actione in factum*, oder *actione male iudicati* auf den Ersatz des verursachten Schadens belangen ³⁶⁾.

2) Die Verletzung ist durch den Dolus des andern Miterben geschehen. Hier ist zwar das Urtheil nichtig ³⁷⁾; doch kann auch der verletzte Theil dasselbe gelten lassen, in soweit er nicht verlehrt ist ³⁸⁾.

B. Wenn hingegen bey einer gerichtlichen Theilung die Verletzung durch Irrthum geschehen ist, so ist zwar außer Zweifel, daß, wenn der Irrthum noch innerhalb
der

34) Nov. CXXIV. Cap. 2. et Auth. Novo iure. Cod. de poena iudic. qui male iudicavit. VOET Comm. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. §. 58. und Io. ADR. MEURS Diss. de inaequali hereditatis divisione corrigenda. Cap. IV. §. 2. in fin. (in Ger. OBLICHS Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. III. T. I. pag. 347.)

35) L. 65. §. 2. D. ad Sctum Trebell. L. 27. D. de re iudic.

36) L. 15. §. 1. D. de iudic. L. ult. et Auth. Novo iure. Cod. de poena iud. qui male iudic.

37) L. 8. C. de Collat.

38) L. 13. §. 5. D. de act. emti vend. Ger. NOODT de forma emendandi doli mali Cap. 9. §. Illud. Tom. I. Oper. pag. 366.

der zehntägigen Appellationsfrist entdeckt wird, ein Rechtsmittel gegen den richterlichen Spruch eingewendet werden könne. Ob aber auch noch nach Ablauf dieser Frist die richterliche Theilung wegen eines dabey vorgefallenen Irrthums angefochten werden könne, ist eine Frage, worüber die Rechtsgelahrten sehr verschiedener Meinung sind. Einige³⁹⁾ läugnen dies schlechterdings, wenn die *lâsion* auch noch so erheblich seyn sollte, ob *rei iudicatae auctoritatem*. Andere⁴⁰⁾ hingegen behaupten, das Urtheil könne allerdings wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Allein nach der richtigern Meinung ist ein Unterschied zu machen, ob durch das richterliche Urtheil der Erbe in dem ihm gebührenden Anthelle selbst, oder ob er blos im Anschlage der ihm zu Theil gewordenen Sache verletzt worden ist. In jenem Falle, da mir z. B. der Richter, ohngeachtet ich zum dritten Theile Erbe war, und auch von demselben als solcher anerkannt wurde, dennoch nur soviel Sachen zugesprochen hat, daß sie, nach dem vom Richter selbst gemachten Anschlage, nur den vierten Theil der Erbschaft

39) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 6. §. 3. not. 9. in fin. Io. Ortov. WESTENBERG Dig. h. t. §. 19. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. in fin. BOENNER Introd. in ius Dig. h. t. §. 225. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3058. in fine. und MEURS Diff. cit. Cap. II. §. 9—13.

40) VOET de familia erciscunda Cap. XIV. nr. 5. WESENBEC Paratitl. Pand. h. t. nr. 8. BRONHORST Enantiophan. Centur. II. Assert. 12. Henr. COCCEYI Diff. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iud. Sect. I. §. 5. sq. (*Exercitatio curios.* Vol. 2. Nr. 5.) Sam. de COCCEYI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et Lib. XVIII. Tit. 5. Qu. II. et 13.

schaft ausmachen, ist ein sichtbarer Irrthum in der Rechnung vorhanden. Nun kann aber wegen eines solchen Irrthums auch ein rechtskräftiges Erkenntniß angefochten werden⁴¹⁾. In dem letztern Falle aber kommt zwar dem verletzten Erben, wenn er noch minderjährig ist, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten⁴²⁾; der Großjährige hingegen wird auch nicht einmal bey einer Verletzung über die Hälfte gegen ein rechtskräftiges Urtheil restituirt, wosern nicht sonst ein rechtmäßiger Grund zur Restitution vorhanden ist⁴³⁾.

II. Die Theilung ist außergerichtlich geschehen, gleichviel, ob Theilrichter⁴⁴⁾, so wie sie an einigen Orten üblich

41) *L. 1. §. 1. D. Quae sentent. sine appellat. resc.* PAULUS *Sent. Recept. L. V. Tit. 5. §. 11.* Iacob CUJACIUS in *Recitationib. Solemn. in libr. Cod. Justin. Lib. VII. Tit. 52.* MEVIUS P. IV. *Decis. 300. P. VI. Decis. 30.* MALBLANC *Princip. iur. Rom. P. II. §. 457. Nr. 1. pag. 266.* Sollte über einen vorgegebenen Irrthum in der Rechnung selbst entschieden worden, und dieses richterliche Urtheil in die Rechtskraft übergegangen seyn, so findet keine Rescission Statt. *L. un. Cod. de errore calc.* PACIUS ΕΥΑΥΤΙΑΦ. *Cent. VII. Qu. 73.* und CUJACIUS c. 1.

42) *L. 9. pr. L. 16. §. 5. D. de minorib. L. fin. D. h. t. L. 4. C. Si adv. rem iudicat. L. 1. C. Si adv. transact. vel divis.*

43) S. Griesingers Commentar über das Württemberg. Landrecht. 3. Bd. S. 652. EMMINGHAUS ad *Cocceji ius civ. contr. Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 3. Qu. 13. not. c. pag. 430.* und THIBAUT *Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153.*

44) Solche Theilrichter, so wie dergleichen im Württembergischen üblich sind, haben keine eigentliche Jurisdiction, ihre Aussprüche werden daher auch nicht *res iudicatae*. S. Mich. GRASSI *Diss. de arbitriis familiae erciscundae §. 24.* BESOLD *Consil. Tübing. CCLII. nr. 2.* HARPPRECHT *Consil. LVIII. nr. 272.* Griesinger a. a. D. *Not. p. S. 649.*

üblich sind, hinzugezogen worden, oder nicht; oder ob die Theilung gerichtlich bestätigt worden ist, oder nicht. Denn in allen diesen Fällen wird die Theilung nur als eine außergerichtliche angesehen⁴⁵⁾, insofern darunter eine jede Theilung verstanden wird, welche nicht in der Form einer Rechtsfache, und also durch keinen ordentlichen Richterspruch geschehen ist⁴⁶⁾. Hier lassen sich folgende Fälle gedenken.

1) Ein Miterbe ist bey einer solchen Theilung durch den Dolus des andern verletzt worden. Daß hier die Theilung, ohne Rücksicht auf Größe der Läsion, angefochten, und auf Abänderung einer jeden durch den Betrug des andern Miterben verursachten Ungleichheit gedrungen werden könne, darüber sind alle Rechtsgelehrten einverstanden⁴⁷⁾. Der Verletzte kann entweder mit der *actio familiae*

45) S. Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 728. a. E.

46) *Pro iudiciali enim divisione, quae sententia iudicis peragitur, et auctoritatem rei iudicatae nanciscitur, agnoscere non potest nuda conventio divisoria, in iudicio facta, et a iudice confirmata:* sagt Ge. Lud. Böbmer in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. S. 592. Nr. 6. Man sehe auch SCHWEDER Diss. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iudic. §. 4.

47) L. 3. Cod. Commun. utriusq. iudic. L. 35. D. de pactis. Dolus enim qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. L. 10. C. de resc. vendit. S. 105. FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libr. VI. Epitomar iur. Lib. II. ad L. 23. D. Locati. §. 8. et 9. pag. 485. Cbr. Lud. CRELLII Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? Vitembergae 1743. §. 3. Ge. Chrif. GEBAUER Diss. de hercto citò ob inaequalitatem in melius reformando. rec. Goettingae 1777. §. 5. sqq. Ger. NOODT de forma emendandi doli mali Cap. VII. Tom. I. Oper. p. 362. u. a. m.

miliae erciscundae darauf klagen, daß die Theilung von neuem vorgenommen werde, oder er kann schlechthin dasjenige zurückfordern, was der andere Miterbe wegen seines Betrugs mehr erhielt, als ihm zu seinem Antheil gehörte⁴⁸⁾.

2) Ein Miterbe ist durch Irrthum verlegt worden. Inwiefern hier eine außergerichtliche Theilung der Verletzung wegen angefochten werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Es giebt hierüber dreierley Meinungen. Einige⁴⁹⁾ behaupten, daß eine außergerichtliche Theilung wegen einer jeden Verletzung aus Irrthum angefochten werden könne. Denn dies erfordere die Gleichheit und Billigkeit, welche nach der *L. 3. Cod. Commun. utriusque iudicii* der alleinige Maasstab sey, wornach Theilungen regulirt werden müßten. Andere⁵⁰⁾ nehmen an, daß eine außer-

48) *L. 8. Cod. de Collat.*

49) *Hub. GIPHANIUS* Explanat. difficilior ac celebrior Legg. Cod. ad *L. 3. C. commun. utr. iudicii* Lib. III. pag. 203. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 25. et 26. *Ant. MERENDA* Controversiar. iuris Lib. I. cap. 37. *Andr. FACHINAEUS* Controv. iur. Lib. VIII. Cap. 36. *Ant. PEREZ* Praelect. in Cod. Lib. III. Tit. 38. nr. 5. *SUENDENDOERFFER* ad *Eckolzi* Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 6. ad verb. *DIVIDANTUR*, a *LEYSER* Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim CXVII. medit. 5. *Io. Henr. BERGER* Diss. de reformatione divisionis extraiudicialis ex causa modicae laesionis. *Vitemb. 1692. de cocceji* iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3058. *Lud. God. MADIHN* ad *Menckeni* Introduct. in doctrin. de actionib. for. Not. 1206. pag. 376. *CRELL* cit. Diss. §. 4.

50) *CARPZOV* P. III. Constit. XV. Definit. 19. *WISSENBACH* Commentar. ad *L. 3. Cod. Commun. utriusq. iud.* *Io. Ostro. WE-*

außergerichtliche Theilung, bey welcher kein dolus erweislich ist, nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne, - weil die Theilung in der *L. 1. Cod. Commun. utr. iudic.* einem Kaufe gleichgeachtet werde, mithin die *L. 2. Cod. de resc. vendit.* zur Anwendung komme. Noch andere ⁵¹⁾ unterscheiden endlich, ob der Miterbe durch Irrthum im Antheile (*circa res dividendas*) verletzt worden, oder ob die Verletzung im Anschlage (*circa aestimationem*) geschehen sey. In jenem Falle könne die Theilung wegen einer jeden Verletzung, in diesem aber nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Von jenem Falle sey die *L. 3. Cod. Commun. utr. iudic.* zu verstehen, auf letztern aber die *L. 2. Cod. de resc. vendit.*

anzu-

STENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 20. *Io. Ge. Iac.* WOLF Diff. de divisione legitima extraiudiciali ob modicam laesionem nec impugnanda, nec rescindenda, nec reformanda. *Altorf. 1756. Ant.* SCHULTING Thes. Controvers. Decad. XXX. Th. 6. GEBAUER in Diff. cit. Cap. 2. §. 11. *Ios. Lud. Ern. PÜTTMANN* Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 7. pag. 62. *Westphal* im Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 842 — 845. *THIBAUT* Syst. des P. R. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153. *WALCH* Introd. in Controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. V. §. 33.

51) *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 35. *WERNHER* Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obf. 51. *STRYK* Us mod. Pand. h. t. §. 7. *BERGER* Oecon. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 3. Not. 9. *Struben* rechtliche Bedenken I. Th. Bed. 157. *Schmidt* Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 629. *MALBLANC* Princip. iuris Rom. P. II. §. 457. a. E. *Griesinger* im Commentar über das Württemberg. Landrecht 3. Band. S. 655. u. a. m.

anzuwenden. Alles kommt auf die richtige Erklärung der L. 3. *Cod. Commun. utriusq. iudic. an.* Sie lautet folgendermaßen.

Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC.
Aureliae Septimias.

Majoribus etiam, *per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus*, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, *quod inaequaliter factum esse constiterit*, in melius reformabitur.

Es ist dieses Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian aus dem Gregorianischen Codex in den Justinianischen übergegangen. Wir lernen dieses aus der von Cujas⁵²⁾ zuerst edirten *Consultatio veteris cujusdam Iurisconsulti*, welche sich auch in Anton Schulzings *Iurisprud. vet. Antejustin.* pag. 813. ff. findet. In derselben citirt der Verfasser dieser Consultation §. 2. folgende Stelle *ex Corpore Gregor. Libro III.*⁵³⁾

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA.
*Aureliae Severae*⁵⁴⁾.

An divisio, quam iam factam esse proponis, convelli debeat, Rector provinciae, praesente parte adversa,

52) *Operum a FABROTO editor.* Tom. I. col. 639.

53) Diese Stelle steht auch in den *Fragment. Codic. Gregor.* Lib. III. Tit. 5. *Constitut. 3.* bey SCHULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 695.

54) Haloander, Ruffard, Hugo a Porta und Baudouja haben in der Ueberschrift der L. 3. *C. Commun. utr. iudic.* bloß SEVAE. Der Name Severa scheint also wohl richtiger als Septimia zu seyn.

versa, diligenter examinabit: et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum, atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabit.

Vergleicht man diese Stelle mit der *L. 3. Cod. Iust. Commun. utriusque iudic.* so ist zwar die Hand des Tribonians nicht zu verkennen, allein es läßt sich deswegen doch nicht behaupten, daß durch diese Interpolation ein neues Recht habe eingeführt werden sollen, welches nicht schon vorhin bekannt gewesen wäre. Alle Ausleger sind nun darin einverstanden, daß in der *L. 3. Cod. Gregor. Familiae ercisc.* von einer solchen Theilung die Rede sey, welche wegen des Betrugs des andern Theilhabers ungleich ausgefallen war. Allein nicht so ausgemacht ist es, ob auch die aus dieser Quelle geflossene *L. 3. Cod. Iust. Commun. utr. iud.* blos auf den Fall einer arglistigen Theilung einzuschränken sey? Viele Ausleger⁵⁵⁾ glauben dies vorzüglich darum behaupten zu müssen, weil immer im Zweifel anzunehmen sey, daß die Verfasser des Justinianischen Codex von dem ursprünglichen Sinn der Constitutionen, welche sie excerptirten, nicht abgewichen sind. *Divisiones perperam factae* wären daher die nämlichen, *quae per fraudem*

del

55) *Ger. NOODT* de forma emend. doli mali cap. 7. Tom. I. Oper. pag. 362. *Ant. SCHULTING* Iurisprud. Antejust. pag. 695. not. 14. *Bern. Henr. REINOLD* Opuscul. iurid. Exercit. II. §. 6. pag. 617. *Io. Frid. BOECKELMANN* Commentar. in Dig. h. t. §. 9. *Io. Adr. MEURS* Diff. cit. de inaequali hereditatis divis. corrigenda. Cap. IV. §. 1. *GEBAUER* Diff. cit. de heretico cito Cap. I. §. 5. sqq. *PÜTTMANN* Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 7. pag. 60. *MALBLANC* Princip. iur. Rom. h. t. §. 457. in fin. u. a. m.

vel dolum factae sunt. Ich läugne nicht, daß es Pflicht des Auslegers sey, die noch vorhandenen Quellen, aus welchen Justinians Gesetzgebung geschöpft ist, zur Aufklärung der letztern so viel möglich zu benutzen; allein nie darf ihn diese Benutzung dazu verleiten, die deutliche Vorschrift des Justinianischen Rechts zu überschcn, und eine offenbar widerrechtliche Interpretation damit zu rechtfertigen⁵⁶⁾. Es wird nun nicht schwer seyn, zu beweisen, daß dieses bey der Erklärung der *L. 3. C. Commun. utriusq. iud.* der Fall sey. Alles kommt darauf an, was das Wort *perperam* in der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian bedeute? und ob es Tribonian bey der Interpolation dieser Verordnung in einer andern Bedeutung genommen habe? Fast alle Ausleger sagen, daß *perperam* in der *L. 3. Cod. Gregor. h. t.* so viel als betrügerisch oder arglistig bedeute. Allein sie haben unrecht. Das Rescript der Kaiser spricht zwar von einer solchen Theilung, die auf eine betrügerische und arglistige Art geschehen war; allein man erwäge, daß das Wort *perperam* in dem Entscheidungsgrunde vorkommt, welcher eine allgemeine Verordnung andeutet, unter welche der den Kaisern vorgelegte Fall nur subsumirt wird. Denn daß die Kaiser in ihren Rescripten und Decreten mehrentheils nur nach dem gemeinen Rechte sprachen und entschieden, ist bekannt⁵⁷⁾. Nun war es Grundsatz des gemeinen Rechts: *Maioribus etiam in perperam factis divisionibus sulveniendum esse*⁵⁸⁾.

Daher

56) G. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 41.

57) G. THIBAUT in der angeführten Theorie §. 38.

58) *L. 3. C. Quibus ex caus. maioris.*

Daher konnte die Rechtshülfe auch bey betrügerischen Theilungen dem Verletzten nicht versagt werden. *Divisio perperam facta* heißt also vielmehr jede unrichtige, und daher ungleich ausgefallene Theilung, sie habe Betrug oder Irrthum zum Grunde. Briffon⁵⁹⁾, Richter⁶⁰⁾ und Scheller⁶¹⁾ haben durch eine Menge von Stellen erwiesen, daß sowohl in den Schriften der Classiker, als in den Fragmenten der Römischen Juristen die Worte *perperam* und *recte* immer einander entgegen gesetzt werden⁶²⁾, und Ersteres soviel heiße, als unrecht, unrichtig, oder falsch, es sey aus Irrthum⁶³⁾, oder wegen eines Betrugs⁶⁴⁾. Tribonian hat nun, mit Weglassung des ganzen ersten Theils des Rescripts, welcher die den Kaisern vorgelegte Rechtsfrage enthält, blos den zum Entscheidungsgrund angenommenen allgemeinen Satz beybehalten, ohne ihn jedoch blos auf den Fall einer dolosen Theilung zu beschränken, von welchem eigentlich die Kaiser Diocletian und Maximian nur reden; dabey aber deutlicher noch, als es in dem Rescript geschehen war, bestimmt, daß hier blos von außergerichtlichen Theilungen

59) De Verbor. Significat. v. *Perperam*.

60) De Significat. Adverbior. in iure v. *Perperam* pag. 618.

61) Lateinisch; deutsches Lexicon v. *Perperam*.

62) L. 8. §. 4. D. Si servitus vindicet. L. 22. §. 4. D. Rat. rem haberi. LIVIUS Lib. I. cap. 23.

63) L. 40. D. de condict. indeb. L. 9. D. de pecun. constituta. L. 4. §. 2. D. pro suo. L. 1. et 2. Cod. Si maior factus alienat. CICERO in *Verrem* Lib. II. cap. 23. SUETON. in *Domitiano*. Cap. 11.

64) L. 2. Cod. de poena iud. qui male iudicav.

lungen die Rede sey⁶⁵). Wie offenbar widerrechtlich nach dieser Ansicht die Erklärung derjenigen erscheine, welche die *L. 3. Cod. Commun. utr. iudic.* bloß von einer arglistigen Theilung verstehen wollen, um sie dem Coder Gregorianus anzupassen, werden folgende Gründe vollends außer Zweifel setzen.

Erstens wäre nicht nöthig gewesen, die Worte *sine iudicio*, die doch in dem Rescript der Kaiser gar nicht standen, der *L. 3. C. Commun. utr. iud.* einzuschalten, wenn dieselbe bloß auf betrügerische Theilungen sich allein beziehen sollte, weil ja auch eine gerichtliche Theilung, bey welcher man durch den Betrug desjenigen verletzt worden ist, mit welchem man zu theilen hatte, bekannten Rechten nach nicht gilt⁶⁶).

Zweitens wäre es ja eine unerhörte Tautologie, wenn man die Worte *per fraudem, vel dolum, vel perperam*, für ganz gleichbedeutend halten wollte. Daß Tribonian die Worte *fraus* und *dolus* mit einander verbunden hat, ohnerachtet das Wort *dolus* in der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian nicht stand, ist nichts

§ 2

beson-

65) Die Worte *sine iudicio*, welche Tribonian *L. 3. C. Commun. utr. iud.* hinzugefügt hat, erklärt Dion. Gothofredus in *Not. u. ad L. 3. Cod.* ganz falsch durch *sine consilio*. Sie sollen offenbar soviel als *sine iudice* heißen. Denn so wird das Wort *iudicium* öfters genommen, wie *Ger. noort de emend. doli mali Cap. 7. Tom. I. Oper.* pag. 362. gezeigt hat. Man kann aber auch ganz füglich unter *iudicium* eine gerichtliche Verhandlung und Entscheidung verstehen, welche Bedeutung noch gewöhnlicher ist. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Iudicium*.

66) *L. 8. in fin. Cod. de Collationib.*

besonders; denn dies findet man auch bey den besten Classikern⁶⁷⁾. Inest enim dolo et fraus, sagt Ulpian L. 7. §. 10. in fin. D. de pact. Daher die häufigen Verbindungen dieser beyden Wörter in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten⁶⁸⁾. Aber das Wort *perperam* in unserer L. 3. C. auch für Betrug zu erklären, wäre gewiß das seltenste Beispiel einer Tautologie, dergleichen man nach den Regeln einer vernünftigen Auslegung durchaus nicht annehmen darf, da im Zweifel ein Gesetz immer so erklärt werden muß, daß kein Wort vergeblich dastehet, sondern vielmehr jedes Wort etwas zur deutlichen Bestimmung des Willens des Gesetzgebers bezeuge⁶⁹⁾.

Hiernächst kommt drittens in vorzügliche Betrachtung, daß das Wort *improbum*, welches in dem Rescript der Kr. Diocletian und Maximian steht, in der L. 3. C. *Commun. utr. iud.* weggelassen worden ist. Statt dessen heißt es blos: *Quod inaequaliter factum esse constiterit*. Daß dieses blos der Kürze wegen geschehen seyn sollte, ist nach den bereits angeführten Gründen nicht zu glauben, sondern es liegt hierin ein neuer überzeugender Beweis, daß die L. 3. nicht blos auf solche Theilungen allein eingeschränkt seyn solle, wobey ein Theil durch den Betrug des andern verletzt worden ist, sondern daß auch, ohne Betrug, wegen einer aus Irrthum veranlaßten Ungleichheit

67) CAESAR *de bello civ.* Lib. II. cap. 14. C. Schellers Lexicon V. FRAUS.

68) L. 2. §. 6. D. de liberat. leg. L. 3. D. Quando ex facto tutor. L. 3. §. ult. D. pro socio. BRISSONIUS de Verb. Signif. V. FRAUS.

69) C. den 1. Th. dieses Commentars §. 35. C. 229.

gleichheit eine Abänderung derselben Statt finde, wie Jacob Voorda⁷⁰⁾ sehr gründlich bemerkt hat. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß Tribonians Absicht, wie sein ganzes Verfahren bey der Interpolation der Verordnung des Gregorianischen Coder beweist, offenbar nur dahin gegangen sey, den in dieser Verordnung enthaltenen Entscheidungsgrund auszuheben, und solchen in ein allgemeines Rechtsprincip zu verwandeln.

Vergleicht man endlich Biertens die *Consultatio veteris cuiusdam Iurisconsulti*, dessen Name und Zeitalter uns zwar unbekannt ist, der aber aller Wahrscheinlichkeit nach in der Periode zwischen Theodos dem Jüngern und Justinian gelebt haben mag; betrachtet man die Gelegenheit, bey welcher dieser alte Jurist die oben angeführte Stelle des Gregorianischen Coder citirt hat, so finden wir auch darin ein neues uns noch mehr bestärkendes Argument, daß man den Großjährigen nach einem gemeinen Rechtsprincip, welches die Kaiser Diocletian und Maximian in ihrem Rescript zum Grunde legten, bey außergerichtlichen Theilungen, auch wegen einer andern Ungleichheit, als die durch Betrug veranlaßt worden ist, die Wohlthat der Restitution nicht zu versagen pflegte. Es sagt nämlich dieser *Vetus Iurisconsultus* in seiner Consultation S. 2.

Secundo loco me consulendum sub hac voce dixisti, ut diceres, divisionem in castello sic factam a marito mulieris ipsius, ut, illa nesciente, domus cum membris suis vel hospitiiis circumjectis divisa sit sine conscientia uxoris. Si ea praedictus maritus fecerit,

§ 3

nulla

70) Elector. lib. sing. Cap. 26. pag. 257.

nulla aequalitate servata, nulla compensatione in omnibus custodita, ad haec verba ex legum constitutione respondi, maritum in negotiis uxoris sine mandato non recte aliquid definire: nec posse aliquid firmum, et stabile esse, quod sine conscientia uxoris de rebus uxoriis visus fuerit transegisse; praesertim si doceatur inutilis esse, et sine aequalitate, vel compensatione ipsa divisio. Notum est, quod etiam, si mandato uxoris niteretur, et *fraudulenta divisio, vel minus aequalis posset ostendi*, vacua et inanis specialiter remaneret etc.

Eben dieser alte Jurist citirt nach der schon oben angeführten Verordnung des Gregorianischen Codes noch eine andere von eben den Kaisern Diocletian und Maximian, welche für uns merkwürdig ist. Er sagt:

Item alia eodem libro et Corpore. *Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. Aproniae Mammae.* Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, *etiam citra Principalis restitutionis auxilium, quod etiam maioribus tribui solet, ad aequitatis temperamentum reformari potest, etc.*

Aus diesem allen wird man sich nun wohl hinlänglich überzeugt haben, daß die Verordnung des Gregorianischen Codes, aus welcher die *L. 3. C. Iust. Comm. utriusq. iudic.* geflossen ist, auf einem allgemeinen Rechtsprincip von Abänderung ungleicher Theilungen beruhe, die Ungleichheit habe Betrug oder Irrthum zum Grunde, und daß Tribonian diesen Grundsatz, mit Weglassung des besondern Falles, welchen die Kaiser blos unter diesen allgemeinen Grundsatz subsumirten, ganz richtig aufgefaßt habe, ohne ihn

Ihn einer unleidlichen Taxtologie beschuldigen zu dürfen. Nur ist die Frage noch, wegen welcher Ungleichheit eine Abänderung der Theilung gefordert werden könne? Das Gesetz bestimmt hierüber nichts, sondern sagt ganz allgemein: *Quod inaequaliter factum est constitit, in melius reformabitur.* Nach den Regeln einer richtigen Interpretation dürfen wir also auch keinen Unterschied machen, die Läsion sey mäßig oder unmäßig. Allein viele, ältere und neuere, Rechtsgelehrten wollen uns hier eines Andern belehren. Wird die Theilung wegen eines begangenen Betrugs angefochten, so räumen alle ein, daß jede Verletzung abzuändern sey, ohne auf die Größe derselben Rücksicht zu nehmen. Ist hingegen kein Betrug erweislich, so behaupten viele, daß die Theilung nur wegen einer unmäßigen Verletzung, d. i. wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne. Denn es trete hier die Analogie vom Kaufe ein. In wiefern sie hierin recht oder unrecht haben, wird sich gleich ergeben. Die Gesetze sagen allerdings, die Theilung sey wie eine Art von Kauf anzusehen⁷¹⁾. Allein offenbar geht die Absicht derselben nur dahin, ein Princip aufzustellen, wornach die Rechte bey Theilungen, von Seiten der Veräußerung betrachtet, zu bestimmen sind, z. B. in Ansehung der Minderjährigen, wenn sie entweder selbst auf Theilung dringen, oder von den übrigen Theilhabern dazu aufgefordert worden, desgleichen in Rücksicht der Evictionsleistung, besonders wegen der deshalb statt habenden Klagen, u. s. w. Soweit hingegen kann man diese Aehnlichkeit nicht ausdehnen, um auch da gleiche Rechte eintreten zu lassen, wo die ganz

71) L. 1. C. Commun. utriusq. iudic.

verschiedene Natur beider Geschäfte dies schlechterdings nicht erlaubt. Diese Verschiedenheit zeigt sich nun aber gerade da, wo über erlittene Läsion Beschwerde geführt wird. Beim Kaufe erfordern die Gesetze kein vollkommen gleiches Verhältniß zwischen dem Werth der Sache, und dem Preis. Sie sagen vielmehr ausdrücklich⁷²⁾: *In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contractantibus se circumvenire*. Kein Wunder, wenn hier die Läsion nur dann, wenn sie unmäßig ist, eine Ursache geben kann, den Kauf anzufechten. Von ganz anderer Beschaffenheit hingegen ist das Geschäft der Theilung. Hier erfordern die Gesetze schlechterdings, *ut in omnibus aequabilitas servetur*⁷³⁾; *et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformetur*, wie es in unserer L. 3. cit. ausdrücklich heißt. Mit Recht sagt daher Anton Faber⁷⁴⁾: *Diversam esse semperque fuisse divisionis et venditionis rationem in eo, quod non, sicuti naturaliter licet contractantibus in emendo et vendendo se in pretio decipere, ita et in dividendo permissum est, ut suam quisque ex divisionibus portionem alieno incommodo faciat ampliolem, quam ex ratione esse debeat. Id enim agunt, qui dividunt, ut unusquisque id duntaxat ferat, quod suum est, ex alieno autem nihil: quamobrem nec quidquam acquirere dicitur, qui dividit, quoniam licet fiat dominus eius portionis, quam in re communi socius habebat, tamen de suo tantundem praestat socio, quantum ab eo accipit. Aequitas igitur iudicii bonae fidei sufficere potest ad contractum, qui inaequaliter factus est,*

72) L. 16. §. 4. D. de minorib. L. 22. §. 3. D. Loc.

73) L. 4. C. Communi divid.

74) De Errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. I.

est, in melius reformandum. Die L. 2. C. de resc. vendit. kann also bey Theilungen durchaus keine Anwendung finden, und es ist gleichviel, die Verletzung sey im Antheile, oder im Anschlage geschehen. Denn wenn auch bey der Theilung die Sache dem Miterben für den taxirten Werth überlassen wird, so geht doch dadurch das Geschäft eben so wenig in einen reinen Kauf über, als durch die Schätzung des Heyrathsgutes die causa dotis geändert wird⁷⁵⁾. Gleichheit und Billigkeit, welche gleichsam die Seele der Theilungen ist, wird dadurch nicht aufgehoben. Daher kann auch dem Großjährigen, wenn er durch die Ungleichheit der Theilung auch ohne Arglist des Andern verletzt worden, die Rechtshülfe nicht versagt werden, wenn gleich die Verletzung bey weitem keine unmäßige ist, weil die bona fides, welche den Hauptentscheidungsgrund der L. 3. C. Comm. utr. iud. ausmacht, nicht erlaubt sich mit des andern Schaden zu bereichern⁷⁶⁾. Aus diesen Gründen scheint mir nun die oben angeführte erste Meinung vor der zweyten und dritten den Vorzug zu verdienen⁷⁷⁾. Welche von diesen Meinungen aber der Gerichtsbrauch annimmt,

75) L. 16. D. de iure dot.

76) L. 6. §. 2. D. de iure. dot. sagt: Quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. Es ist daselbst ausdrücklich von verletzten Großjährigen die Rede.

