

Ausführliche Erläuterung

der

# P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

ein Commentar



von

D. Christian Friedrich Glück

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

---

Zwölften Theils erste Abtheilung.



---

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1809.

Deubele  
15 Ak 35

Max-Planck-Institut  
für europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

Dig: 14054

STAATSBIBLIOTHEK  
LEIBNIZ

2057  
/13.

661  
3387

---

Fortsetzung  
des I. Titels im 12. Buche

De rebus creditis, si certum petatur, et  
de condictione.

---

§. 779.

Uebergabe, ein wesentliches Erforderniß des Darlehns. Sie  
kann auch *brevi manu* geschehen.

Das Darlehn erfordert zu seiner Existenz schlechterdings, daß die Sache dem Schuldner übergeben worden sey. Denn die Verbindlichkeit entspringt hier *ex re*<sup>1)</sup>. Daher ist der Vertrag, wodurch man dem Andern verspricht, daß man ihm ein Darlehn geben wolle, solange die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, noch kein Darlehn; sondern ein bloßes *pactum de mutuo dando*, welches nach dem römischen Recht keine Klage bewirkt<sup>2)</sup>. Denn es war Grundsatz: *nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse*<sup>3)</sup>. Ob es heutzutage anders sey, ist streitig. Einige<sup>4)</sup> wollen behaupten,

1) *Pr. I. Quib. mod. re contrab. obligat.*

2) *Petr. GUDLINUS de iure novissimo Lib. III. cap. 2. pag. 115.*

3) *L. 34. pr. D. Mandati.*

4) LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. II.* verglichen mit *Lib. II. Tit. 14. §. 68.* GRASS *Diss. de pactis futuror. contract. praeparator. §. 33.* ENGEL *Colleg. iuris canon. univ. Lib. III. Tit. 17. §. 2.*

ten, das römische Recht gelte noch jetzt. Allein die meisten Rechtsgelehrten<sup>5)</sup> sind darin einverstanden, daß der bloße Vertrag, mit einem Andern ein Darlehn eingehen zu wollen, den Promittenten verbindlich mache, und eine Klage gegen ihn bewirke. Diese Meinung verdient auch unstreitig den Vorzug. Denn nach dem römischen Recht wirkt doch eine *Stipulatio de mutuo dāndo* eine klagbare Verbindlichkeit<sup>6)</sup>. Nun aber ist heutzutage ein bloßer Vertrag so wirksam, als eine römische *Stipulation*<sup>7)</sup>.

Da also ein Darlehn erst durch die Uebergabe sein Daseyn erhält, so kann auch keine andere Verbindlichkeit *ex mutuo* entstehen, als welche durch die Tradition begründet worden ist. *L. 9. Cod. de non numerata pecun.* sagt ausdrücklich: *Ultra hoc, quod accepit, RE OBLIGARI neminem posse, constat.* Daher begründet der Verzug beim Darlehn nach dem römischen Recht keine Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung<sup>8)</sup>; und auch selbst durch ein *pactum adiectum* konnten hier in der Regel nicht vollständig Zinsen versprochen werden; sondern dies mußte durch eine

5) STRYK *Ul. mod. Pand. h. t. §. 3.* BOEHMER *Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. VII. §. 8.* *Mich. God. WERNHER Lectissim. Commentat. in Pandectas. h. t. §. 7. u. a. m.* Vorzüglich aber Griesinger im Commentar über das Württembergische Landrecht I. Band S. II. ff.

6) *L. 68. D. de Verb. obligat.* *Quodsi ita stipulatus fuero: Pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.*

7) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 292. S. 106.

8) S. *Iust. Henr. BOEHMERI Diff. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae. §. 30. (Exercitat. ad Pandect. Tom. IV.)*



eine neue obligatio, wie Pomponius <sup>9)</sup> sagt, nämlich durch Stipulation geschehen <sup>10)</sup>. Dann war es aber auch kein Darlehn mehr, sondern ward mit dem Namen *foenus*, oder *contractus l. pecunia foenebris* bezeichnet <sup>11)</sup>. Nur wenige Fälle nehmen die Gesetze aus, in welchen sie wegen bloß versprochener Zinsen die Klage dem Darleiher gestatten, nämlich wenn Städte <sup>12)</sup>, oder Argentarien <sup>13)</sup> Gelder ausgeliehen, und sich Zinsen ausbedungen hatten; oder wenn man sich wegen übernommener Seegefahr ein *foenus nauticum* hatte versprechen lassen <sup>14)</sup>; oder bey ei-

A 2

nem

9) L. 121. D. de Verbor. Signif.

10) L. 24. D. de praeser. verbis. L. 7. Cod. de Usur.

11) L. 33. D. de Usur. L. 3. Cod. eodem. NONIUS MARCELL. Cap. 5. pag. 731. zeigt vorzüglich diesen Unterschied sehr deutlich an, wenn er sagt: MUTUUM a FOENORE hoc distat, quod MUTUUM sine usuris: FOENUS cum usuris sumitur: et est accepti foetus. Unde et FOENUS dictum est, ut graece τόκος, quasi partus mutui sumti. Man vergleiche Ger. NOODT de foenore et usuris Lib. I. cap. 3. und HEINECCI Antiquitat. Rom. Lib. III. Tit. 15. §. 3.

12) L. 30. D. de Usuris.

13) Nov. CXXXVI. c. 4. C. NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 2. und Herm. HUBERT Disputat. II. de Argentariis veterum. Trajecti ad Rben. 1740. P. III. Cap. II. §. 3. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar. Volum. II. Tom. I. pag. 123. seq.)

14) L. 7. D. de nautico foenore. Wenn Paulus hier sagt: In quibusdam contractibus etiam usurae debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave fortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me fortem cum usuris recipere; so sind nach den Worten: In quibus-

nem Getraidedarlehn Zinsen waren ausbedungen worden <sup>15)</sup>. Man sieht also hieraus klar, daß nach dem Begriff, den das römische Recht mit dem Darlehn verbindet, die Rechte des Gläubigers bey diesem Contract durchaus nur auf die gegebene Quantität eingeschränkt sind, und jeder Gewinn davon ausgeschlossen sey. Denn die Römer betrachteten das Darlehn als eine Wohlthat, oder Gefälligkeit, die ein Freund dem andern erzeigt <sup>16)</sup>; und stellten daher den Grundsatz auf, das Darlehn sey seiner Natur nach ein *contractus gratuitus* <sup>17)</sup>, woraus jedoch noch keinesweges, wie von mehreren <sup>18)</sup> geschehen ist, gefolgert werden kann, daß es zu den *contractibus stricti iuris* gezählt worden sey <sup>19)</sup>. Heutzutage leidet es nun zwar keinen Zweifel, daß

busdam contractibus etiam, die Worte: *ex pacto* zu ergänzen. Es erhellet dies aus *L. 5. §. 1. D. eodem*. Man sehe *Ger. NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 6.*

15) *L. 12. Cod. de Usuris.*

16) *NONIUS MARCELL. Cap. 5. pag. 731. sagt: Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessarii foenore fumere decet.*

17) Daher wird ein unverzinsliches Darlehn *L. 8. D. In quib. caus. pignus tacite contrab. gratuita pecunia* genannt.

18) *Franc. CONNANUS in Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 1. pag. 449. seq. Herm. VULTEIUS Comm. ad Princ. I. de verb. obligat. nr. 3. Ulr. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 27. Io. D'AVEZAN Contractuum Lib. I. Cap. 21. (in *Tbes. Meerman. Tom. IV. pag. 44.*) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1863. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. nol. u. Tom. II. pag. 112. u. a. m.*

19) *S. I. H. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. I. cap. 3. §. 33. et Eiusd. Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae (in *Exercitat. ad Pandect. T. IV. Nr. 87.*)*

daß beim Darlehn sowohl Verzugszinsen gefordert, als auch durch einen Nebenvertrag Zinsen versprochen, und solche, zugleich mit dem Capital, actione mutui eingeklagt werden können<sup>20)</sup>; es ist indessen auch nach unsern Rechten immer noch für ein naturale des Contracts zu halten, daß das Darlehn unentgeltlich ist, sofern nicht der Vertrag, Zinsen zu bezahlen, in gewissen Fällen als stillschweigend geschlossen angenommen werden kann<sup>21)</sup>.

Die Tradition braucht übrigens nicht immer eine wahre und eigentliche Uebergabe zu seyn, sie kann auch brevi manu geschehen. Dahin gehört,

1) wenn derjenige, dem ich ein Darlehn geben will, das Geld schon aus einem andern rechtlichen Grunde, z. B.

A 3

als

20) E. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 768.

21) Anderer Meinung sind zwar SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. ad Pand. XXXV. §. 11. TITUS iur. privat. Rom. germ. Lib. IV. Cap. 8. §. 2. et §. 15. und unter den neuern noch Ernst Christ. Westphal in den Rechtsgutachten und ausgefuchten Erkenntnissen des bürgerlichen Rechts 1. Band h. t. §. 1. S. 73. Diese behaupten, daß heutiges Tages im Zweifel jedes Darlehn an sich schon zinsbar sey, wenn auch der Schuldner weder Zinsen versprochen hätte, noch sich im Verzuge der Wiederbezahlung befände. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise vertheidigen. Man sehe Ge. Henr. AYRERI Diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuatriciae. Goettingae 1750. §. 22. sqq. Webers Versuche über das Civilrecht. S. 243. ff. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 887. S. 287. Auch die Praxis widerspricht jener Meinung. S. BERGERI Oeconom. iur. Lib. III. Tit. II. Th. 2. und LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXX. Medit. 3.

als ein Depositum, in Händen hat, und ich erlaube ihm auf sein Gesuch, dieses Geld als ein Darlehn zu gebrauchen. Einen solchen Fall hat Ulpian L. 9. §. ult. D. b. t.

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. *Nerva, Proculus*, etiam, antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi haec posse, aiunt. Et est verum, ut et *Marcello* videtur. Animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.

Eben dies bestätigt *Africanus* L. 34. pr. D. Mandati.

Si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fit: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.

2) Wenn ich dem Andern, der mich um ein Gelddarlehn ansprach, statt baaren Geldes, andere Sachen in der Absicht gegeben habe, daß er sie verkaufen, und das daraus zu lösende Geld als ein Darlehn behalten und gebrauchen solle, der Schuldner auch die Sachen wirklich zu Gelde gemacht hat. Daß in diesem Falle ein Darlehn contractet werde, behauptet *Ulpian* L. 11. pr. D. b. t. ohne alles Bedenken, wenn er sagt:

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis uteris: si vendideris, puto mutuum pecuniam factam.

Man nimmt hier an, das aus dem Verkauf der Sache gelösete Geld sey dem Eigenthümer überbracht, und vor diesem dem Ueberbringer auf sein Gesuch als ein Darlehn zurück

zurückgegeben worden. Es wird also vorausgesetzt, daß der Schuldner die zum Verkauf erhaltene Sache nicht nur wirklich verkauft, sondern auch das Geld dafür eingenommen haben müsse. Denn so lange dieses nicht geschehen ist, ist noch kein Darlehn contrahirt, sondern ein unbenannter Contract vorhanden, weshalb die *actio praescriptis verbis* anzustellen ist. Ulpian hat sich darüber an einem andern Orte ausführlicher erklärt. Er sagt nämlich *L. 19. pr. D. de praescriptis verbis.*

Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem; ego, cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere; ut LABEO ait, *praescriptis verbis*; quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

Nicht gleicher Meinung mit Ulpian scheint jedoch hlerin Africanus gewesen zu seyn, wenn er *L. 34. pr. D. Mandati* sagt:

Eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepisset argentum.

Zwar sind die Rechtsgelehrten über den Sinn der letztern Stelle verschiedener Meinung. Johann Göd, dâus<sup>22)</sup>, und Marcus Lyklama a Nyholt<sup>23)</sup> geben

22) In Commentar. de rebus creditis s. de mutuo Cap. III. nr. 62. pag. 238.

23) Membranar. Lib. II. Eccl. 1. pag. 159.

Ihr eine solche Deutung, als ob African mit Ulpian darin vollkommen einverstanden sey, daß ein Darlehn contractirt werde, wenn der Gläubiger dem Schuldner, statt baaren Geldes, eine Sache zum Verkauf gegeben hat, um das daraus gelöste Geld als ein Darlehn zu gebrauchen, und er behaupte diesem Grundsatz zu Folge ganz recht, daß auch der Verkäufer wegen des aus der verkauften Sache gelösten Geldes die Gefahr eben so, wie im Darlehn der Schuldner, übernehmen müsse. Allein dieser Erklärung widerstrebet nicht nur der ganze Zusammenhang, sondern ihr steht insonderheit entgegen, daß die Worte *nihil magis* in unsern Gesetzen keinen affirmativen, sondern immer einen negativen Sinn haben <sup>24)</sup>. Daß aber auch dieser negative Sinn hier anzunehmen sey, setzen die Basiliken <sup>25)</sup> außer Zweifel, in welchen das Fragment folgendermassen lautet:

Εἰ δὲ θέλων σοι δανείσθαι παράσχω ἄργυρον ἐπὶ τῷ πωλῆσαι, οὐ συνίσταται δανείον. εἰ καὶ κινδυνεύεις ἐπὶ τοῖς ἐκ τῆς εἰργύρου χρήμασιν. i. e. Si vero, cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, argentum vendendum dedero, mutuam non contrahitur, quamvis nummi ex argento redacti tuo periculo sint.

Audere <sup>26)</sup> hingegen legen der Stelle des African zwar einen negativen Sinn bey, sie glauben aber, African

24) S. Io. STRAUCH Lexicon. particular. iuris. VOC. NIHILO MAGIS. *Christph. Phil. RICHTER* Tr. de Significat. Adverbior. iuris. eod. vocab. und *Schellers* lateinisch deutsches Lexicon. verb. *Nihilum*.

25) Tom. II. Lib. XIV. Tit. I. Const. 34. pag. 152.

26) *Franc. DUARENUS* in Commentar. in Tit. Cod. Si certum petat. et in Tit. Pand. de rebus credit. Cap. II. *Operum* p. 879.

can rede blos von dem Falle, da die Sache zum Verkauf gegeben worden, ohne dabey die ausdrückliche Verabredung zu treffen, daß das daraus gelöste Geld dem Empfänger dargeliehen seyn solle. Auf solche Art sey zwischen ihm und Ulpian kein Widerspruch. Allein die Worte: *cum mutuum pecuniam dare vellet*, lehren ja deutlich, daß von nichts Andern, als von Eingehung eines Darlehns, die Rede war. Wollte man nun nach dieser Erklärung annehmen, der Wille, ein Darlehn zu geben, sey hier blos einseitig, vielleicht einem Andern, und nicht gerade demjenigen, welcher die Sache zum Verkauf erhalten hatte, erklärt worden; so wäre unbegreiflich, wie dann die Frage hätte entstehen können, ob zwischen dem Verkäufer der Sache, und dem, welcher sie ihm zum Verkauf gegeben hatte, ein Darlehn contrahirt sey; und wie ließe sich denn mit einer solchen einseitigen Erklärung der Grund vereinigen, den African gebraucht, nämlich *nuda conventione pecuniam creditam fieri non posse?*

Unläugbar ist also wohl der Widerspruch zwischen Ulpian und African. Um nun diesen zu heben, wollen einige <sup>27)</sup> zwischen dem Zeitalter der beyden Rechtsgelehrten einen Unterschied machen. Sie sagen, zu den Zeiten Zadrarians, unter welchem African lebte, sey die *Traditio brevi manu* bey dem Darlehn noch nicht in dem Umfange üblich gewesen, wie nachher zu den Zeiten des Kaisers Alexander, dessen Zeitgenosß Ulpian war. Letzter habe also nach dem

10. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. not. d. pag. 114.

27) *M. Aur. GALVANUS* de Usufructu. Cap. XXXIII. §. 14. pag. 484. edit. Tübing.

dem neuern Rechte entschieden, welches auch jetzt noch zu befolgen sey. Allein am natürlichsten ist es wohl, wenn man mit Cujaz<sup>28)</sup> dem auch Wilhelm Ranchinus<sup>29)</sup>, Julius Pacius<sup>30)</sup>, Wilh. Barclajus<sup>31)</sup>, Joseph Fernandez De Ketes<sup>32)</sup> und Johann Jacob Wisfenbach<sup>33)</sup> bestimmen, annimmt, daß African nach dem Grundsatz des strengen Rechts, vermöge welchen ein Darlehn nur durch Tradition einer dem Gläubiger eigenen Sache, aber nicht durch ein bloßes Pactum contrahirt wird, entschieden, Ulpian hingegen die billigere Meinung, welche in einer fictio brevis manus gegründet ist, befolgt habe. Daß man der Meinung des Ulpians den Vorzug gegeben habe, erhellet insonderheit auch aus einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Es ist die L. 8. Cod. Si certum petatur, welche folgendermaßen lautet:

Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum, vel iumenta, vel alias species, utriusque consensu aestimatas, accepisti, dato auro pignori, licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spondidisti, tamen fors, quae aestimatione placito partium

28) Observation. Lib. VIII. cap. 8.

29) Variar. Lectionum Lib. III. cap. 9. (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 959.)

30) *ΕΥΑΥΡΙΟΦΑΝ.* s. Legum conciliatar. Centur. III. Quaest. 64. pag. 235.

31) Commentar. ad L. II. D. h. t. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 849.)

32) Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. I. nr. 6. fqq. (in *Ger. MEERMAN novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. VI. pag. 90)

33) Exercitat. ad Pand. Disputat. XXIV. Thes. 8.



tium definita est, et usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur <sup>34)</sup>).

3) Wenn Jemand seinem Schuldner befiehlt, das ihm schuldige Geld einem Dritten als ein Darlehn auszuzahlen.

4) Wenn Jemand seinem Bevollmächtigten auf sein Gesuch gestattet, das Geld, welches dieser für ihn eingenommen, und an ihn auszuzahlen hatte, als ein Darlehn für sich zu behalten. In beiden Fällen liegt eine gegen die Strenge des Rechts angenommene  *fictio brevis manus*  zum Grunde. In dem ersten Falle wird nämlich angenommen, als ob der vorige Schuldner das Geld dem Gläubiger bezahlt, und hierdurch derselbe von seiner Verbindlichkeit befreit worden sey, der neue Schuldner aber das Geld hierauf von dem Gläubiger selbst, als ein Anlehn, empfangen habe. Eben so nimmt man in dem letztern Falle an, als ob durch die Abtiefung des Geldes an den Mandanten die  *obligatio ex mandato*  erloschen, und hierauf das Geld von diesem dem Mandatar wieder dargeliehen worden sey. Dies ist wenigstens Ulpian's Ansicht, der dies als etwas Besonderes bemerkt, welches bey Geldanleihen gegen die Regel des gemeinen Rechts sey angenommen worden. Er sagt nämlich  *L. 15. D. b. t.*

*Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc*

34) Man vergleiche über diese Stelle  *Iani a COSTA*  Praelectiones ad illustriores quosd. Titulos locaque selecta iuris civ. pag. 192

hoc et in eadem persona recipiendum est: ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data<sup>35)</sup>.

In Ansehung des erstes Falles, ist African mit Ulpian vollkommen einverstanden. Allein in dem zweyten Falle läugnet erster ausdrücklich, daß durch jene Uebereinkunft ein Darlehn contrahirt worden sey. Es soll also nach seiner Meinung bloß die actio mandati gegen den Schuldner Statt haben, jedoch so, daß er für die Gefahr des Geldes stehen, und die für den Gebrauch desselben etwa bedungenen Zinsen bezahlen muß. Die Stelle selbst lautet in der L. 34. pr. D. Mandati folgendermaßen.

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi esse debiturum cum usuris semissibus. Quaesitum est, an ex ea causa

35) Es verdient hiermit die Stelle in den Basilicis Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 15. nach Fabrot T. III. pag. 225. verglichen zu werden, wo sie folgendermaßen lautet: *Ἐπὶ τοῦ δανείου τινὰ παρὰ τὴν ἀκριβείαν ἐδέχθησαν. ἕαν γὰρ ἐπιτρέψαντός μου παράσχη σοὶ ὁ χρεώσης μου, ἐπέχη μοι, εἰ καὶ τὰ μάλιστα οὐκ τῆν ἑμὰ τὰ νομίσματα. εἰ δὲ καὶ συμφωνήσομεν ἔχειν σε ἐν δανείῳ ἄπερ ἀπὸ ἐντολῆς χρεώσεις μοι, δοκείς δαδωκέναι μοι, καὶ λαβεῖν ἐξ ἐμοῦ. i. e. In mutuo quaedam contra rationem iuris recepta sunt: nam si tibi debitor meus mandatu meo pecuniam dederit, obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis. Sed etsi convenerit, ut crediti nomine habeas, quae mihi ex causa mandati debes, videris mihi ea dedisse, et a me accepisse.*

causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint? Respondit, *non esse creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse.* Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benigne receptum est. His argumentum esse, eum, qui, cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam, ex argento redactam, periculo eius fore, qui accepisset argentum. *Et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat* <sup>36)</sup>.

Μαν

36) In den Baslic. T. II. Lib. XIV. Tit. 1. Const. 34. pag. 151.

lautet diese Stelle so. Εὰν ὁ διοικῶν τὰ πράγματα μου χρεώσας ἀπαιτήσῃ, καὶ γράψῃ μοι ταυτο τὸ ποσὸν εἶναι παρ' αὐτῶ ἐν δανείῳ ἐπὶ τοιῶδε τόκῳ, ἃκ ἔχει χῶσαν ὁ δανειακός, ἀλλ' ἢ περὶ ἐντολῆς ἀγνογῆ. καὶ ὁ γράψας ἐγκινδυνεύσει ἐπὶ τοῖς χρήμασιν, καὶ δίδωσι τόκον. καὶ γὰρ ἐξ ἐκάστου συναλλάγματος, ἀπὸ φιλοῦ συμφώνου συνίσταται δάνειον· εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ ἐπιτρέπων τῷ ἔχοντί μοι ἐν παραθήκῃ χρήματα, ἔχειν αὐτὰ δεδανεισμένα, συνίστημι δάνειον, ὁμῶς ἐμὰ ὄντα τὰ χρήματα, γίνεται αὐτῶ. Φιλαγάθως δὲ ἐδέχθη συνίστασθαι δάνειον, ὅτι κεύσει μου λάβης παρὰ τῷ χρεώσῳ μου. i. e. Si is, qui negotia mea procurabat, debitores meos exegerit, et mihi per epistolam significaverit, eam quantitatem apud se esse ex causa crediti sub usuris certis,

Man hat mancherley Versuche gemacht, beyde Stellen mit einander zu vereinigen. Nach einigen<sup>37)</sup> soll der Unterschied darin liegen, daß Ulpian von Anwesenden, African hingegen von Abwesenden rede. Andere<sup>38)</sup> suchen die Vereinigung darin, daß in dem Falle, von welchem African redet, bloß eine einseitige Erklärung von Seiten des Mandatars geschehen sey, weil in der L. 34. nicht ausdrücklich gesagt wird, daß der Mandant auf den Brief geantwortet habe. Ulpian hingegen rede von dem Falle, wo zwischen dem Mandanten und dem Mandatar die

*certis, actioni si certum petatur de rebus creditis locus non erit, sed mandati: et pecuniae periculum ad eum, qui epistolam misit, pertinebit, et usuras praestabit: non enim ex omni contractu nuda pactione creditum contrahitur. Quamvis enim si pecuniam apud aliquem depositam concesserim, ut creditum habeat, creditum contrahatur: hoc tamen procedit, quia nummi, qui mei erant, eius sunt. Benigne autem receptum est, ut mutuum contrahatur, cum iussu meo pecuniam acceperis a debitore meo.*

37) Io. VOLT in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5. *Hellf. Ulric. HUNNIUS* Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. I. Q. 6. *Henr. KELLINGHUSEN* Diss. de Legibus nonnullis Romanor. *Franequerae* 1744. Cap. 13. (in *Ger. OELRICHS Thes. novo Dissertat. iuridicar. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 38.) und *MALBLANC* Princip. iur. Rom. P. II. §. 466. in fin.

38) *Lud. CHARONDAS Πιστάριον* s. Verisimilium Lib. III. cap. 14. (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 793.) *Io. GORDAEUS* in Comm. de rebus creditis Cap. III. nr. 85. sq. p. 246. *Io. CORASIUS* Miscellaneor. iuris civ. Lib. VI. cap. 16. *Sac. Herm. ab IDSINGA* Varior. iuris civ. (*Harlingae* 1738.) cap. 10. et in Diss. cit. de mutuo. Cap. V. §. 4. *Carl. Frid. WALCH* Introduct. in Contröv. iuris civ. pag. 500. Not. \*) und *HOFACKER* Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1864. not. e.

die ausdrückliche Uebereinkunft war getroffen worden, daß letzter das für den erstern erhobene Geld, als ein Darlehn behalten solle. Noch andere<sup>39)</sup> wollen die Antinomie durch Unterscheidung des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten heben. Sie sagen, Africanus, der älter als Ulpian sey, rede von dem ältern Rechte, letzterer aber von dem zu seinen Zeiten eingeführten neuern Rechte. Allein gegen alle diese Vereinigungsarten ist noch immer viel einzuwenden. Denn 1) hat der Unterschied, welcher nach der ersten Meinung zwischen Gegenwärtigen und Abwesenden gemacht wird, hier auf die Entscheidung der Frage nicht den mindesten Einfluß. Es ist auch in der L. 15. b. t. keine Spur zu finden, daß das Geschäft unter Anwesenden geschlossen worden sey, und eben so wenig setzt African L. 34. den Grund seiner Entscheidung darin, daß die Parthenen abwesend waren, sondern sein Grund ist der, *non ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse*. Denn nach der Regel des gemeinen Rechts, an welche sich hier African hält, kann das Darlehn, als ein Realcontract, nur durch die Uebergabe einer dem Darleiher eigenen Sache sein Daseyn erhalten. In mutuo enim, sagt Justinian<sup>40)</sup>, *ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat.*

39) Vgl. ZUICHEMUS in Praelection. in Tit. Pand. de rebus creditis. (Coloniae 1782. 8. ad L. 15. h. t. nr. 51. pag. 186. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. M. Aur. GALVANUS de Usufructu Cap. 33. §. 14. pag. 481. edit. Tüb. Henr. BRENCMANN Disputat. de Legum inscriptionib. §. 22. (in Abrab. WIELING Iurisprud. restituta Tom. II. pag. 168.) Frid. Gottfr. HOUCK Diss. de rationibus veterum Ictorum falso suspectis. Trajecti ad Rben. 1734. Cap. I. §. 4. (in Ger. OELRICHS Thes. Differentat. iuridic. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 326.)

40) Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat.

fiat. Es kann also durch den bloßen Vertrag, daß der Schuldner das Geld, davon der Gläubiger selbst noch nicht Eigenthümer war, als ein Darlehn behalten solle, nicht schlechthin geschlossen werden. Dies ist eigentlich der Ideengang des *Africans* <sup>41)</sup>. Wenn man hingegen 2) nach der andern Meinung annehmen wollte, daß auf den Brief des Mandatars keine Antwort erfolgt, und also in dem Falle, wovon *African* redet, eine bloß einseitige Erklärung geschehen sey, so wäre es in der That gar keiner Frage werth gewesen, ob der Mandatar durch sein Schreiben seine Verbindlichkeit aus dem Mandatcontract, ohne Einwilligung des Mandanten, in ein Darlehn habe verwandeln können. Die verneinende Antwort derselben verstand sich ja von selbst, ohne daß es deshalb der vom *African* angeführten Zweifels- und Entscheidungsgründe bedurft hätte. Allein daß hier wirklich von keiner einseitigen Erklärung, sondern von einem wirklichen Vertrage, der bekanntermaßen auch unter Abwesenden durch Briefe geschlossen werden kann <sup>42)</sup>, die Rede sey, beweisen die Worte: *alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse*, ferner: *tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat*, unwidersprechlich. 3) Der Vereinigungsart nach dem Unterschiede des Zeitalters der beyden Rechtsgelehrten steht entgegen, daß aus dem Fragment des *Ulpian*s nicht zu ersehen ist, daß er das neuere Recht

41) *C. Io. Iac. WISSENBACH* Comment. ad Institut. Disp. XXXII. Th. 7. *BORCHOLTEN* de mutuo Cap. 5. nr. 25. *Nicol. DE PASSE- RIBUS* Conciliat. Legg. pag. 176. und *VINIUS* Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 40.

42) *L. 2. D. de pactis. L. 15. D. de fundo dotali.*

Recht seines Zeitalters habe vortragen wollen <sup>43</sup>). Nein, Ulpian läugnet keinesweges, daß das, was African lehrt, der Regel des gemeinen Rechts gemäß sey. Auch Paulus, ein Zeitgenosß Ulpians, besteht fest auf dem Grundsatz: *In mutui datione oportet dominum esse dantem* <sup>44</sup>). Daß auch Ulpian in dem *Libro 31. ad Edictum*, woraus die *L. 15. D. b. t.* genommen ist, eben so, wie African, vom Mandatscontract gehandelt habe, erhellet aus *L. 8. 10. 12. 14. et 16. D. Mandati*. Allein er meint, weil man schon in mehreren Fällen von der Regel des gemeinen Rechts, daß der Darleiher Eigenthümer der darzuleihenden Sache seyn müsse, abgewichen sey, und insonderheit gegen diese Regel, der Billigkeit wegen, den Satz angenommen habe, daß ein Darlehn durch Anweisung eines Schuldners mit

43) GOEDDAEUS in *Comm. de reb. credit. Cap. 3. nr. 75. pag. 241.* meint sogar, es sey überhaupt noch gar nicht entschieden, ob African vor oder nach Ulpian gelebt habe. Allein darin hat er wohl offenbar unrecht. Daß African älter als Ulpian ist, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Denn African lebte unter Hadrian und Pius, und also noch vor den Zeiten des Severus und Antoninus, unter welchen Ulpian lebte, wie CUIACIUS ad *Africanum Tractat. 1. und in Observation. Lib. VII. cap. 2. aus L. 3. §. 4. D. de agnosc. et alend. liberis und L. 109. D. de legatis I.* erwiesen hat. Er ist eben derjenige *Sextus Caecilius Africanus*, dessen GELLIUS *Lib. XX. cap. 1.* gedenkt. *S. Bern. Henr. REINOLDI Opuscul. iurid. pag. 312.* Er war übrigens ein großer Verehrer Julian's, und giebt desselben Meinungen immer unbedingten Beyfall. *S. Gottfr. MASCOV de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IV. §. 3. pag. 80. sqq.*

44) *L. 2. §. 4. D. b. t.*

mit der Zahlung an denjenigen, den man ein Darlehn geben will, contrahirt werden könne, wie African. selbst nicht läugnen kann; so lasse sich aus gleichem Grunde der Billigkeit durch eine  *fictio brevis manus*  füglich annehmen, daß auch in dem Falle, da ich meinem Anwalt gestatte, das für mich eingenommene Geld, als ein Darlehn, für sich zu behalten, der  *contractus mutui*  gültig geschlossen werde. Denn es verdienen hier besonders die Worte erwogen zu werden, wenn Ulpian sagt:  *Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est.*  Der sicherste und richtigste Weg, den auch die meisten <sup>45)</sup> betreten haben, ist also wohl der, wenn man annimmt, daß African nach dem strengen Rechte entschieden habe, und sich also gegen diejenige Meinung erkläre, die Ulpian als die billigere annimmt, welche auch unstreitig nach und nach durch den Gerichtsgebrauch herrschend geworden ist, wie sich aus der  *L. 6. Cod. Si certum petatur*  schließen läßt, und daher heut zu Tage zur Entscheidungsnorm dienen muß.

