

Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

H e l l f e l d

e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

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

Eilften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

Dig. 114938

Calcareous sandstone - 2 in.

Blackish-green fine-grained sandstone

2 in.

Lib. XI. Tit. I.

De interrogationibus in iure faciendis,
et interrogatoriis actionibus^{1).}

§. 745.

Wahre Beschaffenheit der Interrogationen nach der römischen Gerichtsordnung, und der sich darauf gründenden *actionum interrogatoriarum*.

Eben so, wie die *actio ad exhibendum*, dienen auch zur Einleitung und Vorbereitung einer zuständigen Hauptfrage die sogenannten *Interrogationes in iure*²⁾.

Im

1) So lautet die Überschrift in der florentinischen Ausgabe. In der haloandrinischen aber wird noch das Wort *sublatis* hinzugefügt. Diese Leseart vertheidigt besonders LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. Eben so, wie Haloander, liest auch Gaudioz. Allein mit Recht giebt Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe der florentinischen Leseart den Vorzug. Offenbar beruhet die haloandrinische Leseart auf einer irrtümlichen Erklärung der L. i. §. 1. D. b. t. Unser Erlaß-Pandecten-Codex stimmt mit der Florentine überein.

2) Die beste Schrift ist Ioannis WYBO ICti de interrogationibus in iure liber singularis. "Lugduni Batavor. 1732. 8. Auflage dem fin' noch zu vergleichen Car. Ferd. HOMMELII Progr. de interrogationibus in iure faciendis hodie non sublatis. Lipsiae 1750. und Io. Phil. CARRACH Exercitat. iurid. sistens Sicilimenta de interrogationibus in iure, earumque defectu in foris germanicis. Halae 1751.

Glücks Erläut. d. Pand. 11. Th.

Q

Im allgemeinen werden darunter Fragen verstanden, welche eine Partey der andern, oder der Richter im Prozeß von Amts wegen einer Partey zur Beantwortung vorlegt. Solche Fragen können also

I. von einer Partey an die andere gemacht werden. Nach der römischen Gerichtsordnung konnte vorzüglich der Kläger noch vor Anstellung der Klage seinem Gegner gewisse Fragen zur Beantwortung vorlegen, welche dazu dienten, um die Klage darnach einzurichten. Ueber den Grund der Klage konnte freylich der Beklagte nicht befragt werden, so lange noch kein Prozeß vorhanden war. Darauf brauchte er gar nicht zu antworten, sondern die Fragen betrafen nur immer die Qualität dessjenigen, gegen den eine gewisse Hauptklage angestellt werden sollte, wenn es ungewiß war, ob und wie weit er der rechte Beklagte sey³⁾). Dies beweisen sämmtliche Gesetze dieses Titels, und die darin vorkommenden Beispiele. Es sind deren folgende acht.

i) Ob derjenige, welcher als Erbe belangt werden sollte, wirklich Erbe dessjenigen sey, an welchen der Kläger eine Forderung hatte? desgleichen ob er Universal- oder nur Partial-Erbe sey, und zu welchem Anteil? auch was er überhaupt für ein Erbe sey, Testaments- oder Intestatuerbe?

L. i. pr. D. b. t. Totiens heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur, et dubitat actor, qua ex parte sit, cum quo agere velit, heres sit.

L. 9.

3) *wyso cit. libr. Cap. i. pag. 6. u. HUBERI Prael. ad Pand. h. t. §. 1.*

L. 9. §. 5. D. eodem. Qui interrogatus, *beredem se responderit*, nec adjecit, *ex qua parte*, ex alio respondisse dicendum est. Nisi forte ita interrogatur, *an ex divinitate parte heres sit?* et responderit, *heres sum:* hic enim magis eum puto ad interrogatum respondisse.

L. 9. §. 6. D. eodem. Illud quaeritur, *an quis cogatur respondere, utrum ex testamento heres sit:* et *utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas;* *an per eos, quos suo iuri subiectos habet, vel per eum, cui heres extitit?* Summatim igitur Praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, *an quis respondere debeat, quo iure heres sit:* ut, si valde interesse compererit, plenius responderi iubeat. Quae obtainere debent, non solum in heredi- bus, sed etiam in honorariis successoribus.

War die Erbschaft mit einem Universal-Fidelcommisß belastet, so konnte der Kläger seinen Gegner fragen, ob ihm die Erbschaft schon abgetreten worden sei? Denn da nun erst die erbschaftlichen Klagen nach dem Trebellianischen Se- natusconsultum auf den Fidelcommisß übergehen, so daß er loco heredis von den Erbschaftsgläubigern belangt werden kann, so war letztern allerdings daran gelegen, zu wissen, ob die Erbschaft dem Fidelcommisß restituirt sei. Sie konnten ihn also deshalb vor Gericht fragen^{4).}

L. 9. §. 7. D. eodem. Denique Julianus scribit, eum quoque, cui est hereditas restituta, debere, in iure interrogatum, respondere, *an ei hereditas sit restituta?*

4). S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad h. L. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. pag. 326.

2) Ob derjenige, gegen den eine Moralklage ange stellt werden sollte, den Sklaven besitze, wegen dessen dem Fragenden diese Klage zusteht⁵⁾?

3) Ob demjenigen, welcher actione de pauperie be langt werden sollte, das Thier gehöre, welches den Schaden angerichtet hat?

L. 7. D. b. t. Si quis in iure interrogatus, an quadrupes, quae pauperiem fecit, eius sit, responderit, tenetur.

4) Ob, und zu welchem Theile dem Besitzer das Haus gehöre, aus dessen Einsturz dem Fragenden Schaden drohet, wenn deswegen die cautio damni infecti geleistet werden soll?

L. 10. D. b. t. Non alienum est, eum, a quo damni infecti stipulari velimus, interrogare in iure⁶), an pedes eius vel locus sit, ex quo damnum timeatur; et pro qua parte? ut si neget suum praedium esse, nec caveat damni infecti, aut cedere, aut resistendum putaverit⁷⁾, quasi dolo versatus, tradere compellatur.

L. 20.

5) L. 5. L. 14. 15. 16. 17. L. 20. pr. D. b. t.

6) Gaudioza liest hier *interrogari in iure*.

7) Unser Cod. Pand. Erlang. hat hier: *aut si resistendum putaverit.*
Eben so Gaudioza. Diese Leseart verdient unschreiblich den Vorzug. Zwar vertheidigt Brentmann in der Gebauerschen Ausgabe die florentinische Leseart. Allein weit richtiger erklärt diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 327. wo er sagt: *Poena igitur mendacii erit, ut nulla amplius cognitione habita teneatur aut cavere damni infecti, aut cedere possessione; quae, si resistendum putaverit, ipsi manu militari auferetur.*

L. 20. §. 2. D. eodem. Idem⁸⁾ et si damni infecti caveamus⁹⁾: nam et hic respondere debet, quota ex parte eius sit praedium, ut ad eam partem stipulationem accommodemus. Poena autem non repromittentis haec est, ut in possessionem eamus: et ideo eo pertinet scire, an possideat.

5) Ob der zu Belangende das Peculium besitzt, wegen dessen dem Kläger die actio de peculio zusteht? Auf die Frage, ob der Sohn, dem das peculium gehört, in des Beklagten Gewalt sey, kommt nichts an. Denn die actio de peculio ist nicht nur eine actio in rem scripta, sondern hat auch noch ein ganzes Jahr nach aufgehobener väterlichen Gewalt Statt¹⁰⁾.

L. 9. §. 8. D. b. t. Si de peculio agatur, non oportere responderi a patre, vel domino, an in potestate habeat filium vel servum: quia hoc solum quaeritur, an peculium apud eum, cum quo agitur, est.

6) Zu welchen konnte der zu Belangende wegen seines Alters befragt werden, wie Ulpian lehrt *L. 11. pr. D.*

Q 3

b. t.

8) Cod. Erlang. liest hier *Idem* est. Eben so Gaudio; a.

9) Statt *caveamus*, will *Ant. FABER Rational.* in h. L. lieber *caveatur* oder *caveat quis* lesen, weil nachher in der dritten Person gesagt wird: *nam et hic respondere debet*. Allein ohne Grund. *Caveamus* ist soviel als *cavere postulemus*, wie es *Accursius* und *Pothier c. l. not. c.* erklären, und geht auf *accommodeamus*, mithin auf die Person des Fragenden, und nicht des Befragten, wie *Io. wybo c. lib. Cap. 7. pag. 100.* gezeigt hat. Die *Basilica Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. p. 740.* haben jedoch: *καὶ τῆς ἀπιχομένης συμπτώσει ἀγεγόντις*, i. e. *et qui convenitur damni infecti*.

10) *G. FABRI Rational.* in h. L.

b. t. De aetate quoque interdum interrogatus responderet debebit. Z. B. der Kläger weiß nicht gewiß, ob derjenige, den er belangen will, schon großjährig sei¹¹⁾). Gab er sich arglistig dafür aus, so machte er sich der Wohlthat seines Alters verlustig¹²⁾). Es lässt sich aber noch ein anderer Fall gedenken, wo wegen des Alters gefragt werden kann, nämlich, wenn jemandem der Missbrauch bis auf ein gewisses Alter vermacht worden ist, und der Erbe des verstorbenen Proprietars weiß nicht, ob nicht der Usufructuar etwa das Alter schon erreicht hat, mit dessen Eintritt sich der Missbrauch endigen soll¹³⁾).

7) Ob der Schuldner ein gewisses Grundstück besitzt, und zu welchem Theile? damit der Gläubiger, wenn jener etwa zu des letztern Nachtheil fälschlich vorgiebt, er besitze es nicht, oder es gehöre ihm nicht allein, eine Einweisung in dasselbe erhalten, so weit es der Schuldner nicht defendirt.

L. 20. §. 1. D. b. t. In iure interrogatus, an fundum possideat: quaero, an respondere cogendus sit, et quota ex parte fundum possideat¹⁴⁾? Respondi: Iavolenus

II) FABER in Rational. T. II. P. II. pag. 495. glaubt, daß dieses Fragment schäflicher de reo, quam de actore interrogante, zu verstehen sei. Allein dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden.

11) L. 3. Cod. se minor se major. dixerit.

12) S. wybo libr. cit. Cap. 7. pag. 101. sq.

13) Ant. FABER in Rational. ad h. L. erklärt diese Stelle von einer actio in rem, bei welcher es auf den Besitz des Bellagisten ankommt. Allein cuiacius ad Pauli libr. 2. Quaestions in d. L. 20. §. 1. D. b. t. versteht dieses Fragment richtiger de-

nus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat: ut, si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenseretur, in possessionem actor mittatur.

8) Ob A., der noch unter väterlicher Gewalt steht, und wegen dessen ich den Vater belangen kann, des B. Sohn sey¹⁵⁾)?

Diese Interrogationen hatten für den Kläger einen doppelten Zweck. Sie dienten ihm

1) dazu, um nicht in die Strafe des Zuwielbittens zu verfallen, welche ehemals in dem Verlust der ganzen Forderung bestand. Callistratus sieht hierin einen vorzüglichen Grund der Nothwendigkeit der Interrogationen, wenn er sagt *L. i. pr. D. b. t.*

Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, et ita, si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.

Nicht ohne Grund halten zwar die meisten Ausleger¹⁶⁾ diese Stelle für interpolirt. Denn es ist außer

Q. 4

Zweiß

debitore, praesente quidem, sed rem suam pro parte defendente. Ihm stimmt auch WYBO c. l. pag. 102. bey. Man sehe hier *L. 52. D. de div. reg. iuris.*

15) *L. 13. pr. D. b. t.*

16) Iac. RAEVARDUS Varior. Lib. III. Cap. 14. Barn. BRISSESONIUS de Formulis Lib. V. cap. 25. Ger. NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. §. Extat illa. pag. 251. ROTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. a. pag. 326. Zu verwundern ist, daß ANT. FABER in Rational. ad Pand. h. L. und WISSEN-

Zweifel, daß zu den Zeiten des Callistratus, welcher unter den Kaisern Septimius Severus, Antoninus Caracalla und Alexander Severus lebte¹⁷⁾), die Strafe der pluris petitio noch in dem Verlust der Forderung bestand¹⁸⁾), da erst Kr. Zeno, und vollends Justinian¹⁹⁾ diese ehemalige Strenge der alten Prozeßordnung gemildert haben. Vermuthlich hieß es also bey Callistratus: *ne plus petendo causam perdat*, wie sich sein Zeitgenosß Paulus²⁰⁾ in einem ähnlichen Falle ausdrückt. Da indessen eine pluris petitio doch auch nach der neuern Römischen Prozeßordnung nachtheilige Folgen für den Kläger hatte, so substituirte Tribonianus dafür die Worte: *ne interdum plus petendo aliquid damni sentiat*²¹⁾.

Außer-

BACH in seinen Emblematib. Triboniani, ad h. L. welche sonst so gern nach Tribonianismen haschen, hier keine Ahnung gehabt haben.

17) *L. 3. §. 2. D. de offic. Procur. Caef. L. 38. D. de LL. L. 2. §. 6. D. de iure fisci. S. Gottl. Aug. IENICHEN Singularia de Callistrato 1Cto. Lipsiae 1742.*

18) Noch in einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. Cod. Hermogen. de Calumniator. et plus petendo* (Tit. 2. bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 712.) heißt es: *Si quis igitur plus ab eo, quod ei competit, vel debetur, petierit, rem et causam, de qua agitur, perdit.*

19) *§. 33. I. de Actionib.* Siehe den 3. Th. dieses Commentars, und dessen 2. Abth. §. 282. S. 628.

20) *Sententiar. Receptar. Lib. I. Tit. 13. B. §. 5. Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet: alioquin plus petendi periculum incurrimus, et causam perdimus. Add. Lib. II. Tit. 5. §. 3.*

21) Nur wvno cit. libr. Cap. II. pag. 27. nimmt hier kein Emblema Triboniani an. Er meint, die Worte *aliquid damni* seyen hier

pro

Außerdem dienten die Interrogationen dem Kläger auch

2) dazu, um sich den oft schweren Beweis in solchen Fällen zu erleichtern, wo die Klage eine gewisse Eigenschaft bei dem Beklagten voraussetzt, ohne welche sonst eine Klage von der Art, wie der Kläger anstellen wollte, gar nicht, oder noch zur Zeit nicht statt haben würde. Ulpian setzt hierin einen Hauptgrund, warum der Prätor sein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht habe, wenn er *L. 2. D. b. t.* sagt:

Edictum de interrogationibus ideo Praetor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, qui beredem, bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse beredem, bonorumve possessorem.

Und Paulus fügt *L. 3. D. eodem.* noch den Grund hinzu:

Quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est.

Ehemals geschahen jedoch dergleichen Fragen, die eine Partei an die andere machen konnte, nicht immer vor Gericht, sondern häufig auch außergerichtlich, und es konnten auf die letztern so gut, wie auf gerichtliche Interrogationen, *actiones interrogatorias* gegründet werden²²⁾. Es pflegten auch nicht blos die Kläger sich solcher Fragen zu bedienen, um darnach ihre Klage einrichten zu können,

son-

pro omni damno zu nehmen, wie auch zuweilen Cicero sich ausdrückt, *i. B. Lib. XVI. Epist. II. Ne quid Respublica detrimenti caperet.*

22) S. wyso cit. libr. Cap. 3. pag. 31. sqq.

sondern auch die Beklagten bedienten sich derselben arglistig, als ein Mittel, ihren Klägern die Strafe der pluris petitio zuzuziehen²³⁾). Z. B. der Erbe des verstorbenen Schuldners gieng hin zum Gläubiger, und fragte ihn: nonne a Tito defuncto tibi debentur centum, cuius ego sum heres? Ahnte der Gläubiger keinen Betrug, sondern stellte nun seine Schuldfrage gegen diesen Erben an, so setzte er ihm die Einrede der pluris petitio entgegen, weil er nicht Universalerbe sei, und zog ihm den Verlust seiner Forderung zu. Auf diesen Betrug bezieht sich die bekannte Stelle des Seneca²⁴⁾), wo er sagt: Quid aliud agitis, quum eum, quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Er nennt daher mit Recht dergleichen Einreden, deren sich die Beklagten auf solche Art bedienten, exceptiones nigras, et turpes, infamesque²⁵⁾). Nicht selten schikanirten aber auch die Kläger durch captiöse Fragen die Beklagten, so, daß der Befragte, welcher z. B. nur zur Hälfte des verstorbenen Schuldners Miterbe war, von dem Gläubiger auf die ganze Schuld belangt werden konnte. Eine Uebereilung war bey diesen außergerichtlichen Interrogationen um so leichter möglich, weil keine Bedenkzeit dabei Statt hatte. Besonders nachtheilig aber konnse dem Befragten die Antwort in dem Falle werden, wenn er sich über

23) WYBO pag. 43. sqq.

24) Epistol. 48. (*Operum Vol. II. pag. 207. edit. Rubkopf Lipsiae 1800.*)

25) Anders versteht jedoch diese Stelle CARRACH cit. Diss. §. 9. welcher läugnet, daß Interrogationen von dem Beklagten an den Kläger geschehen wären.

über eine ihm angefallene Erbschaft erklären sollte, wegen welcher er mit einem Dritten in einen Prozeß war verwickelt worden. Antwortete er dem Gläubiger auf sein Befragen, er sey Erbe, so hatte er sich demselben verbindlich gemacht, wenn ihm auch gleich nachher die Erbschaft war abgesprochen worden. Bei dieser Beschaffenheit der alten außergerichtlichen Interrogationen wird es nun auch Niemanden wundern, wenn die Antworten auf captiose Fragen nicht selten dunkel und zweideutig gefaßt, und auf Schrauben gestellt wurden, so daß der Beklagte nachher seiner Antwort eine Deutung geben konnte, welche er wollte.

Allen diesen Mißbräuchen und Schikanen suchte der Prätor durch sein Edict abzuhelfen, vermöge welchen nun die Fragen schlechterdings vor Gericht (in iure) geschehen, und Niemand mehr schuldig seyn sollte, außergerichtlich auf eine Frage seines Gegners Red und Antwort zu geben. Man durfte auch seinen Gegner mit der Antwort nicht übereilen, sondern er konnte um eine Bedenkzeit bitten. Lügen und gänzlich verweigerte Antwort hingegen zogen bestimmte Strafen nach sich. Nur dann konnte der Befragte seine Antwort zurückhalten, wenn er noch delibirte, ob er die Erbschaft annehmen solle oder nicht, oder wenn er über die ihm angefallene Erbschaft mit einem Dritten in einen Rechtsstreit war verwickelt worden. Captiose Fragen, und dunkle oder zweideutige Antworten hatten jetzt auch nicht mehr Statt. Jeder vor Gericht Befragte hafte nun zwar aus seiner Antwort, und es konnte hierauf eine Klage gegründet werden, welche *actio interrogatoria* genannt wird; allein es konnte auch der Befragte dagegen die Wiedereinführung in den vorigen Stand erhalten,

ten, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthum wider die Wahrheit geantwortet hatte, so wie es ihm auch erlaubt war, sein aus einem solchen Irrthum gehanes Geständniß zu revociren. Es sind hier folgende Stellen merkwürdig.

L. 4. D. b. t. *Voluit Praetor adstringere eum, qui convenitur, ex sua in iudicio responione, ut vel confatendo, vel mentiendo sese oneret; simul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioresur.* Quod ait Praetor: *Qui in iure interrogatus responderit:* sic accipendum est, apud Magistratus populi Romani, vel Praefides provinciarum, vel *alios iudices*²⁶⁾. *Ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicundi, vel iudicandi gratia consistat; vel si domi vel itinere*²⁷⁾ *hoc agat.*

L. 5.

26) Die Ausleger sind nicht einig, wer die *alii iudices* sind. Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc Edictum. Tom. II. pag. 251. versteht darunter *magistratus minores*, ut *municipales*. WYBO cit. lib. cap. V. pag. 64. hingegen glaubt, Ulpian habe die *Proconsules* gemeint. ANT. FABER in Rational. in Pand. ad h. L. und HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. halten die Worte: *alios iudices* für ein Emblema Triboniani, weil seit den Zeiten der Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. C. de pedaneis iudic.* aller Unterschied zwischen *magistratus* und *iudices* aufgehört hat. Allein ein solches Emblema hier anzunehmen, ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, und da unter dem Ausdruck *Praefides* auch im allgemeinen Sinn die *Proconsuls* verstanden werden, *L. 1. D. offic. Praef.* so scheint die Noodtsche Erklärung wohl die richtigste zu seyn.

27) Franc. HOTOMAN Observation. Lib. I. Obs. 22. et Lib. VII. Obs. 5. hält diese Worte für fehlerhaft, und will statt *vel si domi* lieber *non si domi* lesen. Allein mit Recht haben diese Emendation cuijaci Observation. Lib. XIV. cap. II. und

L. 5. D. b. t. Qui interrogatur, an beres, vel quata ex parte sit, vel an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur, ad deliberandum tempus impetrare debet: quia, si perperam confessus fuerit, incommodo adsicitur.

L. 6.

RAEVARDUS lib. sing. pro Tribon. c. 7. verworfen. Zwar hat Ulr. HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. die Meinung des Hotomans aufs neue zu vertheidigen gesucht; allein ganz vergeblich, wie WYBO cit. lib. cap. V. pag. 67. gezeigt hat. Der Prator, so wie der Praeses der Provinz, konnte als Ierbings in solchen Fällen, wo eine Sache de piano abgethan werden könnte, auch zu Hause und auf Reisen, sella posita, Recht sprechen, wie RAEVARDUS Protribunal. cap. 7. ROBERTUS Lib. I. Receptar. Sentent. Cap. 13. und ERONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. ausführlich dargethan haben. Es konnten daher auch in solchen Fällen und bey solchen Gelegenheiten, da sich der Magistrat außer seinem Tribunal befand, vor ihm Fragen geschehen, wenn die Sache keinen Aufschub litte, z. B. es kam auf eine cautio damni infecti wegen eines den Einsturz drohenden Gebäudes an. Hierauf zielt auch die *L. 21. D. b. t.* wo Ulpian sagt: *Ubicunque iudicem aequitas moverit, aequo oportere fieri interrogationem, dubium non est.* Das Wort *ubicunque* erklärt zwar BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. alt. cap. 15. pag. 100. in omni causarum genere. Allein ganz unrichtig. Es heißt offenbar hier *quovis in loco*, wie aus *L. 11. D. de Iustit. et iure* erschellt; und die Worte *aeque oportere* etc. haben den Sinn: *non esse exspectandum, donec Praetor ad tribunal adsit, verum et domi et in itinere debere fieri interrogationem.* Auch die Basilica Lib. XLII. Tit. 4. T. V. p. 735. bestätigen die florentinische Leseart. Da heißt es: *ιν και σοιω, η οιδω τετο γινεται.* i. e. *etiam si domi, aut in itinere hoc agat.*

L. 6. D. eodem. Et quia hoc defunctorum interest, ut habeant successores, interest et viventium, ne praecipitentur, quamdiu iuste deliberant.

§. 1. Interdum interrogatus, an heres sit, non cogitur respondere: utputa, si controversiam hereditatis ab alio patiatur, et ita D. Hadrianus constituit: ne aut negando se heredem, praeiudicet sibi; aut dicendo heredem, illigetur, etiam ablata sibi hereditate.

L. 11. §. 4. D. b. t. Qui tacuit apud Praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negavit se heredem esse. Nam qui omnino non respondit, contumax est. Contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset; quia Praetorem contemnere videtur.

§. 5. Quod autem ait Praetor: *Omnino non respondeisse:* posteriores sic exceperunt²⁸⁾, ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit, id est, τρόπος ἔνος²⁹⁾.

§. 7. Nihil interest, neget quis, an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem.

§. 8.

28) Halaander und Baudouza lesen acceperunt. Eben so Cod. Pand. Erlang.

29) Die Basilica Tom. V. pag. 737. haben: Μή ἀπομείναται δὲ ἐστι, τὸ μὴ ἀκολουθως καὶ τρόπος ἔνος απομείναται. I. e. Non respondere autem est, convenienter et ad interrogatum non respondere.

§. 8. Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus. Nam et si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit; mox prælato testamento³⁰⁾ inventus sit exheredatus: aequissimum est succurri ei. Et ita CELSUS scribit. Hic quidem et alia ratione³¹⁾, quod ea, quae postea emergunt, auxilio indigent³²⁾. Quid enim si occultae tabulae, et remotae, postea prolatae sint? Cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur? Idem dico, et si, qui heredem se responderit, mox falsum vel inofficiosum, vel irritum testamentum fuerit pronunciatum: non enim improbe respondit, sed scriptura ductus.

L. II. §. 10. D. b. t. Qui iusto errore ductus, negaverit, se heredem, venia dignus est.

§. II.

30) Die Laurellische, Charondaische und Gebauer'sche Ausgabe lesen probato testamento. Allein die Lesart prælato, welche Halloander, Hugo a Porta und mehrere haben, ist vorzüglicher. Unser Erl. Pandecten-Codex hat auch prælato, und hiermit stimmen auch die Basiliken überein. In diesen heißt es Tom. V. pag. 737. Οἱ πάτερες κληρονομοῦσιν τὰ πατρὸς, εἰνὶ υἱερον Φαῖη ἀπόκληρος γεγονὼς, συγγενεῖσται. εἶνος γὰρ ἐλάνθανεν οὐ διαδέκτη. i. e. Qui se patris heredem dicit, si postea inventus sit exheredatus, ei succurritur: forte enim occultabantur testamenti tabulae.

31) Baudozia liest hier richtiger *Id quidem et alia ratione contingit*. Gerade so hat auch Cod. Erlang.

32) Die Basilica Tom. V. pag. 737. haben: εἰπί δὲ τοῖς μητραῖς ταῦτα ευμβαίνουσι βοηθούμεθα. i. e. in his autem, quae postea accidunt, subvenitur nobis.

§. 11. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit, absolvi eum debere: nisi culpa dolo proxima sit.

§. 12. Celsus scribit, licere responsi poenitere, si nulla captio ex eius poenitentia³³⁾ sit actoris. Quod verissimum mihi videtur: maxime si quis postea plenius instructus quid faciat, instrumentis, vel epistolis amicorum iuris sui edoctus³⁴⁾.

Selbstdem also der Prätor sein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht hatte³⁵⁾, kamen nun die außergerichts-

33) Ganz unrichtig liest hier die *halo andrine praeſentia*, wie schon von AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. cap. 6. bemerkt worden ist.

34) Ant. FABER in Rational. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 500. will dieses Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Beklagte nach der Litigation pönitiren will. Hier müsse er darthun, daß er sich wegen seines Geständnisses in einem verzeihlichen Irrthum befunden habe. Vor der Litigation hingegen sei ohne diesen Beweis dem Beklagten die Peine unbedingt erlaubt. Allein er irrt. Das Gesetz kennt diesen Unterschied nicht. Sobald die Antwort erfolgt ist, ist auch die *actio interrogatoria* begründet. Diese hätte ja sonst nach Willkür von dem Beklagten vereitelt werden können, wie WYBO c. lib. Cap. IX. pag. 134. sehr gründlich gegen Faber erinnert hat.

35) HEINECERUS in Opuscul. postum. pag. 517. hat das Edict aus den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten auf folgende Art herzustellen gesucht: QUI IN IURE INTERROGATUS RESPONDEBIT, QUA EX PARTE HERES BONORUMVE POSSESSOR SIT, ADVERSUS EUM EX SUA RESPONSIONE ACTIONEM DABO. ADVERSUS EUM, QUI OMNINO NON RESPONDERIT, IN SOLIDUM ACTIONEM DABO. Einen Commentar darüber findet man bei WYBO c. lib. Cap. V. pag. 60. sqq. Man sehe auch GER. NOODT Comment. ad Dig. h. t.

gerichtlichen Interrogationen fast ganz außer Gebrauch, theils weil der Beklagte nicht schuldig war, außer Gerichte seinem Gegner zu antworten, theils weil Arglist und Schikanen dabei fast unvermeidlich war, theils weil dem Fragenden immer noch ein Beweis oblag, daß die Antwort wirklich so erfolgt sey, als der Kläger in seiner darauf gegründeten Klage angab. Eben deswegen kamen denn auch die ehemals auf dergleichen außergerichtlichen Interrogationen gegründeten actiones interrogatoriae außer Gebrauch. Dies scheint mir, wie auch Wybo³⁶⁾ behauptet, der eigentliche Sinn der sehr bestreiteten Stelle des Callistratus zu seyn, welche Anton Faber³⁷⁾, Wissenbach³⁸⁾, Schulting³⁹⁾, Heineccius⁴⁰⁾ und andere mehr, für ein pures Emblem des Tribonians halten wollen; ich meine die L. I. §. I. D. b. i. wo es heißt:

Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur⁴¹⁾:
quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid re-
spon-

36) De interrogationib. in iure, lib. sing. Cap. IV. pag. 51. sqq.
und in Triboniano ab Emblemat. Wissenbachii liberato Cap. II.
§. 9. pag. 263. sqq. (edit. Halensis 1736. 8).

37) Rational. in Pand. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 486.

38) Emblemat. Triboniani Cap. II. ad L. I. §. I. D. h. c. pag. 32.
edit. Halens.

39) Thesum controversar. Decad. XXXI. Th. 10.

40) Opusc. postum. de Histor. Edictor. pag. 551.

41) In den Basiliiken Lib. XLII. Tit. 4. T. V. pag. 734. fehlen
diese Worte gänzlich. Es heißt bloß: Οὐ δέις αὐτογνάζεται
ἴσχος δικαιηγίου αὐτοκριτοῦ περὶ τῆς ἴδιου δικαιού.
i. e. Nemo cogitur ante iudicium de suo iure responder.

spondere, ideoque minus frequentantur, et in desuetudinem abierunt: sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices, vel in hereditatibus⁴²⁾, vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur⁴³⁾.

Denn daß die interrogations in iure so wenig, als die davon abhängenden actiones interrogatoriae, zu Justinians Zeiten außer Gebrauch gekommen waren, erheislet fast aus jedem Gesetz dieses Titels, welcher doch wohl gewiß, als bloße Antiquität, nicht würde in die Pandecten aufgenommen worden seyn. Ja in der L. 22. D. b. t. wird sogar der *actio interrogatoria* ausdrücklich gedacht, und die Frage entschieden, ob der von dem einem Gläubiger Befragte nicht auch mit dieser Klage utiliter von andern Gläubigern belangt werden könne, welche ihn zwar nicht gefragt haben, deren Forderung aber doch auch von der sich fälschlich von dem Beklagten beigelegten Eigenschaft abhängt? Scavola entscheidet sie auf folgende Art:

Procuratore Caesaris ob débitum fiscale interrogante, unus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, respondit, se heredem esse:

42) Bau doza liest ut in hereditatibus. Eben so unser Erlanger Pandecten Codex.

43) In den Baflic. T. V. pag. 734. heißt es bloß: ἐν τε ταῖς κληρονομίαις, ἐν τε τοῖς ἄλλοις πράγμασι. i. e. tam in hereditatibus, quam in aliis rebus wybo cit. libr. Cap. IV. pag. 56. erklärt die Worte: quae in causis vertuntur, so: in quibus eadem est causa. Allein mir scheinen die Worte vielmehr den Sinn zu haben, wo es auf einen Rechtsstreit kommt.

se; an *quasi interrogatoria* creditoribus caeteris te-
neatur? Respondit, ab his, qui in iure non interrogassent,
ex responso suo conveniri non posse.

Es ist hier von einem emanzipirten Sohn die Rede
welchen der Vater präterirt hatte⁴⁴⁾). Dieser war nach
dem altern Recht kein Civilerbe. Er hatte aber auch nicht
einmal die honorum possessio erhalten. Dennoch gab er,
auf geschehenes Befragen eines fiskalischen Gläubigers,
falschlich vor, er sei seines Vaters Erbe geworden. Hier,
hastete er wegen seiner Lüge zwar dem Fragenden, allein
nicht den übrigen Gläubigern, die ihn nicht gefragt hatten.
Diese konnten ihn aus seiner Antwort nicht belangen,
auch nicht einmal mit einer *actio quasi interrogatoria*⁴⁵⁾.
Wäre nicht diese ganze Entscheidung unnütz gewesen, wenn
zu Justinians Zeiten *actiones interrogatoriae* nicht
mehr im Gebrauche gewesen wären?

Um nun aber die Natur der interrogatorischen
Klagen näher kennen zu lernen, ist es nothig, zuvörderst
die wahre Beschaffenheit und Wirkung der Interrogatio-
nen, worauf jene Klagen gegründet wurden, aus der rö-
mischen Gerichtsordnung darzustellen.

Hatte nämlich der Kläger nothig, denselben, wel-
chen er belangen wollte, über gewisse Puncte zu befragen,

R 2

die

44) C. wybo c. libr. Cap. IX. pag. 130.

45) Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. II. Err. 10.
wo et diese Stelle ausführlich erklärt, sagt: *Quasi interrogato-
ria est actio utilis ex interrogatione ab alio facta.* Diese hatte
darum nicht Statt, *quia per liberam personam alteri quaeri
actio non posse.*

die er wissen müste, um darnach seine Klage einzurichten, und solche ohne Gefahr anstellen zu können; so müste er ihn zuvörderst vor Gericht fordern, oder fordern lassen⁴⁶⁾. Denn außergerichtlich war nun Niemand mehr zu antworten schuldig. Aber vor Gericht müste er erscheinen, und auf die ihm dort vorgelegten Fragen antworten, widrigenfalls konnten gerichtliche Zwangsmittel gebraucht werden⁴⁷⁾. Die gewöhnliche Formel war: QUANDOQUIDEM TE IN IURE CONSPICIO, INTERROGO, ANNE LUCII TITII HERES SIS, ET E. QUOTA PARTE? oder POSTULO, ANNE FIAS AUCTOR⁴⁸⁾? Hieß es der Befragte nicht für ratsam, sich sogleich über die ihm vorgelegte Frage zu erklären, so konnte er um eine Bedenkzeit bitten⁴⁹⁾. Bat er darum nicht, oder die ihm gestattete Bedenkzeit war verstrichen, so erfolgte nun entweder die Antwort, oder nicht. In jenem Falle hatte der Gegner die Frage entweder bejahend oder verneinend beantwortet.

Was die Antwort bejahend, so konnte nun der Kläger in Beziehung auf dieselbe die Hauptklage gegen den Verklagten ohne Bedenken sogleich anstellen, sein Geständniß mochte der Wahrheit gemäß seyn, oder nicht. Wenn also

§. V.

46) L. 1. §. 2. D. de inspic. ventre. Evocari mulier ad Praetorem poterit, et apud eum interrogari. L. 3. Cod. de Procurat.

47) L. 1. §. 3. D. de inspic. ventre. Cogenda igitur erit remediis Praetoris et in ius venire, et, si venit, respondere.

48) CICERO pro Caecinna cap. 19. AUCTOR heißt hier ille, a quo ius meum persequi debeam. G. WYBO eit. libr. Cap. 6. und meine Opuscula Fascic. II. pag. 326.

49) L. 5. L. 6. D. b. t. L. 1. §. 12. in fin. D. de successor. edicto.

z. B. der Kläger gefragt hatte, ob sein Gegner des Ticius, seines Schuldners, Erbe geworden sei, und dieser hatte die Frage bejaht; so konnte nun der Kläger auf folgende Art klagen: QUANDOQUIDEM AIS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, AIO TE EX L. TITIN HEREDITATE MIHI EX MUTUO CENTUM DARE OPORTERE⁵⁰⁾). Hatte er auch gelogen, und sich fälschlich für den Erben ausgeben, der er doch nicht war, so hafte er nun für seine Lüge als ein solcher, der sich mutwillig zum Beklagten aufgeworfen, und einen Rechtsstreit übernommen hat, welcher ihn eigentlich nichts angelangt. Die Folge dieser oblatio ad litem war, daß nun der Beklagte, wenn der Kläger in der Hauptsache die Richtigkeit seiner Forderung bewies, eben so zur Bezahlung verurtheilt werden konnte, als wenn er wirklich der vorgegebene Erbe wäre⁵¹⁾). Es gehören hierher folgende Stellen.

L. II. § 1. D. b. t. Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit, ex parte heredem esse, sic convenietur, atque si ex parte heres esset. Fides enim ei contra se habebitur.

L. II. §. 2. D. eodem. Qui ex quadrante heres vel omnino, cum heres non esset, responderit, se heredem ex esse, in *assem instituta actione* convenietur.

X 3

Pro

50) G. wybo cit. libr. Cap. 9. pag. 134. und HOMMEL cit. Progr pag. 9.

51) Dass eine oblatio ad litem auch bei persönlichen Klagen sowohl, wie bei dinglichen, statt haben könnte, ist schon an einem andern Orte bemerkt worden. G. den 6. Theil dieses Commentars §. 530. S. 469. Man sehe auch Aem. Lud. HOMBERGK zu Vack Diff. de oblatione ad litem. Marburgi 1746. §. 30.

Pro iudicato konnte hingegen der Befragte auch wegen seiner bejahenden Antwort nicht gleich gehalten werden. Denn die Interrogationen bereiteten nur den Rechtsstreit vor, und waren qualitates adjectitiae der Hauptklage⁵²⁾. Hatte z. B. der Gefragte geantwortet, der Sklave gehöre ihm zu, der den Schaden gehan hatte, so hafte er darum noch nicht gleich zum Schadensersatz, sondern sein Gegner konnte nun die *actio Legis Aquiliae interrogatoria* gegen ihn, als vorgebllichen Eigentümer, anstellen, wenn er es auch nicht war, und der wahre Eigentümer ward dadurch von allem weiteren Anspruche frey, wenn der Beklagte den Schaden ersetzt hatte.

L. 8. D. b. t. Si quis interrogatus de servo, qui damnum dedit, respondit, suum esse servum: tenebitur Lege Aquilia, quasi dominus; et si cum eo actum sit, qui respondit, dominus ea actione liberatur.

Antwortete hingegen der Befragte verneinend, so fand ein ganz anderes Rechtsverfahren nach der römischen Gerichtsordnung statt. Jetzt trat der Prätor ein, dessen Decret folgenden Inhalts war: *SI NEGAT, SACRAMENTO QUAERITO*⁵³⁾. *Sacramentum* hieß in der römischen

Pro-

52) Das Edict de Interrogationibus, und das Edict de Confessis waren zwei ganz verschiedene Edicte, welche Hieron. TREUTLER Selectar. Disputat. Vol. I. Disputat. IV. Th. I. Lit. D. fälschlich mit einander vermischt hat. S. wybo cit. libr. Cap. I. pag. 4. sq.

53) S. wybo de interrogationib. in iure Cap. VII. pag. 103. sqq. und meine Opuscula. Fascic. II. pag. 381. *Sacramento quaerere* hieß aber soviel, als ad certam spondendam pecuniam reum provocare, ni ita esset. S. HEINECCI Syntagma Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Lib. IV. Tit. 6. §. 25.

Prozeßordnung eine bestimmte Geldsumme, von 50 bis 500 asses, welche die streitenden Theile, vermöge einer gegenseitigen Sponsio, bei den Pontificen deponirten, und der verlierende Thell dem geistlichen Aerarium zurücklassen mußte⁵⁴). Zu dieser *Sponsio sacramenti* forderte nun der Kläger den Beklagten folgendermaßen auf: QUANDOQUIDEM NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, TE SACRAMENTO QUINQUAGENARIO PROVOCO, SPONDESNE TE DATURUM QUINQUAGINTA, SI HERES SIS? Der auf diese Art aufgeforderte Gegner antwortete: SPONDEO QUINQUAGINTA, SI HERES SIM. Hierauf geschah eine Replikation, nämlich der letztere fragte nun wieder den Kläger: TU VERO SPONDESNE IDEM, NI SIM? Die Antwort des Klägers war: ET EGO QUOQUE SPONDEO⁵⁵)? Der Kläger mußte nun zuvörderst beweisen, daß der Befragte des verstorbenen Titus Erbe wirklich geworden sei, ehe er seine Klage gegen ihn anstellen konnte. Hatte der Kläger diesen Beweis geführt, so war die Folge des gegnerischen Läugnens die, daß er nicht nur die als Sacrament stipulierte Summe verlohr, sondern nun auch auf die Bezahlung der ganzen Schuld seines Erblassers belangt werden konnte, wenn er gleich nur Erbe zu einem gewissen Anttheile war⁵⁶). Dieselbe Strafe hatte Statt, wenn der

X 4

Bes.

54) S. FESTUS in voc. *Sacramentum*. edit. Andr. DACERII pag. 469. und VARRO *de Lingua Latina* Lib. IV. cap. 36. und besonders Io. Frid. SCHREITER *Dissertat. Sacmentorum in veteris Romae iudiciis solemnium Antiquitates*. Lipsiae 1740.

55) SIGONIUS *de iudiciis* Lib. I. cap. 21. WYBO c. l. pag. 105. und HEINECCIUS c. l.

56) WYBO c. l. pag. 97. sq.

Beflagte fälschlich einen geringern Theil der Erbschaft angab, als er wirklich hatte.

L. II. §. 3. D. b. t. *Si cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante: mendacii hanc poenam feret, quod in solidum convenitur.* Non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat.

Bei Moralklagen bestand die Strafe des Läugnens darin, daß der Beflagte nun den Schaden schlechterdings ersetzen mußte, und das Recht der noxae datio verlohr.

L. I. § 15. D. *Si quadrupes pauper. fecisse dicat.* Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, sed etiam in solidum: utputa, si in iure interrogatus, an sua quadrupes esset, responderit, non esse suam. Nam si constiterit esse eius, in solidum condemnabitur.

L. 17. D. b. t. *Si servus non sit unius, sed plurium, et omnes mentiti sunt, eum in sua potestate non esse, vel quidam ex illis; aut dolo fecerunt, quominus sit in potestate: unusquisque illorum tenebitur in solidum; quemadmodum tenerentur, si haberent in potestate⁵⁷⁾.*

Gab

57) Diese lehtern Worte sind etwas dunkel, und werden von den Auslegern sehr verschieden erklärt. *Accursius* supplirt nach haberent in potestate, die Worte: et negarent. Allein dies passt ganz und gar nicht. Denn auf solche Art wäre ja nur das Nämliche noch einmal gesagt, also idem per idem erklärt. *Ant. PABER* in *Rational.* in *Pandect.* ad h. L. will daher vielmehr folgendes suppliren: nec vellent noxae dedere. Denn wenn der Eigenthümer, welcher den Slaven geständlich in seiner Gewalt hatte, denselben nicht zum Schadensersatz überlassen wollte,

Gab der Befragte aus Ungehorsam gar keine Antwort, so wurde er zur Strafe als ein solcher behandelt, welcher die Frage bejahet habe, und konnte nun eben so, wie derjenige, welcher wider besseres Wissen geläugnet hatte, auf das Ganze belangt werden⁵⁸⁾. Eben dies

wollte, so haftete er immer in solidum. L. 22. §. 3. D. de noxal. action. ROTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. X. Not. h. pag. 328. stimmt der Haberschen Erklärung bey, und stellt sich die Sache auf folgende Art vor. *Qui mentitur*, sagt er, *se non babere servum, aut qui dolo defit eum babere, ambo nolunt eum noxae dedere; ideo enim is mentitur, ille definit babere, ne noxae dedant; ergo aequa debent solidam litis aestimationem praestare, atque illi, qui servum possidene, nec eum volunt noxae dedere.* Allein richtiger erklärt WYBO cit. libr. Cap. VII. pag. 98. sqq. die letztern Worte der L. 17. b. t. von dem Falle, wenn diejenigen, welche für die Eigenthümer des schädlichen Sklavens gehalten wurden, solches, auf Befragen, arglistig bejahet hatten. Diese hafteten nun, als wären sie wirkliche Eigenthümer, und zwar, da sie den Sklaven nicht noxae causa überlassen konnten, in solidum. Gerade so werden auch bey der actione de pauperie beyde Fälle, da der Nichteigenthümer das schädliche Thier, auf Befragen vor Gericht, für das selige ausgegeben, und da der Eigenthümer arglistig geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre, L. 7. D. b. t. und L. 1. §. 15. D. Si quadrupes zusammengestellt. Denn daß beyde Fragmente, welche aus dem nämlichen Libro 18. Ulpiani ad Edictum genommen sind, zusammengehören, und gleichsam uno spiritu zu lesen sind, hat Henr. BRENCMANN in Diss. de Legum inscriptiōnibus §. 10. in fin. (bey Ab. WIELING in Jurisprud. restituta. P. II. pag. 157.) sehr richtig bemerkt.

58) Man vergleiche hier wieder vorzüglich Io. WYBO libr. cit. de interrogat. in iure. Cap. X. pag. 149. sqq. Mit ihm stimmen auch überein voet in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. Aemil.

dies galt auch, wenn er auf die Frage nicht passend, oder so dunkel geantwortet hatte, daß der Fragende dabei in der vorigen Ungewißheit blieb. Denn die Strafe war die nämliche, ob der Befragte läugnete, oder gar nicht antwortete, oder eine dunkle oder unpassende Antwort gab. Der Unterschied bestand blos in dem rechtlichen Verfahren. Denn schwieg der Befragte, ohne auf die ihm vorgelegte Frage einige oder eine passende Antwort zu geben, so fiel hier Sponsio sacramenti weg, welche im Falle eines bößlichen Läugnens Statt hatte, und der Kläger konnte nun die Klage sogleich auf das Ganze anstellen, ohne daß ihm ein weiterer Beweis oblag, daß der Beklagte diejenige Qualität wirklich habe, welche die Anstellung seiner Klage voraussetzte. Die Klage selbst lautete in dem römischen Gerichtsstile ohngefähr so: QUANDO NEQUE AIS, NEQUE NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, ADEOQUE PRAETOREM CONTEMNIS; AIO TE MIHI CENTUM EX LUCII TITII HEREDITATE DARE OPORTERE⁵⁹). Hieraus erklären sich nun folgende von vielen⁶⁰) missverstandene Gesetzstellen.

L. II.

Lud. HOMBERGK ZU VACH in Diff. de oblatione ad item. §. 19. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1262.

59) WYBO cit. loc. pag. 162.

60) 3. B. Ant. FABER in Rational. in Pand. ad L. II. §. 4. D. h. t. Iac. CUIACIUS Observation. Lib. XXII. cap. 27. ANT. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XXXI. Th. 6. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. behaupten, der aus Ungehorsam Nichtantwortende sey nach L. II. §. 4. D. b. t. als L e u g n e n d e r zu behandeln, und der Kläger zum Beweis zugelassen. Allein die L. II. §. 4. b. t. sagt mit keinem Worte, daß der Schweigende pro negante zu halten sey, sondern er sey als

L. 11. §. 4. D. h. t. Qui TACUIT quoque⁶¹⁾ apud Practorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum

als contumax zu behandeln, und daher sein Schweigen gegen ihn zu erklären. Müßte er als ein Leugnender behandelt werden, so könnte die Klage nicht gleich auf das Solidum gegen ihn statt finden, wie doch das Gesetz will, sondern der Kläger müßte zuvörderst den Beweis des als abgeleugnet angenommenen führen. Dies braucht aber in diesem Falle der Kläger nicht. Nur die Strafe des Ungehorsams bey dem Schweigen ist der Strafe des boshaften Abläugnens gleichgesetzt. Daß außerdem der aus Ungehorsam nicht Antwortende als Geständiger in Ansehung der ihm gemachten Frage zu behandeln sey, setzt die L. 18. §. 2. D. de probat. außer Zweifel. Interrogationis factae probationem, sagt daselbst Ulpian., actori imponi debere, id est, ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse: vel, si tacuisse dicatur interrogatus, aequa tantundem erit dicendum, imposita probatione, non ei, qui excepit, se non respondisse, sed actori; so sind die letzten Worte nach Baudozia zu lesen, statt der fehlerhaften florentinischen Leseart: impositam improbationem, welche keinen Sinn hat. Eben so, wie Baudozia, liest auch unser Erlanger Codex. Zugrundezu nun dieser Beweis, wenn nicht der Schweigende als ein solcher anzusehen wäre, der die Frage bejahet hat? S. wybo Cap. X. pag. 155. sqq.

61) LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. hält das quoque für ein ineptum glossema, welches weggestrichen werden müsse. Es fehlt auch bey Haldander, und Baudozia. Bey Russard und Gothofredus aber ist es eingeklammert. Allein das quoque hat hier einen ganz richtigen Sinn nach der florentinischen Leseart, mit welcher auch unser Erlanger Codex übereinstimmt. Es soll nämlich das Vorhergehende mit dem Nachfolgenden verbinden, und anzeigen, daß hier ein solcher Fall anzunehmen sey, wo der Schweigende wirklich nicht heres ex esse ist, wofür er nun wegen seines Ungehorsams ange-

dum conveniatur, quasi negavit se heredem esse. Nam qui omnino non respondit, contumax est. Contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset; quia Praetorem contemnere videtur.

L. II. §. 5. D. eodem. Quod autem ait Praetor: Omnia non respondisse, posteriores sic exceperunt, ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit.

L. II. §. 7. D. eodem. Nihil interest, neget quis, an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem.

So konnte sich also der vor Gericht Befragte durch seine Antwort oder Nichtantwort eine Verbindlichkeit zu ziehen, welche der dem Gegner zustehenden Hauptklage die neue Eigenschaft gab, daß sie nun entweder gegen den Befragten in einem Falle angestellt werden konnte, wo sie sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, oder auch nun auf Mehreres gerichtet werden konnte, als sonst der Beklagte hätte leisten dürfen, ohne daß der Kläger wegen dieser pluris petitio einigen Nachtheil zu befürchten hatte. Von dieser adiectitia qualitas bekam jetzt die Klage den Beysatz *interrogatoria*. Z. B. wenn derjenige, welchen ich gefragt hatte, ob er meines Schuldners, des verstorbenen Titius, Erbe geworden sei, dieses bejahete, oder

angesehen wird. Denn sonst wäre es keine Strafe. Diese war aber nun für den Beklagten empfindlich genug, wenn er, als heres ex parte, jetzt die ganze Schuld des Erblassers bezahlen mußte. S. wyso cit. libr. Cap. X. pag. 153.

oder schwieg, so flagte ich nun geradezu gegen ihn mit der *actio mutui interrogatoria* auf die Bezahlung der ganzen Schuld, wenn er auch gleich gar nicht Erbe oder nicht heres ex asse war; oder wenn bey der *actio de pauperie* der Beklagte war gefragt worden, ob ihm das schädliche Thier gehöre, und er hatte die Frage fälschlich bejahet, so bekam die Klage nun noch das *enrictor interrogatoria*⁶²). Gründete sich diese Klage auf eine bejahende Antwort oder Geständniß des Befragten, so erhielt sie auch den Besatz *confessoria*⁶³). Es ergiebt sich hieraus Folgendes.

1) Die *actio interrogatoria* oder *confessoria* ist an sich keine eigene Klage, sondern nur Qualität einer andern Hauptklage, und läßt sich daher ohne das Daseyn einer andern Hauptklage, welche dadurch eine gesetzliche Modification erhält, gar nicht gedenken⁶⁴). Joh. Robert⁶⁵) und Georg Franzke⁶⁶), irren daher offenbar, wenn sie behaupten, daß die bloße Antwort des vor Gericht Befragten schon an sich eine Klage habe begründen können, wenn auch sonst keine andere Klage Statt hatte. Sie setzen sogar darin den Grund, warum die *actiones interrogatoriae* in der Folge außer Gebrauch gekommen wären, weil man ein solches Rechtsverfahren für unbillig gehalsten habe. Ich will hier nur den Franzke reden lassen, damit man sieht, daß ich ihm hierin nichts ohne Grund

62) G. HOMMEL Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 12.

63) L. 23. §. ult. L. 25. §. 1. D. ad Leg. Aquil.

64) G. WYBO libr. cit. Cap. I. pag. 13. sqq.

65) Sententiar. iuris Lib. IV. Cap. 18.

66) Commentar. in viginti et unum libr. Pandectar. h. t. nr. 12.