77) Ein ehemaliger fleißiger Zuhörer meiner Vorlesungen, Herr Doctor ELSÄESSER, hat die hier vertheidigte Meinung in seiner Dissertat. inaug. Quaestionem: An ad impugnationem divisionis extrajudicialis laesio requiratur ultra dimidium, exponens, Erlangae 1798. 4. sehr gut ausgeführt.

nimmt, läßt sich, wie Stryk⁷⁸⁾ mit Recht bemerkt, nicht gewiß bestimmen. Es fehlt indessen auch nicht an Urtheilsprüchen, welche jene erste Meinung bestärken, dergleichen man bey Cramer⁷⁹⁾ und Böhmer⁸⁰⁾ finden wird⁸¹⁾. Uebrigens ist es gleichgültig, ob die Theilung durch das Loos, oder durch sonstige Uebereinkunft der Parthenen gemacht worden ist, auch jene kann, sofern die Interessenten sich nicht wesentlich die ungleichen Loose haben gefallen lassen, wegen der Ungleichheit angefochten werden, sie habe einen Dolus oder Irrthum zum Grunde. Denn die Theilung durch das Loos ist für keinen Transact zu halten⁸²⁾.

Die Klage auf Abänderung der ungleichen Theilung fällt jedoch weg, wenn der Testirer selbst getheilt hat. Der
Vater

78) Us. Mod. Pand. h. t. §. 8.

79) Observat. iuris univ. Tom. II. P. II. Obl. 770.

80) Auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. und 2. Bandes 2. Abth. Nr. 176. Qu. 3. et 4.

81) Nach dem französischen Civilrecht kann jede Theilung, sie mag gerichtlich oder außgerichtlich geschehen seyn, von dem Erben angefochten werden, wenn ein Miterbe dabey überlistet, oder über den vierten Theil, in Beziehung auf den Werth, den die Sachen zur Zeit der Theilung hatten, verletzt worden ist. Code Napol. Art. 887. S. Jacob von Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons 2. Band S. 327. Les Pandectes français. par I. B. DELAPORTE et P. N. RIFFÉ-CAUBRAY Tom. VII. pag. 375. sq. und ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts. 2. Bd. §. 353. S. 191. f.

82) S. de coeczi ius. civ. controv. h. t. Qu. 9. und die schon öfters angef. Crellische Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? Vitemb. 1743.

Vater kann sogar unter seinen Kindern eine ungleiche Theilung seines Nachlasses machen, von welcher auch der Richter selbst nicht abweichen darf. Nur sofern eine Verletzung im Pflichttheile daraus entstünde, könnte auf dessen Ergänzung geklagt werden ⁸³⁾.

Ob aber auch bei einer vom Testirer gemachten Theilung die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegfallt, ist streitig. Einige ⁸⁴⁾ behaupten dieses wirklich, und nehmen nur den Fall aus, wenn durch die Entwährung Notherben in ihrem Pflichttheile verkürzt worden sind. Nur in diesem Falle trete von Seiten der übrigen Miterben eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ein, sonst auch nicht einmal bei Notherben, weil der Erblasser auch seinen Notherben, außer dem Pflichttheile, eben so wenig, als fremden Personen etwas zu hinterlassen schuldig sey, und sie daher auch in ungleichen Theilen einsetzen könne. Andere ⁸⁵⁾ hingegen unterscheiden, ob der Testirer die evincirte Sache einer mit ihm verwandten Person oder seiner Frau zugetheilt habe, oder einem fremden Miterben. In den beiden ersten Fällen müsse Eviction geleistet werden, der Testirer möge

gewußt

83) L. 7. L. 16. L. 21. et L. fin. Cod. b. t. S. BERGER Diss. cit. de reformatione divisionis extraiud. ex causa modicae laesionis. Th. 14.

84) TREUTLER Vol. I. Disput. XIX. Th. 12. lit. D. MÜLLER ad Struvii Synl. iuris civ. Exercit. XV. Th. 12. de Coccejii iur. civ. controv. h. t. Qu. II.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. I. & PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 204. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3053. EMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. II. rot. 1. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 729. S. 152.

gewußt haben, oder nicht, daß die Sache eine fremde Sache sey. In dem letzten Falle hingegen könne der Erbe nur dann Evictionsleistung fordern, wenn er beweisen kann, der Testator habe es gewußt, daß die evincirte Sache einem Dritten zugehöre, sonst falle die Gewährleistung weg. Diese argumentiren von dem Vermächtniß fremder Sachen⁸⁶⁾. Noch andere⁸⁷⁾ suchen endlich die Statthaftigkeit der Evictionsleistung in Ansehung aller Erben ohne Unterschied zu vertheidigen. Diese letztere Meinung wird auf die Vermuthung gegründet, daß nach der Gesinnung des Erblassers ein jeder Miterbe den ihm angewiesenen Erbtheil unfehlbar völlig und unverkürzt erhalten solle, und daher im Falle der Entwähnung einer unter der Verlassenschaft begriffenen Sache ein jeder Miterbe dem Andern in Hinsicht auf die entwährte Sache nach dem Verhältniß seines Antheils zur Evictionsleistung verbunden sey. Jedoch nimmt man den Fall aus, wenn der Erblasser aus beson-

derer

86) §. 4. l. de legat. l. 10. Cod. eodem., l. 77. §. 8. D. de Legat. II.

87) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XLI. Th. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Disp. XIX. Th. 12. lit. D. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 12. Io. a SANDE Decis. aur. Lib. IV. Tit. II. Def. 2. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 8. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXI. Tit. 2. §. 12. WERNHER lectissim. Commentationes in Pand. h. t. §. 10. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. Sect. III. Cap. 6. §. II. pag. 672. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Band 105. Meditat. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 589. pag. 565. und Joh. Bernh. Müllers Versuch über die Gewährleistung. Jena und Leipzig 1805. §. 11. S. 59. f.

berer Zuneigung und Freygebigkeit dem einen Miterben eine bestimmte Sache zum Voraus vermacht hätte. Ein solches Prälegat sey der Gewährleistung nicht unterworfen. Für diese Meinung werden noch insonderheit *L. 77. §. 8. D. de Legat. II.* und *L. 33. D. b. t.* angeführt. In der erstern Stelle sagt Papinian: *Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere: nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari.* In der letztern Stelle sagt eben dieser Papinian: *Si paterfamilias, singulis heredibus fundos legando, divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.*

Vergleichen wir die mancherley Gesetzstellen mit einander, welche die Vertheidiger der hier vorgetragenen verschiedenen Meinungen für sich anführen, so dürfte sich vielleicht diese sehr streitige Frage auf folgende Art am richtigsten entscheiden lassen. Wenn bey einer vom Testator gemachten Theilung, einem Miterben die ihm zugetheilte Sache evincirt worden ist, so war ihm diese Sache ent-

1) als ein Prälegat bestimmt; und dann war die Sache entweder

a) als eine Species vermacht. Hier treten die Grundsätze vom legato rei alienae ein, *L. 10. C. de legat.* und es ist so zu unterscheiden, wie die Vertheidiger
der

der oben angeführten zweiten Meinung unterschieden haben
Oder sie war

b) als ein genus legirt. Hier kann ohne Unterschied Gewährleistung gefordert werden. L. 29. §. 3. *D. de legat. III.*

2) Die evincirte Sache war als Erbportion bestimmt, und dann hatte der Testator die Theilung entweder

a) unter seinen Kindern gemacht. Diese sind einander gegenseitig zur Evictionsleistung verbunden. Denn sind gleich die Eltern ihren Kindern mehr, als den Pflichttheil, zu hinterlassen nicht schuldig, so ist doch die stärkste Vermuthung vorhanden, daß sie wegen der gleichen Liebe, die sie zu ihren Kindern haben, nicht wollen, daß eins derselben in seinem ihm zugetheilten Antheile verkürzt werde. Dies bestärkt auch noch mehr die oben angeführte L. 77. §. 8. *D. de Legat. II.*

b) Die Theilung ist unter andern Erben gemacht, welche die ihnen hinterlassene Erbschaft als eine bloße Freygebigkeit des Erblassers anzusehen haben. Hier sind die Miterben einander gegenseitig zur Evictionsleistung nicht gehalten, außer wenn der Testator es ausdrücklich verordnet hat, oder die Erben sich dazu gegenseitig verpflichtet haben, oder der heres evictus beweisen kann, daß der Testator gewußt habe, die Sache sey eine fremde Sache, oder daß er ihm diese Sache auf jeden Fall zugedacht habe, er möge jene Beschaffenheit gewußt haben, oder nicht. *Arg. L. 10. C. de legatis.*

§. 735.

Personalprästationen bey der Erbsonderungsklage.

Außer der Theilung der Erbschaft geht die Erbsonderungsklage auch noch auf mancherley Personalprästationen. Diese sind

1) Bes

1) Berechnung und verhältnißmäßige Herausgabe der von einem Miterben aus der Erbschaft gezogenen Nutzungen⁸⁸⁾, sie mögen vor oder nach Antretung der Erbschaft gezogen worden seyn⁸⁹⁾. Nachweisung und Berechnung der unter sich gehabten Gelder des Erblassers⁹⁰⁾; und Entschädigung für das, was er mit erbbschaftlichen Geldern für sich gekauft hat⁹¹⁾.

2) Ersatz des Schadens, den ein Miterbe durch dolo oder culpa an erbbschaftlichen Sachen zugefügt hat. Er muß nur den Schaden als Erbe angerichtet haben, also nicht etwa schon vorher und noch beim Leben des Erblassers, wenn mit der Erbtheilungsflage deshalb Vergütung soll gefordert werden können. Ulpian sagt ausdrücklich *L. 16. §. 4. D. h. t.* Nam et omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiae erciscundae veniunt: sic tamen, si quasi heres fecerit. Et ideo, si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae erciscundae iudicium ea non venit:

88) *L. 19. D. h. t.* Item ex diverso similiter prospicere iudex debet, ut, quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit, stipulatusve est, non ad eius solius lucrum pertineat. Quae ita scilicet consequetur iudex, si aut reputationes inter eos fecerit, aut si curaverit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda et incommoda. Reputationes sind gegenseitige Abrechnungen, wie die Basiliken Tom V. pag. 676. dieses Wort erklären.

89) *L. 44. §. 3. D. h. t. L. 9. Cod. eodem.*

90) *L. 52. §. 1. D. h. t.*

91) *L. 4. C. Commun. utriusque indic.* S. Westphal in dem angef. System von den einzelnen Vermächtnißarten §. 782—786.

venit: quia tunc nondum heres erat: ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciscundae iudicio, *Julianus* scribit. Uebrigens ist der Miterbe für jedes positive Factum, wodurch er Schaden gethan hat, verantwortlich, in so fern es zu vermeiden gewesen wäre, und er kann deshalb sowohl ex Lege Aquilia, als familiae erciscundae iudicio belangt werden. *Ulpian* läßt uns hierin nicht zweifeln, wenn er sagt *L. 16. §. 5. D. b. t.* Si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corrupperit, non minus autem etiam familiae erciscundae iudicio. Hat er hingegen durch seine Unthätigkeit Schaden veranlaßt, so haftet er nur für seine Culpa in concreto, das heißt, er ist nur in so weit dafür verantwortlich, als er dergleichen Nachlässigkeit nicht in seinen eigenen Geschäften zu begehen pflegt, und diese kann auch culpa lata seyn, nämlich wenn er in seinen eigenen Geschäften ebenfalls grobe Versehen begeht. läßt sich daraus kein Maasstab hernehmen, weil er als Hausvater seinen eigenen Geschäften noch nicht vorstand, so haftet er für culpa levis⁹²⁾. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 25. §. 16. D. b. t. Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres. — Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias: quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.

L. 22.

92) *S. SCHOEMANS* Handbuch des Civilrechts I. Band. S. 329—

L. 22. §. 3. D. ad SCtum Trebell. Si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint: placet, non cogi eum reddere, quod non habet, culpae plane reddere rationem; sed eius, *quae dolo proxima est*, et ita *Neratius* libro primo Responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, *lata culpa*, non levi, et *rebus suis consueta negligentia*, huiusmodi rei rationem reddet.

Hier ist zwar eigentlich von einem Universalfiduciar die Rede; allein da auch dieser wegen der ihm gebührenden Quarte als Communionsinteressent anzusehen ist, so daß daher auch zwischen ihm und dem Fideicommissar das iudicium familiae erciscundae Statt findet⁹³⁾, so gehört diese Stelle mit hierher.

L. 25. §. 18. D. b. t. *Culpa* nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

3) Erstattung der für die Erbschaft gehaltenen Auslagen und Unkosten mit den Zinsen des Verzugs. Denn die Erbtheilungsklage ist eine actio bonae fidei. Ulpian sagt L. 18. §. 3. D. b. t. Sumtuum, quos unus ex heredibus bona fide fecerit, *usuras* quoque consequi potest a coherede *ex die morae*, secundum rescriptum Imperatorum SEVERI et ANTONINI. Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß

93) L. 24. §. 1. D. b. t. S. SCHOEMAN a. a. D. S. 332. und VOET de fam. ercisc. Cap. X. nr. 8.

1) daß diese Unkosten erst nach dem Tode des Erblassers verwendet worden sind, nachdem der Erbe gewußt, daß ihm die Erbschaft zu einem gewissen Antheile zustehe, und er auch in dieser Eigenschaft die Erbschaft schon angetreten hatte. Denn was er vorher verwendet hat, deswegen kann er nur mit der *actio negotiorum gestorum* klagen⁹⁴).

2) Er muß die Unkosten absichtlich und wissentlich um der Erbschaft willen verwendet haben. Was er nicht *animo heredis*, obgleich zum Nutzen der übrigen Miterben verwendet hat, dafür kann er nicht mit der *actio familiae erciscundae*, sondern nur mit der *actio negotiorum gestorum* Ersatz fordern⁹⁵).

3) Es müssen die gehaltenen Auslagen die Erbschaft im Ganzen betreffen, oder es muß wenigstens das Geschäft untheilbar gewesen seyn, welches den Kostenaufwand veranlaßte, so daß es der Miterbe nicht bloß für seinen Antheil besorgen konnte⁹⁶). Denn sind sie durch Erfüllung einer den einzelnen Erben obliegenden theilbaren Verbindlichkeit verursacht worden, so findet nicht die Erbtheilungsklage, sondern bloß die *actio negotiorum gestorum* Statt. Nur in jenen beiden erstern Fällen kann also die *actio familiae erciscundae* angestellt werden, und dann wird doch immer noch vorausgesetzt, daß die Erbtheilungsklage nicht

94) L. 49. §. ult. D. h. t. VOET de familia erciscunda Cap. X. nr. 3.

95) L. 44. §. 3. D. h. t. VOET c. l. nr. 4.

96) S. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37. Man sehe auch Westphal in dem angef. System §. 799. ff.

nicht etwa vorher schon angestellt gewesen, und die Erbschaft getheilt sey, weil sonst auch hier nur die *actio negotiorum gestorum* allein Statt haben würde. Hat also der Erbe eine Schuld bezahlt, die jeder der Miterben, wenn er deshalb selbst wäre belangt worden, hätte ganz bezahlen müssen, z. B. ein Erbe hat eine verpfändet gewesene erbchaftliche Sache eingelöst, welche nicht anders, als mit Bezahlung der ganzen darauf haftenden Schuld frey gemacht werden konnte; so fordert er von den übrigen Miterben ihren verhältnißmäßigen Beitrag mit der Erbschaftsklage, oder auch mit der *actione negotiorum gestorum*, und diese Forderung bleibt ihm auch dann noch gemiß, wenn auch das eingelöste Pfand noch vor der Erbscheidung zufällig verunglücken sollte. Eben so ist es, wenn ein Miterbe durch Befriedigung eines Legatars, welcher die Immission in die Güter der Erbschaft erlangt hatte, den Nachlaß von dem durch die Immission entstandenen prätorischen Pfandrechte befreuet; oder die Erbschaft gegen die Ansprüche eines Dritten durch seine Vertheidigung gerettet, und die Prozeßkosten bestritten hat. Wenn hingegen ein Miterbe eine erbchaftliche Schuld ganz bezahlt hat, die nicht in solidum auch gegen einen einzelnen Erben hätte eingeklagt werden können, von welcher also dieser Erbe nur seinen Antheil hätte bezahlen dürfen, so kommt ihm seiner Entschädigung halber nur die *actio negotiorum gestorum* zu. Auf solche Art stehen nun folgende Geschickten unter einander in der besten Harmonie.

L. 18. §. 1. *Cod. b. t.* In communi autem hereditate quin sumtus ab uno facti bona fide, *familiae erciscundae iudicio*, vel *negotiorum gestorum actione* servari possint, non est ambiguum.

L. 3. Cod. de negot. gestis. Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, *negotiorum gestorum actione* experiri potes: sive pignoris liberandi gratia debitum universon solvere coactus es, *actionem eandem habebis, vel iudicio familiae erciscundae*, si non est inter vos reditum, eam quantitatem assequeris.

L. 18. §. 6. et 7. D. b. t. Cum unus ex heredibus legatum exsolvit ei, qui missus fuerat in possessionem legatorum servandorum causa, putat *Papinianus*, et verum est, *familiae erciscundae iudicium* ei competere adversus coheredes: *quia non alias discederet legatarius a possessione, quam vice pignoris erat consecutus, quam si totum ei legatum fuisset exsolutum.* — Sed et si quis Titio debitum solverit, ne pignus veniret: *Neratius* scribit, *familiae erciscundae iudicio* eum posse experiri.

L. 31. D. eodem. Si servus pignori obligatus luat ab uno ex heredibus, quamvis postea decedat, officium tamen arbitri durat. Sufficit enim communionis causa, quae praecelcit, quaeque hodie duraret, si res non intercidisset.

L. 25. §. 15. D. eodem. Si unus ex coheredibus noxali iudicio servum hereditarium defenderit, et litis aestimationem obtulerit, cum hoc expediret: id pro parte hoc iudicio consequatur. Idem est et si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitterentur: et omnino, quae pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit, *familiae erciscundae iudicio locus est.*

L. 39. pr. D. h. t. Ex parte heres institutus, causam de totis bonis, quam omnes heredes patiebantur *ob insultam mortem*⁹⁷⁾, suscepit, et obtinuit. Coheres ab eo partem suam petebat, nec partem sumtum in litem praestare volebat. Quaesitum est, an doli exceptio noceret? Respondi, si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset, habendam rationem sumtum: sed et si omiserit doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumtum.

L. 78. §. 2. D. de contrah. emt. Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio,
 § 3 duobus

97) Statt der Worte *ob insultam mortem*, liest unser Cod. Pand. membr. Erlang. *ob inductam mortem*. Hingegen fehlen jene Worte ganz bey Halvoander, und sie stehen auch in mehreren Handschriften der Pandecten nicht, wie Brenkmann in dem Gebaunderschen Corp. iur. civ. bey dieser Stelle bemerkt hat. Allein die Richtigkeit derselben bestärken insonderheit die Libri Βασιλικῶν Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 39. pag. 681. wo diese Stelle so lautet: *Εάν τῶν κληροτόμων εγκαλουμένων, ὡς μὴ ἐκδικησάντων τὴν ἀναίρεσιν τῆ τελευτήσαντες, ὁ εἰς τοὺς λοιποὺς διεκδικῆσῃ, καὶ διὰ τῆτο πλέον δαπανήσῃ, ἔχει καὶ ἀπαιτήσιν θε παραγραφῆν, ἀπαιτούμενος παρ' αὐτῶν τὴν κληρονομίαν.* i. e. Si, cum heredes accusarentur, quasi necem defuncti non vindicassent, unus caeteros defenderit, et ob id amplius impenderit: coheres autem eius ab eo partem hereditatis petat iudicio familiae erciscundae, sumtum nomine et actionem habet, et doli mali exceptionem. Man sehe übrigenß Car. MOLINARI Quinque Lectiones solemnes Dolonae (Colon. Agripp. 1594. 8.) Lect. IV. pag. 78. sqq. und Westphal in dem angef. System §. 807.

duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae eriscundae iudicio servabit: nec, si partem solvat, ex emptō cum venditore aget; quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit.

Sind von einem Miterben Kosten blos zur Verzierung oder zum Vergnügen verwendet worden, so findet dieser Kosten wegen zwar, sofern der Aufwand noch vorhanden ist, eine Exception Statt, womit sich der Miterbe, so lange er im Besiz der Sache ist, schützen kann; allein eine Klage gestatten die Gesetze wegen dieses Aufwandes nicht, wenn nicht die übrigen Miterben dadurch erweislich bereichert worden sind⁹⁸⁾.

98) L. 27. pr. D. de negot. gestis. L. 39. §. 1. D. de heredit. petit. S. Bruno CASTENDYK Diss. de eo quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoris. Goett. 1792. Sect. I. §. 5.

Lib. X. Tit. III.

Communi dividundo.

§. 736.

Begriff des *iudicium communi dividundo*.

Die dritte Art der Theilungsklage ist das *iudicium communi dividundo*. Diese im eigentlichen Sinn sogenannte Theilungsklage ist eine gemischte Klage, welche derjenige, dem an einer gemeinschaftlichen singulären Sache ein Miteigenthum, oder sonst ein gemeinschaftliches dingliches Recht aus einem gerechten Titel zusteht, und die Theilung verlangt, gegen den andern Communionsinteressenten, welche sich beyde als Theilhaber gegenseitig anerkennen, dahin anstellt, daß die gemeinschaftliche Sache getheilt werde, und der Beklagte nebenher auch die aus der Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache entstandenen Verbindlichkeiten erfülle. Diese Klage hat also

1) eine gemeinschaftliche singuläre Sache zum Gegenstande, worunter hier alles begriffen ist, was nicht als gemeinschaftliche Erbschaft ein Object von Rechten ausmacht, es bestehe aus einer, oder aus mehreren einzelnen Sachen, welche zusammen eine *universitas rerum* ausmachen, wie z. B. eine Bibliothek, eine Heerde Vieh, ein Waarenlager. Ulpian sagt *L. 4. D. b. i. Per hoc*

judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus; non etiam hereditatis. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der actio familiae erciscundae. Nur dann kann wegen gemeinschaftlicher Erbschaftsachen auch communi dividundo geklagt werden, wenn die Erbsonderungsklage schon einmal gebraucht worden ist, und diese Sachen erst nachher noch zum Vorschein gekommen sind, nachdem die Erbschaft schon getheilt war⁹⁹⁾. Sonst hat die actio communi dividundo das Meiste mit der Erbtheilungsklage gemein¹⁰⁰⁾. Darin aber ist der Unterschied zwischen beyden Klagen merkwürdig, daß die Erbtheilungsklage nicht mehr als einmal gebraucht werden kann¹⁾, dahingegen die actio communi dividundo so oft Statt findet, als noch etwas zu theilen übrig ist²⁾.

2) Der Kläger, der sie anstellt, muß Theilhaber an der geklagten gemeinschaftlichen Sache seyn, und von dem Beklagten auch dafür anerkannt werden. Bedient sich der letztere der Ausflucht, daß der Kläger kein Mittheilhaber sey, so muß dieser erst sein gemeinschaftliches Recht an der Sache erweisen. Ist nun der Kläger im Besitz oder Mitbesitz, und der Beklagte behauptet, die Sache gehöre ihm allein zu, so wird der Beweis des Miteigenthums als ein Incidentpunct tractirt, ohne daß eine

99) L. 34. D. Pro socio.

100) L. 6. §. 11. D. Comm. divid.

1) L. 20. §. 4. D. Famil. ercisc.

2) L. 4. §. 2. D. Comm. divid. Hoc iudicium bonae fidei est.

Quare, si una res indivisa relicta sit, valebit utique et caeterarum divisio: et poterit iterum, communi dividundo agi de ea, quae indivisa mansit.

eine andere Klage braucht angestellt zu werden. Denn er gehört zur Legitimation des Klägers *ad causam* 3). Wäre hingegen der Kläger nicht im Besitz der gemeinschaftlichen Sache, so paßt die Theilungsklage nicht, sondern der Kläger muß mit der Reivindication sein Mitelguthum ausführen. Es ist daher rathsam, daß wenn der Kläger einen Widerspruch von Seiten des Beklagten besorgt, er die Reivindication mit dem *iudicio communi dividundo* successivisch cumulire 4). Noch ist zu bemerken, daß auch zwischen dem Erben und dem Legatar die Theilungsklage Statt finden kann, wenn es ungewiß ist, wieviel wegen der Falcidischen Quarte von dem Vermächtniß abgezogen und inne behalten werden könne. Paulus sagt *L. 8. §. 1. D. h. t. Si incertum sit, an Lex Falcidia locum habeat, inter legatarium et heredem communi dividundo agi potest: aut incertae partis vindicatio datur* 5). *Similiter fit, et si peculium legatum sit: quia, in quantum res peculiares deminuit, id, quod domino debetur, incertum est.*

3) Die Klage geht auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache, und nebenher auch auf Erfüllung der in Ansehung derselben entstandenen persönlichen Verbindlichkeiten. Ist die gemeinschaftliche Sache schon getheilt, es ist aber nach der Theilung ein gewesener Communionsinteressent

3) S. den 4. Th. dieses Commentars S. 286. 2. S. 36.

4) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 4. Band S. 1134. S. 414.

5) Diese Klage hat nämlich alsdann Statt, wenn der Erbe dem Legatar das Vermächtniß streitig macht. S. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. b. pag. 303.

fent dem andern noch Etwas zu leisten schuldig, so hat nicht das *iudicium communi dividundo*, sondern die *actio pro Socio* Statt. Paulus sagt *L. i. D. b. t. Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro Socio actio magis ad personales invicem praestations pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique (diesem zu Folge) cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.* Und Pothier⁶⁾ bemerkt bey dieser Stelle: *Necessarium est iudicium pro Socio, si, post factam divisionem, sit aliquid, quod socius socio praestare debeat, cum post factam divisionem iam res communis non sit, proindeque iudicium communi dividundo cesset, necesse est hoc casu recurrere ad iudicium pro Socio.* Ist die gemeinschaftliche Sache zufällig zu Grunde gegangen, und ein Theil dem andern noch Etwas aus der Gemeinschaft zu leisten schuldig ist, so hat das *iudicium communi dividundo utile* Statt, wie Cajus lehrt *L. ii. D. b. t.* In summa admonendi sumus, quod, si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile* datur: veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit, sive socius eius solus aliquid ex ea re lucratus est, veluti operas servi mercedesve, hoc iudicio eorum omnium ratio habetur.

§. 737.

Unter welchen Personen findet das *iudicium communi dividundo* Statt?

Das *iudicium communi dividundo* hat unter Theilhabern einer *res singularis* Statt, die Gemeinschaft mag durch

6) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. i. Man sehe auch VINNIUS Selectar. iuris Quaestio. Lib. I. cap. 36.

durch Vertrag, oder zufällig durch Vermächtniß, oder Schenkung u. d. entstanden seyn. Nihil interest, sagt Cajus⁷⁾, cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est *communi dividundo iudicio*. Cum societate res communis est, veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt. Sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß den Theilhabern ein dingliches Recht an der gemeinschaftlichen Sache aus einem rechtmäßigen Titel zustehet⁸⁾, der Rechtstitel bey den einzelnen Theilhabern sey gleich, oder verschieden⁹⁾; das dingliche Recht sey ein Mittelgenthum, oder ein gemeinschaftliches Nutznießungsrecht¹⁰⁾, oder ein gemeinschaftliches Pfandrecht¹¹⁾, sie mögen dieses Pfandrecht vom Schuldner selbst, oder durch eine von dem Richter verfügte *missio* in

7) L. 2. pr. D. h. t.

8) L. 7. §. 3. D. h. t. Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat: si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit: ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur. Unter solchen, deren Besitz ungerecht ist, findet das iudicium communi dividundo nicht Statt. L. 7. §. 4. et 5. D. h. t.

9) J. E. der eine kann titulo institutionis, der andere titulo legati an der Sache Theil haben. L. 8. §. 1. D. h. t. S. vort Comm. h. t. §. 1. Ferner so kann der eine Communionsinteressent Eigenthümer von einem Theile seyn, der andere aber iura pignoris den andern Theil besitzen. L. 2. Cod. h. t. S. POTHIER Pandect. Justin. T. I. li. 2. Nr. IX. pag. 303.

10) L. 7. §. 7. D. eod.

11) L. 7. §. 6. D. eodem.

in possessionem erhalten haben²⁾. Nur ein Pfandgläubiger, dem der Schuldner seinen Antheil an einer ihm mit einem Dritten gemeinschaftlichen Sache verpfändet hat, kann gegen den Dritten die Theilungsklage nicht anstellen, wohl aber kann derselbe von dem Miteigenthümer seines Schuldners auf Theilung provocirt werden³⁾. Kommt nun in diesem Falle die Sache zum öffentlichen Verkaufe, und sie wird, weil sie sich nicht wohl theilen ließ, dem Pfandgläubiger, als dem Meistbietenden, zugeschlagen; so muß sich der Schuldner dies gefallen lassen, und es wird ihm nicht gestattet, gegen Bezahlung der Schuld, seinen Antheil zurück zu fordern, wenn er nicht auch den andern Theil annehmen will, den der Gläubiger bey der Adjudication an sich gebracht hat. Ulpian sagt *L. 7. §. 13. D. h. t. Si debitor communis praedii partem pignori dedit, et a domino alterius partis provocatus creditor eius, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo superavit, et debitor eius, cui res fuit adjudicata, velit partem suam praedii recipere, soluto eo, quod ipse debuit, eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit recipere, quam creditor per adjudicationem emit.* Man sollte denken, der Gläubiger hätte wohl sollen dem Schuldner von der geschehenen Provocation seines Miteigenthümers Nachricht geben, damit er als Theilhaber selbst hätte blei-
ben können. Allein man nimmt hier an, der Schuldner habe

2) *L. 7. §. 8. D. h. t. Item si duo a Praetore missi sunt in possessionem legatorum: est enim iusta causa possidendi, custodiae gratia. Ergo et si duo ventres, idem erit dicendum. Quod habet rationem.*

3) VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin.*

habe durch die Verpfändung seines Antheils den Gläubiger auf den Fall zu seinem Bevollmächtigten bestellt, da die Provocation auf Theilung unterdessen geschehen würde¹⁴⁾. Uebrigens kann man doch auch dem Gläubiger nicht zumuthen, daß er mit dem Schuldner des Pfandes wegen in eine ihm lästige Gemeinschaft trete. Es beruhet also diese Entscheidung auf hinreichenden Gründen, wie Ulrich Zuber¹⁵⁾ mit mehrerem gezeigt hat.

Auch Theilhaber einer gemeinschaftlichen Prädialservitut können nicht auf Theilung des dinglichen Rechts selbst, wohl aber auf getheilte Ausübung desselben mit dem iudicio communi dividundo utili klagen, z. B. daß jeder sie zu einer gewissen Zeit und in einem gewissen Maaße ausüben darf¹⁶⁾.

Uebrigens findet die Theilungsklage Statt, die Interessenten mögen sich im Besitz der gemeinschaftlichen Sache befinden, oder nicht¹⁷⁾. Hingegen steht denjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich gepachtet haben, diese Klage so wenig, als denjenigen zu, denen zugleich eine Sache in Verwahrung gegeben worden ist¹⁸⁾. Non enim sibi, sagt Pothier¹⁹⁾ sed domino, a quo conduxerunt, aut depositum susceperunt, possident. Es wird also zur Begründung des iudicii communi dividundo schlechterdings

14) L. 29. sub fin. D. Familiae ercisc.

15) Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 437. sq.

16) L. 19. §. 4. D. b. t. VOET h. t. §. 2.

17) L. 30. D. b. t.

18) L. 7. §. 11. D. b. t.