5) Wenn ich einem Dritten den Auftrag gebe, das Geld, warum mich Jemand angesprochen hat, demselben für meine Rechnung, als ein Darlehn, auszuführen. Auch hier

45)  *Iac. Cujacius ad Africanum Tractat. VIII. ad L. 34. D. Mandati. Emian. Soares a Ribeira Observation. iuris Cap. 4. (in Ger. Meerman novo Thes. iur. civ. et canon. Tom. V. pag. 567.) Casp. Schifordegher ad Anton. Fabrum Lib. II. Tract. XVI. Quaest. 5. Arn. Vinnius Selectar. iuris Quaestio. Lib. I. cap. 40. Ant. Schulting Thesium controversar. Decad. XXXV. Th. 3. Barclaius ad L. 15. D. h. t. bey Otto T. III. pag. 858. Theod. Lamb. Prins cit. Specim. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. II. §. 11. n. a. III.*



hier ist, als Ausnahme von der Regel, angenommen, daß ich gegen den Empfänger des Geldes *condictionem mutui* anstellen kann, nicht anders, als ob er das Geld von mir selbst bekommen hätte. Es liegt aber hier nicht blos eine *fictio brevis manus* zum Grunde, sondern dieser Fall weicht auch darin von der Regel ab, daß hier dem Gläubiger durch eine freye Person eine *Obligatio* erworben wird. Das Nämliche findet sogar in dem Falle statt, wenn Jemand sein Geld in meinem Namen ohne meinen Auftrag einem Dritten darleihet, sofern ich solches nachher genehmiget habe. Denn die *Ratihabition* wird *retrotrahit*, und gilt für einen Auftrag. Beyde Fälle hat *Ulpian*, welcher *L. 9. §. 8. D. b. t.* sagt:

*Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit, adquiri tibi condictionem. Iulianus quoque de hoc interrogatus, libro decimo scribit, veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poscimus, ut nostro nomine creditor meus et futuro debitori nostro.*

So liest nämlich die Florentine. Daß aber die Worte *meus et*, keinen Sinn haben, leuchtet in die Augen. Schon *Taurellus* hat daher in seiner Ausgabe die Bemerkung gemacht, daß in einer alten Handschrift statt *meus et*, *numeret* gelesen werde. Diese Lesart haben auch *Zaloander* und *Baudouza*; und *Brenkmann* bemerkt in dem *Gebauerschen Corpore iuris*, daß er sie in acht Handschriften eben so gefunden habe. Ich kann

diesen auch noch unsern Erlanger Pandecten Coder beysü-  
gen. Gerhard Noodt<sup>46)</sup>, und Wilhelm Barclai<sup>47)</sup>  
geben dieser Lesart ihren vollen Beyfall. Man kann auch  
nicht läugnen, daß hierdurch ein richtiger Sinn hergestellt  
werde. Allein Wilhelm Best<sup>48)</sup> hält dennoch diese Lesart  
für eine liberior conjectura interpretis cuiusdam. Nach  
seiner eigenen Emendation soll man so lesen: *ut nostro nomine  
creditor meus DET futuro debitori nostro*. Er rechtfertiget  
diese Lesart durch folgende Erläuterung: h. e. *ut ille, a quo  
posco pecuniam, creditor meus futurus (utpote qui  
me ex causa mandati habebit obligatum) det futuro  
debitori meo ex causa mutui, atque ita mihi condi-  
tionem acquirat*. Diese sehr bescheidene Emendation  
billigen auch vorzüglich Idsinga<sup>49)</sup>, Coccejus<sup>50)</sup>, und  
Neubaus<sup>51)</sup>. Nicht gleichen Beyfall hat die Emenda-  
tion des Godesfroi<sup>52)</sup> erhalten, welcher statt: *creditor  
meus et futuro debitori, credamus futuro debitori nostro,*  
oder *credatur futuro debitori nostro* gelesen wissen will.  
Coccejus verwirft sie mit Recht. *Neque enim integra  
verba, sagt er, per errorem inserta codici florentino  
alias accuratissimo praesumi debent*. Vielleicht dürfte  
die,

46) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 276.

47) Commentar. ad h. L. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III.  
pag. 846.

48) *Ratio emendandi Leges Cap. XXV. §. 2.* pag. 372. edit.  
*Lips. 1745. 8.*

49) *Diff. de mutuo Cap. V. §. 2.*

50) *Iur. civ. controv. h. t. Qu. 10.*

51) *Not. ad BESTII Ration. emend. LL. pag. 372.*

52) *Not. ad L. 9. D. h. t.*

dieser Grund auch die neuere Conjectur treffen, welche Wilhelm a Teisterbant, genannt Bilderdyk<sup>53)</sup>, dem gelehrten Publicum mitgetheilt hat. Er verwandelt nämlich die Worte: *creditor meus et*, in *credita numeret*. Ob diese Veränderung den Namen einer simplicissima correctio verdient, den er ihr selbst beilegt, mag der Critiker beurtheilen. Ich würde der Bestischen Emendation, als der bescheidensten, ohne Bedenken den Vorzug einräumen, wenn nicht der Pluralis *creditori* mit dem darauf folgenden Singularis *creditor meus* zu sehr contrastirte. Dieser Anstoß fällt aber bei der durch die Auctorität so vieler alten Manuscripte unterstützten Lesart *numeret*, statt *meus et*, weg. Daher trage ich keinen Augenblick Bedenken, diese Lesart mit Walch<sup>54)</sup> allen übrigen Conjecturen vorzuziehen. Schade, daß uns die Basiliken hier ganz verlassen. Sie enthalten zwar die Stelle Ulpian's<sup>55)</sup>, aber nur den ersten Fall, der letztere Theil derselben, bei welchem gerade die streitige Lesart vorkommt, fehlt in denselben. Man überzeuge sich hiervon aus folgenden Worten:

Εὰν ἐμὰ νομίσματα ὀνόματι τῆ σου παρόσχω ἀπόντος σου καὶ ἀγνοούντος, συνίσταται δανειον. i. e. Si nummos meos tuo nomine dederō, absente te, et ignorante, mutuum contrahitur.

Soviel übrigens den Inhalt der Stelle selbst anbelangt, so waren zwar die römischen Rechtsgelehrten darin

53) Observation. et Emendation. Cap. XVI. pag. 122.

54) Introduct. in controvers. iuris civ. pag. 503. Not. \*)

55) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 9. §. 7. pag. 222.

einverstanden, daß wenn ich Jemandem den Auftrag gebe, einem Dritten für mich Geld darzuleihen, mir hierdurch die *condictio ex mutuo* erworben werde. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 2. §. 4. D. h. t.* sagt:

*Si voluntate mea tu des pecuniam, mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.*

Allein zweifelhafter war der andere Fall, wenn Jemand, ohne meinen Auftrag, sein Geld für mich einem Dritten darleiht. Emanuel Soares a Ribeira<sup>56)</sup> kann nicht begreifen, wie hier durch eine *fictio brevis manus* ein Darlehn zwischen mir und dem dritten Schuldner contrahirt werde. Er glaubt daher, daß auch hier ein geschickener Auftrag angenommen werden müsse, und folglich die Worte *te absente et ignorante* nicht sowohl die Form des Contracts andeuten, als vielmehr von der Zeit der Numeration zu verstehen wären. Allein diese Erklärung ist offenbar erzwungen, und ist dem ganzen Zusammenhange zuwider. Denn die nachfolgenden Worte *tu a voluntate*, lehren ja unwidersprechlich, daß vorher von einem solchen Falle die Rede war, wo kein Auftrag zur Auszahlung des Darlehns war ertheilt worden. Man unterscheide also vielmehr mit Gerhard Woodt<sup>57)</sup>, ob ich das für meine Rechnung ohne meinen Auftrag gegebene Darlehn nachher genehmige, oder nicht. Im ersten Falle wird ein Darlehn zwischen mir und dem Dritten, der das Geld in meinem Namen erhalten hat, contrahirt. So ent-

schied

56) *Observation. iuris cap. 13.* (in MEERMAN *Thes. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 573.*)

57) *Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 277.*

schied Aristo, und Julian stimmt dieser Meinung bey. Es kann wohl seyn, daß nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden gewesen sind. Sie war aber unstreitig nach Ulpian die herrschende. Im letzten Falle hingegen versteht sich's, daß mir nicht wider meinen Willen eine Klage aufgedrungen werden kann. Derjenige kann also nur gegen den Schuldner klagen, der ihm das Geld gegeben hat. Da dieser jedoch nicht die Absicht hatte, für sich zu erwerben, so kann er der Billigkeit wegen nur *condictione certi utili* klagen<sup>58)</sup>.

Wenn nun gleich die Uebergabe, sie geschehe wirklich oder *brevi manu*, zur Entstehung eines Darlehns wesentlich nothwendig ist; so dürfen doch auch nicht die zu einem gültigen Vertrage überhaupt erforderlichen Eigenschaften fehlen<sup>59)</sup>. Ein Irrthum, welcher die Einwilligung hindert, steht daher der Gültigkeit eines Darlehns fogut, wie jedem andern Vertrage, im Wege. Denn es gilt auch hier die Regel: *mutuum, nisi inter consentientes, contrahi non potest*. Publius Juventius Celsus hat hiervon einen merkwürdigen Fall in der berühmten L. 32. *D. de rebus creditis*, welche die Alten *legem auream*, *aureisque literis scribendam* nennen<sup>60)</sup>. Sie lautet folgendergestalt:

§ 4

Si

58) L. 4. §. 1. *Cod. Si certum petat*. Idem si cessare mandatum animadverterit, *utilem tibi adversus debitorem eo actionem nomine competere non negabit*. S. PRINS Diss. cit. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. II. §. 12.

59) L. 1. §. 3. *D. de pactis*. Adeo *conventionis* nomen generale est, ut eleganter dicat *Pedius*, nullum esse contractum, nullam obligationem, *quae non habeat in se conventionem*.

60) S. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 32. h. t.

Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? Subsisto: siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (*hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*); sed quia pecunia mea<sup>61)</sup> ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Es war hier ein Irrthum in der Person des Gläubigers vorgefallen, der die Entstehung einer obligatio ex mutuo hinderte. Der Fall war nämlich der. Sempronius spricht mich, und nachher auch den Titius um ein Gelddarlehn an. Da ich gerade nicht bey Gelde war, so vertröste ich ihn auf die Heimzahlung eines Capitals, welches ihm mein Schuldner, auf meine Ordre, auszahlen sollte. Vermuthlich mochte ihn Titius auf gleiche Art vertrösten

61) Die Florentine liest *mea, quae ad te pervenit*. Allein Haloander und Baudoza haben das *quae* nicht. Auch in unserm *Cod. Pand. mspto Erlang.* fehlt es; und diese Lesart scheint mir den Vorzug zu verdienen. Io. Guil. MARCKART in *Probabil. receptar. Lectionum iuris civ.* pag. 77. sucht indessen die florentinische Lesart zu vertheidigen, und beruft sich auf mehrere Stellen der *Classiker*, (CICERO *de L. Agrar.* I. c. 4. et II. c. 9. CICERO *de prov. consul.* cap. 15. Id. *ad Atticum* Lib. VIII. Ep. 12. IUL. CAESAR *de Bello civ.* Lib. I. c. 41.) wo eine ähnliche Construction vorkommen soll. In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. I. Const. 32. pag. 228. heißt es: *δάνειον μὲν οὐ συνέστη, ἐπέχη δὲ μοι εἰς τὸ δοῦναι μοι ἄπερ ἐκ τῶν ἐμῶν ἔλαβες.* i. e. *mutuum quidem contractum non est, teneris tamen mihi reddere, quod ex re mea accepisti.*

tröstet haben. Ich schicke hierauf auch wirklich meinen Schuldner zu dem Sempronius hin. Dieser giebt ihm die Versicherung, daß er von ihm das benötigte Geld erhalten solle. Es geschähe mittelst einer bey den Römern üblichen Stipulation, um sich desto gewisser darauf verlassen zu können. Er zahlt ihm auch wirklich die verlangte Summe aus. Allein Sempronius hält diesen Mann für den Schuldner des Titius, und stipulirt mit ihm in dieser Meinung. Wäre hier kein Irrthum in der Person des Gläubigers vorgegangen, so wäre wegen des bey dem Darlehn angenommenen Principis der *fictio brevis manus* die Gültigkeit des Contracts gar keinem Zweifel unterworfen. Allein wegen des Irrthums, in welchem sich Sempronius befand, hatte er gar nicht mit mir contrahirt. Ich kann also auch nicht *ex mutuo* gegen ihn klagen. Soll aber deswegen gar keine Klage Statt haben? dies wäre unbillig. Sempronius hat doch das Geld von meinem Schuldner erhalten. Er muß es also auch wiederbezahlen. Mit Recht wird ihm daher der Billigkeit wegen eine Klage zugestanden. Was ist dies aber für eine Klage? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einig. Einige<sup>62)</sup> halten sie für eine *actio mutui utilis*, andere<sup>63)</sup> für eine *condictio indebiti*, andere für eine *condictio sine causa*<sup>64)</sup>, noch andere für eine

62) PUFENDORF *Observation. iur. univ.* Tom. II. Obs. 183. §. 2. und SCHMIDT im Lehrbuch von Klagen §. 767. verglichen mit seines Sohnes Commentar über dieses Lehrbuch 3. Band §. 766.

63) BUSIUS *Comm. ad L. 32. h. t.*

64) BARCLAJUS *ad L. 32.* und *Defid. HERALDUS de ferum iudicatar. auctoritate* Lib. II. cap. 23. §. 7. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom.* T. II. pag. 1270.)

eine *condictio certi generalis*<sup>65)</sup>, noch andere<sup>66)</sup> für eine *condictio ex Lege*, wieder andere<sup>67)</sup> für eine *actio in factum*, und wieder andere<sup>68)</sup> für eine *actio de in rem verso utilis*. Ist Einem an dem Namen der Klage gelegen, so kann man sie meinetwegen mit *Westenberg*<sup>69)</sup> eine *condictio ex L. 32. D. de rebus creditis*, oder mit *Joh. Lud. Conradi*<sup>70)</sup>, nach ihrem Erfinder, dem Römischen Juristen, *Juventius Celsus*, *Condictio Iuventiana* nennen.

## §. 780.

Inwiefern enthält der Darlehnscontract eine Alienation?

Daß im Darlehn das Eigenthum der dargeliehenen körperlichen Sache auf den Empfänger übertragen werde, lehrt der Begriff, und eben dies beweisen die oben (§. 777.) angeführten Gesetzstellen so klar, daß darüber kein Zweifel entstehen kann. Auch in den *Basiliken*<sup>71)</sup> heißt es ausdrücklich: τὸ δὲ δανείον μετατίθησιν δσμορσίαν, i. e. *mutuum autem dominium transfert*. *Justinian* setzt hierin vorzüglich

65) BREUNING *Quaest. iuris controv. an mutuum contrahi possit inter ignorantēs. Lipsiae 1772. §. 7.*

66) So nennen sie *Wolfg. Adam LAUTERBACH* in *Commentat. in L. Si me et Titium XXXII. D. de reb. credit. Tübingae 1673.* und *Died. Gotth. ECKARD* in *Diss. de conditione ex L. 32. D. de reb. cred. Lipsiae 1729.*

67) BACHOV *Tr. de actionib. Diss. IV. Th. 24.*

68) LEYSER *Meditat. ad Pandect. Specim. CXXX. medit. 8.*

69) *De causis obligationum Dissertat. III. cap. 2 — 5 70.*

70) *De Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de rebus creditis. Marburgi 1774. 8.*

71) *Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Constit. 2. §. 3. pag. 220.*



sich den Unterschied zwischen *mutuum* und *commodatum*. Denn im Leihcontract wird dem Andern bloß der bestimmte Gebrauch einer Sache unentgeltlich eingeräumt, und zwar so, daß der Empfänger eben dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauche wieder zurückgeben muß. Hier wird also kein Eigenthum übertragen. Daher darf auch hier der Empfänger nicht für den Zufall haften, wie der Darlehnehmer<sup>72)</sup>, welcher die empfangene Sache, nicht in specie, son-

72) Zuweilen geht die Gefahr des zufälligen Verlustes auf den Empfänger über, wenn gleich der Darlehnscontract noch nicht zur Wirklichkeit gekommen ist. Beispiele enthält folgende merkwürdige Stelle. *L. 4. D. de reb. cred. Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia desideraveris mutuum pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emissas, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emissas, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit. Es ist jedoch in dem hier angeführten letztern Falle nach Maaßgebung der *L. 11. pr. D. b. t.* ein Unterschied zu machen, ob die Absicht ein Darlehn zu geben die alleinige Ursache war, warum ich die Sache dem Empfänger zum Verkauf gegeben habe, oder ob sie mir schon vorher feil war, und ich dem Empfänger bloß erkläre, daß er das daraus zu lösende Geld als ein Darlehn behalten solle. Nur im ersten Fall trägt der Empfänger den Schaden, wenn die Sache vor dem Verkauf durch Zufall verlohren geht. In dem letztern aber muß ich den Schaden selbst tragen. Es heißt nämlich *L. 11. cit. Quod si lancem, vel massam sine tua culpa perdidideris prius, quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaestionis est? Mihi videtur Nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, nec ne: ut si**

sondern nur der Gattung, Qualität und Quantität nach, restituirt. Der §. 2. I. *Quib. mod. re contrab. obligatio* sagt:

Is, cui res aliqua utenda datur, id est, *commodatur*, — ab eo, qui *mutuum* accepit, longe distat: namque non ita res datur, *ut eius fiat*, et ob id *de ea re ipsa restituenda* tenetur<sup>73)</sup>. Et is quidem, qui *mutuum* accepit, si *quolibet fortuito casu* amiserit, quod accepit: veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incurfu: *nihilominus obligatus remanet*. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, — sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit.

Da nun die Uebertragung des Eigenthums auf einen Andern eine Alienation im rechtlichen Sinn genennt wird;

Est

*venalem habui, mihi perierit*, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, *sed haec causa fuit vendendi, ut tu uteris, tibi eam perisse*; et maxime, si sine usuris credidi. Man vergleiche *Franc. DUARENII* Commentar. in h. Tit. Pand. Cap. 8. *Operum* pag. 891. *Ulr. HUBERI* Eunom. Roman. Lib. XII. ad L. 11. D. de reb. cred. pag. 467. und *Ant. SCHULTING* Thes. controversar. Dec. XXXV. Th. 5.

73) *THEOPHILUS* in *Parapbr. graeca* ad h. §. 2. setzt diesen Unterschied noch deutlicher auseinander, wenn er sagt: *το μὲν γὰρ δάνεισμα μετατίθησι δεσποτείαν, τὸ δὲ κομμοδάτων ἔ μετατίθησι: καὶ διὰ τῆτο τῆ τῆ πράγματος ἀποκτασάσει κρατεῖται ὁ χρησόμενος. i. e. Mutuum enim transfert dominium, at Commodatum non transfert: atque ideo commodatarius ad ipse rei restitutionem tenetur.*

Est enim *alienatio* omnis actus, per quem dominium transfertur :

wie die Kaiser Sever und Antonin *L. 1. Cod. de fundo dotali* rescribiren: so ergiebt sich hieraus die unlängbare Folge, daß ein gültiges Darlehn die volle Veräußerung der Sache enthalte. Die Gesetze sagen dieses auch an mehreren Orten ganz ausdrücklich. Denn wenn uns Paulus *L. 16. D. b. t.* belehren will, daß von gemeinschaftlichen Geldern zwar jeder seinen Antheil wegnehmen, aber keiner das gemeinschaftliche Geld für sich allein und ohne Wissen und Einwilligung der übrigen Theilhaber gültig auf ein Anlehn geben könne, so führt er zum Grunde seiner Entscheidung an: *quia suae partis tantum alienationem habuit*: und African sagt *L. 41. D. b. t.* geradezu: *Quas vero pecunias ipse credidisset, eas non ex maiore parte, quam ex qua ipse heres sit, alienatas esse. Nam et si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Stichus credas, deinde, mortuo me, ignorans dederis, accipientis non facies. Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret.* Ich füge noch Justinians Zeugniß aus *§. 2. I. Quibus alienare licet* hinzu, wo es heißt: *Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam rem ullam sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis.*

Die Alienation geht jedoch bloß auf die individuelle Sache, welche im Darlehn dem Andern eingehändigt wird, nicht auf die Quantität, oder das Genus.

Denn

Denn der Gläubiger behält das Recht auf eine gleiche Quantität. In dieser Beziehung sagt Ulpian L. 213. §. 1. *D. de verbor. Signif.* *Aes alienum est, quod nos alii debemus: Aes suum est, quod alii nobis debent.* Auf solche Art läßt sich nun der Streit leicht belegen, welcher zwischen *Salmasius*<sup>74)</sup> und seinen Gegnern *Carl Annib. Fabrotus*<sup>75)</sup>, *Joh. Jacob Wiffenbach*<sup>76)</sup>, *Cyprian Regneri*<sup>77)</sup>, *Polycarpus Senge-*  
ber

74) *SALMASIUS* hatte nämlich zuerst in seinem Buche *de Usuris. Lugd. Batav. 1638.* und nachher in der Vorrede seines Tractats *de modo usurarum* eine neue Meinung vorgetragen, daß nämlich im Darlehn keine Veräußerung vorgehe. Diese hatte er hierauf in einer besondern *Diatriba*, in *mutuo non fieri alienationem*, unter dem Namen *Alexii a MASSALIA, domino de sancto Lupo. Leidae 1640.* weitläufiger zu erweisen gesucht. Er antwortete auf die ihm entgegen gesetzten Gründe noch in einer besondern Schrift unter dem Titel: *Disquisitione de mutuo, qua probatur non esse alienationem. Lugd. Bat. 1645.* Es erfolgten nach dieser Streitschrift noch mehrere, welche *Salmasius* gegen einzelne Gegner, nämlich gegen *Heraldus*, *Wiffenbach*, *Gösius* u. *Sengeber* richtete. Man sehe *Ger. MEERMAN Praefat. Tomi III. Thesauri iur. civ. et canon. pag. 5. sq. Mart. LIPENII Biblioth. iurid. cum Supplem. Schott. v. Mutuum an sit alienatio?* und *WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 497.*

75) *Epistola de mutuo. Lugd. Bat. 1645. 8. EIUDEM Replicatio adversus Cl. Salmasii refutationem, in qua mutuum alienationem esse ostenditur. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 1242. sqq.)*

76) *Diatriba de mutuo esse alienationem eiusque vindiciae. Franquerae 1660. 12.*

77) *P. Cunaei sententia: mutuum esse alienationem, adversus Salmasium defensa a Cypriano REGNERI. Lugd. Bat. 1640. EIUDEM Propempticon ad SALMASIUM. Ibid. eod.*

ber<sup>78)</sup>, Wilhelm Gösius<sup>79)</sup>, und Joh. Otto Tabor<sup>80)</sup> über die Frage, ob das Darlehn eine Veräußerung enthalte, entstanden ist. Das Hauptargument, worauf Salmasius seine Hypothese bauet, nämlich die Stelle Ulpian's, welcher *L. 55. D. de Solutionib.* sagt:

Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur,

ist gerade das unbedeutendste. Denn der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier vom Darlehn gar keine Rede sey, sondern von der Bezahlung einer Schuld, welche, wie zuweilen der Fall ist, bloß zum Schein (*dicis causa*) geschieht, und wodurch also der Schuldner nicht befreiet wird. Ueberdem sagt hier Ulpian keinesweges: *non alienari nummos, qui sic dantur, ut pro iis alii eiusdem generis et qualitatis reddantur*, wie im Darlehn geschieht, sondern er sagt: *non alienari nummos, qui sic dantur, ut recipiantur*. Es ist also hier de *ipsis nummorum corporibus* die Rede, die ich z. B. dem Andern bloß zur Prahlerey leihe, und welche er mir in Natur ersetzen muß. Hier kann denn freylich von keiner Alienation die Frage

78) *Disceptatio de mutuo adversus Cl. Salmasii novum dogma. Lutetiae 1646.* (in Ger. MEERMAN *Thesaur. iur. civ. et canon.* Tom. III. pag. 369. sqq.)

79) *Vindiciae pro recepta de mutui alienatione sententia. Lugd. Batav. 1646. 8. rec. Halae 1768.*

80) *Redargutio Elenchorum Salmasii de mutuo.* (Adj. EIUDEM *Tractatib. synopt. trib. de iure socidae etc. Argentorati 1646. 8. pag. 353. sqq.*)

Frage seyn, weil das Geschäft ein Commodatum ist<sup>81)</sup>. Der Unterschied, den Salmasius überdem zwischen Uebertragung des Eigenthums, welche er beim Darlehn nicht läugnet, und Alienation macht, die er darum nicht zugeben will, weil der Darlehusempfänger eine gleiche Quantität dereinst zurückzahlen muß, zeigt von ganz unrichtigen Begriffen, wie Cornelius van Bynkershöt<sup>82)</sup>, Anton Schulzing<sup>83)</sup>, van Idsinga<sup>84)</sup>, Ernst Fried. Schröter<sup>85)</sup>, Christ. Gottl. Einert<sup>86)</sup>, und Theodor Lambert Prins<sup>87)</sup> zur Genüge dargethan haben.

### §. 781.

Wer kann ein Darlehn geben?

Aus dem Grundsatz, daß das Darlehn die volle Veräußerung der dargeliehenen Sache enthält, ist nun zunächst die Frage zu entscheiden, wer ein gültiges Darlehn geben könne? Es kann nämlich ein Darlehn nur der Eigenthümer geben, welcher die freye Verfügung über seine Güter hat,

81) CUIACIUS in Iulio Paulo ad L. 2. pr. D. de reb. credit. und SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXV. Thes. 10. in fin.

82) Opuscul. de rebus mancipi et nec mancipi. Cap. IX. circa fin. (in Opuscul. Lugduni Batav. 1719. pag. 134.)

83) Iurisprud. Antejustin. pag. 147.

84) Diff. de mutuo. Cap. IV. (in OELRICHS Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 140. sqq.)

85) Diff. de alienatione in mutuo contra Salmasium. Ienae 1675.

86) Progr. de definitione alienationis, quae in mutuo fieri dicitur. Lipsiae 1772.

87) Diff. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. 3. pag. 31. sq.

hat<sup>88)</sup>, oder wer sonst zur Veräußerung fremder Sachen befugt ist, wie z. B. ein Bevollmächtigter des Eigenthümers oder der Vormund<sup>89)</sup>. Hieraus folgt,

I. daß Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, und also zu keiner einseitigen Veräußerung befugt sind, ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein Darlehn geben können. Hierher gehören

1) Pupillen. Von diesen sagt Cajus *L. 9. pr. D. de auctor. et conf. tutor.* *Pupillus credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest.* Eben so Theophilus<sup>90)</sup>: *ὁ πούπιλλος ἢ ἡ πούπιλλα οὐ δύναται ἐκποιεῖν τὰ κινεῖα πράγματα sine tutoris auctoritate. διὸ εἰ δὲ δώσειται. i. e. Pupillus vel pupilla res suas alienare nequeunt sine tutoris auctoritate; quare nec mutuum dant.*

2) Minderjährige. Das Römische Recht unterscheidet zwar in Ansehung derselben, ob sie einen Curator haben, oder nicht. Nur in dem ersten Falle werden sie den Unmündigen gleichgeachtet, in dem letztern Falle hingegen können sie ein gültiges Darlehn geben<sup>91)</sup>. Allein da sich dieser Unterschied darauf bezieht, daß Minderjährige  
nach

88) *L. 2. §. 4. D. h. t. MOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1866.*

89) *L. 2. Cod. per quas personas. L. 26. D. h. t. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.*

90) *Paraphr. graec. ad Lib. II. Tit. 8. §. 2.*

91) *L. 3. Cod. de in integr. restit. minor. C. ab IDSINGA Diff. de mutuo Cap. V. §. 9.*

nach dem Römischen Recht keinen Curator wider ihren Willen erhielten<sup>92)</sup>, welches aber nach den deutschen Reichsgesetzen<sup>93)</sup> abgeändert ist, so fällt dieser Unterschied heut zu Tage weg, und es gilt also hier eben das, was vom Darlehn bey den Unmündigen bemerkt worden ist<sup>94)</sup>.

3) Gerichtlich erklärte Verschwender. (*Prodigi*)<sup>95)</sup>.

4) Wahnsinnige<sup>96)</sup>.

Eben so wenig kann Jemand

II. fremde Gelder ohne Einwilligung des Eigenthümers zum Darlehn geben<sup>97)</sup>. Auch nicht einmal ein Socius kann gemeinschaftliche Gelder ohne Einwilligung der übrigen Mittheilhaber wegleihen. Das Darlehn ist nur in Ansehung seines Antheils gültig. Denn Cajus sagt *L. 68. pr. D. pro socio: Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.* Vorzüglich aber gehören hierher folgende Stellen.

*L. 13. §. 2. D. de reb. credit.* Nam et si communes tibi nummos credidero centum, posse me quinquaginta condicere, *libro octavo Quaestionum PAPINIANUS* scribit: etiamsi singula corpora communia fuerint.

*L. 16.*

92) §. 2. I. *de curator.*

93) Reichsabsch. vom J. 1548. u. 1577. Tit. 32.

94) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. nr. 3.

95) *L. 6. D. de Verbor. obligat.* S. Fried. Hoppe Versuch, die Lehre von juridischen Verschwendern syst. u. critisch zu bearbeiten. Gießen u. Darmstadt. 1803. §. 8.

96) *L. 12. D. h. t. L. 24. D. de obligat. et action.* S. Em. MERRILLII Commentar. ad *L. 12. D. h. t.* (bey OTTO Tom. III. pag. 668.)

97) *L. 13. pr. et §. 1. D. h. t.*



L. 16. D. eodem. Si socius propriam pecuniam tuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet caeteri dissenserint. Quodsi *communem* numeravit, non alias creditam efficit, nisi caeteri quoque consentiant: *quia suae partis tantum alienationem habuit*<sup>98)</sup>.

L. 94. §. 1. D. de Solutionib. Sin autem *communes nummos credam*, aut solvam: confestim *pro parte mea* nascetur et actio et liberatio: sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.

Ist nun dennoch ein Darlehn in einem solchen Falle gegeben worden, wo der Darlehnnehmer nicht zur Veräußerung befugt war; so ist zwar der Contract an sich nichtig, und das Eigenthum wird daher durch die Uebergabe auf den Empfänger nicht übertragen. Es kann indessen das Geschäft noch in der Folge durch Consumtion oder Verjährung gültig, und hierdurch die actio mutui wider den Empfänger begründet werden. Da jedoch nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden sind, so ist es nöthig, zuvorderst die Gesetze selbst hierüber zu vergleichen.

§. 2. I. *Quib. alienare licet*. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, rem ullam sine tutoris

§ 2

toris

98) Em. MERILLIUS Observat. Lib. VII. c. 21. untersucht hier ausführlich, ob diese L. 16. von einer societate omnium bonorum, oder nur partis bonorum zu verstehen sey. Er selbst ist geneigter, das Erstere zu behaupten, obwohl das letztere anzunehmen, dem Wortverstande viel angemessener ist. Wir können aber diese Frage hier ganz bey Seite gesetzt seyn lassen, weil darauf schlechterdings nichts ankommt. S. van IDSINGA Diss. cit. Cap. V. §. 1.

toris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, *non contrahit obligationem*, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque *vindicari* nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumti sunt, *condici* possunt: si mala fide, *ad exhibendum* de his agi potest.

L. 11. §. 2. D. de reb. cred. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua. Fugitivus autem, vel alius servus contra voluntatem domini credendo, *non facit accipientis*. Quid ergo? *Vindicari* nummi possunt, si extant; aut si dolo malo desinant possideri, *ad exhibendum* agi. Quodsi sine dolo malo consumsisti, *condici* tibi poterunt.

L. 12. D. eodem. Si a furioso, cum eum competentem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit, *condictionem* furioso adquiri, IULIANUS ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem etiam furioso adquiri. Item si is, qui servo crediderat, furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit: *condici* furiosi nomine posse. Et si *alienam pecuniam* credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit, et *consumta* sit ea pecunia, *condictionem* furioso adquiri.

L. 13. pr. et §. 1. D. eodem. Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: sed *consumtis eis, nascitur condictio*. Unde PAPINIANUS libro

bro octavo *Quaestionum* ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumseris. Quod si per partes eos consumseris, an per partes tibi condicam, quaerit? Et ait, condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.

L. 19. §. 1. D. eodem. Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conditionem habet, vel liberatur: non alia ratione, quam quod facta eius intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse. Quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea, et ipse pupillo obligatur, vel eum a se liberabit; et eum, qui dederit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea, habet obligatum eum, qui acceperit.