Grund zur Last sege. Er sagt nämlich: *Sed postquam sequentibus temporibus Praetori, et aliis ius reddentibus iniquum videretur, ut vel is, qui nullam haberet ab initio actionem, eam sibi nulla praecedente obligatione vel iure quaesito ex hac interrogatione pararet, vel, qui quidem haberet, captata tamen interrogandi occasione media probationum a reo expiscaretur, et in suum commodum adversus reum converteret, actiones hae in desuetudinem abierunt.* Allein diese Ansicht ist ganz offenbar unrichtig. Hatte der Fragende keine Klage, so konnte auch der, welcher fälschlich geantwortet, und absichtlich gelogen hatte, mit keiner *actio interrogatoria* belangt werden, wie Paulus ganz deutlich lehrt, wenn er *L. 13. pr. D. b. t.* sagt:

Confessionibus falsis respondentes, ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio: quia quae cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferemus.
Ueberhaupt wurde,

2) wenn die *actio interrogatoria* Statt haben sollte, als nothwendige Bedingung erfordert, daß die Antwort des Befragten nichts enthielt, was entweder der Natur der Sache, oder sonst anerkannten Rechtsgrundzügen entgegen stritte, sonst verpflichtet auch eine falsche Antwort nicht. Denn auch die Lüge darf nichts physisch oder moralisch unmögliches enthalten. Paulus hat diesen Umstand ausdrücklich bemerkt, wenn er *L. 13: D. b. t.* sagt:

Et si eum, qui in potestate patris esset, respondissem, filium meum esse, ita me obligari, si aetas eius pateretur, ut filius meus esse possit: quia falsae confessiones

*siones naturalibus convenire debent*⁶⁷⁾: propter quae fiat, ut patrisfamilias nomine respondendo, non obligeretur. 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: et si actum fuerit, manebit *integra actio cum ipso*, qui admisit.

Eben dies bestätkt auch Javolen L. 14. D. eod. wo es heißt:

Si is, cuius nomine noxae iudicium acceptum est, manente iudicio⁶⁸⁾ liber iudicatus est, reus absolvitur debet: nec quidquam interrogatio in iure facta prodiderit: quia eius personae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre non potest in eum, qui in iure suum esse confitetur; velut alienum servum, suum esse confitendo: liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non est, ne per interrogationem quidem aut confessionem transferri poterit. Quo casu eveniet, ut non recte hominis liberi nomine actum sit cum eo, qui confessus est.

§. I. *In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et ius et naturam recipere potest*⁶⁹⁾.

Ulpian

67) So hat Gaudioza, und eben so Halander. Die Florentine hingegen liestet deberent. Allein jene Leseart, mit der auch unser Erlanger Codex übereinstimmt, verdient unfehlig den Vorzug. S. LEONINUS Emendation. Lib. III. Cap. 9.

68) I. e. pendente iudicio noxali. S. wybo cit. libr. Cap. IX. pag. 143.

69) In den Basilic. Tom. V. pag. 739. heißt es: *αἱ γὰρ καταθέτεις τότε ἐργάνται, ὅτε καὶ τῷ νόμῳ καὶ τῇ φύσει συμβαινουσιν,*
i.e.

Ulpian erläutert dieses noch L. 16. D. b. t. durch folgendes Beispiel:

Si servus ab hostibus captus sit, de quo quis in iure interrogatus responderit, in sua potestate esse: quamvis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos⁷⁰⁾, attamen non puto locum esse noxali actioni: quia non est in nostra potestate.

§. 1. Quanquam autem placet, etiam eum teneri, qui alienum servum suum esse fassus esset, attamen rectissime placuit, eum demum teneri, qui suum potuit babere. Caeterum, qui dominium quaerere non potuit⁷¹⁾, non teneri.

Hier,

i. e. *confessiones enim tunc ratae sunt, cum et iuri et naturae consentaneae sunt.*

70) So liest die Florentine und Baudoza. Halloandet hingegen hat: *quamvis iure postliminium possit interim nos efficere dubitare.* Dieser Lesart giebt vorzüglich AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 2. seinen Beyfall. Der Erlanger Codex hat für efficere, interim resicere, welches aber gar keinen Sinn hat. Die florentinische Lesart ist wohl hier die richtigste, für welche noch insbesondere das Zeugniß des Scholasten ad Basilica Lib. XLII. Tit. 4. Tom. V. pag. 744. not. c. spricht, welcher hier folgende Bemerkung macht: Εἰ γὰρ καὶ τὸ δίκαιον τῷ ποσλιμνίου ποιεῖ αὐτοῖς ἡμᾶς, μήποτε ὄφειλομεν πατέχεσθαι ὑπὲρ αὐτῶν, ὅμως ἡγεσσεν μὴ πατέχεσθαι με τῇ νοξαλίᾳ ἐπειδὴ μὴ ἔστι ὑπὸ τὴν χεῖρά μου. i. e. *Quamvis enim ius postliminiū possit efficere dubitare nos, numquid pro eo teneamur, tamen placuit, me noxali non teneri, quia in potestate mea non est.*

71) Accursius giebt hier ein erbauliches Beispiel zur Erklärung: *Si Iudeus mancipium christianum suum esse respondit.* Sicher hätte sich der große Ulpian hierüber halb tot gelacht!

Hiermit ist noch die L. 23. §. fin. D. ad Legem Aquil. zu verbinden, wo Ulpian sagt:

Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse; Julianus scribit, cessare Aquilam: quamvis confessus sit se occidisse. Hoc enim solum remittere actori confessoriā actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse. Caeterum occisum esse hominem a quo-cunque oportet.

Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn der Nicht-antwortende zur Strafe seines Ungehorsams als Geständiger behandelt wird. Hieraus erklärt sich die so sehr missverstandene L. 12. pr. D. b. t. wo Paulus sagt:

Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit, se heredem esse, tenebitur: nam ita respondendo, pro herede gessisse videtur. Sin autem filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit, succurrendum est ei: quia bunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.

Cujaz⁷²⁾ gibt uns von dieser Stelle folgende Erklärung: „Filiū, qui patri suū heres extitit, beneficio Praetoris si abstinerit se hereditate paterna, et postea interrogatus apud Praetorem, an patri defuncto heres esset, responderit, se heredem esse, PAULUS ait in L. 12. b. t. ex suo mendacio teneri in solidum, perinde atque si pro herede gessisset, non abstinuisse se. Non dicit, eum, qui semel abstinuit se, postea pro herede gerere, quae variatio etiam

non

72) Observation. Lib. XXII. cap. 27.

non admittitur, sed eum, qui post abstentionem apud Praetorem respondit, se heredem esse, perinde teneri, ac si se non abstinuisse, sed pro herede gessisset; teneri ex sua responsione, ex suo mendacio. — Qui enim apud Praetorem post abstentionem dixit, se heredem esse, Praetori mentitus est, quia Praetori non est heres.“

„An idem dicemus, si interrogatus apud Praetorem, *an heres esset*, tacuerit, ut scilicet teneatur in solidum? quod videtur, quia in ea causa est, ut *negasse* videatur. L. II. §. 4. et 7. D. b. i. Filius enim, qui se abstinet hereditate paterna, et interrogatus, an heres sit, tacet, *negasse videtur se heredem esse*; quod quia falsum est, iure enim civili heres manet, etiam qui abstinuit se, ideo in solidum teneri videtur. At recte PAULUS ait, ei succurrendum esse, ne teneatur, quia et si taciturnitas eius *pro negatione* habeatur, verum est, apud Praetorem eum heredem non esse. Praetori itaque non mentitur, qui apud eum interrogatus, posteaquam se abstinuit, an heres sit, tacet, quod est tacendo negat.“

„At idem, qui se abstinuit, si apud Praetorem adfirmet, se heredem esse, sane Praetori mentitur, et ideo hic tenetur in solidum, ille non item.“

Allein der große Cujaz scheint mir die Sache aus einem ganz falschen Gesichtspunct angesehen zu haben. Wenn ein suus heres, der sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte, nachher dennoch den Gläubigern auf ihr Befragen vor Gericht antwortet, er sey Erbe sel-

nes Vaters, wie kann man diese Ausserung für eine Lüge erklären? Das Gesetz sagt ja kein Wort davon; sondern setzt den Grund, aus welchem nun der Interrogatus den Gläubigern hafte, darin, *quod, ita respondendo, pro herede gessisse videatur.* Und dies ist auch ganz richtig, denn einem suus heres, welcher abstinent hatte, war es ja nach dem ältern Recht noch immer erlaubt, die Erbschaft, von welcher er sich losgesagt hatte, wieder zu übernehmen, so lange die Güter noch nicht veräußert waren, und er bedurfte, um die Erbschaft wieder zu erhalten, nicht einmal der Restitutions-Wohlthat⁷³⁾). Mit Recht hafte also der suus heres aus seiner Antwort, er sei Erbe seines Vaters, den Gläubigern, weil seine Erklärung nicht dem Recht entgegenstritte, sondern vielmehr als gesetzmäßig und also mit Recht pro herede gestione angenommen werden konnte. *Etenim quamquam eum, sagt Anton Gabet⁷⁴⁾, qui se abstinet, non habet Praetor heredis loco, id tamen intelligi debet, quamdiu se abstinet, non etiam, si post abstentionem rursus velit se immiscere, ac pro herede gerere. Permittitur enim illi, ut post abstentionem se immisceat, sive maior sit, sive minor, quamdiu omnia sunt integra, ne cum vendita sunt bona.*

Ganz anders verhielt sich die Sache, wenn der suus heres, welcher abstinent hatte, dem Gläubiger, der ihn fragte, ob er Erbe sei, nicht antwortete. Hier konnte der Prätor den Schweigenden nicht als Geständigen oder Bes-

S 2

jahens.

73) *L. 8. D. de iure delib. L. ult. Cod. de repud. vel abstин. hered. S. Ge. Lud. BOEHMERI Diss. de suo herede ab hereditate se abstinentе Cap. II. §. 17. (in Electis iuris civ. Tom. I. Exercit. IV. pag. 115. sq.)*

74) Rational. in Pandect. ad h. L.

jahenden behandeln, weil er sonst mit sich selbst im Widerspruch gewesen wäre, da er den suus heres, welcher einmal abstinent hatte, in Absicht auf die erbshaftlichen Lasten, nicht mehr für einen Erben hält. Er konnte aber auch eben so wenig als ein Läugnender angesehen werden. Denn sonst hätte dem Fragenden der Beweis des Gegenthells müssen aufgelegt werden. Wie hätte denn aber derselbe beweisen können, daß der Befragte Erbe geworden sei, da dieser von der Erbschaft abstinent hatte? Der Befragte könnte also hier aus seinem Stillschweigen auf keine Weise verbindlich werden. Diesen richtigen Sinn unsers Fragment's bestätigen auch die Basiliken⁷⁵⁾, in welchen es so lautet. Οὐ ποτε τῆς αὐτῆς πατερὸς κληρονομίας, εἰσὶν ἐπικακτηγόρων ἀρωτηθεῖς εἴπη κληρονομεῖν, ἐρέχεται: δουσὶ γὰρ διὰ τοῦτο χειρίσαι τὰ τῆς κληρονομίας. εἰ δέ συντάχον, ἀντιερέχεται. i. e. Si filius, qui abstinuit, se paterna hereditate; in iure interrogatus, responderit, se heredem esse, tenetur: non ita pro herede gessisse videtur: sin autem tacuerit, non tenetur.

3) Aus dem Vorigen ergiebt sich weiter, daß bei der actio interrogatoria alles auf den Beweis der Hauptfrage ankam. Konnte diese nicht bewiesen werden, oder standen dieser peremptorische Einreden entgegen, so konnte den Beklagten auch seine falsche Antwort nicht verdammen, etwas zu bezahlen, was der Kläger nicht zu fordern hatte. Wenn also der Klage die exceptio pacti de non petendo, oder exceptio rei iudicatae, oder die exceptio prae-scriptionis entgegenstand, so konnte sich auch derjenige, welcher aus seiner Antwort belangt würde, dieser Einreden

75) Tom. V. pag. 738.

den bedienen, welche der wahre Beklagte würde opponere haben. Denn er lud durch sein Geständniß die fremde Klage auf sich. *Quae cum alio actio esset, sagt Paulus⁷⁶), in nosmet confessione nostra conferemus.* Hieraus leitet er nun *L. 12. §. 1. D. b. t.* die ganz richtige Folge her:

Exceptionibus, quae institutis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is uti potest, qui ex sua responsione convenitur: veluti pacti conventi, rei judicatae et caeteris.

4) Man behauptet fast allgemein, daß sich die *actio interrogatoria* auf einen *Quasi-Contract* gründe⁷⁷). Dafür soll Frage und Antwort gelten. Denn der Befragte werde blos aus seiner Antwort verbindlich, er möge die Wahrheit gesagt, oder gelogen haben. Alle berufen sich auf den Ausspruch Ulpian's *L. 11. §. 9. D. b. t.* welcher sagt:

Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur. Sed et si a Praetore fuerit interrogatus, nihil facit Praetoris auctoritas: sed ipsius respondens, sive mendacium.

S 3

Nur

76) *L. 13. D. b. t.*

77) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 252. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHULTING Thes. controversial. De cad. XXXI. §. 9. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. HERMANNUS in Opuscul. postum. de histor. Edictor. pag. 520. BOEKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 19. et Cap. V. pag. 84. HOMMEL cit. Progr. pag. II. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. nr. IV. u. q. m.

Nur Joh. Ottwin Westenberg⁷⁸⁾ verwirft diese Meinung, und Christ. Gottsch. Hübner⁷⁹⁾ nimmt eine *conventio tacita* zum Grunde an. Allein offenbar redet das Gesetz von einem solchen Falle, daemand wegen eines geschlossenen Contracts gefragt worden, und der Befragte dieses bejaht hat, ohnerachtet er den Contract wirklich nicht geschlossen hatte. Bloß in diesem Falle wird er durch seine lügenhafte Antwort eben so verbindlich, als ob er den Contract wirklich geschlossen hätte. So versteht diese Stelle auch Anton Faber⁸⁰⁾. Der Beweis für die Richtigkeit dieser Erklärung liegt erstens in dem Gesetz selbst. Denn darin wird gesagt, es sei gleichviel, ob derjenige, welcher aus seiner Antwort belangt wird, vom Prätor oder vom Gegner gefragt worden sei, der Grund sei in dem einem Falle, wie in dem andern derselbe, nämlich *responsum sive mandacium interrogati*. Wie konnte denn nun die vom Prätor geschehene Frage einen Quasi-Contract bewirken? Für jene Erklärung sprechen zweitens die Basiliken⁸¹⁾, in welchen unsere Stelle folgendermaßen lautet: Οἱ ἐρωτηθεῖσι καὶ αποκριόμενοι εἰσχραῖ αἱ αἴτοι τῆς πρετοτύπου συναλλάγματος. Ηἱ ἐρωτηθεῖσι τῆς Πραιτώρος οὐδὲν ποιεῖ, ἀλλ᾽ ηἱ αποκρισίς, ηἱ τὸ ψέδος αὐτῆς τὰ αποκριόμενον. i. e. Qui interrogatus responderit, tenetur quasi ex principali contractu. *Interrogatio Praetoris*

78) De causis obligationum. Dissertat. II. §. 24 — 26. in Operib. a IUNGIO edit. Tom. I. Sect. II. pag. 79.

79) De natura obligationum, quae quasi ex contractu et quae quasi ex delicto nasc. Conjectur. Cap. III. pag. 35.

80) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 498.

81) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 737.

toris nibil facit, sed *responsum*, vel *mendacium* respondentis. Hierzu kommt drittens, daß aus einem Quasi Contract eine eigene und Hauptklage entsteht. Es kann daher keine Verbindlichkeit quasi ex contractu hergeleitet werden, welche keinz neue, eigene und Hauptklage, sondern nur eine *actio adjectitiae qualitatis* hervorbringt⁸²). Nicht zu gedenken, daß nur aus erlaubten Handlungen obligationes quasi ex contractu entstehen⁸³), und also aus einem mendacio oder contumacia wohl nicht füglich hergeleitet werden können. Endlich bestärkt unsere Erklärung auch die Leseart, welche Zaloander und Bandoza haben, bey denen es heißt: *quasi ex contractu EIUS obligatus, pro quo pulsabatur, dum ab adversario interrogaretur.* Nach dieser richtigern Leseart ist hier offenbar von einem Contract die Rede, den ein Anderer geschlossen hat, und aus welchem der Befragte nun, weil er ihn durch seine Antwort zu dem seinigen gemacht hat, jetzt eben so belangt werden kann, als ob er ihn wirklich geschlossen hätte, so wie es bey einer *actio adjectitiae qualitatis* der Fall ist.

5) Sofern der Beklagte durch seine Antwort eine fremde Klage auf sich lud, wurde zwar der wahre Beklagte dadurch von des Klägers Ansprüche befreyet; jedoch galt dies nur hauptsächlich bey Moralklagen, bey welchen der wahre Besitzer nicht aus seiner eigenen Handlung, sondern aus einem fremden Factum belangt wird. Hier befreute derjenige, welcher mit der *actione interrogato-*

S 4

gato-

⁸²⁾ G. HÜBNER Cit. Conjectur. de natura obligation. quae quasi ex contr. nasc. Cap. III. pag. 37.

⁸³⁾ WEBER S systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 19.

gatoria, als vorgegebener Eigenthümer, in Anspruch genommen wurde, den wahren Besitzer. Sofern es hingegen auf eine eigene Handlung des Beklagten ankam, auf welche die Klage gegründet werden müsse, z. B. ob jemand Erbe eines Verstorbenen geworden sei, so wurde der wahre Beklagte nicht befreit, wenn gleich der deshalb vor Gericht Befragte die Handlung derselben durch die falsche Antwort, er sei der Auctor, auf sich genommen hatte. War die fremde Handlung eine unerlaubte, so trat noch der besondere Grund hinzu, daß die That bei dem wahren Urheber nicht ungestraft bleibe⁸⁴⁾). Hätte jedoch der Befragte nur darum falsch geantwortet, um den wahren Auctor zu vertheidigen, und seine Geschäfte geriren zu wollen; oder auch weil er einen Auftrag dazu erhalten hatte; so würde sich der wahre Auctor mit einer Exception schützen können, wenn er etwa auch noch belangt werden sollte. Denn er muß ja nun seinen Defensor oder Mandatar entschädigen, wenn dieser actione negotiorum gestorum oder mandati gegen ihn klagt. Paulus faßt alles dieses in folgender Stelle zusammen.

L. 20. pr. D. b. t. Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque si quis confessus sit, se occidisse servum, quem aliis occidit; vel si quis responderit, se beredem: nam his casibus non liberatur, qui fecit, vel qui

84) Es war überdem hier auch eine ganz verschiedene causa obligationis vorhanden. Der Befragte haftete aus seiner Antwort mit der actio interrogatoria, der andere als wahrer Urheber aus seiner unerlaubten Handlung mit der actio Legis Aquiliae directa. S. *Ant. FABRI Rational.* in Pand. ad L. 20. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 509. sq.

qui heres est. Nec haec inter se contraria: nam superiore casu ex persona servi duo tenentur⁸⁵), sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento, alter quoque liberatur. At is, qui confitetur se occidisse, vel vulnerasse, suo nomine tenetur: nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit, propter eum, qui respondit: nisi quasi defensor eius, qui admisit, vel heredis, litem subiit hoc genere⁸⁶), tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est, quod praestitit. Idem est in eo, qui mandatu heredis, beredem se esse, respondit, vel cum eum alias defendere vellet⁸⁷).

Jedoch

85) Cod. Erlang. hat *non tenentur*. Eben so Baudoza. Allein die Florentinische Leseart hat die Auctorität der Basiliken für sich. In diesen heißt es Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 740. οἱ δύο γὰρ εἰς προσώπου τὴν οἰκέτου κατεχόμεθα, ὡς ἐπὶ κοινωνίᾳ. i. e. duo enim ex persona servi tenemur, sicut in servis communibus.

86) *Hoc genere* heißt hier soviel als *hoc modo*, wie Scip. GENTI. LIS Parergor. ad Pandect. Lib. I. cap. 15. pag. 38. (Altendorfii 1664. 8.) und in EV. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 1288.) aus mehreren Stellen erwiesen hat.

87) Statt einer erläuternden Paraphrase kann hier die Erklärung des griechischen Scholiasten ad Basilica Tom. V. pag. 745. dienen, welcher not. g. nach Gabroffs Uebersetzung sagt: *Qui servum alienum suum esse responderit, noxali actione eius nomine conventus, verum dominum actione liberat. Aliud est, si quis dixerit, se occidisse servum, quem alius occidit: vel si quis, cum alius beres esset, se beredem esse confessus sit. Hic enim non liberatur, qui revera occidit, aut verus beres est.*

Nec

Jedoch kam es immer noch darauf an, in wiesfern der aus seiner Antwort als vorgeblischer Auctor belangte den Kläger zu befriedigen im Stande war⁸⁸⁾). Denn könnte derselbe von dem falschen Auctor keine Bezahlung erhalten, so blieb ihm der Billigkeit wegen die Klage gegen den wahren Auctor unbenommen⁸⁹⁾). Dies lehrt uns Julian L. 18. D. b. t. wo er sagt:

Qui ex parte dimidia heres erit, cum absentem
coheredem suum defendere vellet, ut fatisdationis
onus evitare possit⁹⁰⁾), respondit, se solum heredem esse,
et

Nec inter se haec species contrariae sunt: cum enim alienum ser-
vum meum esse dico, quoniam ego, qui falso respondi, eum
servum meum esse, et verus eius dominus, ex persona servi con-
venimur, dominum eius libero: nam et in duobus servi dominis,
quia singuli servi nomine tenentur, uno convento in solidum,
alter liberatur. At is, qui dicit se occidisse, aut vulnerasse,
quem alius occidit, aut vulneravit, suo nomine tenetur: et me-
rito eum, qui revera occidit, non liberat, sicut et qui se heredem
dicit, suo nomine tenetur: et ideo verum heredem non liberat. Inter-
dum autem et hi eum, qui revera occidit, aut verum heredem liberant,
si quasi defensores eius, qui admittunt, litem subierint: nam si postea
occisor aut verus heres conveniatur, exceptione in factum action-
inem repellent, ita concepta: at si non is agat, qui contra me
actionem negotiorum gestorum vel mandati habet, per quam a
me repetere potest, quae tibi pro me solvit.

88) L. 26. §. 3. D. de noxal. action. L. 23. D. de solut. L. 10.
§. 1. D. de in rem vers. S. Ant. SCHULTING Thes. controver-
sar. Dec. XXXI. §. 9.

89) S. voET Comm. ad Pand. h. 1. §. 11.

90) Denn wer einen Beklagten namentlich vor Gericht verhiedi-
get, muß das onus fatisdationis iudicatum solvi übernehmen.

et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an, rescisso superiore iudicio, in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? *Proculus* respondit, *rescisso iudicio posse agi. Idque est verum*⁹¹⁾.

6) Die *actio interrogatoria* war auch dann begründet, wenn gleich nur der *Procurator* für seinen *Principal* geantwortet hatte. Denn auch der *Sachwalter* kann in der Rechtsache seines *Principals* von dem Gegner desselben befragt werden, und er ist schuldig, über alle die Punkte vor Gericht Red und Antwort zu geben; über welche auch der *Principal* befragt werden konnte. Hat er jedoch falsch geantwortet, oder aus Ungehorsam nicht geantwortet, so macht er zwar sich dem Gegner verbindlich⁹²⁾, allein dem *Principal* präjudiziert er dadurch nicht⁹³⁾. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 39.

91) War also der aus seiner falschen Antwort in Anspruch genommene *Interrogatus* im Stande, die Schuld dem Gläubiger zu bezahlen, so hatte gegen den wahren Erben keine Klage weiter Statt, wenn jener auch dem *Judicat* noch kein Genüge geleistet hätte. *S. ROTHIER Pandect. Justin. h. t. Nr. IX. not. f. Tom. I. pag. 328.*

92) Er haftet dem Gegner auch noch insonderheit ex stipulatione *iudicatum solvi, tanquam de re non defensa.* *S. Hub. GIPHA-
NII Lectum Altorfinae ad h. L. pag. 38. not. 3. et 4.*

93) Anderer Meinung ist zwar *Ant. FASER* in *Rational. in Pand. ad L. 39. D. de Procurat. T. I. p. 335.* und zwar aus dem Grunde: *quia procuratoris sui factum improbare nemo potest in eo, quod procurator tanquam procurator facere coactus fuit, ne alioqui decipiatur, qui cum procuratore in iudicio, aut, quod plus est, in iure apud Praetorem quash contrahit.* Allein die Folgen

L. 39. pr. D. de Procurator. Non solum autem in actionibus, et interdictis, et in stipulationibus debet dominum defendere, verum in interrogationibus quoque, ut in iure interrogatus ex omnibus causis respondeat, ex quibus dominus. *An igitur beres sit absens*⁹⁴⁾, respondere debet: et, si responderit, vel tacuerit, tenebitur.

L. 9. §. 4. D. b. i. Celsus libro 5. Digestorum scribit: Si defensor in iudicio interrogatus, *an is, quem defendit, beres, vel quota ex parte sit*, falso responderit: ipse quidem defensor adversario tenebitur; ipsi autem, quem defendit, nullum facit praeiudicium. Veram itaque esse *Celsi* sententiam, dubium non est.

7) Die actio interrogatoria kann blos eine adjectitia qualitas von Personalklagen seyn. Bey Realflagen findet sie nie Statt. Zwar können interrogations in iure auch bey Realflagen vorkommen, um den Besitzer bey der Rechts vindb-

Folgen eines Verschuldens dñsen immer nur densjenigen trif-
fen, der es begieng. Daber kann auch das Verschulden des
Anwalts der Partien nicht zum Schaden gerechnet werden.
S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Professes.
I. B. Nr. XXI. §. 15. S. 456.

94) Es ist hier von keiner Abwesenheit, sondern von der Qua-
lität der Person die Frage, gegen welche die Klage angestellt
werden sollte. Unter *absens* ist also hier der Principal oder
Eigenthümer des Rechtsstreits zu verstehen, und der Sinn der
Worte ist, der Procurator müsse auf die Frage Antwort ge-
ben, ob sein Principal Erbe sey. Die Worte sind nur nicht in
in der gehörigen Ordnung zusammengestellt. Es sollte heißen:
An igitur absens sit beres, etc. Eine solche Synchilis ist in den
Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten nicht ungewöhnlich.
S. wybo de interrogat. in iure. Cap. III. pag. 34.

vindication auszumitteln, wie schon bey einer andern Gelegenheit⁹⁵⁾ gezeigt worden, oder um im Falle einer anzustellenden Erbschaftsklage zu erfahren, ob der Beklagte pro herede oder pro possessore, oder titulo singulari besitze⁹⁶⁾). Es kann auch bey den Reasklagen das vorsätzliche Abläugnen des Besitzes die Strafe des Verlustis desselben zur Folge haben, wie ebenfalls schon an einem andern Orte⁹⁷⁾ vorgekommen ist; ja daß derjenige, welcher sich mutwillig für den Besitzer ausgibt, der er doch nicht ist, und hierdurch die Gefahr eines Rechtsstreits auf sich lädt, welchen er hätte abwenden können, wegen seines dolus als Besitzer hafte, ist eine bekannte Rechtswahrheit⁹⁸⁾. Allein in allen diesen Fällen ist keine *actio interrogatoria* nöthig, sondern hierauf geht schon die *actio in rem*, welche sowohl gegen dem wahren als singirten Besitzer angestellt werden kann. Mit Unrecht läugnen daher viele⁹⁹⁾ den Gebrauch der Interrogationen bey den dinglichen Klagen überhaupt, deren Meinung *Stryk*¹⁰⁰⁾ und *Aemil. Lud. Hombergk*

zu

95) Siehe des 8. Theils 1. Abth. §. 586. S. 196. Man vergleiche auch *Utr. HUBERI Praelect. ad Pandect. b. t. §. 1.* *voigt* in *Comm. ad Pand. h. t. §. 2.* und *Ant. SCHULTING* Thef. controversial. Dec. XXXI. Th. 4.

96) *L. 11. Cod. de petit. heredit.*

97) Siehe den 8. Theil dieses Commentars S. 201.

98) *L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.*

99) *STRUV* in *Synt. iur. civ. Exercit. XV.* Th. 41. *FRANTZEE* *Comm. ad Dig. h. t. nr. 4 — 8.* *BOECKELMANN* *Commentar. in Dig. h. t. §. 2.* *BRANCHU* *Observat. ad ius Rom. Cap. XV.* pag. 89. not. *) und besonders *WYBO* cit. libr. Cap. VIII.

100) *Uf. mod. Pandect h. t. §. 28.*

zu Vach¹⁾) hinlänglich widerlegt hat. Callistratus sage zwar freilich *L. i. pr. D. b. t.*.

Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, et ita si certum petatur.

Allein, ohne deshalb diesen Römischen Juristen mit Himmel²⁾ eines turpis mendacii bezüglichen zu dürfen, so lehrt ja der ganze Zusammenhang, daß die Meinung des Callistratus nur dahin geht, nur bey persönlichen Klagen sey die Interrogation nöthig; wenn bey denselben eine *actio interrogatoria* begründet werden soll. Eben so richtig als gründlich erklärt sich hierüber Anton Gaber³⁾), wenn er sagt: *Est quidem necessaria interrogatio etiam in actione in rem, sed non illa, an adversarius beres sit, aut pro qua parte, de qua potissimum a Praetore propositum est hoc Edictum, sed illa tantum, an possideat, nec ne, et pro qua parte. Nihil enim commune habet actio in rem cum qualitate et iure heredis, si quidem non habet aliam causam, quam praesentem possessionem, nec adversus alium datur, quam adversus possidentem.* Hiermit stimmt auch der griechische Scholiast der Basiliken⁴⁾ überein, welcher nach Gabros Version sagt: *Est autem interrogatio tunc necessaria, cum personalem actionem intendere volo, et certum petere: nam si in rem actio sit, qui adversus possessorem agit, eius mentionem facit:*

1) Diff. de oblatione ad litem §. 18.

2) Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 19.

3) Rational. in Pandect. ad L. i. pr. D. b. t. Tom. II. P. II. pag. 485. sq.

4) Tom. V. pag. 741.

facit: ($\muέμηνται \iota\pi\gamma\omegaν τοις υπομένοις αὐτῷ.$) et cum incerta actio est, incertae quantitatis mentione facta, non est necesse scire, qua ex parte heres sit. Endlich ist noch

8) zu bemerken, daß die actio interrogatoria nur dem Fragenden zu statten kommt; ein Dritter kann sich derselben auch nicht einmal utiliter bedienen, wenn er sich auch mit dem Fragenden in gleicher Lage befinden sollte. Der Grund hiervon ist, wie Voet⁵⁾ ganz richtig sagt, die bekannte Regel: *quod res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet*⁶⁾. Hier nach entscheidet Scavola L. ult. D. b. t. welche Stelle schon oben (S. 256.) erklärt worden ist. Sofern die actio interrogatoria blos durch eine Lüge des Befragten oder durch desselben Ungehorsam begründet wird, geht sie auch nicht auf die Erben, wenn nicht schon lis bei Lebzeiten der Parthenen contestirt war⁷⁾.

II. Die Interrogationen könnten jedoch nach der römischen Gerichtsordnung nicht nur von den Parthenen vor Gericht geschehen, sondern sie könnten auch von dem Prätor selbst an die Parthenen gemacht werden⁸⁾. Denn jedem Richter muß selbst daran gelegen seyn, daß der Prozeß nicht vergeblich geführt werde. Daher sagt Ulpian L. 9. §. 1. D. b. t.

Inter-

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

6) L. 63. D. de re iudicata.

7) L. 26. §. 5. D. de noxal. action. HOMMEL cit. Programm. pag. 13.

8) S. WIESENBACH Exercitat. ad Pand. Disput. 23. Th. 2. und WYBO de interrogat. in iure. Cap. VI. pag. 84. Ohne Grund behauptet das Gegenteil CARRACK in Exercitat. de interrogat. in iure, carumq. defectu in foris germ. §. 8.

Interrogatum non solum a Praetore accipere debeamus, sed et ab adversario.

Hatte der Gegner schon gefragt, die Antwort aber war unzureichend, so konnte der Prätor auf eine vollständigere Antwort dringen. Ulpian lehrt dies ebenfalls L. 9. §. 6. D. eodem, wo er sagt:

Summatim Praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, an quis respondere debeat, quo iure heres sit: ut, si valde interesse comparerit, plenius responderi iubeat.

Uebrigens hatte die Auctorität des Prätors keinen Einfluß auf die Frage. Alles kam auf die Antwort des Gefragten an, darnach richtete sich auch die actio interrogatoria; wie aus L. II. §. 9. D. b. t. erhellet, wo es heißt:

Sed et si a Praetore fuerit interrogatus, nihil facit Praetoris auctoritas: sed ipsius responsum, sive mendacium.

Es war auch hier kein Unterschied, die anzustellende Klage möchte eine persönliche oder dingliche seyn. Z. B. bei der Rel vindication konnte der Richter den Beflagten fragen, ob er die in Anspruch genommene Sache besitze⁹⁾. Nur darin wollen viele¹⁰⁾ einen Unterschied finden, daß der Richter in jedem Theile des Prozesses, und also sowohl vor, als nach der Litigation an die Parteien Fragen thun könne, so oft es die Willigkeit erfordert. Allein daß die L. 21. D. b. t.

Ubi-

9) L. 9. D. de Rei vindicat. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 197.

10) VOET Commentar. in Pand. h. t. §. 4. STAVK Uf. mod. Pand. h. t. §. 31.

Ubiunque iudicem aequitas moverit, aequo operi fieri interrogationem, dubium non est;

eine ganz andere Beziehung habe, ist schon an einem andern Orte¹¹⁾ gezeigt worden.

§. 746.

Heutiger Gebrauch der Interrogationen und der interrogatorischen Klagen.

Ueber den heutigen Gebrauch dieser Rechtslehre sind die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung. Einige¹²⁾ läugnen denselben schlechterdings. Sie glauben, daß schon längst zu Justinians Zeiten sowohl die Interrogationen, als die actiones interrogatoriae außer Gebrauch gewesen wären, seitdem unter Theodos II. und Valentinian III. die alten Formeln im Prozeß abgeschafft worden sind¹³⁾; und Tribonian habe diesen Titel darum in die Pandecten aufgenommen, um seinem Auftrage, das alte Recht aus den Schriften der Röm. Rechtsgelehrten in den 50 Büchern der Pandecten zusammen zustellen, ein Genüge zu leisten. Andere¹⁴⁾ hingegen unterscheiden zwischen den Interrogationen und interrogatorischen Klagen. Nur letztere seien aufgehoben, erstere hingegen hätten noch jetzt ihren Nutzen.

Noch

11) S. Not. 27. S. 251.

12) Io. Phil. CARRACH Exercit. iur. de interrogat. in iure eamque defectu in foris germ. §. 10. Dan. Kettelbladte Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelehrtheit §. 221. und Dan; Grundsäge des ordentl. Prozesses §. 74. Not. c. S. 189. der Sonnerschen Ausgabe.

13) L. 2. C. de form. et impetrat. action. sublat.

14) VOET h. t. §. 4. HOMMEL cit. Progr. pag. 26.

Glück's Erläut. v. Pand. 11. Th.

2

Noch andere behaupten¹⁵⁾ , die actiones interrogatoriae wären zwar nicht aufgehoben, sondern auch noch zu Justinians Zeiten im Gebrauche gewesen. Allein sie seyen nicht mehr nothwendig, und kämen daher jetzt seltener vor. Dies sey der Sinn der bestrittenen Stelle des Callistratus, L. 1. §. 1. D. b. t.

Interrogatoriis actionibus bodie non utimur, ideoque minus frequentantur.

Es erhelle dieser Sinn aus den nachfolgenden Worten:

Sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficient ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices.

In Absicht auf den Gebrauch der Interrogationen unterscheiden einige¹⁶⁾ zwischen solchen, die ehemals von dem Kläger noch vor der Anstellung der Klage geschehen konnten, um darnach die Klage einzurichten, und zwischen solchen, welche nach entstandenem Prozeß geschehen, um sich den Beweis zu erleichtern. Erstere seyen aufgehoben. Der Beklagte könne also nun nicht mehr vor Anstellung der Klage von dem Kläger gefragt werden, nämlich, wie ehemals, zu dem Zweck, um eine Klage auf die Antwort oder Nichtantwort des Beklagten zu gründen. Deswegen fielen auch jetzt die interrogatorischen Klagen weg. Denn nun sey der Beklagte auf eine solche Frage auch vor Ge-

richt

15) Franc. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 43. und Bach in der unpartheyischen Critic über jurist. Schriften. I. B. 6. Et. S. 526.

16) Ant. SCHULTING Thet controvers. Dec. XXXI. Th. 10. Ulr. HUBER Praelection. ad Pind. h. c. §. 3.

richt nicht mehr zu antworten schuldig, sondern der Kläger müsse jetzt selbst sehen, wie er die Klage einzuleiten und anzustellen habe. Nur in dem letztern Fall, nämlich nach der Litigcontestation, wären noch dem Kläger Fragen an den Beklagten erlaubt, und die Antworten könnten ihm sodann Statt des Beweises dienen. So, glauben sie, seyen die Worte des Callistratus zu verstehen, wenn er L. I. §. 1. D. b. t. sagt:

Interrogatoriis actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere, — sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices.

Uebrigens wären die vorigen Strafen nicht aufgehoben, wenn der Beklagte auf die Frage gar nicht, oder vorsätzlich der Wahrheit zuwider geantwortet hätte.

Noch andere¹⁷⁾ glauben den Sinn der angeführten L. I. auf die Art am richtigsten getroffen zu haben, wenn sie zwischen solchen Interrogationen unterscheiden, welche dazu dienten, um sich gegen den Befragten eine Klage zu verschaffen, die sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, und zwischen solchen, die nur zur mehreren Begründung einer schon zuständigen Klage dienten. Die ersten wären nebst den davon abhängigen interrogatorischen Klagen abgeschafft, die letztern aber seyen noch heutigen Tages im Gebrauch.

Zuletzt versuchen einige¹⁸⁾ der dunkeln Stelle noch dadurch Licht zu verschaffen, daß sie zwischen præparato-

17) STRYK U. mod. Pandect. h. t. §. 10. sqq.

18) THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1262.

torischen Interrogationen, welche blos zur Einsichtung der Klage dienten, und entscheidenden, welche direct den Grund der Klage betreffen, unterscheiden. Auf eine bejahende Antwort der letztern hätte sonst, wie auf ein Urtheil, eine sogenannte *actio interrogatoria* gegründet werden können. Diese wären aufgehoben. Das neuere Recht erlaube blos die *präparatorischen* Interrogationen.

Allein alle diese Erklärungen und Meinungen lassen wichtige Zweifel zurück.

I.) Wäre die L. i. §. 1. b. t. wirklich so zu verstehen, daß die *actiones interrogatoriae* nicht mehr im Gebrauche sind, und hätte dies schon Callistratus von seinen Seiten gesagt; so ist unbegreiflich, wie sich dennoch Ulpian, Paulus, Cajus, Javolen, Pomponius, Julian, Papinian und Scavola, deren Fragmente in diesem Titel enthalten sind, haben die Mühe geben mögen, von einer obsoleten Sache so weitläufig zu handeln, da es doch sonst Maxime derselben ist, nur solche Materien in ihren Schriften zu erörtern, welche besonders einen frequenten Gebrauch in den Gerichten hatten. Wollte man aber auch diese Stelle mit Wissenbach für ein Emblem des Tribonianus halten, wie reimt sich damit zusammen, wenn dennoch Tribonianus eine solche Menge von Fragmenten aus den Schriften der Römischen Rechtsgelehrten in die Pandecten aufnahm, in welchen von dem Gebrauche der Interrogationen und der interrogatorischen Klagen geht? wird, wenn dies alles blos Antiquität gewesen wäre? Justinian hatte ja in seiner Proemial-Constitution *Deo auctore, de conceptione Digestorum ad Tribonianum* §. 10. den Verfassern seiner Pandecten ausdrücklich vorgeschrieben:

Si quae leges in veteribus libris positae, iam in desuetudinem abierunt: nullo modo vobis easdem ponere permittimus: cum haec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit.

Dieser Vorschrift würde ja Tribonian geradezu entgegen gehandelt haben.

2) Die Gründe, warum man die Interrogationen vor Gericht vor Anstellung der Klage für nöthig hielt, nämlich *ne actor plus petendo aliquid, damni sentiat*, und *quia plerumque difficilis est aditae hereditatis probatio*, haben auf die Abschaffung der ehemaligen Klagformeln nicht die mindeste Beziehung, und behaupten noch jetzt ihr vollkommenes Gewicht.

3) Der Unterschied zwischen Interrogationen vor der Litigation und denen, welche nach derselben geschehen können, ist eben so ungegründet, als der zwischen präparatorischen und entscheidenden unerweislich ist. Alle Interrogationen dienten ihrem Zweck nach blos zur Einleitung der Klage, und waren *adiectitiae qualitates* derselben, und nie konnte auf eine bejahende Antwort, wie auf ein Urtheil, eine *actio interrogatoria* gegründet werden. Man vermischt hier offenbar das Edict des Prätors *de confessis*, mit dem Edict *de interrogationibus in iure*, wie Wybo¹⁹⁾ schon längst gegen Treutler erinnert hat. Eben so ungegründet ist .

4) der Unterschied zwischen Interrogationen zur Zubereitung einer Klage, die sonst der Kläger nicht gehabt

¹⁹⁾ Cit. libr. Cap. I. pag. 4. Man sehe auch schiltart. Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. §. 7.

hätte, und denen zur Begründung einer zuständigen Klage. Eine Klage musste der Fragende allemal haben. Der Verfragte konnte sich nur solche durch seine falsche Antwort zuschreiben, die er sonst nicht oder nicht in der Art, als nun geschehen kann, zu übernehmen schuldig gewesen wäre, wie schon oben gezeigt worden ist.

5) Wollte man den heutigen Gebrauch der *actionum interrogatoriarum* läugnen, so würde man mit eben so viel Grund auch den heutigen Gebrauch der übrigen *actionum adiectitiae qualitatis* des Römischen Rechts bezweifeln können. Wer wagt aber eine solche Behauptung? Oder soll etwa die *oblatio ad litem* bei persönlichen Klagen jetzt nicht mehr Statt haben? Dazu wäre aber gewiß so wenig Grund vorhanden, als wenn man solche bei Realklagen läugnen wollte. Ganz richtig sagt daher **Stryk**²⁰⁾: *Non dubito adbuc hodie, cum eadem difficultas superfic probandi aditionem hereditatis, eandem quoque iuris dispositionem obtinere, ut scilicet reus interrogatus ad respondentium adigatur, an beres, et pro qua parte sit? Immo etiam existimo, si pro maiori parte se heredem dixerit, quam revera est, ipsum ex sua confessione conveniri posse, ut beres plane non sit. Perinde enim reputatur, quam si malitiose, tanquam hereditatis possessorem, se litti obtulisset; bunc vero, tanquam verum possessorem, conveniri posse, extra controversiam est.* Kann man nun also die Wirkungen der Interrogationen nicht läugnen, wie man denn solche wirklich als noch jetzt geltend annimmt²¹⁾; so kann man auch

20) Us. mod. Pand. b. t. §. 14.

21) Man siehe z. B. SCHULTING Thes. controversial. Decad. XXXI. §. 10. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. nr. IV. pag. 331.

auch mit Grund den Gebrauch der darauf sich gründenden interrogatorischen Klagen nicht bezweifeln. Erwägt man dies alles ohne Vorurtheil, so bleibe ich noch immer dabei, daß in der bestreiteten L. i. §. i. D. b. t. nicht von den interrogatorischen Klagen die Rede sei, von welchen das Edict des Prätors spricht, und von welchen die Röm. Rechtsgelehrten in den in diesem Titel enthaltenen Fragmenten reden, weil nichts Ueberflüssiges und Obsoletes in die Pandecten aufgenommen werden sollte; sondern daß Callistratus von denjenigen interrogatorischen Klagen handele, welche vor dem Edict des Prätors im Gebrauch waren, und deren Misbräuche den Prätor veranlaßten, das Edict von den Interrogationen zu geben, wie bereits oben (S. 248.) bemerkt worden ist.

Dass auch der Richter heut zu Tage den streitenden Parteien zur Instruction der Sache gewisse Fragen vorlegen könne, um nach Maßgebung der erfolgten Antwort das weitere Verfahren zu bestimmen, leidet keinen Zweifel²²⁾.

§. 747 — 749.

Heutige Positionen, deren Unterschied von Interrogationen.

Verschieden von den römischen Interrogationen sind die durch das kanonische Recht²³⁾ eingeführten, und durch die Reichsgesetze²⁴⁾ bestätigten Positionen oder Sachstücke²⁵⁾. Man versteht darunter kurze, in Artikeln

¶ 4

form

22) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 31.

23) Cap. un. X. de lit. cont. Cap. i. de Confess. in Vito. Clem. 2. de Verb. Signif.

24) Jüngst. Reichsabsch. §. 41. u. 49.

25) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 39. sqq. und I. H. BOERNER iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 5. §. 8. sqq.

form²⁶) gesetzte Sätze, welche derjenige Theil im Prozeß, dem die Beweisführung obliegt, über diejenige Thatsache, auf welche der Gegenthell sich bestimmt hätte erläutern können und sollen, zu dem Ende übergiebt, um von dem letztern eine bestimmte Antwort darauf zu erhalten. Nicht nur der Kläger kann sich derselben zur Erleichterung des Beweises seiner Klage bedienen, wenn der Beklagte sich nicht gehörig eingelassen hat, sondern auch der Beklagte kann sich dadurch den Beweis seiner Exceptionen erleichtern. Derjenige Theil, welcher die Positionen übergiebt, wird Ponens, der Gegenthell aber Ponat genannt. Jener muß dabei seine Überzeugung von der Wahrheit der Artikel durch das sogenannte *iuramentum dandorum*, dieser aber sein Läugnen durch das *iuramentum respondendorum* bestärken²⁷). Beide Eide sind daher als Eide für Gefährde zu betrachten²⁸). Weigert sich der Ponat zu antworten, so wird diese Verweigerung für Einräumung der Artikel angenommen²⁹). Das Einräumen selbst aber befreyt den Ponenten sodann

von

26) Diese Form besteht darin, daß sie sich bey eigenen Handlungen mit Wahr, bey fremden Thatsachen aber mit Slave wahr anzufangen pflegen.

27) E. Meyer vom *iuramento dandorum et respondendorum*. Göttingen 1780.

28) Dan; Grundsätze des ordenslichen Prozesses §. 501.

29) Man erfordert jedoch, daß dem Ponaten die Beantwortung der Sachstücke unter der Verwarnung müsse aufgegeben worden seyn, daß im Verweigerungsfalle dieselben für eingestanden angenommen werden sollen. Cap. 2. de Confess. in 6to. STRYK US. mod Pand. h. t. §. 77. und HÖFÄCKER Princip. iur. civ. Tom. III. S. 450h. lit. B.

von der Beweislast, und das Abgelaugniete wird nun Gegenstand der Beweisführung³⁰⁾). Die Positionen betreffen also den Beweis in der Hauptsache, und haben Erleichterung derselben durch Bewirkung eines Geständnisses zum Zweck. Interrogationen hingegen dienen blos zur Vorbereitung und Einleitung der Klage, um nicht in der Person des Beklagten, oder im Gesuch der Klage zu irren, und sich durch Anstellung einer vergeblichen Klage, oder durch Zuviel bitten einen Nachtheil zu zuziehen. Sie geschehen also vor der Litigate, die Positionen hingegen werden erst nach der Litigate übergeben. So dann haben die Positionen auch das Unterscheidende, daß sie, als ein gerichtliches Geständniß, auch wider den Proponenten immer einen vollen Beweis enthalten³¹⁾; welches hingegen bei den Interrogationen der Fall nie seyn kann, da hier der Kläger sich bei Anstellung seiner Klage in einer Ungewisheit befindet, welche durch die Antwort des Beklagten gehoben werden soll³²⁾.

Heut zu Tage sind die Positionen eine seltne Erscheinung in den Acten; und in vielen Prozeßordnungen sind sie ganz aufgehoben, theils weil der Streit über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit derselben die Prozesse häufig sehr verzögert, theils weil durch sie die Elde sehr vervielfältigt, und viel Meineide veranlaßt werden. Man könnte

30) STRYK c. I. §. 75. MARTIN im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 307.

31) STRYK c. I. §. 69. HOFACKER c. I. §. 4506. lit. A. DANG a. a. D. §. 501. S. 752. der Gönnerschen Ausgabe. TRIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1263.

32) STRYK h. t. §. 39.

Könnte sie auch vollkommen entbehren, wenn nur die Richter, ihrer Pflicht gemäß, überall auf eine bestimmte Einlassung zu dringen, sich angelegen schulden ³³⁾). Ist nun aber freilich dieses nicht geschehen, so bleiben sie immer ein wichtiges Hülsmittel, um die facta für den Beweis zu fixiren, und der Bosheit des Leugnens Schranken zu setzen ³⁴⁾.

33) Besonders wenn von allen Richtern beobachtet würde, was die Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 9. Tit. bei Aufhebung der Antwort auf die Klage dem Richter zur Pflicht macht.

34) S. BOEHMERI ius eccl. Protest. Lib. II. Tit. 5. §. 11. Gromans Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 178. b. S. 362.

Lib. XI. Tit. II.

De quibus rebus ad eundem iudicem
eatur.

§. 750.

Zusammenhang der Sachen, und der dadurch begründete Gerichtsstand nebst seinen verschiedenen Gattungen.

Zutreffen stehen zwei oder mehrere Rechtssachen in einer solchen Beziehung auf einander, daß sie nicht sündig getrennt werden können, sondern vor dem nämlichen Richter verhandelt werden müssen, wenn sie gleich, einzeln betrachtet, einen verschiedenen Gerichtsstand haben sollen. Man pflegt dergleichen Rechtssachen *causae continentes*, und das in einander greifende Verhältniß, in welchem dieselben zu einander stehen, *continentia causarum*, Zusammenhang der Sachen, zu nennen. Dieser Zusammenhang der Sachen hat nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die besondere Wirkung, daß dadurch ein sonst incompetenter Richter für diese Rechtssachen nun der zuständige wird, und es wird daher ein eigenes besonderes Forum dadurch begründet, welches man davon den Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen, *forum continentiae causarum*, zu nennen pflegt.

Dies ist der Gegenstand, von welchem gewöhnlich sowohl in den Lehrbüchern als Commentaren unter der Kürzel

brief dieses Titels gehandelt wird, weil es ein altes Vorurtheil ist, daß die Quelle dieser Doctrin aus dem Römischen Rechte herzuleiten sey. Man vergleiche nur j. B. einen Voet, Schileer, Huber, Franzke, Bökelmann, und andere mehr. Allein wie sehr man hierin irrt, wird sich daraus leicht von selbst ergeben, wenn man sich zuvörderst mit der heutigen Beschaffenheit dieses Gerichtsstandes näher bekannt gemacht haben wird, und dann die Gesetze des Römischen Rechts damit vergleicht. Das Resultat wird sich dann von selbst darlegen, daß der heutige Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen aus einer unrichtigen Auslegung der römischen Gesetze durch den Gerichtsgebrauch sey eingeführt worden.

Man nimmt heutigen Tages einen doppelten Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen an, nämlich den Gerichtsstand der Einheit der Sachen, (*forum continentiae causarum ex identitate*) und den Gerichtsstand der Connexität der Sachen (*forum continentiae causarum ex connexitate*)³⁵). Von beiden wird in den folgenden Paragraphen gehandelt.

§. 751.

35) Es verdienen hier folgende Schriften bemerk't zu werden. *Ern. Frid. SCHROETER* Diss. de iudice competente ex causae continentia. *Ienae 1661.* *Io. Phil. CARRACH* Exercit. sistens siciliamenta de foro continentiae causarum ex identitate. *Halae 1750.* Eiusdem Exercitat. sistens siciliamenta de foro continentiae causarum ex connexitate. *Halae 1751.* *Io. Aug. BACHII* Disput. de causis coniunctis earumque foro competente. *Liphae 1754.* in Opuscul. a KLOTZIO edit. Nr. VII. pag. 260. sqq.) *Io. Ferd. Guil. BRANDT* Disquisit. de continentia causae, quatenus praetermissis austrægis fundet iurisdictionem camerae imperii. *Wetzlariae 1754.* 4. *Achat. Car. Lud. SCHMIDT* de generibus continentiae cau-

I. Einheit der Sachen, und daher entstehender Gerichtsstand.

Eine Einheit der Sachen, (*Identitas causarum*) welche auch ein Zusammenhang der Sachen im eigentlichen Sinn, (*continentia causarum stricte sic dicta*) genannt wird, ist vorhanden, wenn man entweder mehrere Personen, welche verschiedene Richter in erster Instanz haben, aus demselben Klagegrunde in Anspruch nehmen, oder mehrere in verschiedenen Gerichtssprengeln gelegene Sachen von dem nämlichen Besitzer mit einer und derselben Klage fordern kann. Ein solcher Zusammenhang der Sachen aus Einheit des Klagegrundes kann also in zwei Fällen statt finden.