19) Pandect. Justin. T. I. h. t. Nr. VIII. not. h.

dinge erfordert, daß dem Kläger entweder ein Mitelgenthum an der gemeinschaftlichen Sache, gleichviel, von welcher Art es sey, ein wahres, oder nur ein putatives, wie dem *bonae fidei possessor* zugeschrieben wird²⁰⁾, ein vollkommenes, oder nur ein unvollkommenes, wie der *Superficiar*²¹⁾ oder *Emphyteuta*²²⁾ hat, oder sonst ein dingliches Recht zustehet. Gründet sich die Klage auf das Mitelgenthum, so wird sie *iudicium communi dividundo directum*, gründet sie sich hingegen auf ein anderes dingliches Recht, so wird sie *iudicium communi dividundo utilis* genennt.

§. 738.

Grundsätze von Theilung gemeinschaftlicher Sachen.

Wenn auf Theilung singularer gemeinschaftlicher Sachen geklagt wird, so können hier mancherley Streitigkeiten entstehen.

I. Ueber die Theilungsverbindlichkeit. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Einige Theilhaber verlangen die Theilung, andere nicht, sondern wollen in Gemeinschaft bleiben. Können letztere durch ihren Widerspruch die Theilung hindern? Nein, sie müssen sich auf die Theilung einlassen, und jene wegen ihrer Antheile abfinden; übrigens kann die Gemeinschaft unter den Letztern bestehen²³⁾.

2) Die

20) L. 7. §. 2. D. b. t. Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.

21) L. 1. §. 8. D. de Superficiis.

22) L. 7. pr. et §. 1. D. b. t.

23) L. 8. pr. D. b. t.

2) Die Theilhaber haben den Vertrag geschlossen, daß die Gemeinschaft nicht aufgehoben werden, und daher die gemeinschaftliche Sache ungetheilt bleiben solle. Es wird darüber gestritten, in wiefern dieser Vertrag die Theilhaber verpflichte? Die Grundsätze, nach welchen der Richter diesen Streit unter den Interessenten zu entscheiden hat, gehen dahin.

1) Der Vertrag, daß die gemeinschaftliche Sache nie getheilt werden, sondern die Gemeinschaft ewig dauern, und also auch noch, nach dem Tode der Communions-Interessenten, unter ihren Erben fortgesetzt werden solle, hat nie die Kraft, daß dadurch die Theilungsklage ganz ausgeschlossen werden könne, wenn auch der Vertrag mit einem Eide wäre bekräftiget worden *). Denn Paulus sagt L. 70. D. Pro Socio. Nulla societatis in aeternum coitio est. Ist hingegen

2) die Dauer bestimmt, es sey nun solche entweder auf die ganze Lebenszeit der Interessenten erstreckt, oder auf eine kürzere bestimmte Zeit beschränkt worden, binnen welcher die gemeinschaftliche Sache nicht getheilt werden solle, so ist der Vertrag in so weit verbindlich, daß kein Theil ohne eine sehr wichtige Ursache davon abgehen darf²⁴⁾. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 1. pr. D. pro Socio. Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus.

L. 14. D. eodem. Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur
CON-

*) S. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 3069.

24) Man sehe hier vorzüglich *Christ. Lud. CRELLII Observaciones de communiione necessaria et indissolubili. Vitembergae 1751. §. 7.*

convenisse, ne societate abeat. Quid tamen, si hoc convenit, *ne abeat*: an valeat? Eleganter POM-
PONIUS scripsit, *frustra hoc convenire*. Nam etsi non
conveniet, si tamen intempestive renunciatur societa-
ti, esse *pro socio actionem*. Sed etsi convenit, *ne intra
certum tempus societate abeat*, et ante tempus renun-
cietur, potest rationem habere renunciatio: nec te-
nebitur pro Socio, qui ideo renunciavit, *quia conditio
quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur; aut
quid si ita iniuriosus²⁵⁾ et damnosus socius sit, ut non ex-
pediat eum pati?*

L. 15. D. eodem. Vel quod ea re frui non liceat,
cuius gratia negotiatio suscepta sit?

L. 16. §. 1. D. eodem. Qui igitur paciscitur, *ne di-
vidat*, nisi aliqua iusta ratio intercedat, nec vendere
poterit, *nec alia ratione efficiet, ut dividatur*. Et sane
potest dici, venditionem quidem non impediri, sed
exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante
dividat, quam divideret is, qui vendit.

L. 17. pr. D. eodem. Sed et socius, qui alienave-
rit, contra pactionem committit, et tenetur *societatis,
aut communi dividundo iudicio*.

L. 14. §. 2. et 3. D. Commun. divid. Si conveniat,
ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires
habere, manifestissimum est. Sin autem *intra certum
tempus*, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, va-
let. —

25) i. e. facilis ad contumeliam faciendam, conviciumque dicen-
dum, ein zänkischer Mensch. S. BRISSONIUS de V. Signif. v.
Iniuriosus.

let. — Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium. Quare etiam quoque communi dividundo agendo, eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summovebitur.

II. Kann der Streit den Theilungsmaassstab und die Art der Vertheilung unter die Interessenten betreffen. Hier treten folgende Grundsätze als Entscheidungsnormen ein.

1) Die Vertheilung geschieht nach dem Verhältniß des Antheils, den jeder Communionsinteressent an der gemeinschaftlichen Sache hat. Zunächst aber wird immer Gleichheit der Antheile vermuthet²⁶⁾.

2) Wenn die gemeinschaftliche Sache eine körperliche ist, so ist sie entweder

a) theilbar. Dann wird jedem sein Antheil an der Sache zugesprochen. *L. 1. C. b. t. Quodsi divisio praedii sine cuiusquam iniuria commode fieri poterit, portionem suis finibus tibi adiudicatam possidebis.*

b) Die gemeinschaftliche körperliche Sache ist physikalisch oder rechtlich untheilbar. Hier kann der Richter die Sache demjenigen Theilhaber ganz zusprechen, welcher

26) *L. 13. D. de iudic. L. 29. pr. D. Pro Socio. L. 63. §. 5. D. eodem. S. Chr. Lud. CRELL Diff. de praesumptione aequalitatis in iudiciis divisoriiis Vucemb. 1735. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 574.*

der das Mehreste bietet, oder bey gleichem Gebote demjenigen, welcher den größten Theil an der Sache hat²⁷⁾, und diesem kann er auferlegen, den andern wegen seines Antheils mit Gelde abzufinden²⁸⁾. Will keiner bieten, oder keiner kann den andern nicht überbieten, so muß die Sache öffentlich zum Verkauf ausgebaut, und dem Meistbietenden überlassen werden²⁹⁾; oder wenn die Interessenten dies nicht wollen, so kann der Richter durch Theilung der Rechte an der Sache eine Auskunft treffen³⁰⁾. Sind mehrere einzelne Sachen zu vertheilen, so müssen sie taxirt, und verlooset werden, was einer über seinen Antheil erhalten hat, zahlt er dem andern heraus³¹⁾. Ueberhaupt aber muß immer der Richter bey dem Theilungsgeschäfte dasjenige zur Norm befolgen, was für alle das Beste ist, oder von den Theilhabern selbst beliebt wird³²⁾.

3) Ist

27) L. 34. §. 2. C. de donat. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 15.

28) L. 1. Cod. h. t. Et ea actione aut universum praedium, si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretii, obtinebis; aut pretii portionem, si meliorem alius conditionem obtulerit, consequeris.

29) L. 3. C. b. t. Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo ematore admisso; maxime si se non sufficere ad iusta pretia, alter ex sociis, sua pecunia vincere vilius licitantem, profiteatur.

30) L. 6. §. 10. D. h. t. Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adiudicet. C. den 9. Th. des Commentars §. 628.

31) L. 3. pr. C. b. t. LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pr. h. t. §. 15.

32) L. 21. D. b. t. Iudicem in praediis dividendis, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi convenit.

3) Ist die gemeinschaftliche Sache unkörperlich, so sind hier verschiedene Fälle denkbar.

a) Es kann mehreren an der nämlichen Sache ein gemeinschaftliches Nutznießungsrecht zustehen. Hier kann die Theilung nach Vorschrift der L. 7. §. 10. D. b. t. ³³⁾ auf dreierley Art geschehen.

a) Wenn jedem Theilhaber ein verhältnißmäßiger Theil des Grundstücks zur Benutzung angewiesen; oder

β) das nutznießliche Grundstück einem Dritten in Pacht gegeben, und der Pachtzins unter die Interessenten vertheilt wird; oder man läßt

γ) die Nutznießer ein Jahr um das andere abwechseln.

b) Es kann mehreren ein gemeinschaftlicher *usus* an einer Sache zustehen. Ein solches Recht ist eigentlich an sich untheilbar, und kann auch weder verkauft noch verpachtet werden. Die Auseinandersetzung kann daher in diesem Falle füglich, anders nicht geschehen, als in der Art, daß der Richter den Werth schätzt; sodann dem einen der ganze *usus*, dem andern aber eine verhältnißmäßige Abfindung in Gelde zugesprochen wird. Paulus hat sich

§ 2

hier

33) L. 7. §. 10. b. t. sagt. Quum de usufructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita dirigit, ut vel regionibus eis uti frui permittat; vel locet usufructum uni ex illis, vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant; vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat, caveantque, per tempora se ufuros et fruituros: hoc est, ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usufructus.

hierüber L. 10. §. 1. D. b. 2. auf folgende Art erklärt: Si *usus tantum noster sit*, qui neque venire neque locari potest; quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio videamus? Sed Praetor interveniet, et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti: quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit³⁴).

c) Es kann auch mehreren ein gemeinschaftliches Pfandrecht zustehen. Hier muß die Theilung des Pfandes nach dem Verhältniß des Schuldbetrags geschehen. Kann das Pfandstück auf diese Art nicht getheilt werden, so muß die Auseinandersetzung auf die Art geschehen, daß ein Gläubiger den andern wegen seiner Forderung befriediget, und das gemeinschaftliche Pfand hierdurch allein an sich bringt, woben jedoch dem Schuldner das Recht, sein Pfand wieder einzulösen, unbenommen bleibt. Ulpian sagt L. 7. §. 12. D. b. t. Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro

34) POTIER in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. c. pag. 310. erläutert diese Stelle folgendermassen: *Finge duobus coniunctim legatum esse eandem usum: quomodo dividetur inter eos legatum? Nam usus est individuus; an usum arbiter uni totum adiudicabit, et alteri eum in partem pretii condemnabit? Sed nec hoc fieri posse alicui videbitur; usus enim nec vendi nec locari potest: usuarius enim vendendo aut locando suum usum, magis frui, quam uti videretur. Receptum est tamen propter necessitatem, ut in iudicio communi dividundo hoc fieri possit: nec videbitur is, qui mercedem accipit, magis frui, quam uti, quia magis necessitatis, quam fruitionis causa eam mercedem accipit.*

pro ea parte debetur; et, si adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, et pignus suum luere. Idemque dicitur, et si possessor pignoris litis aestimationem pigneratitia³⁵⁾ in rem agentis offerat³⁶⁾.

Uebrigens wird auch hier vorausgesetzt, daß die gemeinschaftliche Sache einer Theilung bedürfe. Die actio communi dividundo geht daher nicht auf nomina communia, d. i. auf gemeinschaftliche Kapitalsforderungen. *Nomina enim sunt ipso iure divisa.* Steht also das gemeinschaftliche Kapital noch bey dem Schuldner, so kann jeder gegen den Schuldner auf seinen Antheil klagen. Hat hingegen einer von den Interessenten das Kapital von dem Schuldner erhoben, so kann nach dem hier eintretenden verschiedenen Verhältniß gegen den Empfänger entweder actione mandati, oder negotiorum gestorum oder auch pro socio geklagt werden. Indessen bleibt es den übrigen auch frey, gegen den Schuldner selbst auf ihren Antheil zu klagen, wenn er ohne gehörige legitimatio einem der Interessenten das Ganze ausbezahlt hat.

§. 739.

Verhältniß der Theilhaber zu einander in Absicht auf die Dispositionsbefugniß über die gemeinschaftliche Sache.

So lange die Gemeinschaft noch wirklich besteht, kann keiner der Theilhaber für sich eine Verfügung über die ge-

3

mein-

35) i. e. hypothecaria.

36) Scilicet non aestimabitur res vero pretio; sed duntaxat ad quantitatem debiti, pro quo pignerata est creditori, qui hypothecaria agit, wie POTHIER in Pand. Justin. h. t. Nr. XLVII. not. e. hier bemerkt hat.

meinschaftliche Sache, gegen den Willen der übrigen Theilhaber, selbstständig vornehmen. Denn er würde hierdurch in die Rechte der übrigen willkürlich eingreifen. Wenn daher ein Socius mit der gemeinschaftlichen Sache eine Neuerung vornehmen, oder sonst etwas verfügen wollte, was die Rechte des andern Theilhabers kränkte, oder gar auflösete; so hat dieser ein gegründetes Recht zu widersprechen, und den Hindernissen zu begegnen, welche den Umfang seiner Gerechtfame schmälern dürften³⁷⁾. Ja wenn auch mehrere der Interessenten eine solche Veränderung vorzunehmen beschlossen hätten, und auch nur einer der Theilhaber widerspricht, so ist dieser Widerspruch entscheidend, und die Veränderung muß unterlassen werden. Dies ist der Sinn der *L. 28. D. b. t.* wo es heißt: *In re communi neminem dominorum iure facere quicquam, invito altero, posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse. In re enim pari potiorum causam esse prohibentis, constat*³⁸⁾. Die Mehrheit der Stimmen kann demnach nicht entscheiden, wenn es auf das Interesse eines jeden Einzelnen ankommt³⁹⁾. Daher wird die Einwilligung aller Theilhaber erfordert, wenn z. B. von der Veräußerung, oder Verpfändung, oder Verpachtung, oder Beschwörung der gemeinschaftlichen Sache mit Dienstbarkeiten die Rede ist. Zwar ist es jedem Einzelnen erlaubt, seinen Antheil, auch ohne Einwilligung der übrigen, an einen

37) §. 9. I. de rer. divis. *L. 12. L. 28. D. b. t.*

38) *Add. Cap. 56. de Reg. iuris in Vito.* Man sehe auch KRUELLS Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen Nr. I. §. 26. und 27.

39) PUFENDORF *Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 125.*

einen Fremden zu veräußern. Allein hat er das Ganze eigenmächtig verkauft, so präjudicirt dies den übrigen nicht, welche in die Veräußerung nicht eingewilliget haben, und das Eigenthum ihres Antheils geht nicht auf den Käufer über. Sie können daher entweder den Käufer zu ihrem Antheil mit der *Reivindicatio* in Anspruch nehmen, oder sich an den Verkäufer halten. Folgende Stellen des Römischen Rechts setzen dieses außer Zweifel.

L. 1. C. de commun. rer. alienat. Si nulla usucapionis praerogativa, vel diuturni silentii praescriptio emptorem possessionis, quam a coheredibus patrum tui distractam suggeris, pro portione tua munit: in rem actio incolumis perseverat. At si receptum ius (d. h. die Verjährung) securitatem emptori praestiterit, arbitrium est tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione tua satis illicitam venditionem celebraverunt.

L. 3. C. eodem. Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

L. 4. C. eodem. Portionem quidem tuam militantis frater tuus alienare non potuit: eius autem partem, pretio soluto, tibi restitui postulare, nec militari gravitati convenit.

L. un. C. Si communis res pignori data sit. Frater vester, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando, obligationem creditori quaesivit. Unde intelligitis, contractum eius nullum praesudicium domino vestro facere potuisse.

L. 63. pr. D. Pro socio. Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.

Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn der Fiskus Mitelgenthümer ist. Dieser hat das Vorrecht, daß er die ganze Sache verkaufen kann, und der andere Theilhaber kann in diesem Falle nichts weiter fordern, als daß ihm sein Antheil in Gelde vergütet werde.

L. 2. C. de commun. rer. alienat. Multum interest, utrum coheredes tui possessionem communem distraxerunt, an vero fiscus, cum partis dominus esset, soliditatem iuxta proprium privilegium vendidit. Etenim si a fisco facta sit venditio, fidem eius infringi minime rationis est. Si vero coheredes soliditatem vendiderunt: licet emtor ab his delegatus partem pretii fisco solverit, alteramque in cautionem deduxerit, tamen portioni tuae ea venditio non potest obistere.

Das Vorrecht des Fiskus, worauf sich diese Stelle bezieht, steht *L. un. Cod. de vendit. rer. fiscal. cum privatis commun.* Forma est (es ist Grundsatz), quoties ad fiscum vel minima portio rei pertinet, ut universa a procuratoribus meis distrahatur: sed pretium partis tantum in fiscum redigatur, reliquum dominis partium restituatur. Emtorem igitur praediorum, de quibus libellum dedisti, apud suum iudicem conveni, usurum defensionibus, si quae sibi competunt⁴⁰⁾.

2) Wenn

40) S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum u. §. 340.

2) Wenn der Gegenstand der Gemeinschaft eine *causa promercialis*, d. h. eine solche Sache ist, die deswegen angeschafft worden, um damit Handel zu treiben. Diese kann einer von den Communionsinteressenten allein verkaufen, weil dieses dem Zweck der errichteten Gemeinschaft gemäß ist⁴¹⁾.

Hat ein Theilhaber gegen den Willen der übrigen eine Aenderung gemacht, oder machen lassen, so kann er deshalb nicht nur keinen Kostenersatz von den übrigen fordern, sondern er kann auch zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes angehalten werden⁴²⁾. Hat hingegen ein Fremder eine Veränderung gemacht, und ein Theilhaber, der solches allein verhindern konnte, hat solches geschehen lassen, so kann dieser zwar zur Wiederherstellung nicht gezwungen, aber mit dem *iudicio communi dividundo* auf Ersatz des Schadens belangt werden. Papinian sagt *L. 28. D. b. t. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid, absente socio, ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

Ueberall wird jedoch, wenn ein *Socius* widerspricht, vorausgesetzt, daß sein Widerspruch gegründet seyn müsse. Wenn daher der Widerspruch eines Theilhabers gegen eine
von

41) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

42) G. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3063. lit. D.

von den übrigen beschlossene Veränderung in einem solchen Falle geschähe, wo die Veränderung dem Widersprechenden durchaus unschädlich, oder der gemeinschaftlichen Bestimmung der Sache angemessen ist, z. B. das gemeinschaftliche Haus bedarf einer nöthigen Reparatur; so verdient ein solcher Widerspruch gar keine Rücksicht, und kann daher auch von gar keiner Wirkung seyn⁴³⁾. Der dissentirende Theilhaber muß also, seines Widerspruchs ungeachtet, nicht nur seinen Kostenbeitrag liefern, sondern er kann sogar, wenn er solchen binnen vier Monaten nicht bezahlt, seines Antheils an der gemeinschaftlichen Sache verlustig erklärt werden⁴⁴⁾.

§. 740.

Personalprästationen bey*m* iudicio communi dividundo.

Die actio communi dividundo geht auch auf mancherley persönliche Prästationen. Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio, sagt Ulpian L. 4. §. 3. D. b. t. ita etiam praestationes veniunt. Diese sind nun

I. Berechnung und Herausgabe der von einem Theilhaber gezogenen Nutzungen. Sie müssen nur erhoben worden seyn, nachdem die Sache schon gemeinschaftlich war. Plane fructus ante percepti, quam res communis esset, in

43) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXVIII. medit. 6. und Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

44) L. 52. §. 10. D. Pro Socio. L. 4. Cod. de aedificiis privat. Man sehe auch WESTPHAL Interpretat. iuris de libertate et servitutib. praedior. §. 16.

in communi dividundo iudicium non veniunt, sagt Ulpian *L. cit. 4. §. 3. b. t.* Der Beklagte kann jedoch die dabei gehaltenen Schäden und Kosten in Abzug bringen. Nur muß er auf gemeinschaftliche Berechnung die Nutzungen erhoben haben. Denn hat er es um seines eigenen Vortheils willen gethan, so muß er den Schaden allein tragen, und den Gewinn mittheilen. *L. 6. §. 2. D. b. t.* sagt:

Sive autem locando fundum communem, sive colendo, de fundo communi quid socius consecutus sit; communi dividundo iudicio tenebitur: et, siquidem communi nomine id fecit, neque lucrum neque damnum sentire eum oportet (sc. solum, nam commune esse debet); si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut et damnum ad ipsum respiciat ⁴⁵).

II. Ersatz des durch Dolus oder Culpa des einen Theilhabers verursachten Schadens. Es gilt hier in Absicht auf die culpa praestatio der nämliche Unterschied, den wir in Ansehung der Miterben bey dem iudicio familiae erciscundae bemerkt haben. Nämlich der Socius richtet entweder

1) durch positive Thätigkeit Schaden an, und dann haftet er mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz für jede Culpa.

L. 47. §. 1. D. Pro socio. Si damnum in re communi socius dedit, *Aquila teneri eum*, et CELSUS et JULIANUS et POMPONIUS scribunt.

L. 8.

⁴⁵) *§. 4. I. de Societate. L. 5. C. de aedific. privat.*

L. 8. §. 2. *D. Commun. divid.* Venit in communi dividundo iudicium etiam, si quis rem communem deteriore fecerit; forte servum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo. Oder

2) er schadet durch Unthätigkeit und Unterlassung. Hier haftet er nur für eine solche Nachlässigkeit, dergleichen er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt. Seine diligentia in concreto ist also hier der Maasstab für die Verantwortlichkeit seiner Culpa.

L. 72. *D. pro Socio.* Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae; culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia, qui parum diligentem sibi socium adscivit, de se queri debet.

§. ult. *I. de Societate.* Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpae, id est desidiae atque negligentiae nomine? quaesitum est: praevaluit tamen sententia, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet; nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibi que hoc imputare debet.

Diese Thätigkeit, mit welcher ein Gesellschafter bisher seine eigenen Geschäfte betrieb, hat der Richter nach äusserlichen Merkmalen zu untersuchen. Die Verbindlichkeit

keit zu dieser Thätigkeit in gemeinschaftlichen Angelegenheiten geht aber nie weiter, als auf das mittlere Versehen, welches ein guter Hausvater nicht zu begehen pflegt. Für eine solche culpa levis muß aber auch jeder seinem Gesellschafter haften, welcher noch bisher nie seine eigenen Geschäfte, oder wenigstens solche bisher noch nicht allein, d. h. ohne Vormund betrieb, z. B. er trat mit einem Andern in Gesellschaftsverhältnisse, sobald er von der väterlichen Gewalt oder von der Vormundschaft befreuet war. Da hier der Maasstab der diligentiae, quam socius suis rebus adhibere solet, ganz wegfällt; so erwartet der andere Contrahent mit Recht von seinem Gesellschafter die Achtsamkeit eines guten Hausvaters, da ihm hier keine Unvorsichtigkeit in der Wahl zur Last fallen kann ⁴⁶⁾. Hierauf sind folgende Stellen Ulpian's zu beziehen.

L. 23. D. de Regul. iuris, wo gesagt wird: *Societas, et rerum communio et dolum et culpam recipit.*

L. 5. §. 2. D. Commodati. Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto etc. ut in societate, et dolus et culpa praestatur.

Ist der Schade dadurch verursacht worden, daß der Communionsinteressent obrigkeitlichen Befehlen keine Folge leistete, so ist er dafür allemal verantwortlich, gesetzt auch, daß der Richter in seiner Strenge wirklich zu weit gegangen wäre. Hierher gehört, wenn Pomponius L. 20. D. h. t. sagt:

Si is, cum quo fundum communem habes, ad delictum non respondit, et ob id motu iudicis villa diru-

ta

46) S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts I. Bd. S. 309. ff.

ta est, aut arbutta succisa sunt, praestabitur tibi detrimentum iudicio communi dividundo. *Quidquid enim culpa socii amissum est, eo iudicio continetur.*

Daß hier von einem begangenen Ungehorsam die Rede sey, bestätigen die Basiliken⁴⁷⁾, wo diese Stelle folgendermaßen lautet:

Εὰν τὴ ἐνός τῶν κοινῶν μὴ ὑπακούοντος, ὁ δικαστὴς καταλύσῃ τὸ ἐποίκιον, ἢ τὰ δένδρα κόψῃ, χωρὰ κατ' αὐτὴ τῷ διακροῦντι τὰ ἐπίκοινα δικαστηρίῳ κινεῖται γὰρ ἐπὶ παντὶ ἀπολλυμένῳ ῥαθυμία τῆ κοινῶν. i. e. Si, uno ex sociis non obtemperante, iudex villam diruerit, vel arbores succiderit, cum eo iudicio communi dividundo agitur: quidquid enim culpa socii amissum est, in hoc iudicium venit.

Allein worin dieser Ungehorsam bestanden, dessen sich der Theilhaber an einem gemeinschaftlichen Grundstück schuldig gemacht hatte, ist wegen der streitigen Lesart schwer zu bestimmen. Die Florentine liest zwar *ad delictum*, und eben so Haloander. So lesen auch mehrere Handschriften, wie in der Gebauer'schen Ausgabe des *Corporis iuris Rom.* angemerkt wird; und diese Lesart vertheidigen besonders Stephan Wilhelm Blancard⁴⁸⁾ und Püttmann⁴⁹⁾. Allein Baudoza und unser Erlanger Pandecten-Codex lesen *ad edictum*. Dieser Lesart will
vor

47) Tom. V. Lib. XII. Tit. 2. Const. 20. pag. 51.

48) Disput. de villa motu iudicis diruta, ad L. 20. D. Comm. divid. Trajecti ad Rhen. 1737. (in Ger. ORLRICHS Thes. novae Dissertat. Belgicar. Vol. II. Tom. II. Nr. VII. p. 281. sqq.)

49) Adversarior. iuris univ. Lib. I. cap. 4.

vorzüglich Voet⁵⁰⁾ darum den Vorzug einräumen, weil sie mit den Worten *motu iudicis* am besten zusammenstimmen soll. Denn diese Worte sollen so viel heißen, als *impetu non rationali*. Dergleichen Affect gezieme nun zwar eigentlich dem Richter nicht, wie Callistratus L. 19. §. 1. *D. de officio Praesid.* erinnert; das Verfahren sey folglich in dem gegebenen Falle gar nicht zu rechtfertigen gewesen. Weil indessen solches durch den Ungehorsam des Socius war veranlaßt worden, so sey auch nun dieser dem andern Mittheilhaber für die daraus entstandene Folge verantwortlich. Cujaz⁵¹⁾ hingegen will lieber *ad delectum* lesen. Diese Lesart halten auch Duaren⁵²⁾, Taurelli⁵³⁾, Pothier⁵⁴⁾ und Brentmann⁵⁵⁾ für die allein richtige; und sie hat wirklich nicht unbedeutende Gründe für sich. Denn L. 4. §. 10. *D. re militari* sagt: *Gravius autem delictum est, detrectare munus militiae, quam adpetere: nam et qui ad delectum olim non respondebant, ut proditores libertatis, in servitutem redigebantur: sed mutato statu militiae recessum a capitis poena est*⁵⁶⁾. Vorzüglich aber wird sie durch eine Stelle aus Dionys von Halicarnas⁵⁷⁾ unterstützt, welcher von der außerordent-

lichen

50) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

51) Observation. Lib. XIII. cap. 29.

52) Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 4.

53) Adnotat. in edit. Pand. florent. ad h. L.

54) Pandect. Justin. T. I. h. 7. Nr. LXXXIX. not. I.

55) Not. ad h. L. in edit. Gebauer.

56) Mehrere ähnliche Stellen aus Quinctilian, Livius, Varro und Valerius führt DUARENUS cit. loc. an.

57) Antiquitat. Rom. Lib. VIII. ad A. U. C. 271. pag. 554. edit. Sylburg.

lichen Strenge gegen diejenigen, die der Conscription keine Folge leisteten, Folgendes aufgezeichnet hat, was ganz auf unser Gesetz paßt. *Oi γὰρ ὑπατοὶ προσελθόντες ἐξω τῆς πόλεως ἐν τῷ παρακειμένῳ πεδίῳ, τὰς στρατηγικὰς δίφρους ἔθηκαν ἐνταῦθα, καὶ τὸν στρατιωτικὸν ἐποίησαν καταλόγον, καὶ τὰς ἐκ ὑπακένοντας τοῖς νόμοις, ἐπειδὴ αὐτὰς ἀγεῖν ἐκ οἰοῖτε ἦσαν, εἰς κρημάτα ἐξημίαν ὅσοις μὲν χωρία ὑπῆρχον, ἐκόπτοντες ταῦτα, καὶ τὰς ἀυλαὶς καθαιρῶντες.* d. h. nach der Sulburgischen Version: *Nam consules, ex urbe in adjacentem campum egressi, postis ibi sellis imperatoris, delectum habuerunt; et, qui legibus non obedirent, eos, quoniam ipsos ducere nequibant, mulctarunt pecuniis; et si qui agros haberent, caesis arboribus, villisque dirutis.* Es erhellet hieraus, daß die Redensart *ad delectum non respondere*, von demjenigen gebraucht wurde, qui, vocati a consulibus, ut nomen militiae darent, praesto non erant ad consulum imperium, wie sie Porhier⁵⁸⁾ erklärt. Allein dies alles scheint mir dennoch nicht hinreichend zu seyn, um von der Florentinischen Lesart abzugehen. Denn es ist nicht wahrscheinlich, daß Pomponius hier an die ehemalige Strenge der Conscription gedacht haben sollte, da Arrius Menander l. 4 §. 10. *D. de re milit.* ausdrücklich sagt, es sey nur ehemals so gewesen, ehe man unter den Kaisern Truppen in Gold nahm, wie auch Elbert Leoninus⁵⁹⁾ ganz richtig erinnert hat. Es passen auch die Worte *motu iudicis* auf diesen Fall nicht recht, so gewiß es auch übrigens ist, daß unter *iudex* kein *iudex pedaneus*, sondern ein Magistrat zu verstehen sey. Denn daß

inson

58) a. a. D. not. 1. pag. 319.

59) Emendation. Lib. l. cap. ult.

Insonderheit der Praeses provinciae, dem das merum imperium über Verbrecher zustand, iudex genennt werde, erhellet aus mehreren Stellen der Pandecten⁶⁰⁾. Es ist also hier zu Folge der florentinischen Lesart von einem solchen Falle die Rede, wo der Besitzer eines gemeinschaftlichen Grundstücks wegen eines angeschuldigten Verbrechens von dem Magistrat, der die Criminalgewalt hatte, war gefordert worden, um auf die wider ihn angestellte Anklage zu antworten. Dies heißt hier *respondere ad delictum*, wie Blancard⁶¹⁾ gezeigt hat, und es ist gar nicht abzusehen, wie Robert⁶²⁾ diese Redensart eine *scriptura absona* nennen kann. Der Vorgeladene gehorchte nun dieser Ladung nicht, sondern ergriff die Flucht. Dies scheint der eigentliche Fall des Gesetzes zu seyn, wie auch der griechische Scholiast in den Basiliken⁶³⁾ meint, durch dessen Bemerkung die florentinische Lesart noch mehr bestärkt wird. Dieser sagt nämlich: *Τυχὸν ἐπὶ ἀμαρτήματος ἐνήγето, δὲ κληθεὶς οὐκ ὑπήκουσ' κατέλυσε δὲ τὸ δικασθῆναι τὸ κοινὸν σποίκιον*. i. e. *Fortē enim reus alicuius criminis agebatur, et vocatus non paruit: iudex autem communem villam diruit*. Wenn nun gleich gegen Angeklagte, welche flüchtig geworden, eigentlich nur eine Versiegelung und Aufzeichnung des hinterlassenen Vermögens Statt hat-

te 5.