Nach diesen Gesetzsstellen sind also folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Das Geld ist bey dem Empfänger noch in Natur vorhanden. Hier kann es von dem Eigenthümer, oder dessen Vorgesetzten vindicirt werden, und es ist hier gleichviel, der Empfänger sey in gutem oder bösen Glauben. Ist jedoch nach der Uebergabe durch Verjährung das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, so fällt auf Seiten des Eigenthümers jene Vindication weg, und dem Darleher steht nun die actio mutui gegen den Schuldner zu<sup>99)</sup>.

§ 3

2) Das

99) S. Franc. DUARENI Commentar. ad hunc. Tit. Pand. Cap. 2. in fin. (in *Operib.* pag. 381.) und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 387.

2) Das Geld ist consumirt, das heißt, es ist ausgegeben oder mit dem eigenen Gelde des Empfängers dergestalt vermischt worden, daß es nicht mehr davon unterschieden werden kann<sup>100</sup>). Hier ist wieder ein Unterschied zu machen.

a) Das Geld ist redlicher Weise von dem Empfänger consumirt. Hier kann es condicirt werden. So sagen alle die angeführten Gesekstellen. Es fragt sich aber, was dies für eine *condictio* sey? Viele<sup>1)</sup> sagen, es sey die *condictio sine causa*, weil das Darlehn an sich ungültig ist. Andere<sup>2)</sup> nehmen hier eine eigne *condictio de bona fide consumtis* oder *de bene dependis* an. Allein es ist in der That keine andere Klage als die *actio mutui*. Denn die *consumtio bonae fidei* macht, daß nun die Bedingung der Klage, nämlich Erwerbunq des Eigenthums *ex causa mutui*, vorhanden ist<sup>3)</sup>. Dies lehrt uns

1) Theos

100) L. 78. D. de Solut. Ueberhaupt heißen fungible Sachen consumirt, nicht nur wenn sie verzehret, oder veräußert, sondern auch wenn sie so mit den eignen Sachen des Empfängers vermischt sind, daß sie nicht mehr davon unterschieden und abgesondert werden können, oder auch so verändert sind, daß man sie nicht mehr in die alte Form zurückbringen kann. S. Arn. VINNII Commentar. ad §. 2. I. Quib. alienare licet. nr. 2.

1) Ger. NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 273. CORR. RITTERSHUSIUS in Comm. ad §. 2. I. Quib. alien. lic. p. 218. HUB. GIPHANIUS Comra. ad §. 2. I. Quib. alien. licet. Höpfner im Commentar §. 767. HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1866. not. e. u. a. m.

2) S. PÜTTMANN Adversar. iur. univ. Lib. II. c. 4. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. Lib. XIV. Tit. 6. Qu. 13. not. 4.

3) S. den 8. Th. dieses Commentars 1. Abthl. §. 578. S. 93.

1) Theophilus, welcher in seiner griechischen Paraphrase ad §. 2. I. Quibus alienare licet sagt: εἰ δὲ ἀνηλώθησαν bona fide, τούτέστι τοῦ δανεισαμένου νομίσαντος ἔφρασον εἶναι τὸν δανείσαντα, τότε ἢ in rem κινεῖσθαι οὐ δύναται, οὐδὲ γὰρ φαίνονται οἱ νοῦμοι· εὔτε μὴν ad exhibendum, ἐπεὶ οὐδὲ κρύπτονται οἱ νοῦμοι, οὐδὲ μὴν mala fide δεδαπάνηται. τί ἂν γενήσεται, ἵνα μὴ τὸ ὑπὲρ τοῦ πύλλου εἰσενεχθέν νόμιμον εὐρεθῆ τρεπόμενον εἰς βλάβην αὐτῶ, καθ' ὃ οὐδεμία αὐτῶ παρέχεται ἀγωγή ἐκ τῶν νομίμων κανόνων; λοιπὸν δοθήσεται αὐτῶ ὁ κονδικτίτιος, καὶ ὅπερ οὐκ ἐποίησεν ἢ τῶν χρημάτων ἀπαρίθμησις, τούτέστι τὸ ευστηῆναι τὸ δάνεισμα, καὶ γενέσθαι τὸν δανεισάμενον ὑπεύθυνον τῷ κονδικτιτίῳ, τοῦτο ποιεῖ ἢ bonae fidei δαπάνη. τίκτεται γὰρ κἀνταῦθα ὁ κονδικτίτιος. i. e. Quod si bona fide consumpti sint, id est, putante eo, qui accepit, puberem esse, qui dedit, tunc in rem actio moveri nequit, neque enim exstant nummi; neque ad exhibendum, quia neque occultantur nummi, neque mala fide consumpti sunt. Quid igitur fiet, ut ne ius pro pupillo introductum inveniat conversum in eius damnum, quando ei nulla datur actio ex regulis iuris? Reliquum est, ut ei detur condictio: et quod pecuniae numeratio non esse it, id est, ut mutui datio consisteret, atque accipiens teneretur conductione, id efficiat bonae fidei consumptio, nascitur enim et inde condictio. Ein neuer Beweis, wie wichtig die griechische Institutionen-Paraphrase des Theophilus für die Erklärung des Justinianischen Rechts ist <sup>4)</sup>.

Ε 4

2) Daß

4) C. Phil. Bernb. DEGEN Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen Paraphrase des griechischen Rechtslehrers Theophilus. Lüneburg 1809. S. 5. Abschn. S. 47. ff.

2) Daß beym Darlehn die bonae fidei consumptio einer gültigen Numeration gleichgeachtet wird, beweisen folgende Gesetzstellen.

*L. 15 D. de rebus dubiis.* Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur, et apparet, quid actum est. Ut ecce si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est; si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: nam si quidem non repudiaverit legatarius, *alienam pecuniam credidit*: Si vero repudiaverit, *suam pecuniam credidisse videtur*. Quid ergo, si *consumpta* fuerit pecunia? *utique idem erit ex eventu dicendum.*

*L. 56. §. 2. D. de fideiussor.* Si nummos alienos, quasi tuos, mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri POMPONIVS ait. Quid ergo, *si consumptis nummis nascatur condictio*? Puto *fideiussorem obligatum fore*: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.

In beyden Stellen leuchtet der Satz deutlich in die Augen, daß das an sich ungültige Darlehn durch die Consumtion des Geldes convalescire. MOODT meint zwar, es widerstreite die Regel: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, welche PAULUS *L. 29. D. de Reg. iuris* lehrt. Allein diese kann hier keine Anwendung finden. Zwar ist sie freylich nicht blos auf letzte Willensverordnungen zu beschränken. Denn PAULUS handelt *Libro 8. ad Sabinum*, woraus die *L. 29. cit.* genommen ist, nicht von Testamenten, sondern von Tutelen.

Dies

Dies bewelsen alle aus diesem Buche in die Pandecten aufgenommenen Fragmente <sup>5)</sup>. Sie findet auch selbst bey Contracten Statt <sup>6)</sup>. Aber doch nur bey Verbalcontracten, in welchen blos auf den Zustand zur Zeit des geschlossenen Geschäfts gesehen wird <sup>7)</sup>. Daß nun aber dies bey dem Darlehnscontract ganz und gar nicht der Fall sey, erhellet

3) daraus, weil in der oben angeführten *L. 19. §. 1. D. h. 2.* der Grund, warum die Condictio gegen den Empfänger gestattet wird, ausdrücklich darin gesetzt wird, *quod facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse*. Dies kann doch wohl offenbar nichts anders heißen, als, weil durch das Factum der Consumtion das Eigenthum der Sache nun im rechtlichen Verstande auf den Empfänger übergegangen ist. Folglich kann ja die Klage nicht die *condictio sine causa*, sondern es muß die *condictio mutui* seyn. Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten <sup>8)</sup> überein. Dem Eigenthümer selbst steht daher  
in

5) *L. 4. L. 17. D. de tutel. L. 3. D. de auct. et conf. tutor. L. 2. et 4. D. de tutelae et rationib. distrab. L. 27. D. de contrah. emt. S. Abr. WIELING Iurisprud. restituta. Tom. I. pag. 200.*

6) *S. Ios. AVERANIUS Interpretation. iuris. Lib. IV. cap. 21. nr. 10. et cap. 22.*

7) *§. 2. I. de inutilib. stipulat. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de verb. obligat.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iac. GOTTFREDI Commentar. in Tit. Pand. de divers. Regulis iuris. ad L. 29. cit. pag. 169. sqq.*

8) *Iac. CUJACIUS Observat. Lib. XIII. cap. 28. Franc. DUARENUS Commentar. ad hunc Tit. Pand. Cap. 2. (Oper. pag. 830.) Io. GOEDDAEUS Commentar. de rebus credit. Cap. III. Conclus. 1. pag. 226. sqq. Ulr. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 5. Io.*

in diesem Falle anders keine Klage gegen den Consumenten zu, als wenn er sich solche von dem Darleiher cediren läßt<sup>9)</sup>.

b) Der Empfänger hat das Geld *mala fide* consumirt. Hier hat die *actio ad exhibendum* gegen ihn Statt, welche zugleich auf Leistung alles durch den Eid des Klägers auszumittelnden Interesse gerichtet werden kann<sup>10)</sup>. Theophilus hat in seiner griechischen Paraphrase über den §. 2. I. *Quib. alien. licet* noch Folgendes zur Erläuterung hinzugefügt. Er sagt nämlich: *εἰ δὲ ὁ λαβὼν mala fide ἰδαπάνησεν αὐτὰς, τὰτέστιν εἰδὼς ὅτι πεπιλλός ἐστιν ὁ δανείσας, κατασχεθήσεται τῇ ad exhibendum. ΕΦ' ὧν γὰρ Φαινομένων κινεῖται ἢ in rem, ἐπὶ τούτων κρυπτομένων ἢ mala fide δαπανηθέντων χώρα τῇ ad exhibendum. i. e. Si vero accipiens mala fide eos consumsit, id est, sciens pupillum esse, qui mutuos dedit, tenebitur ad exhibendum actione. In quibus enim extantibus actio in rem movetur, in iis occultatis aut mala fide consumtis locus est actioni ad exhibendum.*

Noch

Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. Anton. SCHULTING Thef. controversar. Decad. XXXV. Th. 9. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 14. Io. Ortv. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pandect. h. t. §. 23. van IDSINGA Diss. de mutuo. Cap. V. §. 8. Franc. BROEUS Exposition. in Institut. Lib. II. Tit. 8. §. 2. pag. 312. Claud. CANTIUNCULA Paraphras. in tres priores Institut. libros Lib. II. Tit. 8. pag. 322. Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 12. nr. 5. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XV. not. e. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 887. u. a. m.

9) L. 2. Cod. Si certum petat. HUBER Praelect. h. t. §. 5.

10) S. den 11. Theil dieses Commentars §. 741, S. 188. und §. 744. S. 236.



Noch ist die Frage zu berühren, welche Julian L. 20. *D. de reb. credit.* entscheidet, nämlich ob ein gültiges Darlehn contrahirt werde, wenn ich dem Andern das Geld, was er mir creditirt hat, vorher mit der Bedingung geschenkt hatte, daß er es mir wieder als ein Darlehn geben solle? Es kommt darauf an, ob er durch die Schenkung Eigentümer des Geldes wurde, so daß er wieder das Eigenthum auf mich übertragen konnte? Julian sagt, nach der Subtilität, wenn man nämlich blos bey den Worten stehen bleibt, und schikaniren will, könnte man Einem vorschleugeln, das Geschäft sey weder eine Schenkung noch Darlehn. Keine Schenkung, weil das Geld nicht in der Absicht gegeben worden ist, daß es dem Empfänger auf immer verbleiben solle. *Nummi enim non alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur*, sagt selbst Ulpian<sup>11)</sup>. Es scheint aber auch durch die Zurückgabe des Geldes kein Darlehn contrahirt zu werden, weil der Beschenkte sich hierdurch mehr einer übernommenen Verbindlichkeit zu entledigen sucht, als daß er den Donator dadurch verbindlich machen sollte, weil letzterer nichts, als das Seinige, zurück erhält. Allein diese Subtilität bey Seite gesetzt, mit welcher jedoch einige Römische Juristen schikanirt haben mögen, wie sich aus Marcells Aeußerung L. 67. *D. de Solut.* nicht undeutlich schließen läßt, folgt Julian der Billigkeit, und erklärt beydes die Schenkung, und das in Gemäßheit derselben gegebene Darlehn für gültig. Julians Worte lauten folgendermaßen.

Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi, in huiusmodi propositionibus

11) L. 55. *D. de Solut.*

nibus non propriis verbis nos uti: nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: *benignius tamen est, utrumque valere.*

Anton Faber<sup>12)</sup> will zwar diese Stelle so verstehen, als ob wirklich Julian der Meinung gewesen, daß in dem hier vorgetragenen Falle das Darlehn sowohl, als die gemachte Schenkung ungültig sey. Er glaubt daher, die letzten Worte: *Sed haec intelligenda sunt* etc. wären vom Tribonian, oder einem andern unwissenden Ausleger hinzugefügt worden, um diese Stelle mit L. 33. §. 1. D. de donat. zu vereinigen, wo Hermogenian sagt:

*Ea lege donationis causa pecunia Titio numerata, ut statim donatori mutuo detur, non impeditur dominii translatio; ac propterea iisdem nummis donatori creditis, novum dominium in his quaeritur.*

Ihm stimmt auch Ulrich Zuber<sup>13)</sup> bey. Allein van Idsinga<sup>14)</sup>, Anton Schulting<sup>15)</sup> und Porthe  
er

12) Rational. in Pandect. ad L. 20. h. t.

13) Eunom. Roman. ad L. 20. D. h. t. pag. 474

14) Diff. de mutuo. Cap. V. §. 6.

15) Thesium controversiar. Decad. XXXV. Th. 10.

er<sup>16)</sup> haben diese Meinung mit Grund verworfen. Es ist schon darum gar nicht wahrscheinlich, vom Julian zu behaupten, daß er der Subtilität den Vorzug vor der Billigkeit eingeräumt haben sollte, da er sich zur Secte der Sabinianer bekannte, deren Hauptgrundsatz war, in zweifelhaften Fällen die Billigkeit dem strengen Rechte vorzuziehen. Die unbedeutenden Zweifelsgründe sind von Hubert Giphanius<sup>17)</sup> und Joseph Finestres<sup>18)</sup> umständlich widerlegt worden. Ich bemerke nur noch, daß auch die Basiliken<sup>19)</sup> die richtige Erklärung bestärken, in welchen die L. 20. h. t. folgendermaßen ausgedruckt ist: *Εὐν δωρήσωμαι σοι νομίσματα ἐπὶ τῷ δανείσει μοι, ταῦτα καὶ δανείσης, οὐδέτερον πρὸς ἀκριβείαν, ἀλλὰ φιλαγάθως ἐκτέλεσον ἑξέτωται.* i. e. *Si tibi nummos ea lege donavero, ut tu mihi eosdem crederes, et credideris, neutrum secundum strictam rationem valet, sed secundum benignitatem utrumque.*

## §. 782.

Wer kann ein Darlehn gültig aufnehmen?

Wer ein Darlehn gültig aufnehmen will, muß nicht nur überhaupt fähig seyn, sich durch Vertrag zu verpflichten, sondern er darf auch nicht in dem Falle sich befinden, wo ihm die Gesetze die Uebernehmung einer Verpflichtung durch ein Darlehn untersagen. Hieraus folgt,

1) das

16) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. not. k.

17) Lecturae Altorphin. ad L. 33. D. de donation. nr. 10. sqq. pag. 164.

18) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libros VI. ad L. 33. §. 1. D. de donat. pag. 910. sqq.

19) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 20. pag. 226.

1) daß Wahnsinnige, gerichtlich erklärte Verschwender und Pupillen ohne Einwilligung ihrer Vormünder kein gültiges Darlehn aufnehmen können. Es entsteht daraus nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, die sie für ihre Person treffen könnte, außer insofern der Darleiher zu beweisen vermöchte, daß sie dadurch bereichert worden sind<sup>20)</sup>. *L. 59. D. de obligat. et action.* sagt: *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur.* Und in der *L. 13. §. 1. D. de condict. indeb.* heißt es: *Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit, et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit.* Nam hoc natura aequum est, fügt *L. 14. D. eodem* noch hinzu, *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem.* Daß auch Wahnsinnige und Pupillen hlerin gleiche Rechte haben, lehrt *L. 46. D. de obligat. et actionib.* *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate.* Von einem gerichtlich erklärten Verschwender sagt endlich *Ulpian L. 6. D. de Verbor. obligat.* im Allgemeinen; *Is, cui bonis interdictum est, non potest promittendo obligari.* In Ansehung der Minderjährigen ist nach dem Röm. Recht ein Unterschied zu machen, ob sie unter der Curatel stehen, oder nicht. Im ersten Falle gilt hier eben das, was von Unmündigen und Verschwendern gesagt worden ist; in dem andern Falle hingegen kann zwar ein Minderjähriger durch Darlehn sich verpflichten; wenn

er

20) *S. Franc. DUARENUS Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 3. Oper. pag. 881. Hub. GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. ad L. 46. D. de obligat. et actionib. ab IDSINGA Diss. de mutuo. Cap. V. §. 7. 9. 10. et 11. und Feid. Hoppe Lehre von jurid. Verschwendern §. 8. S. 58.*

er jedoch beweisen kann, daß er keinen Nutzen davon gehabt habe; so kann er sich dagegen in integrum restituiren lassen<sup>21)</sup>. Dieser Unterschied fällt aber heut zu Tage weg, weil es nicht mehr von der Willkühr der Minderjährigen abhängt, ob sie einen Curator haben wollen, oder nicht<sup>22)</sup>.

2) Niemand wird in der Regel durch ein von einem Dritten aufgenommenes Darlehn verbindlich, außer in den Fällen, wo überhaupt Jemand durch fremde Handlungen verbindlich gemacht wird<sup>23)</sup>. Aus diesem Grunde wird also

a) eine Societät durch das von einem Mitgliede derselben für sie aufgenommene Darlehn anders nicht verbindlich, als wenn er entweder von der ganzen Gesellschaft die Vollmacht, für sie zu contrahiren, erhalten hatte, in welchem Falle sodann die Gesellschaft, ohne weitem Beweis einer Version, verbunden ist<sup>24)</sup>, oder das Anlehn in der Folge von der ganzen Gesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Bezahlung der Zinsen aus der gemeinschaftlichen Casse, genehmiget worden ist<sup>25)</sup>, oder

21) L. 43. D. de obligat. et act. L. 3. Cod. de integrum restitut. minor. L. 1. et 2. Cod. Si adversus creditor. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 19. u. ab IDSINGA cit. Diff. Cap. V. §. 9.

22) S. Webers Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 72. und §. 73.

23) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 315.

24) S. Wolfg. Ad. LAUTERBACH Diff. de sociorum obligatione, quae oritur ex conventionione cum extraneis inita. Tüb. 1668. §. 22.

25) Smelin von Aufträgen über Verträge. §. 106. C. 229.

der Gläubiger beweisen kann, daß das Geld zum gemeinschaftlichen Nutzen der Gesellschaft verwendet worden sey<sup>26)</sup>. Eben dies gilt auch

b) von Personengemeinheiten. Wenn nämlich eine Gemeinheit oder Korporation, z. B. eine Stadt, Kirche oder Academie aus einem Darlehn verbunden werden soll, so wird dazu erfordert, daß entweder die Gemeinheit in der nach dem gemeinem Recht erforderlichen, oder durch Observanz hergebrachten Form ihre Einwilligung gegeben habe, oder die Verwendung des entlehnten Geldes zu derselben Nutzen vom Gläubiger erwiesen werden kann<sup>27)</sup>. Es sind also hier zwey Fälle zu erörtern.

1) Die Gemeinde hat in die Aufnahme des Anlehns auf eine gesetzmäßige Art consentirt. Um dieses richtig zu beurtheilen, ist vor allen Dingen darauf zu sehen,

a) ob die Gemeinheit ihre gewissen Repräsentanten hat, welche, vermöge einer immerwährenden Vollmacht, Etwas im Namen der ganzen Gemeinde zu verfügen berechtiget sind. Dergleichen sind z. B. in den Städten die Viertelmeister, und der Ausschuß der Bürgerschaft, in den Dörfern

26) L. 82. D. pro Socio. Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt. C. LAUTERBACH cit. Diss. §. 45.

27) C. Io. Volkm. BECHMANN Disput. de civitatis ex mutuo obligatione. Ienae 1677. Sam. STRYK Disput. de civitate obae-rata. Francof. ad Viad. 1683. Iac. BORN Exercitat. de conditione certi ex mutuo de in rem verso ex contractu administratorum contra civitatem competente. Lipsiae 1676. und Rud. Christ. HENNE Progr. de mutuo a collegiis et corporibus contracto. Erfordiae 1774.

fern die Gemeindevorsteher oder Aeltesten. Hier ist die Einwilligung der Repräsentanten allein hinreichend, und es wird kein weiterer Beweis einer nützlichen Verwendung erfordert <sup>28)</sup>.

β) Die Gemeinheit hat keine solche Repräsentanten. In diesem Falle muß die Einwilligung von der Gemeinheit selbst durch einen dieserhalb auf eine legale Art abzufassenden Beschluß erteilt werden. Es ist daher zwar nicht nöthig, daß alle und jede einzelne Mitglieder der Gemeinde einwilligen; allein es müssen doch

aa) alle und jede Mitglieder nach der bei jedem Collegium hergebrachten Weise zusammenberufen, und um ihre Einwilligung befragt werden;

bb) wenigstens zwey Dritttheile derselben ihre Stimmen geben, und

cc) von diesen zwey Dritteln die größere Anzahl einwilligen <sup>29)</sup>.

Ist dieses gehörig beobachtet worden, so ist die Gemeinheit durch ihre Einwilligung verbunden, und der Darleiher hat nicht nöthig, die Verwendung des Geldes zu  
der

28) S. STRYK de cautelis contract. Sect. II. cap. I. §. 5. RICHTER Decis. LXXI. nr. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 3. Georg Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 2. Abth. Decis. 218. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. Tom. III. Cap. 63.

29) STRYK Diff. cit. de civitate obserata Cap. I. nr. 74 — 86. und Smelin von Aufträgen über Verträge §. 118. S. 255.

derselben Nutzen zu beweisen<sup>30)</sup>. Es kann indessen der Gemeinheit die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden, wenn sie beweisen kann, daß das Geld zu ihrem Nutzen nicht verwendet worden sey<sup>31)</sup>.

2) Die Einwilligung ist in dieser Form nicht ertheilt, sondern das Darlehn bloß von ihrem Verwalter oder einzelnen dazu nicht besonders bevollmächtigt gewesenem Mitgliedern aufgenommen worden. Hier sind allein die Aufnehmer des Darlehns, welche die Schuldverschreibung ausgestellt haben, verbindlich. Die Gemeinheit selbst aber kann anders nicht belangt werden, als wenn sie entweder noch in der Folge die Geldaufnahme gebilliget hat, oder die Verwendung des Geldes zu derselben Nutzen vom Kläger bewiesen werden kann<sup>32)</sup>. Es gehören vorzüglich hierher folgende Gesetzstellen.

*L. 27. D. h. t. Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.*

*Novell.*

30) STRYK *de cautel. contract. c. l. §. 4. Idem in Us. mod. Pand. h. t. §. 27.* CARPZOV *P. II. Constit. VI. Definit. 18. nr. II.* MÜLLER *ad Struvium Exercitat. XVI. Th. 18. not. d.* BECHMANN *Diss. cit. de civitatis ex mutuo obligat. P. II. Cap. 1. nr. I. sqq.* Gmelin *a. a. D. §. 118.* und HENNE *cit. Progr. §. 3.*

31) *L. 3. Cod. de iure reipubl.* HENNE *Progr. cit. §. 6.* und Hartm. PISTORIS *Quaest. iuris Lib. I. Quaest. 37. nr. 56. sq.*

32) VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 11.* STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 33. sq.* LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18.* LEYSER *Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 6.*



*Novell. CXX. Cap. 6. §. ult.* Si episcopus aliquis, vel Oeconomus, vel Administrator cuiuscunque venerabilis domus, sive in hac regia urbe, sive in provinciis sitae, mutuam pecuniam acceperit, vel postea accepturus sit: iubemus, ne illi sacrae domui eam imputent, nisi prius eas in utilitatem dictae sacrae domus versam esse ostenderit: neque ipse creditor, vel heredes eius contra venerabilem domum eius nomine ullam actionem habeant, nisi in causas ad venerabilem domum pertinentes pecuniam illam versam esse ostenderit: sed actiones suas contra eum, qui mutuam pecuniam accepit, eiusque heredes moveant.

Der Gläubiger kann zum Behuf der ihm obliegenden Beweisführung diejenigen, welche das Darlehn für die Gemeinheit aufgenommen, und ihm die Schuldverschreibung ausgestellt haben, zur Vertretung auffordern, daß sie ihm bey diesem Beweise der Verwendung wider die Gemeinheit beystehen<sup>33)</sup>. Er ist auch befugt, die Vorlegung der Gemeinheits-Rechnungen zu verlangen<sup>34)</sup>. Keinesweges aber ist das bloße in der Schuldverschreibung enthaltene Geständniß des Ausstellers über die geschehene nützliche Verwendung zum Beweis derselben hinreichend, wosfern nicht noch andere Gründe und Vermuthungen hinzutreten, welche allenfalls dem Erfüllungseide Raum geben können<sup>35)</sup>.

D 2

Uebri

33) S. Smelin von Aufträgen über Verträge §. 118. C. 257. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. II. pag. 415.

34) de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 116.

35) STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 70. et 74. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXI. medit. 9. et 10.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn auch eine Gemeinheit aus dem Darlehn wirklich verpflichtet ist, die Wiederbezahlung desselben doch nur aus dem Vermögen der Gemeinheit, als moralische Person betrachtet, gefordert werden kann<sup>36)</sup>. Die einzelnen Mitglieder derselben haften daher mit ihrem Vermögen dafür nicht, wofern nicht entweder nachgewiesen werden kann, daß das von der Gemeinde aufgenommene Geld zum Vorthell einzelner verwendet worden sey<sup>37)</sup>, oder die einzelnen Mitglieder der Gemeinde sich auf den Fall, da die Gemeindegüter nicht zureichen sollten, zur Bezahlung besonders verpflichtet hätten<sup>38)</sup>.

c) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn ein Vormund, als solcher, für seinen Pupillen oder Curanden eine Anleihe aufgenommen hat, und der Mündel daraus belangt wird. Hier ist das Darlehn an sich nach dem strengen Recht gültig, und daher die Klage durch die Handlung des Vormundes selbst schon hinlänglich begründet<sup>39)</sup>. Nam factum tutoris legitime gestum censetur esse factum pu-

36) L. 7. §. 1. D. Quod cuiusque universitat. nomine. L. 6. §. 1. D. de divis. rer. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Constit. 6. Def. 24. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. V. Obl. II. LEYSER Specim. CXXXI. medit. 4. et 5.

37) WERNHER cit. loc. nr. 8.

38) WERNHER c. l. nr. 7. Gmelin a. a. D. S. 259.

39) Nach der Subtilität des Röm. Rechts ist jedoch die Klage nur eine actio utilis. S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 205. und Weber zu Höpfner Not. 2. S. 232.

pupilli <sup>40</sup>). Schützt daher der gewesene Pupill vor, daß das Geld nicht in seine Angelegenheiten verwendet worden sey, so muß er den Beweis übernehmen. Denn gegen einen nach dem strengen Recht gültigen Handel kann nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden. Hier muß aber der Minderjährige immer den Beweis der Läsion übernehmen <sup>41</sup>). Es kann auch dieser Beweis dem Minderjährigen gar nicht schwer fallen, da die Vormundschaftsrechnungen es ergeben müssen, in wiefern die Ausgaben des Pupillen, von seinem übrigen Vermögen ohne die Anleihe zu bestreiten waren oder nicht. So lehren ZOMMEL <sup>42</sup>) und WEBER <sup>43</sup>), und, wie ich glaube, nach theoretischen Gründen ganz richtig. Dennoch behaupten viele Rechtsgelahrten <sup>44</sup>), daß der Gläubiger, wenn er auch mit dem Vormunde als Vormund contrahirt hätte, dennoch die wirkliche zum Besten des Pupillen geschehene Verwendung des Geldes beweisen müßte. Man beruft sich

D 3

sich

40) Arg. §. 9. I. de inutil. stipulat. et L. 5. D. de reg. iur. Es hat auch kein Gesetz die Gültigkeit einer solchen Anleihe von der Zustimmung der Obrigkeit abhängig gemacht, obgleich in HORACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1867. das Gegentheil angenommen wird.

41) L. 5. Cod. de restitut. in integr. minor.

42) Ad MENCKEN Introd. in doctrin. de actionib. for. Not. 435. pag. 158.

43) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Kap. VI. nr. 11. S. 200. ff.

44) WERNHER Observation. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 387. BOEHMER Doctrina de actionib. Sect. II. cap. VIII. §. 4. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 12. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 467. in fin.

sich deswegen vorzüglich auf die *L. 3. Cod. Quando ex facto tutor.* in welchem es heißt:

*Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori, vel tutori eius nomine minoris mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.*

Allein man muß hier nicht aus der Acht lassen, daß diese *L. 3.* ein kaiserliches Rescript ist, in welchem es nicht besonders auf die Frage ankam, wem der Beweis obliege, wenn der Minderjährige dem Kläger die Einrede entgegensezt, daß das seinem Vormunde für ihn gesehene Geld nicht zu seinem Besten verwendet worden sey. Die Anfrage des Prudentianus, auf welche hier der Kaiser Gordian rescribirt, ging vielmehr dahin, ob ein Minderjähriger aus einem Darlehn, welches sein Vormund, als Vormund, zum Besten desselben aufgenommen hat, überhaupt belangt werden könne? Der Zweifelsgrund war, weil nach der Subtilität des römischen Rechts der Grundsatz angenommen war, daß Niemand durch einen freyen Menschen Rechte erwerben, noch weniger durch ihn zu irgend Etwas verbindlich gemacht werden könne<sup>45)</sup>. Man glaubte daher, der Vormund könne, ohne Zuziehung des Mündels, wenn dieser kein Kind mehr ist, nicht allein für sich handeln<sup>46)</sup>. Dabey konnte denn also die Frage, wem der

Be-

45) *L. 73. §. 4. D. de Reg. iuris. L. 11. D. de obligat. et action. L. 126. §. 1. D. de verbor. obligat. L. 1. C. Per quas person.*  
 Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 89. a. S. 370.

46) *L. 37. §. 1. D. ad Sctum Trebell. L. 5. C. de iure delib. L. 5. C. Quando ex facto tutor.* LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCXXXIV. medit. 1.

Beweis der geschenehen Verwendung oblige, füglich bey Seite gesetzt bleiben, da denselben der Antrag des Supplikanten, insofern dieser den zum Besten des Minderjährigen geschenehen Gebrauch der Anleihe als ausgemacht oder unbestritten angab, ganz überflüssig machte<sup>47)</sup>. Heutzutage kann die Richtigkeit unserer Behauptung noch wenigerem Zweifel unterworfen seyn, da unsere Vormünder gewöhnlich alle vormundschastlichen Geschäfte selbst und ohne Zuziehung ihrer Pflegebefohlenen verrichten<sup>48)</sup>. Mit Recht sagt daher Schilter<sup>49)</sup>: Quum ratio iuris Romani cesset apud nos, et liber homo per liberum hominem acquirere et obligari utique possit, neque requiratur pupilli persona, sed tutor solus omnia recte expediat, consequens est, regulam iuris Romani a nobis receptam non fuisse, sed pupillum, etsi eius praesentia, vel consensus non intercedat, valide obligari regulariter, aequè ac iure Quiritium, si ipse pupillus negotium gerit, et tutor auctoritatem adiicit.

Endlich 3) können auch diejenigen kein gültiges Darlehn aufnehmen, welche sich zwar durch Verträge verbindlich machen können, denen aber die Gesetze in einem gewissen Falle und aus besondern Gründen Geld zu borgen untersagen. Bey den Römern gehörten dahin

D 4

a) die

47) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung a. a. D. Rot. 53. S. 202.

48) S. Westphals Rechtsgutachten Lib. XXVI. Tit. 8. §. 1. S. 141. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 213.

49) Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 131.

a) die Praesides provinciarum, welche, so lange sie sich in der ihnen angewiesenen Provinz befanden, von den Einwohnern derselben kein Geld borgen durften; von andern, außer ihrer Provinz, Gelder aufzunehmen, war ihnen nicht verboten. So sind folgende Stellen mit einander zu vereinigen.

*L. 16. Cod. Si certum petatur.* Quisquis iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, si in provincia fuerit versatus, quasi emtor legum atque provinciae, — exilii poena una cum ipso iudice plectetur.

*L. 34. §. 1. D. de reb. credit.* Praeses provinciae mutuam pecuniam foenebrem sumere non prohibetur.

Beide Gesetze werden jedoch von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Franz Connanus<sup>50)</sup> versteht sie so, ein Römischer Präses habe in der Provinz nur kein Geld ohne Zinsen aufnehmen dürfen, weil man ein unverzinsliches Darlehn als eine Art von Geschenk betrachtete, dergleichen den Gouverneurs verboten war. Gelder auf Zinsen aufzunehmen, sey ihm nicht verboten gewesen. Hingegen von Parthenen, die der richterlichen Hülfe benöthiget waren, habe er, so lange der Prozeß nicht entschieden war, gar kein Geld, weder mit noch ohne Zinsen, borgen dürfen, weil man dies als eine Art von Bestechung angesehen habe. Salmasius<sup>51)</sup> verwandelt das *versatus* in der *L. 16. cit.* in *servatus*, und versteht das Gesetz von einem solchen Falle, wo der Praeses provinciae sich durch Geldaufnahme eine Verlängerung der Administration

der

50) Commentar. iuris civ. Tom. II. Lib. VII. Cap. 2. fol. 456. sq.

51) De usuris Lib. I. cap. 5.

der Provinz zu verschaffen gesucht hat; wodurch aber offenbar der Sinn des Gesetzes ganz entstellt wird. Franz Duarenus<sup>52)</sup>; Joh. Jacob Wissenbach<sup>53)</sup> und Anton Schulting<sup>54)</sup> nehmen auch als Regel an, dem Praeses der Provinz sey es nicht verboten gewesen, Geld zu borgen; allein wer ihm Geld geliehen habe, in der Meinung, ihn durch diesen Geldvorschuß verbindlich zu machen, und nun durch denselben Alles nach seiner Willkühr durchsetzen zu können, sey mit dem Exilium bestraft worden. Dies sey der Sinn der L. 16. Cod. Allein die richtigste Erklärung scheint wohl die des Emund Merillius<sup>55)</sup> zu seyn, welcher sagt: In dicta L. 16. prohiberi iudici foenebrem pecuniam dari ab eo, qui in ea provincia versatur, quam iudex administrat; ne ita, obaerato sibi Praeside, per eum leges, iura, atque Provinciam nundinetur. Non prohibetur foenebrem pecuniam dare iudici is, qui in provincia non versatur, sed is solum, qui in provincia versatur. Van Idsinga<sup>56)</sup> hat zwar Verschiedenes gegen diese Erklärung einzuwenden gesucht, er setzt ihr besonders die Auctorität der Basiliken und des Harmenopulus entgegen. Allein Prins<sup>57)</sup> hat die Merilliusische Erklärung vollkommen gerechtfertiget. Ob nun wohl die angeführten Gesetzstellen sich offenbar auf das Verhältniß beziehen, in welchem ein römischer Prä-

52) Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. 4.

53) Exercitat. ad L. Pand. Libros. Disputat. XXIV. Th. 15.

54) Thesium controversar. Decad. XXXVI. Th. 2.

55) Observation. Lib. I. cap. 30.

56) Disputat. de mutuo. Cap. VII. §. 7. sqq. Man sehe auch PÜTTMANNI Varia iur. civ. capita. Cap. 5.

57) Specim. de iis, quae sunt singularia in mutuo. Cap. IV. §. 2.

Präses zu den Provinzialen stand, dergleichen heutiges Tages nicht mehr Statt finden kann; so stellen doch die meisten Rechtsgelehrten <sup>58)</sup> mit Beziehung auf die L. 16. C. den Grundsatz auf, daß es keinem Richter erlaubt sey, von den Parthenen Geld zu borgen, so lange der Proceß nicht entschieden ist.

b) Auch solchen Personen, die noch unter väterlicher Gewalt stehen, soll kein baares Geld ohne Einwilligung des Vaters geliehen werden. Das Senatusconsultum Macedonianum versagt dem Gläubiger die Klage, und giebt dagegen eine Einrede, mit welcher sich sowohl der Vater als der Sohn, ja auch sogar der Bürge gegen die Klage des Gläubigers schützen kann. Justinian sagt §. 7. I. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est.* Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dare eis, qui in potestate parentis sunt: et ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium, filiamve, nepotem neptemve, — quam adversus patrem avumve. Quae ideo Senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditorum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur. Es wird davon Lib. XIV. Tit. 6. ausführlicher gehandelt werden.

c) Soldaten können zwar nach dem gemelnen Rechte gültige Darlehne aufnehmen, und es kommt in Ansehung derselben nicht einmal darauf an, ob sie noch unter väterlicher

58) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. II. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. PACIUS *Ενωρισθαιων* s. Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 75. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1867.



der Gewalt sind, oder nicht. Das Darlehn, was ein *filiusfamilias miles* aufgenommen hat, ist gültig, der Vater mag seine Einwilligung dazu gegeben haben, oder nicht. Er soll zur Wiederbezahlung desselben ohne Unterschied verbunden seyn, es sey ihm dargeliehen oder verwendet worden, zu welchem Zweck es wolle, theils weil überhaupt der *filiusfamilias*, welcher Soldat ist, als *homo sui iuris* betrachtet wird, theils weil bey jedem Soldaten vermuthet werden soll, daß das Geld zum Zweck der *causae castrensis*, das ist, zum Behuf der Kriegsbedürfnisse, aufgenommen, und verwandt sey. Es gehört hierher die merkwürdige Verordnung des Kaisers Justinian *L. 7. §. 1. Cod. ad Senatuscons. Macedon.* wo es heißt: *Sin autem miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato, sive consensu, vel voluntate, vel ratihabitione patris, stare oportet contractum: nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, vel ubi consumtae sint? In pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt: et ex praesumptione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere et expendere, nisi in causas castrenses<sup>59)</sup>.* Nur darin

59) Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Th. Bed. 125. behauptet zwar, daß diese Vermuthung zu Friedenszeiten bey den meisten Soldaten keinen Platz finden werde, und daß daher die *exceptio SCti Macedoniani* Statt finde, wenn die geliebten Selber zur Anschaffung der Kriegsgeräthschaft wirklich nicht gebraucht seyn könnten. Denn die *evidentia rei* entkräfte die stärksten Vermuthungen. Allein daß diese restrictive Auslegung dem Geist des Gesetzes ganz entgegenstreite, hat THIBAUT in der

darin begünstigen die Befehle Soldaten mehr, als andere Schuldner, daß der Gläubiger sich an seine Besoldung oder andere Dienstinkünfte nicht halten kann, solange noch anderes Vermögen vorhanden ist, woraus der Gläubiger seine Befriedigung erhalten kann<sup>60</sup>). Allein nach mehreren deutschen Provinzialgesetzen können Soldaten ohne Einwilligung des Chefs oder Commandeurs keine gültige Darlehne aufnehmen<sup>61</sup>). Endlich

d) können nach deutschen Rechten auch Frauenspersonen an den Orten, wo die Geschlechtscuratel eingeführt ist, nicht ohne Zuziehung und Einwilligung ihres Curators durch Darlehn sich verbindlich machen; so wie auch Ehefrauen, welche in einer allgemeinen Gütergemeinschaft leben, nicht ohne Einwilligung ihrer Ehemänner Schulden machen können, welche für die Gütergemeinschaft verbindlich sind<sup>62</sup>). Nach gemelnen Rechten hingegen können

Frauens-

der Theorie der logischen Auslegung des Roem. Rechts. §. 25. S. 109. ff. sehr gründlich gezeigt. Auch die Praxis macht zwischen Kriegs- und Friedenszeiten keinen Unterschied. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCLX. medit. 6. und Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. XXXVIII.

60) L. 4. Cod. de execut. rei iudic. C. 10. Ad. Theoph. KIND Quaestion. forens Tom. III. cap. 56.

61) Man sehe z. B. das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 678. ff. und das Ehursächs. Mandat, die Abstellung des Schuldenmachens bey der Armee betreffend vom 5. Apr. 1783. u. a. m.

62) S. Benj. Fried. Pfizers Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Santprozeß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 65. und 75. Danz Handbuch des heutigen

gen

Frauenspersonen, sofern sie sich durch Vertrag verbindlich machen können, auch gültige Darlehne aufnehmen<sup>63</sup>). Es kommt auch einer Frauensperson der Regel nach der Einwand nicht zu statten, daß sie das Geld nicht für sich, sondern für einen Andern entlehnt habe, sofern sie dieses nicht gleich Anfangs bey der Aufnahme des Darlehns dem Gläubiger ausdrücklich erklärt hat, und dieser also gewußt hat, daß sie eine fremde Schuldverbindlichkeit übernehme. Denn in diesem Falle kommt das Senatusconsultum Vellejanum zur Anwendung<sup>64</sup>). Folgende Geschstellen setzen dieses außer Zweifel.

*L. 11. D. ad Scrum Vellejan.* Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit; alii creditura, non est locus Senatusconsulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint.

*L. 12. D. eodem.* Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere.

*L. 2. C. eodem.* Frustra Senatusconsulti exceptione, quod de intercessionibus feminarum factum est, uti tentasti: quoniam principaliter ipsa debitrice fuit: eius enim Senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem eius intercessit.

*L. 13. Cod. eodem.* Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est: sive tota quantitas foenoris,

gen deutschen Privatrechts 6. Band §. 606. S. 413. und Joh. Wilh. Neuf Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft (Düsseldorf 1808.) §. 55.

63) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCII. medit. 15.

64) S. Christoph. Lud. CRELL Diss. de mutuo foeminae, aliis crediturae, dato. Vitembergae 1738.

noris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adjuvaris: licet creditor causam contractus non ignoravit.

Hat eine Frau mit ihrem Ehemann zugleich eine Schuldverschreibung ausgestellt, worinn beide sich als Schuldner bekennen, so behaupten zwar viele Rechtsgelehrten<sup>65)</sup>, daß die Frau anders nicht als Schuldnerin verbunden sey, als wenn der Gläubiger die Verwendung des dargeliehenen Geldes zum Nutzen der Ehefrau beweist, weil man im Zweifel immer vermuthen müsse, daß der Ehemann der eigentliche Schuldner, die Frau aber nur als Bürgin beigetreten sey. Allein andere<sup>66)</sup> haben dagegen aus bessern Gründen gezeigt, daß vielmehr die Ehefrau im Zweifel zu ihrem Antheil hafte<sup>67)</sup>. Ich werde dieses in Tit. ad SCtum Vellejanum noch näher zeigen. Hat hingegen die Ehe-

65) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. Struben rechtliche Bedenken Th. 1. Bed. 76. Schmidts öffentliche Rechtsprüche Sect. II. Nr. 33. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. I. Th. Nr. 10. de coccej iur. civ. controv. Lib. XVI. Tit. 1. Qu. 6. Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann u. Günther. IV. Th. Nr. 10. Smelin von Aufträgen über Verträge §. 88. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4141. u. a. m.

66) I. H. BOEHMER in Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. III. §. 3. Io. Ernst. Bern. EMMINGHAUS in Diss. de femina, mutuum contrahente, beneficiorum muliebrium experte praef. Car. Frid. WALCHIO def. Ienae 1778. und Idem ad Coccejum c. 1. Qu. 6. not. i. Weber's Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 2. Rot. 3. a. E. S. 20. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts II. B. §. 946. a. E.

67) L. 17. L. 27. D. ad SCtum Vellejan.

Ehefrau die Schuldverschreibung allein und in ihrem Namen ausgestellt, und der Ehemann hat sie blos unterschrieben, so ist sie als Hauptschuldnerin anzusehen, und im Zweifel anzunehmen, daß der Mann blos als gesetzlicher Curator seiner Ehefrau, wenn nämlich an dem Orte die Geschlechts-Curatel eingeführt ist, oder als Bürge unterschrieben habe<sup>68)</sup>.

## §. 783.

Verbindlichkeit des Schuldners aus dem Darlehn, besonders von Wiederbezahlung eines Gelddarlehns bey entstandener Münzveränderung.

Der Schuldner ist nun nach der Natur des Darlehns verbunden, eben soviel, als er erhalten hat, der Gattung, Qualität und Quantität nach wieder zu erstatten. Der Gläubiger muß also

1) eben soviel wieder zurückerhalten, als er dargeliehen hat, nicht mehr, noch weniger. Es kann zwar durch Vertrag ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger zurückgeben soll, als er empfangen hat, denn hier ist dem Schuldner der Ueberrest erlassen. Allein der Vertrag, daß er mehr restituiren soll, als er erhalten hat, ist nach dem röm. Recht ganz ungültig. Es gehören hierher folgende Gesetstellen.

L. II. §. I. D. b. t. Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas: *Proculus* ait, et recte, non amplius te ipso iure debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat *Proculus*, amplius, quam decem, condici non posse.

L. 17.

68) *Car. Ferd. HOMMEL* Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 554 pag. 211.

L. 17. pr. D. de pactis. Si tibi decem dem, et paciscar, ut viginti mihi debeantur: non nascitur obligatio ultra decem. *Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

Heutzutage wird jedoch ein solcher Vertrag für verbindlich gehalten, sofern kein unerlaubter Zinswucher darin enthalten ist <sup>69)</sup>).

2) Es muß eine Sache von derselben Gattung wiedergegeben werden, als der Schuldner erhalten hat, also nicht Wein statt des Getraides, auch nicht Gerste statt des geliehenen Korns. Es folgt dies auch schon daraus, weil man dem Gläubiger nicht wider seinen Willen etwas Anders aufdringen kann, als er zu fordern hat. Wäre abgeredet worden, daß eine andere Art von Sachen zurückgegeben werden solle, so ist dies Geschäft für kein Darlehn zu halten. Paulus sagt ausdrücklich L. 2. pr. D. b. t. Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, sed *idem genus*: nam si aliud genus, veluti, ut pro tritico vinum recipiamus, *non erit mutuum*. Wenn jedoch Geld der Gegenstand des Darlehns ist, so kommt es bey der Wiederbezahlung desselben nicht gerade auf eine gewisse Geldsorte an, sondern es kann das Capital auch in andern gleich guten und gangbaren Münzen wieder zurückgezahlt werden, als in welchen der Schuldner solches erhalten hat. Denn bey dem Gelddarlehn sieht man nur darauf, daß eine dem Werthe nach gleiche Summe wiederbezahlt werde. Papinian sagt: L. 94. §. 1. D. de Solut. In pecunia non corpora cogitamus, sed *quantita-*

69) E. Höpfner's Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 768. Nr. 5.

titatem; und Pomponius erfordert L. 80. D. eodem bey Wiederbezahlung eines Gelddarlehns ausdrücklich nur dieß, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Es hat daher auch keinen Zweifel, daß, statt des dargeliehenen Goldes, das Capital in Silbergelde, jedoch mit Vergütung des Agio, zurückgezahlt werden kann<sup>70</sup>), sofern nicht in den Contract ausdrücklich festgesetzt worden ist, daß das Capital in derselbigen Münzsorte, in welcher der Schuldner solches erhalten hat, wieder bezahlt werden solle<sup>71</sup>). Sollten jedoch die nämlichen Münzsorten nicht mehr zu haben seyn, so muß sich der Gläubiger auch in diesem Falle die Bezahlung in andern Sorten mit verhältnißmäßiger Vergütung des Werths gefallen lassen<sup>72</sup>). Mit Recht sagt daher Seneca<sup>73</sup>): *Cum omnis solutio non idem reddat, sed tantundem, pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos.* Es wird jedoch billig vorausgesetzt, daß der Gläubiger keinen erweislichen Schaden dabey leide,

daß

70) L. 65. §. 1. D. de Verb. obligat. L. 159. D. de Verb. Signific. VOZT Commentar. ad Pand. h. t. §. 23. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 41. Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 10. PÜTTMANN Miscellaneor. ad ius pertinent. Specim. IV. Cap. 12. und Joh. Lud. Schmidts Abhandlung von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. Jena 1782. 4. §. 135.

71) CARPZOV iurisprud. for. P. II. Const. XXIX. Def. 4. und Schmidts angef. Abhandl. §. 133.

72) Arg. L. 71. §. 3. D. de legat. I. S. LEYSERI Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 21. und Schmidts angef. Abhandlung §. 139.

73) De Benefic. Lib. VI. cap. 5.

daß er nicht dieselbe Münzsorte zurückerhält<sup>74)</sup>. Dies würde z. B. der Fall seyn, wenn der Gläubiger das Geld an dem Orte, wo er wohnt, nicht leicht wieder anbringen kann, oder wenn ihm zuviel kleine Münze gegeben wird<sup>75)</sup>.

In

74) L. 99. D. de Solut. PAULUS respondit: creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus est. So liest HALOANDER, BAUDOUA, und die Vulgata. Die Florentine hingegen hat, statt Creditorem, Debitorem; und diese Lesart suchen besonders CORN. VAN BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 9. IO. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 99. cit. p. 483. IO. GUIL. MARCKART Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. II. pag. 150. sq. und PÜTTMANN Miscellaneor. ad ius pertinent. Spec. IV. cap. 12. zu vertheidigen. Allein die gemeine Lesart verdient unstreitig den Vorzug. Sie ist nicht nur der Natur der Sache gemäßer, sondern hat auch die Auctorität der Basiliken Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 5. pag. 169 für sich, wie IAC. CUIACIUS in Comm. ad L. 59. D. de Verbor. obligat. et ad Pauli Responsa Lib. IV. ad L. 99. D. de Solut. Franc. HOTOMANUS Quaestion. illustr. Qu. 15. IO. LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. Obs. 101. (in EV. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 1525) IO. VOET in Commentar. h. t. §. 23. ANTSCHULTING Thesum controversar. Decad. XXXVI. Th. 7. POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. LXII. Not. 2. pag. 362. und CAR. FRID. WALCH Introduct. in Controvers. iuris civ. pag. 511. Not. \*) gezeigt haben. Daß die Namen debitor und creditor mit einander verwechselt worden sind, ist nicht ohne Beispiel. Man sehe z. B. L. 8. D. de tutel. Man findet dies sogar in deutschen Urkunden, daß die Namen Schuldner und Gläubiger zuweilen verwechselt worden sind, wie SPieß in den archivischen Nebenarbeiten I. Th. S. 104. u. 2. Th. in der Vorrede aus Beispielen gezeigt hat.

75) S. SCHMIDT a. a. D. §. 134.



In dieser Hinsicht verordnen die Gesetze, daß derjenige, welcher ein Capital zu bezahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Münze zur Zahlung bringen solle <sup>76)</sup>.

3) Die Wiedererstattung muß endlich auch mit Sachen von der selben Güte geschehen, von welcher die empfangenen waren. Daher darf z. B. statt des erhaltenen alten Weins nicht junger Wein gegeben werden. Dies bringt die Natur des Contracts mit sich, wenn gleich deshalb keine ausdrückliche Verabredung geschehen ist. Pomponius sagt dieses deutlich *L. 3. D. b. t.* wo es heißt: *Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequè bonum nobis redderetur, non licet debitori deterio rem, quae ex eodem genere sit, reddere: veluti, vinum novum pro veterè. Nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est. Id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis, et eadem bonitate solvatur, quod datum sit.*

Ob auch bey der Wiederbezahlung eines Gelddarlehens auf den innern Gehalt und Güte der Münzen, in welchen der Schuldner dasselbe erhalten hat, oder nur auf den

E 2

äußern

76) Reichsabschied vom Jahre 1576. §. 76. Diese gesetzlich bestimmte Summe beträgt 44  $\frac{2}{3}$  fl. nach dem 24 Guldenfuß. S. HUFELANDS Lehrbuch des Civilrechts §. 549. Not. a. S. 224. Es ist jedoch die gedachte Verordnung in einem neuern Münzreß der 3 correspondirenden Kreise im Jahre 1705 zu Regensburg dahin abgeändert worden, daß wenn sich die Forderungen über 100 fl. belaufen würden, der Gläubiger an Scheidemünze mehr nicht, als den zwanzigsten Theil, anzunehmen schuldig seyn solle. S. SCHMIDTS Abhandl. von den Münzsorten. §. 136.

äußern Werth und Cours zu sehen sey, welcher zur Zeit der Wiederbezahlung Statt findet? ist, besonders im Falle einer unterdessen entstandenen Münzveränderung, eine eben so wichtige, als streitige Rechtsfrage. Viele berühmte Rechtsgelehrten<sup>77)</sup> sind der Meinung, daß gerade darin ein Gelddarlehn sich von einem Darlehn anderer fungibler Sachen unterscheide, daß bey jenem bloß der äußerliche Werth, der den Münzen vom Staate bengelegt ist, ohne Rücksicht auf deren Güte, welche blos relativ sey, und von den jedesmaligen Umständen abhängt, den eigentlichen Gegenstand des Darlehns ausmache. Der Schuldner thae daher seiner Verbindlichkeit ein Genüge, wenn er die entlehnte Summe nach dem Werthe der zur Zeit der Wiederbezahlung cursirenden Münzen abträgt. Dahingegen komme es bey einem Darlehn anderer fungiblen Sachen auf deren physische Qualität und Quantität an. Nur hier müsse eine Sache von derselben Art und Güte restituirt werden, als der Schuldner erhalten hat, weil sonst der Gläubiger nicht soviel wiederbekommen würde, als er dargelie-

hen

77) *Io. VOLT* Comm. ad Pand. h. t. §. 24. *Ios. AVERANIUS* Interpretat. iuris Lib. III. cap. 11. et 12. *Balth. BRANCHU* Observation. iur. Rom. Decad. II. Cap. 14. *Sam. de CUCCEJI* iur. civ. contro. Lib. XLVI. Tit. 3. Qu. 5. *Io. Ge. ESTOR* in Comment. de permissio et vetito collybo, quem Agio vocant, praesertim in antiquioribus debitis retribuendis, iure civ. haud concessio. *Marburgi 1754 et rec. 1755.* 4. Cap. 14. *Ge. Sam. MADIHN* Diss. sistens causam debitoris circa pecuniae solutionem, mutato post contractum nummorum valore. *Halae 1762.* *Iust. Bened. FERBER* Diss. de numero, non pondere, spectando in materia signata praef. *Frid. Gottl. ZOLLER.* *Lipsiae 1766.* *Ge. Ios. WEDEKIND* Diss. de restitutione mutui casu valoris monetae immutati. *Heidelbergae 1767.*

hen hat, und blos von diesem Falle rede Pomponius L. 3. D. b. t. Daß es bey dem Gelde nicht auf die Substanz und Materie, sondern blos auf die Form und den äußerlichen Werth ankomme, lehre Paulus, wenn er L. 1. pr. D. de contrab. emt. vom Gelde sagt: *electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.* Allein erwägt man, daß der äußere Werth des Geldes eigentlich eine bloße Bestimmung von dessen innerer Güte seyn soll; bedenkt man ferner, daß nach dieser inneren Güte des Geldes der Werth aller andern schätzbaren Sachen bestimmt wird; lehrt endlich die Erfahrung aller Zeiten, daß der Gehalt der Münzen auf den Preis der Waaren den wichtigsten Einfluß hat, und daher die Waaren um desto theurer sind, je schlechter der Gehalt der Münzen ist; so kann wohl Niemand im Ernst behaupten, daß der Gläubiger tantundem pecuniae wieder erhalte, als er dargeliehen hat, wie er doch nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze<sup>78)</sup> zurückhalten soll, wenn ihm das Capital, was er in gutem Gelde dargeliehen hat, in den zur Zeit der Wiederbezahlung cursirenden schlechten Münzen zurückbezahlt wird, in welchen der Gläubiger z. B. nun für eine Sache 3 fl. bezahlen muß, die der Schuldner mit dem ihm geliehenen guten Gelde für 1 fl. kaufen konnte. Nein, nur dann wird dem Gläubiger tantundem pecuniae nach Vorschrift der Gesetze restituirt, wenn er

78) L. 80. pr. D. de Solut. *Cum mutuum dedimus, retro pecuniae tantundem solvi debet.*

für das Geld, welches ihm wiederbezahlt worden ist, eben so viel und eben so gute Waaren kaufen kann, als der Schuldner für das ihm dargeliehene Geld kaufen konnte<sup>79)</sup>. Daß aber auch die Gesetze selbst nicht blos auf den äußern Werth des Geldes, sondern auch auf Substanz und Gewicht gesehen wissen wollen, lehrt

1) *L. I. Cod. de veteris numismat. potest.* worin die Kr. Valentinian und Valens verordnen: *Solidos veterum Principum veneratione formatos ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus iubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo ut debiti ponderis sint, et speciei probae.*

2) *Novella Leonis 52.* Sancimus, ut numismatis omne genus, quod quidem formam, materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat, sive vetustioris cuiuspiam Principis, sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur, et in republica tractetur.

3) Insonderheit aber haben auch die deutschen Reichsgesetze eingeschärft, daß das Geld nach seinem innern Werthe solle ausgemünzt werden, wovon der Reichsabschied zu  
Augs.

79) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Dan. TITII Diss. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione, praesertim in mutuo. Wittebergae 1763.* Dieser sagt pag. 8. *Si dicendum, quod res est, tantundem pecuniae restituitur, quando pro pecunia restituta coemere easdem merces et aequae bonas, quas pro mutuata, possam: sive quando pecunia reddita ad omnis generis mercimonia eandem habet pretii proportionem, quam mutuo accepta habebat: mercium pretiis propter maiorem aut usum aut raritatem ab tempore inde contractus vix, ac ne vix quidem mutatis.*

Augsburg vom Jahr 1551. §. 36. des Krs Ferdinand I. neue Münzordnung vom Jahr 1559 und der Reichsabschied vom J. 1570 §. 132. die unwiderleglichsten Beweise enthalten. Hiermit steht nun auch

4) die oben angeführte *L. i. pr. D. de contrab. emt.* in keinem Widerspruche, sondern es wird darin nur soviel gesagt, daß das Geld nicht sowohl durch seine Substanz und Materie, sofern diese in Metall besteht, als vielmehr durch seine Form, welche ihm durch das Gepräge gegeben wird, einen bestimmten öffentlichen Werth erhalte, und in dieser Eigenschaft zum allgemeinen und beständigen Maasstab des Sachenwerths angenommen sey. Hieraus folgt nun aber von selbst, daß das Geld im Handel und Verkehr nur in soweit als Schätzungsmittel angenommen werden kann, als der äußere Werth der Münze, welcher durch das öffentliche Gepräge versichert ist, der innern Güte derselben wirklich entspricht. Joh. Lud. Schmid<sup>80)</sup>, Joh. Theoph. Seger<sup>81)</sup>, und Florian Aug. Reichel<sup>82)</sup> haben dies alles gründlich ausgeführt.

Andere Rechtsgelahrten<sup>83)</sup> machen daher bey der Frage, in welcher Münzsorte eine Geldschuld zurückbezahlt

E 4

wer,

80) Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 55. u. 56.

81) *Diss. de mutato valore monetæ in solutionibus aestimando. Lipsiæ 1763. Cap. I. (in Opuscul. Vol I. Nr. IV. pag. 142. sq.)*

82) *Diss. de numero et pondere in nummis aestimando. Lipsiæ 1777.*

83) *Arn. VINNIUS in Comm. ad princ. Institut. Quib. mod. re contrah. obligat. nr. II. Ant. SCHULTING Thesium controvers. Dec. XXXVI. Thes. §. et 9. STRUV Exerc. XVI. Th. 30 et 31. n. a. m.*

werden müsse? einen Unterschied, ob der innere Werth und Gehalt der Münzen oder der äußere Werth derselben verändert worden sey. In dem ersten Falle, sagen sie, sey auf die Zeit des Contracts zu sehen, und weder der Gläubiger sey schlechtere Münzen anzunehmen, noch der Schuldner in besseren Münzen zu bezahlen schuldig, als in welchen das Darlehn gegeben worden ist. In dem letztern Falle hingegen geschehe die Wiederbezahlung des Capitals in dem Werthe, den die Münzen jetzt zur Zeit der Heimzahlung haben. Allein schon Voet<sup>84)</sup> hat gegen diesen Unterschied die sehr gründliche Erinnerung gemacht, daß in beyden Fällen der nämliche Grund vorhanden sey, die Münzveränderung betreffe den innern oder äußern Werth des Geldes, denn in dem einen, wie in dem andern Falle werden sich in gleichem Verhältniß auch die Preise der Dinge ändern, und diese entweder steigen oder fallen. Noch andere<sup>85)</sup> behaupten, daß es bey Entscheidung der aufgeworfenen Frage darauf ankomme, ob die Münzveränderung allgemein sey, so daß ein ganz neuer Münzfuß eingeführt worden, oder ob nur die eine oder die andere Münzsorte ihren Werth verändert habe. Im ersten Falle sey auf die Zeit des geschlossenen Contracts Rücksicht zu nehmen, und der Schuldner bezahle daher das Capital in dem Münzfuße wieder, worin er es bekommen hat. In dem letztern Falle hingegen sey blos auf die Zeit der

84) Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

85) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 15. sqq. Schmidt in der Abb. von den Münzsorten u. §. 55. i. §. 158. und ff. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 768.

der Zahlung zu sehen, es möge die Veränderung den äußern oder innern Werth betroffen haben, weil Particularmünzveränderungen keine Aenderung in den Preisen der Dinge verursachten, sondern nur das Verhältniß einzelner Münzsorten zu den übrigen betrafen.

Die meisten Rechtsgelehrten<sup>86)</sup> nehmen endlich ohne Unterschied zum Grundsatz an, daß bey einer entstandenen Münzveränderung allemal auf die Zeit des geschlossenen Contracts gesehen werden müsse, der Schuldner bezahle also das Capital in demjenigen, sowohl inneren als äußeren Werth wieder, in welchem er solches empfangen hat.

So

86) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 33. *Io. Ortwin.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Pand. h. t. §. 43. *Christ. Frid. Imm.* SCHORCH Proluf. de eo, quod iustum est in reddendo mutuo in casu, si monetae mutatio medio tempore facta est. *Erfordiae 1761.* 4. *St r u b e n* rechtliche Bedenken 2. Th. *Bd.* 22. 3. Th. *Bd.* 2. *Io. Sam. Frid.* de BOEHMER Diss. de solutione debiti pecuniarii mutata monetae bonitate intrinseca ex tempore natae obligationis aestimanda. *Francof. ad Viadr. 1762.* *Io. Phil.* SLEVOGT Commentat. de rei numariae mutatione et augmento. *Ienae 1742.* *Henr. Melch.* SCHÜTTE Diss. de eo, quod iustum est circa restitutionem mutui, mutata monetae bonitate. *Erfordiae 1738.* von *Erützschler* Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Th. 4. Hauptabth. 1. Hptst. §. 14. *Gmelin* von Aufsätzen über Verträge §. 30. *Georg Jacob Fried. Meister* in den pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 1. Band Bemerk. XIX. *Iust. Claproth's* Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 176. *Io. Th.* SEGER Diss. de mutato valore monetae in solutionibus aestimando. *Lipsiae 1763.* *MALBLANC* Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. *HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1871. u. a. m.

So verschieden sind also die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage, wie ein Geldanlehn im Fall einer erfolgten Münzveränderung wieder zu bezahlen sey? Vor allen Dingen hat man aber bey Entscheidung dieser Frage darauf zu sehen,

I. ob durch Verträge etwas Bestimmtes über diesen Punct unter den Parthejen festgesetzt worden ist. Eine solche Uebereinkunft ist dann als ein Gesetz unter den Contrahenten anzusehen, wornach sich beyde Theile müssen beurtheilen lassen. *Nam pacta dant legem contractui* <sup>87)</sup>. Es darf nur kein unerlaubter Wucher darunter verborgen seyn. Dies würde z. B. der Fall seyn, wenn das Capital in geringen Silbermünzen dargeliehen worden ist, und der Gläubiger sich hätte versprechen lassen, daß es ihm in Golde wiederbezahlt werden solle <sup>88)</sup>. Keinesweges aber ist der Vertrag für unerlaubt zu halten, wodurch, ohne die gegebene Münzsorte zu bestimmen, ausbedungen worden ist, daß die Rückzahlung des Anlehns in einer zur Zeit derselben gangbaren Münze geschehen solle. Hier muß der Schuldner das Capital in dem zur Zeit der Heimzahlung cursirenden Gelde abtragen, und der Gläubiger solches in dem Werthe, den es jetzt hat, annehmen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob es von bessern oder schlechtern innern Gehalt ist, als dasjenige, worin das Capital ist dargeliehen

87) L. 23. D. de Reg. iur.