I) Wenn der Rechtsstreit wider mehrere Personen zu erheben ist, welche an sich verschiedenen Gerichtsständen unterworfen, aber aus demselben Rechtsgrunde verpflichtet sind. Ein solcher Zusammenhang der Sachen wird ein persönlicher (*identitas causarum personalis*) genannt. Z. B. mehrere Erben, mehrere socii, mehrere Bürgen, oder mehrere correi sind mir aus dem nämlichen Grunde zu etwas verbunden. Hier kann die Klage, wenn außerdem die in Anspruch zu nehmenden mehreren Beklagten fels

causarum genuinis. *Lenae 1754. Io Christph. Erici SPRINGERI Commentat. de causae continentia germanica, quatenus distat a Romana, sive connexitate causarum. Monasterii Westphalor. 1770.* Außerdem Dahn; Grundsäge des ordentlichen Prozeßes §. 33. und Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4229. — 4233.

keinen für diesen Rechtsstreit³⁶⁾ anwendbaren gemeinschaftlichen Gerichtsstand erster Instanz haben³⁷⁾, sogleich bey demjenigen nächsten Oberrichter ungerichtet angebracht werden, zu welchem sich alle die verschiedenen Richter, unter welchen die einzelnen Beklagten stehen, als Unterrichter verhalten³⁸⁾. Bey diesem nächsten gemeinschaftlichen Obergerichte kann die Klage ohne Unterschied, sie sey theilbar oder untheilbar³⁹⁾, selbst in solchen Fällen erhoben werden, wo die zu belangenden Personen in mehreren deutschen Territorien zerstreut wohnen⁴⁰⁾. Es ist nicht zu läugnen, daß hier

36) Z. B. die zu erhebende Klage ist rein persönlich, sie ist also nicht für das sonst gemeinschaftliche forum rei sitae geeigenthet.

37) Denn dieser ausserordentliche Gerichtsstand wird nur als ein subsidiärer angesehen, wie auch der Reichsdeputat. Absch. vom J. 1600. §. 23. zu erkennen giebt. S. Martin's Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses. §. 57. Not. 1.

38) S. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 46. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. I. Th. §. 46. Wer der nächste gemeinschaftliche Oberrichter sey, pflegt man darnach zu beurtheilen, an wen von den sämtlichen Unterrichtern, denen die verschiedenen Beklagten unmittelbar unterworfen sind, die Appellation zunächst Estatt hat. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3. BACH Diss. cit. de causis coniunctis §. 20. und WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 3.

39) S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 153. Danz a. a. D. §. 33. S. 87.

40) Gehören dieselben einem Souverain, so ist die Sache außer Zweifel. Hier ist das höchste Tribunal desselben das forum competens. S. Fried. von Bülow's und Theod. Haag's

hierdurch die Zahl der Rechtsstreitigkeiten sehr vermindert, und auch öfters widersprechende Urtheile vermieden werden können, die sonst bei einem mehrere Beklagten angehenden Rechtsstreit leicht möglich wären. Allein fragt man, welches denn eigentlich die Quelle dieser ganzen Doctrin von der Identität der Sachen sey, so muß man denn doch auch bekennen, daß sie aus keiner reinen Quelle geflossen sey. Gewöhnlich glaubt man zwar den Grund derselben in den Gesetzen des römischen Rechts zu finden⁴¹⁾; allein wie sehr man sich hierin geirrt hat, haben Cattach⁴²⁾ und Bach⁴³⁾ ganz einleuchtend dargehan. Um uns leb-

hafter

gemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Erdt. 62. S. 346. Danz a. a. D. S. 91. lit. B. und Martins Lehrbuch §. 57. S. 71. Allein darüber blieb die Sache unentschieden, ob in dem Falle, da die mehreren Beklagten Unterthanen verschiedener Landesherren sind, dieselben wegen der Einheit des Klaggrundes sogleich in erster Instanz bei den höchsten Reichsgerichten beschlagnahmt werden könnten. Das Interesse dieser Controvers hat indessen nunmehr aufgehört. Man sehe allenfalls Strubens rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 24. Frid. Huldreich Car. SIEGMANN Diss. de jurisdictione summorum in imperio iudiciorum ob causarum continentiam in cives mediatos haud fundata. Lipsiae 1781. Malibanc Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung 4. Th. S. 137. und von Berg Gründig der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 106.

41) Man sehe z. B. voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. FRANTZKE Comm. h. t. nr. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. et 10. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXI. §. 9.

42) Cit. Diff. de foro continentiae causar. ex identitate. §. 7.

43) Diff. alleg. de causis coniunctis §. 5 — II. (in Opuscul. pag. 268. sqq.)

hastter hier von zu überzeugen, wird es nicht unzweckmäsig seyn, den Inhalt und wahren Sinn derjenigen Stellen des römischen Rechts, worauf man sich gewöhnlich bezieht, etwas genauer zu entwickeln. Die vorzüglichsten sind folgende.

L. I. D. b. t. Si inter plures familiae erciscundae agetur, et inter eosdem communi dividundo, aut finium regundorum, eundem iudicem sumendum. Praeterea, quo facilius coire coheredes vel socii possint, in eundem locum omnium praesentiam fieri oportet.

Es ist hier von Communionsinteressenten die Rede, unter welchen eine Theilungsfrage erhoben worden, gleichviel, ob es die Erbtheilungs- oder singulare Theilungsfrage, oder die Gränzscheidungsfrage ist. Denn nach der *τεραφέας ανατυχη* eines Johann Schilters⁴⁴⁾ sich gerade einen solchen Fall zu denken, wo alle drey Theilungsfragen unter denselben Parteien successivisch verhandelt werden, nämlich zuerst die Erbtheilungsfrage, nächstdem, weil einige nachher noch zum Vorschein gekommene erbschaftliche Sachen ungertheilt geblieben waren, das iudicium communi dividundo, und weil zuletzt noch über die Gränzen der vertheilten Aecker ein Streit entstand, die *actio finium regundorum*; ist nicht nöthig, wie auch schon in der Glossa vom Accursius erinnert worden ist. Daß auch hier die Communionsinteressenten einen verschiedenen Gerichtsstand gehabt, worauf es doch hauptsächlich ankommt, ist aus der Stelle ebenfalls nicht zu erschen; sondern es ist hier von einem iudex pedaneus die Rede, an welchen mehrere Streitgenossen von einem Magistrate, dessen Juris-

44) *Praxi iuris Rom. Exercit. XXI. §. 9.*

gesdiction sie alle unterworfen sind, in einer sie alle betreffenden Sache verwiesen werden können⁴⁵). Dies beweist der Ausdruck *sumere* ganz klar, der blos vom iudex pedaneus gebraucht wurde, weil es bei dessen Bestellung zugleich mit auf die Einwilligung der Parthenen ankam⁴⁶). Niimmermehr kann also aus dieser Stelle bewiesen werden, daß ein sonst incompetenter Richter wegen des Zusammenhangs der Sachen competent werden könne, da hier von keinem solchen Richter die Rede ist, welcher Jurisdiction hatte; oder daß ein Beklagter verbunden wäre, sich um des bloßen Zusammenhangs willen einem incompetenten Richter zu unterwerfen, wenn er es nicht freiwillig durch Prorogation thun will. Von einem nächsten gemeinschaftlichen Oberrichter, vor welchem die unter mehreren verschiedenen Unterrichtern stehenden Beklagten um des Zusammenhangs willen belangt werden könnten, ist hier vollends gar keine Rede. Eben so wenig beweist die folgende Stelle,

L. 2. D. b. t. Cum ex pluribus tutoribus unus, quod caeteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem iudicem mittuntur: et hoc rescriptis Principum continetur.

Denn auch diese Stelle geht blos auf iudices pedaneos. Man braucht eben kein Argus zu seyn, um dies aus

45) S. ANT. SCHULTING Thes. controvers. Dec. XXXII. Tb. I. und ROTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. c. not. a. pag. 330.

46) S. IO. HOP Diss. de iudicibus a Praetore et provinciarum Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari i. litis. Lugd. Batav. 1729. Cap. 2. (in GER. OELRICHS Thes. nova Differenziat. Belgicar. Vol. I. T. II. pag. 340. sq.)

aus den Worten: *mittuntur ad eundem iudicem* deutlich zu ersehen. Denn diese lassen sich von keinem andern iudex füglich erklären, als von einem solchen, der nach der ehemaligen römischen Gerichtsverfassung von dem Prätor den Parthenen gegeben wurde. Vergleicht man damit eine dritte Stelle des römischen Gesetzbuches, worauf man sich gewöhnlich auch beruft, um das *forum identitatis* daraus zu begründen, nämlich die *L. 5. Cod. Arbitrium tutelae*, wo der Kr. Gordian auf folgende Art rescribit:

Omnis tutores, seu heredes eorum, qui administraverunt tutelam, ad eundem iudicem ire debere, iam pridem constitutum est. Cum igitur patrem tuum alio tutelam administrasse alleges, Praeses provinciae eundem iudicem adversus te atque heredes contotorum patris tui dare debet, quatenus quisque condemnari debeat, examinaturum;

so ergiebt sich daraus, daß hier von der Einrede mehrerer Streitgenossen die Rede ist, welche das Römische Recht anfangs bey theilbaren Ansprüchen dem Beklagten mit der Wirkung erlaubte, um sich damit gegen die Einlassung auf die Klage zu schützen⁴⁷⁾). Wenn also unter mehreren Vormündern, welche die Vormundschaft ungetheilt verwaltet haben, einer allein, oder desselben Erben mit der *actio tutelas* belange werden, so können sie bitten, daß auch die übrigen Mitvormünder, oder deren Erben,

47) S. CARRACH cit. Diff. §. 7. p. 21. sq. und Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I. Bd. Nr. XIX. §. 17. S. 416. Erst Kr. Julian änderte dieses ab, dessen Verordnung Justinian unverändert in seinen Codex aufnahm. L. 1. C. de confortib. eiusd. litis.

Erben, als Streitgenossen, abgitirt werden, und diese konnte sodann der Prátor oder Práses der Provinz an einen Jüdex verweisen, welcher nach der ihm gegebenen Instruktion untersuchen und bestimmen mußte, wie weit ein jeder zu verurtheilen sey. Erwägt man nun, daß bei der *actio tutelae* der Práses der Provinz der allein competente Richter war, ohne dessen Auftrag oder Befehl kein anderer Municipalmagistrat Vormünder bestellen konnte⁴⁸⁾; so läßt sich wohl aus diesen Stellen so wenig, als aus der ersten, beweisen, daß der bloße Zusammenhang der Sachen einen sonst incompetenten Richter zuständig mache. Man konnte auch überhaupt von *iudicibus pedaneis* nicht wohl auf Magistrate schließen, als welche von ganz verschiedener Art waren⁴⁹⁾.

Die L. 8. §. 1. D. *de liberali causa*, worauf man sich zuletzt noch beruft, gehört vollends gar nicht hierher, da hier nicht von mehreren Beklagten, sondern nur von mehreren Klägern die Rede ist. Die Worte selbst werden jeden hiervon überzeugen.

Si plures, sagt Ulpian, sibi dominium servi vindicant, dicentes esse communem, ad eundem iudicem mittendi erunt, et ita Senatus censuit. Caeterum si unusquisque suum esse in solidum, non in partem dicat, cessat Senatusconsultum: neque enim timor est, ne varie iudicetur: cum unusquisque solidum dominium sibi vindicet. Sed et si alter usumfructum totum, alter proprietatem sibi vindicet, item si alter

48) §. 3. 4. I. *de Attiliano tut. L. 1. pr. et §. 1. D. de tutor. dat.*

49) BACH cit. Diff. §. 6.

dominium, alter sibi pignoratum dicat: idem iudex erit.

Hier ist also von einem solchen Falle die Rede, da zwey Kläger einen und ebendenselben Menschen, als ihren gemeinschaftlichen Sklaven, in Anspruch nehmen, der sich im Besitz der Freyheit befindet. Dass hier die Klage, als eine *causa communis*, vor einen Richter gehörte, war ganz natürlich. Ueberdem war auch dieser iudex kein anderer, als ein iudex a Praetore datus, wie aus der *L. 9. pr. D. de lib. causa* erhellet⁵⁰). Hieraus erklärt sich zugleich eine hierher vorzüglich gehörige Stelle aus *Quintilian*⁵¹), welcher sagt: *Privata quoque iudicia saepe unum iudicem habere multis et diversis formulis solent: nec aliae species erunt, etiamsi unus a duobus duntaxat eandem rem, atque ex eadem causa petet: aut duo ab uno: aut plures a pluribus; quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi si conditio personarum quaeſtiones variaverit.*

So unrichtig nun auch die Erklärungen sind, die man von den angeführten Stellen gemacht hat, so haben sie doch soviel bewirkt, dass durch den Gerichtsgebrauch der Satz geltend wurde, man könne mehrere Beklagte, welche verschiedenen Unterrichtern unterworfen sind, wegen Einheit des Klagegrundes, sogleich bey dem nächsten gemeinschaftl.

50) Denn die *causae liberales* waren *ordinarii iuris*. *S. RAB- VARDUS Varior. Lib. III. c. 29.* *Ger. NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 9.* *Io. HOP Diff. cit. de iudicibus a Praetore datis Cap. I. pag. 520.* und *BACH* cit. *Diff. de causis coniunctis.* §. 7.

51) *Institut. Orator. Lib. III. cap. 10.*

schaflichen Oberrichter belangen, welchen nachher selbst die teutischen Reichsgesetze⁵²⁾ bestätiger haben⁵³⁾.

2) Die Identität der Sachen kann auch eine dingliche seyn, wenn die Klage mehrere verschiedene Sachen zum Gegenstande hat, welche unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten liegen, und von dem Kläger aus einer-
selben Rechtsgrunde in Anspruch genommen werden können. z. B. dem Kläger sind mehrere Güter des Schuldners, wegen einer und derselben Schuld, verpfändet, welche unter verschiedenen Richtern liegen; oder die Güter, die zu einer Erbschaft gehören, befinden sich unter verschiede-
nen Richtern. Nach dem römischen Rechte ist hier die Klage entweder bey dem Richter des Wohnortes des Be-
klagten⁵⁴⁾, oder bey demjenigen Richter anzubringen,
unter welchem der größte Theil der Güter gelegen ist⁵⁵⁾. Ist nun hier die Sache rechtskräftig entschieden worden,
und es soll zur Vollstreckung des richterlichen Urtheils
kommen, so müssen diejenigen Richter, unter welchem die
übrigen Güter belegen sind, um Vollstreckung des Urtheils
ersucht werden⁵⁶⁾. Weil indessen dieser Rechtsgang mit

U 3

man-

52) De p. Absch. vom J. 1600. §. 23. 24. R. R. Gerichtsordn.
2. Th. Tit. 9. pr. et §. 1. R. HofR. D. Tit. 2. §. 1.

53) S. BACH Cit. Diff. §. 18. Danz Grds. des ordentlichen
Prozesses §. 33. S. 87. und HOFACKER Princip. iur. civ.
Tom. III. §. 4230.

54) L. un. Cod. Ubi de heredit. agat. Ger. NOODT Comm. ad
Pand. Tit. de Iudic. T. II. Oper. pag. 125. und BACH Cit.
Diff. de causis coniunctis. §. XII.

55) L. 50. pr. L. 52. §. 3. et 4. D. de iudic. L. 66. §. fin. D.
ad SCtem Trebell. L. un. Cod. Ubi fideicom. peti oport.

56) L. 15. §. 1. D. de re iudic.

mancherley Schwierigkeiten verknüpft ist; so kann nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Klage bey dem nāchsten gemeinschaftlichen Oberrichter angestellt werden, dessen Gerichtszwang sich über alle die verschiedenen Güter erstreckt, welche den Gegenstand der Klage ausmachen⁵⁷⁾). Es wird jedoch bey dem Gerichtsstande der Einheit der Sachen billig vorausgesetzt, 1) daß nicht von solchen Sachen die Rede sey, die durch Besitzung an einen bestimmten Richter ausschließlich gewiesen sind. Daher begründet z. B. in Lehnssachen, so wenig als in geistlichen Sachen der Zusammenhang einen Gerichtsstand bey dem für solche Sachen nicht bestellten Oberrichter⁵⁸⁾). 2) Daß ein gemeinschaftlicher Oberrichter vorhanden sey. Sonst muß die Klage gerheilt werden. Es wird überhaupt 3) durch den Zusammenhang der Sachen die Gerichtsbarkeit des Oberrichters in der ersten Instanz keinesweges ipso iure begründet; sondern es muß immer der Willkür des

57) PUFENDORF Observat. juris univ. Tom. II. Obs. 148. Claptoths Einleitung in den ord. bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 101. S. 428. Mehlen Anleitung zum gerichl. Prozeß 1. Th. §. 46. Danz Erdß. des ord. Prozesses §. 33. S. 91. HOPACKER Tom. III. §. 4232. Anderer Meinung ist jedoch Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 57. wenn die mehreren Sachen alle von dem nämlichen Besitzer gefordert werden, weil bloße Bequemlichkeit des Klägers nicht berechtigt, dem Beklagten sein Recht auf die erste Instanz zu entziehen.

58) C. nommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 809. et 810. Strubens rechtliche Bedenken. 1. Th. Ged. 114. und ULLHEIMER Diss. de jurisdictione supremorum imperii tribunaliū in causis feuda mediata concernentibus ob continentiam causarum non fundata. Bambergae 1776.

des Klägers überlassen werden, ob er die Klagen mit einander verbinden oder theilen, und jeden Beklagten besonders bey seinem competenten Unterrichter belangen wolle. Denn es ist mehr eine Rechtswohlthat für den Kläger, als für den Beklagten, daß er den nächsten Oberrichter angehen kann. Es muß ihm also auch erlaubt seyn, darauf Verzicht zu thun⁵⁹⁾.

§. 752.

II. Connexität der Sachen, und daher entstehender Gerichtsstand.

Eine Connexität der Sachen ist vorhanden, wenn mehrere Rechtsachen mit einander in solcher Verbindung stehen, daß eine ohne die andere entweder gar nicht, oder doch nicht füglich entschieden werden kann⁶⁰⁾. Carrach⁶¹⁾ sagt: *Connexitas causarum supponit plura litigia diversa quidem, sed ita comparata, ut alterum absque altero expediri nequeat, alteriusve decisio ab altera pendeat;* und Böhmer⁶²⁾ erlärt sie so: *Cause*

U 4

con-

59) S. Claproth a. a. D. I. Th. §. 426. Anderer Meinung ist jedoch HOFACKER in Princip. iur. c. l. T. III. pag. 665. wo dem Beklagten die exceptio continentiae vor der Litiscontestation gestattet wird. Allein man sehe L. I. C. de Consortib. eiusd. litis. und das Magazin für den gemeinen teutsch. bürgerl. Prozeß, herausgegeben von Martin und Walch I. Bd. I. Hft. Nr. I. §. 4. S. 33. f.

60) S. Dan; Grundsäke des ordentlichen Prozeßes §. 33. S. 93. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß. I. Th. §. 48. HOFACKER Tom. III. §. 4233.

61) Diff. de foro continentiae causarum ex connexitate. §. 2.

62) Princip. iur. canon. §. 700.

connexae sunt, quarum altera alterius decisioni inservit. Hier nimmt die Praxis den Grundsatz an, daß der selbe Richter, bey welchem die eine Sache schon anhängig ist, oder welcher für die Hauptsache der competente Richter ist, auch die mit derselben in Verbindung stehenden Nebensachen entscheiden könne, so weit sie nicht durch eine besondere Befreiung an einen bestimmten Richter gewiesen sind. Der durch diesen Zusammenhang begründete Gerichtsstand wird *forum connexitatis causarum* genannt, und man sucht ihn besonders dadurch zu rechtfertigen, daß der Richter, welcher schon von der einen Sache die Acten hat, in der andern besser und vollständiger urtheilen könne, als ein anderer Richter. Eine Connexität der Sachen wird nun in folgenden Fällen angenommen.

1) Wenn durch die eine Sache die andere vorbereitet wird. Daher muß der Richter, welcher das Possessorium entschieden hat, der Regel nach auch über das Petitorium erkennen⁶³⁾.

2) Wenn von der Entscheidung der einen Sache, die Entscheidung der andern abhängt. Hier ist die vorläufig zu entscheidende Streitigkeit (*causa praejudicialis*) der Regel nach von dem Richter zu entscheiden, bey dem die Hauptsache anhängig ist. Z. B. wenn von einer *quaestio status* die Entscheidung einer Erbsstreitigkeit abhängt⁶⁴⁾.

3) Wenn zu einer gewissen Hauptsache noch andere Sachen hinzukommen, die aus derselben entspringen, oder in dieselbe einschlagen, oder sich sonst zur Hauptsache als ein

63) KIND Quaest. for. Tom. I. Cap. 95.

64) MEVIUS P. III. Decis. 90. und P. V. Decis. 234.

ein Incidentpunct verhalten. Daher gehört die Intervention, und die Aufforderung zur Vertretung (litis denunciatio) vor den Richter der Haupsache. Derselbe Richter schlichtet auch den Streit über die Belohnung des Advocaten und Sachwalters, desgleichen über die Zurückgabe der Manualacten, so wie über begangene Pflichtverleugnung derselben⁶⁵). Man sagt auch,

4) daß durch den Concurs der Gläubiger eine Consuetät unter allen den Schuldner betreffenden Rechtssachen hervorgebracht werde, auf welche sich die Allgemeinheit des Concursgerichtes gründen soll⁶⁶).

Allein das meiste beruhet hier auf der Praxis. Die Gesetze verordnen blos,

a) daß eine Rechtssache, die mehrere Fragen oder Puncte, welche bey der Erörterung derselben entstehen, oder zur Sprache kommen, in sich begreift, nicht gescheilt, sondern in ihrem ganzen Umfange von einem und eben demselben Richter, bey welchem sie einmal anhängig gemacht worden ist, entschieden, und daher einzelne zu derselben gehörige Fragen, oder mit derselben verwandte Puncte nicht an einen andern Richter gebracht werden sollen. Aus diesem Grunde soll der Richter, welcher über den Besitz entschieden hat, auch in der Haupsache oder dem Petitorium erkennen, und derjenige soll eine Strafe vom Richter zu befürchten haben, welcher beydes von einander trennen, und vor verschiedene Richter ziehen würde. Dies ist der wahre

65) Claproths bürgerl. Prozeß I. Th. §. 101. Dan; a. a. D. S. 94.

66) HOFACKER c. l. §. 4233. lit. D.

wahre Sinn der so sehr mißverstandenen L. 10. Cod. de iudiciis⁶⁷), wo es heißt:

Nulli prorsus audientia praebatur, qui causae continentiam⁶⁸), dividet et ex beneficii praerogativa⁶⁹), id quod in uno eodemque iudicio poterat terminari, apud diversos iudices voluerit ventilare; poena ex officio iudicis imminentis ei, qui contra banc supplicaverit sanctionem; atque alium

67) Diese Lex ist eine Verordnung des Kaisers Constantinus, und aus dem Theodosianischen Codex entlehnt, jedoch mit einiger Abänderung. Diese betrifft aber nur die in dem Gesetz gedrohte Strafe, welche im Theodosianischen Codex bestimmt, hier aber der Willkür des Richters überlassen ist. Man vergleiche die L. 2. Cod. Theod. de iudiciis. Lib. II. Tit. 18.

68) Es erhellet aus dieser Stelle, daß das Gesetz mit der *continentia causae* einen ganz andern Begriff verbindet, als die gemeine Schule der Rechtsgelehrten. Das Gesetz versteht darunter einen solchen Zusammenhang einer gewissen Rechtssache, bey welcher ein streitiger Punkt dergestalt in den andern einsgreift; daß das Ende des einen der Anfang des andern ist, und folglich beyde nicht von einander getrennt werden können. S. BACH Diss. de causis coniunctis. §. 3.

69) Der Ausdruck *beneficii praerogativa* wird von den Auslegern verschiedentlich erklärt. IAC. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 2. Cod. Theodos. de iudiciis Tom. I. pag. 195. der Ritterschen Ausgabe, versteht ihn von einem rescripto Principis, adversus ius commune imperato. Diese Erklärung wird besonders durch die folgenden Worte sehr wahrscheinlich, *qui contra banc supplicaverit sanctionem*, atque alium iudicium postulaverit. Für diese Erklärung stimmt auch IO. HENR. de BERGER in Progr. ad L. 10. C. de iud. in Eiusd. Electis processus p. 343. Andere hingegen verstehen darunter ein privilegium fori specialis.

alium super possessione, alium super principali quaestione iudicem postulaverit.

Es leuchtet in die Augen, daß hier gar nicht von mehreren Rechtsachen, sondern blos von einer einzigen Sache die Rede sey. Denn sonst hätte es *causarum continentiam*, und nicht *causae continentiam* heißen müssen. Es erscheint auch aus dem ganzen Zusammenhange, so wie aus der Bedeutung des Worts *Continentia*⁷⁰), daß hier mit dem Worte *Causa* nur eine einzige Rechtsache gemeint sey, die aber mehrere Fragen oder Puncte in sich begreift. Ist nun eine solche Sache einmal vor einem Richter angebracht, und auch von demselben schon der eine dieselbe betreffende streitige Punct entschieden, so soll nun der mit ihr ebenfalls in Verbindung stehende andere Punct nicht getrennt, und an einen andern Richter gebracht, sondern von demselben Richter entschieden werden. Untersucht man die Gründe dieser Verordnung etwas genauer, so ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß hierdurch allgemein verboten worden sey, *causae continentiam* zu theilen. Der Hauptgrund des Gesetzgebers bey dieser Verordnung scheint der zu seyn, damit durch die Verschleppung solcher bey einer Rechtsache vorkommenden Fragen, und dabei sich ereignenden streitigen Puncte vor mehrere Richterstühle keine widersprechenden Entscheidungen entstehen, sodann auch die Beendigung der ganzen Streitsache ohne Notz nicht aufgehalten werden möge. Es ist auch nicht zu läugnen, daß der Richter, vor dem einmal die Sache abhängig geworden ist, über alle dabei vorkommenden und mit derselben zusammenhängenden Puncte füglicher zu entscheiden.

70) L. 2. L. 99. §. 1. L. 139. L. 154. D. de Verbor. Signific.

scheiden im Stande ist, als ein fremder Richter. Man kann es daher wohl für nichts anders, als für ein bloßes Beispiel halten, wodurch der Gesetzgeber seine Verordnung zu erläutern sucht, wenn er das Possessorium und Petitorium namentlich zu trennen verbietet. Denn daß die Verordnung dieses Gesetzes nicht blos darauf allein eingeschränkt werden könne, sondern auf alle zu einer und eben derselben Rechtssache gehörigen Fragen und dabei vorkommenden Puncte gezogen werden müsse, hat Herr Prof. Dabellio⁷¹), der gewiß den besten Commentar über die L. 10. geschrieben hat, sehr gründlich gezeigt. In der That würde es auch dieser Verordnung gar nicht bedürft haben, da ja das nämliche schon von den Kaisern Diocletian und Maximian L. 13. C. de rei vindicat. nicht lange vorher war verordnet worden.

Ordinarii juris est, ut, mancipiorum orta quæstione, prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur, et tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.

Dahingegen dürfte es wohl schwerlich mit der Absicht des Gesetzgebers zu vereinigen seyn, wenn die Praxis der Verordnung des Kaisers Constantin eine so ausgedehnte Deutung giebt, daß alle Rechtssachen, die man nach dem oben angegebenen Begriff zu den causis connexis rechnen kann, von einem und eben demselben Richter erörtert, und entschieden werden müssen. Wohlbedächtig schränkt vielmehr der Gesetzgeber seine Verordnung nur auf eine einzige ganze Sache, und die dahin einschlagenden Fragen

und
71) Ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Kap. XXVII. S. 727. ff.

und Puncte ein, der sonst mit leichter Mühe solche weit allgemeiner würde haben fassen können. Die Gesetze verordnen hiernächst,

2) daß der Beintritt zu einem Rechtsstreite, da, wo dieser anhängig ist, geschehen solle.

L. 49. pr. D. de iudic. Venditor ab emtore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui iudicis. Quaeritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emtorem coepta est, ad suum iudicem revocare? PAULUS respondit, venditorem emtoris iudicem sequi solere.

3) Daß der, für die Hauptsache competente Richter alle, sonst vor ihn nicht gehörende Präjudicial-Puncte entscheiden soll.

L. 3. Cod. de iudiciis. Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur.

Weiter geben sie nicht⁷²⁾.

72) G. THIBAUT Syst. des P. R. 3. Bd. §. 1075.

Lib. XL. Tit. III.

De servo corrupto.

§. 753.

Actio de servo corrupto directa et utilis.

Corrumpere servum alienum heißt hier nicht eines Andern Eslaven an seinem Körper beschädigen, sondern sein Gemüth verderben, und ihn zu bösen Handlungen verführen, z. B. zur Dieberey, Schwelgerey, Unzucht⁷³⁾). In einem solchen Falle bleibt nun der Prätor dem Herrn des verführten Eslavens gegen den Verführer eine Klage auf doppelten Ersatz alles durch die Verführung des Eslavens erlittenen Schadens⁷⁴⁾). Diese Klage heißt *actio de servo corrupto*⁷⁵⁾). Auch der Ehemann konnte diese Klage gegen seine Ehefrau anstellen, wenn sie den Eslaven selbst verführt hatte. Dann gieng aber die Klage aus einer besondern Begünstigung der Ehe nur auf das Einfache⁷⁶⁾).

Dis

73) L. 1. et 2. D. b. t. C. Ans. Frid. PISTORIUS in Diff. ad fragmenta, quae ex Alseni Vari libris XL. Digestor. supersunt, praef. HOPACKER def. ad L. 16. D. h. t. pag. 40. sqq.

74) L. 1. pr. L. 5. §. 2. L. 9. §. 2. b. t.

75) L. 14. §. 1. D. b. t.

76) L. ult. D. b. t.

Direct steht also die Klage nur dem Herrn eines bößlich verführten Sklavens zu, und geht blos in diesem Falle, sofern sie nicht gerade wider des Klägers Ehefrau angestellt wurde, auf das Doppelte, welches theils den Ersatz des Schadens, theils eine Strafe für den Verführer enthält⁷⁷⁾. Sie ist also keine reine Pönalklage, sondern zugleich rei persecutoria. Auch den Erben und übrigen Nachfolgern stand diese Klage zu, nur gegen die Erben des Verführers wird sie nicht gestattet. Ulpian sage L. 13. pr. D. h. t.

Haec actio perpetua est, non temporaria, et heredi, caeterisque successoribus competit, in beredem non dabitur, quia poenalis est.

Cornel. van Bynkershöök⁷⁸⁾ will zwar die letzten Worte dieses Fragments für corrupt halten, weil die *actio de servo corrupto* keine reine Pönalklage sei, und nach diesem Gesetz die Klage auch nicht einmal als persecutorisch gegen die Erben Statt finden würde. Er will daher statt jener Worte lieber: *qua poenalis est*, lesen. Allein van Dryhoff⁷⁹⁾ hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Bynkershöök hat nicht bedacht, daß die *actio de servo corrupto* zwar von Seiten des Klägers eine vermischtte Klage, nämlich eine *actio ex delicto rei et poenae persecutoria* ist⁸⁰⁾; daß sie hingegen von Seiten des Beklagten immer

77) L. 9. §. 2. L. 10. D. b. t.

78) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 13. et Lib. VII. cap. 25.

79) Observation. iuris civ. (Amstelaed 1747. 8.) Cap. 4.

80) L. 14. §. 5. D. b. t. sagt Paulus ausdrücklich: *In hac actione non extra rem duplum est*, id enim, quod damni datum est,

immer eine Pönalklage sey. Denn was der Beklagte wegen dieser Klage zahlt, bezahlt er immer als Strafe für sein Delict, wenn er auch aus seiner Verführung gar keinen Vortheil gezogen hat⁸¹). Ganz recht sage daher Ulpian, die Klage habe gegen die Erben nicht Statt, quia poenalis est. Nam actiones, quae a parte rei mere poenales sunt, nunquam in heredes dantur⁸²).

Utiliter wird die Klage a) auch jedem andern eingeräumt, der zwar nicht Eigentümer ist, aber doch wegen eines an dem verführten Sklaven habenden dinglichen, Nutznutzungs- oder Sicherheitsreches, durch die Verführung desselben Schaden erlitten hat⁸³). b) Dem Vater wegen des verführten Sohnes. Jedoch geht diese *actio utilis*

est, duplatur. Also ander hat zwar die Partikel non hier nicht. Allein daß die florentinische Leseart den Vorzug verdiene, haben Ant. AUGUSTINUS Emendat. Lib. I. cap. 2. bei EV. OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. IV. p. 1434. und GER. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 258. gezeigt.

81) L. 5. §. 5. D. b. t. besonders L. 20. Cod. defurt. et servo corr.

82) L. 1. §. ult. D. de eo, per quem factum erit. L. 3. §. 15.

D. Si mensor falsum modum dix. L. 9. §. 1. verglichen mit L. 7. pr. et §. 2. D. Quod falso tutore. Man sehe auch ULR. HUBERI Eunom. Rom. Lib. XI. ad h. L. 13. pr. D. h. t. pag. 448.

83) L. 9. §. 1. L. 14. §. 3. et 4. D. b. t. Einem bonae fidei possessore hingegen wird die Klage L. 1. §. 1. D. b. t. darum versagt, quia nihil eius interest, servum non corrupti, et quia absurdum est, duabus actionem servi corrupti competere. Dies paßt nun aber freylich nur auf den Fall, da sich der wahre Eigentümer schon gemeldet hat. S. Io. 1281 Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. ad h. L. 1. pag. 99.

utilis nur auf Leistung des Interesse, welches der richterlichen Schätzung zu überlassen ist, mithin auf das Einfache⁸⁴⁾.

§. 754.

Heutiger Gebrauch und Ausdehnung der *actio de servo corrupto*.

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird utiliter die *actio de servo corrupto* 1) dem Leibherrn wegen der Versführung seiner Leibeignen⁸⁵⁾; 2) der Mutter wegen ihrer versührten Kinder⁸⁶⁾; 3) dem Ehemann wegen seiner versührten Ehefrau⁸⁷⁾; 4) der Herrschaft wegen der Versführung ihres Gesindes⁸⁸⁾; 5) den Militär-Chefs wegen der Versführung ihrer Soldaten⁸⁹⁾; und 6) der Gerichtsherrschaft wegen ihrer versührten Unterthanen⁹⁰⁾ eingeräumt. Sie geht zwar überall nur auf einfachen Schadensersatz, sie kann aber doch auch zugleich auf Bestrafung des Versführers gerichtet werden⁹¹⁾.

Lib. XI.

84) *L. 14. §. 1. D. b. t. L. 2. D. de liber. exhib.* Anderer Meinung ist zwar *CUJACIUS Observation.* Lib. XVII. cap. II. Allein man sehe *Ger. NOONT Comm. ad Dig. h. t. p. 253.*

85) *S. Bern. Maurit. HOFFMANN Diff. de usu pratico utilis remedii servi corrupti. Altdorf. 1735.*

86) *HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4054.*

87) *STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.*

88) *S. Jo. Lor. Dorn's Gesinderecht §. 106. und §. 107.*

89) *VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.*

90) *STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XV. Th. 50.*

91) *LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9. et 10.*
HOPACKER loc. cit. §. 4054. in fin. Mehrere wollen jedoch
Glücks Erstdut. d. Pand. II. Th. 2. behaupten.

Lib. XI. Tit.VI.

De fugitivis.

§. 755.

Rechte eines römischen Herrn in Absicht auf die Verfolgung entlaufener Sklaven.

Servus fugitivus würde ein solcher Sklave genannt, welcher sich ohne Wissen und Willen seines Herrn in der Absicht entfernte, um nie wieder zu ihm zurückzukehren⁹²⁾). Flucht der Sklave blos vor seinem erzürnten Herrn, bis sich desselben Zorn gelegt hatte, oder begab er sich aus Furcht vor Mishandlungen heimlich zu einem guten Freund, um für ihn bey dem Herrn vorzubitten, so war dies kein servus fugitivus⁹³⁾). Auch unterschied man

behaupten, die actio de servo corrupto gehe noch jetzt auf das Doppelte. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIV. medit. 8. Corol. 3. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1214. u. a. Allein die directe Klage, welche nur eigentlich auf das Doppelte gieng, kann heut zu Tage gar nicht mehr vorkommen. Hellfeld meint zwar, der Gebrauch der actio directa lasse sich an den Orten nicht bezweifeln, wo noch Leibeigenschaft herrscht. Er lässt aber deswegen doch die Klage nicht auf das Doppelte zu.

92) L. 17. pr. et §. 1. — 13. D. de aedilit. edicto. Don. Raphael de VILLOSA Tr. de fugitivis. Neapol. 1674. f.

93) L. 43. §. 1. D. eodem. vorr Comm. h. t. §. I.

man davon einen *Erro*, d. h. einen Herumläufer⁹⁴⁾). Wenn nun ein römischer Sklave seinem Herrn davonsief, so begleng er gleichsam an sich selbst einen Diebstahl⁹⁵⁾), denn er war das Eigenthum seines Herrn. Daher konnte der Herr den Flüchtlings vindiciren, bey wem er ihn fand⁹⁶⁾). Hatte der Herr bey dem Magistrat um die Erlaubniß angehalten, den Sklaven überall auffuchen zu dürfen, der gleichen Erlaubniß keine Obrigkeit bey einer Strafe von hundert Solidis versagen konnte; so durfte sich Niemand bey gleicher Strafe der Haussuchung widersetzen⁹⁷⁾). Diejenigen, welche zur Auffuchung der entlaufenen Sklaven gebraucht wurden, hießen *fugitivarii*; sie erhielten dafür einen Lohn, welcher *indicium* genannt wurde⁹⁸⁾). Wenn Jemand den Sklaven eines Andern zur Flucht verleitet hatte, so wurde dies als eine Corruption angesehen, und deshalb die *actio de servo corrupto* auf das Doppelte

E 2

94) *L. 17. §. 14. D. eodem.*

95) *L. 60. D. de furtis. Ancilla fugitiva sui furtum facere intelligitur.* Daher war ein *servus fugitivus*, so wenig, als eine *res furtiva*, usucapionsfähig. *L. 1. Cod. de servis fugitivis.*

96) *S. Jo. Ge. DARIUS Diss. de iure vindicandi servos fugitivos. Francof. ad Viadr. 1764.*

97) *L. 1. §. 2. D. b. t. Ulpian schreibt diese Verordnung einem Senatusconsultum zu, ohne es jedoch zu nennen.* Er bemerkt dabei, daß eben dieses schon früher sowohl durch die *Lex Favia*, als durch ein SCrum, *Modesto Consule factum*, verordnet worden sey. Man vergleiche *Christ. Henr. BREUNING Prolus. ad SCrum Modestianum ex Cap. I. Dig. de fugitivis. Lipsiae 1755. 4.*

98) *L. 15. et 18. D. de praescr. verbis. L. 4. §. ult. D. de condictione ob turp. caus. ejusdem Observation. Lib. XXI. cap. II. und voet h. t. §. 2.*

pelte verstatte⁹⁹). Wer hingegen den Flüchtlings aufnahm und verheimlichte, wurde als ein Dieb behandelt, und gegen ihn hatte die *actio furti* statt¹⁰⁰). Nach dem neuern Römischen Rechte mußte der Detentor zur Strafe entweder noch einen andern Sklaven von gleicher Art dazu geben, oder dem Herrn eine Strafe von 20 Solidis bezahlen¹). Jedoch waren diejenigen zu entschuldigen, welche den entlaufenen Sklaven aus Mitleid, oder aus Irrthum aufgenommen hatten, weil sie ihn für einen freien Menschen hielten²). Auch der Sklave wurde gestraft, zuweilen sogar mit dem Verluste eines Beins, oder mit der Verurtheilung zum Bergbau, wenn er zu den Barbaren überlief³).

§. 756.

Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Die heutigen Leibesleignen sind zwar keine römischen Sklaven, aber doch ihrer Person nicht mächtig. Der deutsche Leibbegne darf daher ohne die Einwilligung des Leibherrn zu desselben Nachtheil über seine Person nichts verfügen. Verlegt er dessen ohngeachtet seine Pflichten so weit, daß er sich seinem Herrn zu entziehen sucht, und davonläuft, oder ohne desselben Bewilligung sich in solche Verbindungen einläßt, die neben der ihm obliegenden Dienst- und Zinspflicht nicht bestehen können; so sieht auch

99) *L. i. pr. et §. 2. D. de servo corrupto.*

100) *L. i. pr. D. b. t. L. 48. §. 1. D. de furtis.*

1) *L. penult. Cod. de serv. fugitiv.*

2) *L. 5. D. de servo corrupt. L. 4. in med. Cod. de servis fugitiv.*

3) *L. 2. D. b. t. L. 3. Cod. de servis fugitiv.*

auch dem Leibherrn ein Windications- oder Abforderungsrecht zu, welches man das Besatzungsrecht nennt⁴⁾. Dass der entwickelne Leibeigne auch dafür gezüchtigt werden könne, leidet keinen Zweifel⁵⁾. Ein Leibherr kann ferner, seinen entlaufenen Leibeigenen mit Stockstrafen verfolgen⁶⁾, und diejenigen machen sich straffällig, welche solche Leibeigene aufnehmen, und sie bey sich versteckt halten. Sie können auch auf das Interesse belangt werden⁷⁾.

Unsere Dienstboten sind zwar für ihre Person freye Leute, sie sind aber doch, vermöge des Mietcontracts pflichtig, die Dienstzeit, bis auf welche sie sich verdungen haben, auszuhalten, und dürfen den Dienst vor Beendigung des Termins rechtlicher Weise nicht verlassen⁸⁾. Hätten sie gerechte Ursachen, nicht länger in dem Dienst zu bleiben, so müssen sie entweder ihre Entlassung von der Herrschaft in Güte zu erhalten suchen, oder ihre Beschwerden der Obrigkeit anzeigen, und deren Entscheidung abwarten. Unterlassen sie dieses, und gehen eigenmächtig und wider den Willen der Herrschaft aus dem Dienste, so können sie nicht nur gestraft, sondern auch durch richterliche Hülfe gezwungen werden, wieder zu dem verlassenen

X 3

Dienst

4) POTGIESSER Commentar. iuris germ. de statu servorum Lib. II. cap. 9. und Lib. V. Cap. 2. §. 20. DANZ Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 6. Band. §. 545.

5) POTGIESSER cit. Commentar. Lib. II. Cap. 8.

6) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 3.

7) Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

8) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3.

Dienst zurückzulehren, und ihre Zeit auszudienen, oder der Herrschaft allen Schaden und Interesse zu erseken⁹), Haben sie überdem ihrer Herrschaft Kleider, oder andere Effecten mitgenommen, so können sie als Diebe behandelt werden¹⁰).

9) S. Joh. Lor. Dorus Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts §. 104. und §. 105. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Th. XV. not. a. Nr. V. sqq.

10) LEYSER Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXV. Cor. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. Th. 19. in fin. und MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XV. Not. a. Nr. IX.

Lib. XI. Tit. V.

De aleatoribus.

§. 757.

Bedeutung des Wortes *alea*. Unterschied zwischen Glückss- und Kunstspielen. Verschiedene Arten der letztern, deren L. 3. C. b. t. Erwähnung thut.

Der Ausdruck *alea* bezeichnet überhaupt einen ungewissen Glückszufall, oder den ungewissen Ausgang eines Geschäfts, bey dem man gewinnen und verlieren kann. Daher *conventio aleae*, ein Vertrag, der über einen künftigen ungewissen Gewinn geschlossen wird¹¹⁾. Insonderheit aber wird *alea* in den Gesetzen des Röm. Rechts jedes Glücksspiel genannt, wobei der aufs Spiel gesetzte Gewinn von einem bloßen Glückszufall abhängt¹²⁾. Der gleichen Spiel geschehe bey den Römern mit Würfeln, welche von zweyerley Art waren, *tali* und *tesseræ*, die sich durch ihre Form, verschiedene Art der Bezeichnung, und Materie unterschieden, wie *Ajala*¹³⁾ mit vieler Ge-

X 4

lehr-

11) L. 8. §. 1. D. de contrab. emt. L. 7. et 11. D. de heredit. vel act. vend. S. BRISSON. de Verbor. Signif. v. Alea.

12) Petr. PANTOJA de AJALA Commentar. in Tit. Digestor. et L. fin. Cod. de aleatoribus. (in EV. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. IV. pag. 914. sqq.)

13) Comm. cit. ad L. fin. Cod. de aleat. bey OTTO T. IV. p. 1010. sq.

lehrsamkeit gezeigt hat. Von der alea unterschied man die Kunstspiele, (*ludi artis*) wodurch man den Muth übte, und den Körper abhärtete, auch demselben Geschicklichkeit und Gewandtheit zu verschaffen suchte. Justinian erlaubt namentlich fünf Spiele dieser Art^{14).}

1) *Monobolos*. Dieser Ausdruck wird verschiedentlich erklärt. *Pancirolius*¹⁵⁾ versteht darunter das Wurfspiel, wobei der Wurfspieß oder Pfeil mit der bloßen Hand ohne Riemen geschleudert wurde. Es soll eben das Spiel seyn, wovon Paulus sagt *L. 2. D. b. t. Si quis certet hasta, vel pilo iaciendo. Balsamon*¹⁶⁾ versteht darunter das Wettspringen. *Cujaz*¹⁷⁾ und *Ajala*¹⁸⁾ hingegen erklären jenen Ausdruck von einem Springen ohne Hülse einer Stange oder eines Springstocks. 2) *Contomonobolos* ist das Springen mit Hülse einer Stange oder Springstocks. *Cujaz* sagt *saltus conto suffultus*. So erklären es auch *Ajala* und *Balsamon*. *Pancirolius* hingegen sagt: *Contomonebulum ludus est conti et ipsius semel iaculandi*. 3) *Quintanus Contax sine fibula*. Das Werfen eines Pfeils oder Spieses ohne Schwungriemer. So erklärt es *Ajala*. *Pancirolius* hingegen sagt: *Quintanae ludus est, quo contus a currente equite in hominem ligneum figitur*. Er leitet den Namen a *Quintana via her*, quae in castris Romanis in *Quintanam*

14) *L. 1. L. 3. C. b. t.*

15) Thesaur. variar. Lection. Lib. I. cap. 47.

16) Nomocanon. Tit. XIII. cap. 28.

17) Paratitla in Cod. h. tit.

18) Commentar. in L. fin. Cod. de aleator. bey OTTO-TOM. IV.
pag. 1096.

tanam portam exibat. Denn an diesem Orte pflegten die römischen Soldaten zu exerciren. Cujaz und Ajala hingegen leiten den Namen von dem Erfinder dieses Spiels her. 4) *Perichyte*. Das Kämpfen und Ringen. Ajala sagt mit Cujaz est luctae exercitatio, s. colluctatio. Pancirolius hingegen sagt: *Perichytes* quid sit, difficile est scire, forte legendum *πολέμιχν*, quod est genus saltationis, qua armati quandoque exercebantur, praeципue vero motiones corporis imitabantur, velut ictus iactusque in se factos declinantes. 5) *Hippice* ist das Wettfahren oder Wettrennen mit Pferden. *Hippodromus*¹⁹). Diese Kunstspiele waren erlaubt, wenn sie auch um Geld geschahen. Nur durfte man auch hier nicht zu hoch spielen. Das Gesetz erlaubt auch selbst den Reichen nicht über einen Solidus zu spielen²⁰). Ein bey den Römern erlaubtes Kunstspiel, wobey man blos den Verstand übte, scheint zwar auch das Schachspiel, *ludus latrunculorum seu scacorum*, gewesen zu seyn²¹). Seneca²²) gedenkt wenigstens dieses Spiels öfters, als eines erlaubten Spiels. Justinian hat es aber doch unter den von ihm ausgenommenen fünf erlaubten Spielen nicht mit aufgeführt; sondern verbietet alle Spiele um Geld

19) Ueber diese verschiedenen Arten der erlaubten Spiele vergleiche man noch STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 14—18.

20) *L. fin. Cod. de aleator. HUBER* in Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. versteht unter dem *Solidus* einen aureus.

21) *C. Guid. PANCIROLLUS* in Thes. variar. Lection. utriusq. iuris. Lib. I. cap. 48.

22) *Epist. 106. nr. II.* — *Latrunculis ludimus. et Epist. 117. nr. 30.*

Geld und Gesdeswerth, welche nicht zur Abhärtung des Körpers und zur Uebung des Muths abzwecken²³⁾). Bloße Glücksspiele, *ludi alearum*, waren nun schon von jeher bey den Römern verboten. *Marcian*²⁴⁾ gedenkt deshalb der *Lex Titia, Publicia und Cornelia*. Zwar fehlen uns hierüber die western Nachrichten²⁵⁾). Allein unstreitig sind dieselben eben diejenigen Gesetze, worauf *Horaz*²⁶⁾ zielt, wenn er von der *alea legibus vetita* spricht. Es ist also nur Erneuerung eines alten Verbots, wenn *Justinian L. 3. Cod. b. t.* sagt:

Alearum usus antiqua res est, et extra operas pugnatorias²⁷⁾ concessa, verum pro tempore abiit in lachrymas, multa millia extranearum nationum suscipiens. Quidam enim nec ludentes, nec ludum scientes, sed numeratione tantum proprias substantias perdiderunt, die noctuque ludendo, argento, apparatu lapidum, et auro. Consequenter autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur, et instrumenta conficiunt. Commodis igitur subiectorum proficientes, hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in publicis vel privatis domibus vel locis ludere, neque

23) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

24) L. 3. D. b. t.

25) S. Ant. AUGUSTINUS de Legib. et SCtis. (Paris. 1584. f.) pag. 57. pag. 121. u. pag. 141. und AIALA cit. Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. IV. pag. 987.

26) Carm. Lib. III. Od. 24. v. 58.

27) So lesen Charondas, Godefrot, und Spangen-
genberg. Allein Russard, Baudoza, und Hugo a
Porta haben *pugnatoribus*, welches richtiger zu seyn scheint.

neque in genere neque in specie, et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur ab his, qui dederint, vel eorum heredibus, aut his negligentibus, a Patre aut defensoribus illius civitatis: vel recipiat fiscus, non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione: Episcopis vero locorum hoc providentibus, et Praesidum auxilio utentibus. Deinceps vero ordinet quinque ludos, Monobolon, Contomonobolon, Quintanum contacem sine fibula, et perichyten, et hippicem, quibus sine dolo atque callidis machinationibus ludere permittimus. Sed nec permittimus etiam in his ludere ultra unum solidum, si multum dives sit: ut si quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat. Non enim solum bella bene ordinamus, sed et res ludicas²⁸⁾. Sed istam interminantes poenam transgressoribus, potestatem dando episcopis hoc inquirendi, et Praesidum auxilio sedandi. Prohibemus etiam, ne sint equi seu equestres lignei²⁹⁾; et

ut

28) Baudoza liest res sacras. Godefroi und Charon das haben res sacras ludicas. Allein diese Leseart ist offenbar unrichtig. Res ludicas haben Russard, Hugo a Porta und Spangenberg.

29) Was dies für eine Art von Spielen gewesen seyn mag, ist unbekannt. Balsamon führt in seinem Nomocanon die verschiedenen Meinungen an, unter denen Ajala in Comm. ad L. fin. D. de aleator. (bey OTTO IV. p. 46.) folgende für die wahrscheinlichste hält: ligneam esse fabricam per scalas ligneas exaltatam, habentem in medio diversa foramina. Nam qui hoc genere ludebant, quatuor globulos diversorum colorum superiiciebant ex superiori parte; et qui primus globulorum per foramina

ex

ut si quis ex hac occasione vincatur, hoc ipse recuperet domibus eorum publicatis, ubi haec reperiuntur. Si autem noluerit recipere is, qui dedit, procurator noster hoc inquirat, et in opus publicum convertat. Similiter et iudices prohibeant, ut a blasphemis, et periuriis, quae ipsorum inhibitionibus debent comprimi, omnes homines penitus conquiescant.

Darin weicht jedoch Justinian von der Strenge der ältern Gesetze ab, daß er wegen des verbotenen Spielens keine Strafen, sondern blos privatrechtliche Folgen bestimmt hat, dahingegen nach den ältern Gesetzen gegen die Spieler eine peinliche Rechtsverfolgung (iudicium publicum) statt hatte³⁰⁾). Es ist daher unrichtig, wenn von vielen neuern Criminalisten³¹⁾ behauptet wird, daß das Römische Recht die Hazardspiele zu den criminibus extraordinariis rechne³²⁾). Nach Justinians Vorschrift sollen blos Häuser, wo hölzerne Spielpferde gefunden werden, dem Fiscus zufallen³³⁾; und in einer neuern Verordnung

desselbe

ex ultimo foramine egrediebatur, . bic victoriam dabat ei, qui projecerat. Allein die Sache bleibt im Dunkeln. S. Rothier Pand. Iustin. Tom. I. h. t. nr. VII. not. h.

30) CICERO Orat. Philipp. II. cap. 23.