60) L. 19. D. de offic. Praes. §. 9. I. de public. iud. Vid. Corn. van BYNCKERSHOEK. Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 2. pag. 12. edit. Heineccian.

61) Disputat. cit. Cap. II. §. 3 — 5.

62) Sententiar. iuris Lib. III. cap. 4.

63) Βασιλικῶν Lib. XII. Tit. 2. ad Const. 20. Tom. II. pag. 61.

te⁶⁴); so überreilte dennoch in dem gesetzlichen Falle der Affect des Zorns den Präses dergestalt, daß er gegen den Entwichenen, wie gegen einen überwiesenen Verbrecher, verfuhr, und sogar die gemeinschaftliche Villa zerstören ließ⁶⁵). Der Ausdruck *motus iudicis* wird zwar auch in einer guten Bedeutung gebraucht⁶⁶); allein hier soll er wohl nichts anders als den aufwallenden Affect des Zorns und Unwillens bezeichnen, welcher den Richter überraschte, und ihn verleitet, einen Schritt zu thun, der auf keine Weise gerechtfertiget werden konnte. In dieser Bedeutung kommt der Ausdruck *motus iudicis* öfters vor⁶⁷), und man muß sich billig wundern, wie Rävard⁶⁸) auf die Grille verfallen konnte, statt *motu iudicis*, *Magistratus imperio* zu lesen. Cornel van Bynkershöt⁶⁹) hat ihn deshalb kurz, aber sehr treffend abgefertiget, wenn er sagt: *omnino aut errat, aut ludit Rævardus*. Richter erklärt Voet⁷⁰) den *motus iudicis* durch *impetus non ratio-*

64) L. 2. L. 4. et 5. D. de requirend. vel absent. reis. L. 1. C. eodem. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. obsignare.

65) Ein ähnliches Beispiel einer solchen tumultuösen Strafe gegen Ungehorsame hat Cicero *Philipp. I. c. 5*. Man sehe auch Ev. OTTO de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 5. pag. 469.

66) L. 21. §. 3. D. de testib. L. 10. C. de accusat. L. 2. Cod. ad SCtum Turpill. L. ult. Cod. Theod. ad L. Corn. de fals.

67) L. 19. §. 1. D. de offic. Praef. L. 12. C. de offic. Rect. prov. L. 2. C. ad SCt. Turpill.

68) Varior. Lib. I. cap. 7.

69) Observatio. iuris Rom. Lib. V. cap. 14. Man sehe auch Rad. FORNERIUS Lib. III. Rerum quotidianar. cap. 3.

70) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

rationalis. Dem sey indessen, wie ihm wolle; der Theilhaber, der durch seinen Ungehorsam den Schaden veranlaßt hat, bleibt auf jeden Fall dem andern zur Entschädigung verpflichtet.

Noch ist zu bemerken, daß auch der Erbe für den Schaden seines Erblassers haftet, und mit der *actio communi dividundo* sogar in einem solchen Falle belangt werden kann, wo gegen den Erblasser die Klage des Aquilischen Gesetzes Statt gefunden hätte, wenn gleich diese Klage, als Pönalklage, gegen den Erben nicht Statt findet. Paulus sagt *L. 10. D. h. t. Item, quamvis Legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine Legis Aquiliae actio nascitur* ⁷¹⁾.

III. Erstattung der zum Besten der gemeinschaftlichen Sache aufgewandten Unkosten. Hierbei sind jedoch folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen im Auftrage des andern. Hier kann er den Ersatz durch Klage oder Einrede fordern, und in jenem Falle sich nach Verschiedenheit des Verhältnisses, nicht nur des *iudicii communi dividundo*, sondern auch der *actio mandati*, oder *pro socio*, bedienen.

2) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen ohne Auftrag. Hier ist wieder zu unterscheiden.

R 2

a) Er

71) S. Ant. FABER Rational. in Pandect. h. L.

a) Er hat die Auslagen absichtlich für die gemeinschaftliche Sache, als solche, oder, welches einerley ist, für das Mitelgenthum gemacht. In diesem Falle kann er den Ersatz derselben, sofern sie nothwendig, oder nützlich sind, von dem andern Theilhaber fordern.

L. 14. pr. D. b. t. In hoc iudicium hoc venit, quod communis nomine actum est, aut agi debuit ab eo, qui scit, se socium habere.

Es schadet nichts, wenn er sich auch in der Person des Mitelgenthümers geirrt, und geglaubt hätte, die Sache gehöre ihm mit dem A. gemeinschaftlich zu, woran aber dem B. das Mitelgenthum zusteht. Denn es ist schon genug, daß er die Sache für gemeinschaftlich hielt, und es ihm also mehr um die Sache, als um die Person zu thun war. Paulus sagt ausdrücklich *L. 29. D. b. t.*

Si quis, quum existimaverit, fundum communem sibi cum Maevio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset; recte dicitur etiam communi dividendo iudicium ei sufficere. Hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem autem, cuius socii: neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor; et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur.

Die Worte: *neque enim negotia socii gero, etc.* scheinen widersprechend zu seyn, und man sollte fast glauben, es müsse umgekehrt heißen. Dies will auch Corn. van Bynkershöt⁷²⁾. Allein der Ausdruck: *negotia gerere* bezieht

72) Observation. iur. Rom. Lib. VI. cap. II.

zieht sich immer nur auf fremde Geschäfte, hingegen kann man eine gemeinschaftliche Sache mit Recht sein Eigenthum nennen, so weit man Antheil daran hat. So hat nach Cujaz⁷³⁾ diese Stelle Jensius⁷⁴⁾ ganz richtig erklärt. Vergleicht man hierüber noch die Auctoritäten, welche Briffon⁷⁵⁾ gesammelt hat, so ist diese Erklärung vollends außer Zweifel gesetzt, und die Bynkershökische Wortversetzung erscheint nicht nur als eine *crisis dura*, sondern contrastirt auch mit den folgenden Worten: *et magis ex re etc.* wie Sammet⁷⁶⁾ gegen Bynkershök sehr gründlich erinnert hat. Die letztern Worte aber *et magis ex re etc.* erklärt Pothier⁷⁷⁾ ganz richtig so: *actio communi dividundo magis ex eo nascitur, quod in rem communem, tanquam communem, impensum est, quam ex eo, quod habita fuerit contemplatio personae socii. Nam etsi eum noverim, magis mea contemplatione facio (cuius interest, tueri negotium, quod ad me pertinet) quam ipsius contemplatione.*

In Absicht auf die wegen dieser Verwendungen zustehende Klage ist jedoch folgender Unterschied merkwürdig.

R 3

a) Der

73) Ad Lib. II. Quaestio. Pauli in h. L. 29.

74) Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. 29. pag. 91. sq.

75) De Verbor. significat. v. *Proprius*.

76) Var. iuris civ. capita. Cap. 6. §. 3. in *Opuscul.* pag. 235.

Nach dieser Erklärung können wir also aller weitem Emendation überhoben seyn, und wir haben weder nöthig mit Io. Guil. PAUW in *Observationib. iuris Rom.* Cap. 16. statt *proprium rem, proprie eam rem*, i. e. fundum, de quo instituit dicere Ictus, noch mit Ios. Lud. ERN. PÜTTMANN in *Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 6. §. 2. proprie iam rem tuor*, zu lesen.

77) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. LXXX. not. g. pag. 317.

a) Der Miteigenthümer hätte sein eigenes Interesse wahrnehmen können, ohne zugleich das Geschäft des andern mit besorgen zu dürfen. Hier hat die *actio communi dividundo* nicht Statt, sondern es kann deswegen nur als *actio negotiorum gestorum* geklagt werden⁷⁸⁾. Folgende Stelle des Paulus bestätigt dieses ganz klar:

L. 40. D. de negot. gestis. Si communes aedes tecum habeam, et pro tua parte damni infecti vicino cavero; dicendum est, quod praestitero, negotiorum gestorum actione potius, quam communi dividundo iudicio posse me petere; quia potui partem meam ita defendere, ut socii partem defendere non cogerer.

Hierher gehört auch, was Ulpian sagt *L. 6. §. 7. D. b. t. Si damni infecti in solidum praedibus (Bürgen) caveris; Labeo ait, communi dividundo iudicium tibi non esse: cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere, sed sufficere pro parte tua. Quae sententia vera est.*

β) Er konnte sein Geschäft nicht besorgen, ohne zugleich mit demselben das Geschäft des andern Theilhabers zu verbinden. Hier concurriren electiv die *actio communi dividundo* und *negotiorum gestorum*⁷⁹⁾. Ulpian theilt uns hierüber *L. 6. §. 2. D. b. t.* folgenden Grundsatz mit.

Non alias communi dividundo iudicio locus erit (ut et Papinianus scribit) nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin,
 si

78) *S. de cocceji ius civ. contrav. h. t. Qu. 3.*

79) *Arn. VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37. und THIRAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 575.*

si potuit, habes *negotiorum gestorum actionem*, eaque tenetur.

Daß aber deswegen auch die *actio negotiorum gestorum* Statt habe, erhellet aus den oben bey dem *iudicio familiae erciscundae* (§. 735. S. 115.) bereits angeführten Stellen, nämlich *L. 18. §. 1. Cod. familiae ercisc.* und *L. 3. Cod. de negot. gest.* verglichen mit *L. 6. §. 11. D. b. t.*

In zwey Fällen hat jedoch nur das *iudicium communi dividundo utile* Statt.

1) Wenn dieser Verwendungen wegen auf Ersatz geklagt wird, nachdem schon die Gemeinschaft der Sache selbst aufgehoben war. Ulpian giebt in der *L. 6. §. 1. D. b. t.* folgenden Grundsatz: *iudicium communi dividundo utile datur de praestationibus, quotiens fundus communis esse desit.* Und Cajus sagt überhaupt in der *L. 11. D. eodem.* In summa admonendi sumus, quod si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile datur*; veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit.

2) Wenn sich der Kläger in der Person des Mittheilungsbeklagten geirrt hatte, es mag wegen der Verwendungen geklagt werden, ehe noch die Gemeinschaft aufgehoben war, oder auch nachdem er seinen Antheil an einen Dritten veräußert hatte, wie aus folgender Gesetzstelle klar erhellet.

L. 6. pr. et §. 1. D. b. t. Si quis putans sibi cum Titio fundum communem esse, — sumtum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit *utili communi dividundo*

dundo iudicio. Quare et si fundum Titius alienaverit, licet hic communi dividundo iudicio locus non sit, quia a communione discessum est, utilis tamen locus futurum.

b) Der Miteigenthümer hat Auslagen für die gemeinschaftliche Sache gemacht, aber in der Meinung, sie für sich selbst auf sein privatives Eigenthum zu verwenden. In diesem Falle kann er der gemachten Verwendungen wegen eigentlich nach der Strenge des Civilrechts nicht klagen, weil er nicht die Absicht hatte, sich dadurch irgend einen Andern verbindlich machen zu wollen. Er kann sich also nur durch eine Retention helfen, so lange er im Besitz der gemeinschaftlichen Sache ist. Veräußert er also die Sache, so fällt auch sogar dieses Mittel der Retention weg. Jedoch kann solches dem Käufer nicht abgesprochen werden, er mag wegen der Sache selbst von dem Miteigenthümer des Verkäufers mit der Revindication oder mit der Theilungsklage in Anspruch genommen werden. Doch läßt man auch hier in der Praxis die *actio negotiorum gestorum utilis* zu⁸⁰⁾. Aus dem Römischen Rechte sind folgende Stellen hier merkwürdig.

L. 14. §. 1. D. b. t. Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agatur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est? Quod quidem magis puto: quia bonae fidei iudicium est communi dividundo. Sed hoc

80) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 13. HOF-
ACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3068. Not. d.

hoc ita, si mecum agatur. Caeterum, si alienavero partem meam, non erit, unde retinere possim. Sed is, qui a me emerit, an retinere possit, videndum est: nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita, ut ego, poterat retentionem facere: et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. Quae cum ita sint, rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione. Diversum est enim, cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena, aut communis. *Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo: quia neminem mihi obligare volui.* At cum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio, quam est: id ago, ut alium mihi obligem; et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. Igitur et si ab alienavero praedium, quia in ea causa fuit, ut mihi actio deberet, danda mihi erit, (ut *Julianus* quoque scribit) negotiorum gestorum actio.

L. 29. pr. D. eodem. Diversa causa est eius, qui putat, se in rem propriam impendere, cum sit communis: *huic enim nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum est.* Ille enim, qui scit, rem esse communem, vel aliena⁸¹⁾ negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget, et in persona labitur.

In

81) Statt *aliena* will *Cuja*; ad Pauli *Quaest. h. L.* lieber *alienam* lesen, nämlich in Beziehung auf rem, und dann unterscheidet er dieses Wort von *negotia* durch ein Comma. Allein mit

In der erstern Stelle machen die Worte: *Quae cum ita sint — manente rei communione* den Auslegern nicht wenig zu schaffen. Paulus redet dort von dem Falle, wenn der Miteigenthümer Unkosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet hat, in der Meinung, sie sey sein privatives Eigenthum, und sagt, daß hier, wie bey der Retvindication, nur durch eine Retention mittelst der *exceptio doli* Ersatz gefordert werden könne. Wie konnte nun Paulus aus diesem Vorderfaß die Folge ziehen, daß auch während der Communio deshalb das *iudicium communi dividundo utile* Statt habe? Dies steht ja nicht nur mit dem Vorhergehenden, sondern auch mit dem Nachfolgenden in offenbarem Widerspruche, wo Paulus nochmals sagt: *hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.* Allein dies ist nicht die einzige Schwierigkeit, mit welcher die Ausleger hier zu kämpfen haben. Auch die letztern Worte:

Igitur

mit Recht hat hierbey *Corn. van BYNKERSHOEK* *Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 11. pag. 127.* bemerkt, daß dieses keine Erfindung des *Cuja* sey. Denn eben so lesen schon alle Ausgaben vor der *Taurellischen*, welche *Bynkershōt* selbst verglichen hat. Ich habe diese Lesart auch bey *Saudoza*, und *Contius* (*Paris 1562. 8.*) gefunden. Allein die *fiorentinische* Lesart, mit welcher auch unser *Erlanger Pandecten Codex* übereinstimmt, läßt sich vollkommen rechtfertigen. *Bynkershōt* meint zwar, man müsse das *vel* durch *etiam* erklären, wie es öfters bey den Rechtsgelehrten gebraucht wird. Allein dies ist gar nicht nöthig. Man darf nur nach *aliena negotia* ein *Comma* setzen. Diese Interpunction findet man auch in der Ausgabe des *Hugo a Porta Lugduni 1572. f.* und *Julius Pacius, Lugduni 1580.* Eine solche *modesta crisis* verdient unstreitig den Vorzug. *S. 10. Gotfrid SAMMET* *Varia iuris civ. capita. Cap. 6. §. 4. in Opuscul. pag. 236.*

Igitur etsi ab alieno vero praedium — danda mihi erit negotiorum gestorum actio, sind ihnen anstößig. Im ganzen Text ist ja von dem *iudicio communi dividundo utili* die Rede; und diese Klage findet wegen der persönlichen Prästationen noch immer Statt, wenn auch durch Veräußerung des einen Theils der Sache die Communio in Ansehung des Veräußerers aufgehört hat. Was soll also hier die *actio negotiorum gestorum*?

Cujaz⁸²⁾ und Anton Faber⁸³⁾ halten daher diese Stelle für corrupt. Jedoch emendiren sie auf verschiedene Art. Erster liest: *etiam non manente rei communione*; und erklärt diese Stelle so, daß das *iudicium communi dividundo utile*, von welchem in diesem Text die Rede sey, auch dann Statt habe, wenn die Communio nicht mehr existirt.

Pothier⁸⁴⁾ und Siegmund Reichard Jauch⁸⁵⁾ sind dem Cujaz beigetreten. Allein Faber glaubt, daß man dem Zusammenhange zu Folge vielmehr lesen müsse: *utile iudicium dari non debere*, weil in dem Vorhergehenden die Rede davon sey, was der Verwendungen wegen für ein Rechtsmittel Statt habe, wenn der Mittheilhaber sie in der Meinung gemacht hat, daß die gemeinschaftliche Sache sein privatives Eigenthum sey? Denn hier falle alle Klage weg. Weil nun aber zu dieser Erklärung die
folgen

82) Lib. II. Quaestio. Pauli ad L. 29. D. h. t.

83) Conjecturar. iuris civ. Lib. III. cap. 2.

84) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. LXXXI. not. k. pag. 317.

85) Meditation. criticae de Negationibus Pandect. florentin.

Cap. XIII. nr. 6. pag. 171. et Cap. XVI. nr. 7. pag. 245.

folgenden Worte: *Diversum est enim etc.* nicht passen, so emendirt er hier auf folgende Art. *Diversum est enim cum quasi in rem alienam, aut communem, aut cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena vel communis.* Denn diese beyden Fälle setze Paulus einander entgegen. Man sehe dies auch schon daraus, weil es sonst nicht nöthig gewesen wäre, nach den folgenden Worten: *Hoc enim casu,* noch hinzuzufügen: *ubi quasi in rem meam impendo,* wenn vorher blos von diesem Falle allein die Rede gewesen wäre.

Soviel die oben angegebene andere Schwierigkeit anbetrifft, so hält Cujaz die Worte: *negotiorum gestorum* für ein Glossen eines unwissenden Auslegers, und will, daß man sie ganz wegstreiche. Saber hingegen hält sie für ächt, und erklärt sie so. Wenn ich Kosten zwar absichtlich auf eine fremde oder gemeinschaftliche Sache verwende, mich aber dabey in der Person des Eigenthümers, oder Mittelguthümers geirrt habe, so finde wegen des Erfasses eine Klage Statt, weil ich hier die Absicht gehabt habe, mir einen andern verbindlich zu machen. Diese Klage sey bey bestehender Communio das *iudicium communi dividundo utile,* nach Aufhebung derselben aber die *actio negotiorum gestorum.*

Ohne alle Emendation hingegen hat Justus Meier⁸⁶⁾ die *L. 14.* auf folgende Art zu erklären gesucht. Paulus, sagt er, geht von dem Grundsatz aus, was dem Besizer die *exceptio doli* ist, wenn er mit der Reivindicacion

86) *Ευδοξῶν* Iustinianeor. sive Disputation. apologeticar. iuris civ. Decad. III. Cap. 8.

cation in Anspruch genommen wird, das gewährt ihm die aequitas iudicii bey der Theilungsklage. Aus dieser Prämissen leite nun der Römische Jurist die Folge her, daß in dem Falle, da der Besitzer auf das gemeinschaftliche Grundstück in der Meinung, es sey sein privatives Eigenthum, Unkosten verwendet hat, dieser Verwendungen wegen, so lange die Communio besteht, auch das iudicium communi dividundo utile Statt haben müsse. Die Partikel *etiam* zeige also hier eine Fortdauer an, und sey soviel, als *etiamnum manente communione*. Der in den Gesetz enthaltene Satz sey demnach folgender:

Quicumque impendia aequitate iudicii retinere potest, si cum eo agatur communi dividundo, durante communione; eidem, manente adhuc rei communione utile dandum est iudicium. Cum enim durante communione sit iudicium communi dividundo: et eidem insint impendia, cur de eis, suadente aequitate, non datur iudicium?

Nun konnte aber die Frage entstehen, warum gerade nur bey noch bestehender Gemeinschaft das iudicium utile Statt haben solle, da doch sonst diese Klage auch noch nach aufgehobener Communio gestattet wird? L. 6. pr. et §. I. L. II. D. b. t. Hierauf antworte der Röm. Jurist, der Fall, wenn ich auf eine gemeinschaftliche Sache Kosten verwende, als wäre sie meine eigene Sache, sey von dem verschieden, von welchem die Regel spreche, die im Principium der L. 14. angegeben wird. Denn da ich hier nicht communi nomine gehandelt habe, und folglich auch mir Niemanden habe verbindlich machen wollen, so entstehe hier keine Klage ex ipsa gestione, sondern blos aus der noch fortdauernden Communio. Habe ich mich
hinge-

hingegen bloß in der Person desjenigen geirrt, den ich für meinen Miteigenthümer hielt, so habe ich *communi nomine* gehandelt; und das *iudicium communi dividundo* ist begründet, die Gemeinschaft mag noch bestehen, oder schon getrennt seyn. Zwar sey es auch in dem Falle, da ich Kosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet habe, als wäre sie mein privatives Eigenthum, nicht minder der Billigkeit gemäß, daß mir noch, nach aufgehobener *Communio*, eine Klage zustehet; weil eine Klage während der Gemeinschaft Statt fand; allein die *actio communi dividundo utilis* könne hier nicht angestellt werden, sondern die *actio negotiorum gestorum utilis*.

Nach dieser Erklärung würde also in dem Falle, da der Miteigenthümer Kosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet hat, aber in der Meinung, sie für sich selbst auf sein privatives Eigenthum zu machen, eine Klage Statt finden! Wie läßt sich aber damit vereinigen, wenn eben dieser Paulus *L. 29. D. h. t.* ausdrücklich sagt: *Qui putat, se in rem propriam impendere, cum sit communis, huic nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum est?* Die Schwierigkeit ist also durch diese Interpretation im mindesten nicht gehoben worden. Soviel ist indessen wohl gewiß, daß in der *L. 14. cit.* nur von zwey Fällen die Rede sey, welche Paulus mit einander vergleicht, nämlich wenn man eine gemeinschaftliche Sache für sein privatives Eigenthum hält, und dann, wenn man zwar weiß, daß die Sache gemeinschaftlich ist, aber sich in der Person des Miteigenthümers geirrt hat. Daher kann die Emendation des Cujaz, welcher *etiam non manente rei communione* lesen will, schlechterdings keinen Beifall finden, da
 ihr

ist sowohl der ganze Zusammenhang des Textes, als auch die Auctorität des florentinischen Codes und die übereinstimmende Lesart aller übrigen Handschriften und Ausgaben der Pandecten offenbar entgegen streitet. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man mit der L. 14. die Basiliken⁸⁷⁾ vergleicht, welche den Sinn derselben auf folgende Art darstellen.

Εἰ μὲντοι εἰς τὸ κοινὸν ὡς ἴδιον δαπανῆσει, καὶ κινεῖται κατ' αὐτῆ ἢ ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγή ἐπὶ τῷ μέρει ἢ τὸ διαιροῦν τὰ ἐπίκοινα δικασίριον, ἔχει παρακατάσχεσιν ἐπὶ τῷ μέρει τῆς δαπάνης· καὶ ὁ παρ' αὐτῆ ἀγοράσας ἔχει τὴν αὐτὴν παρακατάσχεσιν, ἐφ' οἷς ὁ πρῶτος ἐδαπάνησεν· ὁ γὰρ ὡς εἰς ἴδιον δαπανῶν ἐν πράγματι κοινῷ, ἢ αλλοτρίῳ, μόνον ἔχει παρακατάσχεσιν· οὐδένα γὰρ ἠθέλησεν ἐαυτῷ ἐνοχοποιῆσαι. εἰ μὲν τοι κοινὸν ἦδαι τὸ πρᾶγμα, περὶ δὲ τὸ πρόσωπον ἐπλανήτο τῆ κοινωνῶν, ἀρμόξει τὸ διαιροῦν τὰ ἐπίκοινα δικασίριον· ὡσπερ ὅτε τὸ τῆ Πέτρου πρᾶγμα διοικήσω, ὡς τὸ Παύλου, ἔχω κατὰ τῆ Πέτρου τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγήν.

i. e. Si tamen in rem communem, quasi in rem suam, impenderit, et ab eo pars vindicetur, vel cum eo communi dividundo agatur, partem sumtuum retinebit, et qui ab eo emit partem quoque impendiorum, quae venditor fecit, retinere potest: qui enim in rem communem cum alio, vel in rem alienam, quasi in rem suam, impendit, tantum retentionem habet: neminem enim sibi obligare voluit. Si tamen sciebat, rem esse communem, erraverit autem in persona socii, communi dividundo iudicium competit, sicut, cum Petri negotia curavi, cum putarem Pauli ea esse, adversus Petrum negotiorum gestorum actionem habeo.

ἤτερο

87) Tom. II. Lib. XII. Tit. 2. Const. 14. pag. 48. sq.

Hieraus ergibt sich also, daß die Worte der L. 14. Quae cum ita sint, — etiam manente rei communione, sich nothwendig auf das Vorhergehende beziehen, wo von dem Falle die Rede ist, da der Mitteigenthümer Auslagen für die gemeinschaftliche Sache gemacht hat, aber in der Meinung, daß sie ihm allein zugehöre. Da nun aber freulich die Schlussfolge in dieser Verbindung nicht affirmativ, sondern nur negativ ausfallen konnte, so dürfte wohl die Fabersche Emendation, *utile iudicium dari non debere*, vor der Eujazianischen den Vorzug verdienen, wenn ihr nur die Auctorität des florentinischen Codex nicht ebenfalls entgegenstünde. Einen richtigern Weg scheint mir daher Petrus Duijsema⁸⁸⁾ eingeschlagen zu haben. Dieser sucht durch eine Gemination der Schwierigkeit abzu- helfen, indem er die letzte Sylbe in dem Worte *nomine* doppelt liest, woraus nun, ohne mit Faber die Partikel *non* einschieben zu dürfen, folgender negativer Sinn entsteht: *impendiorum nomine ne utile iudicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione*. Die Partikel *NE* bedeutet aber hier soviel als *ne quidem*. Dies lehrt nicht nur der ganze Zusammenhang, sondern es wird auch die Partikel *NE* in der Bedeutung für *ne quidem* vorzüglich vom Paulus sehr häufig gebraucht, wie aus mehreren Fragmenten dieses Rechtsgelehrten erhellet. Ich muß hiervon um so mehr einige anführen, da weder Briffon⁸⁹⁾, noch Wunderlich⁹⁰⁾ diese Bedeutung ha-

ben,

88) *Conjecturalium iuris civ. (Groeningae 1714. 8.)* Lib. II. Cap. 9. §. 2.

89) *De Verbor. iuris Significat. voc. Ne.*

90) *Additament. ad Briffonium.*

ben, und auch *Quirsetta* seine, gewiß vor allen den meisten Beyfall verdienende, Conjectur gar nicht weiter unterstützt hat, sondern diese Bedeutung als bekannt voraussetzt. Zum Beweis werden folgende Stellen, wie ich hoffe, hinreichend seyn.

L. 13. §. 1. D. de interrogat. in iure. Eum, qui patremfamilias, suum esse responderit servum, non teneri noxali actione: ac NE, si bona fide liber homo mihi serviat, mecum noxali iudicio agi potest.

L. 31. pr. D. de excusat. Nec me movet, quod dicat aliquis, hoc NE exigi, an administretur tutela.

L. 21. §. 1. D. de actione rer. amotar. Si servus mulieris, iussu dominae, divortii causa res amoverit, PEDIUS putat, NE furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet.

L. 2. D. de Rei vind. Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed NE partem dimidiam totius eius vindicabit.

Zaloander verwandelt zwar in allen diesen Stellen das NE in nec; allein ohne allen Grund, wie Joh. Wilh. Marckart⁹¹⁾ gezeigt hat. Ich will nur noch eine Stelle des Paulus aus der *Collatione Legg. Mosaicar. et Rom.* anführen, wo es Tit. XVI. §. 3. heißt:

Quem filius emancipatus suscepit, vel adoptavit, sui heredis locum obtinere non potest. Adoptivus
tamen

91) Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. I. cap. 6. §. 1.

tamen NE quasi cognatus bonorum possessionem eius potiri potest.

Anton Schulting⁹²⁾ will zwar hier ebenfalls statt NE, vielmehr nec lesen; es ist aber auch diese Emendation ganz unnöthig, wie Corn. Valerius Donck⁹³⁾ und Herrmann Canegieter⁹⁴⁾ mit Recht erinnert haben. Daß die Partikel NE in der angegebenen Bedeutung auch sonst bey den römischen Classikern sehr häufig vorkommt, haben Burmann⁹⁵⁾, Duckert⁹⁶⁾ und Scheller⁹⁷⁾ aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Wer übrigens mit der Schreibart in den alten codicibus, und besonders mit den Abbréviaturen der florentinischen Pandecten nicht ganz unbekannt ist, wird wissen, daß eine der aller gewöhnlichsten und häufigsten Abkürzungen gewiß diejenige ist, daß man mehrere auf einander folgende gleiche Buchstaben, ja ganze gleichlautende Wörter der Kürze wegen zusammenzog, und nur einmal hinschrieb; z. B. statt necesse esset, *necesset*, statt ei ius eius u. s. w.⁹⁸⁾. Ihn wird es daher auch nicht befremden, wenn hier durch eben das Mittel

der

92) Iurisprud. Antejustin. pag. 796. Not. 34.

93) Specim. critic. in varios Auctores. (Trajecti ad Rben. 1744. 8.) pag. 52.

94) Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 168.

95) Ad *Quintilian.* Institut. orator. Lib. VI. cap. 1. et ad *Petronium* cap. 9.

96) Ad *Florum* Lib. III. cap. 17.

97) Lateinisch-deutsches Wörterbuch sub voc. Ne lit. C. S. 3850.

98) *S. Guil.* BEST Ratio emendandi leges Cap. I. Nr. IV. pag. 20. sqq. und *Corn. van BYNKERSHOEK* Observation. iur. Rom. Lib. IV. cap. 20.

der Gemination einer Schwierigkeit ist abgeholfen worden, welches unsern Critikern in unendlich vielen andern Fällen so vortrefliche Dienste geleistet hat, corrupte Stellen der Pandecten in ihrer vorigen Aechtheit und altem Glanze wieder herzustellen⁹⁹⁾. Die Worte: *etiam manente rei communione* sind nun so zu verstehen: *etiamsi maneret rei communio*. Der Sinn der Worte: *Quae cum ita sint* etc. wäre nun also der: Es folgt hieraus, daß man mit vollkommenen Grunde behaupten könne, der Unkosten halber finde in dem Falle, da der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache für seine eigene gehalten hat, auch nicht einmal eine *actio utilis* Statt, wenn gleich keine Veräußerung geschehen ist, sondern die Gemeinschaft in Ansehung der Sache wirklich noch besteht. Ganz anderer Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten ist zwar Joh. Gottfr. Sammer¹⁰⁰⁾. Nach seiner Erklärung soll das *utile iudicium* auch dem zustehen, welcher die Kosten auf die gemeinschaftliche Sache in der Meinung verwendet hat, als ob sie ihm allein zugehöre, und zwar gestatte Paulus hierdarum nur ein *iudicium utile*, *etiam manente rei communione*, wenn gleich sonst, bey noch bestehender *Communione*, ein *iudicium directum* Statt finde; weil das *directum* nur in dem Falle Statt habe, wenn die Kosten auf die gemeins.

§ 2

meins.

99) Man vergleiche z. B. BEST Ratio emend. LL. Cap. II. 12 et 14. Herm. CANNegiETER Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. Io. CORR. RÜCKER Observationes Cap. 3. et 4. CORN. VAN BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VI. cap. 6. et cap. 18. so wird man genug Beispiele solcher Geminationen finden.

100) Recaptar. Lectionum ad Iacobium libr. sing. Cap. 7. (in Opuscul. pag. 129.)

gemeinschaftliche Sache, als solche, absichtlich verwendet worden sind. Allein dieser Erklärung steht offenbar eben das entgegen, was gegen die oben angeführte Interpretation des Justus Meier erinnert worden, von der sie fast gar nicht unterschieden ist.