88) S. Kaisers Rudolphs II. Policeyordn. vom Jahr 1577. Tit. 17. §. 4. S. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten u. §. 166. Not. f. S. 240.



geliehen worden<sup>89)</sup>. Mehrere Rechtsgelehrten<sup>90)</sup> sind zwar der Meinung, daß auch bey diesem Vertrage auf die zur Zeit des contrahirten Anlehns beschaffen gewesene Münzgattung Rücksicht zu nehmen, und folglich an der jetzt gangbaren Münze soviel wieder zu bezahlen sey, als dem innerlichen Werthe nach dazu gehört, daß der Gläubiger eben soviel wieder bekomme, als er gegeben hat. Allein richtiger ist wohl die Meinung derjenigen<sup>91)</sup>, welche behaupten, daß in dem bemerkten Falle ein Vertrag auf Gewinn und Verlust eingegangen werde, in welchem von beyden Seiten die Erklärung liegt, daß man auf den innern Gehalt der zum Anlehn gegebenen Münze keine Rücksicht nehmen, sondern es dem Zufall überlassen wolle, wer dabey gewinnen oder verlieren werde. Auf keine Weise darf jedoch auch in diesem Falle die Rückzahlung in solchen schlechten Münzsorten geschehen, welche in schlimmen Zeitaläufen mehr geduldet, als öffentlich gebilliget werden, und meistens um die Hälfte weniger innerlichen Werth haben, als sie haben sollen<sup>92)</sup>. Sollte die wahre Absicht der Contra-

89) S. Schmidts angeführte Abhandlung §. 165. Man vergleiche jedoch vorzüglich Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bd. 63.

90) Man sehe hier besonders *Christ. Nic. SCHLICHTERULL* Diss. de obligatione debitoris solutionem promittentis in moneta tempore solutionis recepta, praeprimis suborta mutatione monetae. *Gryphiswaldiae* 1766. §. 11. sqq. und *Io. Dan. TITIVS* in Diss. de pecuniae deterioris atque melioris exaequatione praesertim in mutuo. *Vitemb.* 1763. pag. 15. sqq.

91) *RICHTER* Decis. LXXII. nr. 27. *LYNCKER* Decision. Ien. 115. et 133. *Gmelin* von Aufträgen über Verträge §. 30. S. 48.

92) S. *Gmelin* a. a. D. §. 30. S. 49.

trahenten zweifelhaft seyn, so würde diejenige Auslegung billig den Vorzug verdienen, welche der Natur des Anlehns am gemähesten ist, folglich der Vertrag im Zweifel so auszulegen seyn, daß der Gläubiger eben soviel von gleicher Güte wieder erhalte, als er dem Schuldner dargeliehen hat<sup>93)</sup>. Zuweilen wird auch die Anzahl und Gattung der Münzen, in welchen das angelehnte Geld gegeben worden, in der Schuldverschreibung benannt, und ausgemacht, daß die Schuld in einer gleichen Zahl von Geldstücken, die von derselben Gattung und Güte sind, wiederbezahlt werden solle. Hier bleibt es dann bey dem Vertrage, und es kommt nicht darauf an, ob diese Geldsorte in ihrem äußerlichen Werth gestiegen oder gefallen ist. Z. E. das Darlehn besteht in 100 vollwichtigen Stücken Friedrichsd'or, und der Schuldner verspricht eben soviel Stück von gleichem Schalt zurückzuzahlen<sup>94)</sup>. Auf jeden Fall ist es jedoch als eine nöthige Vorsicht zu empfehlen, die Münzsorte und deren Werth, in welchem das Capital ausgeliehen worden, und die künftige Wiederbezahlung geschehen soll, in der Schuldverschreibung deutlich zu bestimmen, wodurch auf den Fall einer etwa erfolgenden Münzveränderung viel Streit verhütet werden kann. Z. B. 1200 fl. in 500 Conventions Thalern sollen in gleicher Münzgattung wiederbezahlt werden.

II. In Ermangelung solcher Verträge ist auf die besondern gesetzlichen Bestimmungen, welche hierüber vorhan-

han

93) BOEHMER cit. Diff. de solutione debiti pecuniarii, §. 17. und Schmidt in der angef. Abhandl. von den Münzsorten u. §. 167.

94) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1871. N. II. lit. A. und Höpfners Commentar. §. 768. Nr. 7. lit. a.

handen sind, Rücksicht zu nehmen. Dahin gehören die verschiedenen Münzedicte eines jeden Landes<sup>95)</sup>, oder was sonst darüber in den besondern Landrechten verordnet worden ist<sup>96)</sup>.

III. Ist die Frage weder aus Verträgen, noch aus den darüber vorhandenen besondern gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden, so muß sie nach allgemeinen Grundsätzen, welche theils die Natur des Darlehns, theils der Begriff und die eigentliche Beschaffenheit des Geldes oder geprägten Metalls an die Hand giebt, entschieden werden. Erwägt man nun

IV. die Natur des Darlehns, und die darüber in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen, so ergiebt sich daraus, daß der Schuldner dasjenige, was er empfangen hat, durch eben soviel von eben der Art und Güte, als er erhalten, dem Gläubiger wieder erstatten muß. Außer den bereits oben angeführten klaren Gesetzstellen, L. 3. D. b. t. und L. 80. D. de Solut. beweist dies auch insonderheit die Stelle im *Princip. Instit. Quib. mod. re contrab. obligat.* wo Justinian sagt: *Quoniam nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est.* Hieraus folgt nun wohl von selbst, daß, so wenig es dem Schuldner erlaubt ist, statt des zum Darlehn erhaltenen

95) Man s. z. B. das Edict des Churf. Johann Georg I. von Sachsen in Cod. Aug. T. II. p. 886. ferner das Churbraunschw. Münzedicte vom 21. April 1764. in Strubens rechtlichen Bedenken 3. Th. Bed. 2.

96) S. B. in dem Preussischen Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 778. ff. und im Code Napoleon Art. 1895.

haltenen guten und alten Weins, jungen und schlechtern zurückzugeben, er auch eben so wenig bei einem Gelddarlehn, statt des erhaltenen guten Geldes, in schlechten Münzsorten bezahlen dürfe. Er ist vielmehr nach der Natur des Contracts verbunden, nicht nur eine gleiche Summe, sondern auch eben dieselbe, wenn gleich nicht in den nämlichen Individuen, doch wenigstens in solchen Münzsorten wieder zu bezahlen, die den zum Darlehn empfangenen, dem Werth und der innern Güte nach, gleich sind. Denn wenn gleich Paulus in der hier durchaus entscheidenden Stelle der *L. 3. D. h. t.* vom Gelddarlehn nicht ausdrücklich redet, so leidet doch die Anwendung derselben auf das Gelddarlehn nicht den mindesten Zweifel, da dieser römische Jurist hier einen Grundsatz aufstellt, welchen die Natur des Contracts und die Absicht der Contrahenten nothwendig mit sich bringt. Er sagt nämlich: *in mutuo contrahendo id agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.* Es ist also wohl unläugbar, daß, nach der Natur des Darlehns und der Absicht der Contrahenten, die Zeit, wo der Contract geschlossen worden, als die einzige richtige Norm der zu leistenden Wiederbezahlung des angelehnten Geldes in jedem Falle angenommen werden müsse. Es kann dies auch um so weniger bezweifelt werden, da die Gesetze auch in andern Fällen auf den Anfang eines Rechtsgeschäfts, als den richtigsten Gesichtspunct, Rücksicht zu nehmen gebieten, um die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten darnach zu beurtheilen<sup>97)</sup>. Dies alles bestärkt noch  
 in

97) *L. 34. L. 144. D. de Reg. iur.* besonders *L. 8. pr. D. Mandati*, wo es heißt: *Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam.*

insonderheit eine wichtige Stelle des canonischen Rechts, welche hier einen vorzüglichen Platz verdient. Es ist das *cap. 26. X. de Censibus*, wo Pabst Gregor IX. auf folgende Art rescribirt: Cum canonicis maioris ecclesiae quandam summam pecuniae, pro pensione ecclesiae tuae debitam, aliquot annis persolveris, et iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solvi, tibi damus nostris litteris in mandatis, ut canonicos illos *solutione prioris pecuniae*, vel, si non sit in usu, *aestimatione pensionis antiquae* facias manere contentos. Verbindet man nun noch damit

V. den Begriff des Geldes, so wird man sich noch mehr überzeugen, daß vorzüglich der innere Werth, welchen die contractmäßig gezahlte Münzsorte zur Zeit des gegebenen Darlehns hatte, zum Maasstabe der Zahlung in der heutigen Münzsorte genommen werden muß. Unter Geld versteht man hier Metallmünze, deren Werth nach einer gewissen Quantität und Güte durch öffentliches Gepräge zu dem Ende versichert ist, daß es im Handel und Verkehr als allgemeines Schätzungsmittel angenommen werden solle<sup>98)</sup>. Man hat nun beim Geld Viererley zu unterscheiden.

1) Das Metall selbst, woraus die Münze geprägt worden ist. Dieses wird das Zeug, wie man in Münzstätten spricht, oder der Gehalt, oder das Korn der Münze genennt. Bey Silber, und Goldmünzen pflegt dieses nicht unvermischt zu seyn, sondern das Gold bekommt einen Zusatz von etwas Silber und Kupfer, zur Silbermünze

98) E. Schmidts angef. Abhandlung S. 39.

münze aber wird ein Theil Kupfer geschmolzen, und dies geschieht bey den kleinern Münzsorten mehr als bey den größern. Man nennt diese Vermischung des edlern Metalls mit einem Zusatz von geringern das Legiren, und das Verhältniß des edlern Metalls zum bengenischten schlechtern, oder zum Zusatz, den Gehalt der Münze oder Korn im eigentlichen Sinn.

2) Die Schwere der Münze, welche das Schroot oder Gewicht der Münze genennt wird. Die Handlung, wodurch das Schroot und Korn bey einer Münze in ein gewisses Verhältniß gebracht wird, heißt die Beschickung der Münze. Aus diesen beyden Stücken, dem Schroot und Korn, besteht der innere Werth oder Güte der Münze, welche dieselbe als geprägtes Metall hat. (*bonitas nummorum intrinseca*). Hiervon ist

3) der äußere Werth der Münze zu unterscheiden, *valor externus*, (s. *bonitas extrinseca*). Dieß ist der einer Münze beigelegte Preis, wie viel sie gilt. Man nennt diesen Werth auch die Würdigung, Würdigung oder Würderung der Münze. Dieser äußere Werth hängt ab von der Menge der Sachen, welche man für eine Münze kaufen kann, oder von der Summe, welche man bey der Auswechslung einer Münze in andern Münzsorten dafür bekommt. Einen solchen äußern Werth erhält nun eine Münze entweder

a) von dem Landes- und Münzherrn durch gesetzlich geltende Bestimmungen. Dies wird der äußere legale Werth, oder der landesherrliche Münzpreis, (*valor vere publicus*) genennt. Oder

b) durch

b) durch den Lauf der Handlung und Verkehr in Beziehung auf andere Münzsorten. Dies heißt der *Cours Preis*, (*valor quasi publicus*).

4) Der Münzfuß. Darunter versteht man die bestimmte Norm, welche beim Ausprägen des Geldes in Hinsicht des Schrootes und Kornes beobachtet wird. (*Modus monetae, pes monetalis*). Bey dem Münzfuße ist nun vorzüglich die äußere Güte nach der innern einzurichten. Der Stempel aller für den Umlauf geschlagenen Münzen hat auch eigentlich nichts anders zur Absicht, als eine öffentliche Beglaubigung, daß in der Münze dasjenige Quantum von Gold oder Silber enthalten sey, welches ihrem äußern Werth entspricht. Was für einen wichtigen Einfluß der Gehalt der Münze auf das *Commercium* habe, lehrt die tägliche Erfahrung. Denn so wie die innere Güte der Münzen von ihrem äußern Werthe differirt, eben so differirt auch der Preis der Waaren. Dieser steigt in eben dem Verhältniß, als die innere Güte der Münze von dem ihr beigelegten äußern Werthe unterschieden ist. Alles ganz natürlich. Denn die Münze soll ja das allgemeine Schätzungsmittel, oder der allgemeine Maasstab seyn, wornach man den Werth der Dinge abmißt. Der Kaufmann nimmt daher nicht, wie Pütter<sup>100)</sup> ganz richtig bemerkt, die im äußerlichen Gepräge angegebene Anzahl Gulden oder Thaler bey Bestimmung des Werths seiner Waare zum Maasstabe, sondern sieht nur darauf, wieviel an feinem Silber darin enthalten sey, als welches allein

100) Auserlesene Rechtsfälle 4. Bandes 2. Th. Resp. CCCLXXXIII. nr. 9.

den wahren innern Werth der Münze ausmacht. Man kann also mit einer Münze von schlechterem Gehalt nicht dasjenige erhandeln, was man mit einer Münze von besserer innerer Güte kaufen kann. Hieraus entsteht die Eintheilung der Münzen in gute und schlechte. Kommt nämlich der einer Münze begelegte äußere Werth dem innern, welchen sie von der Materie und Gewicht hat, gleich, so sagt man, es ist gute Münze, gutes Geld, (*moneta proba*); in dem entgegengesetzten Falle aber, es ist schlechte Münze, schlecht Geld: (*moneta reproba*). Je weniger also die innere Güte des Geldes seinem äußerlichen Werthe gleichkommt, desto schlechter ist auch das Geld.

VI. Ist nun eine Münzveränderung erfolgt, so lassen sich folgende Fälle unterscheiden.

1) Es ist eine gewisse Münzsorte ganz abgesetzt und verrufen. Hier darf der Schuldner in einer solchen Münzsorte keine Zahlung leisten, gesetzt auch, daß das Darlehn vor der Absetzung darin gegeben worden wäre<sup>1)</sup>. Der Grund ist, weil abgesetzte Münze nicht mehr als Geld zu betrachten ist. Nun ist Geld zum Darlehn gegeben worden, also muß auch geltende Münze wieder zurückbezahlt werden. Der Schuldner muß daher in einer solchen Münzsorte bezahlen, die zur Zahlungszeit gangbar ist, wobei denn aber freylich auf den Gehalt Rücksicht genommen werden muß, welchen die zur Zeit der entstandenen Schuld

aus,

1) L. 24. §. 1. D. de pignorat. act. Reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. DXXIX. medit. 18. Schmidt § angef. Abhandl. §. 58. g. C. 87. ff. vorzüglich §. 156. und Westphal's Rechtsgutachten Lib. 46. Tit. §. 4. C. 212.



ausgezählten oder gangbar gewesenen, nunmehr aber verurufenen Münzsorten gegen den Gehalt derjenigen Münzsorten verhältnißmäßig haben, die zur Zeit der Zahlung gelten, und in welchen die Zahlung bewirkt werden soll<sup>2)</sup>.

2) Die Münzsorten sind nur in ihrem Werthe verändert worden. Dann ist entweder

a) der innere Werth geändert, das heißt, die Münzen sind entweder in ihrer Materie, oder in ihrer Schwere, oder in beiden zugleich verändert worden, so daß entweder weniger oder schlechteres mit mehr Zusatz vermishtes Metall zur Münze genommen wird, oder umgekehrt. Hier lassen sich also zwei Fälle gedenken.

aa) Die Münzen sind in Ansehung ihres Gehalts seit dem geschlossenen Contract verbessert worden. Hier zahlt der Schuldner, wenn er in den neuern bessern Münzen das Capital abträgt, soviel weniger, als dieselben, gegen die empfangenen schlechtern Münzen, besser sind. Der Gläubiger erhält zwar hier an Stückzahl weniger zurück, als der Schuldner empfing, allein da der Gläubiger damit eben das ausrichten kann, was der Schuldner mit den empfangenen schlechtern Münzen ausrichten können; so bekommt er in der That eben soviel wieder zurück, als er zum Darlehn gegeben hat. Käme das Aglo nicht in Berechnung, so würde der Schuldner zuviel bezahlen, und der Gläubiger sich mit desselben Schaden unbilliger Weise bereichern. Wenn also auch z. B. die dem Schuldner in schlech-

2) S. Pütter's auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decif. LXII. nr. 6. S. 541. und Schmidts angef. Abhandl. S. 159.

tem Gelde dargeliehenen 100 Thaler in den neuen bessern Münzen um ein Drittel oder wohl gar um die Hälfte an Stückzahl weniger betragen sollte, so muß sich doch der Gläubiger damit begnügen<sup>3)</sup>.

bb) Die Münzen sind zur Zeit der Wiederbezahlung der Schuld von schlechterem Gehalt. Hier muß der Schuldner, wenn er in dem neuen schlechtern Gelde die Schuld bezahlen will, dem Gläubiger den Abgang am innern Werth vergüten, und daher soviel mehr geben, als die neue Münze schlechter ist, denn diejenige, in welcher er das Darlehn empfing, oder er muß in andern Münzsorten, welche in ihrer innern Güte den dargeliehenen gleichkommen, das Capital abtragen, weil sonst der Gläubiger weniger wiederbekommen würde, als er dem Schuldner geliehen hat<sup>4)</sup>.

b) Es hat sich blos der äußere Werth der dargeliehenen Münzsorten, ohne Veränderung der innerlichen Güte derselben, geändert. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken.

aa) Der äußere Werth der dargeliehenen Münzsorten ist gestiegen. Dies ist gewöhnlich der Fall, wenn die

3) CARPZOV P. II. Const. 28. Def. 4. Schmidts angeführte Abb. §. 184. SCHORCH cit. Commentat. §. 14.

4) Schmidts angef. Abb. §. 185. ff. Man sehe auch WALCHI Introduct. in contr. iur. civ. pag. 512. §. 12. Daß nach dieser Meinung auch in der Praxis gesprochen werde, erhellet aus WERNHERI Observation. for. Tom. I. P. I. Obf. 169. und Tom. III. P. I. Obf. 92. Müllers außerlesenen Rechtsfällen 2. Bandes 4. Eb. Dec. CXXXII. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 41. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decif. 35. u. a.

kleineren Münzen geringer ausgeprägt werden, wodurch sodann der äussere Werth der gröbern in eben dem Verhältniß steigt, als die innere Güte der kleinern verringert worden ist, und dies ganz natürlich aus dem Grunde, damit zwischen beiden das Verhältniß nicht aufgehoben werde. Hier glauben nun zwar viele Rechtsgelehrten<sup>5)</sup>, der Schuldner könne dem Gläubiger die Münzsorten nach ihrem erhöhten äusserlichen Werthe anrechnen. Allein gegründeter ist die Meinung derjenigen<sup>6)</sup>, welche behaupten, daß die Münzsorten in eben dem äusserlichen Werthe, worin sie der Schuldner empfangen hat, zurückgegeben werden müssen, und das Steigen desselben den Schuldner zu keinem Abzuge berechtigen könne, weil sonst offenbar der Gläubiger nicht eben so viel wieder erhalten würde, als der Schuldner zum Darlehn empfangen hat. Denn man setze, der Louisd'or habe zur Zeit des Darlehns 5 Thaler gegolten, der Schuldner hätte also ein Capital von 100 Thln. mit

§ 3

20 Stück

5) STRUV in Synt. iur. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 31. sagt: *Si auctus sit valor, et idem forte nummorum genus solvatur, debitor deducere potest incrementum, quod veteri accessit aestimationi v. c. Si 200 aureos Ungaricos s. ducatos mutuo quis dederit eo tempore, quo unus eorum forte valuisset 36 grossos; hodie solvens ducatos non 200 sed 150 teneretur reddere.* Eben so MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 389. LYNCKER Decis. 1286. und Job. Christ. Ludw. Fresenius in den Meditationen für Rechtsgelehrte 1. Band Medit. 2. S. 42. ff.

6) S. Schmidt's angef. Abhandl. S. 188. SCHORCH in Proluf. de eo, quod iustum est in redd. mutuo, in casu mut. monetae. §. 16. SCHLICHTKRULL Diff. de obligatione debitoris solutionem promittentis in moneta tempore solutionis recepta. §. 8. Smeilin von Aufsätzen über Verträge S. 30. S. 52. u. a. m.

20 Stück Louisd'or erhalten. Nachher wäre nun wegen des schlechten Gehalts der Current-Münzen der Werth der Louisd'or bis auf 10 Thlr. gestiegen. Könnte der Schuldner dem Gläubiger jetzt das Stück Louisd'or in dem gestiegenen Werth anrechnen, so würde ja der Gläubiger statt der dargeliehenen 20 St. Louisd'or nur 10 zurück bekommen, also um die Hälfte weniger, als er gegeben hat. Der Schuldner darf also dem Gläubiger den Louisd'or nicht höher anrechnen, als er ihm angerechnet worden ist. Man kann auch nicht sagen, daß sich der Gläubiger zum Schaden des Schuldners bereichere, und eine größere Summe wieder zurückerhalte, als er dargeliehen hat. Denn die Erfahrung lehrt, daß das Steigen des Geldes in seinem äußerlichen Werthe eine Wertheurung der Waaren nach sich zieht<sup>7)</sup>.

bb) Der äussere Werth der dargeliehenen Münzsorten ist zur Zeit der Heimzahlung gefallen. Man nennt dieses Herabsetzen einer Münze in einen geringern Werth, die *Devaluation*. Auch hier behaupten viel Rechtsgelehrten<sup>8)</sup>, der Schuldner müsse dasjenige, was die Münzen  
an

7) BACHOVIVS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXIX. Th. 3. Lit. C. pag. 999. sagt: *Crescente valore maioris monetae, et deteriorata bonitate intrinseca minoris, quae in commercii quotidianis intervenire solet, crescunt singularum rerum pretia, quae ad rationem minoris monetae constitui solent.*

8) S. GUDENS Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen. Braunschweig 1764. J. G. Dieße Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen: Wie ist eine Geldschuld abzutragen? und wie hat man bey Valvirung aller ebedessen sowohl in Gold; als Silbergeld  
an

an ihrem äußeren Werthe verlohren haben, dem Gläubiger gut thun, weil sonst der Gläubiger nicht eben soviel wieder erhielt, als er dem Schuldner geliehen hat. Man fügt noch hinzu, daß es bey Schätzung des Capitals nicht auf die Species allein, sondern zugleich auf den Nutzen, den der Schuldner sich damit geschafft, und auf den Werth ankomme, in welchem er das Geld ausgegeben hat. Habe also der Schuldner die Münzen noch in ihrem vollen Werth benutzt und ausgegeben, so müsse er auch dem Gläubiger den vollen Werth vergüten. Ueberdem müsse durch die Zahlung die Sache in eben den Zustand gesetzt werden, als wenn gar kein Darlehn wäre gegeben worden. Hätte nun der Gläubiger das Geld in seinem Kasten behalten, so müsse man annehmen, er werde, was ein jeder guter Wirth gethan haben würde, die gefallenen Münzsorten noch in Zelten weggegeben, oder sie doch mit wenigerem Schaden angebracht haben, als er nunmehr leiden würde, wenn er diese Münzsorten in eben dem Werthe wieder annehmen müßte, welchen sie zur Zeit des Contracts hatten. Gesezt auch der Schuldner litte dabey Schaden, so geschehe dieses mit Recht. Denn er war ja Eigenthümer von dem erborgten Gelde geworden, und müsse daher auch, als Eigenthümer, billig den Schaden allein tragen. Andere<sup>9)</sup> hingegen sind der Meinung, daß der Schuldner die Münzsorten dem Gläubiger in dem Werth wieder anrechnen könne, in wel-

## § 4

chem

angelegten Capitalien zu verfahren, damit weder der Gläubiger, noch der Schuldner beschwert werde? Frankfurt am Main 1791. 8. *Abr. Gottl. KAESTNER* Progr. de restitutione mutui, mutato pecuniae valore. Lipsiae 1750. u. a. m.

9) SCHORCH Proluf. cit. §. 17. SCHLICHTKRULL Diff. cit. §. 8. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 468. in fin.

chem er sie zum Darlehn erhalten hat, weil sonst der Schuldner mehr wiedergeben würde, als er empfangen hat, wenn er die Schuld in dem heruntergesetzten Werthe der Münzen bezahlen müßte. Leide auch der Gläubiger dabei einigen Schaden, so müsse er denselben mit dem Gewinn compensiren, den er bey dem erhöhten Werth der Münzen gehabt hätte. Allein es ist vielmehr mit Schmidt<sup>10)</sup> zu unterscheiden, ob mit dem Abfall des äußerlichen Werths der dargeliehenen Münzsorten auch der Preis der Waaren verhältnißmäßig gefallen ist, oder nicht. In dem ersten Falle, wenn z. B. mit dem halben Abfall des äußerlichen Werths der Münzen auch die Waaren um die Hälfte wohlfeiler geworden sind, wird der Schuldner von seiner Schuld befreiet, wenn er die Münzsorten in dem äußerlichen Werth anrechnet, in welchem er sie von dem Gläubiger empfangen hat. Man setze also, zur Zeit des geschlossenen Contracts habe der Louisd'or 6 Thaler gegolten, der jetzt nur 5 Thaler gilt, so kann ihn der Schuldner doch zu 6 Thalern anrechnen. Denn wenn man annimmt, daß die Waaren nun auch verhältnißmäßig wohlfeiler geworden sind, so kann nun jetzt der Gläubiger mit einem Louisd'or eben soviel erhandeln, als der Schuldner mit 6 Thalern zu kaufen vermochte. In dem andern Falle hingegen, da der Preis der Waaren, des heruntergesetzten Werths der Münzen ungeachtet, unverändert geblieben ist, muß der Schuldner, wenn er die Münzen in ihrem vollen Werthe genutzt hat, dasjenige, was dieselben durch die Herabsetzung an ihrem äußerlichen Werthe verloren haben, dem Gläubiger vergüten, weil sonst der Gläubiger offenbar Schaden leiden würde. Er bekommt zwar nun an Stück-

zahl

10) Abhandl. von den Münzsorten etc. S. 189. ff.

zahl mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat, allein da er, bey dem vorigen und unverändert gebliebenen Preis der Waaren, damit doch nicht mehr bestreiten kann, als der Schuldner mit dem ihm geliehenen Gelde ausrichten konnte, so erhält der Gläubiger doch dem Werthe nach nicht mehr zurück, als er dem Schuldner geliehen hat.

Es ist übrigens noch Folgendes zu bemerken.

1) Ist es zweifelhaft, in welcher Münzsorte das Darlehn gegeben worden, so wird vermuthet, daß die Auszahlung in derjenigen Münzsorte geschehen sey, welche zur Zeit des Contracts an dem Orte, wo das Darlehn contractirt worden, am häufigsten coursirte <sup>11)</sup>; und zwar wird Silber Courant eher, als Gold, vermuthet. Sollte jedoch auch hierin mit Gewißheit nichts zu bestimmen seyn; so streitet die Vermuthung für diejenige Münzsorte, worin die Zinsen bisher entrichtet und angenommen worden sind, weil die Zinsen, als eine accessio sortis, der Regel nach in eben solchen Münzsorten bezahlt werden müssen, in welchen das Capital selbst abzutragen ist <sup>12)</sup>.

2) Ist zwar noch keine Münzveränderung geschehen, aber es steht eine solche bevor; man weiß, daß eine Münzsorte nächstens abgesetzt werden wird, so entsteht die Frage,  
ob

11) C. de BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. Th. 4. Not. 7. Strubens rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 2. §. 10. Schmidt von den Münzsorten ic. §. 62. n. C. 112. Vergl. auch das Allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. II. Tit. §. 779.

12) L. 23. C. de Usur. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 168. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten §. 218. Man sehe auch das Preuß. Landrecht 1. Th. II. Tit. §. 801.

ob der Gläubiger die Bezahlung der Schuld in einer solchen Münzsorte anzunehmen verbunden sey? Auch hierüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Gmelin<sup>13)</sup> behauptet, der Gläubiger müsse sich die Bezahlung in dieser Münzsorte gefallen lassen, wosern nur nicht etwa der Schuldner die Bezahlung ohne Ursach verzögert, oder sich sonst dabey eines Betrugs schuldig gemacht hat. Leyser<sup>14)</sup> und Schmidt<sup>15)</sup> entscheiden hingegen jene Frage verneinend. Es läßt sich vielleicht folgender Mittelweg treffen. Der Gläubiger hat entweder in dieser Münzsorte das Darlehn gegeben, oder in einer andern. In dem ersten Falle kann sich der Gläubiger nicht weigern, die Zahlung in dieser Münzsorte anzunehmen, so lang sie wirklich noch nicht verrufen ist, wenn nur die Heimzahlung nicht vor der Zeit geschieht. In dem andern Falle hingegen kann er die Annahme der Bezahlung in einer solchen Münzsorte, die auf dem Sprung steht, abgesetzt zu werden, mit Recht verweigern.

3) Ist einer von beyden Theilen in mora, so trägt dieser den Schaden billig allein, welche aus der unterdessen erfolgten Münzveränderung entstanden ist<sup>16)</sup>.

4) Die Grundsätze von Leistung einer Zahlung im Falle einer entstandenen Münzveränderung finden nicht nur bey dem Darlehn, sondern auch in allen andern Fällen Statt, wo eine Geldschuld abzutragen ist, die Forderung sey durch einen

13) Von Auffäßen über Verträge §. 30. S. 50.

14) Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIX. medit. 20.

15) Abhandl. von d. Münzsorten u. §. 142. ff.

16) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1871. B.



einen Vertrag, oder Testament begründet worden, oder rühre aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze her. Ueberall ist auf den Anfang des Geschäfts zu sehen, wodurch die Forderung entstand <sup>17)</sup>. Nur wenn von Erstattung eines Darlehns anderer fungiblen Sachen die Rede ist, deren Werth in Ermangelung von Sachen der nämlichen Art ersetzt werden soll, so wird der Preis nach der Zahlungszeit bestimmt <sup>18)</sup>. Der Grund ist ganz natürlich, weil es hier nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekostet hat, sondern vielmehr die Frage davon ist, wie viel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuschaffen <sup>19)</sup>. Julian lehrt dies auch ausdrücklich, wenn er *L. 22. D. b. t.* sagt: *Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petatum est. Quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret: utrum cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur?* SABINUS respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc <sup>20)</sup>, *cum petatum esset.* Interrogavi, cuius loci

17) *L. 7. D. de auro arg. leg. L. 40. D. eodem. L. 41. §. 4. D. de legat. 3. Cap. 20. X. de Censib.* Schmidt von den Münzsorten §. 63. ff. BOEHMER Diss. cit. de solutione debiti pecun. §. 9. sqq. STRUBENS rechtliche Bedenken 2. Band Bed. 22. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 90.

18) S. PÜTTERS auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decif. 63. HOPACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1872.

19) S. MEISTERS pract. Bemerkungen aus dem Crim. und Civilrecht 1. Band Bemerk. XIX. §. 10.

20) Die Worte: *si non, quanti tunc*, sind in den meisten Ausgaben eingeklammert. Nur BAUDOJA liest, ohne Einschließung,

loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum. Da jedoch dieser Gegenstand sich mehr zur *condictio triticaria* qualificirt, als daß er hierher gehört, wie auch Cujaz<sup>21)</sup>, Merillius<sup>22)</sup>, und Schulding<sup>23)</sup> bemerkt haben, so werde ich davon Lib. III. Tit. 13. ausführlicher handeln.