31) v. Quistorp Grundsätze des deutsch. peinl. Rechts I. Th. §. 435. Klein Grunds. des peinlichen Rechts §. 465. u. a. m.

32) Das Gegenteil haben schon längst Ant. MATTHAEUS de criminibus Lib. XLII. Tit. ult. Cap. 6. nr. 3. und Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. XXXIII. Th. 7. gezeigt.

33) Dass das den Spielern eingeräumte Haus außerdem dem Fiscus anheimgefallen sey, wie Quistorp a. a. D. und Klein a. a. D. behaupten wollen, ist unerweislich. Ueber-

denn

desselben³⁴⁾ werden blos gegen Geistliche, zur Aufrechterhaltung der Kirchenzucht, kirchliche Strafen bestimmt³⁵⁾). Auch die gemeinen deutschen Gesetze, und unter diesen auch die peinliche Gerichtsordnung Carls V. haben keine Strafe für unerlaubte Spiele festgesetzt³⁶⁾). Nach mehreren deutschen Provinzialgesetzen hingegen ist das Hazardspiel bey nahmhafter Geld- und anderer Strafe verboten³⁷⁾.

Es ist wohl unstreitig ein Irrthum, wenn Hellfeld die Glücksspiele für nichts anders, als conditionatae de donando conventiones halten, und aus diesem Grunde dieselben nach dem Naturrechte rechtfertigen will. Man darf sich nur einen richtigen Begriff vom Spielgeschäft machen, so wird man sich ohne Schwierigkeit überzeugen, daß es ein oneroses Geschäft sei. Spiel ist nämlich ein solches Geschäft, wobei der ungewisse Ausgang eines gewissen Thatumstandes, oder einer bestimmten Bedingung, welcher entweder vom bloßen Zufall abhängt, oder durch Geschicklichkeit, oder durch beydes zugleich bewirkt werden kann, entscheidet, welche von zwey oder mehreren daben interessirten Personen den Vorzug oder Gewinn haben solle.

Die

dem fällt dies heut zu Tage weg, was das Röm. Recht wegen der hölzernen Spielpferde verordnet hat. S. LEYSER Specim. CXXVI. medic. 3. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 916. a. E.

34) Nov. CXIII. cap. 10.

35) S. FEUERBACHS Lehrbuch des peinl. Rechts §. 445.

36) S. Carl Aug. Littmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 561. S. 550.

37) Beispiele führt Quistorp an 1. Th. §. 437. Not. *. S. 656.

Die Bestimmung der entscheidenden Bedingung, so wie die Bestimmung des Gewinnes, der dem Sieger zu Theil werden soll, ist die Folge einer Ueberreinkunft, welche man den Spielvertrag nennt. Dieser Vertrag ist also seiner Natur nach 1) ein bedingtes Geschäft. Denn es hängt die Erwerbung des verabredeten Gewinnes von der Existenz einer bestimmten Bedingung ab. 2) Jeder der Spielenden macht sich verbindlich, daß er dem Andern, für welchen die Bedingung günstig ausfallen wird, seine Rechte an der aufs Spiel gesetzten Sache abtreten wolle. Es ist also 3) ein oneroser Vertrag, denn es liegt ein gegenseitiges Versprechen zum Grunde, im Falle ein ungewisser Thatumstand existiren, oder nicht existiren sollte, Etwas an den Andern verlieren zu wollen³⁸⁾. Hiermit widerlegen sich schon vorläufig die unrichtigen Folgerungen, welche Hellfeld im Betreff der Insinuation und Verlehnung des Pflichttheils aus seiner Idee ableitet, wovon §. 759. ein Mehreres.

§. 758.

Grundsäke des Römischen Rechts vom Spiel.

Es ist bereits bemerkt worden, daß das neuere Römische Recht mit dem Verbot des Spiels nur hauptsächlich privatrechtliche Folgen verknüpft. Sie bestehen darin.

1) Der

38) C. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 915. wo er Hellfelds Meinung mit Recht verwirft. Richtiger sagt Dabestow im Handbuch des heutigen gem. Röm. deutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Not. c. Spielvertrag ist ein Vertrag zwischen zwei oder mehreren Personen, dessen wechselseitige Leistungen vom bloßen Glücke, von der Geschicklichkeit der Parteikräften, oder von beydem zugleich abhängig sind.

1) Der ganze Spielvertrag ist nichtig, und zwar so nichtig, daß das, was im Spiel verloren worden, nicht nur nicht gefordert, sondern sogar, wenn es schon bezahlt ist, selbst von dem Verlierenden gegen allgemeine Grundsätze unbedingt zurückgesfordert werden kann³⁹⁾). Eben dieses Recht steht den Erben zu; und wenn es auch diese nicht zurückfordern, so kann es von der Obrigkeit des Orts oder vom Fiscus geschehen⁴⁰⁾). Hat ein filius familias das Geld verspielt, so kann es der Vater zurückfordern⁴¹⁾, und überall soll die Klage wegen der Zurückforderung erst nach funfzig Jahren präscribit seyn⁴²⁾. Selbst gegen den Vater und Patron wird dem Sohn und Freigelassenen eine actio utilis oder in factum aus dem Edict des Prätors gestattet, um das an sie im Spiel Verlorne zurückzufordern⁴³⁾.

2) Wer

39) Conſt. iſt es eine Regel: *Si et dantis et accipientis turpis causa ſit, poffessor potior eſt, et ideo repétitio cefſat.* L. 8. D. de condic. ob turp. vel iniuft. cauſ. Diese Regel follte auch hier gelten. Denn wer ſich in ein verbotenes Spiel eingelaffen, und das Verlorne bezahlt hat, hat im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, welchem das Glück günstiger war. Nun ſollen in einem folchen Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen, weil beyde Contrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geschäfts die Gefeze übertreten. Allein die Gefeze machen gleichwohl bey Spielschulden eine Ausnahme. S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 333.

40) L. 3. C. b. t.

41) L. 4. S. 1. D. b. t.

42) L. 3. Cod. b. t.

43) L. ult. §. ult. D. b. t. woben die Scholia Baſiliceram Lib. LX. Tit. 8. Tom. VII. pag. 234. lit. L. zu vergleichen ſind, und zwar die Worte

2) Wer wissenschaftlich Geld zu einem verbotenen Spiel dargeliehen hat, er sei Mitspieler oder nicht, kann das Anlehn nicht zurückfordern. Viele Rechtsgelehrten⁴⁴⁾ wollen zwar behaupten, daß einem Dritten, der an dem Spiel selbst weiter keinen Anteil genommen hat, die Klage auf Wiederbezahlung des Darlehns nicht versagt werden könne, weil bey demselben nicht eben der Grund, wie bey dem Mitspieler, eintrete, welcher den Schuldner durch den Geldvorschuß zum Spiel zu verleiten suchte, um sich mit seinem Schaden zu bereichern. Allein dagegen verdient erwogen zu werden, daß derjenige, welcher wissenschaftlich Geld zur Beförderung einer verbotenen Handlung hergleibt, sich derselben theilhaftig macht⁴⁵⁾; und wenn jemand bey dem Spiel einem Andern eine Sache verkauft, um Geld zum Spiel zu erhalten, so hat der Käufer keine Klage gegen den Verkäufer, wenn ihm die Sache evincirt wird⁴⁶⁾. Warum sollte denn derjenige eine Klage haben, welcher wissenschaftlich zum Spiel Geld dargeliehen hat? Hierzu kommt noch, was Ulpian⁴⁷⁾ sagt: *Si quasi perdi-*

turo

Worte *εἰ δὲ καὶ* etc. welche auf folgende Art richtiger übersetzt werden müssen: *Si vero etiam patres liberos, vel patroni libertos vicerint, datur contra patres et patronos utilis actio.* S. *Ant. FABRI Rational.* in Pandect. ad h. L. ult. und *Ant. SCHULTING* Thesium controversar. Decad. XXXIII. Th. 9.

44) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. CARPZOV Respons. iur. Lib. VI. Resp. 96. nr. 15. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2070. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Bd. Meditat. 95. u. MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 463. nr. II. pag. 279.

45) L. 7. D. de Lege Pompeia de parricid.

46) L. 2. §. 1. D. Quarum rerum actio non dat.

turo pecuniam sciens credideris, non habebis actionem. Man sieht uns zwar verschiedene Stellen aus dem römischen Recht entgegen; allein eine genauere Prüfung derselben wird jeden überzeugen, daß sie für jene Meldung nichts beweisen. Die eine ist die L. 3. §. 6. D. de in rem verso, wo Ulpian sagt: Nec non illud quoque in rem domini versum, *Labeo* ait, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini. Es ist hier nicht von dem Falle die Rede, da dem Sklaven etwa das Geld von dem Dritten wissentlich zur Beförderung einer unerlaubten Handlung seines Herrn war dargeliehen worden; sondern der Sklave hatte Geld geborgt, und dasselbe, jedoch mit Bewilligung seines Herrn, zu solchen Sachen verwendet, die blos zur Schwelgerey und Ueppigkeit dienten. Nun entstand die Frage, ob unter diesen Umständen die actio de in rem verso gegen den Herrn begründet sei? Mit Recht entscheidet Ulpian diese Frage bejahend, weil es genug ist, daß das Geld für den Herrn, und zwar seinem Willen gemäß, verwendet worden, und dem Kläger, der sein Geld in gutem Glauben dargeliehen hatte, nichts zur Last zu legen war, wie Anton Faber⁴⁸⁾ dieses Fragment ganz richtig erklärt hat. Ujala⁴⁹⁾, welcher dem Dritten, der Geld

47) L. 12. §. 11. D. Mandati.

48) Rational. in Pandect. Tom. II. ad L. 3. §. 6. D. de in rem verso. pag. 246.

49) Commentar. ad L. 4. D. de aleator. bey otto Tom. IV. pag. 1002.

zum Spiel darliche, nur dann die Klage abspricht, wenn er das Spiel in seinem Hause gestattete, führt noch eine andere Stelle an, woraus er beweisen will, daß außerdem die Bezahlung eines solchen Anlehns sogar mittelst einer Klage verfolgt werden könne. Es ist die L. I. §. 17. D. *Si quid in fraudem patroni,* wo Ulpian sagt: *Si mutuam pecuniam libertus in fraudem patroni acceperit, an faviana locum habeat, videamus: et quod remedium in hoc est. Accepit mutuam: si, quod accepit, donavit, convenit eum patronus, cui donavit libertus, sed accepit, et prodegit: non debet perdere, qui mutuum dedit; nec ei imputari, cur dedit.* Allein die letztern Worte dieses Fragments beweisen ja nur zu deutlich, daß der Gläubiger an der Arglist des Freigelassenen keinen Theil genommen hatte. Warum hätte ihm also die Klage versagt werden sollen? Wie kann nun diese Stelle auf den Fall angewendet werden, wenn ein Dritter wissenlich Geld zu einem verbotenen Spiel darleihet? Hier kann man doch gewiß von einem solchen Gläubiger nicht sagen, *non potest ei imputari, cur dedit.* Mit Recht sprechen daher in diesem Falle Brunnemann⁵⁰⁾, Stryk⁵¹⁾, Leyser⁵²⁾, Emminghaus⁵³⁾, Weber⁵⁴⁾ und Thibaut⁵⁵⁾ dem Gläubiger die Klage auf Zurückforderung des Anlehns

50) Commentar. ad L. 8. D. Pro emtore nr. 1.

51) Us. mod. Pand. h. t. §. 10. in fin.

52) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXVI. Corol. I. pag. 607.

53) Ad Coccejum c. I. Qu. 2. not. i.

54) Systemat. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 76. S. 321.

55) Syst. des Pand. R. 2. B. §. 916.

lehns ab. Ist es ihm aber freiwillig und wissentlich wiederbezahlt worden, so ist er nicht verbunden, es wieder herauszugeben. Denn hier ist keine specielle Verordnung vorhanden, welche die Zurückforderung des einmal Bezahltens gestattet⁵⁶⁾.

3) Wer Spieler aufnimmt, kann keine Genugthuung noch Schadloshaltung fordern, wenn er deswegen von Jemanden injuriert worden ist, oder sonst bei dieser Gelegenheit einen Schaden erlitten hat⁵⁷⁾). Der Prätor verordnete deshalb in seinem Edict, wie Ulpian *L. i. pr. D. b. t.* die Worte aufzuhalten hat:

Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur,
verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tem-

y 2

pore

56) Man vergleiche vorzüglich Weber in der angef. Schrift §. 76. Nr. 1. S. 321. f. und THIBAUT a. a. D. S. 311.

57) AJALA in Commentar. ad *L. i. D. h. t.* bei OTTO Tom. IV pag. 914. glaubt, daß diese Verordnung nur auf diejenigen gehen, deren Haus jedem Spieler offen steht, und die also von der Ausnahme der Spieler Profession machen, und daraus für sich Gewinn und Vortheile ziehen. Diese, sagt er, wären eigentlich *aleatores* genannt worden. Von diesen rede das Edict des Prätors; und nur diejenigen seyen daher *ALEATORES* zu nennen, qui frequenter et emolumenti causa lusores domi recipiunt. Allein aus den Gesetzen erhellt diese Erklärung nicht. Es ist ihr auch die Allgemeinheit der Ueberschrift des Titels sowohl in den Pandecten als Codex entgegen, und auch aus andern Stellen erhellt, daß *aleatores* überhaupt diejenigen genannt werden, welche verbotene Spiele treiben. *L. 4. §. 2. L. 19. §. 1. D. de aedilit. edict. L. 225. D. de Verb. Sign. S. BRISSONIUS de Verb. Sign. h. v.*

pore dolo eius⁵⁸) subtractum est, iudicium non dabo.

Ob der Schade von den Spielern selbst, oder von andern geschehen ist, ist gleichviel⁵⁹); eine Klage soll ein für allemal dem Aufnehmer (Susceptor) nicht zustehen, wenn er bei Gelegenheit des Spiels oder um des Spielens wüllen

58) So lesen die florentinischen Ausgaben, als die Russardische, die Charondaische, die von Hugo à Porta, und die Gebauersche. Gaudoza und Haloander hingegen haben statt dolo eius, domo eius, und diese Leseart willigen besonders Ger. NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 259. §. De aleatoribus. Ant. FABER in Rational. ad L. I. pr. D. h. t. AJALA in Comm. ad L. I. cit. pag. 914. et 916. Io. ORTM. WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. I. und Io. Gottl. HEINECCIUS in Opusc. postum. s. Histor. Edictor. ad Tit. LV. Edicti perpet. not. d. pag. 538. Mit dieser Lesart stimmen auch die Basiliken überein, welche Tom. VII. p. 220. οὐτὸν κλέψας haben. Gebauer macht zwar den Einwurf, daß es ex domo heißen müßte; er bemerkt jedoch selbst, daß die schlende Präposition durch eine Gemination des Buchstabens e in dem Worte tempore leicht ergänzt werden könne, wenn man nämlich tempore e domo eius liest. Unser Erklärer Pandecten Codex hat hier die beste Lesart. Er liest nämlich de domo eius. Daß auf jeden Fall statt dolo vielmehr domo gelesen werden müsse, erhellt theils daraus, weil dolo bei subtractum ein ganz unnützes Prädicat seyn würde, da h von selbst versteht, daß ein Diebstahl nicht ohne dolus werden kann; theils sieht man es aus der nachfolgenden Uebersetzung des Ulpianus L. I. §. 2. D. b. t. wo er das Wort *domus* erklärt. Domum autem, sagt er, pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum est.

59) S. MÜLLER ad Struvii Syntagma iuris civ. Exercit. XV. Th. 53. not. 6.

wollen einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Aber merkwürdig ist der Unterschied, den Ulpian bei der Auslegung des Edictis macht, nämlich ob der Aufnehmer bestohlen worden ist, oder ob er sonst einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Im ersten Fall wird ihm nur dann die Klage versagt, wenn der Diebstahl in seiner Wohnung, und zur Zeit des Spielens geschehe; in dem letztern Fall hingegen soll ihm schlechterdings keine Klage zustehen, die Bekleidung sey geschehen, wo, und zu welcher Zeit sie wolle. Ulpian sagt nämlich *L. i. §. 2. D. b. t.*

Item notandum, quod suscepторem verberatum quidem, et *damnum passum*, ubi cunque et quando cunque non vindicat: verum *furtum factum domi*, et eo tempore, quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune fit.

Wissenbach⁶⁰⁾ findet dies zwar sehr paradox und ungerecht. Denn was heißt dieses anders, sagt er, als die Menschen zu Diebstählen, Injurien, und Beschädigungen unter dem Versprechen der Impunität anreihen? Ueberdem stehe diese Verordnung mit dem bekannten Ausspruch der Gesetze⁶¹⁾ im Widerspruche, *quod baud impunita maleficia esse oporteat*. Allein es verdient hier einen Platz, was Anton Faber⁶²⁾ zur Vertheidigung des Prätors geschrieben hat. *Dignus quidem ille est*, sagt er, qui

¶ 3

hunc

60) Exercitatt. ad Pand. Disput. XXIII. Th. 16.

61) *L. i. §. 2. D. ad Leg. Aquil.*

62) Rational. in Pand. ad L. i. pr. D. h. t. T. II. R. II. pag. 541.

Hast eben dieser Gründe bedient sich zur Vertheidigung des Prätors auch MÜLLER ad *Struvium Exerc. XV.* Th. 53. not. 5.

hunc verberavit, vel ei rapinam fecit, vel in eius domo aliquid dolo malo admisit, ut puniatur, ne, quod malo more doloque admissum est, remaneat impunitum Sed indignus ille. qui ad lusum aleae domum suam praebuit, ut actionem ei Praetor accommodet: cum possit ipsi culpa imputari, cur ludum illicitum in domum suam induxit. Ideoque nec damnum ullum sentire videatur. Prius enim quaerendum est de actoris, quam de rei indignitate, et cum utriusque turpitudo in hoc casu versetur, aut saltem indignitas, aequum est, meliorem esse causam possidentis, et deteriorem agentis. Bene autem Praetor credidit, non melius et efficacius aleae lusum prohiberi posse, quam si nemo sit, qui apud se alea lusum velit. Nec melius rursum deterreri eos, qui alioquin aleae lusum apud se suscepturi essent, quam si viderent contra se promissam a Praetore delinquentibus impunitatem.

Ulrich Huber⁶³⁾ zweifelt indessen, ob durch diese Gründe, so scharfsinnig auch das Edict des Prätoris dadurch gerechtsamig morden, der Wissenbachischen Censur ein vollkommenes Genüge geschehen sei. Er sieht daher die Sache von einer andern Seite an. Mir Recht, sagt er, versage der Prätor seine Rechtshilfe denjenigen, welche Spieler aufnehmen, wenn sie deswegen einen Schaden oder eine Beschimpfung erlitten haben, und es bloß auf bürgerliche Rechtsverfolgung ankommt. Allein dies hinderte den Praefectus urbis, welchem die Criminaljurisdiction zustand, keinesweges, vorgefallene Frevel von Amtswegen zu ahnden. Daß heut zu Tage dergleichen obrigkeitliche Ahndung

⁶³⁾ Eunom. Roman. Lib. XI. ad L. I. pr. D. h. t. §. 4. pag. 453.

dung keinen Zweifel unterworfen seyn dürfte, ist wohl nicht zu läugnen⁶⁴⁾. Allein man erwäge, daß nach dem Römischen Rechte ein obrigkeitliches Verfahren von Amts wegen in CriminaIsachen nicht Statt hatte⁶⁵⁾, und daß, wenn dem Beleidigten selbst das Recht, Genugthuung zu fordern, versagt war, auch gewiß keine peinliche Anklage Statt haben konnte. Es ist auch der Ausdruck: *impune fit*, von zu ausgedehntem Umfange, als daß eine obrigkeitliche Bestrafung von Amts wegen nach dem römischen Rechte noch angenommen werden könnte. Aus diesen Gründen hat wohl Ajala⁶⁶⁾ nicht unrecht, wenn er sagt: *Verum adeo invisi sunt legibus Aleatores* (so nennt er die Susceptores lusorum) *tantusque publicae utilitatis versatur favor in eorum exterminatione, ut verberati, injuriis et damno affecti, rei familiaris furto fraudati non solum actione destituantur, sed etiam iudicis officio preventur; ita ut iudex pro arbitrio non possit haec crima inquirere, et causa cognita in aggressores animadvertere.* — Hic igitur est casus, ut advertit ODOFREDUS, in quo delicta contra ea IULIANI verba: *cum neque impunita maleficia esse oporteat, publicam effungiunt animadversionem.* Und Voet⁶⁷⁾ fügt noch den

§ 4

Grund

64) Eben dieses behaupten auch STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. II. cooczi iur. civ. controv. b. t. Qu. 3. und THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 916. lit. D.

65) Observat. select. ad Carpovii Practic. nov. rer. crim. Qu. CIII. Obs. 2. P. III. pag. 3.

66) Commentar. in L. I. D. de aleator. bey OTTO T. IV. pag. 919 nr. 15.

67) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

Grund hinzu, um die oben angeführte Meinung des Wiesensbachs zu widerlegen: *Nec est, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, si certiorem sequamur rationem, id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus praebebant occasionem locumque ludendi.* Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam eius, non sufficeret Praetor, caeterique Magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publica per edictum Praetoris fuerunt armati: eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac praecipue in *L. ult. D.* *Quod quisque iuris in alterum statuerit.*

Wenn die Spieler einander selbst beleidigen, oder berauben, oder sonst Schaden zufügen, so bleibt es beym gemeinen Recht, und die in einem solchen Falle zustehende Klage findet unter den Spielern gegenseitig statt. Ulpian hat dieses ebenfalls bemerkt, wenn er *L. 1. §. 1. D. b. t.* sagt:

Si rapinas fecerint inter se collusores, vi bonorum reaptorum non denegabitur actio: susceptorem enim dunt taxat prohibuit vindicari, non et collusores, quamvis et hi indigni videantur⁶⁸⁾.

4) Geistliche, welche unerlaubten Spielen beywohnen, werden suspendirt⁶⁹⁾; und

5) Die

68) Man sche über diese Stelle AJALA Comment. in h. L. p. 921.

69) Autb. Interdicimus Cod. de Episcop. et cleric. welche aus der Nov. 123. cap. 10. genommen ist. S. van ESPEN Ius eccles. univ. P. 1. Tit. II. Cap. 5.

5) diejenigen, welche zum Spiel zwingen, werden mit Geld- oder Gefängnisstrafen belegt. Der Prätor sagt in seinem Edict, wie Ulpian die Worte desselben *L. i. pr. et §. 4. D. b. t.* aufbehalten hat:

In eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaque res erit, antrnadvertam.

und erklärt dasselbe auf folgende Art: *Haec clausula pertinet ad animadversionem eius, qui compulit ludere, ut aut multa mulietur, aut in lautumias⁷⁰⁾ vel in vincula publica ducatur.*

§. 759.

Heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze.

Ob die Grundsätze des Römischen Rechts über das Spiel noch heutiges Tages gelten, ist eine Frage, worüber

die

70) *Lautumiae* sind keine lapidinae, wie Ulr. HUZZER in *Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.* meint; sondern eine Art Gefängniß, wie Ger. NOCDT in *Comm. ac Pandect. h. t. pag. 259.* zeigt. Der Name stammt aus *Syacus*, wo das unterirdische Gefängniß, welches der Tyrann Dionys zur Bestrafung der Römer erbauen ließ, diesen Namen führte. Daher nennt *Cicero Orat. Verrin. VII.* dieses Gefängniß *Lautumiae Siracusanae*. Die Römer verstanden darunter dasjenige unterirdische Gefängniß, welches man als *Tullianum* nannte, vom König *Tullus Hostilius*. *Vero de Lingua Lat. Lib. IV.* und *SALLUSTIUS Conjurat. Catilin. prope fin.* Ausführlich haben davon *Franc. POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 510. seqq.* und *Pentoz. de AJALA in Commentar. in L. i. D. de aleat. pag. 930. seqq.* behandelt. Man siehe auch *BRISSON. de V. S. h. v.*

die Rechtsgelehrten unter sich nicht einig sind. Einige wollen an der heutigen Anwendbarkeit derselben darum zweifeln, weil die Erfahrung des gemeinen Lebens lehre, daß nicht nur unsere Fürsten und Landesherrn selbst spielen, sondern auch das Spielen dulden. Sie lassen sogar die Karten stempeln, und ertheilen denjenigen, die sie ververtigen, die Privilegien eines Monopols. Ja, indem sie nur einige Spiele namentlich in ihren Ländern verbieten, haben sie die übrigen eben dadurch stillschweigend erlaubt. So urtheilen Schöpfer⁷¹⁾ und Beyer⁷²⁾. Andere⁷³⁾ hingegen behaupten, daß zwar wegen einer Spielschuld keine Klage Statt finde, aber auch das im Spiel Verlohrne, wenn es schon bezahlt ist, nicht wieder zurückgesfordert werden könne. Noch andre⁷⁴⁾ gestatten sogar wegen einer Spielschuld eine Klage, wenn der Verspielende die freye Verwaltung seines Vermögens hat, auch nicht über 500 Ducaten verloren, noch seine Kinder dadurch im Pflichttheile verletzt, und auch sich selbst dadurch nicht übermäßig an seinem Vermögen geschadet hat. Die richtigste Meinung ist jedoch untreitig die Meinung derjenigen Rechts-

71) Synops. Pand. h. t. nr. 19. und in Diff. de hodierna ludo-rum iustitia. Francof. 166.

72) Delineat. Dig. h. t.

73) CARPOV Respons. iur Lib. VI. Resp. 96. nr. 16. LAUTERBACH Colleg. theor. prct. Pand. h. t. §. 19. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 7. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 21.

74) LUDOVICI Doct. Padectar. h. t. §. 4. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3.

Rechtsgelehrten⁷⁵), welche die Grundsätze des römischen Rechts über das Spiel auch heut zu Tage noch für gültig und anwendbar halten; soweit nicht Particulargesetze ein anderes verordnen. Man hat also vor allen Dingen darauf zu sehen, was die Landesgesetze eines jeden Orts wegen des Spielens überhaupt, und der Spielschulden insondereheit verordnen. Nach diesen muß man sich vor allen Dingen richten. Nun lassen sich zwei Fälle gedenken. Es sind entweder in denselben nur bloß gewisse Spiele, z. B. wahre und bloße Hazardspiele unter bestimmten Strafen verboten, oder es sind gewisse Spiele an sich erlaubt, aber auf eine gewisse mäßige Summe Geldes, die man in einem solchen Spiele verspielen oder gewinnen darf, eingeschränkt worden⁷⁶). In dem ersten Falle sind zwar diejenigen Spiele, welche unter dem landesherrlichen Verboten nicht begriffen sind, für stillschweigend verstatuet zu halten; sie müssen aber doch in ihren rechtlichen Folgen nach dem gemeinem Rechte, als welches hierdurch keinesweges für aufz

75) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVI. medit. 3. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 214. de BOEHMER nov. iur. controv. Tom. I. Obs. 5. Struben rechtliche Bedenken 4. Theil Ged. 131. und 5. Th. Ged. 9. Göbhardt auserlesene Rechtsfälle 2. Band. Decis. 100. Göbhardt Beiträge zur populären Rechtegelehrsamkeit 2. Band Nr. XI. C. 178. ff. Weber syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 1. S. 232. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 916. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. und 1o. Lud. LANGGUTH Exercitat. super usu con- dictionis lusu perditio ex L. ult. Cod. de aleator. Lips. 1762.

76) Dies ist z. B. in Sachsen der Fall, worüber HOMMEL in Rhapsod. quaest. forens. Vol. III. Obs. 476. weitere Nachrichten giebt. Man sehe auch de BERGER Dec. iur. L. III. Tit. X. Th. 7. not. 4.

aufgehoben zu halten ist, beurtheile werben. Denn dar aus, daß dieselben nicht ausdrücklich verboten sind, folgt nur soviel, daß diejenigen sich nicht straffällig machen, die sie spielen. Keinesweges aber wird dadurch der durch die allgemeinen in Deutschland geltenden Gesetze entkräfteten Verbindlichkeit der daraus herrührenden Forderungen eine gesetzliche Kraft bemegelegt. Es findet daher, auch der nicht verbotenen Spiele halber, weder einige Verbindlichkeit, noch Klage Statt. In dem letztern Falle hingegen ist entweder diesen Gesetzen gemäß gespielt worden, oder nicht. In jenem Falle, da nämlich nicht über die gesetzlich erlaubte Verlust- und Gewinstsumme gespielt worden ist, kann man das Gewonnene behalten, und das schuldig Gebliebene fordern⁷⁷⁾. Sind hingegen solche Gesetze überschritten worden, so kann das über die gesetzliche Summe verspielte Geld zurückfordert, das schuldig gebliebene aber nicht eingeklagt werden⁷⁸⁾.

Fehlt es aber an dergleichen landesherrlichen Verordnungen, so müssen uns die Römischen Spielgesetze allerdings zur Richtschnur dienen, 1) weil das Römische Recht bey uns in Deutschland nach seinem ganzen Umfange angenommen, und noch jetzt überall geltende Norm ist, infsofern es nicht überhaupt unserer Verfassung widerspricht, oder durch besondere Landesverordnungen oder Gewohnheiten nicht aufgehoben worden ist. Nun läßt sich aber hier 2) keine dem Römischen Recht derogirende Gewohnheit er-

77) S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. c. §. 4. Göß in den angef. Beiträgen 2. Band Nr. XI. §. 8. S. 187. und Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Band §. 211. S. 307.

78) de BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 10. Th. 7. noz. 7.

erweisen. Man sagt es zwar den alten Deutschen nach, daß sie große Liebhaber vom Spiel gewesen seyn sollen⁷⁹), und ihren Nachkommen scheint die Spielsucht fast angeerbt zu seyn. Daher sieht man, daß an Höfen und im Beysein der Fürsten so stark gespielt wird, wie in den Wohnungen der Privatpersonen. Gleichwohl darf der Richter das Spielen nicht nach dem Ton des gemeinen Lebens, sondern nur nach den Gesetzen beurtheilen, deren Diener er ist. Denn auch das Beyspiel der Großen vermag nicht eine, durch allgemein angenommene Gesetze verbotene, und, in Ansehung der daher entspringenden Verbindlichkeiten, ungültige Sache erlaubt oder gültig zu machen. Hierzu kommt, 3) daß die Gründe, worauf die Vorschrift des Römischen Rechts beruhet, von der Schädlichkeit des Spielens hergenommen sind, und daher auch noch jetzt fortdauern, weil wohl Niemand im Ernst behaupten wird, daß die Spielsucht heutiges Tages weniger Unheil nach sich ziehe, als zu den Zeiten des römischen Gesetzgebers. In Ansehung der Spielschulden sind zwar viel Rechtsgeschriften⁸⁰) der Meinung, daß wegen derselben alsdann eine Klage Statt finde, wenn 1) über die Bezahlung einer solchen sonst ungültigen Schuld in der Folge ein Vergleich eingegangen worden, oder 2) die Schuld durch ein neues Versprechen, daß man sie bezahlen wolle, bestätigt worden ist. Allein diese Meinung läßt sich mit dem bekannten Satz nicht wohl vereinigen, daß keine wiederholte Zusage oder Genehmigung Jemandem ein Recht

79) TACITUS de moribus Germanor. cap. 24.

80) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. u. a. m.

Recht geben kann, auf die Erfüllung eines Geschäfts zu dringen, welches gegen die Vorschrift verbietender Gesetze eingegangen, und eben darum ganz ungültig ist. Es ist daher evident, daß in Ansehung verbotener Spielschulden nicht nur das eigentliche Constitutum, sondern auch jede freiwillige Anerkennung ganz unverbindlich ist, weil die Gesetze in solchen Fällen dem Gläubiger durchaus alles Recht absprechen, und das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es den Rechten und verbreitenden Gesetzen zuwider ist⁸¹). Es gilt dies besonders auch vom Transact. Ein Vergleich über eine Spielschuld hat doch immer eine res illicita zum Gegenstande. Wie kann also dadurch eine Verbindlichkeit als gültig anerkannt, und klagbar gemacht werden, welche die Gesetze dergestalt vernichten, daß sie sogar dem Schuldner erlauben, die schon geleistete Zahlung wieder zurückzu fordern⁸²)? Aus eben diesem Grunde kann daher auch so wenig die Stellung eines Bürgen, als die Gebug eines Unterpfandes, oder Ausstellung eines Schuldscheins oder Wechselbriefs für eine solche Anerkennung gehalten werden, dadurch die Schuld gültig und klagbar werden könnte. Vielmehr können die für eine solche Schuld gegebenen Pfänder eben so gut, als diejenigen, zurückgesfordert werden, die zur Bekräftigung einer weiblichen Bürgschaft gegeben worden sind⁸³); und der Bürge kann sich sogut, wie

der

81) S. Webers syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 127. S. 561. f.

82) Es müßte denn etwa unter den Parteien noch ungewiß gewesen seyn, ob das, worüber der Vergleich geschlossen worden, wirklich eine Spielschuld war, oder nicht.

83) S. voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

der Aussteller des Schuldscheins gegen den Mitspieler, oder dessen Erben, oder gegen jeden, an den er etwa den Schuldsschein abgetreten hätte, blos allein mit der Einrede: es ist eine Spielschuld, gegen die Bezahlung schüßen⁸⁴⁾). Selbst das an sich nicht unerlaubte Billardspiel macht nach Scrubens⁸⁵⁾ gegründetem Urtheil keine Ausnahme.

Uebrigens ist zwar an sich außer Zweifel, daß, wenn auch Particulargesetze gewisse Spiele erlauben, doch bei dem Spielvertrage immer die Bedingungen vorhanden seyn müssen, wovon die Gültigkeit eines Vertrags überhaupt abhängt, z. B., daß kein Betrug dabei vorgegangen sey, ferner daß der, welcher im Spiel verloren, und bezahlt hat, über das Seinige zu disponiren fähig sey, u. s. w. Daß hingegen in Ansehung des Pflichttheils und der gerichtlichen Insinuation, wenn das im Spiel Verlorne die Summe von 500 Ducaten übersteigt, eben das Statt habe, was von Schenkungen gilt, ist unerweislich. Denn daß der Spielvertrag vielmehr ein oneroses Geschäft, als eine Schenkung sey, ist bereits oben bemerkt worden.

S. 760.

84) Wird freylich aus einem solchen Schuldschein executivisch geflagt, und die Einrede, daß die Schuld Spielgeld sey, kann nicht sofort bewiesen werden; so muß zwar der Aussteller vor der Hand bezahlen. Er kann aber nachher noch allemal im ordentlichen Prozeß die bezahlte Summe wieder zurückfordern, wenn er nur jetzt beweisen kann, daß es wirklich Spielgeld sey. Götz in den angef. Beiträgen 2. Bd. S. 194. Not. * und Christ. Gottl. RICCIUS in Exercitat. iuris camb. V. Sect. V. de cambio super pecunia lusu deperdita dato. pag. 171.

85) Mecht. Bedenken 4. Th. Ged. 131. und Band V. Bedenk. 9.

§. 760.

Grundsätze des römischen Rechts über die Wetten.

Mit den Glücksspielen haben zwar die Wetten viel Ähnlichkeit, doch sind sie in ihren rechtlichen Folgen von jenen ganz verschieden, und in dem römischen Rechte mehr, als diese, begünstigt⁸⁶⁾. Wette, Sponsio, ist ein Vertrag, wodurch zwei Personen, bei Gelegenheit einer unter ihnen streitigen Behauptung, mit einander einig werden, daß demjenigen ein gewisser Gewinn zu Theil werden solle, dessen Behauptung über die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache sich bestätigen würde. Eine solche Wette kann entweder als ein bloßer Vertrag, oder als ein ungenannter Contract eingegangen werden. Ersteres geschieht, wenn einer dem andern verspricht, daß er ihm auf den Fall, da seine Behauptung in der Folge für falsch befunden werden würde, etwas bestimmtes leisten wolle. Letzteres hingegen ist der Fall, wenn ein Theil dem andern etwas Gewisses mit der Bedingung giebt, daß dieser es behalten solle, wenn er den Sieg über jenen davon tragen würde; in dem entgegengesetzten Falle aber das Empfange

86) Iac. FRID. LUDOVICI Diff. de natura et interpretatione sponsionum. Halae 1704. Tob. IAC. REINHARTH Diff. de sponsionibus. Erfordiae 1734. Sam. FRID. WILLENBERG D. de Sponsionibus, in Dasselben Disceptat. iuris Nr. 42. Io. PETR. BUCHER Prolus. de sponsionibus. Steinfurti 1769. Hy mens Beiträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. S. 70. ff. und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band Tit. 24. S. 1067. ff. enthalten gründliche Erörterungen dieser Rechtslehre.

gene mit noch einmal soviel ersehen solle. In dem letztern Falle steht dem Gewinner die *actio praescriptis verbis*⁸⁷), in dem erstern aber die *actio ex stipulatu*, wenn der Vertrag durch eine Stipulation geschlossen worden, wie bey den Römern der gewöhnliche Fall war⁸⁸), oder, ohne Stipulation, wie nach heutigen Rechten, die *condictio ex moribus* zu⁸⁹). Eine Wette ist demnach ein güstiger und flagbarer Vertrag. Mehrere Rechtsgelehrten⁹⁰) wollen zwar behaupten, daß die Wetten nach dem Römischen Rechte eben so, wie die Spiele zu beurtheilen, und daher nur in den Fällen für erlaubt zu halten wären, wo nach dem Römischen Recht die Spiele erlaubt sind. Allein die Unrichtigkeit dieser Behauptung ist schon längst von andern⁹¹) hln.

87) *L. 17. §. fin. D. de praescript. verbis.*

88) *L. 108. L. 129. D. de Verbis obligat. L. 37. D. de reb. credit. §. 6. I. de verb. obligat.*

89) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. III. Th. 6. Not. 3. in fin, TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15.

90) *Io. Iac. WISSENBACH Exercitata ad Pand. Disputat. XXIII. §. 18.*
Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 21. und Ge. Guil. de REIBNITZ Diff. de sponsionibus iure naturali et civili illicitis. Vitemb. 1717.

91) Man sche LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. 1. REINHARTH cit. Diff. §. 9. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Band Med. 71. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 2. S. 233, HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III, §. 2073. sqq. II. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 917. Man vergleiche auch CAR. OTTO RECHENBERG Progr. de erroribus Ictorum in sponsionum doctrina. Lipsiae, 1758.

hinsichtlich dargethan worden. Die L. 3. D. de aleator. wo Marcian sagt:

In quibus rebus ex Lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsonem facere licet. Sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet;

redet offenbar nur von Wetten über Spiele, wie aus der vorhergehenden L. 2. D. eodem noch deutlicher zu ersehen ist, und beweist nur soviel, daß, wenn man über Spiele wettet, das Spiel erlaubt seyn müsse, wenn die Wette gültig seyn soll. Daß außer diesem Fall, da über ein verbotenes Spiel gewettet wird, die Wette für erlaubt und gültig zu halten sey, mithin auch daraus geklagt werden könne, lehren nicht nur die oben bereits angeführten Gesetze des Römischen Rechts⁹²⁾ ganz deutlich, sondern es beweist dieses auch der Gerichtsgebrauch^{93).} Dies muß denn auch noch jetzt zur Norm dienen, soweit nicht durch besondere Gesetze ein anderes verordnet ist^{94).}

§. 761.

Erfordernisse gültiger Wetten.

Sollen jedoch Wetten als verbindliche und flagbare Verträge gelten, so müssen sie

1) die

92) S. Not. 87. und 88.

93) S. Io. a SANDZ Decision. Lib. III. Tit. 9. Def. 1. CARPOV Iurispr. for. P. II. Const. 19. Def. 18. und Hymmen in den angef. Beiträgen 2. Band S. 70. ff.

94) Z. B. nach dem Code Napoleon Art. 1965. entsteht aus einer Wette kein Klagrecht. Das Preuß. Landrecht 1. Th. II. Tit. §. 579. läßt hingegen wegen der Wetten eine gerichtliche Klage nur alsdann zu, wenn die Wette sogleich baar gesetzt, und entweder gerichtlich, oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden.

1) die zu einem gültigen Vertrage an sich erforderlichen Eigenschaften haben. Sie müssen also von Personen, die sich verbindlich machen können, ohne Betrug eingegangen werden. Wetten, die durch Betrug veranlaßt wurden, sind so ungültig, wie andere Verträge. Daher gehört, wenn der Eine von der Gewissheit des Gegenstandes der Wette unterrichtet war, und dieses dem Andern nicht angezeigt, sondern vielmehr durch arglistige Versicherung denselben veranlaßt hat, daß er mit ihm über diesen Umstand eine Wette eingelengt. Eine solche betrügliche Wette ist ungültig, und kann keine Klage wirken. Es ist jedoch deswegen nicht schlechterdings notwendig, daß der Gegenstand der Wette für beide Theile immer gleich ungewiß seyn müsse⁹⁵⁾). Ich kann auch über einen Umstand, den ich apodictisch gewiß weiß, mit einem Andern eine Wette eingehen, der ihn mir bezwecken will, und die Wette ist vollkommen gültig, nämlich, wenn sich der andre an meine Versicherung, daß ich von meiner Behauptung

32

zung

95) Runde in den Grundsägen des allgem. deutschen Privatrechts §. 211. und Danz im Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band. §. 211. S. 309. Nr. 2. behaupten zwar, bei Wetten komme es vorzüglich darauf an, ob der Gegenstand der Wette für beide Theile gleich ungewiß oder gleich wahrscheinlich sey. Auch in Hofacker's Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2074. heißt es: *Sponsio interponatur de eventu cuiusvis spondentium plane ignoto et incerto.* Allein daß dieses nicht schlechterdings erforderlich sey, haben Dabelow im Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band §. 259. S. 1068. und Lichtenmann im Handbuche des gemeinen deutschen peinlichen Rechtes 3. Th. §. 564. Not. i. S. 555. richtig bemerkt.

tung zuverlässige Gewissheit habe, nicht fehre, sondern auf der Wette bestand. Denn unter diesen Umständen läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß ich den Andern betrügerlicher Weise zur Wette verleitet habe. Mit Recht sagt daher Berger⁹⁶⁾: *Quodsi tamen unus scientiam rei habeat, eamque professus sit, alter autem nihilo secius spondendo se obstrinxerit, sponsio valet.* Hiermit stimmt auch Ticius⁹⁷⁾ überein, wenn er sagt: *Recte sponsio etiam initur de re; alteri certo cognita, modo dolus absit.* Noch ausführlicher erklärt sich hier über Ludovici⁹⁸⁾, dessen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen. *Dolus, sagt er, in sponsonibus tunc committitur, si unus certitudinem rei, de qua ipsi iam constabat, dissimulat eo animo, ut alterum nihilo secius ad spondendum et per consequens ad certum damnum adliciat.* Natura enim sponsonis est, ut uterque sit dubius, et rem periculo exponat. Dico, si unus certitudinem *dissimulat*. Ergo, si profitetur, sibi de eventu rei iam constare, de qua rumor incertus circumfertur, alter vero nihilominus sponsonem offert, quod haud raro fieri solet ab iis, qui nihil credunt, sed de omnibus dubitant, tunc hic sibi imputare debet, quod volens sibi damnum accerserit, et quoniam volenti non fit injuria, hinc sine dubio sponsio valida erit. Auch zweydeutige und versängliche Wetten, wobei der eine Theil die Worte in einer unelglichen, vom gemeinen Sprachgebrauche abweichenden Be-

96) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 6. Not. 3.

97) Iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 14.

98) Diss. de natura et interpretat. sponsonum §. VII.

deutung genommen hat, sind den betrüglichen gleich zu achten, und bewirken keine Verbindlichkeit⁹⁹⁾.

2) Der Gegenstand der Wette muß nichts Unerlaubtes oder Schändliches enthalten¹⁰⁰⁾. Daher ist das sogenannte Partiren über den Ausgang eines Glücksspiels¹⁾; das Wetten über das Uebertreffen im Saufen²⁾, das Wetten über die Erhaltung eines öffentlichen Amtes³⁾; u. d.

33

nicht

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. de BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. §. 6. Not. 3. LUDOVICI Diss. de natura et interpretat. sponsionum §. 20. sqq. Anderer Meinung ist zwar TITIUS in Observation. in Compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 295. welcher glaubt, die Wette sey gegen den zu erklären, welcher sich der zweydeutigen und verfänglichen Worte bedient hat, und also in der Bedeutung des gemeinen Sprachgebrauchs zu nehmen, und für gültig zu halten. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht begründet. Sollte der Wetttende auf eine solche Art für seinen Scherzbüßen, so wäre dies eine Strafe, welche sich ohne ein Gesetz nicht annehmen läßt. S. Griesingers Commentar über das Württemb. Landrecht 4. B. S. 1072.

100) L. 17. §. 5. D. de praescript. verb. LUDOVICI Diss. cit. §. 9. — §. 15.

1) L. 3. D. de aleator. Das Partiren ist als Theilnahme an dem verbotenen Spiele selbst zu betrachten, und artet daher in ein polizeywürdiges Vergehen aus. S. Tittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. S. 555. Das Preuß. Gesetzbuch Th. 2. Tit. 20. §. 1302. verbietet auch die Wetten bey erlaubten Spielen.

2) S. LAUTERBACH c. 1. BERGER c. 1. Auch wegen einer solchen Wette findet eine Polizeistrafe statt. S. Eisenharts Rechtshandel Th. 6. Nr. 14.

3) Nov. 8. S. TITIUS Iure priv. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15. LEYSER Specim. CXXVII. Medit. 8. Cor. 1.

nicht nur unerlaubt und ungültig, sondern es kann auch in solchen Fällen sogar eine Strafe eintreten. Leyser⁴⁾ giebt die Regel, daß man, um zu beurtheilen, ob eine Wette für eine sponsio honesta zu halten sey, oder nicht, darauf sehen müsse, ob die Bedingung derselben eine solche sey, welche Verträgen und letzten Willensverordnungen gültig begefügt werden kann, oder nicht. Hieraus lasse sich auch die Frage entscheiden, ob die Wette, daß der eine von beiden Wetttenden nicht heurathen werde, für gültig oder ungültig zu halten sey. Ist derjenige, welcher wettet, er werde nicht heurathen, noch nie verheurathet gewesen, so sey die Wette ungültig. Wetttet hingegen eine verwitwete Person, sie werde sich nicht wieder verheurathen, so sey das Geschäft für gültig zu halten⁵⁾.

3) Die Summe muß nicht unmaßig seyn. In dem römischen Rechte sind zwar die Wetten auf keine gewisse Summe eingeschränkt⁶⁾. Der Richter hat sich daher nicht darum zu bekümmern, wenn auch die Wette den größten Theil des Vermögens, oder gar das ganze Vermögen des Wetttenden betreffen sollte. Man kann auch dem Wetttenden die Rechtswohlthat der Competenz, die sonst dem Schenker zusteht⁷⁾, eigentlich nicht einräumen, da

4) Specim. CXXVII. medit. 3.

5) S. Nov. XXII. cap. 43. et 44. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 211. Nr. 2. S. 309.

6) Thom. HERBAIUS libr. sing. rerum quotidian. Cap. 2. Io. 4 SANDE Decision. aurear. Lib. III. Tit. 9. Definit. 1. und CARPOV P. II. Constit. XIX. Def. 18. nr. 15. haben dies ausführlicher gezeigt.

7) L. 12. D. de donat. L. 19. §. 1. D. de re iudicata.

da bey einer Wette die Absicht, seinem Paciscenten ein Geschenk zu machen, nicht füglich angenommen werden kann, noch weniger aber hier eine solche Zunelzung der Paciscenten gegen einander, wie bey Schenkungen, Statt findet, indem vielmehr jeder die Wette in der Hoffnung eingeht, dieselbe zu gewinnen⁸⁾). Weil indessen unmäßige Wetten eben so verderblich und nachtheilig sind, als die Glücksspiele, so nimmt die Praxis den Grundsatz an, daß der Richter die Summe zu moderiren befugt, ja verpflichtet sei, wenn sie für den verlierenden Theil zu groß und beträchtlich ist⁹⁾). Soviel ist jedoch gewiß, daß keine Gleichheit der gegenseitigen Leistungen erfordert werde, sondern der eine Wetttende ungleich mehr als der andere sezen könne¹⁰⁾.

§. 762.

Lotterien, und die bey denselben vorkommenden verschiedenen Rechtsverhältnisse.

Bloße Glücksspiele sind ihrer Natur nach die Lotterien und Lottos. Nach gemeinen Rechten gehören sie

3 4 daher

8) Man sehe Griesingers Commentar über das Würtemb. Landrecht 4. B. §. 1072. u. folg.

9) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. 7. de BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 6. Not. 3. nr. 3. FINKELTHAUS Observat. XXXIII. nr. 34. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 9. nr. 3. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 5. MEVIUS Comment. ad ius Lubec. Lib. III. Tit. 9. Art. 3. nr. 41. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 58. not. 5. Dr th Anmerkungen über die Frankfurter Reformat. 2. B. §. 603. u. 604. LITTMANN Handbuch des gem. deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. §. 555. TRIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 917. a. E.

10) HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. § 2074. lit. D.

daher unter die verbotenen Spiele, und können anders nicht, als mit ausdrücklicher Erlaubniß des Landesherrn, errichtet werden¹¹⁾). Solche privilegierte Lotterien sind dann als völlig erlaubte Hazardspiele zu betrachten, und das Geschäft, welches zwischen demjenigen, der in die Lotterie setzt, und der Lotteriedirection, oder dem Collecteur vor geht, ist nichts anders als ein Hoffnung- oder Glückskauf — *emtio spei simplicis*, und nach den Grundsätzen desselben im Allgemeinen zu beurtheilen¹²⁾). Der bestätigte Lotterieplan enthält die Kaufbedingungen, und zugleich die legale Norm, nach welcher die Rechte und Pflichten der Direction sowohl, als andere Streitigkeiten über das Lotteriewesen, zwischen den Einschern, Gewinnern, den Directoren und Collecteurs, bei dem Mangel spezieller Verabredungen, beurtheilt werden müssen¹³⁾). Das Loos, oder Lotteriebillet vertritt zwischen der

Ob.

11) S. M öser von der Landeshoheit in Polizeysachen. S. 485. und Günth. Heinr. von Berg Handbuch des deutschen Polizeyrechts. 2. Th. S. 258. der zweiten Auflage.

12) Christ. WILDVOGEL Diss. de eo, quod iustum est circa Lottarias. Jenae. 1718. Th. 26. Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bet. 160. a. S. 409. Joh. Lud. Eckard Lotto recht. Coburg 1771. 8. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 212. S. 313. Io. Gottb. BESCHORNER Diss. Quaestiones nonnullas ad ius Lottiarum pertinentes sistens, prael. Christ. Gottl. HAUBOLDO. Dresdae 1806. 4. und besonders Theod. Hagemanns praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 5. Band. Hannover 1809. 4.) Eccl. 28. S. 129. ff.

13) S. das allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten. 1. Th. Tit. II. §. 548. BESCHORNER Dissertat. cit. Cap. I. §. 2. und Hagemann a. a. D. §. 1. S. 130.

Direction und den Einzehern die Stelle eines schriftlichen Vertrags¹⁴⁾), woraus der Gewinner im Falle des ihm verweigerten Gewinnes auch executivisch klagen kann¹⁵⁾). Das Recht zur Beziehung des Gewinns steht zwar Niemanden, als dem Eigentümer des Loses zu¹⁶⁾), jedoch begründet auch hier der Besitz die Vermuthung für den Inhaber, daß er zur Einziehung des Gewinns berechtigt sei; so lange kein Dritter denselben als einen unredlichen Besitzer darzustellen vermöcht, oder ein besseres Recht erwiesen hat¹⁷⁾). Ich halte es daher nicht für nöthig, daß der Vorzeiger des gewinnenden Loses den Titel und Grund seines Besitzes angebe, wie Wildvogel¹⁸⁾ behaupten will¹⁹⁾).

Um nun die Rechtsverhältnisse näher zu bestimmen, welche zwischen den Directoren der Lotterie und deren Colleateurs

14) Allg. Preuß. Landrecht a. a. D. §. 554. u. Hagemann a. a. D. §. 2.

15) S. J. Ludw. Schmidt's hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien I. Band. Nr. 67. §. 3. BESCHORNER cit. Diff. Cap. V. §. 2. und Hagemann a. a. D. §. 2. Not. * S. 131.

16) BESCHORNER cit. Diff. Cap. III. §. 3.

17) BESCHORNER Diff. cit. Cap. III. §. 2. sq. Hagemann a. a. D. §. 2. S. 131.

18) Diff. cit. Th. 33. in fin. pag. 34.