Die folgenden Worte: *Diversum est enim* etc. stehen nun auch mit dem Ganzen in genauem Zusammenhange, denn der Sinn gehet dahin: der Fall, von dem hier die Rede ist, *cum quasi in rem meam impendo, quae est communis*, sey freylich von dem, welcher gleich Anfangs erwähnt war, *si quid communi nomine actum est*, gesetzt auch, daß man sich in der Person dabey getret habe, ganz verschieden.

Wie die letztern Worte: *Igitur et si ab alieno prae-
dium — negotiorum gestorum actio*; den Auslegern haben einige Schwierigkeit, ja wie sie eine solche Mißdeutung haben verursachen können, als wir hier in ihren Interpretationen finden, ist unbegreiflich. Weder Cujaz, welcher die Worte *negotiorum gestorum* als ein Glossen weggestrichen haben will; noch Anton Faber, welcher in dem Fall, da sich der Miteigenthümer in der Person des Theilhabers getret hat, einen Unterschied macht, ob die Gemeinschaft noch besteht, oder durch Veräußerung aufgehört hat, und nur im ersten Fall des *iudicium communi dividundo* für begründet halten will, dahingegen in dem letzten die *actio negotiorum gestorum* Statt haben soll; noch Justus Meier, welcher gar die letzten Worte des §. 1. der L. 14. von dem Falle versteht, da der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache für sein privatives Eigenthum gehalten hat; verdient Beyfall. Darin haben Cujaz und Faber vollkom-
men

men recht, daß die Worte: *Igitur et si alienavero praedium* blos von dem Falle zu verstehen sind, da sich der Mittheilhaber zwar in der Person des andern Theilhabers getriert; die Auslagen aber doch für die gemeinschaftliche Sache gemacht hat. Allein die Auctorität des florentinischen Codes; und die übereinstimmende Lesart aller bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben der Pandecten erlaubt eines Theils kein Wegstreichen der Worte *negotiorum gestorum*; andern Theils aber ist es auch noch keine Folge, daß die *actio negotiorum gestorum* in dem Falle, da durch Veräußerung die Gemeinschaft aufgehört hat, darum die allein zuständige sey, weil sie hier blos genannt ist. Denn daß auch hier die *actio communi dividundo utilis electivisch concurrirt*, erhellet aus der *L. 6. §. 1. D. h. t.* ganz klar.

Von der Wirkung einer mittelst des *iudicii communi dividundo* geschehenen Theilung hat zwar Hellsfeld nichts gesagt, es verdient aber doch wenigstens bemerkt zu werden, daß hier eben das gilt, was in dem vorigen Titel bei der Erbtheilungsklage hiervon gesagt worden ist. Was also dem Theilhaber gerichtlich zuerkannt worden ist, wird gleich sein privatives Eigenthum¹⁾, und der Richter muß ihm dabei schützen²⁾. Es kann auch hier wegen der Entwährung Caution gefordert werden³⁾. Entsteht während des Theilungsgeschäfts über ein Recht des gemeinschaftlichen

§ 3

chen

1) §. ult. I. de officio iud.

2) *L. 44. §. 1. D. famil. ercisc.* Si familiae erciscundae, vel communi dividundo actum sit: adiudicationes Praetor tuetur, exceptiones aut actiones dando.

3) *L. 10. §. 2. D. h. t.* In communi dividundo iudicio — de evictione quoque cavendum erit.

chen Grundstücks zwischen den Mitelgenthümern und einem Dritten ein Streit, so wird zwar der Prozeß bis zur Theilung auf gemeine Rechnung geführt, und die erhaltenen Vortheile gehören auch zur Gemeinschaft; nachher aber, wenn dem einen Interessenten das ganze Grundstück allein zuerkannt worden ist, müssen sämmtliche Theilhaber einander gegenseitig caviren, daß sie das, was sie durch diesen Prozeß, als zur gemeinschaftlichen Sache gehörig, erstreben werden, dem Adjudicator überlassen wollen, dahingegen dieser auch dagegen ihnen die, von Zeit der Adjudication an, aufgewandte Prozeßkosten ersetzen zu wollen, sich anheischig macht⁴⁾.

4) *L. 47. pr. D. famil. ercisc.* In iudicio familiae erciscundae, vel communi dividundo, si, dum res in arbitrio sit, de iure praedii controversia sit, placet, omnes eos, inter quos arbiter sumtus sit, et agere et opus novum nunciare pro sua quemque parte posse: et cum adiudicationes ab arbitro fiant, si uni adjudicetur totus fundus, caveri oportet, ut quae ex his actionibus recepta fuerint, reddantur; aut quae in eas impensae factae fuerint, praestentur: et si, cum res in iudicio esset, eo nomine actum non fuerit, eum sequi integram actionem, cui totus fundus adjudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adjudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adjudicatus erit. S. POTHIER Pandect. Justin. h. t. Nr. XLVIII. pag. 310. und Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten S. 830.

Lib. X. Tit. IV.

Ad exhibendum.

§. 741.

Was heißt *exhibere*? Was ist die *actio ad exhibendum*? In welchen Fällen hat sie Statt?

Der Ausdruck *Exhibere*⁵⁾ hat in unsern Gesetzen verschiedene Bedeutungen.

1) Im allgemeinen Sinn heißt es, einen Gegenstand dem Andern darstellen, so daß er ihm gegenwärtig ist. *Cajus* sagt *L. 22. D. de Verb. Signific. Exhibere est praesentiam corporis praebere*. Und *Ulpian* erklärt es noch ausführlicher, wenn er *L. 3. §. 2. D. de homine libero exhib.* sagt: *Exhibere est in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem praebere*. So wird also das Wort nicht nur von Sachen, sondern auch von Personen gebraucht. *Z. B. exhibere eum, quem iudicio listi promissimus. L. 17. D. de in ius voc. L. 4. D. In ius vocati ut eant. L. 4. D. Qui satisfacere cog. L. 45. § 3. D. Mandati*. Allein hier, wo von der *actio ad exhibendum* die Rede ist, reicht diese Bedeutung nicht hin. Daher tadelt *Pomponius L. ult. D. de Verbor. Signif.*

§ 4

den

5) Ueber die Etymologie dieses Wortes vergleiche man *Aegid. MANNAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. pag. 284.*

den *Labeo*, wenn dieser sagt: *Exhibere* sey auch hier nichts anders, als *praestare eius, de quo agitur, praesentiam*, da dieser Ausdruck in dem Titel *ad exhibendum*, zu welchem die angeführte *L. ult.* gehört, mehr als eine bloße Darstellung des Gegenstandes, weshalb geklagt wird, in sich begreift⁶⁾. Hier heißt also

2) *Exhibere* in einem engeren Sinn soviel, als eine körperliche Sache dem Andern, der ein Interesse hat, sie zu sehen, an Gerichtsstelle oder auf eine solche Art vorzulegen, daß dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, sein Recht in Ansehung der Sache zu verfolgen. In dieser Bedeutung sagt *Paulus L. 2. D. b. t. Exhibere est facere in publico*⁷⁾ *potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia*. Die letztern Worte deuten auf eine Hauptklage hin, der durch die Exhibition der Weg gebahnt werden soll, und welche in den Gesetzen dieses Titels⁸⁾ *iudicium directum*, oder *actio directa* genannt wird. Das *agat*, ist daher soviel, als *agere velit*, wie es in den *Basiliken*⁹⁾ deutlicher ausgedrückt wird, wo es heißt: *Παραστήσαι ἐν ἀγαγεῖν δημοσίᾳ ἐφ' ᾧ σκεῖν ἐν χίρειαν τὸν βεβλόμενον ἀναγαγεῖν*. i. e. *Exhibere est in publicum producere, ut ei, qui agere velit, experiundi facultas sit*. In dieser

Be-

6) *C. Iac. Cujacii* Commentar. ad Tit. de Verbor. Significat. h. L. ult. et *Io. Goeddaei* Commentar. ad eund. Tit. et Leg. ult. pag. 1242.

7) *Io. Guil. Hoffmann* in Meletemat. ad Pandect. Lib. X. §. 5. liefert hier statt *facere in publico* durch *Comination facere rei in publico potestatem*.

8) *L. 3. §. 13. L. 17. D. b. t.*

9) *Lib. XV. Tit. 4. Constit. 2.* nach *Fabrot*, Tom. II. pag. 231.

Bedeutung unterscheidet man zwar eigentlich zwischen *exhibere* und *restituere*, wie Cajus lehrt *L. 22. D. de Verb. Signif.* wo er sagt: *Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam — restituere est etiam possessorem facere, fructusque reddere: pleraque praeterea Restitutionis verbo continentur*¹⁰⁾. Allein die Römischen Rechtsgelehrten sind, wie Voordt¹¹⁾ sehr gründlich bemerkt hat, bey der Proprietät des Worts *Exhibere* nicht stehen geblieben, sondern haben demselben, nach dem Beispiele des Worts *Restituere*, durch eine billige Auslegung des Edicts eine ausgebehntere Bedeutung beigelegt, welche Ulpian anführt, wenn er *L. 9. §. 5. D. b. t.* sagt:

Quantum autem ad hanc actionem attinet, *Exhibere* est, in eadem causa praestare, in qua fuit, cum iudicium acciperetur: ut quis copiam rei habens possit exequi, actione, quam destinavit, in nullo casu, quam intendit, laesa: quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

Da die Lesart dieser an sich etwas dunkeln Stelle sehr verschieden ist¹²⁾, so will ich zur Erläuterung zuvörderst

den

10) Die Erklärung des Ausdrucks *Restituere* ist schon an einem andern Orte dieses Commentars vorgekommen. S. den 8. Th. S. 588.

11) Commentar ad Pand. h. t. §. *Quid, si quis. Operum* Tom. II. pag. 249.

12) Ich habe die Lesart des Laurellius beybehalten, mit welcher auch unser Codex Pandect. membran. übereinstimmt, ausgenommen, daß derselbe zuletzt statt *de exhibendo*, *ad exhibendum* liest. Allein Haloander hat: *possit ACTIONEM exequi, quam destinavit, in nullo causa, quam intendit, laesa.*

den Geist derselben aus den Basiliken.¹³⁾ darstellen, wo diese Stelle viel deutlicher und kürzer auf folgende Art ausgedrückt ist:

Παρασησαι εστιν επι της παρασησαιτης αγωγης, το κατα μηδεν χειρον το πρωγμα γινόμενον, ηπερ ην εν τη προκαταρξε

laesa. Bey Baudouza heißt es: *possit exequi actione, quod destinavit, in nullo causa, quam intendit, laesa*. Ueiset man mit der Florentine *in nullo casu*, so ist freylich das Nachfolgende: *quam intendit*, nicht ganz passend. Daher halten Guil. BUDAËUS in Annotation. in Pandectas (*Lutetiae 1556.*) pag. 121. Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181. und Ger. NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. §. *Quid, si quis eandem etc.* Tom. II. Operum pag. 250. die florentinische Lesart für fehlerhaft, und lesen statt *casu* vielmehr nach Haloander und Baudouza, *CAUSA*. Io. Guil. MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum Lib. II. cap. 20. §. 1. pag. 296. schlägt hingegen eine doppelte Art der Emendation vor; 1) durch Ver setzung der Worte, auf folgende Art: *actione, quam destinavit, et quam intendit, in nullo casu laesa*; 2) durch Ue n d e r u n g der Worte: *quam intendit*, wofür er: *QUEM intendit*, lesen will. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXV. pag. 325. erklärt endlich die Worte: *quam intendit*, in Beziehung auf *actio*, durch eine Parenthese. Seine Paraphrase von dieser Stelle not. d. geht dahin: *Quamvis actor, schreibt er, egerit tantum ad Exhibendum, nondumque egerit directo iudicio, ut res sibi restituatur; tamen res exhiberi debet in eadem causa; id est, sic ut non laesa sit actio, quam intendere destinabat. Mihi igitur, qui rei vindicatione acturus eram, non videbitur res exhiberi, quae post acceptum ad Exhibendum iudicium, fuerit a possessore usucapta. Es ist wohl nicht zu läugnen, daß die Lesart des Baudouza den deutlichsten und richtigsten Sinn enthält.*

13) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 9. §. 4. pag. 227.

ξεί παραστήσαι, ὡς σχεῖν εὐχέσθαι τὸν ἐναγόντα κινῆσαι τὴν πρωτότυπον. i. e. *In actione ad exhibendum EXHIBERE est, rem in nibilo deteriore, quam erat litis contestatae tempore, exhibere, ut actor directae ac principalis actionis exequendae facultatem habeat.*

Aus dieser Vergleichung ergiebt sich, daß *Exhibere*, in Beziehung auf die *actio ad exhibendum*, soviel heißt, als eine Sache in dem Zustande, worin sie sich bey der Einlassung auf die Klage befand, unverändert und unver-
schlimmert, nebst allem, was zu ihr gehört, darstellen, damit dem Kläger sein Recht, welches er an der Sache zu verfolgen, sich vorgesetzt hat, in keinem Stück (*in nullo*, d. i. *nulla in re, nulla ex parte, nullo modo*, wie es *Donellus* erklärt) verletzt werde. Diese Bedeutung des Worts erklärt sich noch deutlicher aus einer Stelle der *Institutionen*, nämlich §. 3. *I. de officio iudicis*, wo es heißt:

Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam REI CAUSAM debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur¹⁴⁾. Praeterea fructuum medii temporis, id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet iudex.

Was

14) THEOPHILUS in Paraphrasi graec. Institution. ad h. §. Tom. II. pag. 912. sq. der Reichischen Ausgabe, setzt hier noch zur Erläuterung des Textes Folgendes hinzu: ἡ δυνάμειος λόγος, ὅτι
δσα-

Was hier zur Erläuterung von der Usucapion gesagt wird, hat auch Ulpian bemerkt. Dieser sagt nämlich §. 6. der oben angeführten L. 9. b. 2.

Proinde si post litem contestatam usucapum exhibeat, non videtur exhibuisse: cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolvi eum non oportere, nisi paratus sit, repetita die, intentionem suscipere: ita ut fructus secundum legem aestimentur.

Es bezieht sich dies nämlich darauf, daß nach dem ältern Römischen Rechte die Usucapion durch die litiscontestation nicht unterbrochen wurde, und daher auch noch während des Processes vollendet werden konnte¹⁵⁾. Dem Besitzer half indessen dieses nichts, weil die Sache in dem Zustande exhibirt werden mußte, worin sie sich zur Zeit der angestellten Exhibitionsklage befand. Der Beklagte wurde also nicht anders von der Klage absolvirt, als wenn er bereit war, sich auf die actio in rem, um deren Willen ad exhibendum war geklagt worden, eben so einzulassen

sen

δεσπότης γέγονα, διὰ τῆς οὐσκαπίωνος, καὶ οὐ δεῖ με καταδικασθῆναι, καὶ ἀποδῆναι το γεγονός ἐμόν· ἐπειδὴ ἐν τῷ καιρῷ τῆς προκατάρξεως τῆς ad exhibendum οὐπω ἦν περιωθεισα ἡ οὐσκαπίων, εἰ καὶ μεταξύ παραολῆς γενομένης ὁ χρόνος αὐτῆς παρῆλθε. i. e. nec dicere potest, per usucapionem dominus factus sum, nec me condemnari oportet, et, quod meum factum est, reddere: quoniam institutae ad exhibendum actionis tempore usucapio nondum erat consummata, etiam si intra factam moram tempus eius exiit.

15) L. 18. et L. 20. D. de rei vindicat. S. VINNII Commentar. ad §. 3. I. de officio iudic. und den §. 2h. dieses Commentars §. 588. Not. 46. S. 221.

fen, als wenn die Klage schon vor der Vollendung der Usucapion wäre angestellt worden, und also auch von der Zeit an die Früchte der Sache, als welche zur causa rei gehören, dem Kläger zu restituiren. So verstehen Doneau¹⁶⁾, Woodt¹⁷⁾ und Pothier¹⁸⁾, die Worte: *repetita die intentionem suscipere*. Doneau sagt: Sensus est: nisi possessor paratus sit suscipere intentionem sequentis actionis in rem ita, ut velit se teneri ea actione ad rem restituendam ex eo die, quo primum ad exhibendum actum est; ut sic et actionem amissam in se suscipiat, et restitutio retroversus ad diem actionis primum institutae referatur. Unde eveniat, ut et fructus in ea actione ex eadem repetita die aestimentur *secundum legem*, id est, secundum conventionem superiorem. So wie hier Doneau die letzten Worte: *secundum legem* versteht, hat sie auch Woodt erklärt: Sensus erit, sagt er: Nisi possessor dicat, se esse paratum, id est, actori promittat, suscipere eius intentionem, sive in rem actionem, quae alias secutura fuisset; eaque, etsi iam perempta usucapione, ad restitutionem teneri ex eo die, quo est actum ad exhibendum, perinde quasi usucapio nulla intervenisset. Quod si fiat, iam is erit exitus, ut et fructus ex repetita illa die praestentur *secundum legem*: id est, secundum promissionem illa conventionem factam. Pothier¹⁹⁾ hingegen erklärt die
Worte

16) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181.

17) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 250.

18) Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXV. Not. e. et f. pag. 325.

19) a. a. D. Not. g.

Worte *secundum legem* mit Cujaz²⁰⁾ *secundum legem duodecim tabularum*, quae de duplis fructibus restituendis cavebat. Es ist diese Verordnung der zwölf Tafelgesetze schon an einem andern Orte vorgekommen²¹⁾. In dem neuern Römischen Rechte ist jedoch das alles abgeändert, was hier von der Strenge der Usucapion²²⁾ und der Früchte gesagt worden ist²³⁾.

3) Zuweilen hat *exhibere* mit *restituere* einerley Bedeutung, und heißt soviel als eine Sache herausgeben, die zufällig in den Besitz eines Andern gekommen ist, oder die ein Anderer widerrechtlich erhalten, oder mala fide an sich gebracht hat, und im Falle diese Restitution von dem Andern durch seine Schuld nicht geschieht, das durch den Schätzungseid des Klägers zu bestimmende volle Interesse leisten. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 5. §. 2. D. b. t. Idem Iulianus scribit, emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem iuravero. Sed ibi adiicit, si emptor possideat, aut dolo fecit, quominus possideat²⁴⁾.

§. 3.

20) Observation. Lib. IX. cap. 19.

21) Siehe den 8. Theil dieses Commentars §. 591. S. 267. und Not. 81.

22) S. den 3. Th. dieses Commentars 2. Abth. §. 236. a. S. 394.

23) S. des 8. Th. 1. Abth. §. 591. S. 268.

24) In den Basilic. Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 234. lauten die Worte dieser Stelle deutlicher so: Ο αγοραστής νεμόμενος τὰ ἀποσπώμενα δὲ τὰ τεμνόμενα ἐκ τῶν ἀγρῶν, μὴ ἀποκαθιστῶν αὐτὰ, ἢ δολῶ παυσάμενος τῆς νομῆς, ἐνάγεται τῇ παραστατικῇ ἀγωγῇ, καὶ ὑπόκειται τῷ ἐκδίκῳ ὄρκῳ.
i. e.

§. 3. Idem *Celsus* scribit, stercus, quod in aream meam congeffisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi, ut tollas: sic tamen, ut totum tollas; caeterum alias non posse.

§. 4. Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum, *Neratius* scribit.

§. 5. Sed et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum, licet non possideas.

L. 9. §. 1. D. eod. Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? *Pomponius* scribit, competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet. Nam et si glans extaret, nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis; quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis *Pomponii* sententia, siue glans extet, siue consumpta sit. Sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero²⁵).

§. 2.

i. e. Emtor, qui ruta caesa fundi possidet, nec ea restituit, vel qui dolo fecit, quominus possideat, ad exhibendum actione tenetur, et iuriurando in litem subiicitur. Was-ruta caesa sind, ist an einem andern Orte dieses Commentars 2. Th. 9. 173. S. 530. Not. 100. vorgekommen.

25) S. *Ulr. Huberi* Eunom. Rom. Lib. X. pag. 441. sqq.

§. 2. *L. Quib. alienare licet.* Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumti sunt, condici possunt; *si mala fide, ad exhibendum de his agi potest*²⁶⁾.

Was das *exhibere* sagen will, wenn die Sache durch des Beklagten Schuld nicht restituirt wird, erklärt

§. 3. *in fin. I. de officio iud.* condemnandus sit reus in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset. Endlich

4) In dem *Interdicto de libero homine exhibendo* heißt *exhibere* soviel, als einen freyen Menschen, welcher von Jemanden auf eine widerrechtliche Art wider seinen Willen zurückgehalten wird, loslassen, und auf freyen Fuß stellen. Ulpian sagt *L. 3. §. 3. D. de hom. lib. exhib. Exhibere proprie est, extra secretum habere.*

Die Exhibition eines Gegenstandes kann nun auf einem zweyfachen rechtlichen Wege verlangt werden, nämlich bald mittelst einer petitorischen Klage, (*iure actionis*), bald mittelst eines Interdicts, (*iure interdicti*).²⁷⁾ In jenem Falle heißt die Klage, *actio ad exhibendum*. Diese setzt voraus, daß dem Kläger daran gelegen sey, eine Sache, wegen eines ihm daran zustehenden dinglichen oder persönlichen Rechts, zu haben. Das Interesse des Klägers muß also hier ein *interesse pecuniarium* seyn. Cajus sagt ausdrücklich *L. 13. D. h. t.*

Haec actio ei creditur competere, cuius *pecuniariter* interest.

Die

26) *Add. L. 11. §. ult. D. de reb. credit.*

27) *C. Io. GODDAEI Commentar. repetitae praelect. in Tit. 16. libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 22. h. t. nr. 8. pag. 328.*

Die Florentine liest zwar *peculiariter*. Allein mit Recht giebt Cujaz jener Lesart den Vorzug vor der florentinischen, dem auch Woodt²⁸⁾, Huber²⁹⁾ und Pothier³⁰⁾ hierin bepflichten. Denn, außer der Florentine und Haloandrine, haben nach Brenkmanns Anmerkung in dem Gebauerschen *Corpore iuris Rom.* alle übrige Ausgaben *pecuniariter*. Eben so liest der Erlanger *Pandecten-Codex*. Diese Lesart stimmt auch mit dem ganzen Zusammenhange besser überein. Denn es ist vorher die Rede davon, daß die Klage *ad exhibendum* nicht Statt finde, wenn ein freyer Mensch von Jemand arglistig dehnirt wird. Ein Interesse kann immerhin hier eintreten, diesen Menschen auf freyen Fuß gestellt zu sehen. Allein ein Interesse *pecuniarium* ist es wenigstens nie. Endlich bestärken diese Lesart auch die *Basiliken*³¹⁾. In diesen heißt es: ἡ γὰρ ἀποκαταστατικὴ αἰγυγὴ ἀεμιόζει ὦ τινι χρηματικῶς διαφέσει. i. e. *Nam actio ad exhibendum competit ei, cuius pecuniariter interest.* Was Coccej³²⁾, welcher die florentinische Lesart in Schutz nimmt, dagegen eingewendet hat, ist sehr unbedeutend. Denn in allen den Fällen, die er anführt, ist zwar freylich ein Interesse *pecuniarium* vorhanden; der Grund aber, warum dennoch

28) *Commentar. ad Dig. h. t. §. Sequens tractatus. T. II. Operum pag. 245.*

29) *Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 2. pag. 415. (edit. Franquer. 1689. 4.)*

30) *Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VII. not. m. pag. 322.*

31) *Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 239. nach Fabrot.*

32) *Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.*

dennoch die *actio ad exhibendum* nicht gestattet wird, ist blos der, weil hier der Kläger keinen Anspruch an der Sache selbst hatte, an deren Exhibition ihm gelegen ist. In solchen Fällen findet nur ein Interdict Statt: z. B. das *Interdictum de libero homine exhibendo*, um die Freyheit eines Menschen in einem solchen Falle zu schützen, wo jedem Bürger daran gelegen seyn mußte, daß der in seiner Freyheit Beeinträchtigte loßgelassen wurde. Ferner das *Interdictum de tabulis exhibendis*, welches den Legatarien, und allen denen zukommt, welchen, außer dem Erben, daran gelegen ist, das Testament einzusehen. Diese können darum nicht *ad exhibendum* klagen, weil sie an dem Testament selbst keinen Anspruch haben, dessen Eigenthum vielmehr dem Erben zusteht³³⁾. Daher kann nur dieser *ad exhibendum* klagen³⁴⁾; so wie der Testirer, so lange er lebte. Bey diesen findet dagegen das Interdict nicht Statt³⁵⁾. Ist von andern Urkunden und Schriften die Rede,

33) L. 3. §. 8. D. b. t. Si quis, extra heredem, tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit, dicendum est, per hanc actionem agendum non esse: cum sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia.

34) L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant. Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum, competit: et ob id *ad exhibendum quoque agere potest.* —

35) L. 3. §. 5. D. de tabb. exhib. Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat, et exhiberi desideret: Interdictum hoc locum non habebit; sed *ad exhibendum* erit agendum, ut exhibitas vindicet. Quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est. E. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. §. 26. ff.

Nede, welche man nach der Strenge des Rechts nicht vindiciren kann, allein Gründe der Billigkeit streiten dennoch für das Gesuch der Exhibition, so hat die *actio in factum* Statt³⁶). Hierher gehört, was Ulpian L. 3. §. 14. D. b. t. sagt:

Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut *Iulianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhibere. Ait *Iulianus*, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum. Nam cum charta mea sit, et, quod scriptum est, meum est. Sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur mihi actionem competere.

Die *actio ad exhibendum* ist nun ihrer Natur nach bald eine bloß präparatorische, bald eine Hauptklage.

I. Als vorbereitende Klage ist sie dazu eingeführt, um eine gewisse andere Hauptklage dadurch zu begründen, welche entweder anders gar nicht Statt hat, oder wenigstens nicht sicher und mit Nutzen angestellt werden kann, als wenn zuvor eine gewisse Sache dem Kläger vorgezeigt worden ist. Ursprünglich wurde diese Klage zwar nur hauptsächlich zur Vorbereitung und Erleichterung

M 2

der

36) S. *Hieron. ELENI* Diatribar. seu Exercitation. ad ius civile Lib. II. cap. 3. (In *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. II. pag. 1429.*)

der Eigenthumsklage eingeführt, wie aus *L. 1. D. b. t.* erhellet, wo Ulpian sagt: *Haec actio perquam necessaria, et vis eius in usu quotidiano est: et maxime propter vindicationes inducta est.*³⁷⁾ Allein sie wurde nachher aus Gründen des Nutzens und der Nothwendigkeit dergestalt erweitert, daß diese Klage jetzt angestellt werden kann, so oft Jemand dabei interessirt ist, eine Sache zu sehen, welche ihm der Inhaber vorzeigen kann, um ein, ihm daran zustehendes dingliches, oder persönliches Recht verfolgen zu können³⁸⁾. Daher können zuweilen auch mehrere zugleich der nämlichen Sache wegen *ad exhibendum* klagen, denen aus ganz verschiedenen Gründen daran gelegen ist, die Sache zu sehen³⁹⁾.

Als vorbereitende Klage hat die *actio ad exhibendum* hauptsächlich einen zweyfachen Gebrauch. Sie dient

1) dazu,

37) Schon die alte *Vindication*formel machte ehemals die Darstellung der Sache vor Gericht nothwendig. Der Kläger sagte: *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Die Sache konnte also nicht *vindicirt* werden, wenn sie nicht gegenwärtig war. *L. 47. D. de rei vindic.* Ant. FABER in *Rational. in Pand.* ad h. *L. 1. h. t.* und *Ios. AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 10. sqq.*

38) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. s.* und THIBAUT *Syst. des P. R.* 2. Bd. §. 578.

39) *L. 3. §. 12. D. b. t.* Pomponius scribit, eiusdem hominis nomine recte plures *ad exhibendum* agere posse: forte, si homo primi sit; secundi in eo *usufructus* sit; tertius *possessionem* suam contendat; quartus *pignoratium* sibi eum adfirmet. *Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium interest, exhiberi hominem.*

1) dazu, um eine Klage anstellen zu können, die man einer gewissen Sache wegen zwar schon jetzt hat, welche aber doch anders nicht sicher angestellt werden kann, als wenn uns zuvor die Sache vorgezeigt worden ist. Dies hat besonders in zwey Fällen Statt.

a) Wenn es ungewiß ist, ob eine gewisse Sache, welche der Gegner besitzt, wirklich diejenige sey, die wir zu verfolgen berechtiget sind⁴⁰).

b) Wenn uns daran gelegen ist, die Beschaffenheit der Sache, ihren Zustand, und ihre Größe kennen zu lernen, welche sie zur Zeit der angestellten Klage hat; weil nun während des Processes die Sache nicht durch des Beklagten Schuld deteriorirt, noch etwas davon genommen werden kann, weshalb nicht nachher Ersatz gefordert werden könnte⁴¹).

Die Klagen, zu deren Vorhgreitung die Exhibition einer Sache verlangt werden kann, sind von dreyerley Art, welche in den Gesetzen dieses Titels angegeben werden.

aa) Realklagen. Nicht blos die Revindication. Mein. Ulpian sagt ausdrücklich L. 3. §. 1. D. b. t. Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit, nec debet ostendere: cum multae sint causae ad exhibendum agendi. Alle übrige Realklagen können ebenfalls der actioni ad exhibendum Raum geben. Daher fährt Ulpian L. 3. §. 5. D. b. t. fort; Haec actio ei competit, qui in rem acturus est, qualicumque in rem actione: etiam

M 3

pigne-

40) S. HUBERI Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 3.

41) LONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

*pigneratitia Serviana*⁴²⁾, sive *hypothecaria*⁴³⁾, quae creditoribus competunt. Und §. 4. heißt es weiter: Sed et *usufructum petituro*, competere ad exhibendum, *Pomponius* ait. Hieraus erklärt sich nun auch, wie es möglich sey, daß mehrere, welchen eine verschiedene Realklage der nämlichen Sache wegen zusteht, zu gleicher Zeit ad exhibendum klagen können. Z. B. der eine kann das Eigenthum, der andere den usufructus; der dritte ein Pfandrecht an der Sache haben⁴⁴⁾. Es kommt auch darauf nicht an, ob derjenige, welcher ad exhibendum klagt, die Hauptklage, welche dadurch vorbereitet wird, im eigenen Namen, oder nur als Procurator anstellen kann. Denn der zur Anstellung der Reivindication bevollmächtigte Procurator kann auch ad exhibendum klagen, wenn gleich seine Vollmacht davon nichts enthält⁴⁵⁾.

bb) Interdicte, sofern zu deren Verfolgung eben so, wie bey den Vindicationen, die Darstellung der Sache nöthig ist, damit nicht die Sache, wenn man sich solche hat vorzeigen lassen, nachher ungestraft deteriorirt oder vermindert werden könne, welches bey denjenigen Interdicten der Fall ist, die eben so, wie Realklagen, auf Restitution des Besizes gehen. Dergleichen sind die Interdicte *Quod legatorum*,

42) i. e. ea in rem actione, quae datur de pignore tradito. *G. Jan. a COSTA* Commentar. ad §. 7. l. de actionib. pag. 526.