§. 784.

sung, *si non, quanti tunc fuisset*. Unser Erlanger Codex hat, *si non, quanti tunc esset*. Da diese Worte auch in der Laurellischen Ausgabe eingeklammert sind, so ist dies ein Beweis, daß sie in der Florentinischen Handschrift nicht stehen, und von Laurell ergänzt worden sind. Von diesem Supplement hängt indessen die ganze Meinung des Sabinus ab, wofern man nicht etwa mit Brenkmann in dem Gebauerschen Corp. iuris: *Sabinus respondit, si dictum non esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, cum petitum esset*, lesen will. Allein die Nothwendigkeit jenes Supplements beweisen insonderheit die *Basilica* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 22. wo es heißt: *Εάν συνσφωνήθῃ πότες και πού χρηδοθήνας τόν δανεισθέντα οἶνον, πρὸς ἐκεῖνον τόν τόπον και τόν χρόνον δίδεται ἡ δικτιμήσις. εἰ δὲ μὴ συνσφωνήθῃ, πρὸς τὸν τῆς προκατάξσεως καιρὸν, και τὸν τόπον καθ' ὃν ἡ δίκη λέγεται.* i. e. *Si convenerit, quando et ubi vinum mutuo datum reddi oporteret, quanti eo tempore et loco esset, aestimatio datur. Si vero non convenerit, spectatur tempus litis contestatae, et locus quo petitur.* Dieser Beweis ist bisher ganz übersehen worden.

- 21) Comment. ad h. L. 22. D. in *Operib.* T. IV. P. I. pag. 714. et Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. *Quod certo loco.*
- 22) Variant. ex Cujacio. Lib. I. c. 17.
- 23) Thef. controversiar. Decad. XXXVII. Th. 2.

## §. 784.

Wenn ist ein Darlehn zurückzuzahlen?

In Absicht auf die Zeit der Rückzahlung des Darlehns kommt es darauf an, ob darüber durch Vertrag etwas bestimmt worden ist, oder nicht. Ist das Erstere, so muß es dabei bleiben, und eine solche Bestimmung ist für beyde Theile rathsamer<sup>24)</sup>.

1) Für den Schuldner, weil der Gläubiger vor Ablauf der bestimmten Zeit die Bezahlung nicht verlangen kann. Es müßten denn etwa die Umstände des Schuldners sich zu verschlimmern anfangen, und der Gläubiger Gefahr laufen, das Seinige zu verlieren. Unter diesen Umständen kann freylich der Zahlungstermin den Gläubiger nicht weiter binden.

2) Für den Gläubiger, a) weil dann sogleich nach Ablauf der Verfallzeit der Verzug mit seinen Wirkungen auf Seiten des Schuldners, ohne Interpellation, eintritt, wenn die Bezahlung nicht erfolgt. b) Weil auch der Gläubiger nicht schuldig ist, vor Ablauf der bestimmten Zeit die Zahlung vom Schuldner anzunehmen, wenn ihm daraus ein Nachtheil erwächst<sup>25)</sup>. Es ist aber doch noch insonderheit darauf zu sehen, zu wessen Besten die Zahlungszeit bestimmt worden ist. Im Zweifel vermuthet man immer, daß der Zahlungstermin zum Vortheil des Schuldners beygefügt worden sey<sup>26)</sup>, und dann kann der Schuld-

24) E. Smelin von Aufsätzen über Verträge §. 31.

25) Schmidt von den Münzsorten §. 147. und STRYK UL. mod. Pand. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14.

26) L. 41. §. 1. D. de Verb. obligat. L. 17. D. de Reg. iur. Schmidt im angef. Buche §. 149. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4113.

Schuldner auch früher Zahlung leisten<sup>27)</sup>. Wenn hingegen gegen die Zahlungszeit bloß zum Vortheil des Gläubigers bengefügt worden, oder sich sonst aus den Umständen ergibt, daß es zum Besten beider Theile geschehen sey, so kann zwar der Gläubiger das Geld auch früher annehmen, als er es anzunehmen schuldig wäre, allein es müssen ihm dennoch die Zinsen von der ganzen Zeit bezahlt werden<sup>28)</sup>.

Ist keine Zeit zur Zurückzahlung bestimmt, so kann zwar der Schuldner zu jeder Zeit, da es ihm beliebt, die Schuld bezahlen; er kann dagegen aber auch zu jeder, auch ungelegensten Zeit, wegen der Bezahlung vom Gläubiger belangt werden. So lange jedoch der Schuldner nicht gemahnt worden ist, ist er nicht in mora. Es muß auch demselben in diesem Falle immer so viel Zeit übrig gelassen werden, als er nöthig hat, um das Geld in seinen Nutzen zu verwenden, und es wieder aufzubringen, welches nach billigem Ermessen des Richters zu bestimmen ist<sup>29)</sup>.

Ein Gleiches findet auch in dem Falle Statt, wenn die Wiederbezahlung in solchen Ausdrücken versprochen worden ist, die keine bestimmte Zeit enthalten, z. B. der Schuldner wolle das Darlehn ehestens, oder nach Gelegenheit,

27) L. 70. L. 98. §. 4. D. de Solut. L. 137. §. 2. in fin. D. de Verb. obligat.

28) Arg. L. 55. §. ult. D. Locati. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 14. in fin. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. Lib. et Tit. §. 28. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

29) L. 105. D. de Solut. VOET h. t. §. 19. CARPZOV Resp. iur. iur. Lib. IV. Resp. 56. nr. 12. und Smelin von Aufträgen über Verträge §. 31. S. 55.

heit, so wie es seine Umstände zuließen, wiederbezahlen. Auch hier muß dem Schuldner, wenn sich die Partheyen nicht vereinigen können, ein Zahlungstermin nach dem Ermessen des Richters gesetzt werden <sup>30)</sup>. Billig wird auch in diesem Falle dem Gläubiger, wenn er auf die Bezahlung klagt, der Beweis obliegen, daß dem Schuldner die Bezahlung nach seinen gegenwärtigen Umständen leicht möglich sey, besonders wenn die Bezahlung der Schuld nach Bequemlichkeit versprochen worden wäre <sup>31)</sup>. Es ist gewöhnlich, daß bey einer auf unbestimmte Zeit geschenehen Geldanleihe die Lösckündigung binnen einer gewissen Zeit, z. B. einvierteljährige oder halbjährige Aufckündigung des Capitals bedungen wird. Dieses Recht steht alsdann beyden Theilen zu. Wie aber, wenn sich nur ein Theil die Aufckündigung vorbehalten haben sollte? Man setze z. B. daß sich bey einem auf unbestimmte Zeit ausgeliehenen Capital der Gläubiger allein die einvierteljährige Aufckündigung vorbehalten hätte. An sich kann dies nie die Folge haben, daß nun deswegen der Schuldner sich gar keiner Lösckündigung sollte bedienen können. Denn es wäre ja unbillig, wenn der Schuldner das Capital immer und ewig behalten müßte, dafern es dem Gläubiger nicht gefiele, das Capital aufzukündigen. Nein, das Recht der Lösckündigung muß auch in diesem Fall dem Schuldner zustehen. Es kommt ihm nur die kurze Lösckündigungsfrist von einem

30) WERNHER Select. Observat. for. Tom. III. P. IV. Obl. 93. Claproth's Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 175.

31) E. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 43.

einem Vierteljahre nicht zu statten, welche sich der Gläubiger vorbehalten hat, sondern sie ist auf eine längere Zeit auszudehnen, soviel nämlich dem Gläubiger nöthig ist, um sein Geld anderwärts zinsbar wieder unterzubringen, welches dann ebenfalls nach dem billigen Ermessen des Richters zu bestimmen ist <sup>32)</sup>. Es entsteht hierbey noch die Frage, von welchem Zeitpunkt die bey der Loskündigung bedungene Frist anzurechnen sey, ob vom Tage der geschehenen Aufkündigung oder erst von Endigung des Jahrs an? Wernher <sup>33)</sup> behauptet das Erstere. Nach der gemeinen Meinung aber wird in der Praxis das Letztere angenommen, und also das Vierteljahr nicht vom Tage der geschehenen Aufkündigung, sondern erst von Endigung des Jahrs angerechnet <sup>34)</sup>; so wie denn überhaupt die Regel gilt, daß ein auf jährige Verzinsung dargeliehenes Capital nicht eher, als nach Ablauf des Jahrs, jedesmal zurückgefordert werden könne. Es ist daher eine genaue Bestimmung darüber in der Schuldverschreibung, als eine nöthige Vorsicht, zu empfehlen <sup>35)</sup>.

## §. 785.

## Klage aus dem Darlehncontract.

Aus dem Darlehn entspringt nur eine Klage, welche von dem Contract *actio mutui* <sup>36)</sup>, und weil sie immer  
auf

32) E. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischen Rechtsmaterien 2. Band Nr. 44.

33) Observat. for. Tom. II. P. IX. Obl. 37.

34) MEVIUS Part. III. Decis. 144. STRYK Cautelae contractuum Sect. II. Cap. I. §. 19. Car. Gottfr. KISSLING Diss. de observationibus quibusdam forensib. circa resignationem nominis, praef. Conv. Wilb. STRECKER. Erfordiae 1744. §. 17.

35) E. Smelin von Aufsätzen über Verträge. §. 31. S. 56.

36) L. 5. C. Quib. non obiicit. longi temp. praescript.

auf eine bestimmte Quantität gerichtet wird, auch *condictio certi ex mutuo* heißt <sup>37)</sup>. Sie steht dem Gläubiger gegen den Schuldner zu. Haben mehrere das Darlehn gemeinschaftlich gegeben, so kann jeder auf seinen Antheil klagen, weil die Forderung theilbar ist; es wäre denn etwa verabredet worden, daß jeder allein auf das Ganze sollte klagen können. Dann findet die Prävention Statt <sup>38)</sup>. Eben so, wenn mehrere mit einander das Darlehn empfangen haben. Hier kann jeder nur auf seinen Antheil belangt werden, wenn nicht ausdrücklich eine *Correalobligation* ist festgesetzt worden <sup>39)</sup>. Daß die Klage auch auf die Erben geht, hat keinen Zweifel <sup>40)</sup>. Doch haften mehrere Erben des Schuldners immer nur *pro rata hereditaria* <sup>41)</sup>; auch selbst alsdann, wenn gleich der Schuldner durch ausdrücklichen Vertrag dem Gläubiger zugesichert hätte, daß er jeden seiner Erben eben so, wie ihn selbst, auf das Ganze zu belangen, befugt seyn solle. Denn ein solcher Vertrag ist ohne Wirkung <sup>42)</sup>. Im Testament kann zwar der Schuldner verordnen, daß einer seiner

37) *Princ. I. Quib. mod. re contrab. obligat. L. 9. pr. D. b. t. Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur.*

38) *L. 9. Cod. Si certum petat. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15.*

39) *L. 5. L. 12. Cod. Si certum petatur. L. 11. §. 1. D. de duob. reis.*

40) *L. 49. D. de Obligat. et action.*

41) *L. 1. Cod. Si certum petat. L. 1. et tot. Tit. Cod. de hereditar. actionib.*

42) *L. 56. §. 1. D. de Verbor. obligat. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 17. MEVIUS P. VI. Decif. 94.*

seiner Erben die Schuld allein übernehmen solle, und diese Verordnung ist auch unter den Miterben verbindlich. Allein der Gläubiger ist deswegen weder berechtigt noch verbunden, von diesem Erben allein das Ganze zu fordern, sondern er kann dessen ungeachtet nur gegen jeden der Erben auf seinen Antheil klagen, obwohl derjenige, welcher die ganze Schuld nach dem Willen des Erblassers bezahlen soll, die übrigen zu entschädigen verbunden ist<sup>43)</sup>.

Die Klage geht nun dahin, daß der Beklagte das Darlehn durch eben soviel von derselben Art und Güte, als er empfangen hat, zurückgeben solle. Heutzutage kann die Klage auch auf Zinsen, und zwar sowohl versprochene als Verzugszinsen, ja sogar auf eine Conventionalstrafe gerichtet werden<sup>44)</sup>; welches aber freylich dem Römischen Recht nicht gemäß ist, weil hier die Verbindlichkeit *ex re* entsteht. *Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*, sagt Paulus *L. 17. pr. D. de pact.* Was indessen bey den Römern durch eine Stipulation möglich war<sup>45)</sup>, kann heutzutage durch ein bloßes *pactum* bewirkt werden, wenn es auch dahin gehen sollte, daß mehr zurückgegeben werde, als dargeliehen worden ist, wofern es  
 nur

43) *L. 69. §. 2. D. de legat. I.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 468.

44) Man sehe hier, was davon schon oben gesagt worden ist §. 779. C. 4. f. und vergleiche noch *Paul. Wilb. SCHMID Progr. de poena conventionali circa mutuum. Ienae 1760.* auch *Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen* §. 768.

45) *L. 24. D. de praescript. verb. L. 126. §. 2. D. de verbor. obligat.*



nur nicht auf einen unerlaubten Zinswucher hinausläuft <sup>46)</sup>).

Die actio mutui ist also immer eine actio directa, eine actio mutui contraria giebt es nicht. Sollte auch der Empfänger des Darlehns durch die Schuld des Darlehners Schaden gelitten haben, weil z. B. sich unter dem Gelde falsche Stücke befanden; oder der Wein verfälscht war; so finden doch nur die allgemeinen Klagen auf Schadensersatz Statt; nämlich die actio ex Lege Aquilia, oder actio in factum, oder auch, wenn der Darleiher in dolo ist, actio doli <sup>47)</sup>).

### §. 786.

Beweis des Darlehns. Exceptio non numeratae pecuniae. Römischer litteral Contract.

Läugnet der Beklagte den Empfang des Darlehns, so liegt der Beweis dem Kläger ob. Denn daß die Numeration geschehen sey, gehört zum Grunde der Klage, weil sich ohne Tradition kein Darlehn gedenken läßt. Nun ist die Numeration eine Thatfache, welche rechtlich nicht vermuthet wird. Diesen Beweis kann der Kläger entweder durch Zeugen führen, welche bey der Darzählung des Gel-

§ 2

des

46) S. Mich. God. WERNHER Commentat. in Pandect. h. t. §. 16. et 17. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 17. Not. p. pag. 125. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1870. Anderer Meinung ist jedoch Ge. Steph. WIESAND in Opuscul. iurid. Specim. V. Observat. 3. pag. 54. sqq.

47) S. Höpfners Commentar über die Heincccischen Institutionen §. 769. Not. I. S. 853. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 886.

des gegenwärtig waren, oder auch durch Eidesdelation. Hin-  
 gegen ein schriftliches Bekenntniß des Beklagten, daß er  
 das Darlehn empfangen habe, auf dessen Rückzahlung ge-  
 klagt wird, (Chirographum) ist dazu an sich nicht hinrei-  
 chend, weil die römischen Gesetzgeber annehmen, daß der  
 Schuldschein gewöhnlich in der Hoffnung ausgestellt werde,  
 Geld zu erhalten, ohne daß nachher immer die wirkliche  
 Auszahlung erfolge<sup>48</sup>). Um daher den Mißbrauch ausge-  
 stellter Schuldscheine zu verhüten, wurde verordnet, daß  
 ein solches schriftliches Bekenntniß über den Empfang eines  
 Darlehns vor dem Ablauf einer gewissen Zeit wider den  
 Aussteller nichts beweisen solle. Die Einrede, mit welcher  
 sich der Aussteller des Chirographi deswegen schützen kann,  
 heißt *exceptio non numeratae pecuniae*. Diese  
 Exception wird also von demjenigen vorgeschützt, welcher,  
 in der Hoffnung Geld zu erhalten, schon zum Voraus ein  
 schriftliches Bekenntniß über den Empfang des Darlehns  
 ausgestellt hat, und wird der Klage aus dem Darlehn mit  
 der Wirkung entgegengesetzt, daß der Kläger auf andere  
 Art, als durch den in Händen habenden Schuldschein, die  
 wirklich geschehene Numeration beweisen muß<sup>49</sup>). Anfangs  
 war

48) C. Gundlingiana. Stück 40. Nr. II. §. 19. C. 434. f.

49) L. 3. Cod. de non numerata pecunia. Si ex cautione tua, licet  
 hypotheca data, conveniri coeperis: *exceptione opposita seu do-  
 li seu non numeratae pecuniae*, compellitur petitor probare, pe-  
 cuniam tibi esse numeratam: quo non implero, absolutio seque-  
 tur. — L. 5. Cod. eadem. Ignorare non debes, *non numeratae  
 pecuniae exceptionem* ibi locum habere, *ubi quasi credita pecunia  
 petitur*. Cum autem ex *praecedente causa debiti* in chirogra-  
 phum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cave-  
 batur, numerata sit; *sed an iusta causa debiti praecesserit*. C.

war diese Einrede an gar keine Zeit gebunden. Allein, um der Schikane vorzubeugen, fanden es die römischen Gesetzgeber in der Folge für gut, dieselbe in einen gewissen Zeitraum einzuschränken. Zuerst wurde dazu eine Jahresfrist bestimmt. Nachher dehnte man dieselbe auf eine Zeit von fünf Jahren aus<sup>50)</sup>. Justinian beschränkte sie zuletzt in

§ 3

einen

Rom. TELLER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae. Lipsiae 1773. und Meürer's Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae auf ihre genuinen Grundsätze zurückgeführt. In desselben jurist. Abhandlungen u. Beobachtungen 1. Samml. Leipzig 1780. 2. Aufsatz.

- 50) Es erhellet dieses aus den Fragmenten des Hermogenianischen Codex bey Ant. SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 709. in welchen Tit. 1. de cauta et non numerata pecunia eine Verordnung unter der Aufschrift: AURELIUS Alexio vorkommt, welche folgendergestalt lautet: Ex cautione non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. Wer der Kaiser AURELIUS sey, dessen in der Inscription gedacht wird, ist zweifelhaft. Schulting c. l. not. 2. hält den C. Aurelius Valerius Diocletianus für den Urheber, welcher anfangs allein herrschte, ehe er den Kr. Maximian zum Mitregenten annahm. Von diesen Kaisern wären auch alle übrigen Verordnungen in den Fragmenten des Hermogenianischen Codex. Hierzu komme noch, daß diese Verordnung von Sirmium datirt sey. Dies sey eine Stadt in Pannonien, aus welcher mehrere Verordnungen von diesen Kaisern wären erlassen worden; als L. 19. L. 24. L. 25. C. de pact. L. 19. L. 24. L. 39. Cod. de Transact. Allein man sehe, was dagegen WALCH in Controv. iur. civ. p. 384. erinnert hat. Ge. Sam. MADIHN in Diss. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae. Halae 1760 §. 10. will vielmehr, mit Beziehung auf die L. 8. C. de non num pecun. den Kaiser Alexander Severus für den Urheber des Quinquenniums halten. Denn daß auch dieser den Ver-
- namen

einen Zeitraum von zwey Jahren, von Zeit der Ausstellung des Schuldscheins an gerechnet. Nach Ablauf dieser Zeit soll die *exceptio non numeratae pecuniae* nicht mehr Statt finden, sondern die Handschrift so vollkommen wider den Aussteller beweisen, daß er nun, ohne mit einem Gegenbeweis gehört zu werden, schlechterdings zur Bezahlung verurtheilt werden kann. Merkwürdig ist folgende Verordnung des Kaisers Justinian, wenn er *L. 14. C. de non num. pecunia* <sup>51)</sup> sagt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra *quinquennium*, quod antea constitutum erat, *non numeratae pecuniae exceptionem* obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius; *sed intra solum biennium continuum*, ut, eo elapso, nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus

namen *M. Aurelius* geführt hat, ist bekannt. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist doch wenigstens aus diesem Fragment soviel zu ersehen, daß nicht erst *St. Honorius* jenen fünfjährigen Zeitraum der *exceptio non numeratae pecuniae* vorgeschrieben habe, wie einige wegen *L. un. Cod. Theod. Si certum petatur de chirographis* haben behaupten wollen. Noch ist zu bemerken, daß statt *Ex cautione* mit Schulting richtiger *Exceptionem* zu lesen sey.

51) Auf diese Constitution bezieht sich Justinian *L. 2. I. de Exceptionib.* Es ist wohl nur für einen Druckfehler zu halten, wenn der große *Jacob GOTHOFREDUS* in *Commentar. ad L. un. Cod. Theod. Si certum petat.* Tom. I. pag. 249. sagt: *Id vero quinquennium triennio postea mutatum a IUSTINIANO.*

poribus adiuuabantur, etiam in posterum (*licet biennium pro quinquennio statutum est*) eodem auxilio potituris <sup>52</sup>).

Es ist nun also nach dem neuern römischen Recht auf folgende Art zu unterscheiden, um die Wirkung eines chirographi beim Darlehn, und die Natur der *exceptio non numeratae pecuniae* näher kennen zu lernen. Wenn Jemand in einer Handschrift bekennet, Geld oder andere Sachen als ein Darlehn empfangen zu haben, und er wird daraus *actione mutui* belangt, so sind entweder seit der Ausstellung derselben noch keine zwey Jahre verstrichen, oder der Empfänger hat die Handschrift zur Zeit der angestellten Klage schon zwey Jahre ungestört besessen. In dem ersten Fall stellt das Römische Recht das von den allgemeinen Regeln der Beweisführung ganz abweichende Princip auf, daß die Handschrift innerhalb der ersten zwey Jahre wider den Aussteller durchaus nichts beweise, wenn sich derselbe mit der *exceptio non numeratae pecuniae* dagegen schützt. Der Kläger muß also die geschene Numeration auf andere Art erweisen. Es ist dies als eine ganz besondere Eigenheit dieser Exception zu betrachten, daß, wo die Gesetze solche gestatten, hierin zugleich auch die

52) *Franc. BALDUINUS* in *Iustiniano* pag. 16. (edit. d. a. 1596. 8.) ist wegen der Zeit, da diese Constitution promulgirt worden ist, in Verlegenheit. *Huius enim legis subscriptionem, diem et Consulem desideramus*, sagt er. Er vermuthet indessen, sie müsse im zweenen Jahre der Regierung des Kaisers *Iustinian* gegeben worden seyn. Allein in jeder guten Ausgabe des *Code* findet sich folgende Subscription: *Dat. Calend. Iul. Constantinopoli D. N. Iust. A. II. Conf. 528.* Es kann also über das Zeitalter dieser Verordnung gar kein Zweifel seyn.

Bestimmung liegt, daß der ihr entgegenstehende Schuldschein gegen sie nichts beweise, sondern dessen Inhaber verbunden sey, auf andere Art dieselbe zu entkräften<sup>53)</sup>. Daß die Last des Beweises auf den Kläger gewälzt wird, läßt sich zwar leicht erklären. Denn man erwäge, daß die *exceptio non numeratae pecuniae* in der That nichts anders, als eine negative *litiscontestatio* ist. Die Kaiser Diocletian und Maximian sehen hierin einen Hauptunterschied zwischen der vorgeschützten *exceptio solutionis* und der *exceptio n. n. pec.* wenn sie *L. 10. Cod. de non num. pec.* sagen:

*Asseveratio debitum solutum contendentis, temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querela prius evanescat: cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem, (cuius naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.*

Allein das ist allerdings etwas Singuläres, daß der Kläger selbst dann beweisen muß, wenn er einen Schuldschein des Beklagten in Händen hat, und daß diese Handschrift binnen zwey Jahren wider den Aussteller nichts beweist, wenn er gleich den Empfang des eingeklagten Darlehens darin bekannt hat. Offenbar ist dies ein Vorzug jener Einrede, wozu man in dem ganzen Umfange der Beweisheorie ein gleiches Beispiel vergeblich suchen wird.

Die

53) Man vergleiche hier vorzüglich B. W. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts. Marburg 1803. S. 126. ff.

Die Gesetze gehen hier ohne Zweifel von der Vermuthung aus, Mancher könne im Drang seiner Bedürfnisse von demjenigen, bey dem er Hülfe sucht, leicht zur Ausstellung eines Schuldscheins verleitet werden, und nachher doch kein Geld erhalten. Cocceji<sup>54)</sup> erklärt sich hierüber sehr richtig, wenn er sagt: Quod praesumptio sit contra actorem tum propter avaritiam creditorum, tum propter indigentiam debitorum. Creditor enim, qui pecuniam in potestate habet, non praesumitur, nec solet ante solvere, nisi prius cautio scribatur. Quis enim creditor solvet pecuniam, nisi de eius restitutione plene ipsi cautum sit? et debitor indigentia pecuniae coactus facile quasque avari creditoris condiciones admittit, et ab eo desideratam cautionem ante numerationem emittit. Si ergo debitor fatetur, numeratam esse pecuniam, suspecta fit illa confessio, quippe quae spe numerandi ab indigente debitore avaro creditori facta est. Es fragt sich aber, ob nicht bey der exceptio non numeratae pecuniae zugleich auf die Zeit Rücksicht zu nehmen sey, da die Numeration nach dem Inhalt des Schuldbekennnisses geschehen seyn soll? Einige<sup>55)</sup> wollen dies wirklich behaupten; sie sagen die exceptio non numeratae pecuniae finde nur dann gegen ein chirographum Statt, wenn der Aussteller bekennt, das Geld auf die

54) Iur. civ. controvers. h. t. Qu. 22. Man sehe auch Gönners Handbuch des gemeinen Processes 4. Band Nr. LXXVII. §. 7. S. 201. ff.

55) Meurer in den jurist. Abhandlungen u. Beobachtungen 1. Samml. 2. Aufsatz. 4. Kap. S. 47. und THIBAUT System des Pand. Rechts 3. B. §. 1180.

die Handschrift erhalten zu haben. Also nur, wenn das chirographum eine zur Zeit seiner Ausstellung geschehen seyn sollende Numeration bescheiniget. Sie falle hingegen weg, wenn die Zahlung in dem Empfangs schein, als schon früher geschehen, ausdrücklich an geführt wird. Z. B. wenn die Handschrift so abgefaßt ist: Ich Endesunterzeichneter bekenne, daß mir Titius heute vor einem Jahre 1000 Thlt. baar geliehen habe. Gegen dieses chirographum finde keine exceptio non numeratae pecuniae Statt. Daß es auf die Zeit der Numeration ankomme, soll

1) aus L. 5. C. de non num. pecunia erhellen, wenn es daselbst heißt:

*Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.*

2) L. 13. C. eodem. Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem iudicis possit instruere, quod in alium quenquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protesta-



testatus est, et in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

Allein erwägt man, daß sich beim Darlehn durchaus keine andere causa debiti gedenken läßt, als welche durch die Numeration begründet wird, so kann wohl der Unterschied, den die angeführten Gesetze bey der exceptio non numeratae pecuniae machen, nicht der Verschiedenheit der Zeit zugeschrieben werden, da die Numeration geschehen seyn soll. Nein, nicht darum, weil der Schuldschein das Bekenntniß einer schon vor Ausstellung derselben geschehen seyn sollenden Numeration enthält, fällt die exceptio non numeratae pecuniae weg, sondern weil dem Darlehn des Gläubigers ein in der Handschrift besonders angeführtes rechtliches Geschäft vorhergieng, wodurch die Forderung des Gläubigers begründet wurde, darinn kann hier von dem weitem Beweis der Numeration nicht mehr die Rede seyn. Chirographum ex praecedente causa debiti bedeutet demnach, wie Pfeiffer <sup>56)</sup> ganz richtig sagt, eine solche Verschreibung, wodurch die Leistung einer Schuld beschworen wird, die schon vor der actualen Zahlung rechtsverbindlich existirte. Bezieht sich nun der Gläubiger bey seiner angestellten Klage auf einen solchen Zahlungsschein, und der Beklagte läugnet dessen Inhalt, so ist es klar, daß es hier nur auf die praecedens causa debendi ankommt. Auf diesen Fall geht das von den Gesetzen mit der exceptio non numeratae pecuniae verknüpfte Privilegium nicht, hiergegen gilt vielmehr der productirte Empfangsschein mit voller Beweisraft: hoc enim casu promissor suis confessionibus acquiescere debet, wie L. 13. C. de N.

56) In den angeführten vermischten Aufsätzen S. 144.

N. N. P. sagt. Der Unterschied, welchen die angeführten Gesetze in Bestimmung der Beweiskraft eines chirographi machen, besteht also nach einer richtigern Erklärung derselben vielmehr darin. Der Schuldschein enthält entweder weiter nichts, als ein Bekenntniß des Ausstellers, daß die Numeration geschehen sey, worin der Inhaber desselben den Grund seiner Klage gesetzt hat, oder es wird darin beschelnet, daß ein anderes Geschäft vorausgegangen sey, zu dessen Existenz die Numeration nicht wesentlich nöthig ist, z. E. Mandat, Kauf, oder Pachtcontract; wo durch die Forderung des Gläubigers begründet wurde, über welche von dem Beklagten der Schuldschein ausgestellt worden ist. Nur in dem ersten Falle kann der Beklagte die Einrede der nicht erfolgten Numeration, so lange die gesetzliche Frist von zwey Jahren noch nicht verstrichen ist, mit der Wirkung vorschützen, daß der Kläger den Beweis des Anlehns nicht durch den Schuldschein führen kann, sondern darüber andere Beweise herbringen muß. Denn hier wird rechtlich präsumirt, die Handschrift sey nur auf Hoffnung ausgestellt. In dem andern Falle hingegen beweist die Handschrift vollkommen gegen den Aussteller, wenn die causa praecedens darin deutlich ausgedruckt ist, und der Beklagte kann, wenn er den Inhalt derselben dennoch läugnen sollte, hierüber keinen andern Beweis von dem Kläger verlangen, sondern muß selbst darthun, daß er, des schriftlichen Bekenntnisses ungeachtet, dennoch nichts schuldig sey. Z. B. A. hat für den B. vermöge erhaltenen Mandats Gelder erhoben. Diese hat ihm B. als ein Darlehn zu behalten verstattet. A. stellt hierüber eine Handschrift aus, und bekennet darin, 100 fl. für den B. vermöge eines erhaltenen Mandats von demselben

Schulde

Schuldner erhoben zu haben, welche ihm B. als ein Darlehn zu behalten gestattet habe, und verspricht solche nach einem Jahre zu bezahlen. Klagt nun B. nach Ablauf des Jahres gegen den A., so kann hiergegen die Einrede des nicht erhaltenen Geldes nicht vorgeschützt werden, sondern seine Handschrift beweist vollkommen gegen ihn; und er muß zur Bezahlung condemnirt werden, wofern er nicht sonst eine Einrede z. E. der Simulation, des Irrthums, oder Betrugs u. d. vorzubringen und zu erweisen im Stande ist. Auf diese Einreden zielen ohne Zweifel die Anfangsworte der L. 5. C. de N. N. P. wo es heißt:

Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes;

wie Hugo Donellus<sup>57)</sup> ganz richtig bemerkt hat. Zur mehreren Bestärkung meiner Erklärung will ich noch die griechische Uebersetzung von beiden Stellen aus den Basiliken<sup>58)</sup> hinzusetzen. In diesen lautet

1) die L. 5. Cod. de non num. pec. folgendermaßen:  
 Τότε αντίκειται ἀναγκυρία τῷ χειρογράφῳ ὅτε οὕτως γίνεται ὡσαυτὶ γενομένης ἀριθμώσεως. ὅτε δὲ τὸ χειρογραφῶν ἐξέτεθη ὡς εἰ γε ἐν τῷ χειρογράφῳ περὶ προγεγενημένῃ χρέους ὁμολογήσει, οὐ ζητοῦμεν εἰ τότε ἠριθμώθη ὅτε ἐχειρογράφησεν, ἀλλ' εἰ ἐξ ἀρχῆς ἐχρεώσησεν. i. e. *Exceptio non numeratae pecuniae cbirographo tunc opponitur, cum ita fit, quasi numeratio secuta sit. Cum autem in cbirographo velut ex praecedente causa debitum promittitur, non requirimus, an tunc, cum*  
 emis-

57) Commentar. ad L. 5. C. de non num. pecun. pag. 176.

58) Tom. III. Lib. XXIII. sec. Parte Tit. I. Constit. 67. et 75. pag. 328. et 330.

*emissum est, pecunia numerata sit, sed an ab initio debitor fuerit, qui cavet.*

2) L. 13. C. eodem. Η διατάξις βούλεται τὸν Φανερωσάντα ἐν τῇ ὁμολογίᾳ τὰς αἰτίας ἐξ ἧν ἐχρεώσησεν, αὐτὸν βαρῆσθαι ταῖς ἀποδείξεσιν, ὅτι μὴ χρεωσῶν ἐχειρογράφησεν. i. e. *Constitutio vult, ut, qui causas edixit in confessione sua, propter quas debitum contraxit, probationibus oneretur, quod, cum nihil deberet, chirographum conscripserit.*

Zur Erläuterung dieser Stellen kann noch insonderheit L. 11. Cod. eodem. dienen. Hier heißt es:

*Si transactionis causa dare Palladio pecuniam stipulanti spondisti, exceptione non numeratae pecuniae defendi non potes*<sup>59)</sup>.