19) Das allgemeine Preuß. Landrecht I. Th. II. Tit. 6. Abschn. §. 555. verordnet: „der bloße Besitz eines solchen Loses berechtigt den Inhaber zur Einziehung des darauf gefallenen Gewinns.“ Hiermit stimmen auch andere Lotteriegesetze, z. B. die Dresdner, Weimarschen, Gothaischen und Hannoverschen überein, welche BESCHORNER cit. Diff. Cap. III. §. 1. angeführt hat.

lecteurs Statt finden, ist folgender Unterschied zu machen. Sie haben ihre Beziehung entweder auf die Rechte und Verbindlichkeiten derselben unter einander, oder in Hinsicht auf die Einziger, Spieler und Gewinner. In Rücksicht jener ist darauf zu schen, ob die Collecteurs blos zur Unterbringung der Loope, und zur Besorgung der übrigen zum Lotteriewesen gehörigen Geschäfte von der Lotteriedirection angefießt sind; und dann sind die Collecteurs als Bevollmächtigte oder Geschäftsträger der letztern anzusehen, aus deren Handlungen die Lotteriedirection erwirbt und verpflichtet wird. Hier gelten also unter ihnen die Grundsätze vom Mandat contract²⁰⁾). Oder die Lotteriedirection hat den Collecteurs eine gewisse Anzahl Loope zum Verhandeln unter der Bedingung gegeben, deren Werth einzuliefern, oder die Loope selbst wieder zurückzugeben. In diesem Falle treten die Grundsätze vom Trödelcontract ein²¹⁾). Der Unterschied zwischen beyden Fällen besteht darin, daß der Collecteur in dem letztern Falle die Gefahr trägt, wenn er entweder um die Ertheilung des Collecturgeschäfts baat, oder bestimmt versprochen hat, den Werth der Loope einzuliefern²²⁾). Hat der Collecteur eigenmächtig zur Debütierung

20) Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 38. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 1. Th. Nr. 67. §. 1. Runde Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 212. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. B. S. 314.

21) Hagemann a. a. D. §. 3. BESCHORNER cit. Diff. Cap. II. §. 3.

22) Arg. L. 1. §. 1. D. de aestimatoria. L. 5. §. 3. D. Commodata. L. 17. §. 1. D. de praescr. verbis. C. THIBAUT Syst. des P. R. Th. 2. §. 896.

steung der Lotterie einen Untercollecteur substituirt, so muß zwar erster die Handlungen des letztern sowohl bey der Direction, als bey den Einzegern vertreten²³⁾; die Direction aber haftet für die Handlungen solcher Untercollecteurs anders nicht, als insofern dieselbe durch die Annahme des von ihnen gesammelten Einsatzes, oder sonst die Handlungen derselben genehmigt hat²⁴⁾. Soviel hingegen die rechtlichen Verhältnisse anbetrifft, worin die Einziger gegen den Collecteur und die Direction, und umgekehrt stehen, so kommt es darauf an, ob die Bedingungen unter welchen der Collecteur von dem Unternehmer der Lotterie als Geschäftsträger angestellt ist, in dem Plane, oder durch andere Averissementen öffentlich bekannt gemacht worden sind, oder nicht. Im ersten Falle sind diese Vorschriften, als Conventionalgesetze, zu befolgen, und die Direction wird nur insofern durch die Handlungen des von ihr angestellten Collecteurs verpflichtet, als er die Gränzen der ihm erteilten Vollmacht nicht überschritten hat²⁵⁾. Die Unwissenheit kann hier Niemandem zur Entschuldigung gereichen, der mit dem Collecteur nicht vorschriftsmäßig contrahirt hat²⁶⁾. In dem letztern Falle hingegen, da die Vollmacht nicht öffentlich bekannt gemacht

wor-

23) Hagemann a. a. D. §. 3. S. 132.

24) Allgem. Preuß. Landrecht. I. Th. Tit. II. §. 563. und §. 564. Das außerdem kein Grund der Verbindlichkeit von Seiten der Direction vorhanden sei, für einen solchen Untercollecteur zu haften, erhellet schon daraus, weil zwischen ihm und der Lotteriedirection gar kein Contractverhältniß existiert.

25) L. II. §. 5. D. de insitior. act. Allgem. Preuß. Landrecht a. a. D. §. 559. und 560. Hagemann a. a. D. §. 4.

26) L. II. §. 3. D. eodem.

worden ist, wird die Lotteriedirection durch den von ihr angestellten Collecteur unbedingte verpflichtet²⁷⁾). Auf jeden Fall haftet sie jedoch für die unerlaubten Handlungen, welche der Collecteur bey Ausübung des ihm aufgetragenen Geschäfts begiebt; sie bleibt daher auch dann den Einsehern vollkommen verpflichtet, wenn ihr Geschäftsträger die empfangenen Einsätze, oder die gehobenen Gewinne verschleudert, und nicht abgeliefert, mithin unrechlich und treulos wider die Einseher gehandelt haben sollte²⁸⁾). Die Direction kann aus solchen dolosen oder culposen Handlungen ihres Mandatärs unmittelbar belangen werden, und sie hat sodann ihren Regress gegen den treulos handelnden Geschäftsträger mit der *actio mandati contraria* zu nehmen²⁹⁾). An diesen hält sich auch die Direction, wenn er den Spielern die Loope auf Credit hat verabfolgen lassen³⁰⁾). Jedoch ist auch gegen die Empfänger selbst auf die Bezahlung der Einsätze, sowohl die Direction, als der Collecteur zu klagen befugt, weil die Einfassung der Einsätze gewöhnlich den Collecteurs mit übertragen wird³¹⁾). Auf

27) Preuß. Landrecht a. a. D. §. 561. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 877. Hagemann a. a. D. S. 133.

28) L. II. §. 4. D. de inst. act. Strubens rechl. Bedenken 4. Th. Ged. 160. S. 409. und 5. Th. Ged. 38. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 421. nr. 4. pag. 362.

29) G. Schmidts Abhandl. versch. pract. Rechtsmaterien I. Bd. Nr. 67. §. 6.

30) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 421. nr. 5. in fin.

31) Es treten hier die Grundsätze von den Rechten des Bevollmächtigers und Bevollmächtigten in Ansehung des Dritten ein. G. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen

selnen Fall, kann jedoch derjenige Gewinn, den die Collecteurs bey Gelegenheit ihres Geschäfts zufälligerweise machen, von der Direction in Anspruch genommen werden³²⁾). Daher gehören z. B. die sogenannten Douceur-gelder, d. h. diejenigen Geschenke, welche die Gewinner den Collecteurs, wenn der Gewinn beträchtlich ist, gewöhnlich machen, nicht der Direction, sondern den Collecteurs, die solche empfangen³³⁾).

Zwischen den Directoren, oder deren Geschäftsträgern und den Theilnehmern an der Lotterie kommen die Grundsätze vom Kaufcontracte zur Anwendung. Denn jene sind die Verkäufer, diese die Käufer, und die Lose, welche ein für allemal, ohne weitere Verabredung, ihren bestimmten Preis haben, enthalten die Urkunde, modurch der Spieler die Hoffnung erlaust, zu der Glückswaare zu gelangen, welche sich in den Händen der Lotteriedirection und Cassé befindet. Ein solcher Kauf wird auch stillschweigend bey demjenigen angenommen, welcher Lotterielose annimmt, und bey sich behält, die ihm, wenn gleich ohne sein Verlangen, von einem Collecteur zugesendet worden sind.

S. 932. Nach dem Preuß. Landrecht 1. Th. Tit. II. §. 558. findet jedoch keine Klage, sondern nur eine Compensation auf den gefallenen Gewinn statt, wenn die Einsatzgelder creditiert sind.

32) S. Danz Handbuch des heutigen reutischen Privatrechts 2. Ged. §. 212. S. 314.

33) Strubens rechl. Bedenken. 4. Band. Ged. 173. und Hagemanns pract. Erörterungen 5. B. Nr. 28. §. 4. C. 133. f.

sind³⁴⁾). Zwar ist der Lotteriecontract ein freiwilliger Contract, und Niemand, er sei ein Fremder, oder auch ein Untertan desjenigen Landesherrn, welcher die Lotterie verwilligt hat, kann zur Einlage gezwungen werden³⁵⁾). Allein da nach allen Lotterie-Planen die nicht verkauften, oder nicht renovirten Looses vor derziehung jeder Classe von den Collecteurs an die Direction zurückgesendet werden müssen, wenn sie nicht dafür verantwortlich seyn sollen, so war der Empfänger der Looses allerdings verbunden, sich entweder ausdrücklich, oder auch nur durch die bloße Zurücksendung derselben darüber zu erklären, daß er nicht Willens sey, das ihm angetragene Geschäft einzugehen. Unterläßt er dieses, so ist sein Stillschweigen hier, wo er sich zu erklären verbunden war, und noch vielmehr die positive Handlung der Zurückbehaltung der Billets für eine Einwilligung in den ihm von dem Collecteur angetragenen Kaufcontract anzusehen³⁶⁾). Der Empfänger des Looses tritt also durch die Zurückbehaltung derselben in alle Rechte

34) E. von Bülow's und Hagemann's praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Bed. Erf. 46.

35) Aus diesem Grunde, und weil überdem in solchen Fällen, wo es auf Verpflichtung eines Anderen ankommt, das bloße Stillschweigen für eine Einwilligung nicht ausgelegt werden kann, hat die Erfurtsche Justisten-Facultät in Schorck's neuer Sammlung ausgewählter Gutachten und Urtheils-Sprüche, Erfurt 1798. 4. Nr. XXI. Qu. 4. nr. 27. ff. den Empfänger von der Verbindlichkeit den Preis des Einsches für die nicht zurückgesendeten Billets zu bezahlen, freigesprochen.

36) Dass auch ein Kaufcontract mit stillschweigender Einwilligung geschlossen werden kann, hat keinen Zweifel. S. de Berger Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 1. Not. 3.

und Verbindlichkeiten eines Käufers, und muß folglich auch den Einsatz, als den ein für allemal bestimmten Kaufpreis, bezahlen.

Jeder Spieler kauft indessen nur das Loos, oder vielmehr die Nummer, welche er in jeder Classe bezahlt, oder wofür er die Einlage gemacht hat. Zur Renovation derselben kann er nicht gezwungen werden, und es fehlt ihm völlig frei, nicht mehr mitzuspielen, wenn er keine Lust hat, sein Glück weiter zu versuchen³⁷⁾. Alsdann macht sich aber auch der Spieler seines fernern Antheils an der Lotterie verlustig, weil nur durch den Kauf der Nummer in jeder Classe eine Verbindlichkeit für die Lotterie erwächst, den darauf gefallenen Gewinn zu zählen. Bei jeder einzelnen Classe der Lotterie ist daher ein besonderer Kaufcontract erforderlich, der geschlossene endigt sich mit der Ziehung einer jeden Classe, und wenn er für die folgende verbindlich fortzuhören soll, so muß dafür eine neue Einlage gemacht, oder das Loos zur planmäßig bestimmten Zeit renovirt werden³⁸⁾. Es ergiebt sich hieraus, daß jeder Spieler sich zur Renovation selbst erbleiten müsse, und von dem Collecteur keinesweges verlangen könne, daß er ihm die Loosse zu jeder neuen Classe zusende³⁹⁾. Dies ist auch der Natur des Kaufcontracts, der beim Lotterieschäft zum Grunde liegt, vollkommen gemäß, weil jeder Käufer sich zu der Waare selbst melden muß, und es ledig-

37) S. Schörr's neue Sammlung ausgetlesener Gutachten und Urtheilssprüche der Erfurtschen Juristen-Facultät. Nr. XXI. Qu. I. nr. 6. ff. S. 133. ff.

38) Hagemann. a. a. D. §. 6. S. 135.

39) Hagemann. a. a. D. §. 8.

lich in dem Belieben des Verkäufers steht; ob er seine Ware anbieten will, oder nicht.

Nach den Grundsätzen des Kaufcontracts wird ferner der Spieler nicht eher Eigentümer des gekauften Looses, als bis er den Einsatz dafür baar erlegt, oder von der Direction, oder dem Collecteur deshalb Credit erhalten hat, wenn ihm gleich das Loose schon übergeben ist⁴⁰⁾. Letzteres wird jedoch im Zweifel nicht vermuthet⁴¹⁾, es ist daher im vorkommenden Falle der Spieler verpflichtet, den factischen Umstand zu erwiesen, daß ihm entweder ausdrücklich, durch Vertrag und Verabredung, oder still-schweigend, durch concludente Handlungen, Credit gegeben worden, sey⁴²⁾.

An wen sich der Gewinner seiner Bezahlung wegen zunächst zu halten habe, bestimmt gewöhnlich das Lotteriegesez. Giebt dies keine Entscheidungsnorm an die Hand, so lehrt es schon die Natur der Sache, daß dem Gewinner die Wahl frenstehe, und derselbe, auch mit Uebergehung des Collecteurs, sogleich die Direction selbst zu belangen habe.

40) *S. 41. I. de rerum divis.*

41) *S. WALCHIS. Introduct. in controv. iuris ciy. pag. 599. §. 10.*

42) Dabin müsse z. B. w. rechnen seyn, wenn der Directeur oder Collecteur dem Spieler die Einsätze der früheren Classen ausdrücklich creditirt, und die Loose der folgenden Classen, ohne den Einsatz zu fordern, fernerhin zugestellt; oder wenn er dem Spieler die Loose der ersten Classen, ohne Zahlung des Einsatzes, zugeschickt; oder zugestellt, und sich nachhet, wegen des in denselben gefallnen Gewinns, mit ihm berechnet, und dann Loose zu den folgenden Classen, ohne baare Zahlung des Einsatzes, überlassen hat. *S. H a g e m a n n a. a. D. S. 7. S. 136.*

fugt seyn⁴³⁾). Denn man muß hier von dem Grundsatz ausgehen, daß der Käufer des Looses eigentlich nicht mit dem Collecteur, der nur als Mandatar zu betrachten ist, sondern mit dem Unternehmer oder dem Directeur der Lotterie den Kaufcontract geschlossen hat⁴⁴⁾). Es ist dies um so mehr Rechtens, weil, wenn die Lotterie ihren Credit nicht verscheren soll, schlechterdings nothig ist, daß eine prompte Zahlung erfolgen, und der Interessent sicher gestellt seyn muß, daß ihm der Gewinn ohnfehlbar zu Thell werde. Die Klage gegen die Lotteriedirection ist die *actio quasi inlitoria*, wenn der Kläger das Los von dem Collecteur erhielt, sonst aber die *actio emti*, wenn er mit der Direction unmittelbar contrahirte⁴⁵⁾).

Endlich ist noch einer sehr gewöhnlichen Art des Spiels zu gedenken, welches man das Aus spielen⁴⁶⁾ nennt. Man versteht darunter das Spielen mehrerer um eine und dieselbe individuelle Sache, woran jeder Spieler Anspruch hat, und jeder seinen Rechten zum Vortheil der übrigen entsagen zu wollen verspricht, sobald die Bedingung des Spiels gegen ihn verneinend ausfallen würde, ohne daß eine ähnliche Sache oder Quantität da gegen

43) BESCHORNER Diss. cit. de iure lottariar. Cap. IV. §. 2.

44) STRUBENS rechtliche Bedenken. 4. Th. Bd. 160. a. S. 409. und Danz Handbuch des deutschen Privatrechtes 2. Bd. §. 212. S. 314.

45) WILDOVOGEL Diss. cit. Th. 37. nennt sie unrichtig *conductio ex moribus s. consuetudine*.

46) Eine vortreffliche Abhandlung über diesen Gegenstand ist Karl Grobmann's Versuch einer Entwicklung der rechtlichen Natur des Ausspiel-Geschäftes. Giessen 1797. 8. Glückserldut. d. Band. II. Th.

gegen versprochen wird. Man kann sich ein solches Geschäft nicht füglich gedenken, ohne zugleich damit den Gedanken an eine Uebereinkunft der Geschäftsmitglieder, an einen Spielvertrag, zu verbinden, und dieser Vertrag muß zwey Dinge bestimmen;

1) die Bedingung, auf welcher der Sieg beruhen soll. Was für eine Art von Spiel hierzu gewählt wird, ist gleichgültig. Es können Würfel oder Karten entscheiden. Es kann aber auch ein Kunstspiel z. E. Kegelspiel, Billardspiel, oder das Schießen nach der Schelbe gewählt werden. Zuweilen kann auch derselbe Augenblick das Schicksal aller Mitspieler entscheiden, und dasselbe Ereigniß, welches einen zum Sieger über einen macht, kann denselben auch zum Sieger über alle machen. Es ist z. B. zur Bedingung gemacht worden, daß der die Sache bekommen soll, dessen Nummer auf den ersten Auszug der Lotterie herauskommen würde.

2) Die Sache, deren Erwerbung für den Sieger von dem Ablauf der bestimmten Bedingung abhängig gemacht wird. Diese ist bey dem Ausspielen eine und dieselbe individuelle Sache. Auf diese bezlehen sich also sowohl die bedingt gegebenen Rechte aller Spieler, als die bedingt übernommenen Verbindlichkeiten derselben. Jeder muß also dieselbe Sache, wenn die Bedingung günstig für ihn ausfällt, gewinnen, jeder muß aber auch dieselbe Sache, wenn die Bedingung gegen ihn abläuft, verlieren können. Es folgt hieraus, daß der Gegenstand, um welchen gespielt wird, eine Sache seyn müsse, woran zwar jeder der Interessenten Rechte, aber doch keiner ein ausschließendes Recht hat. Betrachtet

tet man diesen Gegenstand genauer, so lassen sich besonders zwei Verhältnisse desselben zu den Spielern denken, nämlich es besaßen entweder

I. alle dieselbe Sache gemeinschaftlich, und wollen, um diese Gemeinschaft aufzuheben, und die Sache an einen ausschließend zu übertragen, um diese Sache spielen. Hier ist es klar, daß nichts, als dem wirklichen Spielen vorhergehend gedacht werden kann, wie der Vertrag zum Spielen. Dieser Vertrag besteht darin, daß jeder einzelne Theilhaber auf den Fall, daß er besiegt werden würde, seine an die Sache habende Rechte abzutreten verspricht. An wen aber, wenn der Spieler mehr, als zwei sind? Hier ist wohl, wosfern nicht die Entscheidung für alle in ein Moment fällt, diejenige Vorstellung die natürlichste, wenn man sagt: Jeder einzelne verspricht, daß, sobald die Bedingung gegen ihn verneinend ausfallen würde, er von der Gesellschaft abtreten, seinen, als Theilhaber, an die gemeinschaftliche Sache habenden Rechten entsagen, und diese den übrigen, gegen welche die bestimmte Bedingung noch nicht absprechend entschieden hat, also der übrigen noch bestehenden Gesellschaft, überlassen wolle⁴⁷⁾. Hier tritt also der Besiegte nur ab, und ihm, der keine Rechte mehr hat, muß es ganz gleichgültig seyn, was die übrigen, unter denen die Gemeinschaft fortdauernd bleibt, mit der Sache machen wollen. Er kann weder verlangen, daß sie das Spiel fortsetzen, noch es hindern, wenn sie in der Gemeinschaft bleiben, oder die Sache theilen wollen. Von diesen übrigen Gesellschaftsgliedern hat

A a 2

keiner

47) Grozman hat dies in der angeführten Schrift S. 26. ff. ganz einleuchtend dargehan.

keiner größere und mehrere Rechte, als der andere. Sie behalten also auch, wenn sie die Gemeinschaft fortführen, gleiche, und bekommen gleiche Anteile, wenn sie die Theilung besieben. Selbst ein Zufall, welcher nach den Abtritt des Besiegten die Fortsetzung des Spiels hindern könnte, würde seine Rechte nicht wieder aufleben machen, ihn nicht wieder in die Gesellschaft zurückführen⁴⁸⁾.

II. Die auszuspielende Sache gehörte vorher noch nicht der spielenden Gesellschaft gemeinschaftlich zu. Es lassen sich hier wieder zwei mögliche Fälle gedenken.

a) Die Sache war bisher in dem alleinigen Eigenthum eines Dritten, d. h. eines solchen, der keinen Anteil am Spiele nimmt. Hier treten zwei ganz verschiedene Geschäfte ein, die sorgfältig von einander abgesondert werden müssen.

1) Ein vorbereitendes, wodurch die Sache erst an die Spielenden kommt, und in ein solches Verhältniß gegen sie gebracht wird, daß sie darum spielen können. Es hat also zur Absicht, der zum Ausspielen vereinigten Gesellschaft die Sache entweder wirklich zu erwerben, oder doch ihr einen Rechtstitel zur Erwerbung zu verschaffen. Wie könnten sie sich sonst wechselseitig den Gewinn und Verlust garantiren? Was dieses vorbereitende Geschäft für ein Vertrag sey, hängt von den Umständen ab. Es kann eine Schenkung, oder ein benannter oder unbenannter Contract seyn. Gewöhnlich ist es ein Kaufcontract, d. i. man gibt Einsatz⁴⁹⁾). Der Einsatz aller Spieler ist hier

der
48) Grozman a. a. D. S. 25. ff.

49) Weil die ausgespielte Sache, den Einsatz aller zusammen gerechnet, gewöhnlich weit über ihren Werth von den Interessen

der Kaufschilling, denn alle Einsehenden sind nur für einen Käufer anzusehen. Es ist also nur ein Kauf mit allen Einsehenden geschlossen, und dies ist ein unbedingter Kauf, mithin kein bloßer Hoffnungskauf. Denn die Hoffnung, die jeder der Einsehenden hat, die Sache zu gewinnen, betrifft hier nicht, wie bey der emtio spei der Fall ist⁵⁰), das künftige Daseyn der Sache, oder ihre künftige Unterordnung unter das Veräußerungsvermögen des Versprechenden, sondern einen außer der Sache liegenden Umstand. Bedingt kann der Kauf auch schon darum nicht seyn, weil es sich nicht denken lässt, daß der Verkäufer seine Verbindlichkeit von einer Bedingung abhängig machen wolle, wobei er doch selbst nicht im geringsten interessirt seyn kann. Ganz davon unabhängig ist

2) das eigentliche Spielgeschäft, welches sich auf einen blos unter den Spielern eingegangenen Vertrag gründet, wodurch die Erwerbung der durch jenes präparatorische Geschäft erst von der Gesellschaft erworbenen Sache für den Sieger vom Spiel abhängig gemacht wird.

Aa 3

Es

fenten bezahlt wird, so verbieten verschiedene Provinzialgesetze das Ausspielen. S. von Berg Handbuch des deutschen Polizeyrechts Th. 2. S. 258. und Littmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 563. Allein wo das Ausspielen nicht durch Landesgesetze verboten ist, kann es an sich keinesweges für ein verbotenes Geschäft gehalten werden, sofern es sich nicht durch die Art, wie es unternommen wird, zu einem verbotenen Glücksspiele qualifiziert.

50) L. 8. §. 1. D. de contrab. emt.

Es ist von practischer Wichtigkeit, diese beiden Geschäfte von einander abzusondern, und noch wichtiger ist es, das erstere von beiden für unbedingt, nicht für abhängig vom Ausgange des zweyten anzusehen¹⁾). Folgende Resultate werden uns davon lebhaft überzeugen.

a) Wäre das präparatorische Geschäft bedingt, so wären, wenn die Sache vor geendigtem Spiel zu Grunde geht, alle diejenigen, gegen welche die Bedingung noch nicht entschieden hat, vom Einsatz frey. Allein so ist es nicht. Sobald die Theilnehmer sich mit dem, welcher die Sache will ausspielen lassen, über den Einsatz vereinigt haben, ist der Contract vollkommen. Von diesem Augenblicke an geht auch die Gefahr der Sache auf die Käufer über, und sie sind, wenn gleich die Sache noch vor dem Ausspielen durch Zufall zu Grunde geht, dennoch den Einsatz zu entrichten verpflichtet. Von diesem Augenblicke an muß aber auch der Verkäufer für culpa levis haften, wenn die Sache durch seine Unchätigkeit deteriorirt wird, ja er muß für custodia plena stehen, d. h. er ist für das geringste Versehen verantwortlich, wenn vor der Uebergabe die Sache verloren, oder zu Grunde geht²⁾).

ß) Der Ausspielende ist verbunden, die Sache der Gesellschaft, nach Erlegung des Einsatzes und volliger Bestiedigung desselben in Rücksicht des bestimmten Preises, sogleich zu übergeben; statt daß derselbe, wenn der Kauf

1) S. Groiman in der angef. Schrift S. 45. ff.

2) L. 5. §. 2. D. Commod. L. 13. §. 22. D. de act. emti vend. L. 1. §. 1. D. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et commodo rei vendit.

Kauf bedingt wäre, erst die Entscheidung abwarten dürfte, und nur dem die Sache zu übergeben verbunden wäre, welchen das Spiel und die festgesetzte Bedingung begünstigt hat. Endlich

γ) wäre der mit dem Ausspieler geschlossene Vertrag bedingt, so müßte der Verkäufer die Kosten, die er vor dem Eintritt der Bedingung auf die Sache verwendet hat, allein tragen, weil er in der That sein eigenes Geschäft führt. Statt dessen aber liegt es nach der richtigern Ansicht gleich nach geschlossenem ersten Geschäft den Käufern ob, die Kosten selbst zu bestreiten, und diese dem Verkäufer, wenn er sie vorgeschoßen hat, zu ersezzen. Noch ist ein anderer Fall denkbar, nämlich

b) der, wenn derjenige, welcher die Sache ausspielen läßt, selbst Anteil am Spiel nimmt. Man würde sich sehr irren, wenn man hier annehmen wollte, daß das Ausspielgeschäft blos in einem Vertrage zwischen dem, welcher die Sache ausspielen läßt, und jedem einzelnen Theilnehmern bestehe, nämlich gegen Erlegung des bestimmten Einsatzes, mit ihm zu spielen, und ihm, im Falle des Sieges, die Sache zu überlassen. Denn der Umstand, daß der Ausspieler zugleich an dem Spiele selbst Theil nimmt, kann in der Hauptsache nichts ändern. Das Ausspielgeschäft besteht also hier gerade, wie in dem vorligen Falle,

1) in einem präparatorischen, wodurch die Sache der Gesellschaft erworben wird, und dieses ist, wenn gegen Einsatz gespielt wird, ebenfalls ein reiner Kauf.

2) Aus dem eigentlichen Spielgeschäft.

Die Folgen sind auch hier eben so, wie in dem vorigen Falle; nur daß hier der Ausspielende sich auch darum zu bekümmern hat, was die Spieler mit der Sache vornehmen, weil er hier auch bei dem Spiel selbst interessirt ist, mithin auch als Spieler und Gesellschaftsmitglied Rechte hat, welche dem Ausspielenden in dem vorigen Falle nicht zugeschriften werden konnten¹³⁾.

3) S. Grolman a. a D. S. 55. ff.

Lib. XI. Tit. VI.

Si sensor falsum modum dixerit.

§. 763.

Wer heißt hier *sensor*? Rechtlches Verhältniß, wenn er unrichtig vermessen hat.

Mensor wird hier derjenige genannt, welcher die Größe einer Sache nach den Regeln der Geometrie zu bestimmen hat⁵⁴⁾). Diese Mensoren waren bey den Römern Gelehrte, welche die Geometrie lehrten, und als eine *ars liberalis* ausübten⁵⁵⁾). Daher werden sie *Magistri geometriae*⁵⁶⁾, und *Geometrae*⁵⁷⁾ in den Gesetzen genannt, und Kr. *Valentinian*⁵⁸⁾ nennt ihre Beschäftigung eine *erudita ars*. Sie standen in großer Achtung⁵⁹⁾), und werden *spectabiles* auch *clarissimi*⁶⁰⁾ genannt. Man bediente sich

54) *S. Exercitat. iurid. antiquar. de agrimensoribus Romanorum.*
Bremae 1771. 8.

55) *L. ult. Cod. de excusat. artific.*

56) Man sehe die Verordnung der Kr. *Theodosius u. Valentinian* bey *goesius in scriptor. rei agrariae* pag. 343.

57) *L. 2. C. de excusat. artif. L. 22. D. de excusat.*

58) *L. 5. E. Tb. finium regundor.*

59) *CASSIODORUS Variar. Epistolar. Lib. III. Epist. 53. S. Grotius Florum sparsio ad ius Justinian.* pag. 149.

60) *S. die Verordnung der Kr. *Theodosius u. Valentinian* bey *goesius in scriptor. rei agrar.* pag. 343.*

sich nun dieser Mensoren sowohl bei Gränzstreitigkeiten, wie schon an einem andern Orte⁶¹⁾ vorgekommen ist, als auch insonderheit bei Kaufhandlungen, wenn es entweder dem Käufer oder dem Verkäufer daran lag, den Flächeninhalt eines Ackerstücks genau zu wissen⁶²⁾). Hatte nun ein solcher Mensor ein falsches Maas angegeben, so existirte nach dem römischen Civilerecht keine Klage, wodurch der dadurch entstandene Schaden hätte verfolgt werden können. Denn zwischen dem agrimensore, und demjenigen, dessen Grundstück er maas, bestand nach der Ansicht der Römer kein gültiges Geschäft, sondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener diesem erzeugte, wenn er eine solche Messung übernahm. Wurde er auch für seine Mühe belohnt⁶³⁾), so war dies doch kein Lohn, so wie man ihn

61) S. des 10. Theils 2. Abth. §. 717. Not. 32. S. 436.

62) *L. i. pr. D. b. t.* Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit, a quo falli nos non oportet. Nam interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione: si forte vel de finibus contentio sit, vel emtor scire velit, vel venditor, cuiusmodi ager veniat.

63) In gewissen Fällen war die Belohnung der agrimensorum sogar gesetzlich bestimmt. Merkwürdig ist die Verordnung des Krs. *Theodosius ad Numum Magistrum officiorum*, welche *Wilb. GOESIUS inter Leges de controversiis agrorum pag. 343.* anführt: *Praecipimus itaque Agrimensoribus, ut pro laborum vicissitudine Geometricae artis, funds cui finem restituens in trifinii rationem steterit, et convenientiam trium centuriarum ibidem esse signaverit, tres aureos accipiat, absque sua pulveratica. Quodsi limitem direxerit, volumus, ut per singulas possessionis uncias singulos aureos accipiat.* Was hier PULVERATICA, oder, wie es *L. 16. Cod. Theodos.* de *Tironibus* genannt wird, PULVERATICUM sey, ist ungewiß. Iac. Cujacius obser-

ihm dem Handwerksmanne accordirt; denn mit einem Gelehrten schließt man keinen Miethcontract, wenn er uns Dienste zu leisten verspricht; sondern es ist ein Honorar, was man ihm blos zur Bezeugung seiner Erkennlichkeit, aber nicht als ein Aequivalent giebt⁶⁴⁾. Um den aus diesem

servat. Lib. IV. cap. 18. und *Iac. GOTHOFREDUS* in Commentar. ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. Tom. II. Lib. VII. Tit. 13. pag. 390. der Ritterschen Ausgabe verstehen darunter *honorarium*, *quod quasi pro labore et pulvere Agrimensoribus dabatur*. Allein diese Meinung widerlegt sich schon aus der angeführten Constitution von selbst, in welcher das *pulveratum* von dem Honorar ganz deutlich unterschieden wird. *Wilb. GOESIUS* in Notis ad *Scriptor. rei agrariae* pag. 194. erklärt das *Pulveraticum* auf eine andere Art: Erit potius illud, sagt er, *quod militi, aliive cuiquam datur, antequam ad pulverem et laborem castrorum alteriusve cuiusdam exercitii accedat*. Ihm stimmt auch der Verfasser der eben angeführten Abhandlung *de Agrimensoribus Romanor.* §. 20. Not. ** pag. 60. bey, und vergleicht es mit der jetzt üblichen *arra*. Die richtigste Erklärung scheint mir jedoch die zu seyn, welche *Io. Dan. RITTER* ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. not. c. Tom. II. pag. 390. giebt, wenn er sagt: *PUBVERATICA agrimensoribus data non est aliud, quam pecunia in singulos dies victus causa attribuenda, quam bodie solemus erogare in illos, quibus negotia nostra per egre agenda dedimus*. Also was man heut zu Tage *Diaten* zu nennen pflegt.

64) Wenn gleichwohl *Paulus* L. 4. §. 1. D. *finium regundorum* sagt: *Sed etsi mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conductus, in partem mercedis;* so geschieht dies im uneigentlichen Sinn; wie auch *Ant. FABER* in *Rational. ad h. L.* bemerkt hat. In diesem uneigentlichen Sinn wird auch L. 1. §. 1. D. h. 1. das Wort *merces* für *honorarium*

semi Grunde leicht möglichen Betrügereien vorzubeugen, wurde daher durch das prätorische Recht eine *actio in factum* für den Fall eingeführt, wenn der mensor durch dolus oder culpa lata dem einen oder andern Thelle Schaden gethan hätte. Ulpian sagt *L. I. D. b. t.* Ideo autem hanc actionem proposuit Praetor, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam *beneficii loco preeberi*: et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde *honorarium* appellari. Si autem ex locatio conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem⁶⁵). Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit: visum est enim, satis abundeque coerteri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est; proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed et si negligenter, aequa mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare, propter verba Edicti: utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire.

§. 764.

Eigenschaft der *actio in factum* gegen den mensor. Ausdehnung dieser Klage auf mehrere Fälle.

Die *actio in factum* wider den agrimensor setzt also voraus,

I) das

honorarium genommen. Denn unmittelbar vorher wird ausdrücklich gesagt, zwischen dem agrimensor, und demjenigen, welcher sich desselben bedient, bestehet keine *locatio conductio*.

65) In den *Basilie.* Tom. VII. Lib. LX. Tit. 9. pag. 236. heißt es: *καὶ ἀχρήστε τις καὶ τὸν περὶ μητρώος αγνῆν.* s. e. et in cum locati conducti inutiliter agitur.

1) daß das Maas oder die Größe eines Grundstücks von dem mensor zu jemandes Schaden falsch angegeben worden sey, (falsum modum renunciatum esse). Hat der mensor blos die Ausmessung verzögert, und dadurch den Verkäufer in Schaden gesetzt, weil dieser dem Käufer versprochen hatte, daß das Grundstück binnen einer gewissen Zeit ausgemessen werden solle; so hat nicht diese Klage, sondern die *actio doli Statt*⁶⁶).

2) Dem

66) *L. s. pr. D. b. t.* Si mensor non falsum modum renunciaverit, sed traxerit renunciationem, et ob hoc evenerit, ut venditor liberetur, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit: haec actio locum non habet. Sed nec dari utilem debere, Pomponius ait. Erit ergo ad actionem de dolo decurendum. Statt liberetur, wie die Florentine liest, wollen cuiuscius Observation. Lib. VII. cap. 35. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. Io. VOET Com. ad Pandect. h. t. §. 3. in fin. und ROTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. II. not. b. pag. 336. lieber laederetur lesen. Diese Emendation macht auch der Sinn des Gesetzes nothwendig, und wird durch die Basiliken unterstützt. Diese haben Tom. VII. pag. 237. Εάν μὴ ὁ μετρητής ἐκφωνήσῃ, ἀλλ᾽ ὑπερθέμενος βλαψῇ τὸν πράτην etc. i. e. Si mensor non renunciaverit falsum modum, sed dilata renunciatione laeserit venditorem. Corn. van BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. III. cap. 15. pag. 188. sucht zwar die florentinische Leseart zu vertheidigen, und gründet sich auf *L. 40. pr. D. de contrab. emt. vendit.* Allein seine Erklärung ist erzwungen, und den Worten des Gesetzes zuwider. Es lesen auch mehrere Cod. mmser. LAEDERETUR. Brenkmann führt in der Gebauer'schen Ausgabe sechs an, die er selbst verglichen hat. Auch Chaton das bezeugt dieses. In den Scholien der Basiliken Tom. VII. pag. 241. not. x. wird nach promisit noch zur Erläuterung hinzugefügt: καὶ προσίμου προσέθετο, εἰ μὴ εὑπρεθέσμως παρεδὼ. i. e. et poenam adjecit, nisi ad diem adsignarit.

2) Dem agrimensor muß ein dolus oder eine culpa lata zur Last fallen. Mehr kann man von einem mensor nicht fordern, als daß er dafür hafte⁶⁷⁾. Es ist auch kein Unterschied, ob er eine Belohnung erhalten, oder die Messung umsonst übernahm⁶⁸⁾. Es kommt auch darauf nicht an, ob ihm die Messung vom Richter, oder von den Parteien aufgetragen worden⁶⁹⁾, desgleichen, ob die Messung von ihm selbst geschehen ist, oder von ihm einem Andern überlassen worden. Denn auch für dessen dolus oder grobe Unachtsamkeit ist er verantwortlich⁷⁰⁾.

3) Der verletzte Thell muß durch kein anderes Rechtsmittel seine Entschädigung erhalten können. Denn die actio in factum ist nur subsidiarisch, und findet daher nicht statt, wenn der in Schaden gesetzte Thell schon durch die actio venditi, oder emti, oder condicatio indebiti hinlänglich gedeckt ist⁷¹⁾.

L. 3. §. 2. D. b. t. POMPONIUS tamen scribit, si emtor plus dederit venditori propter renunciationem, quia condicere potest, quod plus dedit, agi cum mensore non posse: nihil enim emtoris interesse, cum possit condicere; nisi solvendo vendor non fuit, tunc enim mensor tenebitur.

L. 3. §. 3. D. eodem. Sed si vendor maiorem modum tradiderit, fraudatus a mensore, consequenter dicit

67) S. Egid von Lôhr Theorie der Culpa. S. 194. u. Eben derselbe in den Beiträgen zur Theorie der Culpa S. 78.

68) *L. 1. §. 1. D. b. t.*

69) *L. 3. §. 4. D. eod.*

70) *L. 1. §. 2. L. 2. §. 1. D. b. t.*

71) S. voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

dicit POMPONIUS, non esse actionem adversus mensorem: quia est ex vendito actio adversus emtorem; nisi et hic emtor solvendo non sit.

L. 5. §. 1. D. eod. Si, cum falsus modus renunciatus esset, emtor cum venditore ex emto egisset: agere poterit etiam cum mensore⁷²⁾. Sed, si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. Quodsi non de toto modo, qui deerat, cum venditore egerit, sed de minore: consequenter scribit POMPONIUS, de residuo cum mensore agi posse.

4) Uebrigens steht die Klage jedem zu Gebote, dem durch die Angabe des falschen Maafses geschadet, und welcher dadurch veranlaßt worden ist, das Grundstück entweder zu theuer zu kaufen, oder zu wohlfeil zu verkaufen. Also der Käufer oder Verkäufer, oder wer sonst dabei interessirt ist, kann sie anstellen⁷³⁾. Sie kommt daher auch dem Erben zu statten, oder wer sonst, dem Erben gleich, in des Verlegten Rechte eintritt⁷⁴⁾. Hingegen

5) wider die Erben des agrimensoris findet die Klage nach dem Römischen Recht nicht Statt, weil sie ein factum illicitum zum Grunde hat⁷⁵⁾. Eben deswegen haften auch mehrere wegen der Entschädigung in solidum, jedoch befreyen die von dem geleistete Entschädigung die

72) Wenn nämlich der Käufer seine Entschädigung von dem Verkäufer nicht erhalten hat. S. ROTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. IV. not. c.

73) L. 3. §. 1. D. b. t. voET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

74) L. 3. §. 5. D. b. t.

die übrigen⁷⁵). Die Klage ist daher, wie Clodot⁷⁶) ganz richtig bemerkt, in Ansehung des Klägers eine *actio rei persecutoria*; hingegen von Seiten des Beklagten eine *Pönalklage*. Nach dem kanonischen Recht wird jedoch die Klage auch gegen die Erben gestattet, soweit die Erbmasse zureiche⁷⁷).

6) Die Klage geht auf den Ersatz des durch Angabe des falschen Maahes verursachten Schadens. Z. B. was der Käufer wegen der falschen Angabe mehr für die Sache gegeben, oder der Verkäufer weniger für dieselbe erhalten hat. Die Basiliken⁷⁸) sprechen zwar immer von einer *poena dupli*, welche den *mensor* tresse. Allein in den Gesetzen dieses Titels ist diese Strafe nicht begründet. Diese reden blos von Leistung des Interesse⁷⁹). Hat der Kläger schon zum Theil seine Entschädigung von dem erhalten, mit welchem er das Geschäft über das Grundstück geschlos-

75) L. 3. pr. D. b. t. G. KLEINSCHROD *Doctrina de reparatione damni delicto dati Specim. I. §. 10.*

76) *Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261.*

77) Cap. 5. X. *de raptor.* G. KLEINSCHROD *Doctrina cit. Specim. I. §. 14.* besonders in Rücksicht der gegenwärtigen Klage STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 21. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 867.

78) Tom. VII. pag. 235. Ο μετρητὴς ψουσάμενος περὶ τὸ μέτρον τὰ φιλονεικουμένου ἡ πιπρασκομένου ἀγροῦ, ὑπόκειται τῇ τὰ διπλοῦ ἀποκτύσει. i. e. *Mensor, qui falsum modum dicit agri litigiosi, aut venditi, in duplum tenetur.*

79) L. 1. pr. L. 3. §. 1. 2. et 3. D. b. t. HUBER *Praelect. ad Pand. h. t. §. 2.* LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 7. et 8.*

schlossen hat; so findet die Klage nur noch wegen des Ueberrests Statt⁸⁰⁾.

7) Die Klage ist eine *actio perpetua*, welche erst durch eine Verjährung von dreißig Jahren erlischt. Paulus führt den Grund an *L. 4. D. b. t.* *Haec actio perpetua est, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit.* *Noodt*⁸¹⁾ *Anton Faber*⁸²⁾ und *Böckelmann*⁸³⁾ finden diesen Grund hündig und passend. *Prius enim est,* sagt Faber, *ut mensor suscepere munus, et officium metiendi et renunciandi, quam ut dolo malo versatus sit in falso modo renunciando.* Böckelmann fügt noch hinzu: *In hac autem susceptione hoc actum videtur, ut bona fide fieret mensio, quodsi contra istam susceptionis legem fecerit mensor, videtur potius ex conventione violata quam delicto conveniri: quia conventio praecessit delictum, et cum dubitatur de natura actionis, semper initium negotii spectandum esse,* *ULPIANUS quoque post LABEONEM confirmat*⁸⁴⁾. Allein *Jacob Voorda*⁸⁵⁾ glaubt hier ein Beispiel zu finden, wodurch die Bemerkung bestärkt wird, die schon längst *Cujas*⁸⁶⁾,

Janus

80) *L. 5. §. 1. D. b. t.*

81) *Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. in fin.*

82) *Rational. in Pandect. ad h. L. 4. h. t.*

83) *Commentar. in Dig. h. t. §. 6.*

84) *L. 8. pr. D. Mandati.*

85) *Interpretat. ad Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10.*

86) *Observation. Lib. XVII. cap. 15.*

Janus a Costa⁸⁷⁾, und Gilbert Regius⁸⁸⁾ gemacht haben, nämlich, daß die Römischen Rechtsgelehrten nicht immer die richtigen Gründe von ihren Entscheidungen und behaupteten Rechtssätzen angegeben haben. Es ist wohl ganz einleuchtend, daß der Anfang des übernommenen Geschäfts keinen Einfluß haben kann auf die Dauer der Klage, und daher die Klage nicht ex suscepto negotio, sondern vielmehr ex circumscriptione entspringt. Denn Ulpian⁸⁹⁾ sagt ja ausdrücklich: *Haec actio dolum malum duntaxat exigit.* Der wahre Grund, warum die Klage perpetuirlich ist, scheint vielmehr der zu seyn, welchen Paulus angiebt *L. 35. D. de obligat. et action. quia honorariae actiones, quae rei persecutionem habent, nec contra ius civile dantur, etiam post annum dantur.*

8) Direct hat die actio in factum nur gegen einen agrimensor bey Feldgütern Statt. Der Prätor hat aber die Klage nachher auf die Vermessung aller andern, sowohl unbeweglichen als beweglichen Sachen, ausgedehnt, so daß daher diese Klage utiliter auch bey Gebäuden, Wein, Getraide, u. dergl. gebraucht werden kann⁹⁰⁾). Sie findet ferner Statt, wenn über die Breite eines Weges gestritten wird, und es auf eine Vermessung ankommt⁹¹⁾). Der Kaiser Severus gestattete sie auch durch ein Decret gegen einen Baumelster⁹²⁾), und Ulpian dehnt sie sogar auf

87) Commentar. ad Decretal. Lib. I. Tit. 29. pag. 144.

88) Εναντιοφαγ. Lib. II. cap. 14.

89) L. 1. §. 1. D. b. t.

90) L. 5. §. 2. D. b. t.

91) L. 6. L. 7. pr. et §. 1. D. eodem.

92) L. 7. §. 3. D. b. t.

auf einen Rechnungsführer aus, wenn er arglistig oder aus grober Nachlässigkeit einen Rechnungsfehler überschen hat⁹³).

§. 765.

Heutige Anwendbarkeit.

Dass auch noch heut zu Tage die *actio in factum contra mensorem* statt finde, wenn das Ausmessen eines Grundstücks von einem Gelehrten nach den Regeln seiner Kunst geschehen ist, leidet keinen Zweifel⁹⁴). Oft geschieht aber auch heutiges Tages die Ausmessung von solchen Personen, die sich dazu für einen Lohn dingen lassen, und sich von diesem Metier nähren. Das Geschäft, welches mit solchen Leuten geschlossen wird, ist denn freylich nur eine *locatio conductio operarum*, und die Verbindlichkeit derselben nach den Grundsätzen dieses Contracts zu beurtheilen. Sie haften daher mit der *actione conducti* für *culpa levius*, wenn sie ein falsches Maas angegeben haben⁹⁵).

93) L. 7. §. 4. D. b. t. Ego etiam, sagt Ulpian, *adversus tabularium puto actiones dandas, qui in computatione sefellit.* Bey den Römern gab es zweyerley Arten der *Tabulariorum*. Einige waren in Diensten der Städte, und hatten das Steuer- und Rechnungswesen unter sich; andere wurden in gerichtlichen Geschäften gebraucht. S. Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodosian. Tom. II. pag. 488. Hier ist unstreitig von den ersten die Rede. Sie werden daher auch L. 1. §. 6. D. de extraord. cognit. ausdrücklich *calculatores* genannt, und zur Classe der Gelehrten gezählt. Man sehe auch BRISSONIUS de Verb. Signific. v. *Tabularius*.

94) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 1. STRYK UL mod. Pand. h. t. §. 3.

95) STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 2. VOET. Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXI. §. 24. Mich. God. WERNHER Lectissimae Commentat. in Pand. h. t. §. 3. et 4.

Lib. XI. Tit. VII.

De religiosis et sumtibus funerum et ut
funus ducere liceat.

§. 766.

Recht der Begräbnisse nach dem Römischen Rechte.

Bey den Römern ⁹⁶⁾ gab es ehemals keine zur Beerdigung menschlicher Leichname bestimmte öffentliche Plätze, sondern jeder begrub seine Toten auf seinem Eigenthume, oder an öffentlichen Wegen ⁹⁷⁾. Varro ⁹⁸⁾ sagt, man habe dabei die Absicht gehabt, die Vorübergehenden an die Sterblichkeit zu erinnern. Sepulchra ideo

secun-

96) Iac. GUTHERIUS de iure Manium. Paris 1615. rec. Lipsiae 1671. 8. Flor. DULPHUS de sepulturis, epitaphiis et defunctum monumentis. Bononiae 1641. 4. MEURSIUS de funere Romanorum. Hagae 1604. 4. Io. KIRCHMANN de funeribus Romanorum. Francofurti 1672. 8. und Chrift. Gotth. HÜBNER Historiae Legum Romanarum ad sepulturas pertinentium, adiuncta earum comparatione cum patriis institutis, Specimen I. Lipsiae 1794. 4.

97) KIRCHMANN cit. libr. Lib. II. cap. 22. Io. van NISPEN Disput. de sepulcro violato. Lugd. Batav. 1723. Cap. 18. et 19. in Ge. OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. III. pag. 67.

98) de Lingua lat. pag. 64. edit. Bipont.

*secundum viam sunt, quo praetereuntes admoneant, et se
fuisse, et illos esse mortales.* Daher auch die Anrede an
den Wanderer auf den Grabschriften der Römer: *Siste,
aspice viator.* Einige öffentliche Wege, namentlich die
Appia, Aurelia, Flaminia, Latina, Laurentina, Ostiensis,
Praenestina und Tiburtina, waren wegen der daselbst be-
findlichen Grabmäler besonders berühmt⁹⁹⁾). In der Stadt
selbst durfte hingegen kein Todter begraben werden. Schon
in den Gesetzen der zwölf Tafeln war verordnet: *Hominem
in urbe ne sepelito, neve urito.* (Cicero¹⁰⁰), der dieses Ge-
setz ansführt, sieht den Grund in Verhütung der Feuersge-
fahr, welche aus dem Verbrennen des Körpers zu besor-
gen war. Allein da nicht blos das Verbrennen, sondern
auch das Begraben in der Stadt verboten war, so scheint
auch ein Hauptgrund gewesen zu seyn, welchen Isidor¹⁾
ansführt: *ne foetore suo corpora viventium contacta in-
ficerentur.* Julius Paulus²⁾ fügt noch einen religiösen
Grund hinzu: *Corpus in civitatem inferri non licet, ne
funestentur sacra civitatis.* Die Ausnahmen, welche man

B b 3

ben

99) MEURSIUS de funere cap. 42. QUENSTEDT de sepulturis
pag. 184. sqq.

100) de Legib. Lib. II. Cap. 23.

1) Lib. XIV. Origin. cap. 21. Man sehe IO. LUD. GUIL.
BECK Observationes de Romanor. disciplina publica medica ad
illustranda Veterum Scriptorum et iuris civilis loca. Lipsiae
1809. Cap. I. §. 3.

2) Receptar. Sententiar. Lib. I. Tit. 21. §. 2. in SCHULTING juris-
prud. Antejustin. pag. 261.

bev. viris claris³⁾ und den Vestalinnen⁴⁾ mache, verur-
sachten jedoch, daß das Gesetz nach und nach in Vergessen-
heit geriet. Es wurde daher unter den Consulat des
Duillius im Jahr der Erb. Roms 494. durch ein Sena-
tusconsultum erneuert⁵⁾. Weil es jedoch eigentlich nur
auf Rom allein sich beschränkte, so dehnte es Kr. Hadrian
durch ein Rescript auf alle Städte aus, und setzte auf
dieselben Uebertragung eine Strafe von 40 aureis⁶⁾; wel-
ches nachher Kr. Antoninus Pius, weil Zweifel über
die Allgemeinheit seiner Verbindungs Kraft entstand, noch-
mals besonders in Beziehung auf die Municipalstädte be-
stätigte⁷⁾. Neue Kunstgriffe das Gesetz zu eludiren, wel-

the

3) Beispiele führt Cicero a. a. D. an.

4) SERVIUS ad Aeneid. Lib. XI. v. 206. sagt: *Imperatores et vir-
gines Vestales, quia legibus non tenentur, in civitate habent
sepulcra.* S. van NISSEN Dissert. cit. Cap. 20.

5) SERVIUS ad Aeneid. Lib. XI. v. 205. DUILLIO Consule Se-
natus prohibuit, et lege, cavit, ne quis in urbe sepeliretur.

6) L. 3. S. 5. D. de sepulcro violato. D. HADRIANUS rescripto
poenam statuit quadraginta aureorum in eos, qui in civitate se-
peliant; quam fisco inferri iussit, et in Magistratus, eadem qui
passi sunt, et locum publicari iussit, et corpus transferri. Quid
tamen si lex municipalis permittat in civitate sepeliri? post re-
scripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus: quia
generalia sunt Rescripta, et oportet imperialia statuta suam vim
obtinere, et in omni loco valere.