43) i. e. quae datur de pignore, nuda conventionione constituto. *G. a COSTA. c. l.*

44) *L. 3. §. 12. D. h. t.*

45) *L. 56. D. de Procurator. Ad rem mobilem petendam datus procurator, ad exhibendum recte agat.*

gatorum, Unde vi, nämlich wegen der in dem mit Gewalt in Besitz genommenen Grundstück befindlich gewesenen beweglichen Sachen, ferner de precario, und de glande legenda⁴⁶⁾. Keinesweges aber gehören dahin die interdicta de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, und de tabulis exhibendis. Denn das erstere ist nur zur Beschützung der Freiheit eingeführt, und hat also kein interesse pecuniarium zum Grunde⁴⁷⁾. Das andere hat die Erhaltung der Freiheit der Kinder, und der väterlichen Gewalt zum Zweck; nun ist beides, die Freiheit und die väterliche Gewalt unschätzbar⁴⁸⁾. Das letztere Interdict hingegen geht ja schon auf Vorlegung des Testaments, um daraus zu ersehen, was dem Imploranten zu wissen nöthig ist⁴⁹⁾. Es wäre also der größte Unsinn, auf Vorlegung des Testaments zu klagen, um ein Interdict wegen Vorlegung des Testaments anstellen zu können⁵⁰⁾.

cc) Moralklagen, wenn nämlich der Kläger, der wegen des Delicts eines fremden Sklavens gegen den Herrn desselben klagen wollte, den Sklaven, welcher den Schaden gethan hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, noch denselben auf andere Art genugsam zu bezeichnen im Stande war, weil er ihn vorher noch nicht gekannt hatte.

M 4

Hier

46) L. 9. §. 1. D. b. t. DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

47) L. 13. D. b. t. L. 1. D. de lib. hom. exhib.

48) L. 106. D. de Reg. iur.

49) L. 3. §. 8. D. de tab. exhib.

50) DONELLUS c. 1. pag. 1177.

Hier konnte der Kläger verlangen, daß ihm der Beklagte die ganze Sklaven-Familie vorstelle, um den Sklaven, der den Schaden gethan hatte, darunter auszusuchen, und sagen zu können, dieser sey es, welcher den Schaden angerichtet hat⁵¹).

2) Die *actio ad exhibendum* kann auch dazu dienen, um durch die Exhibition der Sache in Ansehung derselben eine Klage zu erhalten, die man vorher nicht hatte, und die man auch ohne Exhibition sonst nicht haben würde. Es lassen sich hier zwei Fälle gedenken.

a) Wenn unsere Sache mit der Sache des Gegners dergestalt verbunden worden ist, daß sie einen Theil derselben ausmacht. Hier hört die Sache, so lange sie mit der fremden Hauptsache cohärirt, auf, unser Eigenthum zu seyn⁵²). Man kann sie wenigstens nicht vindiciren, so lange sie von der Hauptsache nicht getrennt ist. Die *actio ad exhibendum* dient also hier dazu, die Trennung einer zu vindicirenden Sache zu bewirken. Nur in dem Falle wird diese Klage nicht gestattet, da Jemand unsere Baumaterialien zu seinen mit dem Boden zusammenhängenden Gebäuden gebraucht hat, und sich deshalb in gutem Glauben befindet. Paulus sagt *L. 6. D. b. t. Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest: sed, ut excludatur, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno iuncto aedibus: de quo nec ad exhibendum agi potest, quia Lex duodecim tabularum solvi vetaret:*

1) *L. 53. §. 7. D. b. t.*

52) *S. Gerb. NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 246.*

vetaret: sed actione de tigno iuncto ex eadem Lege in duplum agitur. Ist hingegen der Erbauer in mala fide, so hat sowohl die Reivindication, als die actio ad exhibendum gegen ihn Statt; zwar nicht dahin, daß er, als wahrer Besitzer, zur Herausgabe des Materials verurtheilt werden könnte: ne urbs ruinis deformatur; sondern er haftet mit jenen Klagen gleichsam als ein solcher, welcher sich arglistig des Besizes entäußert hat, um sich der Vindication zu entziehen, für das volle, durch den Eid des Klägers zu würdende Interesse. Hierauf bezieht sich, was Ulpian sagt L. 1. et 2. D. de tigno iuncto.

L. 1. Lex XII. Tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare: quod providenter Lex effecit: ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur; sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.

§. 1. Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constat, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt, tegulam quoque, et lapidem, et testam, caeteraque, si quae aedificiis sunt utilia: tigna enim a tegendo dicta sunt; hoc amplius et calcem et arenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticae, pedamenta.

§. 2. Sed et ad exhibendum danda est actio. Nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit, vinxitve: non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quominus possideat.

L. 2. cit. Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum: deliberari poterit, *an extrinsecus sit rei vindicatio*⁵³⁾? Et esse non dubito.

b) Wenn mir von einer gewissen Gattung von Sachen, von welcher mehrere Individuen in der Erbschaft befindlich sind, eine, welche ich mir wählen werde, vermacht worden ist. Hier ist die Exhibition nöthig, um wählen zu können. Denn ich kann nicht eher auf Auslieferung des Vermächtnisses klagen, als wenn ich gewählt habe. Ulpian sagt von diesem Falle L. 3. §. 6. D. b. t.

Item, si optare velim servum, vel quam aliam rem, *cuius optio mihi relicta est*, ad exhibendum me agere posse constat, ut *exhibitis*⁵⁴⁾ possim vindicare.

Sollte

53) Das *extrinsecus* heißt hier soviel als *praeter et ultra actionem de tigno iuncto*. Ohne allen Grund ist daher die Emendation des Wesenbecks, welcher in seinem Commentar. ad §. 29. I. de rer. divis. für *extrinsecus*, *extincta* gelesen wissen will, wodurch offenbar ein ganz unrichtiger Sinn in den Text gebracht wird. S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLVII. Tit. 3. Nr. I. et not. b. pag. 414. Bern. Io. van HARSAMP Disputat. de tigno iuncto. Trajecti ad Rhen. 1730. Cap. 5. (in Ger. OELRICHS Thes. novo Dissertat. iurid Belgicar. Vol. II. Tom. I. Nr. VIII. pag. 443. sq.) und Greg. MAJANSII Disputationes iuris civ. Tom. II. Disputat. XLVIII. §. 9. sqq. pag. 204. sqq.

54) Haloander hat hier *exhibitum*. Allein diese Lesart ist offenbar falsch. Denn der Erbe darf bey einer *optio legata* nicht vorzeigen, was er will, sondern er muß alle zu dem legitirten genus gehörige, und in der Erbschaft befindliche Sachen vorzeigen. L. 4. et 5. D. de optione legata. Die florentinische Lesart

Sollte mir aber auch der Testirer die Wahl nicht selbst, sondern einem Dritten überlassen haben; so kann ich doch gegen den Erben ad exhibendum klagen, wie Ulpian nach Julians Meinung behauptet, wenn er sagt L. 3. §. 10. D. h. t.

Plus dicit *Julianus*, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi: utputa, si mihi servus legatus sit, quem *Titius* optasset: agam enim ad exhibendum, quia mea interest exhiberi⁵⁵⁾; ut *Titius* optet, et sic vindicem; quamvis exhibitum ego optare non possim.

II. Zuweilen kann die *actio ad exhibendum* als eine eigene Hauptklage gebraucht werden, wo durch sie keine andere Klage vorbereitet wird, sondern geradezu die Herausgabe einer gewissen Sache, oder Leistung des Interesse verlangt werden kann⁵⁶⁾. Dies geschieht in folgenden zwey Fällen.

1) Wenn

Lesart kann beybehalten werden, wenn man sie nur durch Hülfe einer Semination ergänzt; man lese nun entweder mit *Herm. CANNREGISTER* Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. pag. 117. *exhibitis iis*; oder mit *Guil. BEST* Ratio emendandi Leges. Cap. XII. §. 1. pag. 194. (edit. Lips. 1745. 8.) *ex exhibitis*.

55) Die Worte: *quia mea interest exhiberi*, welche in der Florentinischen, und allen übrigen Ausgaben der Pandecten, die ich darüber verglichen habe, stehen, und auch in unserm Erlanger Pandecten Codex befindlich sind, fehlen in der *Haloandrische*, wie auch in dem *Sebauerschen Corp. iuris* bemerkt worden ist.

56) *S. Ant. SCHULTING* Thes. controversar. iuxta seriem Digestor. Dec. XXX. Th. 10.

1) Wenn eine gewisse Sache des Klägers zufällig in den Besitz des Beklagten gekommen ist, welche der Inhaber nicht als Eigenthum in Anspruch nimmt. Hier kann der Eigenthümer, ohne Umwege, durch die *actio ad exhibendum* zu dem Besitz seiner Sache gelangen, wenn nämlich deren Herausgabe auch durch kein Interdict von dem Inhaber erzwungen werden konnte⁵⁷⁾. Z. E. durch Ueberschwemmung sind Sachen von meinem Grundstück auf eines Andern Grundstück gekommen⁵⁸⁾.

2) Wenn es durch den *dolus* oder durch die *Culpa* meines Gegners geschehen ist, daß die Sache nicht herausgegeben werden kann, an welcher mir ein gewisses Recht zusteht. Z. B. der Beklagte hat die Sache gänzlich *corrupt*irt, oder sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, oder mir sonst die Rechtsverfolgung unmöglich gemacht. Hier kann die *actio ad exhibendum*, in Ermangelung anderer Rechtsmittel, gebraucht, und auf Leistung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesse gerichtet werden⁵⁹⁾.

Aus dem allen ergiebt sich nun folgender allgemeiner Begriff von der *actio ad exhibendum*. Sie ist diejenige persönliche Klage, welche auf Exhibition einer gewissen beweglichen Sache wider jeden Besitzer derselben, oder wer sonst im rechtlichen Sinn dafür gilt, von demjenigen angestellet wird, dem wegen eines dinglichen oder persönlichen

57) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 578. S. 22.

58) L. 5. §. 3. 4. et 5. D. b. t. L. 9. §. 1. D. eodem.

59) L. 5. §. 2. L. 9. pr. §. 1. et 3. L. 14. D. b. t. §. 2. I. *Quib. alien. licet.* L. 11. §. 2. in fin. D. de reb. credit. L. 5. Cod. b. t.

den Rechts daran gelegen ist, daß ihm die Sache vorgezeigt, oder sogleich mit allem, was dazu gehört, herausgegeben, oder, sofern solches durch des Beklagten Schuld nicht geschlehet, oder nicht mehr geschehen kann, das Interesse geleistet werde.

Daß die *actio ad exhibendum* eine Personalklage sey, sagt Ulpian⁶⁰⁾ ausdrücklich. Gleichwohl behauptet Donellus⁶¹⁾ gerade das Gegentheil, und hält die Klage für eine dingliche. Allein dieses Paradoxum hat schon Wissenbach⁶²⁾ hinlänglich widerlegt. Zwar hat die Klage gegen jeden dritten Besitzer Statt; allein dies hat sie mit mehreren persönlichen Klagen gemein, welche deswegen *actiones in rem scriptae* genannt werden. Darum entspringt sie so wenig, als die *actio quod mecum causa*, oder die *actio de pauperie*, aus einem dinglichen Rechte. Wie sollte auch diese Klage eine Realklage seyn können, welche nicht einmal nothwendig erfordert, daß man ein dingliches Recht an der Sache habe, deren Exhibition man verlangt⁶³⁾, sondern auch schon wegen eines persönlichen Rechts begründet ist⁶⁴⁾? Daß die *actio ad exhibendum* aus keiner *obligatio* entstehen soll, ist ganz falsch. Freylich entspringt sie aus keinem *Delict*, noch *Quasidelict*. Denn es bedarf kaum einer Widerlegung, wenn **Buzsius**

60) L. 3. §. 3. D. b. t. Add. §. 31. I. de actionib.

61) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9.

62) Commentation. cathedrar. in Libr. VII. priores Cod. ad L. 1. C. ad exhib. pag. 207.

63) L. 3. §. 1. D. b. t.

64) L. 3. §. 7. D. cod. L. 12. §. 2. D. cod.

sius⁶⁵⁾ ein factum suppressionis rei, quae exhiberi postulatur, als das Fundament derselben angiebt. Eben so wenig läßt sich diese Klage mit Floodt⁶⁶⁾ und Meier⁶⁷⁾ aus einem Quasi-Contract herleiten. Denn eine obligatio, welche weder aus einem Delict noch Contract entspringt, ist darum noch nicht zu denen zu rechnen, welche quasi ex contractu entstehen, zumal da hier der Besizer sich durch kein Factum zur Exhibition verbindlich gemacht hat. Richtiger sehen Struv⁶⁸⁾, Zuber⁶⁹⁾ und Westenberg⁷⁰⁾ den Grund der Klage in einer unmittelbaren, aus einer gesetzlich anerkannten Billigkeit entspringenden obligatio. Daher die *aequitas* und *necessitas exhibitionis*, von welcher die Gesetze hin und wieder sprechen⁷¹⁾. Also eine obligatio, welche das Fundament der Personal-Klage ausmacht, ist allerdings vorhanden. Wie konnte denn nun aber Doneau dem großen Ulpian so geradezu ins Gesicht widersprechen, welcher so bestimmt sagt: *Est autem personalis haec actio*⁷²⁾? Sonderbar genug klingt seine Antwort: *actio personalis* heiße hier eine subjective persönliche Klage, *quae personae cohaeret*, in dem Sinn, wie man sagt, *servitus personalis*, *privilegium personale*. Denn die Klage gehe nicht auf die Erben.

Qua

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

66) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

67) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 3.

68) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 30.

69) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. I.

70) Dissertat. VII. de causis obligation. Cap. III. §. 14. et 15.

71) L. 3. §. 14. D. L. 7. C. b. t.

72) L. 3. §. 3. D. b. t.

Qua responsione, sagt Wissenbach, *nihil est ineptius!* und dabei mag es denn auch, statt einer weitem Widerlegung, sein Bewenden haben⁷³⁾. Man muß sich daher wirklich wundern, wie Bachow⁷⁴⁾ und Gudelinius⁷⁵⁾ dem Do-
neau haben bepflichten mögen?

Ob die *actio ad exhibendum* eine prätorische, oder Civilklage sey, ist ebenfalls streitig. Zellfeld hält sie für eine prätorische Klage. Eben so Hofacker⁷⁶⁾. Allein Lanterbach⁷⁷⁾, Westenbergy⁷⁸⁾, und die meisten Rechtsgelehrten halten sie für eine Civilklage, weil sie vorzüglich, wie Ulpian⁷⁹⁾ sagt, *propter vindicationes* eingeführt worden ist. Anton Faber⁸⁰⁾ hingegen unterscheidet, ob sie wegen einer Civilklage, z. E. wegen der *Revindication*, *actio furti*, u. d. oder ob sie wegen einer prätorischen Klage, z. B. wegen der *actio hypothecaria* angestellt wird. In jenem Falle sey die *actio ad exhibendum* eine Civilklage, in diesem aber eine prätorische. Gerade so wie die Moralklagen nach Verschiedenheit der Hauptklagen, von denen sie eine *adjectitia qualitas* ausmachen,
bald

73) Man sehe noch *COCCETTI* *ius civ. controv. h. t. Qu. 1.* und *EMMINGHAUS* *ad Eundem. not. n.*

74) *Tractat. de actionibus. Diff. II. Th. 24.*

75) *Commentarior. de iure novissimo Lib. III. cap. 13. §. De actione ad exhibendum. pag. 158.*

76) *Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4006.*

77) *Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.*

78) *De causis obligation. Dissertat. VII. Cap. 3. §. 2.*

79) *L. 1. D. h. t.*

80) *De Errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.*

bald civiles, bald praetoriae sind⁸¹⁾). Diese Meinung ist auch wohl die sicherste.

Noch ist zu bemerken, daß die Exhibition zuweilen im Prozeß nur einen Incidentpunct ausmacht, ohne daß die Klage ad exhibendum dazu erforderlich ist. Der Fall kann bey der Beweisantretung vorkommen, wenn dem Producenten daran gelegen ist, daß der streitige Gegenstand den Zeugen vorgewiesen werde. Hier kann in dem Präsentationschreiben, mit welchem der Producent die Beweisartiksel übergiebt, die Exhibition verlangt werden⁸²⁾).

§. 742.

Wem steht die actio ad exhibendum zu?

Auf Exhibition kann nun also ein jeder klagen, dem wegen eines dinglichen oder persönlichen Rechts daran gelegen ist, daß ihm eine gewisse Sache vorgezeigt, oder herausgegeben werde. Nicht jedes Interesse des Klägers ist also zur Begründung dieser Klage hinreichend, sondern man merke Folgendes.

I. Nur der hat ein gegründetes Recht auf Exhibition zu klagen, der eine wahrscheinliche und gerechte Ursache zur Anstellung einer Klage hat, welche ihm entweder in Ansehung der vorzuziehenden Sache schon wirklich zusteht, oder die er durch die Exhibition zu erhalten hoffen kann. Wem also in Ansehung der Sache, deren Exhibition er verlangt, gar keine Klage zusteht, der kann nicht ad exhibendum

81) §. 4. I. de noxalib. actionib.

82) C. 10. Tob. CARRACH Adnotation. ad Boebmerum de actionib. pag. III. Nr. IV.

dam Klagen, wenn ihm auch noch so sehr daran gelegen wäre, daß ihm die Sache herausgegeben würde⁸³). Z. B. der Dieb oder Räuber, wenn er den Besitz der gestohlenen oder geraubten Sache verlohren hat; nicht minder derjenige, welcher selbst ad exhibendum war belangt worden, wenn er während des Processes durch seine Schuld die Sache zu besitzen aufgehört hat; desgleichen derjenige, welcher von seinem Gegner die Vorlegung seiner Privatrechnungen verlangt, um eine Klage damit zu begründen; oder auch ein Studirender, wenn ihm daran gelegen wäre, ein gewisses Buch zu lesen, was ein Anderer besitzt, um seine wissenschaftlichen Kenntnisse dadurch zu bereichern. In allen diesen Fällen findet die actio ad exhibendum nicht Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 3. §. 11. D. b. t. Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum: quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum. Sed hoc non sufficit, alioquin et qui dolo fecit, quominus possideret, poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus, neque interdicturus fit: et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. Eleganter igitur definit *Neratius*, iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis⁸⁴); propter quam exhiberi sibi desideret.

L. 19.

83) S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 246. §. Apparet igitur.

84) Das Wort *actionis* fehlt bey *Haloander*; allein mit der Florentine stimmen fast alle Ausgaben überein. Nur *Baudouin* liefert: *habeat actor actionis*.

Glücks Erläut. d. Pand. II. Th.

M

L. 19. D. eodem. Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit, non oportere ius civile calumniari, neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.

Zwar nehmen die Gesetze ⁸⁵⁾ einen Fall aus, wo derjenige, welcher weder gegenwärtig wegen der Sache, deren Exhibition er verlangt, eine Hauptklage hat, noch dergleichen aus der Exhibition erwarten darf, dennoch auf Exhibition mit Wirkung klagen kann. Nämlich wenn Jemand mit meinem Willen meine Rechnungen auf fremdes Papier geschrieben hat. Hier kann ich eigentlich nach dem strengen Recht weder vindiciren, noch ad exhibendum klagen. Allein die Billigkeit erfordert dennoch in diesem Falle, daß mir eine Klage gestattet werde. Julian nennt sie jedoch nicht *actio ad exhibendum*, sondern *actio in factum*, Ulpian stimmt ihm bey. Allein Moodt ⁸⁶⁾ und Doneau ⁸⁷⁾ behaupten, diese Klage sey keine andere, als eine *actio ad exhibendum utilis*. Anton Faber ⁸⁸⁾ hingegen läugnet

85) L. 3. §. 14. D. b. t.

86) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Est autem casus*. pag. 246.

87) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

88) De errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5. Man sehe auch *Iust. MERI* Colleg. argentorat. Tom. I. h. t. §. 11. pag. 674.

läugnet schlechterdings, daß es eine actio ad exhibendum utilis gebe, und er hat den Ausspruch des Paulus für sich, welcher L. 16. in fin. D. h. t. ausdrücklich sagt: *Ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.*

Zuweilen kann eine Sache für uns, an sich keinen Nutzen mehr haben, und doch kann uns an deren Auslieferung gelegen seyn, weil wir sie einem Andern, von dem wir sie erhalten haben, zurückgeben müssen. Hier kann man ad exhibendum klagen, weil man doch an der Sache selbst einen gegründeten Anspruch hat. Ulpian hat hier, von L. 18. D. h. t. folgenden Fall.

Solutione chirographo inani facto, et pignoribus liberatis, nihilominus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quam debitore, exhibeantur, agere potest.

Die Schuld war also bezahlt, und die Frage war, ob wegen des Schuldscheins, der nun dem Gläubiger an sich nichts mehr nützte, gegen den Inhaber die actio ad exhibendum Statt habe. Ulpian gedenkt sich zwey Fälle.

1) Das Document befindet sich in den Händen des Schuldners. Hier versteht sich's, daß der Gläubiger nicht ad exhibendum klagen kann. Denn der Schuldner könnte ja selbst auf Zurückgabe des Schuldscheins mit der *condictio sine causa* gegen den Gläubiger klagen, wenn er das Document noch nicht zurück erhalten hätte, um so mehr kann er sich mit einer Exception gegen ihn schützen.

2) Ein Dritter hat den Schuldschein in Händen. Hier kann der Gläubiger ad exhibendum klagen. Denn ihm ist daran gelegen das Document zu haben, um es dem

Schuldner zurückgeben zu können. Dem Gläubiger steht daher wegen des Documents nicht nur rei vindicatio, sondern zuweilen auch actio furti zu ⁸⁹⁾. Dies ist der wahre Sinn dieser Stelle, welchen Cujaz ⁹⁰⁾ durch eine ohne alle Noth unternommene, Aenderung ganz entstellt hat. Cujaz will nämlich für creditor vielmehr debitor, und nachher für debitore, creditore lesen. Er kann nicht begreifen, wie der Gläubiger, nach gestillter Schuld, in Ansehung des ihm an sich unnütz gewordenen Documents, noch ein solches Interesse haben könne, um deshalb ad exhibendum zu klagen. Daß hingegen der Schuldner klagen könne, sey außer Zweifel, denn er könne auch das Document vindiciren. Um seine Emendation zu begründen, beruft er sich auf die Basiliken ⁹¹⁾, in welchen folgende Stelle vorkommt:

Ὁ χρεώσης καταβαλὼν ἀπὸρ ἀποφείλει, κινεῖ τὴν ἀποκαταστατικὴν ἀγωγὴν, ἀπιστῶν καὶ τὸ χειρόγραφον αὐτῷ ἀναδοθῆναι, καὶ τὰ ἄλλα δικαιώματα τὰ ἀνήκοντα τῷ συναλλάγματι. i. e. Debitor iis persolutis, quae debebat, restitutoriam actionem habet, si tam chirographum, quam instrumenta ad contractum pertinentia, reddi sibi postulat.

Allein der große Cujaz hat sich hier gewaltig geirrt, wenn er diese Stelle der Basiliken, welche von einem ganz andern Falle redet, mit der L. 18. D. b. 1. für ein und dieselbe hält. Er hat, welches dem großen Kritiker kaum zu verzeihen ist, vor lauter Emendationseifer gar nicht bemerkt, daß die Basiliken in dem

Titel

89) L. 27. pr. D. de furtis.

90) Observation. Lib. IX. cap. 7.

91) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Constit. 29. pag. 242. nach Fabrot.

Titel ad exhibendum neun Gesetze mehr haben, als unsere Pandecten, und daß unsere L. 18. auch in den Basiliken in eben der Ordnung, wie in den Pandecten, die Constit. 18. des Titels ad exhibendum ist, welche bey Sazbroe Tom. II. pag. 240. folgendermaßen lautet:

Καὶ μετὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος καλῶς ὁ δανειστὴς ἀπαιτεῖ τὰ τῆ χρέους ἀκρεὰ δικαιώματα κατοχόμενα παρ' ἑτέρου, πλὴν τῆ χρεώσεως. i. e. *Et, soluto debito, recte creditor petit instrumenta debiti iam inania, possessa ab alio, quam a debitore.*

Die vom Cujaz aus den Basiliken angeführte Constit. 29. h. t. ist die L. ult. C. b. t. welche ganz irrig mit unserer L. 18. ist verwechselt worden, als welche viel mehr mit L. 27. D. de pigner. act. zu verbinden ist, denn beide sind aus demselben Libro 6. Opinionum Ulpiani genommen. Da also selbst die Basiliken die Richtigkeit der Lesart unserer L. 18. bestärken, so haben Merilius⁹²⁾, Jensius⁹³⁾ und Pothier⁹⁴⁾ die Cujazische Aenderung mit Recht verworfen.

II. Der Kläger muß ein *interesse pecuniarium* haben, weshalb er die Exhibition verlangen kann; d. h. sein Interesse muß auf seine Vermögensrechte Bezug haben. Struv⁹⁵⁾ sagt: *Quod debeat nostra, ratione rerum seu*

¶ 3

honorum

92) Variantium ex Cujacio Lib. III. cap. 15.

93) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 18. h. T. pag. 97. (edit. Lugd. Batav. 1764. 4.)

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 322.

95) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 32. Man sehe auch ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 3. et Iuss. Henn. BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 3.

bonorum ad nos pertinentium, interesse, sive in rem acturi simus, sive in personam. Noch genauer bestimmt dieses **Justus Meier**⁹⁶⁾, wenn er sagt: *Interest PECUNIARI-TER, cum res actoris est, aut ius habet in ea, aut ipsi debetur, aut eius nomine habet actionem.* Ein anderes Interesse ist zur Begründung der Klage nicht hinreichend. Daher hat die *actio ad exhibendum* nicht Statt, wenn ein freyer Mensch widerrechtlich von Jemand detinirt wird; sondern ich kann blos durch das *Interdictum de libero homine exhibendo* darauf klagen, daß dem Beklagten anbe-sohlen werde, ihn loßzulassen, und auf freyen Fuß zu stellen. Ein *interesse pecuniarium* läßt sich hier nicht denken. **Cajus** bemerkt dies ausdrücklich, wenn er *L. 13. D. b. 1.* sagt:

*Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, Interdictum adversus eum, qui detinere dicitur, de exhibendo eo potest quis habere. Nam ad exhibendum actio in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, cuius pecuniariter interest*⁹⁷⁾.

Diesem ist nicht entgegen, wenn **Paulus** sagt *L. 12. pr. D. eodem. De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.* Denn hier ist von einer *assertio libertatis* die Rede, welche eine Art von *Vindication* ist, und allerdings ein *interesse pecuniarium* zum Grunde haben kann. Man sehe, daß

96) *Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 4. pag. 669.*

97) Man erinnere sich, was bey dieser Stelle schon oben §. 741. S. 177. f. bemerkt worden ist. Der Ausdruck *pecuniariter* kommt auch *L. ult. D. de delict. privatis* vor.

daß ein Vater seinen Sohn, oder ein Patron seinen Freigelassenen in libertatem vindicirt. Hier ist der Vater wegen der Acquisition durch seinen Sohn, und wegen des Mißbrauchs, der ihm an dem Vermögen seines Sohnes zusteht; der Patron aber wegen der Dienste seines Freigelassenen, und des ihm zustehenden Erbrechts interessirt. Dies alles fällt in jenem Falle weg, wo das Interdictum de libero homine exhibendo anzustellen ist. Denn dies setzt voraus, daß der Zustand der Freiheit des Unterdrückten außer allem Streit sey⁹⁸).

III. Daß Interesse des Klägers muß auf die Art, wie ausgeführt worden, nicht nur zur Zeit der angestellten Klage, sondern auch noch zur Zeit der Condemnation begründet seyn. L. 7. §. ult. D. h. t. sagt: *Ibidem non male Pomponius iungit, eius, qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere, rem ei restitui: hoc est, et quo lis contestatur, et quo fit condemnatio.* Den erstern Zeitpunkt erfordert iustum initium actionis. Der letztere aber ist darum zu berücksichtigen, weil die Condemnation des Beklagten auf das Interesse geht, wenn die Exhibition nicht erfolgt⁹⁹). Diese kann nun nicht weiter Statt finden, wenn das vorige Interesse des Klägers aufgehört hat. Doneau¹⁰⁰) erklärt dies auf folgende Art. Sit, sagt er, exempli gratia, qui acturus in rem,

N 4

tan-

98) L. 3. §. 7. D. de homine lib. exhib. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. I. POTHIER Pand. Instin. h. t. Nr. VII. Iul. PACIUS ΕΥΑΥΤΙΟΦΑΝ. Centur. IX. Qu. 49. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

99) L. 9. in fin. D. h. t.

100) Comm. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

tanquam dominus, ideo agat ad exhibendum. Si, quo tempore agit, dominus non est, non iure agit; quia iam ab initio nihil eius interest, rem exhiberi, ad exsequendam eam actionem, quam non habet, nec re exhibita speret habere. Si dominus est, recte quidem agit, sed si inter moras exhibitionis rem alienaverit, aequè possessor absolvendus est; quia actoris interesse desit, sublata ea actione, propter quam actionem ad exhibendum instituit.

IV. Der Kläger muß sein Interesse beweisen. Hierüber cognoscirt der Richter summarisch, mit Verwerfung aller weit ausschenden Einreden des Beklagten, als welche in die Hauptklage gehören. Nur solche Einreden finden in der Regel hier Gehör, welche sofort liquid, und so evident sind, daß sie die Intention des Klägers sofort vernichten; z. B. die Zeugen sind schlechterdings untüchtig¹⁾. Sind hingegen die Einreden von der Art, daß sie eine weitläufige Erörterung erfordern, so wird der Beklagte, derselben ungeachtet, zur Exhibition verurtheilt, und mit seinen Exceptionen in die Hauptklage verwiesen. Die hierher gehörigen Gesetze stellen sind L. 3. §. 9. et §. 13. D. b. t. wo Ulpian sagt:

Sciendum est autem, non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest, exhiberi. *Iudex igitur summarim debet cognoscere, an eius intersit; non an eius res sit: et sic iubere vel exhiberi; vel non, quia nihil interest.*

Ibidem subiungit, iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor

1) S. DONELLI Commentar. iuris civ. c. l. pag. 1179.

possessor objicit: *et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi; si obscurior, vel quae habeat altiore quaestionem, differendam in directum iudicium, re exhiberi iussa.*

Es werden jedoch einige Exceptionen ausgenommen, welche der Richter nicht verwerfen darf, wenn sie auch gleich noch auf weiterer Erörterung beruhen sollten. Das sind nämlich solche, welche aus einer Handlung des Klägers entspringen, wodurch er sich selbst den Weg zur künftigen Klage versperrt hat²⁾. Ulpian nennt folgende:

De quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui de³⁾ ad exhibendum actione iudicat: veluti pacti conventi, doli mali, iurisiurandi, rei quae iudicata est.

Die *exceptio pacti* besteht darin, wenn der Kläger mit dem Besitzer die Uebereinkunft getroffen hat, daß er sich der Klage, welche er jetzt intendirt, nicht bedienen wolle.

Exceptio iurisiurandi, wenn der Besitzer bereits vorher, auf geschickenen Eidesantrag des Klägers, geschworen hat, die Sache gehöre ihm, oder sie gehöre wenigstens dem Kläger nicht.

Exceptio rei iudicatae, wenn der Kläger schon vorher in dieser Sache wegen, weshalb er die Exhibition verlangt, Proceß geführt hat, und das Urtheil wider ihn ausgefallen ist.

Exceptio

2) G. DONELLUS c. l. pag. 1179.

³⁾ So liest unser Erlanger Pandecten Codex. Eben so Bandoza und Hugo a Porta. Haloander hat in. Die Florentine keins von beyden.