Es war hier über eine Vergleichssumme eine Handschrift ausgestellt worden. Palladius klagt daraus auf die

59) Die Gothofredischen Ausgaben, auch die Recumensche nicht ausgenommen, lesen hier, statt *POTES*, *potest*. Allein diese Lesart giebt dem Gesetz einen ganz unrichtigen Sinn. Denn *potest* müßte ja dann auf Palladium stipulantem gehen, wie auch wirklich Pfeiffer a. a. O. S. 146. Not. i. durch jene unrichtige Lesart des Godefr. verführt, gemeint hat. Die richtigere Lesart *potes* haben alle bessere Ausgaben, als Baudoza, Kuffard, Charondas und Spangenberg. Die Wichtigkeit dieser Lesart bestärken auch die Basilica, in welchen Tom. III. Lib. XXIII. P. 2. Tit. 1. Const. 73. pag. 330. die L. 11. folgendergestalt lautet: Ο ἀπὸ διαλύσεως ἐπερωτηθεὶς παρασχεῖν, ἐκ ἀντιτίθησι τὴν τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴν. i. e. *Qui transactionis causa dare pecuniam stipulanti spondit, exceptione non numeratae pecuniae se tueri non potest.*

die Bezahlung derselben. Hiergegen findet die *exceptio non numeratae pecuniae* nicht Statt, weil hier die Schuld nicht durch die Numeration, sondern durch eine *causa debiti praecedens* entstand. Die Handschrift beweist also vollkommen wider den Aussteller.

Ich habe nun gezeigt, was die Gesetze der *exceptio N. N. P.* für eine Wirkung besorgen, wenn sie gegen ein *chirographum* binnen den ersten zwey Jahren seit der Ausstellung desselben vorgeschützt wird. Ich habe die Gründe angegeben, warum die Gesetze der Handschrift über den Empfang eines Darlehns binnen dieser Zeit alle Beweis kraft entzogen haben. Es ist nun noch der oben angegebene andere Fall übrig, nämlich, wenn aus der Handschrift nach zwey Jahren auf das Darlehn geklagt wird. Hier findet nach dem neuern Römischen Recht die *exceptio non numeratae pecuniae* nicht weiter Statt, wenn gleich der Beklagte den Beweis des Nichtempfangs zu führen bereit wäre. Der Aussteller der Handschrift, so wie auch desselben Erbe muß nun schlechterdings bezahlen, nicht weil er den eingeklagten Gegenstand empfangen hat, nein, davon ist nun keine Frage mehr, sondern weil ihn der Aussteller empfangen zu haben schriftlich versichert hat. Auf solche Art entsteht also aus der Handschrift, wenn solche der Empfänger zwey Jahre ohne Widerspruch des Ausstellers besessen hat, ein neuer *modus obligandi*, welcher in dem System des Römischen Rechts *litterarum obligatio*, von den Neuern aber *contractus litteralis* oder *chirographarius* genennt wird. Daß diese Vorstellungsart, welche auch von den meisten Rechtsgelahrten<sup>60</sup>, angenommen

60) Man vergleiche Io. Zach. HARTMANN Diss. de non putativo contractu litterali. Kiloniae 1730. God. Lud. MENCKEN Diss. de

men wird, allerdings gegründet sey, läßt sich aus folgenden Stellen des Römischen Rechts ganz klar erweisen. Am beweisendsten hierüber ist sowohl der bestimmten Darstellung wegen, als weil gerade hierbey der Zweck war, die eigentliche Beschaffenheit der Sache für Anfänger auseinander zu setzen, der Institutionen Titel *de litterarum obligationibus* Lib. III. Tit. 21. Er lautet folgendergestalt:

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est: de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri<sup>61)</sup> non potest, scriptura obligetur: ut ex ea nascatur

de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipsiae 1749.* Ge. SAM. MADIHN *Diff. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis n. n. p. earumque usu in foris nostris cessante. Halae 1760.* Aug. CORNEL. STOCKMANN *Diff. de litterarum obligatione. Lipsiae 1782.* Nic. HENR. MAASSEN *Specim. de contractus litteralis natura. Altorffii 1783.* Henr. GERB. SCHUMACHER *Diff. qua explanatur natura contractus chirographarii iure Rom. et veteri et noviore. Goettingae 1787.* Außerdem noch *de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Quaest. 18. et ad eundem EMMINGHAUS not. q. Tom. II. pag. 126. sqq. Arn. VINNIUS in Commentar. ad Tit. I. de litterar. obligat. nr. 7. sqq. Ev. OTTO in Comm. ad eund. Tit. pag. 440. edit. Harpprechtii. u. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. pag. 581.*

61) So ist unstreitig, statt *quaeri*, zu lesen. Diese richtigere Lesart haben Haloander, Hugo a Porta, und Baptista de Tortis.

tur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

Justinian gedenkt hier zuvörderst des schon lange zu seinen Zeiten zu einer Antiquität herabgesunkenen *contractus nominum*. Worin dieser ältere *litteralcontract* bestanden habe, ist ein Problem, bey dessen Auflösung sowohl die größten Rechtsgelehrten, als Philologen von jeher viel Schwierigkeiten gefunden haben<sup>62</sup>). Denn die

dars

62) Man vergleiche *Franc. HOTOMAN* Commentar. ad Tit. Institut. de litterar. obligat. pag. 351. *GRAEVIVS* in animadvers. ad Ciceron. Oration. pro Roscio Comoedo cap. 5. Tom. I. P. I. pag. 237. *MENARDUS* in Observat. ad eand. Orat. Ciceronis pag. 224. *SALMASIVS* Lib. de Usuris cap. 6. et de modo usurarum Lib. II. cap. 10. *Defid. HERALDUS* Observation. ad ius Attic. Lib. I. cap. 11. *Barn. BRISSONIUS* de Formulis et solemnib. Pop. Rom. Verb. Lib. VI. Nr. CIX. p. 511. *GALVANUS* de Usufructu Cap. XVII. §. 8. pag. 179. sqq. edit. *Tübing. Iac. RAEVARDUS* Varior. Lib. III. c. 1. *GUNDLING* Obligatio nominibus facta, itemque litterarum, in *Gundlingianis* P. XL. Nr. 2. pag. 410. und in einer eleganten lateinischen Uebersetzung der Reichischen Ausgabe von des *Theophilus* Paraphrasi graeca Institut. Tom. II. Excurs. XVII. pag. 1212. sqq. beygefügt. *HEINECCIUS* Syntag. Antiquitat. Roman. Lib. III. Tit. 22. §. 1. sqq. *Io. Nepom. ENDRES* Diss. crit. περί της εν γραμμασει ενοχλης των ευρισκομενων Θεοφιλου Αντικνησωρος. s. de litterarum obligatione Theophili, visiones legitimaes. *Wirceburgi* 1778. *EM-*

darüber in den Classikern und den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten enthaltenen Winke sind theils zu spar- sam, um sich von diesem Contract eine ganz deutliche Idee zu machen; theils scheinen aber auch selbst die Vorstellungs- arten der Alten nicht mit einander übereinzustimmen, in dem der *litteralcontract*, welchen Theophilus beschreibt, ganz von dem verschieden zu seyn scheint, von welchem uns Cicero und andere Classiker Nachricht geben. Diese Wi- dersprüche lassen sich indessen wohl vereinigen, wenn man annimmt, daß der Contract nach Verschiedenheit der Zeiten in mehr als einer Form abgeschlossen worden ist. Wie wollen uns zunächst an den griechischen Paraphrasen hal- ten, welcher, als Mitarbeiter an den Institutionen des Krs Justinian, wofür man nun wohl diesen Theophi- lus ohne allen Zweifel halten kann<sup>63)</sup>, doch gewiß am besten zu sagen wußte, was Justinian unter der veralte- ten *obligatio nominum* verstand. Theophilus giebt uns nun in seiner Paraphrase folgenden Aufschluß.

Ἡ δὲ litteris τὸ παλαιὸν τοιαῦτον ἐπέδρατο ὄρον. Lit-  
teris ἐστὶ, τὸ παλαιὸν χρῆσις εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματι-  
ζόμε-

MINGHAUS ad Cocceji ius civ. controu. h. t. Qu. 18. not. q. besonders L. Parscher von Almendingen über Urkun- deneidition und Argentarien §. 5. in Grolmans Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts 1. Band S. 324. und von Almendingen über die Rationes domesticae der Römer zu den Zeiten der freien Republic; in dem angeführten Magazin 2. Band S. 178. ff. wo er den *contractus nominis* s. *litteralis* nach seiner ursprünglichen Beschaffenheit aus dem Institut de<sup>r</sup> rationum domesticarum und des Argentariats vor- trefflich erklärt hat.

63) C. Phil. Bern. DEGEN Bemerkungen über das Zeitalter und die Institutionen-Paraphrase des Theophilus. 2. Abschn.



ζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικαῖς. Εἰ γὰρ τις ἐχρεώσῃ μοι ἑκατὸν νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσματος, ἢ ἐπερωτήσεως, (πολλὰ δὲ τῶν χρεῶν προτάσεις) ἢ βελόμεν ἢ τῶν ὑπεύθυνος ποιῆσαι τῇ litteris ἐνοχῇ, ἀνάγκη ἦν τυπικὰ λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα πρὸς αὐτὸν, ὃν ἐνοχον ἢ βελόμεν τῇ litteris ποιῆσαι ἐνοχῇ. Ἦν δὲ ταῦτα τὰ ῥήματα, αἵτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο. Τοὺς ἑκατὸν χρυσοῦς, οὗς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας μισθώσεως χρεώσεῖς, σὺ ἐκ συνθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν οἰκείων γραμμάτων; εἶτα ἐνεγράφετο, ὡς ἀπὸ τοῦ ἐνόχε ἤδη γενομένου ἐκ τῆς μισθώσεως, ταῦτα τὰ ῥήματα. Ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν οἰκείων γραμμάτων. Καὶ ἡ μὲν πρετέρα ἐνοχῇ ἀπεσβέννυτο, καινότερα δὲ ἐτίκτετο; τούτεσιν ἢ litteris. αὐτὴ δὲ ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο. i. e. *Litterarum autem obligatio olim hanc recipiebat definitionem: litterarum obligatio est vetus debitum per verba et scripta solemnia transformatum in novum creditum. Nam si quis centum mihi aureos debebat ex emtione vel locatione, vel mutuo vel stipulatione, (multae autem sunt debitorum causae) egoque hunc vellem litteris obligatum mihi reddere: necesse erat solemnia verba dicere et scribere ad eum, quem litteris obligare mihi volebam. Erant autem haec verba, quae et dicebantur et scribebantur: Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, tu ex conventionione et confessione litterarum tuarum dabis? Deinde adscribebantur, ut ab eo, qui iam ex locatione obligatus esset, haec verba: Ex conventionione debeo litterarum mearum*<sup>64</sup>). Et prior obligatio

§ 2

ex-

64) Ich habe mich hier ganz nach der Keigischen Ausgabe des Theophilus gerichtet, und daher auch die Keigische Uebersetzung

extinguebatur, nova autem, id est litterarum, nascebatur. Haec vero ex eo, quod in scriptis consisteret, adpellationem accepit.

Nach dieser Beschreibung des Theophilus war also die alte *nominum* oder *litterarum obligatio*, deren Justinian in seinen Institutionen, als Antiquität, gedenkt, eine Art von Novation, wodurch eine schon vorhandene Schuldverbindlichkeit, sie mochte aus einem Darlehn, oder Kauf oder sonst aus einem Contract entstanden seyn, mittelst einer mündlich ausgesprochenen Formel aufs neue anerkannt, und diese Formel in einen schriftlichen Aufsatz gebracht wurde, so daß nun die vorige Verbindlichkeit aufgehoben

sehung dieser Stelle wörtlich beybehalten, weil sie mit dem griechischen Text genau übereinstimmt. Ich muß indessen hier bemerken, daß die Ausgabe des Fabrotus von den übrigen abweicht, und, statt der griechischen Worte, folgende lateinische Formeln hat: *Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli? — Expensos mihi tulisti.* Anton Schulting in Iurisprud. Antejustin. pag. 163. Heineccius in Antiquitat Rom. Lib. III. Tit. 22. §. 4. not. b. und Hofacker in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2042. not. a. geben der Fabrotischen Ausgabe den Vorzug. Allein Keiß hat in seiner Note zu Theophilus Tom. II. pag. 671. dagegen sehr gründlich erinnert, daß diese Formeln schon darum nicht richtig seyn können, weil es ja ungereimt gewesen wäre, den Schuldner nicht über seine eigene, sondern über die Handlung des Gläubigers zu befragen. Es hätte also, statt jener Formel bey Fabrot, der Gläubiger vielmehr den Schuldner so fragen müssen: *C. aureos — acceptos mihi retulisti? oder tibi a me expensos tulisti?* und die Antwort des Schuldners hätte so lauten müssen: *acceptos tibi retuli; oder expensos tuli.* Er hat also mit Recht dem griechischen Text den Vorzug gegeben.

gehoben war, und blos aus dem neu errichteten schriftlichen Contract geklagt werden konnte. Theophilus ist zwar von mehreren wegen dieser Vorstellungsart getadelt worden<sup>65)</sup>. Salmasius<sup>66)</sup> sagt sogar dem Paraphrasten geradezu ins Gesicht, er habe von der ganzen Sache nichts verstanden; und Zoromari hält das alles für absurd, was Theophilus von der fernerlichen Umschaffung der alten Verbindlichkeit in eine litterarum obligatio gesagt hat. Allein Oiselius<sup>67)</sup>, Schulting<sup>68)</sup> und Galvanus<sup>69)</sup> haben dem griechischen Rechtslehrer alle Gerechtigkeit wiederfahren lassen. Theophilus lebte ja zu einer Zeit, wo ihm alle Hülfquellen zur Erklärung der Institutionen zu Gebote standen. Wer sollte also wohl glauben, er habe uns täuschen wollen, da er die Schriften eines Cajus, Ulpianus, und der übrigen römischen Rechtsgelehrten, welche damals noch vollständig vorhanden waren, zur Hand hatte, aus denen er ohne Zweifel seine Erklärung geschöpft hat, und aus welchen er sich gewiß richtiger belehren konnte, als diejenigen, welche ihn wegen seiner Erklärung tadeln. Daß der litteralcontract bey Cicero und andern römischen Classikern in einer andern Form erscheint, als der, welchen Theophilus beschreibt, kann nichts gegen ihn beweisen. Man unterscheide die Zeiten und Sitten der Römer. Ursprünglich stand freylich der contractus

§ 3

nomi-

65) Man sehe hier besonders ENDRES Diff. cit. §. 17—19.

66) De usuris cap. 6.

67) ad *Caji* Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 12. not. 76. in SCHULTING Jurisprud. Antejust. pag. 161.

68) Ad eund. *Caji* locum. Ibidem pag. 163.

69) De usufructu Cap. XVII. pag. 180.

nominum, oder die obligatio litterarum mit den rationibus domesticis in dem genauesten Zusammenhange. Jeder auf bürgerliche Achtung Anspruch machende römische Paterfamilias führte eine genaue Rechenschaft über seine tägliche Einnahme und Ausgabe. Er führte sie für sich und für den Staat zugleich; für den letztern, damit dieser nichts von den Steuern verliere, welche das Gesetz dem Güterbesitzer auferlegte; für sich, damit ihm die Stufe von politischer Wichtigkeit gesichert bleibe, welche ihm der census angewiesen hatte. Ueber die tägliche Ausgabe und Einnahme wurde ein Journal, oder, wie wir es auch nennen würden, ein Manual geführt. Diese Annotationen, die nur memoriae causa flüchtig niedergeschrieben wurden, hießen *Adversaria*<sup>70)</sup>. Aus dem Inhalt des Manuals wurden von Zeit zu Zeit, vielleicht von einem Monat zum andern, dem Censor bebildigt vorzulegende, einer beständigen Verwahrung im Familienarchiv gewidmete Rechnungen gebildet. Sie hießen *rationes domesticae, tabulae*, oder *codices accepti et expensi*<sup>71)</sup>.

Das

70) Man vergleiche *Andr. ALCIATI* Dispunction. Lib. II. c. 29. et *Παργυῶν* iur. civ. Lib. VIII. cap. 7. *Io. CORASII* Miscellan. iur. civ. Lib. I. cap. 18. nr. 4. *Petr. COSTALII* Adversar. P. I. ad L. I. D. de edendo pag. 91. und *Herm. VULTEII* Disceptat. Scholast. Lib. I. cap. 6. Wie konnte der große *Cuja*; *Observation.* Lib. VIII. cap. 15. von sich sagen: *Adversariorum notationem me non satis compertam habere, ingenue confiteor?*

71) *CICERO pro Roscio Comoedo* cap. 2. sagt: *Quid est, quod negligenter scribamus adversaria? Quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sanctae: haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis*

*filicm*

Das Bedürfniß des Aerariums, über die vollständige Erhebung der Steuern gesichert zu seyn, hatte zwar diese Tabulae erzeugt. Allein auch in der Folge, als nach der Beendigung des letzten Macedonischen Krieges dieses Bedürfniß, und alle directe Besteuerung aufhörte, war es dem Staat dennoch nicht gleichgültig, ob *codices accepti et expensi* geführt wurden, oder nicht. Zur Organisirung der Centurien waren sie unentbehrlich. Denn die in den Classen und Centurien jedem Bürger zukommende Stellen wurden nach dem Vermögenszustande bestimmt. Jeder Bürger war daher gleichsam als Mitregent des Staats berufen, ein guter Haushalter zu seyn, und, daß er es sey, durch seine *codices accepti et expensi* zu beweisen. Der durch diese Tabulae festgesetzte Zustand seines Vermögens, — das Resultat der dem Staat über die Verwaltung desselben abgelegten Rechenschaft, — wurde in das vom Censor geführte Vermögens-Kataster (*tabulae censuales*) eingetragen, und so wurden dann die Documente seiner Häuslichkeit im Staatsarchiv (*Tabularium*) verewigt<sup>72)</sup>. Wer bey dem *census lustralis* mit seiner Hausrechnung nicht bestand, entgieng der *notae censoriae* nicht<sup>73)</sup>. Die Folgen dieses Instituts für das Privatrecht waren sehr wichtig. Denn die *tabulae* sicherten den Beweis von rechtli-

## § 4

then

*fidem et religionem amplectuntur: haec sunt dejecta, illae in ordinem confectae.*

72) Vergl. Io. God. RICHTER lib. de tabulariis urbis Romae. Lipsiae 1736. Cap. 2.

73) CICERO in *Verrem* Lib. I. cap. 23. — Nur der *filiusfamilias*, selbst wenn er ein *peculium* gehabt hätte, hatte keine *tabulae* aufzustellen. CICERO pro *M. Coelio* cap. 7. sagt: *Tabulas, qui in patris potestate est, nullus confecit.*

chen Verhältnissen und Geschäften <sup>74)</sup>. Ihr Inhalt erhielt eine gerichtliche Glaubwürdigkeit, auf welche die Adversaria keinen Anspruch hatten <sup>75)</sup>. Sie mußten ja bei jedesmaliger Schätzung beschworen werden <sup>76)</sup>; und enthielten daher, wie Cicero sich ausdrückt, *perpetuae existimationis fidem et religionem*. Hieraus erklärt sich nun auch die ursprüngliche Form des veralteten *contractus nominum*. Der Gläubiger zeichnete den Vorschuß, welchen er seinem Mitbürger an Geld oder anderen Sachen geleistet hatte, in seine *tabulae* auf den Namen des Schuldners, als ein *expensum*, ein; der Schuldner erkannte ihn dagegen in seinen *tabulis* auf den Namen des Gläubigers, als ein *acceptum*, an. Indem nun ein Theil in seiner auf Pflicht und Gewissen geführten häuslichen Rechnung den andern schriftlich als Schuldner erkannte, der andere aber in gleichem Augenblick in seiner eben so pflichtmäßig geführten häuslichen Rechnung sich schriftlich zum Schuldner bekannte, war der *contractus nominis* geschlossen; und diese Art zu creditiren hieß

74) Cicero rühmt deren Nutzen selbst in *Orat. pro Cluentio* c. 30. wenn er sagt: *Confecit Cluentius tabulas diligentissime. Haec autem res habet hoc certe, ut nihil possit neque additum, neque detractum de re familiari latere.*

75) CICERO *pro Roscio Comoedo* cap. 3. *Adversaria in iudicium protulit nemo; codicem protulit; tabulas recitavit. Tu, C. Piffo, tali fide, virtute, gravitate, auctoritate ornatus, ex adversariis pecuniam petere non auderes.*

76) DIONYS. HALICARNASS. *Antiquitat. Rom.* Lib. IV. p. 221. *Car. SIGONIUS* de antiquo iure civ. Rom. Lib. I. c. 14. *Onuphr. PANVINIUS* de civitate Rom. cap. 52. *Iust. LIPSIUS* de magistrat. Rom. cap. 18. und ENDRES in *Diss. cit.* §. 8. pag. 24.

hieß *Expensilatio* 77). Klage nun der Gläubiger aus einem solchen Contract, so begründete und beurfundete er die Klage zugleich durch Darlegung seines *codex accepti et expensi*. Seine in seiner eigenen Sache verfertigte Urkunde würde freylich nichts bewiesen haben, wenn der Gegner seine *tabulae* ebenfalls aufgelegt, und das *Stillschweigen* derselben über den behaupteten Contract nachgewiesen hätte 78). Allein dann hatte auch der eine oder der andere Theil sich eines infamirenden *dolus* schuldig gemacht, und bürgerliche Schande war seine Strafe 79). Die Uebereinstimmung der gegen einander gehaltenen *tabulae* der Contrahenten, worauf sich das *expensum ferre alicui*, und das *acceptum referre* bezog, machte also bey diesem Contract die *causa civilis* aus, wodurch die *obligatio litterarum* ursprünglich erzeugt wurde 80). In der Folge gab es

77) CICERO *pro Roscio Comoedo* cap. 5. und GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XIV. cap. 2. Vergleiche hier vorzüglich von *Ulmendingen* über die *rationes domesticae* der Römer; in *Srolmans* Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung. 2. Band S. 178. ff.

78) CICERO *pro Rosc. Comoedo* cap. 1. *Quodsi ille (Famius) suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen: at in huius non erit. Cur potius illius, quam huius crederetur? Scripsisset ille, si non iussu huius expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri iussisset?*

79) CICERO *c. l.* *Quemadmodum turpe est scribere, quod non debeatur: sic improbum est, non referre, quod debeas. Aequae enim tabulae condemnantur eius, qui verum non retulit: et eius, qui falsum perscripsit.*

80) Anderer Meinung ist zwar *MADHN* in *Diss. de vera indole litterar. obligationis* §. 4. auch *MAASSEN* läugnet in *Diss. de*  
con-

es zwar keine rationes domesticae mehr. Sie hörten auf, nachdem keine Comitien mehr gehalten wurden. Denn nun fiel das öffentliche Interesse weg, welches den römischen Bürger zur Zeit des Freystaats an die genaue Führung seiner rationum domesticarum fesselte. Das Privatinteresse hingegen mußte den größten Theil der Nation zur stillschweigenden Aufhebung dieses Instituts bestimmen, weil diese nämlich tabulae oft der Verräther von Familiengeheimnissen waren; ihrem Eigenthümer die nota censoria zuziehen konnten; ja selbst bey Anklagen häufiger

De

contractus litt. natura, §. 3. daß aus der alten Expensilation eine litterarum obligatio hergeleitet werden könne, weil nicht die Scriptur, sondern die Numeration die causa civilis des contractus nominum gewesen sey, und der codex expensi et accepti bloß zum Beweis gedient habe. Allein man irrt sich, wenn man die in dem codex expensi et accepti aufgewiesene mit dem acceptum relatum des Schuldners nothwendig verbundene Expensilation für den bloßen Beweis des contractus nominum halten will. Es fällt hier, wie bey unsern Wechselgeschäften, die Urkunde mit dem Beurkundeten zusammen. Die Expensilation, so wie sie aus den tabulis des Gläubigers und des Schuldners hervorgieng, war nichts anders, als der Contract selbst, der in und mit der Urkunde existirte. cicero in Orat. pro Rosc. Comoedo cap. 5. unterscheidet genau zwischen numeratio, und expensilatio, und legt der letzten gleiche Wirkung mit der Stipulation bey. Iam duae partes causae sunt confectae: adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. — Pecunia petita est certa. — Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. S. von Almindingen a. a. D. des Magazins 2. B. S. 216. Not. 60.



Beweise der Schuld, als der Unschuld lieferten<sup>81)</sup>. Daß dem wirklich so sey, sagt uns sehr bestimmt der unverwerfliche Zeuge Uconius Padianus<sup>82)</sup>. Deswegen lebte aber der contractus nominum doch noch in andern Formen fort. Denn die Form dieses Contracts war nicht nothwendig an die codices accepti et expensi des Gläubigers und des Schuldners gebunden. Der Contract konnte in einer eben so rechtsgültigen Form in den tabulis eines andern, oder mehrerer anderer, die man, um recht sicher zu gehen, als Zeugen hinzuzog, oder in dem codex gemeinschaftlicher Freunde, oder eines oder mehrerer Unterhändler (pararii), durch welche das ganze Geschäft zu Stande gekommen war, vorhanden seyn<sup>83)</sup>. Mochten nun auch

81) Wie wichtig das Institut der tabulae accepti et expensi bey Criminaluntersuchungen gewesen sey, hat H. von Almenningen a. a. O. S. 183. ff. vortreflich ausgeführt.

82) *Ad Ciceronem in Verrem Lib. I. cap. 23.* Moris fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, ex quo appareret, quid quisque de redditibus suis, quid de arte, foenore, lucrove seposuisset quoque die, et quid item sumtus damnive fecisset. *Sed postquam obsequandis litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit.*

83) *SENECA de Benefic. Lib. III. cap. 15.* Adhibentur ex utraque parte testes. Ille per tabulas plurium nomina, interpositis parariis, facit. O turpem humano generi fraudis ac nequitiae publicae confessionem! Man sieht aus dieser Aeußerung des Philosophen, daß die Partheyen auch durch wechselseitiges Mißtrauen zu der Uebereinkunft bestimmt werden konnten, das Geschäft durch fremde tabulas beurkunden zu lassen. Hierher gehört auch die Stelle des CICERO *ad Atticum Lib. IV. Ep. 17.* Haec pactio non verbis, sed nominibus et perscriptionibus mul-

immerhin die Contrahenten keine eignen tabulae mehr führen, und aus diesen tabulis keinen contractus nominis mehr klagbar machen können, so halfen sie sich durch fremde tabulae. In der That hatte auch hier der Kläger weniger zu besorgen, als wenn der Contract aus eignen tabulis productirt wurde. Denn durch seine tabulae und durch die in diesen befindliche Expensilation konnte er nichts beweisen, wenn das auf diese Expensilation sich beziehende acceptum relatum in den tabulis des Schuldners fehlte<sup>84)</sup>. Legte er dagegen die Tabulae eines Dritten auf, so mußte erst dieser Dritte als erkaufter Betrüger überwiesen seyn, wenn der Beklagte deswegen hätte frengesprochen werden sollen, weil sich in seinen tabulis das acceptum relatum nicht vorfand<sup>85)</sup>. Zuweilen ließ man auch noch zu mehrerer Sicherheit die tabulae sowohl von dem Schuldner als von den Zeugen unterzeichnen und besiegeln<sup>86)</sup>. Durch  
die

*torum tabulis cum esse facta diceretur, prolata a Memmio est. Auf diese Sitte zielt SENECA noch an einem andern Orte, wenn er de Benef. Lib. II. c. 13. sagt: Quidam nolunt nomina secum fieri, nec interponi paravios, nec signatores advocari, nec chirographum dare.*

84) CICERO pro Roscio Comoedo cap. 2. sagt in dieser Hinsicht: *Suum codicem testis loco recitare, arrogantiae est.*

85) CICERO pro Rosc. Comoedo cap. 1. Solent fere dicere, qui per tabulas hominis acciti (so ist nach GRÄVIUS, statt der gemeinen Lesart hominis citi zu lesen, von acciere, hingurufen, hinzuziehen, andere lesen hominis alieni, andere honesti) pecuniam expensam tulerunt: *Egone talem virum corrumpere potui, ut mea causa falsa in codicem referret?*

86) CICERO spielt hierauf an, wenn er Tusculanar. Disputat. Lib. V. cap. 11. sagt: *Tu quidem tabulis obfirmatis agis mecum.*

Meh,

die rationes publicae der Argentarien wurden jedoch alle diese Weislaufigkeiten und Cautelen entbehrlich. In diesen dauerte der contractus nominis fort, wenn er schon in seiner ursprünglichen Form mit den rationibus domesticis verschwunden war<sup>87)</sup>. Die Argentarien waren nämlich diejenigen Personen, welche die Banken der Römer hielten<sup>88)</sup>. Sie kommen schon im sechsten Jahrhundert vor<sup>89)</sup>, und hatten ihren Namen daher, weil ihr Hauptgeschäft auf Einnahme und Auszahlung von baarem Gelde gleng<sup>90)</sup>. Man nannte sie auch vom Halten der Bank (exercitium mensae) *Mensularii* oder *Mensarii*, *Mensae exercitores*<sup>91)</sup>, und weil sie sich auf das Schätzen und Prüfen der verschiedenen Münzsorten verstanden, und die Münzen gegen Agio umsetzten, *Nummularii* und *Collybistae*

Mehrere Stellen führt HOTOMAN in Commentar. ad Tit. Instit. de litterarum obligat. pag. 352. an, und zieht daraus die richtige Folge, *tum demum obligationis nominum vim fuisse vel maximam, cum a reo tabulae obfignarentur*. Man sehe auch ENDRES Diss. cit. de litterarum obligatione §. 10.

87) S. Gundlingiana Stück XL. Nr. 2. §. 17. und von Almendingen in dem Scrolmanschen Magazin 2. Band S. 217. ff.

88) Man vergleiche hier vorzüglich Herm. HUBERT Disp. I. et II. de argentariis veterum. Trajecti ad Rben. 1739 et 1740. (in Ger. OELRICHS Tbes. Dissertation. Belgicar. Vol. II. Tom. I. Nr. 1. et 2.) und von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien, in Scrolmans Magazin 1. Band S. 319. ff.

89) POLYBIUS Lib. XXXII. c. 13.

90) BRISSENIUS de Verb. Sign. h. v.

91) L. 47. §. 1. D. de pact. L. 24. §. 2. D. de reb. auct. ind. possid. SUTTON in Aug. c. 4. L. 4. D. de edendo.

*bistae* <sup>92)</sup>. Diese Argentarien standen unter einer besondern Aufsicht des Staats <sup>93)</sup>. Ihr Geschäft war daher ein öffentliches Geschäft, bey dessen richtiger Verwaltung das ganze Publikum interessirt war <sup>94)</sup>. Ihnen vertraute der Kapitalist sein Geld an, und sie sorgten für die Unterbringung desselben. An sie wandte sich der Geldbedürftige, und sie verschafften ihm unter billigen Bedingungen ein Darlehn. Durch ihre Darzwickenkunst konnte der Gläubiger gegen die Gefahr, es mit unsichern Schuldnern aufzunehmen zu müssen, gedeckt, und der hülfsbedürftige Schuldner gegen die, sich jeden Bedingungen des Gläubigers unterwerfen zu müssen, gesichert werden. Sie mußten aber über alle ihre Geschäfte ein genaues Verzeichniß führen, und darüber genaue Rechenschaft ablegen <sup>95)</sup>. Dazu hielten sie ihre Bücher, (*codices rationum*) worin jeder Empfang, jede Ausgabe nach Tag und Datum verzeichnet war <sup>96)</sup>. Durch die Strenge der Polizeiaufsicht, und durch die Genauigkeit, mit welcher diese Bücher geführt wurden, erhoben

92) *Collybistae* sagt ZONARAS bey CUJACIUS Lib. X. Obs. 14. sunt, qui minuta numismata vendunt vel nummos. COLLYBUS enim Graecis minutum numisma, quod Romanis nummus vocatur.