7) Iulius CAPITOLINUS in vita Antonini Pii Cap. 12. Multa de
iure sanxit, ususque est iuris peritis, — *intra urbes sepeliri
mortuos vetuit.* Viele wollen zwar die Verordnung, welche
Ulpian dem Hadrian und Capitolinus dem Kr. An-
tonin zuschreibt, für ein und eben dieselbe halten, weil be-
kannt ist, daß Kr. ANTONINUS PIUS den Namen Hadrian,
seit

the der Aberglaube erfand, veranlaßten zuletzt noch die Kaiser Diocletian und Maximian dasselbe aufs neue mit allem Nachdruck einzuschärfen⁸⁾. Durch Nachsicht

B 6 4

der

seines Adoptivvaters, angenommen habe. CUYACIUS Lib. II. Observation. cap. 3. PETR. BURGIUS Elector. Libro cap. 4. (in EV. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. I. pag. 316.) und IAC. RAEVARDUS Varior. Lib. III. cap. 10. eignen daher diese Constitution dem Kt. Antoninus zu. Dieser Meinung stimmt auch VAN NISPEN cit. Diff. Cap. XVIII. §. 2. bei. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß beyde Namen zuweilen mit einander verwechselt werden, so läßt sich doch nicht wohl behaupten, daß es hier geschehen sey. Mit Recht halten daher CASAUBONUS ad Capitolin. d. c. 12. GUTHERIUS de iure manium Lib. II. c. 33. MARCILIUS Interpretam. Leg. XII. Tab. cap. 90. und IAC. GOTTHOFREDUS Comm. ad L. 6. Cod. Theodos. de sepulcris violatis. (Tom. III. pag. 61. der Ritterschen Ausgabe.) die Verordnung des Kaisers Antoninus für eine von jener des Hadrian ganz verschiedene Constitution. Es scheint nämlich, daß sich die Municipalstädte, welche, wie GELLIUS Noct. Attic. Lib. XVI. cap. 13. bemerk't, sich ihrer eigenen Gesetze und Rechte bedienten, an jenes Verbot des Kaisers Hadrian nicht gekehrt, sondern sich auf ihre Lex municipalis berufen haben. *Municipes enim*, sagt Gellius, *neque ulla Populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus esset.* Man sieht dies auch aus der Frage, welche Ulpian L. 3. §. 5. D. de sepulcr. viol. aufwirft: *Quid tamen, si Lex Municipalis permittat in civitate sepeliri?* Dies mag den Kt. Antoninus Pin's veranlaßt haben, die Verordnung des Kts. Hadrian nochmals, besonders in Beziehung auf die Municipien, zu bestätigen, wie HERM. NOORDKERK Observation. Decad. (Amstelodami 1731. 8.) Cap. 5. und HÜBNER in histor. LL. Rom. ad sepulturas pertinent. Specim. I. pag. 13. sq. mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt haben.

8) L. 12. Cod. de Religiosis.

der christlichen Kaiser geschahe es jedoch in der Folge, daß man die Besetzung der Toden sogar in den Kirchen erlaubte⁹). Diesen übeln Gebrauch, der seit Constantins Zeiten aufkam, verbot zwar nachher Kaiser Theodos der Große, und bedrohte die Uebertreter seines Gesetzes mit dem Verlust des dritten Theils ihres Vermögens¹⁰). Ein

gleich

9) *Chr. Gott. de WINCKLER* Diss. de iure sepulturae in templis *Lipfiae 1784.* und *GUNDLING* Observat. select. litter. de origine sepulturae in templis.

10) *L. 6. Cod. Theod. de sepulcr. violat.* (Lib. IX. Tit. 17.) Quae supra terram urnis clausa vel sarcophagis corpora detinentur, extra urbem delata ponantur, ut et humanitatis instar exhibeant, et relinquant incolarum domicilio sanctitatem. Quisquis autem huius praecepti negligens fuerit, atque aliquid tale ab humanus intermissionis praeceptis ausus fuerit moliri tertia in futurum patrimonii parte multetur. etc. Die Gründe, welche hier der Gesetzgeber anführt, werden verschiedenlich erklärt. *Jac. GOTHOFREDUS* in Commentar. ad h. L. 6. Tom. III. pag. 161. erklärt den ersten Grund so, es sollten die Grabmäler außer der Stadt an den öffentlichen Wegen die Vorübergehenden an die menschliche Hinfälligkeit erinnern. Allein richtiger scheint *Hübner's* Erklärung zu seyn, wenn er in Historia Legg. cit. pag. 19. sagt: Cadavera Theodosio tunc humanitatis instar seu exemplum exhibere videntur, quando ad humum, unde veniunt, redire, et cum illa misceri possunt. Den andern Grund hält *Godofroi* mit dem oben vom *Paulus* angeführten für einerley: ne funestentur sacra civitatis. Allein *Hübner* erklärt ihn so: ne templa Dei unius cultui destinata impurare redderentur, et labis aliquid ex illo cadaverum foetore contraherent. *MURATORIUS* in Disquisit. de veterum Christianorum sepulcris glaubt, das Gesetz sei blos auf Constantinopel gegangen. Allein die Allgemeinheit dieser Verordnung hat *Godofroi* aus bündigen Gründen erwiesen.. S. auch *Hübner* Diss. cit. pag. 20. sqq.

gleiches that Kr. Justinian¹¹⁾). Allein Kaiser Leo¹²⁾ setzte sich über alle diese Verordnungen seiner Vorfahren hinaus, und ließ jedem seine Freyheit, ob er sich in der Stadt oder außer derselben wolle begraben lassen.

Hatte Jemand kein Eigenthum, worauf er sich eine Grabstätte errichten konnte, so konnte er sich einen Platz dazu auf einem fremden Grundstück kaufen. Daher führt Ulpian¹³⁾ das *preium loci, in quo defunctus humatus est*, ausdrücklich mit unter den Begräbniskosten auf. Es wurde sogar auf der Grabschrift bemerkt, von wem man die Grabstätte gekauft habe¹⁴⁾). Zuweilen vermachte man Jemandem einen Platz zum Begräbniß auch in seinem Testamente¹⁵⁾). Hatte Jemand an einem fremden Orte einen Toden ohne Einwilligung des Eigentümers begraben, so gab der Prätor¹⁶⁾ eine Klage, welche dahin gieng, entweder das Cadaver wieder wegzuschaffen, oder den Werth des Platzes zu bezahlen. Die Klage wird *actio in factum* genannt, und geht auch auf die Erben über¹⁷⁾). Hat ein

Mit,

11) L. 2. Cod. de sacrosanct. eccles.

12) Nov. LIII.

13) L. 37. pr. D. b. t. L. 14. §. 3. D. eodem.

14) KIRCHMANN de funerib. Romanor. Lib. II. cap. 23. hat deswegen mehrere Inscriptionen zum Beweis angeführt.

15) L. 14. Cod. de legat. S. KIRCHMANN c. l. pag. 184.

16) L. 2. §. 1. D. b. t. Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur *in factum actione*.

17) L. 7. pr. D. b. t. Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci preium praestare cogitur per *in factum actionem*, quae tam heredi, quam in heredem competit, et perpetua est.

Mittelgenthümer einen Toden auf dem gemeinschaftlichen Grundstück ohne des andern Miteigenthümers Einwilligung begraben, so kann zwar die *actio in factum praetoria* ohne Zweifel angestellt werden¹⁸⁾; doch kann sich der *socius* auch der *actio familiae erescundae* oder *communi dividendo* bedienen¹⁹⁾. Es kann auch *actione pro socio* geflagt werden²⁰⁾. Noch ist zu bemerken, daß die *actio in factum* nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch dem Usufruetuar, oder wer sonst eine Servitut auf dem Grundstück hat, zu deren Nachtheil das Begräbniß gereicht, zustehe²¹⁾.

Daß übrigens die Römer den Gräbern eine gewisse Heiligkeit beigelegt haben, und der Ort, so weit ihn der Leichnam einnahm, *pro loco religioso* gehalten worden²²⁾, ist

18) L. 6. §. 6. D. *Communi divid.*

19) L. 2. §. 1. D. b. t. Eben so vereinigen die L. 2. mit der L. 6. cit. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 264. Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 3. Ulr. HUBER Praelect. ad Pandect. Lib. XI. Tit. 8. und POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. VIII. Not. c. Mehrere wollen indessen die L. 2. so verstehen, als ob Ulpian läugne, daß die *actio in factum* in dem Falle Statt habe, da ein *socius* ohne Wissen des Andern auf dem gemeinschaftlichen fundus einen Toden begraben habe. G. Jac. VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 13. Io. GATTI. HEINECCIUS in Opusc. postum. ad Edict perpetuum p. 551. note. und de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. I.

20) L. 39. D. *pro socio.*

21) L. 8. §. 4. D. b. t.

22) L. 2. §. 5. D. *eodem.* G. van NISBEN Diff. cit. de sepulcro violato Cap. 12.

ist schon an einem andern Orte²³⁾ vorgekommen. *Zeineccius*²⁴⁾ irrt, wenn er diese Heiligkeit einer Consecration zuschreibt. Ihm widerspricht das Zeugniß eines *Marcians*²⁵⁾, welcher ausdrücklich sagt: *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum inferit in locum suum.* Die Worte der Grabschrift: *Diis manibus sacrum* bezogen sich blos auf den Glauben der Alten, daß die Seelen und Schatten der Abgeschiedenen sich an dem Orte aufhielten, wo der Körper bestattet worden ist²⁶⁾.

§. 767.

Heutige Anstalt der Gottesäcker, deren Ursprung, und Rechte vorzüglich in Hinsicht ihrer Errichtung.

Heute ist es nicht mehr eines jeden Willkür überlassen, wo er sich eine Grabstätte errichten will, sondern es sind gewisse Plätze ausschließlich zur Beerdigung der Todten unter öffentlicher Auctorität bestimmt, welche man, sofern sie sich bey Kirchen befinden, *Kirchhöfe*, und infofern sie davon abgesondert sind, *Gottesäcker* zu nennen pflegt. Beide sind unter dem Ausdruck *Coemeteria* begriffen, welcher von dem griechischen Wort *Kouzeo*, dormio, herkommt, weil man den Tod mit dem Schlaf verglich. Es schreibt sich diese Anstalt wahrscheinlich aus dem neunten Jahr-

23) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 165. S. 470. ff.

24) Antiquitat. Roman. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. II. Tit. I. S. 5.

25) L. 6. §. 4. D. de rer. divis.

26) S. HÜBNER in Histor. LL. Romanar. ad sepulturas pertinent. Specim. I. pag. 6. sq.

Jahrhundert her, seitdem Kaiser Leo der Philosoph die städtischen Begräbnisse wieder erlaubt hatte²⁷⁾). Jeder Christ wünschte nun nach seinem Tode nahe bey der Kirche ruhen zu dürfen, welche über dem Grabe eines Apostels oder Märtyrers erbaut war; und allmählig schlich sich die religiöse Idee ein, daß die Gemeine der heiligen Gottes, welche im Leben versammelt gewesen, auch im Tode beysammen bleiben müsse, um an dem Tage der allgemeinen Auferstehung von den Todten sich sogleich wieder zu finden²⁸⁾). Wenn es in dem Concilium zu Clances, welches nach Harduin²⁹⁾ ums Jahr 895. ist gehalten worden, can. 6. heißt: *Prohibendum etiam secundum maiorum instituta, ut in ecclesia nullatenus sepeliantur, sed in atrio, aut in porticu, aut extra ecclesiam. Infra ecclesiam vero, aut prope altare, ubi corpus domini et sanguis conficitur, nullatenus babeat licentiam sepeliendi³⁰⁾*, so erglebt sich daraus,

27) Man sehe hier vorzüglich van ESPEN *Ius ecclesiast. univers. Part. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 11. sqq. Iust. Henn. BOEHMERI ius eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 28. §. 9. und Paul. Ios. a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 436.*

28) C. Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts 2. Th. §. 310. S. 753.

29) Concil. Tom. VI. P. I. §. 458.

30) Gratian schreibt diesen Canon can. 15. *Caus. XIII.* Quaest. 2. unrichtig einem gewissen Concilio Varense zu, wie auch schon die Correctores Romani bemerkt haben. Daß man dafür vielmehr Concilium Nannetense lesen müsse, erhelleet aus REGINO Lib. I. de disciplin. eccles. cap. 125. und BURCHARDUS Lib. III. Decretor. cap. 159. Man sehe auch van ESPEN loc.

raus, daß schon damals die Begräbnisse bey den Kirchen ganz gewöhnlich gewesen seyn müssen³¹⁾). Anfangs wurden jedoch den Christen immer auch noch ganz von den Kirchen abgesonderte Begräbnisse auf ihrem Eigenthume gestattet. Böhmer³²⁾ erklärt selbst die Worte: *extra ecclesiam*, in dem angeführten Canon, von einer in fundis propriis, in quibus exstructi erunt maiorum tumuli, permissa sepultura. Noch weniger aber läßt uns hieran eine Verordnung des Pabstes Leo III. vom Jahr 810.³³⁾

zwei:

loc. cit. §. 27. besonders aber *Car. Seb. BERARDI* Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. I. Cap. 20. pag. 221. (edit. Venet. 1777.)

31) *S. Iust. Henn. BOEHMERI* Diss. de iure erigendi coemeterium. (Halae 1716. Cap. I. §. 26. Es ist nämlich hier zu bemerken, daß unter *Atrium*, dessen in dem Concilio Nancensis Erwähnung geschieht, nach der Erklärung des angeführten BERARDI in Gratiani canon. P. I. cap. 20. pag. 222. spatium illud vacuum verstanden wird, quod remansit ex area, sive solo, in quo fuerat aedificata Ecclesia, quodque in hac significacione Ecclesiam totam circumambit. Also die Umgebung der Kirche, oder was wir den Kirchhof nennen. *Porticus* hingegen nennt Berard locum deambulationi aptum, veluti claustrum Ecclesiae, seu Monasterii, quae claustra hodie aliquibus in locis sita sunt, ad latus Ecclesiarum, olim vero media constituebantur inter Ecclesiam et vestibulum, vel etiam ad utrumque latus templi. ZUSEBIUS Lib. V. Histor. Eccles. cap. 4. *BEDA Histor. Anglor.* Lib. II. c. 3. Porticus ist also das, was man jetzt den Creuzzgang oder die Halle zu nennen pflegt. §

32) Ad cap. I. X. de sepultur. not. 63. seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. Tom. II. pag. 510.

33) Cap. I. X. de Sepulturis. Einen grundgelehrten Commentar über diesen Text giebt GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretales Gregorii IX. Tom. III. pag. 534. seqq.

zweifeln, in welcher es ausdrücklich heißt: *Nos instituta maiorum patrum considerantes, statuimus, unumquemque in maiorum suorum sepulcris iacere, ut patriarcharum exitus docet. Nulli tamen negamus, propriam eligere sepulturam, et etiam alienam.* — Sed quia dignus est operarius mercede sua, tertiam partem sui iudicij illi ecclesiae dari censemus, in qua caelesti pabulo refici consuevit, ut iuxta Apostolum sint consolationum socii, ut fuerunt passionum; et sic ademum, *ubicunque libitum fuerit, eligat sepulturam.* Allein schon im zwölften Jahrhundert war es allgemein verboten, sich an einem ungeweihten Orte eine Grabstätte zu errichten, und die Beerdigung der Todten auf den dazu bestimmten Kirchhöfen war nun zur rechtlichen Nothwendigkeit geworden ³⁴⁾. Man sieht dies ganz deutlich aus folgender Verordnung ³⁵⁾ des Päpsts Innocenz II. an den Erzbischoff von Genua: *Fraternitatem tuam non credimus ignorare, mortuorum sepulcra et coemeteria apud illas ecclesias et monasteria ex antiquo esse disposita, in quibus religiosorum fratrum conventus sunt constituti, et orationes atque missarum solemnia, tam pro vivis, quam pro defunctis, frequentius celebrantur. Unde ipsorum devotioni et extremae voluntati, qui apud huiusmodi ecclesias sepeliri desiderant, minime contradicendum est.*

34) S. BOEHMER ad cap. 3. X. de Sepult. not. 81. Tom. II. Corpor. iuris canon. pag. 511.

35) Cap. 3. X. de Sepultur. In der Inscription desselben wird zwar Päpst Innocenz III. genannt. Allein daß es nicht diesem, sondern dem P. Innocenz II. zuzueignen seyn, hat GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad h. cap. Tom. III. pag. 541. außer allem Zweifel gesetzt.

est. *Qui vero, relictis antiquis ecclesiis, et paucum, aliquumque parentum suorum sepulcris, contra consuetudinem patrum veteris testamenti, qui cum patribus suis se pulti esse leguntur, ad nova et minus religiosa loca se transferunt, irrationaliter et contra antiquam institutionem facere videntur.* Darin weicht nun aber vorzüglich das canonische Recht von dem römischen ab, daß die bloße Besetzung der Todten nicht mehr für hinreichend gehalten wird, eine Religiosität des Orts zu bewirken³⁶⁾). Diese Eigenschaft giebt ihm erst die bischöfliche Benediction³⁷⁾). Schon Gregorius Turonensis³⁸⁾ gedenkt der sacerdotalis benedictio ausdrücklich als eines nochwendigen Erfordernisses christlicher Beerdigungsplätze; und dieser Gebrauch findet noch heutzutage bey den Katholiken Statt. *Hodie, sagt van Espen*³⁹⁾, *apud Catholicos locus non efficitur religiosus per ipsam corporis humani inhumationem, sed preces et benedictiones sacerdotales prius religiosus redditur, et benedicitur, ut in illum corpora Catholicorum inferantur.* Unde ut coemeterium corporibus Christianorum humandis deserviat, prius in locum religiosum per Episcopum solemni ritu erigendum et consecrandum est. Daher ist zu erklären, warum die Coemeteria nach dem kanonischen Rechte zu den geistlichen Sachen gezählt werden, welche unter der geistlichen Gerichtsbarkeit des Bischofs stehen, und

36) van ESPEN in iure eccles. univ. a. a. D. §. 17. u. 18. hat diesen Unterschied gleichfalls bemerkt.

37) Cap. 4. X. de relig. domib. Cap. 7. X. de consecrat. eccles.

38) De gloria Confessorum cap. 106.

39) Cit. loc. P. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 18. et 19. und Paul. Ios. a RIEGGER Institut iurisprud. eccles. P. III. §. 437.

und ohne bischöfliche Auctorität nicht errichtet werden können⁴⁰). Bei den Protestanten findet zwar jene Ceremonie der Benediction nicht Statt, daher können die Gottesacker eigentlich nicht mehr als res religiosae angesehen werden, sondern sie sind an sich res universitatis, an welchen alle Mitglieder der Gemeinde, für welche der Gottesacker bestimmt ist, ein gleiches Recht haben. Es sollten also auch die Grundsätze des canonischen Rechts bei uns wegfallen, sofern nicht etwa die Kirchhöfe als accessoria templi zu betrachten sind. Dies behaupten auch Stryk⁴¹), Böhmer⁴²), und Hellsfeld. Allein die gemeine Praxis lehrt, daß die Grundsätze des Canonischen Rechts in Rücksicht der Begräbnisplätze bei den Protestanten in der Regel noch zur Anwendung gebracht werden⁴³). Wenn daher ein neuer Zodenacker angelegt werden soll, so sind drei Punkte zu unterscheiden. 1) Die Erlaubniß, denselben anzulegen. Diese muß der Landesherr ertheilen. Denn die Anlegung so wie die Verlegung der Gottesacker gehört zur Landespolizey⁴⁴). 2) Die Fundation. Diese muß auf Kosten der Gemeinheit geschehen, und 3) die Einrichtung und Bestimmung des Platzes zu einem Gottesacker.

Diese

40) Cap. 13. X. de sepultur. Cap. 2. de immunitate eccles. in 6.

41) Us. mod. Pand. h. t. §. 11.

42) Iur. eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 28. §. 12. sq.

43) S. Ge. Lud. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 602 et 603. und Mich. Gott. WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

44) S. Moser von der Landeshoheit in Polizeysachen Kap. 4. §. 2. u. 13. und Böhmer's ausserlesene Rechtsfälle 2. Band 2. Abth. Resp. 157. Nr. 5. ff. Daher hat jetzt kein Privatmann das Recht sich ein Grabmal auf seinem Grund und Boden ohne specielle Erlaubniß des Landesherrn zu errichten. S. Hagemann's Handbuch des Landwirtschaftsrechts §. 92.

Diese gehört zu den Rechten der Consistorien⁴⁵⁾). Fehlt es an einem dazu schicklichen Platze, so kann auch wohl ein Mitglied der Gemeinheit ein dazu dienliches Grundstück für einen billigen Preis zu verkaufen genötigt werden⁴⁶⁾. Ein Kirchenpatron ist ohne landesherrliche Genehmigung einen Gottesacker anzulegen nicht befugt⁴⁷⁾.

§. 768.

Verschiedene Arten der Begräbnisse, und deren Rechte.

Der Kirchhof oder Gottesacker ist nun also jetzt als gemein der zu Begräbnissen christlicher Leichname unter öffentlicher Auctorität bestimmte Platz. Im Ganzen ist er ein Eigenthum der Gemeinheit, zu deren Gebrauch er bestimmt, und auf deren Kosten er angelegt ist. Jedes Mitglied der Gemeinde hat aber das Recht, zu verlangen, daß es auf dem gemeinschaftlichen Kirchhofe unentgeldlich begras-

45) Ge. Lud. BOEHMER Princip. cit. §. 603. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland §. 296. Schröters vermischtjurist. Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat-Kirchen- und Peinl. Rechts I. B. S. 390. und Weise Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts 3 Th. I. Abth. §. 444. S. 551. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

46) S. CARPOV Iurisprud. eccles. Lib. II. Tit. 24. Definit. 388. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 74. not. a. und HAGEMANNS Handbuch des Landwirtschaftsrechts §. 92. S. 152.

47) S. Schröter a. a. D. S. 390. und STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 12.

begraben werde⁴⁸⁾). Jedoch können auch einzelne Mitglieder das ausschließliche Recht auf eine gewisse Stätte des gemeinschaftlichen Gottesackers vermöge eines besondern Titels erwerben. Daher sind die Grabstätten auf den Gottesäckern von zweierlei Art, gemeinsame (*sepulcra communia*) worauf jedes Mitglied der Gemeinheit iure universitatis Anspruch hat, und eigene, (*sepulcra propria*) worauf jemandem vermöge eines besondern Titels ein ausschließliches Recht zusteht; und letztere können weder entweder persönliche oder Erbbegräbnisse seyn, je nachdem das Recht blos auf die Person des Erwerbers eingeschränkt ist, oder auch auf die Erben übergeht⁴⁹⁾). Eigene oder Privatgrabstätten sind also Ausnahmen von der Regel, und müssen vermöge eines besondern Titels erworben werden⁵⁰⁾. Eine solche Erwerbung kann entweder gleich durch die erste Fundation der Kirche oder des Kirchhofs, oder auch nachher durch Kauf, Vermächtniß, oder aus andern besondern Rechtsgründen geschehen. Auch die Erwerbung durch Verjährung ist heut zu Tage bei Begräbnissen nicht auszuschließen⁵¹⁾). Soviel insonderheit

48) Cap. 13. *X. de Sepultur.* *Guil. Hier. BRÜCKNER* Diss. de sepultura gratis concedenda *Ienae 1713.* §. 19.

49) *Ge. Lud. BOEHMER* Princip. cit. §. 604. a. E. Schnauhert in den angef. Grunds. des protest. Kirchenrechts §. 297.

50) S. Wiese im angef. Handbuch im 2. Th. §. 310. S. 755.

51) *L. 4. D. de mortuo inf.* sagt zwar: *Longa possessio ius sepulchri non tribuit, cui iure non competit.* Allein es bezieht sich dies auf den Grundsatz des Röm. Rechts, daß Grabstätten, als religiöse Sachen, weder an sich der Verjährung unterworfen waren, noch auch eine Servitut darauf erworben werden konnte. §. 1. *I. de usucap.* *L. 4. D. Commun. praedior.* S. Iac. GUTH-

heit die Erbbegräbnisse anbetrifft, so gehen dieselben entweder auf alle und jede Erben über, und dann werden sie Erbbegräbnisse im eigentlichen Verstande (*sepulchra hereditaria in specie*) genannt; oder sie sind blos auf gewisse Familien eingeschränkt; hier werden sie Familienbegräbnisse (*sepulchra familiaria*) genannt. Auch in dem Römischen Recht kommt diese Eintheilung vor⁵²⁾. Cajus sagt *L. 5. D. b. t.*

Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiæque suæ constituit. Hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.

Der Unterschied zwischen beyden besteht darin. An Erbbegräbnissen hat jeder Erbe, ohne Rücksicht auf Verwandtschaft, Antheil, also die Testamentserben so gut, als die Intestaterben. Es macht auch keinen Unterschied, ob sie zu gleichen oder ungleichen Theilen erben. Kinder behalten jedoch ihr Recht an der väterlichen Erbstätte, sie mögen Erben geworden seyn, oder nicht; sogar den enterbten Kindern verbleibt es, wenn anders der Vater nicht aus einem gerechten Haß ausdrücklich verboten hätte, daß sie in seinem Erbbegräbniß beigesetzt werden sollen. Es ist dies blos aus Gründen der Billigkeit so verordnet, denn dem Begriff eines Erbbegräbnisses ist dies freylich

C c 2

nicht

THERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 11. und IO. WUNDERLICH lib. sing. de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium (Quedlimb. 1750.) Obs. III. §. 3. pag. 116. Es ist daher heut zu Tage davon kein Gebrauch zu machen. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 33.

52) E. B. BRISONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. cap. 14.

nicht gemäß, wie Ulpian selbst in folgender Stelle bemerkt hat.

L. 6. D. b. t. *Vel quod paterfamilias iure hereditario adquisiit. Sed in utroque heredibus quidem, caeterisque successoribus, qualescumque fuerint, licet sepeliri, et mortuum inferre: etiam si ex minima parte heredes ex testamento vel ab intestato sint: licet non consentiant alii. Liberis autem cuiuscunque sexus, vel gradus, etiam filiisfamilias, et emancipatis, idem ius concessum est: sive extiterint heredes, sive sese abstineant. Exheredatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, *humanitatis gratia* tantum sepeliri, non etiam alios, praeter suam posteritatem, inferre licet.*

Auf den Fidescommissar geht jedoch das Erbbegräbnis des Verstorbenen nicht über, wenn ihm auch die ganze Erbschaft restituirt worden ist, sondern es bleibt bei dem directen Erben⁵³⁾). Der prätorische Erbe hingegen nimmt daran Antheil⁵⁴⁾).

Familienbegräbnisse unterscheiden sich nach dem römischen Rechte bloß darin von den Erbbegräbnissen, daß alle diejenigen ein Recht daran haben, welche zur Familie des Erwerbers oder Stifters gehören, wenn sie gleich nicht Erben geworden sind. Sie erfordern also, außer der Eigenschaft eines Familiengliedes, nicht zugleich die Eigenschaft eines Erben

53) *L. 42. §. 1. D. ad SClum Trebell. STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 29.*

54) *L. 36. D. de bonis libertor. S. Iac. GUTHERIUS de iure Minium Lib. III. cap. 10. pag. 471.*

Erben⁵⁵). Darin aber kommen sie mit den Erbbegräbnissen überein, daß solche auch auf Fremde übergehen können, wenn sie nämlich von dem Stifter des Begräbnisses zu Erben eingesetzt worden sind. Es erhellet dies vorzüglich aus der L. 13. Cod. b. t. wo es heißt:

Ius sepulchri tam familiaris, quam hereditarii, ad extraneos etiam heredes, familiaris autem ad familiam, etiam si nullus ex ea heres sit, non etiam ad alium quemquam, qui non est heres, pertinere potest.

Nach dem besondern Begriff, den die Römer mit dem Wort *Familia* verknüpften⁵⁶), waren jedoch die Cognaten, wenn sie nicht zu Erben eingesetzt worden, von den Familienbegräbnissen ausgeschlossen, wie aus folgender Verordnung des Kaisers Philippus zu ersehen ist.

L. 8. C. b. t. Ius familiarium sepulchrorum ad affines seu proximos cognatos, non heredes iustitios, minime pertinet.

Heutzutage kommt es auf die Bestimmung des Stifters an, ob an dem Familienbegräbniß bloß diejenigen ein Recht haben sollen, welche mit dem Stifter eines Stammes und Namens sind, oder alle, die von ihm abstammen, es sey durch Manns- oder Frauenspersonen. Im ersten Falle werden solche Begräbnisse Stamm- oder Geschlechtsbegräbnisse genannt⁵⁷). Diese fallen als-

C c 3

dann

55) S. ANT. FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. pr. D. h. t. Tom. II. p. II. pag. 567. u. GER. NOODT Comment. ad Dig. h. t. p. 265.

56) L. 195. §. 2. D. de Verb. Significat.

57) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 24.—27. und BOEHMERI ius parochiale Sect. II. cap. 2. §. 15.

dann mit dem Erlöschen der Familie an die Kirche zurück^{58).}

§. 769.

Auf welchem Gottesacker ist Jeder zu begraben? Was ist Rech-
tens, wenn ein Verstorbener anderswohin gebracht werden
soll?

Seisdem nun Kirchhöfe und Todtenäcker eingeführt
find, ist es Regel geworden, daß Jeder auf dem Kirchhofe
derjenigen Parochie begraben werden muß, wo er gestor-
ben ist^{59).} Es gilt dies auch von Fremden, welche inner-
halb den Gränzen einer Parochie versterben^{60).} Hat je-
doch der Verstorbene anderswo ein eigenes Begräbniß, so
kann zwar sein Leichnam dahin gebracht werden, es müssen
jedoch dem Pfarrer und der Pfarrkirche, in deren Gränzen
er gestorben ist, die Funeralien entrichtet werden^{61).} Wir finden in dem Römischen Rechte Beispiele, daß die
Testatoren zuweilen ihre Erben in besondern Codicissen gebe-
ten haben, dafür zu sorgen, daß wenn sie etwa auf Reisen
sterben sollten, ihr Körper in ihre Heimat gebracht, und in
ih-

58) S. Hagemanns Handbuch des Landwirtschaftsrechts. §.
92. a. C. §. 153.

59) Cap. 1. 8. et 10. X. de Sepultur. Cap. 2. eodem in VI. et
Clem. 2. de Sepult.

60) Cap. 3. de Sepultar. in VI. Ge. Lud. BOEHMERI Princip. iur.
canon. §. 607.

61) S. Schauberts Grundsäge des Kirchenrechts §. 299.
und Xav. GMEINERI Institutiones iuris ecclesi. Tom. II. §. 430.
in Schol. (Edit. IV. Graecii 1808.)

ihrem Erbbegräbnisse behgesetzt werde⁶²⁾). Jedoch darf ein solches Wegbringen einer Leiche an einen andern Ort nicht ohne Vorwissen und Erlaubniß der Obrigkeit des Orts geschehen, wo sie abgeschieden ist. Schon das römische Recht verordnet dies ausdrücklich. Ulpian sagt *L. 3. §. 4. D. de sepulchro violato.*

Divus autem Marcus rescripsit: Nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt: quamvis talia fieri sine permisso eorum, quibus permittendi ius est, non debeant⁶³⁾.

C c 4

Bey

62) *L. 30. §. 2. D. de adim. et transf. legat. L. 112. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 14. §. 4. D. de relig.* Hierher gehört auch noch vorzüglich die Stelle aus OVIDII Fastis Lib. V. v. 653. sq.

*Saepe tamen patriae dulci tanguntur amore,
Atque aliquis moriens hoc breve mandat opus :
Mittite me Tiberi, Tiberinis vectus ut undis,
Littus ad Inachium pulvis inanis eam.*

Man sehe hier vorzüglich KIRCHMANN de funeribus Romanor. Lib. III. cap. 25.

63) Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Theodos. de Sepulebris violat. (Tom. III. Lib. IX. Tit. 17. pag. 172. der Ritterschen Ausgabe). Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h.t. pag. 263. und Rad. FORNERIUS Rer. Quotid. Lib. III. cap. 6. wollen zwar dieses Gesetz blos auf den Fall einschränken, wenn ein schon behgesetzter Leichnam wieder aus dem Begräbniß genommen, und anderswohin gebracht werden soll. Außerdem sey die obrigkeitliche Erlaubniß nicht nöthig. Allein daß diese Erklärung untichtig, und den Worten zuwider sey, hat Christph. Lud. CRELL in Diss. de translatione mortuorum per territorium alienum, ad L. 3. §. 4. D. de sepulchro viol. Vitembergae 1734. §. 9. ganz überzeugend dargehan. Die von erstern ent- ge-

Bey den Römern wurde anfangs die Einwilligung der Pontificum erforderl., zu deren Kessort überhaupt die Begräbnissachen gehörten⁶⁴⁾). Die bloße Auctorität des Senats war nicht hinreichend⁶⁵⁾). Nur die Proconsuln nahmen sich die Freyheit heraus, dergleichen Erlaubniß zur Translation für sich zu erhellen⁶⁶⁾). In der Folge wurde diese Erlaubniß bey den Kaisern gesucht, welche diese in der Eigenschaft, als Pontifices Maximi, zu geben pflegten⁶⁷⁾). Auch heut zu Tage wird dies zum Kessort der

gegengesetzte *L. 10. C. de Relig.* will nur soviel sagen, daß die Erlaubniß der Translation, wenn darum gehörig nachgesucht worden, nicht leicht versagt zu werden pflege.

64) *L. 8. pr. D. b. t. L. 5. §. 1. D. de mortuo infer. L. 50. D. de hereditat. petit. PLINIUS Lib. X. Epist. 69. GRUTERUS Inscript. f. 578. nr. I. G. Hug. GROTIUS Flocum Sparsio ad ius Iustinian. pag. 105.*

65) Man vergleiche TACITUS *Annal.* Lib. IV. cap. 44. mit DIO CASSIUS *Lib. XLVIII.* pag. 445. edit. Steph.

66) PLINIUS *Lib. X. Epist. 69. et 70. L. 1. Cod. de Religios.*

67) GRUTERI Inscript. fol. 607. nr. 1. enthalten ein Beispiel einer darauf sich beziehenden Supplie: *Rogo, Domine, permittas mibi, in marmoreo sarcophago, quem mibi comparavi, ea corpora, quae, pressus necessitate, fictili sarcophago commendavi, colligere, ut, quando ego esse definam, pariter cum eis ponar.* Die darauf ertheilte Subnotation lautet so: *FERETRUM, d. h. lectum, in quo mortui transferebantur, wie es VARRO de Lingua Latina Lib. IV. pag. 40. erklärt, FIERI PLACET.* Man sehe auch TACITI *Annales XIV. 12.* Vorzüglich gehört jedoch hierher *L. 14. Cod. de Religiosis.* Wo es heißt: *Nemo humatum corpus ad alium locum sine Augufti affatibus transferat.* In der *L. 7. Cod. Theodos. de sepulchris violat.* (*Lib. IX. Tit. 17.*) woraus die *L. 14. cit.* genommen ist, steht zwar, statt humatum,

der geistlichen Obrigkeit gezählt⁶⁸⁾). Die Auctorität der Polizeybehörde wird nur aus besondern Gründen: z. B. wenn ein Zumult zu befürchten, oder wenn sich ein Verdacht eines etwa verübten Verbrechens offenbart, erfordert⁶⁹⁾). Man behauptet auch heut zu Tage allgemein, daß die Durchfuhr der Leichen in jedem Jurisdicitionsdistrict, durch welchen sie passirt, der Criminalbehörde angezeigt werden müsse⁷⁰⁾). Allein aus der L. 3. §. 4. D. de sepulcro violato, worauf sich alle berufen, läßt sich dies nicht erweisen. Es erhellt vielmehr daraus, daß der Durchpaß der Leiche von keinem Magistrat gehindert, noch die Leiche angehalten werden darf⁷¹⁾). Es heißt nämlich daselbst ausdrücklich:

Edicto D. SEVERI mandatur: Ne corpora detinerentur, aut vexarentur, aut probiberentur, per territoria oppidorum transferri.

Nur

num, bumatum; und Iac. GOTOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. III. pag. 172. hält daher das *humanum* für einen Irrthum. Allein es ist dies wohl unstreitig eine absichtliche Interpolation des Tribuneans, wie die ebenfalls in Cod. Theodos. fehlenden Worte: *sine Augusti affatibus*.

68) S. CRELL cit. Diss. §. 12.

69) CRELL c. l. pag. 33.

70) S. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 20. de BERGER Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. I. Th. 3. not. 9. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. IV. §. 70. not. y. Andere meinen, die Anzeige müsse in jedem Territorium, durch welchen die Leiche geführt wird, der geistlichen Obrigkeit geschehen. S. Mich. God. WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.

71) Man sehe CRELL cit. Diss. §. 13.

Nur wenn die Leiche durch ein fremdes Territorium geführt wird, ist die Anzeige bey der Ortsbehörde nothig⁷²⁾.

Ehemals mußte für die Durchfuhr der Leiche ein Zoll abgegeben werden. Daher rechnet *Macer L. 37. pr. D. b. t. die vectigalia*⁷³⁾ unter die Begräbniskosten. Allein

72) *S. CRELL cit. Diff. §. 13. in fine.*

73) Einige wollen zwar die Worte der *L. 37. cit. et si qua vectigalia sunt*, für eine fehlerhafte Leseart halten, und daher, statt *vectigalia*, lieber *vestiaria* lesen. So haben z. B. *Haloander* und *Baudozia*; auch verschiedene Handschriften, wovon *Brentmann* in der *Gebauerischen Ausgabe des Corp. iur. ad h. L.* Beispiele anführt. Ich kann denselben noch unsern *Erlanger Pandecten-Codex* befügen, welcher auch *vestiaria* liest. Allein so sehr *Io. LEONCLAVIUS Notator. Lib. II. c. 36.* (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 1512*) und *LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 10.* diese Leseart vertheidigen; mit so vollkommenen Grunde verwirft sie *Iac. CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 40.* Cuja; beruft sich zwar auf die *Basilica Lib. 59.* und citirt daraus die Worte: *καὶ τὸ τέλος, καὶ ἡ τογὸς, καὶ ἡ σολῆ.* Allein, was er für ein Exemplar von den Basiliken gehabt haben müsse, ist mir unbekannt. In der *Fabrotischen Ausgabe* fehlt wenigstens die *L. 37.* Dessen ungeachtet vertheidigen die *florentinische Leseart* mit Recht *Io. Guil. MARCKART Probabil. receptarum Lection. iuris civ.* (*Trajecti ad Rhen. 1737. 8.*) p. 120. sq. *Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. XXXIV. §. 8.* und *Iac. VOORDA ad Legem Falcidiam Commentar. c. VIII. pag. 168.* Sie stimmt theils mit den nachfolgenden Worten: *vel sarcophagi, et vectura* besser überein. Denn *vectura* ist hier soviel als *merces pro loco ad λειψανα transferenda in navi conducto*, wie es *Io. Guil. HOPFMANN* in *Meletemat. s. Observation. var. ad Pandect. ad Lib. XI. §. 5. in fin. ganz richtig*

Sein auch diese Abgabe ist in der Folge aufgehoben worden⁷⁴⁾, damit der Transport durch nichts gehindert, und aufgehalten werden möchte. Auch heut zu Tage kann dafür nichts gefordert werden, und auch den Geistlichen, durch deren Parochien die Leiche geführt wird, gebühren mit Recht keine Funeralien⁷⁵⁾.

§. 770.

Begräbnisact, und dessen verschiedene Art.

Die Beerdigung wird nach dem heutigen Kirchenrecht sowohl der Katholiken als Protestantten als eine religiöse Handlung betrachtet, welche in der durch die Kirchengesetze und Gewohnheiten vorgeschriebenen Form zu vollziehen ist. Ein solches Leichenbegängniß, wobei diese liturgische Form beobachtet wird, nennt man ein *ehrliches, christliches, oder kirchliches Begräbniß* (*Sepultura honesta, christiana, s. ecclesiastica*). Man erfordert dazu zweierlei;

1) daß

erklärt; theils ist es auch bekannt, daß ehemals für die Durchfuhr der Leichen Zoll gegeben werden mußte, wie aus *L. ult. C. b. t.* erheller. *Vectigal* ist also hier soviel, als portorium, quod in via et pontibus pendeatur pro transitu. *SENECA de constant. Sapientis c. 14. SUETON. in Vitellio c. 14. L. 60. §. 8. D. Locati. L. 21. D. de donat. inter vir. et uxor. S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 267.*

74) *L. ult. Cod. b. t.* Diese Constitution, welche in den glossirten Ausgaben fehlt, hat *Eujaz Lib. XI. Observat. c. 21.* aus den Basiliken restituit. Nach der lateinischen Uebersetzung lautet sie so: *In nullo quopiam loco vectigal ab aliqua persona pro corporibus ex uno in alium locum translatis praestetur.*

75) *S. Mich. God. WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.*

1) daß das Begräbniß an einem anständigen Orte geschehe; und zwar in der Regel auf dem Kirchhofe, sofern nicht jemand vermöge eines Vorrechts oder einer besondern Concession in der Kirche selbst begraben zu werden verlangen kann⁷⁶⁾. 2) Daz die Leiche zum Begräbniß begleitet werde, (*honor sepulturae*⁷⁷⁾). Ein solches Begräbniß dürfen die in Deutschland gebilligten christlichen Religionsparchenen einander auf ihren Gottesäckern nicht versagen, wenn sie gleich von verschiedener Religion sind⁷⁸⁾, und es wird wenigstens bey den Protestanten auch den ungetauft verstorbenen Kindern gestattet⁷⁹⁾. Man theilt das christliche Begräbniß wieder in ein feierliches, (*sepultura solemnis*) und ein stilles, oder nichtfeierliches (*sepultura minus solennis*) ein, je nachdem es entweder mit allen nach Anordnung der Liturgie festgesetzten Feierlichkeiten vollzogen wird, oder nicht. Zu jenem gehört die Begleitung der Geistlichkeit und der Schule unter öffentlichem Gesange, das Vortragen des Kreuzes, Geläute der Glocken, Haltung einer Trauerrede, Trauermusik u. dergl.⁸⁰⁾. Es hat jedoch auch

76) In dem Canonischen Rechte wird dieser Vorzug nur den Regenten, den Geistlichen, den Patronen und andern besondern Wohlthätern der Kirche zugestanden. *Can. 13. 16. 18. C. XIII.*

Qu. 2. Fr. de ROYE de iure honorifico in ecclesia. Lib. I. c. 9.

77) *Iust. Hen. BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 28. §. 21. n. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 605.*

78) *Westph. Fr. Art. V. §. 35. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts §. 300.*

79) *BOEHMERI ius eccles. Protest. c. 1. §. 47. et G. L. BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 605.*

80) Von den Solemnien katholischer Leichenbegängnisse handeln *Xav. GMEINER Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 431. und Paul Ios. a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 434.*

auch selbst das feierliche Begräbniß nach dem Stande des Verstorbenen seine verschiedenen Grade, welche nach der Observanz eines jeden Orts zu beurtheilen sind⁸¹). Dem Pfarrer liegt übrigens bei der Beerdigung seiner Parochianen die Sorge für die Beobachtung der liturgischen Form ob, wofür er seine Gebühren oder Funerale erhält⁸²).

Dem kirchlichen Begräbniß wird das unehrbare (*sepultura in honesta*) entgegengesetzt, welches zur Strafe ohne die kirchliche Form an einem von dem Kirchhofe abgesonderten Orte geschieht. Das kanonische Recht bestimmte eine große Anzahl von Fällen, in welchen Jemand des kirchlichen Begräbnisses auf geweihten Gottesäckern beraubt seyn soll⁸³). Allein diese Verordnungen werden bei den Protestanten nicht durchgehends in Anwendung gebracht⁸⁴). Der äusserste Grad des unehrbaren Begräbnisses ist das sogenannte Eselsbegräbniß (*sepultura asinina*), welches darin

81) S. WIESE Handbuch des Kirchenrechts 3. Th. §. 416. C. 371.

82) Cap. 5. X. de sepultur. Clem. 2. eodem. Cap. 42. X. de Simonia. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur canon. §. 607.

83) Es werden dabin alle Nichtgetaufte und Ketzer, alle mit dem Kirchenbann belegte, und nicht vor ihrem Tode absolvierte, alle Selbstmörder, und die im Duell geblieben sind, desgleichen alle, die sich des Verbrechens der Zinswucherer schuldig gemacht haben u. d. m. gerechnet. Cap. 27. et 28. Dist. 1. de Consecrat. Cap. 8. et 13. X. de heret. Cap. 2. eodem in 6to. Cap. 1. X. de torneament. Cap. 11. et 12. X. de sepultur. Cap. 28. X. de sentent. excommunic. Can. 12. C. XXIII. Qu. 5. Cap. 3. X. de Usur. Cap. 2. eodem in 6to. S. GMEINER Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 432.

84) I. H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. III. Tit. 28. §. 40. — §. 55. und Schaubert Grundsätze des Kirchenrechts §. 298.

darin besteht, wenn der Körper eines Menschen, wie der eines Vieches, von dem Schinder weggeschleppt, und unter dem Galgen oder auf dem Schindanger eingescharrt wird. Dieses setzt ein begangenes schweres Verbrechen vor, aus, und ist ein Gegenstand der Criminaljurisdiction⁸⁵⁾.

§. 771.

Von Begräbniskosten. I. Wer trägt sie?

Das Begräbniß erfordert nun mancherlei Kosten. Diese müssen in der Regel aus dem Vermögen des Verstorbenen bestritten werden. Daher sagt Ulpian⁸⁶⁾: De suo expedit mortuos funerari. Die Gesetze betrachten in dieser Hinsicht den Vorschuß zu den Begräbniskosten als eine auf der Verlassenschaft haftende Schuld, für welche die Verlassenschaftsmasse selbst haftet, wenn gleich kein Erbe existirt⁸⁷⁾. Wenn daher eine Ehefrau verstirbt, so muß sie aus ihrem eingebrachten Vermögen und Heyrathsgute begraben werden. Wer also das Heyrathsgut lucirt, muß diese Kosten tragen. Hat der Ehemann sie vorgeschos sen, so ist er solche bei der Restitution des Heyrathsgutes von den zurückzuzahlenden Tildaten abzugleichen berechtigt. Denn dieser Kostenaufwand wird als eine Schuld des Heyrathsgutes angesehen.

L. 16.

85) C. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 608. und Carl Aug. Littmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts. I. Th. §. 76. S. 168. Not. g.

86) L. 14. §. 13. D. b. t.

87) L. 1. L. 18. D. b. t. L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. eodem. L. 45. D. eodem.

L. 16. D. b. t. In eum, ad quem dotis nomine quid pervenerit, dat Praetor funerariam actionem: *aequissimum enim visum est veteribus, mulieres, quasi de patrimonii suis, ita de dotibus funerari:* et eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris est, sive maritus.

L. 17. D. eodem. Sed si nondum pater dotem recuperaverit, vir solus convenietur, *reputaturus patri, quod eo nomine praestiterit.*

L. 18. Impensa enim funeris *aes alienum dotis est.*

L. 19. eod. Ideoque etiam dos sentire hoc *aes alienum* debet.

L. 20. §. 2. D. eod. Cum materfamilias decedit, nec est eius solvendo hereditas, *funerari eam ex dote tantum oportet:* et ita CELSUS scribit.

Hat die Ehefrau außer dem Heirathsgute noch anderes Vermögen hinterlassen, und beydes fällt an verschiedene Personen, z. B. das Heirathsgut vermöge der Eheverträge an den Mann, das übrige Vermögen an die Erben der Frau, so tragen beide die Kosten nach dem Verhältniß dessen, was sie aus dem Nachlaß der Frau erhalten haben.

L. 22. D. eod. CELSUS scribit: Quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, et ceteris mulieris bonis, pro portione funeranda est.

L. 23. Veluti si in dote centum sint, in hereditate ducenta: duas partes heres, unam vir conferet.

Jedoch ist das Verhältniß dergestalt zu bestimmen, daß der Erbe, als Erbe, die Vermächtnisse und übrigen Schul-

Schulden allein übernehmen muß, damit nicht durch Abzug derselben die Erbschaft zum Nachtheil des Mannes vermindert, und dieser dadurch in Rücksicht seines Anheils zum Kostenbeitrag zur Ungebühr belästigt werde, zumal der Vorschuß der Begräbniskosten allen andern Schulden vorgeht⁸⁸⁾).

L. 24. D. b. t. IULIANUS scribit, non deductis legatis.

L. 26. D. eodem. Nec aere alieno deducto.

L. 27. pr. D. eod. Sic pro rata et maritum et heredem conferre in funus oportet.

Auf gleiche Weise können auch Eltern die auf das Begräbniß ihrer Kinder verwandten Kosten zurückfordern, wenn diese eigenes Vermögen hinterlassen⁸⁹⁾, und die Eltern tragen sie als Miterben nur pro rata.

L. 30. D. b. t. Contra quoque, quod pater in funus filiae impedit, aut alio agente secum funeratia praestitit, ipse actione de dote a marito recipit⁹⁰⁾.

Sed

88) S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 24. D. b. t. und Iac. GUTHERIUS de iure Manum Lib. III. cap. 17. pag. 510.

89) S. Hymmen's Beiträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 123. Nr. 6.

90) POTIER in Pandect. Justin. h. t. Nr. XLVII. not. e. erklärt diese Stelle von dem Falle, da der Vater seiner Tochter ein Heirathsgut versprochen, und mit seinem Schwiegersohn die Uebereinkunft getroffen hat, daß solches nach dem Tode der Tochter derselben verbleiben solle. Stirbt nun die Tochter, ehe noch das Heirathsgut ausgezahlt war, so könne der Vater, wenn er wegen des versprochenen Heirathsgutes actione ex

Sed si emancipata in matrimonio decebat, collatuos heredes, bonorumve possessores, et patrem pro portione dotis, quam recipit, et virum pro portione dotis, quam lucratus est.

Hat der Verstorbene kein Vermögen hinterlassen, oder das hinterlassene Vermögen ist zur Bestreitung der Beerdigungskosten unzureichend, so legt zunächst dem Vater die Verbindlichkeit ob, seine Kinder begraben zu lassen; und zwar ist kein Unterschied, sie seyen noch in väterlicher Gewalt oder nicht.

L. 21. D. b. t. In patrem, cuius in potestate fuerit is, cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus.

Wenn

stipulatu belangt wird, die Leichenkosten abziehen, die er auf das Begräbniß seiner verstorbenen Tochter verwendet hat. Allein Anton Faber in Rational. in Pandect. ad h. L. 30. sieht hier richtiger einen solchen Fall voraus, wo das Heirathsgut der Tochter, welches der Vater bestellt hatte (*dos profectitia*), nach dem Tode der ersten wieder an den Vater zurückfiel. Hier geschehe es nicht selten, daß eine terminliche Restitution (*annua, bima, trima die. L. un. §. 7. Cod. de rei uxori. act.*) ausbedungen wurde. Starb nun die Tochter in der Ehe, und der Vater hatte sie begraben lassen, oder ein Anderer hatte dieses gethan, dem der Vater den Kostenvorschuß wieder ersetzen mußte; so brauchte der Vater den Termin nicht abzuwarten, sondern er konnte gleich *actions de dos* darauf klagen, daß ihm der gemachte Kostenaufwand aus dem Heirathsgute der Tochter ersetzt werde. Diese Erklärung ist umstrittig den Worten angemessener, als jene des Pothier, nach welcher der Vater als Beklagter dargestellt wird, der doch nach den klaren Worten des Fragmentus offenbar als Kläger aufgeführt wird.

Wenn daher die verstorbene Tochter verheirathet war, aber keinen Brautschatz gehabt, noch sonst Vermögen hinterlassen hat, so ist nicht der Ehemann, sondern der Vater, wenn dieser vermögend ist, die Begräbniskosten zu übernehmen schuldig.

L. 18. D. b. t. Quod si nulla dos esset, tunc omnem impensam patrem praestare debere, ATILICINUS ait.

Auf jeden Fall bleibt immer der Vater die Kosten für die Beerdigung seiner Kinder in soweit zu tragen verbunden, als solche nicht aus dem nachgelassenen Vermögen derselben bestritten werden können.

L. 20. §. 1. D. b. t. Si maritus lucratur dotem, convenietur funeraria: pater autem non. Sed in hunc casum puto, si dos, quia permodica fuit, in funus non sufficit, in superfluum in patrem debere actionem dari.

L. 31. pr. D. eodem. Si filiusfamilias miles sit, et habeat castrense peculium: puto successores eius ante teneri: sic deinde ad patrem venire.

Ich bemerke hier nur zur Erläuterung der letzten Stelle, welche, so wie die erstere, aus Ulpian's Lib. 25. ad Edictum genommen ist, daß wenn ein Sohn im Kriegsdienst verstarb, und ein peculium castrense hinterließ, zwei Fälle zu unterscheiden waren. Er hatte entweder über das Peculium testirt, und darin, wie er konnte, mit Uebergehung des Vaters, einen Fremden zum Erben ernannt, oder er war ohne Testament verstorben. Im ersten Falle fielen die Begräbniskosten zunächst dem Erben zur Last, und der Vater war nur in soweit dieselben zu über-

übernehmen verbunden, als sie nicht aus der Erbschaft allein bestritten werden konnten. In dem letztern Falle hingegen fiel zu Uspians Zeiten das peculum castrense an den Vater, welcher jedoch dasselbe nicht iure hereditario, sondern iure patriae potestatis, also nicht als Erbschaft, sondern als Peculum erhielt⁹¹⁾). Der Vater mußte also hier die Kosten des Begräbnisses in solidum tragen⁹²⁾.

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche muß der Vater auch seine unehlichen Kinder begraben lassen⁹³⁾). Man leitet diese Verbindlichkeit daraus her, weil sie der Vater in ihrem Leben zu ernähren schuldig war⁹⁴⁾). Jedoch wird hier nicht, wie bei legitimen Kindern, auf den Stand und Würde des Vaters Rücksicht genommen⁹⁵⁾.