Exceptio doli, wenn der Kläger den Beklagten wegen der Sache betrogen hat, die er von ihm als die seinige zurückfordern will. Z. B. der Besitzer hatte die Sache dem Kläger verkauft; allein er war durch diesen auf eine hinterlistige Art zum Verkauf verleitet worden. Sollte nachher die Sache zufällig wieder an den Verkäufer zurückgekommen seyn, so kann er sich, wenn der Käufer sie als Eigenthümer vindiciren will, und deshalb vorläufig *ad exhibendum* klagt, mit der Einrede des Betrugs schützen.

Böhmer³⁾ erfordert zwar auch bey diesen Einreden Liquidität. Justus Meier⁴⁾ hingegen glaubt, diese Einreden wären darum ausgenommen, weil sie keine weitläufige Erörterung bedürfen. Allein die *L. 3. §. 13. h. t.* sagt ganz deutlich: *De his exceptionibus omnimodo iudicem debere disceptare.* Das Wort *omnimodo*, so wie das in den Basiliken⁵⁾ vorkommende *πᾶντως*, begreift aber unstreitig beyde Fälle unter sich, die Erörterung dieser Einreden mag mit Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten verbunden seyn, oder nicht. Den wahren Grund dieser Ausnahme giebt Doneau⁶⁾ richtiger auf folgende Art an:

„*Has exceptiones quatuor excepit potissimum Ulpianus ex omnium numero, optima ratione, quia nascuntur ex facto actoris, sibi ipsi futuri iudicii causas eo facto praecedentis: ut qui pactus sit ea de re;*
qui

3) *Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 6.*

4) *Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 9. pag. 673.*

5) *Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. §. 11. p. 233.*

6) *Comm. iur. civ. cit. loc. pag. 1179.*

qui controversiam iureiurando, aut iudicio sustulerit; qui dolo suo inutilem venditionem sibi constituerit. Haec facta auctori suo perpetuo nocere aequum est.“

V. Der Kläger muß alle Merkmale der Sache, wodurch sie sich von andern unterscheidet, in seinem Klagschreiben genau angeben, damit der Beklagte darnach beurtheilen könne, ob er die Sache besitzt. Ulpian giebt dieses Erforderniß ausdrücklich an, wenn er L. 3. pr. D. h. t. sagt:

In hac actione actor omnia nosse debet, et dicere *argumenta rei*, de qua agitur.

Cornelius van Bynkershöt⁷⁾ glaubt zwar, der Kläger müsse durch die *actio ad exhibendum* erst die Merkmale der Sache kennen lernen, um sie bey der künftigen vindication desto genauer zu bezeichnen, und will daher statt *dicere* vielmehr *discere* lesen. Porhier⁸⁾, Zeineccius⁹⁾, Wächter¹⁰⁾ und Joh. Wilhelm Hoffmann¹¹⁾ stimmen ihm auch hlerin bey. Allein Gerhard Meo¹²⁾, Johann Jensius¹³⁾ und Joh. Heinrich von Berger¹⁴⁾ haben diese Emendation mit Recht verworfen.

7) Praefat. ad IV. Libros prior. Observation. iuris Rom. §. Sed quia.

8) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XX. not. g. pag. 324.

9) Opuscul. postum. ad Edictum perpet. Tit. 57. not. b. pag. 543.

10) Opusc. iurid. a Trotzio edit. pag. 464.

11) Meletemat. ad Lib. X. Pand. in Thes. iuris controv. Nr. VIII.

12) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

13) Strictur. ad Rom. iuris Pand. Lib. X. h. t. pag. 93. (Lugd. Batav. 1764. 4. maj.)

14) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. I. Not. 4.

worfen. Immerhin mögen einige Handschriften *discere* lesen, wie bey Zaloander, Baudoza, und in der Ausgabe apud Sennetonios Lugduni 1549. am Rande angemerkt worden ist; so ist doch diese Lesart offenbar falsch. Denn erstens steht das *discere* mit den vorhergehenden Worten *omnia nosse debet*, in einem evidenten Widerspruche. Muß der Kläger alle Merkmale der Sache kennen, deren Exhibition er verlangt, so darf er sie ja nicht erst durch die *actio ad exhibendum* kennen lernen¹⁵⁾. Sodann widerstreitet die Auctorität der florentinischen Pandecten. Nicht minder sind die Basiliken¹⁶⁾ der Bynkershöfischen Conjectur entgegen, als welche vielmehr die gemeine Lesart bestärken. In denselben lautet nämlich unsere Stelle so:

Ὁ ἐνάγων ὀφείλει τὰ γνωρίσματα λέγειν τῆ πράγματος.
i. e. Qui ad exhibendum agit, argumenta et indicia rei dicere debet.

Aus allen erhellet also soviel, daß *dicere* hier nichts anders heißt, als *edere*, angeben; und *argumenta rei* bedeuten die Kennzeichen und Eigenschaften einer Sache, wodurch sie sich von andern Sachen unterscheidet¹⁷⁾.

Es

15) Wächter bemerkt zwar, daß in der edit. Pand. *Chevallo-niana* statt *nosse* stehe *noscere*. Allein das kann hier nicht in Betrachtung kommen.

16) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. pag. 231.

17) In dieser Bedeutung kommt das Wort *argumentum* auch L. 34. §. 2. D. de auro et arg. leg. vor. S. Io. Guil. MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. Lektion. Lib. I. cap. 8.

Es kann demnach nur als Ausnahme von der Regel gelten, wenn es bey Moralklagen dem Kläger, welcher den Sklaven, der ihm den Schaden zugefügt hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, verstattet war, auf Darstellung der ganzen Sklaven-Familie des Beklagten zu klagen, um den Sklaven näher kennen zu lernen, und auszusuchen, welcher den Schaden angerichtet hatte. Doch konnte auch hier der Kläger eine solche Exhibition anders nicht verlangen, als wenn er wenigstens durch Anzeigen wahrscheinlich machen konnte, daß er von einem der Sklaven des Beklagten beleidigt worden sey¹⁸⁾, wie aus folgender Stelle des Ulpianus erhellet.

L. 3. §. 7. D. h. t. Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria. Quid enim, si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit, nisi ex praesentibus; quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet. Nonne aequum est, ei familiam exhibere¹⁹⁾, ut noxium servum adgnoscat? Quod ex causa²⁰⁾ debet fieri, ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensione²¹⁾ servorum facta²²⁾.

Die

18) G. IENSIUS in *Strictur.* cit. pag. 96.

19) Statt *exhibere* liest unser Erlanger Pandecten-Codex *better exhiberi*.

20) Die Worte: *ex causa* erklärt NOODT in *Comm. ad Pand. h. t.* pag. 244. §. *Hoc non omitam* durch *causa cognita*.

21) HALOANDER hat *recensione*. Eben so unser Erlanger Pandecten-Codex.

22) Man verbinde damit L. 3. §. 2. D. de *Publicanis*.

Die Unbekanntheit des Klägers mit dem Gegenstande, dessen Exhibtion er verlangte, verdiente in diesem Falle um so mehr Nachsicht, weil es hier auf ein Delict ankam, welches nicht unbestraft bleiben konnte. Es wäre wenigstens höchst ungerecht gewesen, wenn diese Unbekanntheit dem Sklaven zur Impunität dienen, und den Beschädigten um sein Recht, Schadensersatz zu fordern, hätte bringen sollen²³⁾.

Aus dem vorigen ergiebt sich endlich,

VI. daß die *actio ad exhibendum* nur eigentlich bey beweglichen Sachen Statt habe, insofern es nämlich auf eine Vorzeigung ankommt, um sein Recht an der Sache verfolgen zu können²⁴⁾. Eine solche Vorzeigung läßt sich nun aber bey unkörperlichen Sachen nicht denken, unbewegliche Sachen hingegen brauchen nicht erst von einem Andern vorgezeigt zu werden, man kann sie ja schon von selbst in Augenschein nehmen²⁵⁾. Viele²⁶⁾ wollen jedoch den Fall ausnehmen, wenn dem Kläger die Lage oder Gränzen eines Grundstücks unbekannt seyn sollten. Hier könne der Kläger durch die *actio ad exhiben-*

23) S. DONELLI Comment. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. §. *Actio quoque* pag. 1177.

24) L. 56. D. de procurator. L. 22. D. de Verb. Significat. L. 6. D. ad exhib.

25) L. 2. C. Quando et quibus.

26) ECKOLT Compend. Pandectar. Tractat. h. t. §. 5. de BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. I. Not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 8. HOMMEL ad Menckenii Introduct. in doctrinam de actionib. for. not. 1251. pag. 390. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. cura GMELIN Tom. III. §. 4006. not. h. u. a. m.

exhibendum mit Recht fordern, daß ihm der Beklagte diese angebe. Z. B. es ist mir ein Grundstück vermacht worden, und ich weiß nicht, wo es liegt. Man beruft sich deswegen auf die *L. 8. D. h. t.* wo Julian sagt:

Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat, quominus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, exhibere cogendus erit. Nam si fundum vel hominem petiero, et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur.

Allein Julian sagt hier mit keinem Worte, daß die *actio ad exhibendum* bey unbeweglichen Sachen Statt habe; sondern er will nur soviel sagen, der Erbe desjenigen, welcher *ad exhibendum* war belangt worden, könne, ohne gegen ihn eine neue Klage anstellen zu dürfen, zur Exhibition genöthiget werden, wenn er die Sache besitzt, die sein Erblasser weder besaß, noch arglistig zu besitzen aufgehört hatte, und die Klage sey also in diesem Falle nicht vergeblich angestellt. Denn auch bey der *Reivindication*, welche durch die *actio ad exhibendum* gewöhnlich vorbereitet wird, sey es eben so, wenn nämlich der Erbe den Besitz der Sache verlangt haben sollte, welchen der Erblasser noch nicht hatte, gegen welchen gleichwohl die *Reivindication* aus Irrthum war angestellt worden. Das Beispiel, welches hier Julian vom *fundus* anführt, geht bloß auf die *Reivindication*, bey welcher es angeführt wird, aber nicht auf die *actio ad exhibendum*. Es findet sich demnach auch nicht eine einzige Gesetzstelle, welche jene Meinung begründet. Vielmehr ist es sehr merkwürdig, daß überall, wo der *actio ad exhibendum* Erwähnung geschieht,

geschlehet, auch von beweglichen Sachen die Rede ist. Ich will hier, außer den schon oben vorgekommenen Stellen, hier nur einer einzigen noch gedenken, die mir besonders merkwürdig zu seyn scheint. Licinius Rufinus sagt nämlich L. 38. in fin. D. de iudiciis.

Si per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est. Et, si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

Die hier mit besonderem Bedacht beigelegte Bestimmung: *si mobilis sit res*, wäre, wie Justus Meier²⁷⁾ sehr richtig bemerkt, ganz überflüssig, wenn sie nicht der actio ad exhibendum eigen wäre. Ich läugne nicht, daß bey unbeweglichen Sachen, die man fordern kann, zuweilen die Lage oder Gränzen unbekannt seyn können, allein deswegen bedarf es doch dieser Klage nicht. Denn, man sehe, daß mir ein solches Grundstück vermacht worden sey, so geht schon hierauf die Klage mit, die mir wegen des Vermächtnisses zusteht. Magis est, sagt Zuber²⁸⁾, ut hoc in ipsa legati actione contineatur; scilicet, ut heres condemnatur ad fundum legatum, ubicunque sit, praestandum; actionem ad exhibendum ea gratia dari, ab iuris usu alienum videtur. Hierin stimmen auch Voet²⁹⁾, Böckelmann³⁰⁾ und Schulting³¹⁾ überein.

Kommt

27) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 6. pag. 671.

28) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 6. in Respons. ad Schol. pag. 417. (edit. Franequer. 1689. 4.)

29) Commentar. ad Pand. h. t. §. I.

30) Commentar. in Dig. h. t. §. 7.

31) Thes. controversar. Decad. XXX. Th. 9.

Kommt es nicht gerade auf Vorzeigung einer Sache an, sondern die Klage ad exhibendum wird auf Herausgabe oder auf Ersatz einer schuldigen Sache gerichtet, so kann jede Sache, auch eine unkörperliche, der Gegenstand dieser Klage seyn. Einen dahin gehörigen merkwürdigen Fall erzählt Ulpian aus dem Marcellus L. 9. §. 4. D. h. i.

Marcellus scribit, si tibi decem numismata sint sub conditione legata, et mihi decem ususfructus pure, deinde heres pendente conditione, non exacta cautione, decem fructuario solverit, ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecerit, quominus possideret. Dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario: effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis. Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si conditio extiterit legati. Potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum: et si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui, a fructuario satis non exegit, dicit Marcellus, cessare ad exhibendum: scilicet quia nullus dolus est. Succurrendum tamen legatario in factum adversus fructuarium actione, ait.

Marcellus entscheidet hier folgenden Fall. A. hat dem B. eine Summe Geld vermacht, aber unter einer gewissen Bedingung, mir aber den Meßbrauch von dieser Summe, und zwar unbedingt. Daß ein solches Legat, vermöge des schon an einem andern Orte (Lib. VII. Tit. 4.) erklärten Senatusconsultum vom Quasi, Ususfructus gilt, hat keinen Zweifel. Allein zu bemerken ist, daß B. in diesem

sem Falle an dem Nießbrauche Antheil nimmt, sobald die Bedingung existirt. Julian sagt dieses ausdrücklich L. 6. D. de usufr. ear. rerum, quae usu consum. wo es heißt: Si tibi decem legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) usufructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt; ita ut tibi caveam, tempore mortis meae aut capitis deminutionis restituiri. Nam et si fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi usufructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu; et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu. Also der Nießbrauch der vermachten Summe wird unter uns getheilt. So lange indessen die Bedingung noch schwebt, habe ich den Genuß allein. Nun setze man, der Erbe habe mir pendente conditione die ganze Summe ausgezahlt, aber keine Caution gefordert, daß ich die Hälfte davon dem B. restituiren solle, wenn die Bedingung des Legats existiren wird. Hierauf tritt die Bedingung wirklich ein. Das Geld ist aber nicht mehr da. Wie hilft sich hier der Legatar, um seine Hälfte zu bekommen? Marcellus unterscheidet, ob dem Erben das Legat bekannt war, und derselbe dennoch die Caution sich von dem Usufructuar bestellen zu lassen unterließ, oder ob ihm solches unbekannt war. Im ersten Fall kann B. gegen den Erben ad exhibendum klagen, denn der Erbe ist hier als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desit. Sein dolus besteht darin, daß er keine Caution gefordert hat. Hätte sich jedoch der Legatar von dem Erben die gewöhnliche Caution wegen seines bedingten Vermächtnisses bestellen lassen, (S. Tit. Pand. ut legatorum s. fideicommissor. servandorum causa caveatur. XXXVI. 3.) so kann er sich auch an diese halten.

halten. Im letztern Falle hingegen fällt die actio ad exhibendum weg, weil hier der Erbe sich keiner Arglist schuldig gemacht hat. Der Legatar klagt also gegen mich, den Usfructuar, mit der actio in factum, daß ich ihm seinen Antheil herauszahle *).

Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, in sofern sie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden soll, in demselben Libell zu verbinden ³²⁾. Diese Cumulation wird auch von unsern Practikern zur Abkürzung des Processes vorzüglich angerathen ³³⁾. Zwar muß auch in diesem Falle erst über das vorbereitende Gesuch verfahren, und entschieden werden; dann aber bedarf es keines neuen Libells, um zu der Hauptklage in dem Verfahren überzugehen ³⁴⁾.

D 2

§. 743.

*) *S. Iac. CUJACII Recitatt. solemnes ad Lib. X. Dig. h. t. ad L. 3. §. 14. (Operum a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 638.)*

32) Ein Formular eines solchen Libells giebt CARRACH in Adnotat. ad Boehmeri doct. de actionib. pag. 112.

33) VINNIUS in Commentar. ad §. 3. I. de officio iud. ad verba: *Fructuum medii temporis.* ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. I. MENCKEN Introd. in doct. de actionib. for. Sect. IV. Cap. I. Membr. I. §. 10. pag. 392. u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch Barthol. Leonb. SUENDENDÖRFER ad Eckoltum cit. loc. pag. 321.

34) *S. den 4. Th. dieses Commentark. §. 284. e. §. 31. f. und GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 167. S. 331. folg.*

§. 743.

Gegen wen hat die actio ad E. Statt?

Die Klage kann gegen jeden angestellt werden, der es in seiner Gewalt hat, die Sache zu exhibiren, er sey Civil-, oder blos natürlicher Besizer. Ja wenn er auch gleich nicht einmal im juristischen Sinn Besizer, sondern ein bloßer Inhaber oder Detentor der Sache ist. Folgende Stellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 3. §. ult. D. h. t. Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum: non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. D. h. Es kommt bey der actio ad exhibendum gar nicht darauf an, ob der Beklagte die Sache unter Umständen besitzt, unter welchen er durch Usucapion das Eigenthum der Sache erwerben könnte, oder nicht. Sie geht daher zum Beispiel (so muß hier das Wort: *denique* erklärt werden³⁵) auch gegen den Gläubiger, dem die Sache, deren Vorzeigung verlangt wird, zum

35) Das Wort: *denique* ist schon mehrmals in der Bedeutung vorgekommen, da es den Uebergang von der Regel zur Anwendung oder eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen soll. Diese Bedeutung hat auch Herr von Savigny in seinem klassischen Werke vom Recht des Besizes §. 7. S. 47. insonderheit bey der L. 3. §. 15. D. h. t. bemerkt, und sie noch aus mehreren andern Stellen erwiesen. Er hätte sich auch auf die *Basilica* berufen können, in welchen Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 233. unsere Stelle so übersetzt ist: ὁ θεὸς καὶ ὁ λαβὼν εἰς ἐπίχρησον τὸ πρᾶγμα — ἐνάγεται. i. e. *ideoque et sum eo, qui pignori rem accepit, — agitur.*

zum Pfande gegeben worden, wenn er gleich kein Eibillbesitzer ist³⁶⁾).

L. 4. D. b. t. Nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest.

L. 5. D. eodem. Celsus scribit, si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest. Item, si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum. Sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est, aut horrearium possidere, aut certe ille est, qui possit exhibere. Idem ait: Quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? Quas species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

L. 5. §. 1. D. eod. Iulianus autem ita scribit, ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit. Sed et eum, qui usufructus nomine rem tenet: quamvis nec hic utique possideat. Inde *Iulianus* quaerit, quatenus hos oporteat exhibere? Et ait, priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat: is autem, cum quo agetur, rei servandae causa, sit in possessione: eum vero, qui usumfructum habeat, sic, ut actor rem possideat: is, cum quo agetur, utatur fruatur.

D 3

Es

36) *L. 13. pr. L. 16. D. de usurpat. et usucap.* S. THIBAUT
Animadversion. de naturali et civ. possessione, adject. CUPERI
Observationib. select. de natura possessionis, denuo ab Eo editis
pag. 159.

Es schien weniger zweifelhaft zu seyn, daß der Gläubiger, welcher die Sache, die der Kläger zu sehen verlangt, als ein Faustpfand besitzt, ad exhibendum verbunden sey, als bey einem bloßen Detentor. Denn ist gleich jener kein Civilbesitzer, in Absicht auf Usucapion, so besitzt er doch in jeder andern juristischen Rücksicht³⁷⁾, wie JAVOLEN lehrt, wenn er *L. 16. D. de usurpat. et usucap.* sagt:

Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet.

Er hat daher das Recht der possessoriſchen Interdicte, nicht nur gegen Fremde, s. B. *interdictum: Uti possidetis et Utrubi*, welche nur dem creditor, qui in possessionem rei servandae causa missus est, darum abgespröhen werden, weil dieser keinen juristischen Besitz hat³⁸⁾; sondern auch gegen den Schuldner selbst³⁹⁾. Sein Besitz ist also eine wahre possessio im juristischen Sinn⁴⁰⁾. Denn nur ein solcher Besitz ist Bedingung der Interdicte⁴¹⁾. Es hatte folglich auch keinen Zweifel, daß die actio ad exhibendum gegen ihn Statt habe. Allein alle übrige, welche in den angeführten beyden andern Gesetzstellen genannt

37) *S. Franc. DUARENUS in Comment. ad L. 1. §. Per servum corporaliter. D. de acquir. possess. (Operum pag. 626.) und Chr. Aug. GÜNTHER Princip. iuris. Rom. privati noviss. Tom. I. §. 264.*

38) *L. 3. §. 8. D. Uti possidet. S. GALVANUS de Usufructu. Cap. 33. Nr. VII. pag. 461. edit. Tubing.*

39) *L. 6. §. 4. D. de precario.*

40) *L. 35. §. 1. L. 37. D. de pignorat. act.*

41) *S. von Savigny Recht des Besitzes §. 7. S. 61.*

nennt werden, der Depositar, der Commodatar, der Pächter, der creditor in possessionem missus, u. s. w. sind keine possessores im juristischen Sinn. Von diesen wird gesagt: *tenent, sed non possident*⁴²⁾. Alle diese haben daher auch das Recht der possessorischen Interdicte nicht⁴³⁾. Bei diesen schien es also zweifelhaft zu seyn, ob die actio ad exhibendum auch gegen sie gehe. Denn diese Klage war, wie Ulpian sagt, hauptsächlich wegen der vindication eingeführt. Nun waren die Römischen Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob die Reivindication auch gegen denjenigen Statt habe, bei dem eigentlich im juristischen Sinn gar keine Possession angenommen werden kann, sondern welcher die Sache bloß körperlich detinirt⁴⁴⁾. Pegasus behauptete, sie setze von Seiten des Beklagten immer eine wahre possessio, d. i. einen solchen Besitz voraus, der wenigstens das Recht zu Interdicten begründet. Vermuthlich dachte also Pegasus auch eben so von der präparatorischen Klage ad exhibendum. Allein Ulpian entschied gegen ihn, und stellte den Grundsatz auf, *ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse*. Diesem gemäß behauptet nun auch eben dieser Ulpian hier: *omnes, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum actione teneri, quamvis proprie non possideant*. In Ansehung der L. 5. wo Ulpian dieses sagt, scheint mir jedoch Manches noch einer näheren Erläuterung zu bedürfen.

D 4

Ulpian

42) L. 9. D. de rei vindicat. L. 10. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 3. §. 8. D. Uti possidet. L. 6. §. 2. D. de precario.

43) L. 1. §. 10. D. de vi. L. 3. §. 8. D. Uti possidet.

44) L. 9. D. de rei vindicat.

Ulpian trägt im Anfange desselben folgenden Fall vor. Es hat Jemand einem Fuhrmann Waaren zum Transport gegeben. Dieser hat sie einstweilen in einem Magazin niedergelegt. Nun entstand Zweifel, welches die rechten Waaren sind. Um sich dies erklären zu können, muß ich bemerken, daß *horrea* bey den Römern solche Gebäude hießen, worin Feldfrüchte, Wein, Kaufmannsgüter, Kunstsachen, ja oft Sachen von größtem Werth niedergelegt und aufbewahrt wurden⁴⁵⁾. In einem solchen Magazine oder Vorrathshause befanden sich also gewöhnlich Sachen, die verschiedenen Eigenthümern zugehörten. Dem Eigenthümer der zum Transport gegebenen Waaren war also daran gelegen, zu wissen, welches seine Waaren sind, und ob auch der Fuhrmann die rechten Waaren aufgeladen habe. Gegen wen mußte nun also auf Vorzeigung geklagt werden? Celsus entscheidet so. Zunächst muß gegen den Fuhrmann geklagt werden, der die Waaren in Empfang genommen hat. Wäre dieser unterdessen gestorben, so ist entweder ein Erbe da, oder nicht. In jenem Falle muß gegen diesen geklagt werden; in dem letztern aber gegen den Eigenthümer des Horreums. Daß die *actio ad exhibendum* gegen den *horrearius* Statt habe, erklärte sich leicht. Denn besitzt weder der Fuhrmann, noch desselben Erbe die Waaren, (dies sollen offenbar die Worte: *nam si a nullo possiden-*

45) L. 6. pr. D. de edendo. L. 74. D. de contr. emt. vendit. L. 60. §. 6. D. locati. L. 3. §. 2. D. de officio praefecti vigil. L. 32. §. 4. D. de auro. arg. L. 30. §. 4. D. ad L. Falsid. Man vergleiche hier vorzüglich Barn. BRISSENIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 18. und Herm. CANNEGIER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 3. pag. 150. sq.

possidentur, heißen, und es ist gar nicht nöthig, mit Anton Faber ⁴⁶⁾ statt *a nullo ab ullo* zu lesen), so muß sie entweder der *horrearius* entwendet haben ⁴⁷⁾, oder sie befinden sich noch in seiner Niederlage, und dann kann er sie exhibiren. Allein aus welchem Grunde konnte der Fuhrmann *ad exhibendum* belangt werden? Dieser ist doch auf keine Weise als juristischer Besitzer zu betrachten. Man müßte denn etwa sagen, er habe die Waaren als ein Pfand in Händen. Dies scheint mir der Sinn der Worte zu seyn: *an quia pignus tenet?* Cujaz ⁴⁸⁾ versteht sie zwar so, daß der Fuhrmann, wegen des ihm schuldigen Fuhrlohns, ein stillschweigendes Pfandrecht habe, und beruft sich auf *L. 6. §. 2. D. Qui potior. in pign.* Zu dieser Erklärung scheint die Lesart in den glossirten Handschriften: *an quia pignori tenet?* Anlaß gegeben zu haben, welche jedoch auch bey Zaloander und Baudoza vorkommt. Eben so Galvanus ⁴⁹⁾. Allein Pothier ⁵⁰⁾ erklärt die von Cujaz angeführte Stelle richtiger von dem

46) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 463. Richtiger sagt die Glosse ad h. L. ad verba: *Si a nullo, id est, nec a conductore, nec ab herede eius.*

47) So erklärt das *possidere* für *possessionem invadere*; Engelbert de MAN in Diss. de thesauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. vel amitt. possess. Trajecti ad Rhen. 1740. §. 27. (in Ger. OELRICHS Thesaur. Dissertation. iuridic. Belgicar. Vol. I. Tom. II. Nr. XVII. pag. 368.)

48) Recitation. solemnnes ad Lib. X. Dig. h. L. 5. h. t. (*Operum a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 641.*)

49) De Usufructu Cap. 33. nr. VII. pag. 461.

50) Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 4. Nr. XXVI. not. c. pag. 573.

dem Falle: *Si convenerit, ut pro hac mercede merces essent pignori.* Anton Faber⁵¹⁾ hingegen glaubt vielmehr, es sey hier von keinem eigentlichen Pfandrechte die Rede, sondern der Fuhrmann könne die Waaren, gleichsam als ein Pfand, so lange zurückhalten, bis ihm das Fuhrlohn bezahlt worden ist. So rede Julian auch L. 13. §. 8. *D. de act. emti vend.* von dem Retentionsrechte des Verkäufers, so lange das Kaufgeld noch nicht bezahlt ist. Diese Erklärung scheint allerdings dem Sinn des Gesetzes gemäßer zu seyn. Denn Celsus sucht hier blos einen Grund auf, warum auch der bloße Detentor ad exhibendum belangt werden könne. Dann hat diese Erklärung auch die Auctorität der *Vasilliken*⁵²⁾ für sich, in welchen diese Stelle so lautet:

Ἐὰν τις ἐπὶ τῷ μεταγαγεῖν φορτία μεθυσάμενος, ἀπόθῃται αὐτὰ ἐν οἴῳ, αὐτὸς καὶ ὁ κληρονόμος αὐτῆ ἀνάγονται τῇ παρασάσει αὐτῶν. αὐτοὶ γὰρ αὐτὰ δεκῶσιν ὡς ἐνέχυρον νέμεσθαι. i. e. *Si quis merces, quas transvehendas conduxit, in horreo reposuerit, cum ipso, et cum herede eius ad exhibendum agi potest: ipsi enim eas videntur possidere quasi pignus.*

Doch bedarf es dieses Grundes nicht einmal. Denn der Hauptgrund bleibt immer der, daß es bei der *actio ad exhibendum* gar nicht darauf ankommt, ob derjenige, welcher belangt wird, im juristischen Sinn Besitzer ist, sondern nur darauf allein, ob es in seiner Macht steht, die Sache zu exhibiren. Dies ist der Sinn der letzten Worte: *Quae species ostendit, — ad exhibendum teneri.*

In

51) Rational. in *Par.* c. 1.52) *Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Constit. 5. pag. 233.*

In dem §. 1. der L. 5. b. 2. führt Ulpian noch ein Paar Beispiele aus Julian an, nämlich vom creditor, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, und dem Usufructuar. Beide sind zwar bloße Detentoren, oder natürliche Besitzer⁵³⁾, sie können aber dennoch nach dem angeführten Princip ad exhibendum belangt werden. Es kam nur noch darauf an, näher zu bestimmen, in wiefern sie zur Exhibition verbunden sind. Ulpian bestimmt dieses nach Julian auf folgende Art: Ait, priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat; is autem, cum quo agetur, rei servandae causa sit in possessione. Daß dieses überhaupt auf den creditor oder legatarius in possessionem missus geht, sieht jeder vor selbst. Allein was heißt: ut actor possessionem habeat? Anton Faber⁵⁴⁾ fertiget uns mit der Bemerkung ab, daß etwas Anders sey, possessionem habere, etwas anders: in possessione esse. Nun könne, der Billigkeit nach, durch die actio ad exhibendum die Lage desjenigen, qui in possessione est, nicht verschlimmert werden, wenn durch die Hauptklage, die dadurch vorbereitet wird, die Sache, von welcher die Rede ist, dem Beklagten abgesprochen wird. Pothier⁵⁵⁾ hingegen erklärt diese Stelle auf folgende Art: Si non appareat heres, qui verus possessor est, transfertur quidem possessio in actorem; sic tamen, ut legatarius, qui rem exhibuit, perseveret esse in eius possessione; donec per actionem, cuius actio

53) L. 3. §. 8. D. Uti possidet. L. 12. D. de acquir. possess.
L. 1. §. 8. D. Quod legator. L. 6. §. 2. D. de precario.

54) Rational. in Pand. h. L.

55) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. d.

actio ad exhibendum praeparatoria est, revocetur eius possessio, et res evincatur. Allein die Worte *possessionem habere* scheinen mir auf die künftige Restitution der Sache, als die Wirkung der Hauptklage zu gehen. *Restituere enim*, sagt Cajus⁵⁶⁾, est etiam possessorem facere; oder sie können auch die Wirkung der actio ad exhibendum selbst anzeigen. Denn auch diese Klage geht auf Restitution, wenn der Beklagte sich mit dem Kläger in keinen Hauptproceß einlassen will, wie Cujaz⁵⁷⁾ bemerkt. Jedoch soll hier die Exhibition auf eine solche Art geschehen, daß das dem Beklagten durch die Missio zuerkannte prätorische Pfandrecht nicht aufgehoben werde. In den Basiliken⁵⁸⁾ wird diese Stelle auf folgende Art übersetzt: *Και ὁ δανειστής, καὶ ὁ λεγατάριος πεμφθέντες εἰς νομὴν, ἐνάγονται τῇ παραστατικῇ ἀγωγῇ, ἵνα νέμῃται μὲν ὁ ἐνάγων, καὶ αὐτοῖς δὲ φυλαχθῆ ἡ νομὴ τῷ ἐνεχόμενῳ. i. e. Creditor, et legatarius, qui in possessionem missi sunt, ad exhibendum actione tenentur, ut actor quidem possessionem habeat, ipsis autem pignoris possessio servetur.*

Auf eben diese Art soll nun auch der Usufructuar, salvo usufructu suo, zur Exhibition gehalten seyn, wie die letzten Worte des §. 1. der L. 5. b. t. ganz deutlich anzeigen.

Die Klage ad exhibendum ist übrigens begründet, der Beklagte mag die Sache an sich, oder die Hauptsache besitzen, mit welcher die zu exhibirende Sache verbunden ist. Ulpian führt hiervon folgende Beispiele an.

L. 7.

56) L. 22. D. de Verbor. Signif.

57) Recitat. solemn. ad Lib. X. Dig. h. t. ad §. *Quantum autem*
L. 9. (Operum T. IV. P. I. pag. 630.)

58) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 5. §. 1. pag. 233. sq.

L. 7. §. 1. et 2. D. b. t. Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit, *quamvis tunc civiliter non possideas.*

Diese letztern Worte wollen so viel sagen, daß der Besitzer einer zusammengesetzten Sache, in sofern von dem Besitz der einzelnen Theile für sich, z. B. der Räder an einem Wagen, die Rede ist, dieselben im eigentlichen Sinne des Civilrechts nicht besitze. So erklärt sie auch Pothier⁵⁹⁾ welcher sagt: *Quamvis proprie non possideas rotam, sed magis vehiculum, cui cohaeret: quamdiu enim cohaeret, per se rota non possidetur; vehiculum tantum possidetur.* Eben so Thibaut⁶⁰⁾, obwohl der Grund, den er anführt, weil es nämlich eine Quaestio Domitiana gewesen wäre, ob auch derjenige mit der actio ad exhibendum belangt werden könne, welcher die Sache nicht gerade ad usucapionem besitzt? niemanden überzeugen wird, der aus den oben angeführten Stellen erschen hat, daß Ulpian gerade dieselbe Frage durch die angeführten vielen Beispiele außer Zweifel setzen will, welche Thibaut für absurd hält, wie Herr von Savigny⁶¹⁾ sehr richtig dagegen erinnert hat⁶²⁾.

Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel anam scypho iunxeris, vel emblemata phialae:

59) Pandect. Justin. b. t. Nr. X. not. e.

60) Animadv. de naturali et civ. possessione (als Anhang zu CUPERI Observat. select. de natura possess. pag. 162.)

61) Recht des Besitzes §. 7. C. 56. Not. 2.

62) In den Basilic. Tom. II. pag. 235. lauten die Worte so:
εἰ καὶ μὴ νόμῳ πολιτικῶς.

lae⁶³⁾: vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statue coadunaveris.

In allen diesen Fällen wird jedoch, wie Cujaz⁶⁴⁾ ganz richtig bemerkt, vorausgesetzt, daß eine Trennung der accessorischen Sache von der Hauptsache möglich sey. Denn diese Trennung zu bewirken, ist hier der Zweck der actio ad exhibendum, weil sonst die vindication der Sache nicht Statt finden kann. Paulus sagt dies auch ausdrücklich L. 6. D. b. t. wo es heißt:

Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum⁶⁵⁾ candelabro vindicari non potest: sed, ut excludatur, ad exhibendum agi potest.

Ist bey metallenen Gefäßen oder Figuren die Verbindung durch Schmelzen geschehen, so unterscheiden die Gesetze zwischen *ferruminatio* und *plumbatura*. Jene ist ein

63) *Phiala* eine Art von Trinkgeschirr. S. WUNDERLICH *Addimenta ad BRISSENIUM* h. v. pag. 51. *Emblemata* Figuren, meist von Golde, die man an das silberne Geschirr, z. E. an Pokale, Leuchter, Schüsseln, u. d. von aussen zur Zierde ansetzte, und nach Belieben wieder abnehmen konnte. S. BRISSENIUS de Verb. Signif. v. *Emblema*. ERNESTI Clav. Ciceron. h. v.

64) Recitat. solemn. ad h. Tit. Pand. Oper. Tom. IV. P. I. pag. 639.

65) *Sigillum*, eine eingelegte oder angeheftete erhabene Figur, womit man das Geschirr zu verzieren pflegte, die sich aber nur auf der einen Seite zeigte, und auch wieder weggenommen werden konnte. BRISSON. h. v. und besonders *Christ. Frid. WOLLE* *Archaeologiae iuridicae specimen*. Lipsiae 1772. P. II. Cap. 2.

ein Anschmelzen oder eine Anschweifung, die mittelst eben derselben Materie geschieht, aus welcher der ganze metallene Körper besteht; letztere aber ist ein Anlöten mit Blei. Jene hebt das Eigenthum desjenigen, welchem die angeschweißte oder angeschmiedete Sache gehörte, ganz auf, und es findet deswegen weiter keine vindication, und folglich auch die actio ad exhibendum nicht Statt. Nur in dem letztern Falle ist eine unverletzende Trennung möglich, welche durch die actio ad exhibendum gefordert werden kann. In dem erstern hingegen ist eine *actio in factum* anzustellen ⁶⁶).

Die actio ad exhibendum findet jedoch nicht nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache Statt, sondern auch gegen denjenigen, welcher durch seinen dolus verursacht hat, daß die Sache nicht exhibirt werden kann. Denn dieser wird wegen seiner Arglist noch wie ein Besitzer behandelt ⁶⁷).

L. 5.

66) L. 23. §. 5. D. de rei vindicat. Item quaecunque aliis iuncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod CASSIUS de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi: et, quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit: quia ferruminatione per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. S. Uly. HUBERI Eunom. Rom. ad Lib. VI. Pand. pag. 303.

67) Dolus pro possessione est. L. 131. et L. 150. D. de div. reg. iuris.

L. 5. C. b. t. Ad exhibendum actione non tantum eum, qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quominus exhiberet, merito tibi a non contemnendae auctoritatis Iurisconsulto Modestino responsum est.

L. 14. D. eodem. Si vir nummos ab uxore sibi donatos, sciens suos factos non esse, pro re emta dederit, dolo malo fecit, quominus possideat, et ideo ad exhibendum actione tenetur.

L. 9. §. 2. D. eod. Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo fecisse, quominus possideat: si modo hoc dolose fecerit.

Wer hingegen weder selbst besitzt, noch arglistig zu besitzigen aufgehört hat, haftet nicht ad exhibendum; jedoch kann zuweilen eine andere Klage Statt finden, wie aus folgender Stelle des Pomponius erhellet.

L. 15. D. b. t. Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem, aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait: quia neque possideres eum, neque dolo feceris, quominus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias, eum thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum, iuranti mihi, non calumniae causa id postulare, vel Interdictum, vel iudicium ita dari, ut si per me non stetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quominus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem. Quodsi etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest.

Es ist hier von einem solchen Schatz die Rede, der in fremdem Eigenthum ist. Das Wort *thesaurus* wird also hier im weitern Sinn für jede verborgene Sache von Werth genommen, mithin nicht, wie in der Lehre vom Erwerb des Eigenthums, wo sich der Begriff von Schatz auf eine solche vergrabene Sache von Werth beschränkt, welche durch die Länge der Zeit herrnlos geworden ist⁶⁸). Der Eigenthümer will nun seinen Schatz ausgraben und heben. Allein der Besitzer des Grundstücks, worin der Schatz vergraben ist, leidet dieses nicht. Was wird also jener für eine Klage anstellen? Die *actio furti* paßt hier nicht, auch nicht die *actio ad exhibendum*. Denn jene setzt eine *contractatio fraudulenta* voraus, und eine solche *Contractatio* ist nicht denkbar, wenn nicht der Schatz ausgegraben und weggenommen wird⁶⁹). Dies war aber hier von dem Eigenthümer des Grundstücks nicht geschehen. Die *actio ad exhibendum* hingegen hat darum nicht Statt, weil man eigentlich nicht sagen kann, daß der Eigenthümer des Grundstücks den Schatz besitze, oder daß er denselben arglistig zu besitzen aufgehört habe. Denn der Schatz macht keinen Theil des Grundstücks aus, folglich wird er von dem Besitzer des Grundstücks nicht zugleich mit besessen, sondern dieser muß noch besonders um den Schatz wissen, und ihn ausgraben, wenn er den Besitz desselben erwerben soll⁷⁰). Nun ist es ja leicht möglich, daß der Besitzer des Grundstücks

68) L. 37. §. 1. D. de acquir. rer. dom. C. Savigny Recht des Besitzes §. 17. C. 207.

69) L. 3. §. 18. D. de acquir. vel. amitt. possessione.

70) L. 3. §. 3. D. de acquir. vel. amitt. possess. C. Engelb. de MAN Diff. de thesauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. poss. (in Glück's Erläut. d. Pand. 11. Th. P Ger.

stücks von dem in seinem Eigenthum verborgenen Schatz gar nichts weiß. Er kann also auch den Schatz weder vorzeigen, noch herausgeben, ohne ihn erst auszugraben, oder ausgraben zu lassen. Eine solche Bemühung oder den dazu erforderlichen Kostenaufwand kann man ihm aber auf das bloße noch unerwiesene Vorgeben desjenigen, der den Schatz verlangt, nicht zumuthen. Er braucht aber auch nicht zu leiden, daß ein anderer in seinem Eigenthum gräbt. Könnte indessen der vermeintliche Eigenthümer des Schatzes sein Interesse mittelst Eides für Gefährde bescheinigen, so ist es der Billigkeit gemäß, ihm ein Interdict zu gestatten, daß ihn der Besitzer des Grundstücks nicht hindere, den Schatz auszugraben, und an sich zu nehmen, wenn er zuvörderst Caution leisten wird, daß er für allen Schaden stehen wolle⁷¹⁾.

Aus allen erhellet also, daß die *actio ad exhibendum* zu den *actionibus in rem scriptis* gehört, welche gegen jeden Besitzer angestellt werden können, ohne sich auf ein dingliches Recht zu gründen.

Ob der Beklagte schon bey der Einlassung besaß, oder von da an, bis zum Urtheil erst den Besitz erwarb, ist gleichviel. Er kann doch noch condemnirt werden, wie Ulpian lehrt *L. 7. §. 4. D. h. t.*

Si

Ger. ORLRIchs *Thef. Dissert. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XVII.) §. 28. pag. 368. sqq. und von SAVIGNY *Recht des Besitzes* §. 17. S. 209. ff.

71) Man sehe auch CUIACII *Recitatt. solemn. ad Pand. h. t. ad L. 15. Thesaurus.* (Operum. Tom. IV. P. I. pag. 654.)

Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus, debere condemnari, nisi restituat.

Dagegen ist aber auch der Beklagte frey zu sprechen, wenn er im Laufe des Processes, ohne seine Schuld, den Besitz verliert. Daß ihm bey dem verlohrenen Besitz kein Dolus zur Last fällt, entschuldigt ihn allein noch nicht; es darf ihm auch kein ungebührlicher Verzug zur Last liegen, wenn er von der Klage völlig entbunden werden will. So ist die L. 7. §. 5. D. h. t. zu verstehen, wo Ulpian sagt:

Si quis, cum iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportet: *quamvis sit, inquit Pomponius, quod ei imputetur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.*

Woodr⁷²⁾ macht uns hier auf die besondere Bedeutung des Wortes *quamvis* aufmerksam, welches hier für nisi gebraucht wird, wie aus der Verbindung der L. 15. §. ult. D. de Rei vindicat. mit unserer Stelle erhellet.

Auch Cujaz⁷³⁾ giebt hierüber folgende sehr richtige Erklärung: *Quamvis*, sagt er, hoc loco non adversatur, sed rem temperat: et quasi emendat, ut in L. 2. §. 2. D. de stipulat. praetor. L. 75. §. 6. D. de verbor. obligat. Et sensus hic est, ut si, qui possidet litis contestatae tempore, habuerit iustam causam litigandi, et interim

¶ 2

sine

72) Commentar. ad Dig. h. t. §. Illud non silebo. Operum Tom. II. pag. 248.

73) Recitat. solemn. ad h. L. 7. §. Si quis (Operum Tom. IV. P. I. pag. 648.)

sine dolo desierit possidere, excusetur. Sed si possit ei imputari, quod maluerit litigare, quam restituere, damnabitur L. 15. §. ult. D. de rei vindicat. Actum est ad exhibendum de homine adversus possessorem hominis: homo mortuus est ante sententiam sine dolo possessoris. Damnabitur in id, quod interest, si possit ei imputari mora. Igitur in hac lege 7. cum dixisset, absolvendum esse eum, recte adiicit emendationem: *Quamvis possit ei imputari, id est, imputabitur ei mora litis, id est, si litigaverit improbe.*

Daß es bey dem während des Processes verlohrenen Besitz nicht blos auf den Dolus des Beklagten ankommt, sondern daß auch eine bloße culpa denselben verantwortlich macht, und zur Condemnation genügt, erhellet noch deutlicher aus folgender Stelle des Paulus.

L. 12. §. 4. D. b. t. Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, *quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur: tanto magis, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.*

Was jedoch hier noch vom Casus gesagt ist, der zuweilen prästirt werden soll, geht besonders auf den Fall, da der Kläger die Sache hätte veräußern können, und auch veräußert haben würde, wenn sie der Beklagte gleich bey der Einlassung restituirt hätte, wie aus L. 15. §. 3. D. de rei vindicatione erhellet⁷⁴⁾. In diesem Falle ist jedoch nur der malae fidei possessor für den natürlichen Zufall der Sache verantwortlich. Denn der bonae fidei possessor steht auch während des Processes für keine Mortalität, wie ich schon an einem andern Orte⁷⁵⁾ ausführlicher gezeigt habe.
Hatte

74) S. POTIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XV. not. d. pag. 324.

75) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 588. S. 235. ff.

Hatte der Beklagte im Laufe des Processes zwar den Besitz verlohren, er hat aber denselben nachher wieder erlangt, so behält der Proceß seinen Fortgang, und der Beklagte kann verurtheilt werden, wenn er die Sache nicht herausgiebt.

L. 7. §. 6. D. b. t. Idem (Pomponius) scribit, si quis litis contestatae tempore possederit, deinde deserit possidere, mox coeperit sive ex eadem causa, sive ex alia: condemnari eum oportere, nisi restituat.

Paulus ⁷⁶⁾ bemerkt übrigens noch, daß auch ein *filius familias* ad exhibendum belangt werden kann, wenn er die Sache besitzt. Dies ist indessen nichts besonderes. Denn daß Personen, welche auch noch unter väterlicher Gewalt sind, wenn sie gleich nicht ohne Einwilligung des Vaters vor Gericht als Kläger auftreten können, sich dennoch in allen Sachen, wegen welcher sie belangt worden sind, vor Gericht stellen müssen, ohne daß dazu die Einwilligung des Vaters erfordert wird, ist schon längst an einem andern Orte ⁷⁷⁾ gezeigt worden. Allein merkwürdiger ist, was Ulpian L. 7. §. 3. D. b. t. von Städten und andern moralischen Personen sagt:

Item *municipes* ad exhibendum conveniri possunt: quia facultas est restituendi. Nam ⁷⁸⁾ et possidere, et usucapere eos posse constat. Idem et in collegiis, caeterisque corporibus dicendum erit.

Denn Korporationen können eigentlich, als juristische Personen, d. h. solche, die bloß durch eine juristische Fiction als Subjecte von Rechten betrachtet werden, durch sich selbst nicht besitzen, weil sie überhaupt nicht wollen können.

P 3

76) L. 12. §. 1. D. b. t. Et *filiusfamilias* ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendae habet.

77) S. den 6. Th. §. 529. S. 463. f.

78) *Gerh. NoODT* in *Comm. ad Pand. h. t.* pag. 248. erklärt das Wort *Nam* durch *praeterea*, welches aber nicht nöthig ist.

nen⁷⁹⁾. Allein durch Andere können sie Besitz erwerben, und durch diejenigen, welche auf ihren Namen besitzen, werden sie auch für fähig gehalten, die Sachen, auf deren Exhibition gegen sie geklagt wird, zu restituiren⁸⁰⁾. Es gehört hierher, was Paulus und Ulpianus hierüber an einem andern Orte sagen.

L. 1. § ult. D. de acquir. vel amitt. poss. Municipales per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt. Sed Nerva filius ait, per servum, quae peculiariter acquisierint, et possidere et usucapere posse. Sed quidam contra putant: quoniam ipsos servos non possideant.

L. 2. D. eodem. Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipales possint: idque eis et per servum, et per liberam personam acquiratur.

Noch ist die Frage übrig, in wiefern die actio ad exhibendum auf die Erben gehe? Hierüber belehrt uns Paulus, wenn er sagt L. 12. §. 6, D. b. t.

Heres, non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest. Item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem haec actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit: veluti quod pretium rei consecutus sit.

Nach dieser Lehre geht also die actio ad exhibendum in der Regel nicht auf die Erben, und sie weicht eben hierin von der sonst gewöhnlichen Eigenschaft der persönlichen Klagen ab. Der Grund hiervon beruhet in der eigenen Natur dieser Klage. Sie steht also

1) nicht dem Erben, als Erben, zu, sondern dieser klagt immer in eigenem Namen. Denn nur dem wird

79) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 21.

80) S. POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. Not. f. pag. 324.

wird die actio ad exhibendum gegeben, welchem in Rücksicht einer gewissen Hauptklage daran gelegen ist, daß ihm eine Sache exhibirt werde. Nun ist nicht immer dem Erben, als Erben, an der Exhibition gelegen. Man setze z. B. der Eigenthümer, welcher gegen den Besitzer seiner Sache hätte ad exhibendum klagen können, sey gestorben, und habe zwey Erben hinterlassen, dem einem aber diese Sache prälegirt. Hier kann zwar dieser gegen den Besitzer ad exhibendum klagen, aber nicht als Erbe, sondern weil ihm die Sache prälegirt ist. Er kann also, als Eigenthümer, in eigenem Namen klagen, wenn er auch nicht Erbe wäre. Der andere Miterbe hingegen kann gar nicht klagen, weil er in Ansehung dieser Sache gar nicht interessiert ist. Auf gleiche Weise kann auch

2) die Klage nicht gegen den Erben des Besitzers, als Erben, angestellt werden, weil es möglich ist, daß der Erbe die Sache weder besitzt, noch solche arglistig zu besitzen aufgehört hat. Hier fällt die Klage von selbst weg, weil sie nur gegen den Besitzer Statt findet. Besitzt hingegen der Erbe die Sache, so kann er zwar ad exhibendum belangt werden, allein er haftet nicht als Erbe, sondern als Besitzer⁸¹⁾.

Zwey Fälle sind jedoch auszunehmen, wo der Erbe, als Erbe, ad exhibendum verpflichtet ist.

a) Wenn der Erblasser sich arglistig des Besitzes entäußert hat, und die Erbschaft dadurch bereichert worden ist. Z. B. er hat die Sache verkauft, und der daraus gelöste Werth steckt in der Erbschaft. Hier haftet der Erbe ex dolo defuncti. Diese Ausnahme führt Paulus in den letzten Worten des §. 6. der L. 12. D. b. t. selbst an, womit noch L. 42. D. de rei vindicat. zu verbinden ist. Denn beyde sind ex libro 26. Pauli ad Edictum genommen⁸²⁾.

§ 4

b) Wenn

81) C. Ger. NOODT Comm. ad Pandect. h. t. §. Indicavi. (Opus Tom. II. pag. 248.) und DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1179. 19.

82) Daß der Erbe überhaupt ex dolo defuncti in so weit belangt werden kann, als er dadurch bereichert ist, lehrt L. un. Cod.

b) Wenn die Klage bereits gegen den Erblasser war angestellt worden, in der Meinung, er sey Besitzer, ohnerachtet er wirklich die Sache weder besaß, noch dieselbe arglistig zu besitzen aufgehört hatte; und nun sein Erbe die Sache wirklich besitzt. Hier ist der Erbe zur Exhibition verpflichtet, ohne eine neue Klage gegen ihn anstellen zu dürfen. Diesen Fall hat Julian, welcher L. 8. D. h. t. sagt: Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat, quo minus possideret, deinde, eo defuncto, heres eius possidet rem, exhibere eam cogendus erit. Es erklärt sich diese Ausnahme daraus von selbst, weil der Erbe die Person des Erblassers vorstellt, ja vermöge rechtlicher Fiction als eine Person mit ihm angesehen wird⁸³⁾. Es ist also hier eben so, als ob der Verstorbene selbst noch vor dem Endurtheil den Besitz erlangt hätte, den er zur Zeit der Einlassung noch nicht hatte⁸⁴⁾.

§. 744.

Zweck der Klage. Wie und wo muß die Exhibition geschehen? Folgen des Ungehorsams.

Der Zweck der Klage, worin zugleich auch die Wirkung derselben liegt, geht zwar, insofern sie blos präparatorisch ist, nur auf Vorzeigung der Sache, um die in Ansehung derselben zustehende Hauptklage anstellen zu können. Denn dies heißt eigentlich *exhibere rem*, wie Paulus⁸⁵⁾ sagt. Sie kann aber auch öfters die Restitution der Sache selbst nach sich ziehen, wenn nämlich der Beklagte nach geschehener Exhibition sich nicht getrauet, auf

Ex delicto defuncti in quantum heredes conveniantur. C. EUJACII Recitatt. solemn. ad Pand. Lib. X. L. 12. §. ult. D. h. t. Tom. IV. Oper. P. I. pag. 653. und NOODT Comm. ad Pandect. c. l.

83) L. 22. D. de usurpat. et usucap.

84) C. Ant. FABRI Rational. in Pandect. ad h. L. 8. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 469.

85) L. 2. D. h. t.

auf die Hauptklage sich einzulassen⁸⁶). Diesem Zweck gemäß muß nun die Sache in dem Zustande exhibirt werden, worin sie sich bey der Einlassung auf die Klage befand⁸⁷), folglich unverändert, und unverschlimmert, nebst Accession und Früchten. Daher sagt Ulpian L. 9. §. 7. D. b. t. *Quia causa* petitori in hac actione restituitur, SABINUS putavit, *partum* quoque restituendum: sive praegnans fuerit mulier, sive postea conceperit. Quam sententiam et POMPONIUS probat; und Justinian fügt §. 3. I. *de officio iud.* noch hinzu: Praeterea *fructuum* medii temporis. id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet iudex. Diese Wirkungen der Restitution treten also nur dann ein, wenn es der Beklagte nicht auf die Hauptklage ankommen lassen will, um deren willen auf Exhibition geklagt worden ist. Denn bleibt der Beklagte nicht nach, sondern macht dem Kläger die Sache auch noch nach erfolgter Exhibition streitig, so kann vor der Hand noch von keiner Restitution der Accessionen und Früchte die Rede seyn⁸⁸). In diesem Falle, da der Beklagte bereit ist, sich mit dem Kläger auf den Hauptstreit einzulassen, muß er in Absicht auf die Exhibitionsklage absolvirt werden, sobald die Sache exhibirt worden ist, wenn auch die Sache deteriorirt seyn sollte. Denn die Verfolgung des Rechts wird dadurch nicht gehindert, obwohl wegen des zugesügten Schadens ex *Lege Aquilia* oder *actione in factum* gegen den Besitzer geklagt werden kann, wie folgende Gesessstellen lehren.

L. 17. D. b. t. Si quis hominem debilitatum exhibeat, vel eluscatum ad exhibendum quidem absolvi debet; exhibuit enim, et nihil impedit directam actionem talis exhibitio: poterit tamen agere actor ex *Lege Aquilia* de hoc damno.

L. 7.

86) G. Hug. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. §. Commoda externa. pag. 1181.

87) §. 3. I. *de offic. iud.* L. 9. §. 5. D. b. t.

88) DONELLUS c. 1. und CUIACIUS in Recitat. solemnib. ad Pand. h. t. ad §. Quantum autem L. 9. Tom. IV. Oper. P. I. p. 650. sq.

L. 7. C. eodem. Exhibitionis necessitate tenetur, qui facultatem habens, culpam, vel dolum, in ex-
plendo praecepto committit: ita ut si rem deteriore
exhibuit, aequitas exhibitionis perficiat, ut quamvis
ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio
contra eum detur.

Sind gewisse Vortheile deswegen verlohren gegangen,
weil die Exhibition nicht zu rechter Zeit geschah, so müssen
auch diese ersetzt werden. Z. B. es ist dadurch ein Vermäch-
niß, oder eine ganze Erbschaft verlohren gegangen.

L. 9. §. 8. D. b. t. Praeterea utilitates, si quae
amissae sunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius
quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt. Et ideo
Neratius ait, utilitatem actoris venire in aestima-
tionem, non quanti res sit: Quae utilitas, inquit,
interdum minoris⁸⁹⁾ erit, quam res erit.

L. 10 D. eod. Si, optione intra certum tempus
data, iudicium in id tempus extractum est, quo frustra
exhibetur⁹⁰⁾, utilitas petitoris conservetur. Quod
si per heredem non stetit, quominus exhiberet tempo-
re iudicii accipiendi, absolvendus est heres.

L. 11. pr. D. eodem. Sed et si hereditas amissa
sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, aequissimum
est aestimari officio iudicis damnum hereditatis.

Kann

89) Der Erlanger Pandecten-Codex liest hier *maioris*, und nach
Brentmanns Bemerkung in dem Gebauerischen Corp. iuris
civ. sollen, außer Haloander, auch alle Ausgaben so
lesen. Von Baudouin kann ich dieses selbst bezeugen. Allein
die Basiliken Lib. XV. Tit. 4. Tom. II. pag. 237. bestärken
die florentinische Lesart, wo es heißt: τὸ δὲ χεῖροισιν εἶσθαι
ὅτι ἤττον ἐστὶ τῆ πηγύματος. i. e. Utilitas autem interdum
minoris est, quam res. Hugo a Porta, Charondas,
Ruffardus, Pacius, Gothofredus und Simon
van Leeuwen haben alle *minoris*.

90) Cod. Pand. Erlang. hat *exhiberetur*.

Kann die Sache aus einer gerechten Ursache vorjegt nicht exhibirt werden, z. B. weil sie sich anderswo befindet; so muß der Beklagte einstweilen Caution leisten, daß er sie innerhalb einer vom Richter bestimmten Zeit herbeyschaffen wolle. Paulus sagt: *L. 12. §. 5. D. b. t. Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis caveri debet, se illo die exhibiturum*; und im §. 3. *I. de officio iud.* heißt es: *Quodsi neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in praesenti se exhibere posse⁹¹⁾, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur: dari ei debet, ut tamen caveat, se restitutum.*

Läßt sich keine Zeit bestimmen, z. B. der Sklave, auf dessen Exhibition geklagt worden, ist entlaufen, oder der Besizer hat ihn in die Fremde geschickt; so leistet der Beklagte blos Caution, daß er die Sache exhibiren wolle, sobald sie wieder in seine Gewalt kommen würde. Ulpian sagt: *L. 5. §. ult. D. b. t. Item, si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur: utputa, si in fuga servus sit⁹²⁾, ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat, se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit⁹³⁾ sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei, ubi velit morari, idem erit dicendum; aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas.*

Die

91) THEOPHILUS in Paraphr. I. graec. Lib. IV. Tit. 17. §. 3. p. 913. der Keizerischen Ausgabe setzt hier zur Erläuterung hinzu: *διὰ τὸ τυχόν ἐν ἑτέρῳ τόπῳ διακρίσθαι τὸ πρᾶγμα.* i. e. *quia forte res in alio loco fita est.*

92) Denn der Besiz eines entflohenen Sklavens wurde so lange erhalten, bis ihn ein Anderer in Besiz genommen hatte. *L. 1. §. 14. D. de acquir. vel amitt. poss.*

93) CUIACIUS Lib. XXII. Observation. cap. 30. in fin. schränkt dieses auf den Fall ein: *ut non nisi, si post litem contestatam reus sine dolo malo rei exhibendae et restituendae facultatem habere desierit, ad hoc teneatur, ut caveat, se rem exhibiturum, si rursus in suam potestatem venerit, non etiam, si ante litem contestatam eam rem amiserit, quam bona fide possidebat.*

Die Exhibition geschieht nun da, wo sich die Sache zur Zeit der Litiscontestation befindet. Verlangt der Kläger, daß sie an den Ort hingeschafft werde, wo geklagt worden ist, so geschieht es auf seine Gefahr und Kosten, wosfern nicht etwa die Sache arglistiger Weise vom Beklagten weggeschafft worden war. Hierher gehört die Stelle Ulpian's L. 11. §. 1. D. b. t. wo es heißt: *Quo autem loco exhiberi rem oporteat, vel cuius sumtibus videamus. Et LABEO ait, ibi exhibendum, ubi fuerit, cum lis contestaretur: periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci, ubi actum sit. Pascere plane servum, vestire, curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror, interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse servus ex operis vel artificio suo solebat se exhibere, nunc vero cogitur vacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debet agnoscere, qui exhiberi desideravit, si non solebat possessor servum pascere: nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. Interdum tamen eo loci exhiberi debet suis sumtibus: si forte proponas, data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio. Nam in hunc casum, suis sumtibus et periculo, debet exhiberi in eum locum, ubi agitur, ne ei calliditas sua proficit.*

Hat der Beklagte die Sache gänzlich corrumpt, oder sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, oder die Gestalt der Sache gänzlich verändert, und sie in einen andern Körper verwandelt, oder sonst arglistig die Rechtsverfolgung derselben unmöglich gemacht, oder er verweigert hartnäckig die Restitution der Sache, und der Kläger ist nicht geneigt, ihm dieselbe abzwingen zu lassen, so kann der Beklagte in diesen Fällen zur Leistung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesses verurtheilt werden, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 9. pr. D. b. t. Iulianus scribit, si quis hominem, quem possidebat, occiderit, sive ad alium translulerit possessionem, si ita rem corruperit, ne haberi possit,

possit, ad exhibendum tenebitur: quia dolo fecit, quominus possideret. Proinde et si vinum, vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.

L. 9. §. 3. *eod.* Sed si quis rem deteriore exhibuerit, aequè ad exhibendum eum teneri, SABINUS ait. Sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata: veluti, si ex scypho massa facta sit. Quanquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur: nam, mutata forma, prope interemit substantiam rei.

L. 12. §. 3. *D. eodem.* Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse: utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia, quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est⁹⁴).

L. 3. §. 2. *D. b. t.* Praeterea, in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante⁹⁵).

Nach dem Römischen Rechte waren hier zwey Sentenzen nöthig, durch die erste, welche arbitrium hieß, wurde dem Beklagten die Exhibition auferlegt, durch die letzte, oder das Definitivurtheil, wurde er zur Leistung des Interesse verurtheilt⁹⁶). Denn die Klage gehörte zu den actionibus arbitrariis⁹⁷).

Heut

94) S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 247. und HUBERI Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 443.

95) S. Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

96) S. CUYACII Recitatt. solemn. ad Pand. ad §. Quantum autem L. 9. h. t. Tom. IV. P. I. Oper. pag. 630. in fin.

97) S. des 3. Bb. 2. Abth. §. 275. S. 611.

Heut zu Tage kann, statt dieser Klage, wenn man mit selbiger nicht gleich die Hauptklage vereinigt, die Exhibition auch durch eine bloße Imploration gefordert werden, und der Richter kann den Imploranten, durch einen an denselben erlassenen Befehl anhalten, die Sache dem Imploranten unverzüglich vorzuzeigen. Indessen stehen doch auch gegen einen solchen Befehl, oder gegen das Gesuch um einen solchen Befehl dem Imploranten alle diejenigen Einreden zu, die er bey der wirklichen Klage ad exhibendum vorschützen kann⁹⁸⁾.

98) Man s. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1352.