Nach dem Vater ist die wohlhabende Mutter, und nach derselben sind auch die Großeltern von väterlicher und mütterlicher Linie zu den Beerdigungskosten verpflichtet. Die Praxis richtet sich hier nach eben der Ordnung, in welcher die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder eintritt⁹⁶⁾). Daher sind auch gegenseitig wohlhabende Kinder ihre arme Eltern auf ihre Kosten beerdigen zu lassen verbunden⁹⁷⁾.

D b 2

Der

91) L. 2. D. de castrensi peculio.

92) S. Ant. FABER in Rational. ad Pand. h. L. 31. pt. D. h. c. pag. 600.

93) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 43.

94) S. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

95) L. 21. D. b. t.

96) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 43.

97) STRYK c. l. §. 44. und Gebb. Christ. BASTINELLER Diff. de iure sepulturarum. Vitbergae 1730. Cap. IV. §. 1.

Der Ehemann hingegen ist nur dann die Kosten für die Beerdigung seiner verstorbenen Frau zu übernehmen verbunden, wenn die letztere weder Vermögen hinterlassen hat, noch ihr Vater vermögend ist, diesen Kostenaufwand zu bestreiten; und dann kommt ihm doch immer auch die Wohlthat der Competenz zu stattten, wenn er von demjenigen, der den Kostenvorschuß gehabt hat, auf Wiedererstattung belangt wird, und er nicht alles bezahlen kann, ohne sich selbst den nöthigen Unterhalt zu entziehen⁹⁸⁾. Pomponius sagt *L. 28. D. b. t.*

Quodsi nulla dos esset, tunc omnem impensam patrem praestare debere, ATILICINUS ait: aut heredes eius mulieris, puta emancipatae. Quodsi neque heredes habeant, neque pater solvendo sit, maritum, in quantum facere potest, pro hoc conveniri: ne iniuria eius videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui.

Umgekehrt wendet man dies auch auf die Frau an, welche man für schuldig hält, ihren Mann begraben zu lassen, wenn er weder selbst Vermögen hinterlassen hat, noch ein vermögender Vater vorhanden ist, der diese Kosten übernehmen könnte⁹⁹⁾.

Außerdem stellt die Praxis den Grundsatz auf, daß derjenige, welcher dem Verstorbenen die Alimente geben mußte,

98) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 73. BERGER Resolution. LLeg. obstant. h. t. Q. 2. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Q. 4.

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 29. CARPOV P. III. Constit. 25. Def. 7.

müsste, auch zur Beerdigung derselben verbunden sey¹⁰⁰⁾: Man sieht diesen Aufwand gleichsam als die letzte Liebespflicht an, wozu der Ernährer des Verstorbenen um so mehr verbunden sey, weil er durch den Tod des Alimentars von der Last der Ernährung befreiet werde¹⁾). Allein in der Theorie ist dieses Princip nicht begründet, wie schon von andern²⁾ gezeigt worden ist. Denn die Pflicht der Ernährung wird durch den Tod des Alimentars aufgehoben³⁾). Wie kann also aus einer erloschenen Verbindlichkeit die Verbindlichkeit zur Beerdigung hergeleitet werden, welche erst nach dem Tode des Alimentars eintreten kann? Mehrere⁴⁾ schränken daher jene Regel blos auf den Fall ein, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung aus gesetzlicher Vorschrift (*ex provisione legis*) entspringt; wie z. B. bey Eltern, Kindern und Geschwistern, desgleichen bey Ehegatten. Läugnen hingegen die Anwendbarkeit derselben schlechterdings, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung *ex provisione hominis* herrührt, und z. B. durch Vertrag oder letzte Willensverordnung ist begründet wor-

D d 3

den.

100) COLERUS Tr. de alimentis Lib. II. cap. 1. nr. 12. sqq. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 42. CARPOV P. II. Constit. 46. Def. 23. nr. 2. et 3.

1) HOFLEKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4035. nr. IX.

2) S. Io. Gottlieb SIEGEL Diff. de legitimo successore hereditatem omittente, actionis funeraliae reo. Lipsiae 1725. §. 5. und Ern. Henr. MYLII Disquisit. An is, qui alimenta vivo praestit, ad hunc sepeliendum sit obligatus? Vitebergae 1737.

3) L. 8. §. 10. D. de transact.

4) MÜLLER ad Struviam. Exercit. XV. Th. 87. not. 7. BASTINELLER Diff. de iure sepulturarum Cap. IV. §. 1. in fin.

den. Hier hört sie mit dem Tode des Alimentars auf, weil vergleichene Dispositionen streng zu erklären sind.

Ist Niemand vorhanden, dem dieser Kostenaufwand aufgebürdet werden kann, so muß der Verstorbene aus der öffentlichen Armenkasse begraben werden. Den Gläubigern kann diese Last zu übernehmen, den Rechten nach nicht zu gemuthet werden⁵⁾.

§. 772.

Wem liegt die Sorge für die Beerdigung ob? Klagen wegen Wiedererstattung vorgeschoffener Beerdigungskosten.

Die Sorge für die Beerdigung eines Verstorbenen liegt vor allen Andern demjenigen ob, dem der Verstorbene den Auftrag dazu ertheilt hat. Dieser kann sich dem Beerdigungsgeschäft vermöge des erhaltenen Auftrags unterziehen, wenn auch gleich der Haupterbe widersprechen sollte⁶⁾. Es steht ihm aber auch frey, den Auftrag von sich abzulehnen, und er hat deshalb keine weitere Strafe zu befürchten, als daß er das Legat verliert, welches ihm deshalb von dem Verstorbenen ist ausgesetzt worden.

L. 12. §. 4. D. b. t. Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed, si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquod pro hoc emolumendum ei relictum est; tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur.

Hätte er jedoch die Belohnung schon erhalten, und er besorgt die Beerdigung nicht, so kann er actione doli besagt

5) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 55.

6) *L. 14. §. 13. D. b. t.*

sangt werden, daß er das Empfangene wieder herausgabe; er kann aber auch auf angebrachte Imploration angehalten werden, sich noch der Leichenbesorgung zu unterziehen⁷⁾.

L. 14. §. 2. D. b. t. Si cui funeris sui curam testator mandaverit, et ille, accepta pecunia, funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit. Credo tamen, et extra ordinem eum a Praetore compellendum, funus ducere.

Erhielt Niemand einen Auftrag, so ist zunächst der Haupterbe die Beerdigung zu besorgen verpflichtet. Nächst diesem kommen die Verwandten in der Ordnung, wie sie succediren⁸⁾. Nimmt keine dieser Personen sich der Beerdigung an, so kann sie, selbst wider deren Verbot, jeder Fremde besorgen. Denn der Prätor verordnet, wie Ulpian⁹⁾ sagt, ganz allgemein:

Quod funeris causa sumitus factus erit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.

Ulpian fügt noch hinzu *L. 12. § 3. D. b. t.* Hoc Edictum iusta ex causa propositum est: ut, qui funeravit, persequatur id, quod impedit. Sic enim fieri, ne insepulta cadavera iacerent: neve quis de alieno funeretur.

Hat Jemand die Begräbniskosten vorgeschossen, so hat es entweder der Miterbe gethan, und dann fordert dieser

D 4

von

7) S. voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

8) *L. 12. §. 4. D. b. t.* Si nulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt.

9) *L. 12. §. 2. D. b. b.*

von dem andern Miterben die Auslage seines Beytrags mit der *actio familiae erciscundae* zurück¹⁰⁾; oder ein anderer hat sie vorgeschossen. Dieser hatte entweder den Auftrag zur Besorgung des Begräbnisses vom Erblasser oder von demjenigen, welcher zunächst dazu verpflichtet war, erhalten, und dann kommt ihm wegen seiner Auslagen die Mandatssklage zu statten¹¹⁾. Oder er hat das Begräbniß ohne Auftrag besorgt. Hier sind zwey Fälle zu unterscheiden. Der Leichenbesorger hat sich entweder dem Beerdigungsgeschäft unterzogen, nachdem der Erbe bereits die Erbschaft angetreten hatte. Hier hat er das Geschäft des Erben gerirt, und es hat daher die *actio negotiorum gestorum contraria* statt¹²⁾. Oder er hat das Leichenbegängniß besorgt, vor Antretung der Erbschaft. Für diesen Fall hat der Prätor eigentlich die *actio funeraria* eingeführt. Denn so lange der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, kann man nicht sagen, es sey desselben negotium gerirt worden. Folglich hatte auch die *actio negotiorum gestorum* gegen ihn nicht statt. Können auch sonst die Geschäfte eines Verstorbenen vor Antretung der Erbschaft besorgt werden, so daß die *actio negotiorum gestorum* gegen den Erben begründet ist, so müssen es doch solche Geschäfte seyn, welche bey Lebzeiten des Erblassers zu dessen Nutzen gerirt werden konnten, oder, wie der Prätor in seinem Edict sagt: *quae, cuiusque, cum is moritur, fuerint*¹³⁾. Von dieser Art ist aber nicht das Beerdigungs-

ges
10) L. 14. §. 12. D. b. t.

11) L. 14. §. 15. D. eodem.

12) L. 3. §. 6. D. de negot. gest. L. 14. §. 7. D. b. t.

13) L. cit. 3. §. 6. D. de negot. gest..

geschäft, quandoquidem vivus nemo sepelitur, wie Anton Faber¹⁴⁾ ganz richtig bemerkt. Deswegen führte der Prätor für den Fall eine eigene Klage ein, wenn jemand sich ohne Auftrag der Beerdigung eines Verstorbenen, vor Amtretung der Erbschaft, unterzogen, und deswegen Kosten aufgewandt hat¹⁵⁾). Der Prätor nimmt zum Grunde der Klage an, als ob durch die Leichenbesorgung ein Geschäft des Verstorbenen gerirt worden sey, dessen Person die noch nicht angetretene Erbschaft vorstellt. Denn da Jedem daran gelegen seyn muß, daß sein Körper nach seinem Tode anständig beerdiget werde¹⁶⁾; so sieht man die Leichenbesorgung gleichsam als einen Contract mit dem Verstorbenen an. Ulpian lehrt dieses ganz deutlich, wenn er *L. I. D. b. t.* sagt: *Qui propter funus aliquid impedit, cum defuncto contrabere creditur, non cum herede.* Die *actio funeraria* ist also im Grunde eine Art der *actionis negotiorum gestorum*, und entspringt, wie diese, aus einem Quasi-Contract¹⁷⁾). Man wird sich von dieser Ansicht noch mehr überzeugen, wenn man die Inscription der *L. I.* zu Hülfe nimmt. Nach Anzeige derselben

14) Rational. in Pand. h. t. ad *L. I.* pag. 561.

15) S. Io. ORTM. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. h. §. 30. et 31. Io. KURRER Diss. de actione funeraria. TUBINGAE 1684. §. 6. Io. PHIL. SLEVOGT Diss. de act. funeraria. LENAE 1690. §. 2. und SCHMIDTS Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1081.

16) Ueber die Idee der Alten, daß Niemand vor seiner Beerdigung über den Styx gesetzt, und in die Unterwelt aufgenommen werde, sehe man *Iac. GUTHRIUS de iure Manium. Lib. I. cap. II.*

17) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

ben ist unser Fragment aus Ulpian's libro decimo ad Edictum genommen, in welchem dieser römische Jurist das Edict des Prätors de negotiis gestis erklärt hat, wie aus der Vergleichung derjenigen Stellen in den Pandecten erschlossen werden kann). Jakob Labittus¹⁸⁾, Christ. Heintz. Eckhard¹⁹⁾ und Carl Fried. Walch²⁰⁾, haben dies alles vorzüglich ausgeführt. Darin unterscheidet sich jedoch die actio funeraria von der actione negotiorum gestorum contraria, daß bei jener Klage noch mehr, als bei dieser, auf Billigkeit gesehen werden soll, weil dem Staat selbst daran gelegen ist, daß die Toten nicht unbegraben liegen bleiben, sondern zu rechter Zeit gehörig zur Erde bestattet werden. Ulpian lehrt dieses ebenfalls, wenn er L. 14. §. 13. D. b. t. sagt: *Et generaliter puto, iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget.*

Die actio funeraria ist jedoch nur eine subsidiarische Klage, sie hat daher nicht Statt, wenn derjenige, welcher die Begräbniskosten aufgewandt hat, durch eine andere Klage seine Auslagen wieder erhalten kann.

L. 14. §. 12. D. b. t. LABEO ait, *quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda,*
fune-

18) L. 1. L. 3. 5. 8. 10. 12. et L. 20. D. de negot. gest. S. Abr. WIELING Iurisprud. Restituta. Tom. I. pag. 269.

19) Usus Indicis Pandectar. Cap. II. §. 1. (in Abr. WIELING Iurisprud. restitut. Tom. II. pag. 6.)

20) Hermeneut. iuris Lib. I. §. 191.

21) Ad Eckhardum c. 1. Not. ad §. 191. pag. 363.

funeraria eum agere non posse: et ideo, si familiae erciscundae agere possit, *funeraria* non acturum. Plane, si iam familiae erciscundae iudicio actum sit, posse agi.

L. 14. §. 15. D. eod. Qui mandatu alterius funeravit, non habet *funerariam actionem*, sed is scilicet, qui mandavit funerandum, sive solvit ei, cui mandavit, sive debet. — Contra si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum *funeraria* agere, LABEO scribit: quia habet *mandati actionem*.

Direct steht die Klage demjenigen zu, welcher ohne Auftrag, jedoch quasi alienum negotium gerens, das Begräbniß eines Andern, vor angetretener Erbschaft, entweder selbst besorgt, und deswegen Kosten, nicht als Schenkung, aufgewandt, oder einem Andern deshalb einen gültigen Auftrag ertheilt hat; imgleichen jedem Erben und Nachfolger desselben²²).

Utiliter kann sich jedoch derselben auch

i) Ein Mandatar bedienen, und zwar

a) wenn ihm der Auftrag zur Beerdigung von einem Pupillen, ohne Zustimmung des Wormundes, war ertheilt worden. Es lassen sich hier zwei Fälle gedenken.

a) Der Pupill, der den Auftrag ertheilt hat, ist nicht Erbe des Verstorbenen, und die Leiche ging ihn gar nichts an. Hier wird die *actio funeraria utilis* gegen den Erben gestattet, weil es unbillig seyn würde, wenn der Erbe durch die Ungüteigkeit des Auftrags gewinnen sollte. Direct hat die Klage darum nicht Statt, weil der Mandatar

22) *L. 31. §. 2. D. b. t.*

tar hier nicht die Absicht halte, den Erben verbindlich zu machen ^{23).}

3) Die Leiche gleng den Pupillen selbst an, und dieser hat einem Andern, ohne Auctorität seines Vormunds, den Auftrag zur Beerdigung gegeben. Hier kann gegen den Pupillen geklagt werden, wenn dieser Erbe des Verstorbenen geworden ist, so weit nämlich die Erbschaft zur Bezahlung der Kosten hinreicht. Denn so weit ein Unmündiger bereichert ist, wird er auch, ohne Auctorität seines Vormundes, verbindlich ^{24).} Alles dies bestätigt folgende Stelle Ulpian's.

L. 14. §. 15. D. b. t. *Quodsi pupillus mandavit sine tutori auctore, utilem funerariam dandam adversus heredem ei, qui impedit: lucrari enim heredem iniuum est. Si autem pupillus funus ad se pertinens sine tutoris auctoritate mandavit, dandam in eum actionem arbitror, si et heres extitit ei, qui funeratus est, solvendoque hereditas est.*

b) Wenn zwar der Auftrag an sich gültig war, die actio mandati aber, wegen der Zahlungsunvermögenheit des Mandanten, dem Mandatär nichts nützt ^{25).}

2) Der Besitzer der Erbschaft, welcher den Verstorbenen in der Meinung, daß er desselben Erbe sey, hatte beerdigen lassen, wenn er nachher den wahren Erben weichen mußte,

23) G. ROTHIER Pandect. Justin. T. I. b. t. Nr. XXXIX. Not. a.

24) ROTHIER c. l. not. f.

25) G. ANT. FABRI Rational. in Pand. ad §. 16. Legis 14. D. b. t. pag. 590. und SLEVOGT Diff. cit. §. 7.

mufste, und bey der Restitution der Erbschaft die Begräbniskosten nicht abgezogen hat. Daß dieser die aufgewandten Kosten nur *actione funeraria utili* zurückfordern könne, beweift folgende Stelle des Paulus.

L. 32. pr. D. b.-t. Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus, in restitutione non deduxerit, quod impenderit, utilem esse ei funerarium,

Der Grund hiervon ist nicht bloß Billigkeit, sondern weil vermöge des unter dem Kr. Hadrian gemachten *Iumentianischen Senatusconsultums* der redliche Besitzer, außer der Restitution der Erbschaft, keinen Schaden leiden soll²⁶⁾, wie Anton Faber²⁷⁾ mit Recht bemerkt hat. Eine directe Klage konnte hingegen nach der Strenge des Rechts darum nicht Statt finden, weil der Besitzer der Erbschaft die Kosten der Beerdigung nicht in der Absicht aufwandte, um das Geschäft eines Andern zu besorgen. Ulpian lehrt dieses deutlich, wenn er sagt:

L. 14. §. 11. D. b. t. Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione utili non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens. Et ita TREBATIUS et PROCULUS putat. Puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam.

3) Der Legatar, wenn die demselben von dem Erblasser vermachten Kleider zur Leiche verwendet worden sind, kann den Ersatz dafür mit der *actio utilis* von dem Erben fordern, und diese Forderung hat die Rechte der Leichenkosten. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 46.

26) *L. 25. §. 11. D. de hereditat. petit.*

27) Rational. in Pand. ad h. L. 32. h. t.

L. 46. §. 2. D. b. t. *Ei, cui vestimenta legantur,*
si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem
dandam placuit, et privilegium funerarium ²⁸⁾.

L. 3. Cod. b. t. *Legatum a defuncto tibi relictum,*
et quod in funus vel morbum eius erogasse te boni vi-
ri arbitratu probaveris, Praeses provinciae solvi tibi
iubebit.

Die Klage wird gegen den angestellt, welchem die Be-
 sorgung des Begräbnisses oblag, und sie ist auch dann be-
 grün-

28) *Ant. TABER* in *Rational.* in *Pand.* ad h. *L.* pag. 610. versteht
 dieses Fragment von dem Falle, da der Erbe unwissend Kleider,
 die von dem Verstorbenen einem Andern waren vermacht wor-
 den, auf die Leiche desselben verwendet hat, und beruft sich
 auf die *L. 63. D. de Legat. II.* wo es heißt: *Si heres rem*
legatam ignorans in funus consumxit, ad exhibendum actione
non tenebitur: quia nec possidet, nec dolo malo fecit, quomi-
nus possideret; sed per in factum actionem legatario consulitur,
ut indemnitas ei ab herede praestetur. Die *actio utilis*, deren
 in der *L. 46.* gedacht wird, sey also eine *actio in factum*, wie
 sie hier genannt wird. Ihm stimmt auch *POTHIER* in *Pandect.*
Iustinian. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 5. Nr. XXXII. not. a. et b.
 pag. 186. bey. Die *Glosse* hingegen nimmt den Fall an, da
 der Legatar selbst das Vermächtniß für die Leiche verwendet
 hat. So versteht diese Stelle auch *SLEVOGT* in *Diss. de actio-*
ne funeraria §. 3. und *HOFACKER* in *Princip. iur. civ.* Tom. III.
 §. 4036. lit. B. Da der *actio utilis* das Privilegium der *actio-*
nis funerariae behgelegt wird, so scheint mir die letztere Erklä-
 rung dem Zusammenhang der Rede und der Natur der Sache
 angemessener zu seyn. Für die erste Erklärung stimmt indessen
 auch *Io. ALTAMIRANUS* *Tractat. II. ad Libr. II. Quaestionum*
Scaevolae ad h. *L.* (in *MEERMANNI Thesauro iur. civ. et canon.*
 Tom. II. pag. 395.)

gründet, wenn gleich derselbe die Besorgung dem Kläger untersagt hatte, dabei aber selbst keine Rücksichten dazu machte.

L. 14. §. 13. D. b. t. Idem LABEO ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerarium.

L. 14. §. 17. D. eod. Datur autem haec actio aduersus eos, ad quos funus pertinet, utputa aduersus heredem bonorumve possessorem, caeterosque successores.

Sie geht auf die Wiederbezahlung der aufgewandten Leichenkosten; und zwar ist die *actio funeraria* mit dem besondern Vorzugsrecht versehen, daß bei einem entstandenen Concurs über das Vermögen des Verstorbenen die vorgeschossenen Begräbniskosten vor allen andern Forderungen bezahlt werden müssen. Macian sagt *L. 45. D. b. t.*

Impensa funeris semper deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint.

Mehrere Rechtsgelhrten²⁹⁾, und unter den neuern vorzüglich Westphal³⁰⁾ meinen zwar, die Worte: *omne creditum* dürften nicht so allgemein genommen werden, son-

29) Fr. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 17. in fin. Hug. DONELLUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Qui potiores in pignore. nr. 4. pag. 638. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum. pag. 269. Petr. VANDERANUS de privilegiis creditor. Cap. 3. (in Ger. MEERMAN novo Tbes. iur. civ. et canon. Tom. II. pag. 686.)

30) Syst. Erläut. der Röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 147.

dern man könnte solche nur höchstens von den persönlichen Schuldforderungen verstehen. Vor den Hypothesen könnte man ihnen hingegen keinen Vorzug einräumen, wenigstens nicht vor allen. Man sagt, der Ausdruck *creditum* deute im rechtlichen Sinn nur Personalgläubiger an³¹⁾. Sodann sage Macian ausdrücklich, die Begräbniskosten sollten aus der Erbschaft bezahlt werden. Was könnte dies anders heißen, als daß das Privilegium dieser Forderung ein blos persönliches sei? Denn Pfänder, welche die Gläubiger mit der hypothekarischen Klage verfolgen könnten, dürfe man hierher nicht rechnen³²⁾. Hierzu komme, daß in der L. 14. §. 1. D. b. t. die Begräbniskosten ausdrücklich blos dem Pfandrechte des Vermiethers wegen des ihm schuldigen Mietgeldes, und den Vermächtnissen vorgezogen würden. Dies sei als ein specielles Recht anzusehen, welches seinen besondern Grund habe, der sich auf andere Pfandrechte nicht ausdehnen läßt. Denn von Vermächtnissen sei es überhaupt bekannt, daß sie allemal erst nach Abzug der Schulden des Erblassers bezahlt würden. Der Vermieter aber solle blos den außerhalb des gemieteten Hauses entstandenen Schulden des Miethmanns vorgezogen werden. Das Begräbnis gehöre gleichsam zu dem, was im Hause selbst noch aufgezehrt worden. Allein sammelthe Gründe sind der berühmten Vertheidiger dieser Meinung nicht würdig, wie Joh. Voet³³⁾, und Herr Prof. Daublow³⁴⁾ sehr gründlich gezeigt haben. Denn auch davon

abges.

³¹⁾ L. 10. L. 11. et L. 12. D. verbor. significat.

³²⁾ L. 9. Cod. Qui potior. in pignore.

³³⁾ Commentar. ad Pandect. h. t. §. 9.

³⁴⁾ Ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Cap. VIII. S. 184. ff.

abgeschen, daß die Worte: *omne creditum*, viel zu generell gefaßt sind, als daß sie eine solche Einschränkung erlaubten, dergleichen man dem Gesetz hat unterschleben wollen, auch der Grund des Privilegiums selbst derselben offenbar entgegen streitet³⁵⁾; so läßt sich noch aus andern Stellen klar erwiesen, daß die Begräbniskosten allen Schulden vorgehen sollen, sie mögen seyn, von welcher Art sie wöllen. Nicht nur Pomponius sagt *L. 22. 23. 24 et 26. D. b. t.* die Leichenkosten sollen bezahlt werden non deductis legatis, nec aere alieno deducto; sondern auch Paulus bestätigt dieses ausdrücklich, wenn er *Lib. I. Sentent. receptar. Tit. 21. §. 15.* sagt: *Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur*³⁶⁾. Man wende nicht ein, daß die angeführten Gesetze einen Concurs im Sinn des römischen Rechts voraussetzen, welcher nur unter Personalgläubigern statt hatte, und die hypothekarischen gar nichts anging³⁷⁾). Denn es ist bekannt, daß nur die chirographarischen unprivilegierten Gläubiger die gerichtliche Immision in dasjenige Vermögen des Schuldners erhielten, welches absolut privilegierte Forderungen, zu denen die Leichenkosten gehörten, und hypothekarische Gläubiger übrig ließen³⁸⁾). Ganz entscheidend spricht aber für das Vorzug gerecht der Leichenkosten selbst vor hypothekarischen Forderungen die *L. 14. §. 1. D. b. t.* wo Ulpian sagt:

Si

35) *L. 43. in fin. D. b. t.*36) In *Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 266.*37) *L. 10. Cod. de rebus auctorit. iud. possid.*

38) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Th. Nr. LXXXII. §. 2. S. 492. ff.

Si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex inventis illatis eum funerandum POMPONIUS scribit: et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri.

Es ist hier mit keinem Worte gesagt, daß dieser Vorzug blos ausnahmsweise bey der hier genannten Forderung des hypothekarischen Gläubigers Statt haben solle. Es ist wenigstens nicht abzusehen, worin der besondere Grund dieser Ausnahme liegen solle. Es muß daher der nämliche Vorzug den Leichenkosten auch vor andern mit einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Hypothek versehenen Forderungen eingeräumt werden, wie insonderheit auch noch daraus erheslet, wenn Justinian L. 22. §. 9. Cod. de iure delib. verordnet.

In Computatione autem patrimonii damus licentiam, *excipere et retinere, quidquid in funus expendit*, vel in testamenti insinuationem vel in inventarii confectio nem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones: non hae confundentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.

Hierin stimmen auch die meisten sowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten³⁹⁾ mit einander überein.

Noch

39) *S. Io. Jacob WISSENBACH Commentar. ad L. 3. Cod. h. t. pag. 210. Io. Ortov. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestorum. h. t. §. 39. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Dec. XXXIV. Th. 10. Io. Phil. SLEVOGT Diff. de actione funer. §. 16. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4038. Christ. Gottl.*

Noch ist zu bemerken, daß das gedachte Vorzugsrecht nicht nur den Leichenkosten beigelegt ist, welche auf die Beerdigung des Schuldners selbst sind verwendet worden, sondern auch denjenigen, welche bey der Beerdigung solcher Personen aufgegangen sind, die der Schuldner beerdigen zu lassen verpflichtet war. Daher haben nach dem römischen Rechte auch die auf das Begräbniß der Frau oder der Kinder des Schuldners verwandte Kosten gleiches Vorrecht. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er L. 17. pr. D. de reb. auct. iud. possid. sagt: *Quaesitum est, utrum ita demum privilegium habeat funeraria, si is, cuius bona veneunt, funeratus sit: an etiam, si propo-
nas alium esse funeratum? et hoc iure utimur, ut qui-
cunque sit funeratus, (id est, sive is, cuius de bonis agitur,
sive quid is debuit, quod reddere eum, si vive-
ret, funeraria actione cogi oportet) privilegio
locus sit.* Es wird jedoch, wenn das mehrerwähnte Privilegium Statt haben soll, vorausgesetzt, daß der Kostenaufwand noch vor dem Ausbruch des Concurses gemacht worden sei⁴⁰⁾). Denn stirbt der Schuldner wäh-

E e 2

rend

Gottl. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3.
S. 78. ff. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 465.
pag. 283. u. a. m.

40) Nach der Praxis hat diese Einschränkung keinen Zweifel. Man sehe MEVIUS P. II. Decis. 222. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 55. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXXXIV. Corol. 1. pag. 508. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 81. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4617. lit. B. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1236. SCHMIDTS theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen u. Einreden 4. B. §. 1083. und Aug. SIEGM. KORI System des Concursus-Prozesses Lib. II. Cap. 2. §. 5. S. 183.

rend des Concurses, so ist er entweder als ein Armer auf öffentliche Kosten, oder auf Kosten derjenigen zu begraben, welchen diese Verbindlichkeit nach den Gesetzen obliegt. Die Gläubiger sind nicht verbunden, den Schuldner aus dem ihnen abgetretenen Vermögen begraben zu lassen, da keine der oben angeführten Klagen hier anwendbar ist⁴¹). Wegen der Leichenkosten, welche auf die Beerdigung solcher Personen verwendet worden sind, die der Schuldner begraben zu lassen verbunden war, kann auch das mehrgedachte Priviliegium nur dann Statt finden, wenn diese Personen noch vor dem Schuldner verstorben sind. Denn es folgt deren Tod erst nach dem Ableben des Schuldners, so kann man mit seinem Rechte aus dessen Vermögen die Leichenkosten fordern, weil die Verbindlichkeit des Schuldners, jene Personen begraben zu lassen, auf blos persönlichen Verhältnissen beruhet, die mit seinem Tode aufhören⁴²).

Das Priviliegium der Leichenkosten steht übrigens, als ein privilegium causae, nicht nur demjenigen zu, welcher die Begräbniskosten selbst aufgewandt hat, sondern auch dem Cessionar⁴³), und ist mit jeder Klage verbunden, mit welcher

41) Anderer Meinung sind zwar LAPROTH in der Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 391. und DABELOW in der ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Cap. 8. S. 186. sq. Allein wie kann nach Eröffnung des Concurses eine solche negotiorum gestio gedacht werden, worauf die actio funeraria ge gründet ist? Man sehe auch Christ. Lud. CRELL Diss. de vasallo ad impensas in funusdecessoris faciendas in subsidium obligato Viteb. 1737. §. 4.

42) S. Gmelin a. a. D. S. 85. und DABELOW a. a. D. S. 187.

43) L. 68. D. de Reg. iuris. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4038. N. III. besonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. II.

cher die Bezahlung derselben gefordert werden kann, es seyn die *actio funeraria*, oder *familiae erciscundae*, oder irgend eine andere wegen derselben zustehende Klage; es muß nur nicht eine solche Novation vorgegangen seyn, wodurch dieses Privilegium aufgehoben wird⁴⁴⁾. Hierher gehören die letztern Worte der oben angeführten *L. 17. pr. D de reb. auct. iud. possid.* *Parvique referre dicamus, qua actione hic sumtus repetatur, funeraria, an familiae erciscundae, an qua alia? dummodo sumtus funeris causa factus sit.* *Quacunque igitur actione ob funeris sumtum utatur: etiam funerariam ei competere*⁴⁵⁾. Quare si in stipulatum funeris impensa deducta est: dicendum est, locum esse privilegio, *si modo quis non abiiciendi privilegii causa stipularius est*⁴⁶⁾.

§. 773.

Fälle, wo die Klage auf Wiedererstattung vorgeschoffener Begräbniskosten ganz oder zum Theil wegfällt.

Soll jedoch die Klage auf Wiedererstattung der aufgewandten Begräbniskosten statt finden, so wird vorausgesetzt,

1) daß der Kläger die Auslagen nicht aus bloßer persönlicher Zuneigung gegen den Verstorbenen, und ohne die

E e 3

Ab.

44) S. Claproch's Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 391. S. 587.

45) Das heißt: *privilegium funerariae actionis competere.* So erklären das Wort *funeraria* mit *Accurſius lac. GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 513.* und *Pet. VANDERANUS de privilegiis Creditor. Cap. 3.* (in MEERMAN Thes. iur. civ. et can. Tom. II. pag. 686.)

46) Man sehe über diese Stelle VANDERANUS c. I. und DABELOW a. a. D. S. 186.

Absicht Ersatz zu fordern, gemacht habe. Jedoch wird dieses im Zweifel nicht vermutet, sondern es kommt auf die persönlichen Verhältnisse und Verbindungen an, in welchen derjenige, der das Begräbniß übernommen hat, zu dem Verstorbenen stand, woraus desselben Absicht beurtheilt werden muß⁴⁷⁾). So vermutet man z. B. von Kindern, daß sie aus Liebe ihre Eltern haben umsonst wollen beerdigen lassen, wenn sie nicht durch Protestation eine andere Absicht hierbei erklärt haben. Daher halten es die Gesetze für ratsam, daß derjenige, welcher eine Beerdigung übernimmt, vorher die Absicht, die er dabei hat, erkläre, welches jedoch keinesweges so zu verstehen ist, als ob diese Erklärung zur Begründung der Klage, als schlechterdings nothwendig, erforderlich werde⁴⁸⁾). Man erwäge folgende Gesetzstelle.

L. 14. §. 7. D. b. t. Sed interdum is, qui sumtum in funus fecit, sumtum non recipit, si pietatis gratia facit, non hoc animo, quasi recepturus sumtum, quem fecit; et ita Imperator noster rescripsit. Igitur a estimandum erit arbitro, et perpendendum, quo animo sumtus factus sit: utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, vel ipsius humanitatis⁴⁹⁾; an vero

47) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 56. et 57. und VOET Comm. h. t. §. 13.

48) Anderer Meinung ist zwar *Amad. ECKOLT* in *compendiar. Pandectar. tractat. h. t. §. 2.* Allein man sehe *KURRER* *Diss. de actione funeraria* §. 8. und *HOFACKER* *Tom. III. §. 4039.*

49) Statt *humanitatis* will *Defid. HERALDUS* *Observation. et Emendat. cap. 34.* (in *EV. OTTONIS Thes. iur. Rom.* *Tom. II. pag. 1355.*) lieber *hereditatis* lesen. Allein mit Recht verwirft

vero misericordiae, vel pietati tribuens, vel affectio-
ni. Potest tamen distingui et misericordiae modus, ut
in hoc fuerit misericors, vel pius, qui funeravit, ut
eum sepeliret, ne infespultus iaceret, non etiam, ut
suo sumtu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet
eum, qui convenitur, absolvere. *Quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat?* Oportebit⁵⁰⁾ igi-

E e 4

tur

Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. IV.
cap. 22. diese Meinung. SALMASIUS in Observat. ad Ius Attic.
et Rom. Cap. 25. hält aber wenigstens eine Versehung der
Worte für nöthig, nämlich auf folgende Art: *utrum negotium
quis vel defuncti vel heredis gerit, an vero ipsius humanitatis,
vel misericordiae, vel pietati, vel affectioni tribuens.* Daß die
Redensart: *negotium gerere humanitatis* in dem Sinn áchtromisch
sen, wenn man eine Beerdigung, ohne Absicht, Erfäß der Kosten
zu fordern, übernimmt, hat Pet. FABER Lib. II. Semestrium
cap. 1. aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Daß auch in
diesem Sinn die Worte *misericordia* und *humanitas* mit einan-
der verbunden werden, lehrt SENECA de Benefic. Lib. V. c. 20.

50) Verbum *Oportebit*, sagt KURRER cit. loc. non praecisam hic
et absolutam infert protestationis necessitatem, eo cum effectu
coniunctam, ut, illa insuper habita, repetitioni locus non sit,
sed hypotheticam saltem, ad controversiae ratione animi sumtus
recuperandi alias meruendae, exclusionem relatam, ut sic idem
hic significet, quod vocula *expedit*, aut *opportunum est*; prout
in hoc sensu non uno saltem accipitur loco, vid. L. 52. D. de
legat. 2. L. 8. §. 4. D. de novi oper. nunciat. STRAUCH in Lexi-
co particular. iuris verb. *Oportet*. num 5. Paucis: ICtus hoc loco
funerantis commodo et utilitati consulere, viamque ad facilitio-
rem sumtuum repetitionem mediante hac protestatione quadam
modo sternere, non vero necessitate quadam ad illius inter-
positionem, sub iactura impensarum, eundem constringere
voluit.

tur testari quem, quo animo funerat: ne postea patiatur quaestione.

Nur in dem Falle, da Kinder, oder andere, welche zur Erbschaft des Verstorbenen gerufen sind, und diese noch nicht wissen, ob sie die Erbschaft behalten oder annehmen sollen, ist ein ausdrücklicher Vorbehalt der Kostenersstattung nöthig, wenn sich solche Personen der Beerdigung des Erblassers unterziehen, und dabei ausdrücklich erklärt haben, daß sie dieses Geschäft blos aus Liebe zu dem Verstorbenen, nicht aber als Erben, übernommen hätten. Denn ohne jenen Vorbehalt würden sie sich der Gefahr aussetzen, daß ihnen die Vergütung der Kosten streitig gemacht werde, wie aus folgender Stelle zu ersehen ist.

L. 14. §. 8. D. eodem. Plerique filii, cum parentes suos funerant, vel alii, qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro herede geritio, neque aditio praesumitur, tamen ne vel miscuisse se necessarii vel caeteri pro herede gessisse videantur, solent testari, pietatis gratia facere se sepulturam. Quid si supervacuo fuerit factum? ad illud se munire videntur, ne miscuisse se credantur: ad illud non, ut sumtum consequantur: quippe protestantur, pietatis gratia id se facere. *Plenius igitur eos testari oportet, ut et sumtum possint servare.*

Hatemand bey dem Aufwand der Beerdigungskosten nur zum Theil die Absicht zu schenken gehabt, so kann er nur zum Theil Ersatz derselben fordern.

L. 14. §. 9 D. eod. Fortassis quis possit dicere, interdum partem sumtus facti posse recipere, ut quis pro

pro parte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat. Quod est verius. Partem igitur sumtus consequetur, quem non donandi animo fecit.

2) Die Beerdigung muß auf eine dem Stand und Vermögen des Verstorbenen angemessene Art besorgt werden seyn⁵¹⁾). Der Aufwand darf daher weder übermäßig, noch auf eine so sparsame und kärgliche Art eingerichtet seyn, daß der Verstorbene dadurch beschimpft wird⁵²⁾). Mit Recht kann demnach der Richter die Klage verworfen, wenn das Begräbniß auf eine durch unzeitige Sparsamkeit für den Verstorbenen schimpfliche Weise angestellt worden ist⁵³⁾). Da es kann sogar den Umständen nach eine Injurenklage eintreten⁵⁴⁾). Auf der andern Seite aber kann auch derjenige, welcher ein unverhältnismäßiges kostbares Begräbniß veranstaltet hat, nicht mehr zum Ersatz fordern, als er billig

51) L. 12. §. 5. D. b. t. Sumtus funeris arbitrantur pro facultibus vel dignitate defuncti.

52) L. 14. §. 6. D. b. t. Haec actio, quae *funeraria* dicitur, ex aequo et bono oritur. *Aequum* autem accipitur ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, et ex bona side: ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est. Deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur.

53) L. 14. §. 10. D. b. t. Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit, interdum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet huius rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur, ita eum funerando.

54) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 70. voET Comm. h. t. §. 13. KURRER cit. Diff. §. 45.

billig hätte aufwenden sollen, selbst dann nicht, wenn auch der Verstorbene eine solche Anordnung im Testamente gemacht hätte⁵⁵). Denn thörichte Verordnungen des Verstorbenen braucht der Erbe nicht zu erfüllen⁵⁶). Um bei der Besorgung eines Begräbnisses weder in excessu noch in defectu zu fehlen, ist es daher ratsam, sich von der Obrigkeit einen Verhaltungsbefehl auszubitten.

Unter diesen Einschränkungen ist übrigens die Klage begründet, der Kläger mag das Leichenbegängniß selbst veranstaltet, oder auch nur das Geld zur Leiche dargeslehen haben; wenn es nur ausdrücklich zu diesem Zweck ist dargeslehen, und auch erweislich dahin verwendet worden ist⁵⁷).

§. 774.

55) *L. 14. §. 6. D. b. t. Quid ergo, si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustum sumtus rationem: pro modo autem facultatum sumtum fieri.*

56) *L. 113. §. 5. D. de Legat. I. L. 40. §. 2. D. de auro argent. legato. L. 27. D. de condit. institut. L. 5. Cod. de bis, quae ut indignis. voET Comm. h. t. §. 13. in fin. und Cbr. Gottb. HÜB- BER Diff. de minuendis funerum sumtibus. Lipiae 1795.*

57) *Arg. L. 1. D. in quib. caus. pign. L. 24. §. 1. D. de rebus auctor. iud. possid. MEVIUS Tom. I. Part. II. Decis. 223. und HOFACKER Princip. juris civ. Tom. III. §. 4038. Nr. 2. Der Dritte, welcher auf die Ordre dessen, der die Beerdigung besorgte, Geld hergeliehen hat, kann von der Masse gleichfalls nur für das, was nöthig war, Vergütung fordern; doch steht ihm gegen den Mandanten unbedingt der Regress offen. S. THIBAUT System des Pand. Rects. 2. B. §. 980. S. 364. a. E. Anderer Meinung ist jedoch DABELOW vom Concurse der Gläubiger. Cap. g. S. 191.*

Was gehört zu den Leichenkosten?

Unter den Leichenkosten (*Funeris sumtus*) wird nach dem römischen Rechte alles dasjenige begriffen, was entweder unmittelbar zur Beerdigung des Verstorbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bei Gelegenheit derselben, aber doch nothwendig aufgewandt werden musste, um die Beerdigung auf eine für den Verstorbenen anständige Art zu bewerkstelligen⁵⁸⁾). Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus folgenden Gesetzstellen.

L. 14. §. 3. D. b. t. Funeris causa sumtus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus du- catur, sine quo funus duci non possit: utputa si quid impensum est in elationem mortui. Sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferetur. funeris causa videri impensum, LABEO scribit: quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur.

L. 14. §. 4. D. eodem. Impensa peregre mortui, quae facta est, ut corpus perferretur, funeris est, licet nondum humo funeretur. Idemque et si quid ad cor- pus custodiendum, vel etiam commendandum⁵⁹⁾ fa- ctum

58) G. DABELOW a. a. O. S. 188. u. folg. VOET Comm. h. t.

§. 14. Iac. VOORDA Comm. ad Legem. Faleid. Cap. VIII. §. 13. u. GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 19.

59) *Commendare* heißt hier soviel als deponere corpus, donec instae sepulturae tradatur, die Leiche an einem Orte so lange aufbewahren, bis sie da abgeholt werden kann. C. CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 17. BRISONIUS Antiquitat. selectar. Lib. III. cap. 7. und VOORDA cit. Commentar. Cap. §. 13.

ctum sit, vel si quid in marmor⁶⁰), vel vestem collo-
candam⁶¹).

L. 37.

pag. 169. Die Leseart *Commundandum*, von *commundare*, rei-
nigen, abwaschen, welche einige gebilligt haben, ist ganz irrig.
G. Rad. FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 6. (in EV.
OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 200.) und van IDsinga
Varior. *iuris civ.* Cap. 20.

60) *Marmor* ist hier soviel, als *area marmorea*, qua condebatur
cadaver; ein Sarg von Marmor. G. VOORDA c. l.

61) Auch die Römer pflegten die Leichen anzufleiden, wie KIRCH-
MANN de funerib. Rom. Lib. I. cap. 10. erwiesen hat. Allein
zweifelhaft ist es, was das *collocandam* bedeuten soll. VOORDA
c. l. sagt: *Vestes illae, quibus cadavera olim solebant indui,*
dicebantur collocari, quum indutae apte et concinne dispone-
bantur. Er beruft sich auf OVIDII *Metamorphos.* Lib. II.
vers. 734. und bemerkt dabei, daß zur Verfertigung der Ster-
bekleider die Libitinatii wären gedungen worden, wie aus VA-
LERIUS MAXIMUS Lib. V. c. 2. erbelle. CORN. VAN BYNCKERS-
HOEK Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 25. §. 1. glaubt, man
müsse *collocandum* lesen. Denn *collocare* heißt hier nichts an-
ders, als *expendere* oder *erogare*, wie dies Wort auch in an-
dern Stellen gebraucht wird, als L. 7. §. 11. D. de administr.
et peric. tutor. L. 43. §. 3. D. de furtis. IO. LUD. CONRADI
Reprehensor. in Observation. super iure civ. diversor. libr. sing.
pag. 56. verwirft diese Verbesserung, und erklärt die Worte
vestem collocandam von einem nöthigen Todenkleide, zum
Unterschiede vom überflügigen Prunk. Man sehe auch desselben
Opuscula e iure civ. Tom. II. pag. 9. Allein durch alle diese
Erklärungen ist der wahre Sinn nicht getroffen worden. Dies-
ser wird nur dann richtig dargestellt, wenn man statt *collocan-*
dam vielmehr *collocatum* liest, welches denn unstreitig soviel
als *impensum*, oder *erogatum est*, heißt, wie IO. BERNB. KOEN-
LER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 10.
§. 2. pag. 110. gezeigt hat.

L. 37. pr. D. eodem. Funeris sumtus accipitur, quidquid corporis causa, veluti unguentorum, erogatum est: et pretium loci, in quo defunctus humatus est: et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi⁶²), et vectura; et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumtum est, funeris impensam esse existimo.

§. i. *L. 37. eod.* Monumentum autem sepulchri id esse, Divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti

62) *Sarcophagus* ist eigentlich eine Art von Stein, welcher die Kraft hat, in kurzer Zeit das Fleisch von den Körpern zu verzehren. Er wird *lapis affus* oder *afus* genannt. PLINIUS in *Histor. natur.* Lib. XXXVI. Cap. 27. sagt: In Asso Troadis *sarcophagus lapis* fissili vena scinditur. Corpora defunctorum condita in eo, absumi constat intra XL. diem, exceptis dentibus; und eben so ISIDORUS Orig. Lib. XVI. cap. 4. *Sarcophagus lapis* dictus eo, quod corpora eorum condita in eo intra quadraginta dies absumerentur. Σαρξ enim graece caro dicitur, φάγειν comedere. Nascitur autem in Troade, fissilique vena scinditur. Von diesem Stein pflegten die Römer ihre Särge zu versetzen. Daher wird das Wort *Sarcophagus* für die area lapidea, in qua mortuus condebatur, genommen. Diese Bedeutung ist auch hier in der *L. 37. b. t.* zum Grunde zu legen, wie aus *L. 7. D. b. t.* erhellet. G. IAC. CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 13. und IO. VAN NISPERN Diss. de sepulcro violato. Cap. IX. §. 2. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar. Vol. II. Tom. III. pag. 43. sq.) In andern Stellen wird jedoch das Wort *Sarcophagus* auch für Sepulchrum gebraucht. L. 18. §. ult. D. de aliment. legat. NONIUS MARCELLUS Cap. I. §. 13. ISIDORUS Orig. Lib. XV. cap. 11. G. KIRCHMANN de funerib. Rom. Lib. III. cap. 10.

menti⁶³⁾, id est, causa muniendi eius loci factum sit, in quo corpus impositum sit. Itaque si amplum quid aedi-

63) Stat monumenti will IO. WUNDERLICH in libro sing. de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchral. Observat. I. §. 8. lieber munimenti lesen. Er glaubt, der ganze Context erfordere diese Verbesserung. Allein nimmt man diese Leseart an, so erscheinen die Worte: id est causa muniendi eius loci als überflüssig, indem dadurch idem per idem erklärt wird. Es scheinen vielmehr die Worte: *monumenti, id est*, ein Glossen zu seyn. Bey Halo ander fehlen auch wirklich diese Worte. Denn der Sinn des Kaisers geht dahin, zu bestimmen, was man eigentlich *Munimentum sepulchri* nenne, um zu wissen, in welchem Falle man die Kosten zu den Begräbniskosten rechnen, und von der Vicesima hereditatum abziehen könne, oder nicht. Das Letztere lehrt die Inscription. Denn die L. 37. ist aus MACRI libro ad Legem viceスマriam hereditatum genommen. Dieses Gesetz erlaubte zuvörderst alle Begräbniskosten von der Erbschaft abzugießen, ehe dem kaiserlichen Fiscus die Vicesima bezahlt wurde. Es sollte also in dieser Stelle nicht sowohl gezeigt werden, was *Sepulchrum*, als vielmehr was *Munimentum Sepulchri* sey. Er sagt also, *Munimentum sepulchri* sey nur dasjenige zu nennen, was aufgeführt werde, um die Grabstätte zu verwahren und einzuschließen. Es erhellet hieraus, daß die Leseart *monumentum* irrig, und dafür *Munimentum sepulchri*, zu lesen sey, wie auch Halo ander und, nach BRENTMANN'S Bemerkung in dem Gebauerschen Corp. iuris, einige andere Handschriften haben, zu denen ich auch noch unsern Erlanger Pandecten Codex rechnen kann. LEONINUS Emendat. Lib. III. cap. 10. PACIUS in nota marginali Edit. suae ad h. L. GUTHERIUS de iure manum Lib. II. cap. 30. u. van NISSEN cit. Diss. Cap. V. §. 2. sind gleicher Meinung. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß *Monumentum* nicht dasjenige heißt, *quod muniendi loci causa sit*, sondern *quod memoriae servandae gratia existit*, wie Ulpian sagt

aedicari testator iusserit, veluti in circuitum portications, eos sumtus funeris causa non esse.

Nach diesen Stellen ist also zu den Leichenkosten

1) alles dasjenige zu rechnen, was auf die Bekleidung, Erhaltung⁶⁴⁾ und das Bewachen des toten Körpers, nicht minder auf die äussere Bekleidung und Verzierung der Leiche aufgewendet worden ist.

2) Was für den Sarg und dessen Zubehörung, in gleichen für die Grabstätte, Zubereitung und Verwahrung derselben bezahlt worden ist.

3) Das, was für das Führen oder Tragen der Leiche ausgegeben worden. Hat die Leiche erst von einem andern Orte hergebracht werden müssen, so gehört zu den Leichenkosten nicht nur, was der Transport gekostet hat, sondern auch das, was etwa dafür entrichtet wurde, daß die Leiche an dem Orte, wo der Verstorbene verblichen war, so lange aufbewahrt wurde, bis sie abgeholt werden konnte; in gleichen die Abgaben, welche bey dem Transport an Ort und Stelle an Wegegeldern oder sonst entrichtet werden mußten⁶⁵⁾.

Weiter

L. 2. §. 6. D. b. t. Man siehe auch L. 42. D. b. t. und RESTUS de Verbor. Signif. h. v. Nun gehörte in Ansehung der Vice-sima hereditatum nur *mumentum sepulcri*, nicht aber *monumentum* zu den Begräbniskosten. S. Bach's unpartheyische Critic über jurist. Schriften. 2. Band S. 133. ff.

64) Hierzu dienten die Unguenta, deren Macer L. 37. pr. D. b. t. Erwähnung thut. Man s. STRYK h. t. §. 60.

65) Die L. 37. pr. b. t. nennt ausdrücklich *Vectigalia*. Das darunter ein Todenzoll verstanden worden, welcher aber nachher

Weiter geht die Bestimmung des römischen Rechts nicht. Es können daher zu den privilegierten Leichenkosten die auf die Errichtung eines Denkmals oder Monuments verwandte Unkosten nicht gerechnet werden⁶⁶⁾. Sie gelingen nicht einmal bey der Berechnung der Falcidie von der Erbmasse ab, weil man die Errichtung eines Monuments nicht für nöthig hielt⁶⁷⁾. Hatte auch der Erblasser solches befohlen, so sahe man doch die dazu bestimmte Summe als ein Legat an, das selbst der Falcidie unterworfen war⁶⁸⁾. Nach dem römischen Rechte können auch die Trauerkleider der

het L. ult. C. b. t. wieder aufgehoben worden sey, ist schon oben S. 408. Not. 73. bemerkt worden. *Corn. van BYNKERSHOEK* in Quaest. iuris public. Lib. II. cap. 22. ist zwar anderer Meinung. Er glaubt der Zoll habe nicht von der Leiche, sondern von den Pferden, die die Leiche führten, oder von dem Schiff, worauf die Leiche transportirt wurde, gegeben werden müssen. Allein seine Meinung widerlegt eine Stelle des *DIO Cassius* Lib. LXII. init. Man sehe auch *Herm. CANNEGIETER* Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 240.

66) *S. Iac. GUTHERIUS de iure manum.* Lib. III. cap. 21.

67) *Sabinus* und *Marcellus* waren zwar verschiedener Meinung. Erster wollte das Monument von der Erbmasse abgerechnet haben, wenn die Errichtung desselben nöthig gewesen. *Marcellus* hingegen verwarf den Abzug für das Monument aus dem Grunde, weil solches nie nöthig sey. Der letzten Meynung scheint *Paulus L. 1. §. ult. D. ad Leg. Falcid.* stillschweigend seinen Beifall gegeben zu haben. Anderer Meinung ist jedoch *voORDA* in *Comm. ad Leg. Falcid. Cap. VIII. §. 13.* pag. 170. sqq.

68) *S. Westphals* sht. Darstellung der Rechte von Verwächtnissen und Fideicommissen §. 1221.

der Verwandten des Verstorbenen⁶⁹⁾ und die Kosten für das Trauermahl nicht zu den Leichenkosten gerechnet werden⁷⁰⁾, da selbst das römische Recht die Begräbniskosten nicht ausgedehnt wissen will. Noch weniger aber lässt sich aus dem römischen Rechte erweisen, daß die Kosten der letzten Krankheit des Verstorbenen hierher gerechnet werden könnten, um mit der *actione funeraria* auf deren Erfolg zu klagen⁷¹⁾.

Heutzutage kommt noch manches hinzu, was nach der heutigen Act, die Todten zu beerdigen, bey Leichenbegängnissen aufgewendet zu werden pflegt. Man hat hierbei vorzüglich auf die Sitten und Gebräuche des Orts zu sehen, wo die Leiche zur Erde bestattet wird, darnach muß beurtheilet werden, was bey einem Begräbniß Ehrenhalber, dem Stand des Verstorbenen gemäß, aufgewandt werden mußte.

69) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 68. KURRER Diff. de actione funerar. §. 38. und DABELOW vom Concurs der Gläub. S. 189.

70) S. Gottl. Aug. Jenichens histor. und rechtliche Abhandlung von Begräbniss-Mahlzeiten und den auf solche verwendeten Untosten. Leipzig 1747. 4. §. 10. KURRER cit. Diff. §. 43.

71) S. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 29. H. LAMPE Diff. de privilegiis et iuribus singularibus medicorum. Sect. I. cap. II. §. 22. und andere mehr. Allein die Gesetze, worauf man sich beruft, nämlich *L. 4. C. de petit. heredit. und L. 3. Cod. de relig.* beweisen diese Meinung nicht, wie WALCH in Diff. de privilegio medicorum creditorum in concursu. Jenae 1774. und besonders DABELOW vom Concurre der Gläub. Cap. XXI. S. 597 — 599. sehr einleuchtend dargehan haben.

mußte. Zu den Leichenkosten gehören heutiges Tages z. B. auch die Leichengebühren der Geistlichen sowohl, als anderer kirchlichen und weltlichen bei der Beerdigung nöthigen Personen; ferner der Aufwand für das Läuten der Glocken, nicht weniger für Flöre, Handschuhe und Eltronen, welche nach der heutigen Sitte die Träger bei Leichenbegängnissen erhalten. Zweifelhaft aber ist es, ob nicht heut zu Tage auch dasjenige als ein Gegenstand der actio funeraria zu betrachten sey, was zu Trauerkleidern der Verwandten oder der Bedienten des Verstorbenen, desgleichen was auf das Trauermahl verwendet worden ist. Viele⁷²⁾ fragen kein Bedenken, bündes zu bejahen. Allein eben so viele⁷³⁾ läugnen dieses schlechterdings. Es kommt hierbei alles auf die Trauerordnung und die Gewohnheit eines jeden Orts, und dann auf die Vermögensumstände des Verstorbenen an⁷⁴⁾. Der bisherige Gerichtsgebrauch hat indessen fast überall dem Vorschuß für Trauerkleider und

Trauer-

72) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. CARPOV P. I. Constit. 28. Definit. 41. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIX. medit. 4. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXXIV. de CRAMER Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1011. LAUTERBACH Coll. Pand. th. pr. h. t. §. 31. RICHTER de iure et privil. creditor. Cap. II. Membr. IV. §. 3. MÜLLER ad Struv. Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 88. not. a. u.-a. m.

73) BRUNNEMANN Comm. ad L. 14. §. 6. D. h. t. et in Praelect. de processu concursus creditor. Cap. V. §. 14. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. KURRER Diss. de actione funeraria. §. 38. et §. 43. Gmelin Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 83. DABELOW a. a. O. S. 596. Kori System des Concurs-Professes Lib. II. Cap. II. §. 8. S. 184.

74) S. Jenichens Abb. von Begräbniß-Mahlzeiten §. 10.

Trauermahl das Vorrecht der Leichenkosten beygelegt⁷⁵). Vermöge eines allgemeinen Gerichtsgebrauchs in Deutschland, der durch eine Menge besonderer Landesgesetze unterstützt wird, genießen denn auch die Kosten der letzten Krankheit des Schuldnern das nämliche Vorrecht beim Concurs⁷⁶).

Dass übrigens derselbe, welcher auf den Ersatz der aufgewandten Leichenkosten klagt, diese Kosten specificiren, und gehörig bescheinigen müsse, versteht sich. Eine solche specificque Nachweissung ist schon darum nöthig, damit erheile, dass kein überflüssiger Aufwand gemacht worden sei⁷⁷). Sind diese Kosten sehr mäsig, und dabei wahrscheinlich, so wird der Gläubiger, in Ermangelung eines andern Beweises, zur eidschen Bestärkung gelassen⁷⁸).

Hat Niemand zur Leichenbestattung Geld dargeliehen, und er fordert solches zurück, so muß er, wenn er auf das

§ f 2

Vor-

75) BERLICH Conclus. Pract. P. I. Concl. LXIV. nr. 88. — 90.

a PUFFENDORF Animadversion. iuris. Animadv. CVI. Io. Guil. HOFFMANN Selectar. quae ad usum fori spectant, Observatio. Syloge. Dissertat. I. Observat. II. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns. praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band. Erör. 36. S. 221. ff. und Claproths Einleitung in die sämmtl. summar. Prozesse §. 392.

76) Claproth a. a. D. §. 339. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 4. DABELOW vom Conc. der Gläubiger Cap. XXI. S. 599. folgg. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4037. Nr. II.

77) S. BOETTICHER Diff. de sumtibus pietatis Cap. XVII. nr. 17.

78) BRUNNEMANN Process. concursus creditor. Cap. V. §. 14. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4037. nr. III.

Vorzugsrecht der Leichenkosten beym Concurs Anspruch machen will, nicht nur beweisen, daß er das Geld zur Leiche namentlich dargeliehen habe, sondern auch, daß es dazu wirklich verwendet worden sey. Kann das letztere nicht bewiesen werden, so wird der Gläubiger an den verwiesen, dem er das Geld gegeben hat⁷⁹⁾). Sonst aber wird dem Darleher kein weiterer Beweis zugemuthet, wenn ihm nur sonst kein übermäßiger Aufwand zum Vorwurf gemacht werden kann⁸⁰⁾.

Noch entsteht die Frage, vor welchen Richter der Streit gehöre, welcher Begräbnissachen zum Gegenstande hat. Man unterscheidet. Der Streit betrifft entweder das Recht der Beerdigung selbst, oder den dabei gemachten Kostenaufwand. In ersten Falle erkennt das Consistorium; in den letztern aber der weltliche Richter⁸¹⁾). Bey den Römern war in solchen Sachen ehemals auch die Jurisdiction der aedilium curulum begründet⁸²⁾.

79) GMELINS Ordnung der Gläubiger. Kap. 2. §. 3. S. 81.

80) MEVIUS P. II. Decis. 223.

81) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 34. Ist der Streit darüber, ob jemand auf eine anständige Art zu begraben sey, oder nicht, so behaupten viele, daß die Entscheidung vor das weltliche Gericht gehöre. S. STRYK U. mod. Pand. h. t. §. 5. LUDOVICI Doctr. Pand. h. t. §. ult. Allein andere behaupten, daß auch hier die Entscheidung dem geistlichen Richter zukomme. CARPOV Iurispr. Consistor. Lib. II. Def. 378. nr. 6. und Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 12.

82) S. PÜTTMANNI Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 3.

Lib. XI. Tit. VIII.

De mortuo inferendo et sepulchro
aedificando.

§. 775.

Rechtsmittel gegen den, welcher einer rechtmäßigen Beerdigung, oder Errichtung eines Begräbnisses Hindernisse in den Weg legt.

Wer von einem Andern widerrechtlich verhindert wird, einen Todten an einem Orte zu begraben, wo er dazu besugt ist, kann sich eines doppelten Rechtsmittels bedienen. Er kann entweder possessorisch mit dem *Interdicto de mortuo inferendo* klagen, und das Gesuch dahin richten, daß der Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er sich aller Stöhrung und Thälichkeit enthalte, und den Imploranten ungehindert die Beerdigung des Verstorbenen an dem bestimmten Orte vornehmen lasse; oder er kann petitorisch mit der *actione in factum* auf das Interesse klagen, wenn er durch die Verhinderung des Beklagten genötigt worden ist, nun den Todten an einem andern Orte zu begraben, als wo die Bestattung derselben geschehen sollte. Dieses Interesse begreift unter andern den Werth der gekauften Grabstätte, oder das Geld für einen dazu gepachteten Platz in sich. Von beyden Rechtsmitteln handeln folgende Stellen.

ff 3

L. 8.

L. 8. §. 5. D. de religiosi. Ei, qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, *in factum actio competit, et Interdictum:* etiam si non ipse prohibitus sit, sed procurator eius, quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur.

L. 9. D. eodem. Liberum est ei, qui prohibetur, mortuum ossave mortui inferre, aut statim *Interdicto uti,* quo prohibetur ei vis fieri: aut alio inferre, et postea *in factum agere;* per quam consequitur auctor, quanti eius interfuerit, prohibitum non esse: in quam computationem cadit loci emti pretium, aut conducti merces; item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus, religiosum facturus non esset.

Von der *actio in factum* bemerkt Cajus in derselben Stelle noch als etwas Besonderes, daß diese Klage nicht auf die Erben übergehe, übrigens aber in Ansehung der Parthenen selbst eine *actio perpetua* sey. Er sagt nämlich:

Unde miror, quare constare videatur, neque bardi neque in heredem dandam hanc actionem. Nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit.

Die Sache an sich ist also ausser Zweifel, wie das Wort *constare* andeutet. Allein mit der Natur der Klage, welche doch bloß auf das Interesse geht, kann dieses Cajus nicht vereinigen. Cajaz⁸³⁾ weiß auch hier von keinen hinreichenden Grund anzugeben. Eben so wenig Gerhard Vloode^{84).} Sie berufen sich zu ihrer Entschuldigung auf

83) Observation. Lib. VIII. cap. 12.

84) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. pag. 271.

auf Julians Ausspruch *L. 20. D. de Legibus*: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, wovon sie hier ein neues Beispiel gefunden zu haben glauben. Anton Faber⁸⁵⁾ hingegen sieht diese Klage als eine Art von Injurienklage an, weil es eine Beschimpfung des Verstorbenen, und zugleich eine Beleidigung des Erben sey, wenn man eine rechtmäßig unternommene Beerdigung zu verhindern sucht. Es bleibt ihm aber doch noch immer ein unerklärbares Rätsel, warum die Klage blos auf das Interesse geht. Johann Voet⁸⁶⁾ glaubt nun aber, dies alles nach seiner Ansicht erklären zu können. Daß die actio in factum als eine Art der Injurienklage anzusehen sey, leide nach *L. ult. Cod. de sepulcro violato* keinen Zweifel. Da nun Injurien- und diesen ähnliche Klagen nach §. I. *I. de perpetuis et temporal. actionib.* nicht auf die Erben gehen, so dürfe es uns auch nicht wundern, wenn das nämliche von der *actio in factum de mortuo inferendo* gelte. Das die Klage auf das Interesse geht, schade nichts. Auch die *actio sepulchri violati* gehe nur auf das Interesse. Dieses werde aber nicht blos nach der Größe des Schadens, sondern auch nach der Größe der zugesfügten Injurie bestimmt, wie Ulpian *L. 3. §. 8. D. de sepulcro violato* lehrt. In diese Idee stimmen die meisten⁸⁷⁾ ein. Nur Coccejus⁸⁸⁾ glaubt, daß das Gesetz ganz anders zu verstehen sey, als es von allen diesen Rechts-

§ f 4

gelehr-

85) Rational. in Pandect. ad h. L. 9. Tom. II. pag. 574.

86) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 1.

87) S. Iac. GUTHRIUS de iure Man. Lib. III. cap. 16. und CORN. van ECK Disputat. III. de hereditariis actionib. Th. 8.

88) Iur. civ. controv. Lib. XI. Tit. 6. Qu. 3. in fin.

gelehrten erklärt worden ist. *Cajus*, sagt er, wundere sich, wie es Rechtsgelehrten geben könne, welche den Satz, als eine ausgemachte Wahrheit aufstellen, daß die *actio in factum de mortuo inferendo* nicht auf die Erben gehe. Diese Meinung widerlege er dadurch, daß diese Klage eine *actio rei persecutoria* sei, und leite daraus die Folge ab, daß die Klage auch eine *actio perpetua* sei. Dies wäre ja falsch, wenn sie nicht auf die Erben ginge. Allein, wenn gleich auch schon Brunnemann⁸⁹⁾ und nach ihm Böhmer⁹⁰⁾ die L. 9. eben so erklärt haben, so kann ich doch dieser Meinung nicht bestimmen. Denn Erstens wird das Wort *constare*, welches *Cajus* gebraucht hat, von den römischen Rechtsgelehrten immer in dem Sinn genommen, daß dadurch dasjenige ausgedrückt werden soll, was allgemein bekannten Rechtens, und durch den Gerichtsgebrauch bestätigt war, wenn sie es auch gleich nach theoretischen Gründen nicht immer billigten⁹¹⁾. Nie aber

wird

89) *Commentar. ad L. 9. D. de religios.*

90) *Doctr. de actionib. Sect. II. cap. IV. §. 67.* wo er sagt: *Neque enim verba ultima cit. L. 9. negative intelligi possunt, cum potius I Cetus aperte Dissentientes refutet.*

91) *G. Guil. a TEISTERBANT dict. BILDERDYK Observation. et Emendation. Lib. un. (Brunovici 1806. 8.) Cap. VII. pag. 67.* sagt: *Verbum constare eo sensu accipiendum esse, ut et id, quod manifesto receptum sit, licet vel strictissimi iuris analogiae adversetur, comprehendat, dubium nullum est. Constare enim de eo, quod facti est, dicitur. Sic ULP. L. 5. §. 1. D. quibus ex caus. in possess. eat. Hinc constare pro manifestari dicitur L. 1. pr. D. de obsequiis a lib. et libert praest. L. 1. §. fin. D. de Quaest. §. 18. I. de except. Alias pro certum vel pro comperto esse. LIB. XXVII. 44. Sic de iure recepto, quod tamen non probat, cajus L. 9. D. de religios.*

wird es in dem Sinn gebraucht, um die Meinung dissenstrender Rechtsgesetzten anzudeuten. Zweyten s lehrt der ganze Zusammenhang, daß die Worte certe perpetuo ea inter ipsos competit, blos auf die Parthenen selbst, nämlich auf den prohibentem und prohibitum, gehen. Drittenten s hat Lauterbach⁹²⁾ sehr gründlich bemerkt, daß eine Klage an sich eine actio perpetua seyn könne, und doch nicht auf die Erben übergehe, wie z. B. die actio furti. Cuijaz nimmt auch noch ein Argument aus den Basiliiken her, in deren Libro 59. die L. 9. auf folgende Art ins Kurze gefaßt seyn soll: *Haec actio neque beredi neque in breditem datur, et perpetua est.* Allein in der Fabrotischen Ausgabe steht die L. 9. nicht. Es ist also wohl an sich keinem weiteren Zweifel unterworfen, daß die *actio in factum de mortuo inferendo* nach der L. 9. cit. nicht auf die Erben gehe, wie auch Joh. Ottw. Westenberg⁹³⁾ ganz richtig behauptet; und man kann sich die Verwunderung des Cajus ganz leicht erklären, weil doch immer zwischen dieser Klage und der eigentlichen Injurienklage, ein großer Unterschied ist, wenn auch, wie man allerdings zu glauben Grund hat, der römische Gerichtsgebrauch eine Ähnlichkeit zwischen beiden Klagen gefunden haben sollte, wie dies alles Ulrich Huber⁹⁴⁾ zur Ehre des Cajus vortrefflich ausgeführt hat.

Um jedoch wieder auf das *Interdictum de mortuo inferendo* zu kommen, so hat solches Ulpian L. I. pr. und §. I.

92) Colleg. theor. pract. Pandectar, Lib. XI. Tit. VII. §. 20. et 21.

93) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. c. §. 56.

94) Eunomia Roman. (Franequerae 1700. 4.) Lib. XI. ad h. L. 9.
de relig. pag. 457. sqq.

§. 1 — 4. D. b. t. auf folgende Art ausgedrückt und erläutert:

Praetor ait: *Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quominus illi eo eave mortuum inferre, et ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

§. 1. Qui inferendi mortuum ius habet, non prohibetur⁹⁵⁾ inferre. *Prohiberi autem inferre* videtur, sive in locum inferre prohibeatur, sive itinere arceatur.

§. 2. Hoc *interdicto de mortuo inferendo* dominus proprietatis uti potest; quod etiam de loco puro competit.

§. 3. Item si mihi in fundum via debeatur, in quem fundum inferre volo, et via prohibeatur, *hoc interdicto* posse me experiri, placuit: quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor: idque erit probandum, et si alia servitus debeatur.

§. 4. Hoc *Interdictum* prohibitorium esse palam est.

Nach diesen Stellen hat also das *Interdictum de mortuo inferendo* statt, wenn Jemand auch nur verhindert wird, eine Leiche über eines Andern Grundstück zu führen, auf welchem ihm vermöge einer Servitut dazu das Recht zukommt⁹⁶⁾.

Noch ein anderes Interdict, wovon in diesem Titel gehandelt wird, findet in dem Falle statt, wenn Jemand um-

95) i. e. non debet prohiberi. S. ROTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 345.

96) Man sehe noch von diesem Interdict Iac. GUTHERIUS de iure Man. Lib. III. cap. 14.

unrechtmäßig die Errichtung eines Grabmals verhindert. Dies ist das *Interdictum de sepulcro aedificando*, wovon Ulpian *L. I. §. 5. D. b. t.* die Worte auf folgende Art aufgezeichnet hat:

Praetor ait: *Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto.*

Wenn Ulpian §. 6. hinzufügt: *Interdictum propterea propositum est, quia religionis interest, monumenta estrui et exornari*, so dachte wohl dieser Römische Jurist, als Hesle, unstreitig an die *Sacra Deorum Manium*, welche bey den Grabmälern jährlich angestellt wurden, und welche man *Inferiae* zu nennen pflegte. Deswegen wurden bey den Gräbern der heidnischen Römer Altäre erbauet, und Monumente errichtet, in welchen man die zum Opfern nothigen Geräthschaften aufbewahrte⁹⁷⁾). Es war daher Sache der Religion, die Errichtung der Monumente nicht zu verhindern⁹⁸⁾; und Ulpian sagt in dieser Hinsicht *L. ead.*

§. 7.

97) Von diesem cultu Deorum manium oder Inferiis haben GUTHRIUS de iure Manium Lib. II. cap. II. KIRCHMANN de Funerib. Romanor. Lib. IV. cap. 2. und WUNDERLICH de Usu inscription. veter. Rom. maxime sepulchral. Obs. 3. §. II. ausführlich gehandelt.

98) BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 68. not. u. sagt daher ganz richtig: *RELIGIO haec, (cuius sc. meminit Ulpian.) erat ille cultus gentilium, quem diis manibus exhibebant, quos etiam adorabant.* SENECA Epist. 86. *Hic cultus desiderabat aras et monumenta, quae tandem tot infinita tempora produxere, quot fere heroum sepulchra Romae erant.* Haec ratio erat,

§. 7. *Facere sepulchrum sive monumentum in loco, in quo ei ius est, nemo prohibetur; i.e nemo prohiberi debet.* Es gieng auch dies nicht blos auf Errichtung eines neuen, sondern auch auf die Reparatur oder Wiederherstellung eines baufälligen Monuments; wie Ulpian §. 9. eod. sagt: *Aedificare autem non solum, qui novum opus molitur, intelligendus est, verum is quoque, qui vult reficere.* Allein an diesen heidnischen Aberglauben konnte wohl Tribonian nicht mehr denken, welcher die Worte *religionis interest*, behielt. Die Beerdigung selbst wird aber doch auch nach dem heutigen Kirchenrechte immer noch als eine religiöse Handlung angesehen, und da die Gräber nach dem katholischen Kirchenrecht benedicirt werden, so läßt sich die Benbehaltung dieser Worte auch wohl noch jetzt vollkommen vertheidigen. Da indessen das Interdictum de sepulcro aedificando nur gegen den geht, welcher die Errichtung oder Ausbesserung eines Grabmals zu hindern sucht, so scheint der Grund, welchen Kaiser Gordian L. 7. C. de religios. anführt, nämlich: *cum iure suo eorum, quae minus probita sunt, unicuique facultas libera non denegetur*, der Sache allerdings angemessener zu seyn. Das Gesuch wird übrigens darauf gerichtet, dem Implorenten bei Strafe anzubefehlen, daß er den Imploranten an der Errichtung oder Ausbesserung seiner Grabstätte nicht hindere,

Der heutige Gebrauch dieser Interdicte läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, und es kommen selbige besonders bei Erb-

erat, quod monumentorum exstructio, tanquam res pia et religiosa, per interdicta celerrime expediri debuerit.

Erb- und Familienbegräbnissen zur Anwendung ⁹⁹). Kommt es auf ein gegenwärtiges Begräbniß an, wo die Sache keinen Aufschub leidet, so finden heutzutage auch Mandata sine clausula statt ¹⁰⁰).

99) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. I. und *de cocceji ius civ.* controv. h. t. Qu. I.

100) G. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 66. und *de cocceji c. I. Qu. I.* in fin.

Lib. XII. Tit. I.

De rebus creditis, si certum petatur, et
de condictione.

§. 776.

Erklärung der Rubrik dieses Titels.

So n dem dritten Thelle der Pandekten, welcher mit dem 12. Buche angehet, wird hauptsächlich von den verschiedenen Contracten und den daraus entspringenden Klagen gehandelt. Der Anfang wird mit den benannten Realcontracten gemacht, jedoch so, daß sie in keiner Ordnung auf einander folgen, sondern immer dabei andere Lehren mit eingemischt werden. In diesem Titel wird unter der Aufschrift *de rebus creditis* hauptsächlich vom Darlehn gehandelt. Allein in dem Edicto perpetuo wurde, wie Ulpian selbst L. i. b. t. bemerkt, unter dieser allgemeinen Rubrik nicht blos von *mutuo*, sondern auch von den übrigen Realcontracten gehandelt, in welchen wir uns auf die Treue eines Andern verlassen müssen, z. B. vom *commodato* und *pignore*. Es ist daher nothlg, den Sinn der Rubrik zuvörderst etwas genauer zu erklären.

Das Wort *credere*, welches hier gebraucht wird, heißt in der allgemeinen Bedeutung so viel, als *alienam fidem sequi*, also zu Jemandem das Zutrauen haben, er werde ges-

geneigt seyn, eine übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen. In dieser Bedeutung wird daher auch das Wort *credere* von *commodato*, *deposito* und *pignore* gebraucht. Nam *cuicunque rei adsentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur*, sagt Ulpian L. 1. cit. b. t. Daher wird auch das Wort *res* von dem Prätor nicht blos von fungiblen Sachen gebraucht, welche den Gegenstand des Darlehns ausmachen, sondern es wird in dem Edict im generellen Sinn genommen, so daß es auch auf die übrigen Realcontracte paßt, von denen der Prätor unter der Ueberschrift *de rebus creditis* gehandelt hat. Zu dem Ende fügt Ulpian seiner Erklärung von dem Worte *credere* noch hinzu: *Rei quoque verbum, ut generale, Praetor elegit.* Denn das Worte *res* hat eine ausgedehntere Bedeutung als *pecunia*, wie Paulus lehrt, wenn er L. 5. D. de Verb. Signif. sagt *REI appellatio latior est, quam PECUNIAE, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.* In einer engern Bedeutung hingegen heißt *credere* soviel, als *mutuo dare, darleihen*, so wie es auch L. 1. pr. L. 3. §. ult. und L. 5. D. ad SCtum Macedon. L. 4. pr. D. de reb. credit. gebraucht wird. Ob nun gleich in diesem Titel der Pandecten hauptsächlich vom Darlehn, von den übrigen Realcontracten aber, nämlich dem *commodato*, *deposito*, und *pignore*, in andern besondern Titeln gehandelt wird; so muß dennoch bei Erklärung der Ueberschrift dieses Titels die generelle Bedeutung von dem Worte *credere* zum Grunde gelegt werden. Es erhellt dies unter andern vorzüglich aus L. 2. §. 3. D. b. t. wo Paulus sagt: *Creditum ergo a mutuo dif-*

differit, qua genus a specie: nam creditum consistit¹⁾ extra eas res, quas pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

Eben dies beweisen auch die Basiliiken²⁾, in welchen es gleich im Anfange dieses Titels heißt: Περὶ διαφόρων συναλλαγμάτων ὁ παρὼν διαλαμβανων τίτλος ἐπιγέγραπται, περὶ πραγμάτων χρεώσουμένων. καὶ τὸ πρᾶγμα γὰρ γεγονὸν ἔστι, καὶ χρεώσουμένον λέγεται τὸ ἐξ οἰουδηποτε χρεωσύμενον συναλλαγμάτος. i. e. Hic titulus, in quo de variis contractibus agitur, inscribitur de rebus creditis: est enim rei verbum generale, et creditum dicitur, quod ex quocunque contractu debetur. Antonius Contius³⁾, Wilh. Barclajus⁴⁾ und Edmund Merillius⁵⁾ haben daher nicht unrecht, wenn sie diesen Titel noch jetzt für einen generellen Titel halten, und die Worte de rebus creditis von allen den Contracten erklären, welche wir mit einem andern in dem Vertrauen schließen, er werde zu seiner Zeit das Empfangene entweder in Natur zurückgeben, oder in derselben Art und Güte wieder erstatten.

Die

1) Hier ist das Wort *etiam* zu verstehen, wie POTIER in Pand. Iust. h. c. Nr. XIX. not. l. bemerkt. Haloander hat es auch eingeschaltet.

2) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. I. Const. I. pag. 219.

3) Disputat. iuris civ. Lib. I. cap. 4.

4) Commentar. ad h. Tit. Pand. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 806.)

5) Comm. ad h. Titul. bey OTTO c. I. pag. 655.

Die folgenden Worte: *Si certum petatur, et de condicione*, werden auf verschiedene Art erklärt. Gerhard Noodt⁶⁾ hält sie für die Anfangsworte des prätorischen Edicts, welches er auf folgende Art restituirt: *Si certum petatur rerum creditarum nomine, condicitionem dabo.* Mit ihm stimmt auch Barclajus⁷⁾ überein, welcher den Sinn durch eine Versetzung der Worte auf folgende Art bestimmat: *et de condicione si certum petatur.* Es werde also hierdurch angezeigt, daß in diesem Titel auch von der condicione certi, quae competit ex omni causa et obligatione, ex qua certum petitur, wie es in der L. 9. heißt, jedoch insonderheit vom Darlehn, und der daraus entspringenden Klage gehandelt werde. Janus a Costa⁸⁾ und Joh. Göddaus⁹⁾ hingegen erklären die Worte: *Si certum petatur, de mutuo;* und die letztern Worte *et de condicione* verstehen sie de omni condicione, ex qua certum petitur sive ex mutuo, sive ex alia quacunque causa et obligatione. Diese Erklärung, welche auch Mercilius¹⁰⁾ annimmt, bestätigt besonders L. 9. D. b. t. wo Ulpian sagt; *Certi condicatio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto.* Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praे-

6) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 275.

7) Cit. loc. pag. 806.

8) Praelection. ad illustriores quosd. Titulos locaque selecta iuris civ. pag. 178.

9) Commentar. de rebus creditis, sive de mutuo. Goslariae 1618.
8. Prolegom. nr. 48. et 49. pag. 17.

10) Cit. loc. in Thesaur. Ottonian. Tom. III. pag. 655.

Glücks Erläut. d. Pand. II. Th. Gg

praesens sit obligatio. Es geschieht auch hln und wieder in den Gesetzen dieses Titels der verschiedenen Arten der Conditionen Erwähnung, als L. 4. §. 1. D. b. t. der condictio ob iniustum causam, L. 9. §. 1. D. eodem. der condictio ex causa furtiva, und L. 22. D. eodem. der condictio triticaria.

§. 777.

Begriff vom Darlehn. Unterschied desselben vom Creditum.

Von den Realcontracten ist nun das Darlehn¹¹⁾, Mutuum, der erste, von welchem hier zu handeln ist. Es wird

11) Außer MERILLIUS, BARCLAIUS, GOEDDAEUS und IANUS a COSTA, welche bereits angeführt worden, sind noch folgende Schriften hier vorzüglich zu bemerken. IACOBI CUJACII Recitationes solemnes ad Tit. Pand. de rebus creditis; in Eius Operib. postum. Tomi IV. P. I. (Paris. 1658. f.) pag. 654. sqq. WOLFG. AD. LAUTERBACH Tractat. synopt. de mutuo, litterarum obligatione, et querela non numeratae pecuniae. TUBINGAE 1663. IO. PET. DE LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. HALAE 1715. 4. SAC. HERM. AB IDSINGA Disput. de mutuo et veteri litterarum obligatione, praef. ABRAB. WIELING, FRANEQUERAE 1736. habita. (in GER. OELRICHS Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. Nr. 2.) THEODOR. LAMBERT. PRINS Specim. iurid. de iis, quae sunt singularia in mutuo. LUGDUNI BATAVOR. 1785. 4. In den Pandectes francaises par RIFFÉ - CAUBRAY et DELAPORTE Tom. XIV. wird auch pag. 70. le Traité du Pret de consomption par M. ROTHIER angeführt, den ich aber nicht kenne. Als praktische Schriftsteller sind noch vorzüglich zu empfehlen IO. FRID. KOBE Commentatio iur. praef. german. de pecunia mutuaticia ruto collocanda. GOETTINGAE 1761. 4. und CHRIST. GOTTL. GIMELIN von Auffässen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverschreibungen insbesondere. TÜBINGEN 1790. 8.

wird darunter derjenige Realcontract verstanden, wodurch das Eigenthum an einer bestimmten Art von Sachen, welche sich von andern ihrer Art nur durch ihre Quantität unterscheiden, auf den Andern unter der Bedingung übertragen wird, daß er derselbst das Empfangene in gleicher Qualität und Quantität wieder erstatten solle. Die Personen, welche den Contract schließen, sind der Darleher, *mutuans* (nicht *mutuans*); und der Darlehnsmpfänger oder Darlehnnehmer, *mutuans*, (nicht *mutuarius*)^{12).} Jener wird auch der Gläubiger, (*creditor*) dieser aber der Schuldner (*debitor*) genannt. In den Gesetzen wird das Darlehn auf folgende Art definiert. *Mutui ratio*, sagt Justinian in *Princip. I. Quibus mod. re contrab. obligat.* in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis redundantur¹³⁾: unde etiam *mutuum* appellatum sit; quia

Gg 2

ita

12) Denn *mutuare* oder *mutuari* heißt im ächt lateinischen Sinn nicht ein Darlehn geben, sondern ein Darlehn empfangen. *S. Car. Ant.* DUCKER de Latinitate ICtor. veterum. pag. 344. not. 5. und *Hugo Lehrbuch der Pandecten* §. 149.

13) Statt *quandoque* lesen zwar die Russardische, Charondaische und Gothofredischen Ausgaben *quoniam*. Allein daß *quandoque* gelesen werden müsse, haben *Ant. AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. c. 7. u. Ios. NERIUS Analector. Lib. I. c. 21.* gezeigt. Diese Leseart findet man auch in der Ausgabe des *Hugo a Porta*, und des *Gaudoga Cestius*.

In

ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat¹⁴⁾). Vergleicht man mit diesem Begriff den meinigen, so werden beyde in

In den meisten Ausgaben geht auch mit den Worten *et quandoque* eine neue Periode an, und fast alle lesen *reddantur*. Allein schon Russard hat in seiner Ausgabe der Institutionen (*Lugduni 1560. f.*) ad pr. I. Quib. mod. re contr. obl. not. v. pag. 598. bemerkt: hic ita esse interpungendum: *fiant, et quandoque — reddantur;* und diese Leseart und Interpunction kann ich durch eine seltene Ausgabe, welche *Venetiis per BAPTISTAM DE TORTIS MCCCCLXXXV. fol.* erschienen ist, und die ich selbst besitze, bestätken, aus welcher ich die oben angeführte Stelle, so wie sie dort lautet, genommen habe. Eben diese Leseart billigt auch vorzüglich *Ant. SCHULTING* in *Iurisprud. Antejust. ad Cajus Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 1. not. 17.* und erweist deren Richtigkeit noch besonders aus den Institutionen des Cajus, wo es heißt: *Quae omnia numerando, aut pensando, aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos, statuto tempore, non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri vel mensurae reddantur.*

14) Eben diese Etymologie findet man *L. 2. §. 2. D. b. t. Hug. GROTIUS* in *Florum spars. ad ius Iustinian. cit. Tit. Institut. p. 63.* gleicht dieser Derivation vollen Beyfall. Andere hingegen leiten das Wort *mutuum* nach *VARRO de Lingua Lat. Lib. IV.* von *μοῖτον* her, z. B. *OISELIUS ad Cajum Lib. II. Institut. Tit. 9. Not. 23.* in *SCHULTINGII Iurispr. Antejust. pag. 149.* und *SALMASIUS de Usuris pag. 35.* Es bemerkt jedoch *GROTIUS a. a. D.* daß auch das Wort *μοῖτον* aus *μοι* und *τεὸν* zusammengesetzt sei. Dem großen Cajus hingegen gefällt keine von beyden Derivationen; sondern er will Observation. *Lib. XI. cap. 37.* das Wort *mutuum* lieber von *mutare* ableiten, weil im Darlehn eine Quantität gleichsam mit der andern vertauscht wird. Ihm stimmen *VIGLIUS ZURCHERUS* in *Prælect. ad L. 2. D. de reb. cred.*

in den wesentlichen Bestimmungen wohl nicht unterschieden seyn. Cuijaz¹⁵⁾ sagt hingegen: *Mutuum est creditum quantitatis, datae ea lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere non in specie eadem.* Allein wenn gleich Paulus¹⁶⁾ lehrt: das Creditum sey vom mutuo unterschieden, wie genus a specie; so hat doch schon Göddaus¹⁷⁾ gegen diesen Begriff nicht ohne Grund erinnert, daß das Creditum ein gar zu entferntes genus sey. Denn Creditum heißt überhaupt quodcumque ex qualibet causa debetur, wie Cajus sagt L. 11. D. de Verb. Sign. es röhre aus einem Contract oder aus einem andern rechlichen Grunde her^{18).} Es ist daher zwischen Creditum und mutuum ein vielfacher wichtiger Unterschied, auf den uns Paulus selbst L. 2. §. 3. et 4. D. b. t. aufmerksam macht. Nämlich

1) das Darlehn besteht blos in solchen Sachen, deren Werth durch Zahl, Maß und Gewicht bestimmt wird,

S g 3

und

cred. nr. 84. TURNEBUS in Adversar. Lib. X. cap. 25. voSSIUS in Etymologico v. *Mutuum*. IDSINGA cit. Diss. Cap. III. §. 4. u. m. a. bey. Von allen weicht Aegid. MENACIUS Amoenitat. Iuris civ. Cap. 39. ab. Er sucht sehr sinnreich beyde letztere Meynungen auf folgende Art zu vereinigen. Von den Substantiv *μοῖτον*, sagt er, welches soviel als Χάρις αποιθόε heigt, kommt das Wort *μοῖταν*, und davon das Lateinische *mutare* her, wovon denn das Wort *mutuum* zu deriviren sey.

15) Cit. Recitat. ad L. 2. D. h. t. pag. 658.

16) L. 2. §. 3. D. b. t.

17) Commentar. de rebus creditis. Cap. I. nr. 13. pag. 43.

18) Ueber die Vieldeutigkeit des Worts *Creditum* vergleiche man LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 4.

und welche sich durch andere Sachen von der nämlichen Gattung, Güte und Quantität dergestalt ersehen lassen, daß die eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann. Von dieser Art sind z. B. Geld, Getraide, Wein. u. dgl. Andere Sachen können darum kein Gegenstand des Darlehns seyn, weil man dem Gläubiger nicht, statt des schuldigen Objects, etwas anders wider seinen Willen aufdringen kann. Hingegen ein Creditum kann in allen Arten von Sachen bestehen, sie mögen Quantitäten oder Species seyn. Hier kann also auch das gegebene Individuum zurückgesfordert werden. Allein nie im Darlehn¹⁹). Paulus giebt diesen Unterschied L. 2. §. 1. et 2. D. b. t. folgendermaßen an. *Mutui ratio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire²⁰), quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie²¹).* Nam in caeteris

¹⁹⁾ L. 2. pr. D. b. t. *Mutuum damus, recepturi non eandem speciem, quam dedimus, (alioquin commodatum erit, aut depositum) sed idem genus.*

²⁰⁾ Die Worte *in creditum ire* sind hier in der engern Bedeutung zu nehmen für mutuum contrahere. S. Franc. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 14. IDSINGA cit. Diff. Cap. III. §. 9. und ROTHIER Pandect. Justin. Tom. I. Nr. XIX. not. b. Eine andere Erklärung macht Desd. HERALDUS Observation. et Emendation. Lib. cap. 15. (In Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 1327. sq.)

²¹⁾ Das heißt, deren Wiederbezahlung nicht durch das Individuum, welches der Schuldner zum Darlehn empfießt, sondern vielmehr durch andere Sachen von derselben Art und Güte geleistet wird. Die bey dieser Stelle von SALMASIUS, GOTHOFREDUS, BYNCKERSHOEK und IDSINGA versuchten Emendationen über-

ris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditor solvi non potest. — *Creditum* autem consistit etiam extra eas res, quae ponderare, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus, *creditum* est. Theophilus giebt in seiner griechischen Paraphrase²²⁾ noch einen andern Grund an, warum das Darlehn blos in fungiblen Sachen bestehen könne. Er sagt nämlich: *εκαστος γαρ διανεγεται επι*

übergehe ich mit Stillschweigen, da sie ganz unnöthig sind, und bey allen im Wesentlichen derselbe Sinn herauskommt. Ich beziehe mich vielmehr der Kürze wegen auf *Aug. Frid. schott Prolusio*, qua res, quae functionem recipiunt, definitiuntur; in *Eius Opuscwl. iurid.* pag. 212. sqq. und *VINNI Commentar. ad princ. I. Quib. mod. re contrah. obligatio.* nr. 3. et 4. Man sehe auch, was hiervon schon bey einer andern Gelegenheit, im 2. Bd. dieses Commentars §. 172. S. 154. f. Not. 52. gesagt worden ist. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 765. Not. 1. glaubt, durch die Einschiebung der Partikul iam werde die Stelle ziemlich deutlich. Andere schalten potius oder magis ein. Dass quam öfters in den römischen Classifikern für potius oder magis quam gebraucht wird, haben *Ant. AUGUSTINUS Emendat*, Lib. IV. cap. 8. *KIRCHMAIER* in *Opuscwl. de Latinitate Digestor.* pag. 67. et pag. 74. und *PRINS* cit. *Diss. Cap. I. §. 3.* aus mehreren Beispielein erwiesen, und *Ant. SCHULTING Thes. controversial. Dec. XXXV. §. 2.* macht hierbei die Bemerkung, dass das *magis* hier nicht comparative, sondern *Σετικως* für tantum zu erklären sei, wie es auch im §. 1. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.* und *L. 1. D. Comm. divid.* gebraucht wird. Man sehe auch *CUJACIUS Observat.* Lib. II. cap. 39. und *Franc. CONNANUS Commentar. iuris civ.* Lib. VII. cap. 1. fol. 446.b. sq.

22) *Parapbr. Graec. Institut.* Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. p. 617. edit. Reitz.

ἵπι τῷ ταῦτα δικαιῆσαι εἰς οἷςίας χρεῖας, καὶ ἀντὶ ἀυτῶν ἔτερος αἴτοδεναι εἰ δὲ ἀντά ἀναγκαῖσται αἴτοναθισᾶν, περιτ-
τὸ τὸ δασιέσθαι. i. e. *Mutuo enim unusquisque accipit,*
ut id in usus suos impendat, et pro eo aliud reddat. Si ve-
ro idem cogitur restituere, supervacuum est mutuari.

2) Das Darlehn erlangt erst durch die Uebergabe seine Existenz. Eine bloße Zusage ist nicht hinreichend. Denn es ist ein Realcontract. Allein ein Creditum kann auch durch ein bloßes Versprechen entstehen. Paulus sagt *L. 2. §. 3. D. b. t.* Item *mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia*²³⁾. *Creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias*²⁴⁾ *dos promittatur.*

Ein

23) i. e. nisi pecunia, seu res mutuaticia transferatur in accipien-
tem. S. BARCLAIUS in Comm. ad h. L. 2. §. 3. D. h. t. (bei
OTTO Tom. III. pag. 817.) Ios. Casp. KIRCHMAIER in Opuscul.
de Latinitate Digestor. et Institution. (cum. praef. Ge. Sam.
MADIHN Halae 1772. 8.) pag. 91. und Christ. Henr. ECKHARD
in Hermeneut. iur. Lib. I. §. 101. zählen den Ausdruck *pecunia*
proficiscitur unter die juristischen Eleganzen. In den Basilicis
Tom. III. Lib. XXIII. Tit. I. pag. 220. heißt es: καὶ τὸ μὲν
δάνειον ἔχει δόσιν, τὸ δὲ χρέος νῦν μηδέ δοθῆ, συνίσταται.
i. e. et *mutuum quidem dationem babet: creditum autem, etiam si*
nihil detur, constat.

24) sc. *contractas*, non per divortium dissolutas. Die Worte
post nuptias sind darum behgefüre, weil das vor Schließung
der Ehe geschehene Versprechen eines Heirathsguts anders
nicht von Wirkung ist, als wenn die Ehe wirklich erfolgt. S.
CUJACII Recitat. ad §. *Creditum Legis 2. D. h. t.* Tom. IV.
Oper. pag. 666. und POTNIER Pandect. Iustin. Tom. I. Nr. XIX.
not. c.

Ein Creditum kann auch durch eine verborum obligatio contrahirt werden, aber kein mutuum, wie ebenfalls Paulus *L. cit. §. 5. eodem* noch bemerkt, wenn er sagt: *Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligacionem comparandam interposito, veluti stipulatione.*

3) Ein Darlehn kann nur derjenige geben, welcher Eigentümer der Sache ist, oder es mit Einwilligung des Eigentümers thut. Ein Creditum hingegen kann auch von einem Nichteigentümer contrahirt werden, wenn er z. B. Jemandem eine fremde Sache leihet, verpfändet oder depositirt. Auch diesen Unterschied bemerkt Paulus, wenn er *L. 2. §. 4. D. b. t.* sagt: *In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus, dantes peculiares nummos, obligant: id enim tale est, quale, si voluntate mea tu des pecuniam; nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.*

4) Im Darlehn wird die Sache in der Absicht gegeben, daß der Empfänger Eigentümer der dargeliehenen körperlichen Sache werden soll. Allein ein Creditum kann auch ohne diese Absicht contrahirt werden. Ein Mutuum hingegen ist ungültig, in welchem das Eigentum nicht auf den Empfänger übertragen wird. Paulus sucht dieses sogar aus dem Namen *mutuum* abzuleiten, wenn er *L. 2. §. 2. D. b. t.* sagt: *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio;* und Caius sagt eben dieses ganz deutlich *L. 1. §. 1. D. de obligat. et actionib.* wo es heißt: *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata: quas res in hoc damus, ut fiant accipien-*

pientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. Diesen Zeugnissen verdient noch die Stelle aus des Theophilus griechischen Paraphrase der Institutio- nem²⁵⁾ hinzugesetzt zu werden, wo er sagt: Δένειον δέ ἐστι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, οἶνος δὲ κρίνει ἔνοχον οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλ' εἰς ἑτερά τῆς αὐτῆς υποσάσεως καὶ ποσότητος. i. e. MUTUUM autem est, ut accipiens fiat dominus, sed nobis obligatus sit non in eadem illa, sed in alia eiusdem substantiae et quantitatis re. Endlich

5) im Darlehn ist der Schuldner verbunden, das Empfangene in der nämlichen Gattung, Güte und Quantität derelinst wieder zurückzuzahlen. Paulus sagt L. 3. D. b. t. In mutuo id agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit. Es ist daher kein Darlehn, wenn ausgemacht worden, daß eine Sache von ganz anderer Art z. B. statt Korns, Wein wiedergegeben werden werden solle. Ein solches Creditum würde vielmehr ein contractus innominatus seyn²⁶⁾. Paulus hat dies ebenfalls in der oben gedachten Stelle bemerkt, wenn er L. 2. pr. D. b. t. sagt: Si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

§. 778.

Gegenstand des Darlehns.

Um den Gegenstand des Darlehns zu bezeichnen, sagt man gewöhnlich, das Darlehn bestehe in solchen Sachen, die

25) Paraphras. graec. Institut. Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. pag. 616. der Reit. Ausgabe.

26) L. ult. D. de praescript. verb. S. Ios. AVERANII Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 7. und Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 274.

die durch Maas, Zahl und Gewicht bestimmt werden²⁷⁾). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß auch in den Gesetzen²⁸⁾ gesagt wird: *Mutui dationem in iis rebus consistere, quae pondere, numero, mensurave constant.* Allein man irrt, wenn man glaubt, daß hierin der wesentliche Charakter derjenigen Sachen bestehe, die den Gegenstand des Darlehns ausmachen. Denn sonst würde daraus folgen, daß auch Recker, welche, wie Paulus²⁹⁾ sagt, durch Maas bestimmt, und darnach verkauft werden können, ein Object des Darlehns seyn könnten, welches doch offenbar ungereimt seyn würde. Es konnte auch gar nicht die Meinung der Gesetze seyn, nach solchen äußerlichen und zufälligen Umständen, dergleichen die Art ist, wie man Sachen in gemeinem Verkehr zu behandeln pflegt, den Begriff von einer Art Sachen zu bestimmen, der auf das Geschäft selbst, dessen Gegenstand sie ausmachen, einen so wichtigen Einfluß hat. Es erhellt vielmehr theils aus den in den angezeigten Gesetzstellen enthaltenen Beispielen von Sachen, worin ein Darlehn gegeben werden kann, theils aus der näheren Bestimmung, welche Paulus L. 2. §. 1. D. b. t. angibt, *res, quae magis in suo genere functionem recipiunt per solutionem, quam in specie,* daß der wesentliche Charakter derjenigen Sachen, welche den Gegenstand des Darlehns ausmachen, darin besteht, daß sie durch andere Sachen von derselben Art

27) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. MALBLANC Princip. iuris Röm. P. II. §. 466. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts §. 547.

28) *Pr. I. Quib. mod. re contrab. obligat. L. 2. §. 1. D. de reb. cred. L. 1. §. 2. D. de obligat. et act.*

29) *L. 40. §. 2. D. de contrab. emt.*

Art, Güte und Quantität ersetzt werden können und sollen, und daher so beschaffen sind, daß eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann, ohne daß daraus dem Gläubiger irgend ein Nachtheil erwächst. Man nennt diese Sachen fungible Sachen, weil die römischen Rechtsgelehrten den Ausdruck *fungi* oder *functionem recipere* gebrauchen³⁰⁾. Man kann sie im Deutschen mit *Zacharia*³¹⁾ vertretbare Sachen nennen. Richtiger wird man also den Gegenstand des Darlehns bezeichnen, wenn man sagt: *Mutui datio in iis rebus consistit, quae ita comparatae sunt, ut aliae aliarum vice fungantur, atque tantundem ex eodem genere nobis in relatione ad patrimonium nostrum idem sit*³²⁾. Gewöhnlich besteht nun das Darlehn im Gelde, doch können auch verbrauchbare Naturalien, als Wein, Getreide, Brod, Butter, Holz, Leinwand, u. dgl. ja auch nicht verzehrbare Sachen, z. B. eine Quantität Schmelz, Corallen, oder Exemplare

30) Das Wort *fungi* heißt eigentlich soviel als *vicem aliquam sustinere*, oder *locum subire s. implere*, und wird sowohl von Personen als Sachen gebraucht. *Functionem recipere* ist eben das, was *Paulus L. 6. D. b. t.* durch *mutua vice fungi, et tantundem praestare* ausdrückt. *Papinian* sagt *permutationem recipere. L. 51. D. de legat. I. S. Iac. GOTHOFRIDI Diff. de functione et aequalitate in mutuo. und BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. Functio et Fungi.*

31) Handbuch des französischen Civilrechts. I. Band §. 217.

32) *S. VINNIUS* in Commentar. ad princ. Instit. Quibus mod. re contrah. obligat. nr. 2. et 3. *SCHOTT* Prolus. qua res, quae *functionem recipiunt, definiuntur. in Opusc. pag. 212. sqq. und Ge. Steph. WIESAND. Opuscula iurid. Specim. X. Obs. 2. pag. 127. sqq.*

plare von abgedruckten Büchern³³⁾), kurz alle Sachen ein Gegenstand des Darlehns seyn, welche so beschaffen sind, daß es in der Regel völlig einerlei ist, ob man gerade diese Species oder eine andere von derselben Gattung hat, und von denen also eine der andern vollkommen substituirt werden kann³⁴⁾. Solche Sachen sind nun zwar von der Art, daß sie im Handel und Wandel nach Zahl, Maß, oder Gewicht veräußert zu werden pflegen; jedoch können sie auch als Species zu einem bestimmten Gebrauche gegeben werden, mit der Bedingung, daß dasselbe Individuum nach geendigtem Gebrauche wieder zurückgegeben werden soll³⁵⁾. Dann ist aber der Contract kein Darlehn, sondern ein Leihcontract, (Commodatum). s. E. Commodatum pecuniae³⁶⁾.

33) S. Henr. Ge. WITTICH System des heutigen Civilrechts. I. Band §. 133. S. 337.

34) Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. I. §. 42. et P. II. §. 213. und THIBAUT System des Pandectenrechts I. B. §. 261.

35) Daher erklären viele die L. 2. §. 1. D. h. t. so: quod res (in quibus mutui datio consistit) usum nobis praestant, tam in genere suo (sc. in mutuo) quam in suis speciebus. (e. g. in Commodato). S. Ge. Sam. MADIHN Institut. iuris civ. §. 127.

36) L. 4. D. Commod.

Zusäße und Verbesserungen.

S. 22. Not. 71. ist noch hinzuzufügen Christ. RAU Observationum iuris civilis Specimen. Lipsiae 1808. 4. wo Cap. I. ausführlich erwiesen ist, daß die Erbtheilungsklage an sich, d. i. insoweit sie auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft gerichtet, und unter wirklichen Miterben angestellt wird, keiner Verjährung unterworfen seyn könne.

S. 51. Ueber die hier vorgetragenen Grundsäze verdienen auch vorzüglich HAGEMANNS praktische Erörterungen aus alten

len Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 5. Band Nr. 52. verglichen zu werden.

S. 74. Z. 16. ist nach für wach zu lesen.

S. 110. lit. b. ist nach den Worten: unter andern Erben gemacht, Folgendes einzuschalten: Dann sind sie entweder 1) Mörtherben. Diese können nur in sofern Evictionsleistung fordern, als sie durch die erlittene Entwährung in ihrem Pflichttheile verkürzt worden sind. Oder 2) es sind fremde Erben, welche ic.

S. 238. Z. 4. Lese man statt Imploranten Imploraten.

— — Z. 8. ist ebenfalls für Imploranten Imploraten zu lesen.

S. 321. Das SCtum Modestianum, dessen Ulpian L. 1. §. 2. D. de fugitivis gedenkt, schreibt man gewöhnlich dem Consul Modestus zu, welcher mit dem Probus im Jahr der Erb. Rom's 980. das Consulat verwaltet hat. S. CUJACIUS in Paratitl. ad Pand. Tit. ad Leg. Fabiam, Abr. WIELING in Iurisprud. restit. pag. 352. und RELANDUS in Fast. Consul. pag. 161. Allein Ulpian schrieb seine Libros ad Edictum, aus dessen Lib. I. die L. 1. cit. genommen ist, unter Caracalla, der schon im Jahre 969. war ermordet worden. Es ist also unstreitig älter, und wahrscheinlich schon vor den Zeiten des Antoninus Pius gemacht worden, wie BRUNNING in Prolus. de SCto Modestiano gezeigt hat.

S. 339. Z. 9. muß statt Beledigung, Beleidigung gelesen werden.

S. 341. Z. 1. Keinem für keinen.

— — Not. 65. Fehlt Io. Sam. Frid. de BOEHMER.

S. 379. Not. 66. Hier ist noch zu bemerken, daß Io. Guili. HOFFMANN in Meletemat. et observat. variis ad Pandect. Lib. XI. §. 5. die florentinische Leseart liberetur, statt laederetur, in der L. 5. pr. D. Si mensur fals. mod. dix. welcher letztern ich den Vorzug gegeben habe, zu vertheidigen sucht.

S. 453. Z. 18. muß für Das vielmehr Daß gesetzt werden.