93) L. 1. §. 9. D. de officio praef. urbi. Curare debet Praefectus urbi, et nummularii probe se agant circa omne negotium suum: et temperent his, quae sunt prohibita.

94) L. 10. §. 1. D. de edendo. Officium argentariorum et ministerium eorum publicam habet causam.

95) L. cit. 10. §. 1. sagt: Haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant.

96) PLINIUS *Histor. natur.* Lib. II. cap. 7. CICERO pro *Caecinna* cap. 6. Se autem habere *argentarii tabulas*, in quibus sibi expensa pecunia lata sit, acceptaque relata.

ben sie sich zur Würde öffentlicher Urkunden <sup>97)</sup>. Daher *mensae scriptura* den vollgültigsten Beweis gab <sup>98)</sup>. Jedes von einem *Argentarius* geführte Geschäft, wenn es im *codex rationum* eingetragen, und jedem Interessenten eine Abschrift davon zugestellt worden, ward dadurch zum *negotium stricti iuris*, und es mußte dabei sein Bewenden haben, wenn auch sonst kein Geschäft bewiesen werden konnte. Hierdurch ward nun auch die *obligatio nominum* contrahirt. Der *Litteralcontract* war also jetzt nichts anders, als ein durch Dazwischenkunft des *argentarius* schriftlich geschlossenes, im *codex rationum* eingetragenes Geschäft, zu dessen Beglaubigung jedem Theile eine Abschrift zugestellet worden <sup>99)</sup>.

Der *Argentarius* erscheint hier nicht als bloßer Unterhändler. Er war selbst bey dem Geschäft ein wesentlicher Theilnehmer. Er contrahirte mit dem Schuldner; ihm ward die Bezahlung versprochen. An ihn hielt sich aber auch der Kapitalist, der sein Vermögen der Bank anvertrauet hatte. Er schloß also, als Repräsentant beider Theile, den *contractus nominis* auf gewisse Art mit sich selbst ab <sup>100)</sup>. Seine Dazwischenkunft wirkte Bündigkeit und Gewißheit. Das *Argentariat* dauert bis auf *Justinians*

97) L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. possid. Qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt.

98) L. 27. §. 1. D. de furtis.

99) E. von Almendingen in Grolmans Magazin 1. Band S. 324. ff. u. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 172. der zweyten Auflage.

100) E. v. Almendingen in Grolmans Magazin 2. Bd. S. 325. und 2. Band S. 217. u. 218.

nians Zeiten, und noch späterhin fort. Justinian, von dem großen Nutzen dieser Anstalt überzeugt, widmete ihm eigene Novellen und Edicte<sup>1)</sup>, worin er vieles zum Faveur der Argentarien verordnete, weil er sie *propter ingens studium, quod argentarii in communes contractus* (κατὰ τὰ κοινὰ συμβόλαια) collocant, wie es Nov. 136. cap. 1. heißt, einer solchen Begünstigung vorzüglich würdig hielt<sup>2)</sup>. Allein gerade daraus haben manche<sup>3)</sup> einen Beweis hernehmen wollen, daß der contractus nominum mit dem Argentariat in keiner Verbindung gestanden habe, weil sonst Justinian in seinen Institutionen nicht hätte sagen können, daß dieser Contract zu seinen Zeiten außer Gebrauch gekommen sey. Wie wenig aber dieses Argument beweise, hat schon Gundling<sup>4)</sup> gezeigt. Daß Justinian von demjenigen litteralcontract, welcher per scripturam mensae geschlossen wurde, gar nicht rede, lehrt ja Theophilus, gewiß der beste Ausleger Justinians, in seiner Paraphrase deutlich genug. Unverkennbar zielt hingegen Paulus auf die scriptura mensae, wenn er L. 38. D. de obligat. et act. sagt: Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis signi-

1) Nov. 136. et Edict. 7. et 9.

2) Von den besondern Rechten und Privilegien der Argentarien handelt vorzüglich HUBERT Diff. II. de argentariis veterum Cap. 2. in OBLRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. p. 120. sq.

3) SALMASIUS de Usuris. Cap. VI. pag. 145. (edit. Lugd. Bataavor. 1638. 8.) MAASSEN in Specim. de contractus litteralis natura. §. 2. u. a.

4) Gundlingiana Stück XL. Nr. 2. §. 17. C. 432. ff.

significaretur. Denn Paulus handelt *Libro III. ad Edictum*, woraus dieses Fragment genommen ist, von dem Edict des Prätors de edendo, wodurch er den Argentarien die Verbindlichkeit zur Edition ihrer Bücher und Rechnungen auflegt, und jedem dabey interessirten Theil das Recht giebt, dieselbe zu verlangen, wie aus *L. 2. L. 5. und L. 7. D. de edendo* erhellet, welche, wie Edmund Merillius<sup>5)</sup> ganz richtig bemerkt, mit jener *L. 38. D. de obligat. et act.* zu verbinden sind. Wie wenig Justinian, wenn er in dem oben angeführten Titel seiner Institutionen *de litterarum obligationibus* von einer zu seinen Zeiten veralteten obligatio nominum spricht, diejenige gemeint haben könne, welche durch Darzwisehenkunft eines Argentarius geschieht, erhellet daraus, weil er in der *Nov. 136. cap. 5. et 6.* verordnet, daß dem Argentarius keine exceptio non numeratae pecuniae entgegengesetzt werden solle. Komte er denn auf eine eclatantere Art erklären, daß die scriptura mensae ein wahrer und noch jetzt gültiger litteralcontract sey<sup>6)</sup>? Es kann also wohl der zu Justinians Zeiten zu einer Antiquität herabgesunkene contractus nominum kein anderer gewesen seyn, als den Theophilus beschreibt, und welcher sich ohne Zweifel aus der alten obligatio litterarum gebildet hatte, die zu Ciceros Zeiten galt. Schon hundert Jahre später konnte dieser Contract nicht mehr in der Gestalt geschlossen werden,

in

5) Commentar. ad Institut. Tit. de litterar. obligat. pag. 362. (edit. Trotz. Trajecti ad Rben. 1739.) Man vergleiche auch *Ian. a costa* Commentar. ad §. 2. Institut. de obligat. pag. 399.

6) *E. Iac. Cujacii* Exposit. *Nov. 136.* und *ENDRES* Diss. cit. de litterarum obligatione. §. 5.

In welcher er bey Cicero erscheint. Denn jetzt gab es keine *rationes domesticae* mehr. Aber darum lebte der *Contract* doch noch sowohl in den Rechnungen der *Argentarien*, als in einer andern Form fort. Denn die Form des *contractus nominis* war, wie bereits oben bemerkt worden, nicht nothwendig an die *codices accepti et expensi* des Gläubigers und des Schuldners gebunden, so genau er auch ursprünglich, wie es scheint, damit zusammenhing. Die Kaiser *Arcadius*, *Honorius* und *Theodosius*<sup>7)</sup> geben uns einen wichtigen Beweis, wie gewöhnlich es zu ihren Zeiten gewesen seyn müsse, eine Schuld, sie mochte aus einem Darlehn oder aus irgend einem andern *Contract* herrühren, mittelst eines schriftlichen Aufsatzes in eine *obligatio litterarum* zu verwandeln, wenn sie sagen: *Si quis debiti, quod ex foenore, vel mutuo data pecunia fumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, translatum est, seu fideicommissi dirigat actionem, — ruptis denunciationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere, ac suas allegationes iubeatur proponere.* Ein solcher schriftlicher Aufsatz, welcher die feyerliche Anerkennung der Schuld enthielt, hieß *Syngrapha*, weil er, wie *Asconius Pedianus*<sup>8)</sup> sagt, von beyden Theilen, dem Schuldner und Gläubiger, unterschrieben wurde, auch jeder Theil ein Exemplar erhielt. Daß man sich da  
bey

7) *L. 6. Cod. Theod. de denunc. et edit. rescripti.*

8) *Ad Ciceronem in Verrem Lib. I. cap. 36.* bey *GRAEVIVS* *Oration. Ciceron. Tom. I. P. I. p. 494.* *Caeterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphae, signatae utriusque manu, utriusque partj servandae traduntur.*



bei einer, der Stipulation ähnlichen, Formel bedient habe, welche dem schriftlichen Aufsatz einverleibt wurde, lehrt Theophilus. Es erhellet dies auch aus dem Beispiel einer solchen Schuldverschreibung, welches Paulus<sup>9)</sup> anführt. Daher wurde auch die aus dem Geschäft entspringende Klage *actio ex chirographo ex stipulatu*<sup>10)</sup> genannt. Aus einer solchen cautio entstand nun eine so strenge Verbindlichkeit, daß der Gläubiger daraus klagen, und gewinnen konnte, wenn gleich der Aussteller derselben kein Geld erhalten hatte, wie Ulpianus<sup>11)</sup> uns ebenfalls ganz bestimmt sagt. Noch verdient hier eine Stelle aus den Fragmenten des Cajus einen Platz. Sie unterstützt die Lehre des Theophilus, und beweist, daß die litterarum obligatio eben so, wie die Stipulation, das gemeine Mittel

3 2

gewe

9) L. 40. D. de reb. credit. Lecta est in auditorio Aemilii Papi-  
niani, Praefecti praetorio, Icti; cautio huiusmodi: *Lucius  
Titius scripsi, me accepisse & Publio Maevio quindecim mutua,  
numerata mihi de domo: et haec quindecim proba recte dari ka-  
lendis futuris stipulatus est P. Maevius, sponendi ego Lucius Ti-  
tius.* Man vergleiche über diese Stelle Corn. van BYNKERSHOEK  
ad L. Lecta 40 Dig. de reb. credit. Liber sing. Lugduni Batavi.  
1699. 8.

10) L. 17. pr. D. de doli mali et met. except.

11) Cit. loc. In syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio ve-  
nit, et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata,  
pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque  
Graecorum. Der Prätor gab jedoch der Billigkeit wegen die  
exceptio doli mali, wenn der Beklagte beweisen konnte, daß  
er kein Geld erhalten habe. §. 2. I. de exceptionib. L. 2. §. 3.  
L. 2. §. 16. D. de doli mali et met. except. S. Ev. OTTO Com-  
ment. ad Tit. Institut. de litt. obligat. nr. 7. et 8. UND HUBERT  
Diff II. de argentariis veter. Cap. V. §. 2.

gewesen sey, Verblindlichkeiten durch Novation zu begründen und zu bekräftigen. So wie wir sie jetzt aus Anians Ueberbleibseln haben, scheint sie freylich sehr interpolirt zu seyn, Theophilus aber hat sie gewiß noch unverfälscht benützt. Sie ist aus des Cajus Institutionen Lib. II. Tit. 9. §. 12. wo sie uns Anian bey Schulding<sup>12)</sup> auf folgende Art hinterlassen hat: *Litteris obligatio fit, aut a re in personam, aut a persona in personam. A re in personam, veluti si id, quod ex emtione aut conductione, aut societate debes, alii reddas. A persona in personam, velut si id, quod mihi alter debet, alteri personae delegem, ut reddere debeat.* Ich übergehe die bey dieser Stelle versuchten Emendationen eines Diselius und Schuldings<sup>13)</sup>. Schimmert die Wahrheit auch gleich nur durch einen Nebel, so bleibt doch immer diese Stelle zur Vertheidigung des Theophilus ein schätzbares Fragment. Aus dem allen läßt sich nun begreifen, warum aus einer bloßen Handschrift nicht geklagt werden konnte, welche die Form einer *litterarum obligatio* nicht hatte, sondern dem Kläger immer der Beweis der Numeration zur Last fiel, wenn der Beklagte die *exceptio non numeratae pecuniae* entgegensetzte. Wir lernen aber auch hier die Gründe kennen, warum es nöthig war, dieser Exception in einen bestimmten Zeitraum einzuschränken, und wie der neue *litteralis contract* sich schon vor Justinian bildete, wodurch die *nominum obligatio*, die durch eine schriftliche Förmlichkeit errichtet wurde, zur Antiquität herabsank. So billig es nämlich auf der einen Seite schien, für bedrängte Schuldner

ner

12) In Jurisprud. antejustin. pag. 160. sqq.

13) Cit. loc. pag. 161. et 163.

ner zu sorgen, die vielleicht oft aus Noth sich bewegen ließen, einen Schuldschein auszustellen, ohne noch dessen Gegenstand wirklich erhalten zu haben, und so gerecht in dieser Hinsicht das Rechtsmittel der *exceptio non numeratae pecuniae* war; so ungerecht hätte die Gesetzgebung auf der andern Seite gegen den Gläubiger gehandelt, der das Geld wirklich gezahlt hatte, wenn er nun noch erst nach Jahren, wo er die Schuld zurückverlangt, sich einer Beweisführung hätte unterziehen sollen, wozu die Mittel, die früher zur Unterstützung seiner Forderung dienen konnten, ihm nun vielleicht nicht mehr offen stehen. Um also einem solchen Gläubiger nicht auch das letzte noch abzuschneiden, was vielleicht einzig ihm bisher zur Sicherheit übrig blieb, bestimmten die neuern Gesetze peremptorisch einen Zeitraum, nach dessen Ablauf die *exceptio non numeratae pecuniae* nicht mehr Statt haben, sondern der Schuldner zur Bezahlung des Geldes sollte verurtheilt werden können, dessen Empfang er schriftlich bekannt hätte. Ich muß mich hier abermals auf den Theophilus berufen. Denn niemand hat die Gründe dieses neuen *litteralcontract*s so vollständig dargelegt, als dieser griechische Paraphrast. Er fährt nämlich, nachdem er seine Idee von dem veralteten *litteralcontract* niedergelegt hatte, auf folgende Art in seiner Belehrung fort.

Σήμερον δὲ ταῦτα οὐκ ἔστιν ἐν χερσὶν ἔστι δὲ εὐρεῖν, εἰ τις ἀκριβέστερον κατανοήσῃ, καὶ σήμερον πολιτευομένην τὴν *litteris* ἐνοχλῶν κατ' ἕτερον σχῆμα. Εἰ γὰρ τις βεβλημένος δανείσασθαι παρ' ἐμῆ διαλεχθῆ μοι περὶ τούτου, ἐγὼ δὲ ἐπίτρεψα αὐτὸν ποιῆσαι μοι γραμματεῖον, καὶ δὴ κατ' αὐτὸν οὐ παρόντος ἐμοῦ τὸ γραμματεῖον ἐποίησεν, ἐν ᾧ εἶπεν, ὅτι

Ἐδανείσάμην ἐγὼ κατὰ τὴν σήμερον ἡμέραν παρὰ τοῦδε, καὶ ταῦτα ἐποφείλω ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐνετέθη, ἦγεν καὶ ἐντεθεῖσα ἄχρηστος ἦν, διὰ τὸ γεγενῆσθαι τὸ τοιοῦτον συμβόλαιον οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος, Ἐνταῦθα χρόνος παραδραμόντος πολλὰ ζητεῖται, εἰ δυνατόν ἐνάγεσθαι τὸν τὸ εἰρημένον ἐκθέμενον γραμματεῖον; καὶ λέγομεν ὅτι εἰδὲ ἀπὸ τῆς γε δυνατόν ἐναχθῆναι τὸ παρὸν πρόσωπον, οὐ γάρ γεγόνην ἀπαριθμήσις, εἰδὲ ἀπὸ τῆς *verbis*, ἐπειδὴ μὴ παρόντων τῶν δύο μερῶν γέγονεν ἡ ἐπερώτησις, ἢ αὐτὸ τοῦτο εἰδὲ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις· λείπεται ἂν ἀπὸ μόνων τῶν γραμμάτων ἔνοχον αὐτὸν γενέσθαι. καὶ ἰδοῦ, ποτὲ καὶ σήμερον γίνεται τις ἔνοχος τῇ *litteris*.

Ὁ δὲ πολὺς χρόνος πάλαι μὲν εἰς τὴν πενταετίαν περιστήκει· μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν χρόνον οὐκ ἦν ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναγκυρίας παραγραφὴν, τετέσι τὴν *non numeratae pecuniae*, καὶ λέγειν τῷ δανείσῃ, Δειξὼν ὅτι ἀπαριθμήσας· τοῦτο γὰρ πολλαῖς βασιλείων εἴρηται διατάξεις. Ἐπειδὴ δὲ τοῦτο δυσχερὲς ἦν τοῖς κρεδίτωρσιν, ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, ἔνα μὴ πολλοῦ παραδραμόντος χρόνος, τετέσι τριετίας ἢ τετραετίας, μετὰ τοσοῦτον χρόνον αἱ κρεδίτωρὲς ἀπαιτῆ μὲνοι ἀποδεκνύσιν, ὡς ὅτι ταῦτα ἀληθῆ ἐσι, διὰ τὸ μῆκος τῆ παραλθόντος χρόνος εἰς δυσχέρειαν τῶν ἀποδείξεων ἐμπίπτουσιν, καὶ ἐντεῦθεν τῶν οἰκείων σεροῖντο χρημάτων, διατάξιν ἐποίησεν, ἣτις τὴν πενταετίαν εἰς διετίαν περιέσχεν· ὥστε εἴν εἰσω τάτε τῆ χρόνος καλῶς ἢ τοιαύτη ἀντιτεθεῖσεται παραγραφὴ, μετὰ δὲ τὴν διετίαν εἰδὲ ὅλως.

Das heißt nach der Keilsischen Uebersetzung:

*Sed haec hodie non sunt in usu. Invenire tamen licet, si quis curatius consideret, et hodie litterarum obligationem usurpari sub alia forma. Nam si quis a me mutuari cupiens,*

*piens, ea de re mihi locutus sit, egoque ei concesserim, ut mihi cautionem scriberet; atque is solus me non praesente cautionem scripserit, in qua dicat: Ego mutuatus sum hodie ab illo, eaque debeo; sed stipulatio non inserta sit, aut inserta etiam inutilis sit, quia huiusmodi instrumentum factum est non praesente creditore. Hinc multo elapso tempore quaeritur, an conveniri possit, qui dictam cautionem emisit; et dicimus, neque ex obligatione re contracta hanc personam conveniri posse, neque enim numeratio facta est; neque ex verborum obligatione, quoniam non praesentibus ambabus partibus stipulatio facta est, aut nec ulla omnino facta est stipulatio. Restat igitur, ex solis eum litteris obligari. Et ecce, interdum et hodie aliquis obligatur litteris.*

*Multum autem tempus olim quidem intra quinquennium constitit: nam post hoc tempus non licebat opponere exceptionem non acceptae, id est, non numeratae pecuniae, et dicere creditori: Proba te numerasse: hoc enim multis Imperatorum constitutionibus cautum est. Quoniam autem hoc creditoribus difficile erat, Imperator noster, ut ne multo elapso tempore, id est, triennio aut quadriennio, creditores post tantum temporis probare iussi, haec esse vera, propter longitudinem elapsi temporis in difficultatem probationum inciderent, atque exinde pecuniis suis spoliarentur, constitutionem fecit, quae quinquennium intra biennium conclusit. Itaque intra hoc tempus huiusmodi exceptio recte opponetur: post biennium autem nequaquam.*

Einen fernern Beweis, daß unsere Ansicht des neuen Litteralcontractes dem Römischen Recht vollkommen gemäß sey, giebt eine schon ältere Verordnung des Krs Severus

L. 8. Cod. de non. num. pecunia woraus zugleich erhellet, daß der neue Litteralcontract schon vor Justinian bekannt war. Es heißt nämlich in dieser L. 8. cit.

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus, defunctus est; residuum tempus eius heres habebit, tam adversus creditorem, quam adversus eius heredem. — Sin vero legitimum tempus excessit, — omnimodo heres eius, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur.

Wenn ich nun noch zum Ueberflus die deutsche Stelle des § 2. I. de obligat. hinzufüge, wo Justinian sagt, daß die Contracte nach ihrer causa von viererley Art sind.

Obligatioes aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu;

so muß man sich wirklich wundern, daß es dennoch so viele Rechtsgelehrten<sup>14)</sup> giebt, welche sich einbilden, daß  
das

14) Man vergleiche Sam. Frid. WILLENBERG Selecta iurisprud. civilis (Gedani 1728. 4.) P. II. Exercit. 32. Io. Gottl. LANGSDORF Tractat. de pactis et contractib. Romanor. (Manhemii 1777. 4.) Cap. 8. §. 117. sqq. Dr. Meurers Lehre von der exceptio non numeratae pecun. 5. Kap. und Desselben Leichenrede auf den sogenannten jüngern oder Justinianischen Litteralcontract, (in desselben jurist. Abhandlungen u. Beobachtungen. 1. Samml. 2. u. 3. Aufsatz.) Sigm. Lehren Erörterung der Rechtsfrage, ob der Schuldner, der einen Schuldschein ausgestellt hat, ohne das Geld empfangen zu haben, nach dem Verlaufe zweyer Jahre noch die ordentliche Einrede habe, daß ihm das Geld nicht sey aufgezählt worden. Freiburg im Breisgau 1788. 8. (S. Hartlebens allg. meine Bibliothek der neuesten jurist. Litteratur. 3. Bandes 1. Stück.

das Justinianeische Recht keinen wahren *litteralcontract* kenne, sondern der gewöhnlich angenommene nach Form und Inhalt ein von den Auslegern lediglich erdachtes *Un- ding* sey. Befolgen wir freylich blos die Natur der Sache, gehen wir von dem Grundsatz aus, jeder *Contract* erfordere ein wechselseitiges Einverständnis in eine von beyden Theilen bestimmte *Obligation*, woran es doch offenbar fehlt, wenn die Handschrift blos in der Hoffnung ausgestellt worden, den Gegenstand derselben zu empfangen, dieser aber nicht erfolgt ist; erwägen wir ferner, daß es gewiß sonderbar genug klingen würde, wenn der Kläger sagen wollte, er klage, ungeachtet er nicht wirklich ein Darlehn gegeben habe, blos weil sich der Beklagte einmal schriftlich zu dem Empfang desselben bekannt habe, und so nachlässig gewesen sey, die Handschrift vor dem Ablauf zweyer Jahre zurückzufordern; bedenken wir überdem, daß hier bey ein und eben derselben Handschrift zwey von allen Regeln des Beweises abweichende Extreme angenommen werden, nämlich daß sie vor dem Ablauf des gesetzlichen Termins gar nichts beweisen, und nach dem Ablauf desselben eine allen Gegenbeweis ausschließende Beweiskraft haben soll, da es doch weit natürlicher zu seyn scheint, wenn man annimmt, daß wenn nach Ablauf des gesetzlichen Termins das sin-

g w

1. Stück. S. 192. ff.) Braun's Abhandl. ob es eine blos eingebildete Billigkeit sey, wenn die Rechtsgelehrten dem Beklagten nach zwey Jahren noch mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes hören, und mit dem Beweise zulassen? in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 4. und Christ. Heint. Rösch Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen *Etivilrechtsgelehrtheit* 1. Band Nr. 13. S. 151. ff.

guläre Recht wegfällt, welches bey der exceptio N. N. P. dem Kläger, des in Händen habenden schriftlicher Eingeständnisses seines Gegners ungeachtet, die Beweislast aufbürdet, nun das ordinäre Recht wieder eintreten müsse, nach welchem auch gegen schriftliche Eingeständnisse wenigstens ein Beweis durch klare Documente, und unverwerfliche Zeugen zugelassen wird<sup>15)</sup>; fügt man endlich noch die Betrachtung hinzu, daß es schwer zu erklären sey, wie ein Darlehn, daß nicht gegeben ist, nach einem Zeitverlauf von zwey Jahren in eine neue Art von Contract, in einen litteralcontract übergehen könne; so darf man sich wohl freylich nicht mehr wundern, wenn so viele Rechtsgelahrten keinen litteralcontract annehmen. Er kann auch in dem System des jetzt geltenden Rechts, wie ich §. 788. zeigen werde, keinen Platz mehr behaupten. Allein dessen ungeachtet würde man die so deutlichen Stellen des Röm. Rechts, welche von der obligatio litterarum sprechen, mit Gewalt verdrehen müssen; wenn man behaupten wollte, daß das System des justinianischen Rechts keinen litteralcontract kenne, wie auch Zugo<sup>16)</sup> bemerkt, und Pfeiffer<sup>17)</sup> gegen Meurer sehr gründlich ausgeführt hat. Er läßt sich auch in der allgemeinen Bedeutung des Wortes contractus, für Verbindlichkeit überhaupt genommen, mit Weber<sup>18)</sup> vollkommen rechtfertigen,

15) L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de non num. pecun. L. 14. Cod. de contrah. et committenda stipulat.

16) Civilistisches Magazin 1. Band. S. 448. ff.

17) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts S. 167. ff.

18) Zu Höpfners Commentar über die Institutionen §. 850. Not. 1. S. 902.



gen, indem er alsdann, mit litterarum obligatio synonym, die Verbindlichkeit anzeigt, die nach Ablauf der gesetzlichen Zeit von zwei Jahren aus einer Handschrift entsteht, welche über den Empfang eines Darlehns ausgestellt worden ist, und vermöge welcher der Aussteller, so wie desselben Erbe zur Bezahlung condemnirt werden kann, ohne mit einem weitem Gegenbeweis des Nichtempfangs Gehör zu finden. Die Worte in dem *§. un. l. de litt. oblig. Si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post lapsum temporis exceptionem opponere non potest.* Sic fit, ut scriptura obligetur, et ex ea nascatur condictio; und der Satz der *L. 14. Cod. de non num. pecun. biennio elapso NULLO MODO exceptio non numeratae pecuniae introduci potest*, verbunden mit *L. 8. Cod. eodem*: wo es heißt: *Sin vero legitimum tempus excessit, — OMNINO heres eius debitum solvere compellitur*, lassen gar keinen Zweifel übrig. Nur einige der vorzüglichsten Gründe, welche man unserer Ansicht entgegensetzt, verdienen hier noch eine etwas genauere Beurtheilung; weil man sie, soviel ich weiß, noch nicht hinlänglich widerlegt hat. Den einen glaubt man in der *L. 1. Cod. de condict. ob turpem caus.* gefunden zu haben, in welcher es heißt:

*Si ex cautione tua conveniri coeperis: nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem, ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est; et eo impleto absolutio sequetur.*

Man schließt hier so. Der Exculpent soll nach diesem Gesetz beweisen, daß keine Numeration erfolgt sey. Ein  
sol

solcher Beweis hätte nicht auferlegt werden können, wenn die Exceptio N. N. P. noch Statt gehabt hätte. Nichts war ihr Termin schon verfloßen, weil vorher der Kläger bewiesen mußte. Das Gesetz läßt also noch nach Ablauf des gesetzlichen Termins Beweis zu. Allein diese Verordnung ist ja vom Kaiser Antonin. War denn damals der exceptio N. N. P. schon ein gewisses Ziel gesetzt? Man setzt also hier etwas voraus, was noch erst bewiesen werden mußte. Doch ganz davon abgesehen, so ist hier eigentlich von der exceptio N. N. P. gar nicht die Rede, sondern von dem Falle, da eine Summe Geld um eines unerlaubten Zwecks willen versprochen, und darüber eine Handschrift ausgestellt worden war. Der Aussteller wird daraus belangt, und setzt die exceptio turpis causae entgegen, und nur als Folge davon wird die Nichtzahlung des Geldes angeführt. Natürlich muß hier die exceptio turpis causae, als wahre Einrede, nicht sowohl gegen die Existenz des Darlehns, als vielmehr gegen die Gültigkeit des anerkannt eigenhändig ausgestellten Schuldscheins gerichtet, von dem Exipienten bewiesen werden, und ein eintretendes oder erloschenes Privilegium ist dabey ganz undenkbar. Die Richtigkeit dieser Erklärung bestärken die Basiliken<sup>19)</sup>, in welchen diese Verordnung auf folgende Art paraphrasirt ist:

Επηρεωτήθη τις Φανεράν ποσότητα ἐπὶ ἀσχερᾶ αἰτίας τῶ λαμβάνοντος. τυχόν ἐπὶ τῷ τὸν λαμβάνοντα μὴ Φονεῦσαι. καὶ ἀπαιτούμενος ἤτησεν ἔχειν τὸ ἀνενόχλητον, καὶ δίδωκεν ἢ διαταξίς οὕτως. εἰ ἐκ τῆς σῆς ὁμολογίας ἀρξῆ μεθοδέυσθαι, οὐχὶ ἠρῖβμήθη δὲ σοὶ τὰ χρήματα, ἀλλὰ δι' αἰσχερᾶν αἰτίαν, καὶ διὰ τῶ τοιοῦτου ὅπερ γίνεσθαι ἀπηγορεύεται, ἐκτεθῆναι  
τὴν

19) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 2. Constit. 10. pag. 522.

τὴν τοιαύτην ὁμολογίαν παρὰ τῷ μελλοντι δικάζειν ἀποδείκνυσθαι χρεὶ. καὶ τούτου δεχθέντος, ἄφρασι παρακολουθήσει.  
 i. e. *Quidam promiserat certam pecuniae quantitatem ob turpem causam accipientis, forte ne hominem occideret. Cum autem eo nomine conveniretur, petit ne inquietaretur: quod ei constitutio indulget his verbis. Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam pecuniam tibi numeratam esse, sed ob turpem causam, et quam fieri prohibitum est, interpositam eiusmodi cautionem, ei, qui super ea re cogniturus est, probari oportet: et eo probato, absolutio sequetur.*

Einen andern Grund, den besonders Voet<sup>20)</sup> für ganz entscheidend hält, nimmt man her aus *L. 6. Cod. de compensat.* wo der Kaiser Alexander an einen gewissen Polibens auf folgende Art rescribirt:

*Neque scriptura, qua cautum est accepta, quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit: et compensationis aequitatem iure postulas. Non enim prius exfolvi, quae debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris.*

Hier soll nun ausdrücklich verordnet seyn, daß eine Handschrift, worin man etwas empfangen zu haben bekannt hat, den Aussteller nicht verbinden solle, wenn er nachher den Empfang läugnet, und den Beweis davon führen kann. Man hätte dieses Argument noch wichtiger machen können, wenn man es recht zu benutzen gewußt hätte. Denn es ist hier von einem Empfangscheln über ein Senrathes

20) Commentar. ad Pand. h. t. §. 33.

rathsgut die Rede, welchen der Ehemann ausgestellt hatte, und woraus die Frau auf Restitution des Hensrathsgutes klagte. Der Mann setzte der Klage theils die exceptio non numeratae dotis, theils die Einrede der Compensation entgegen. Man sieht dies noch deutlicher aus den Basiliken<sup>21)</sup>, in welchen diese Verordnung auf folgende Art erläutert wird.

Απαιτούμενός τις προίκα παρὰ τῆς ἰδίας γυναίκος, πρῶτον μὲν ἔλεγεν, ὅτι οὐτε ὑπέδεξατο ταύτην. ἔπειτα δὲ, ὅτι εἰ καὶ ὑπέδεξατο, ἀπεσύλησεν δὲ αὐτῶν τινὰ ἢ γυνή, καὶ ἀντιτίθει ἀντέλλογον· περὶ ἐκατέρων τοίνυν ἡ διάταξις ἀντιγράφουσα λέγει· ὅτι οὐδὲ τὸ ἔγγραφον ἔνοχον ἠδυνήθησε παῖσαι εἰς τὴν οὐχ ὑπέδεξα ποσότητα· ἀλλὰ καὶ ὁ ἀντέλλογος, ὃν συγχωρεῖ ἀπαιτηθῆναι πρὶν ἢ γίνηται σοι τὸ ἰκανόν, ἐφ' οἷς λέγεις ἀντιχρεωσῆσθαι, ἐξ ἧν ἡ γυνή, διαζυγίου ἕνεκεν ἀπεσύλησεν.

i. e. Cum uxor dotem a marito repeteret, primum quidem ei obiciebat, se eam non recepisse: deinde licet recepisse eam concederet, quaedam uxorem amovisse contendebat, quorum compensationem opponebat. Ad utrumque igitur constitutio ita rescribit. Neque scriptura in quantitatem, quam non recepisti, obligare te potuit, sed et compensatio petitionem inhibet, priusquam tibi satisfactum sit eorum nomine, quae tibi vice mutua deberi contendis: eo magis, quod ea tibi debere dicis, quae uxor tua divortii causa amovit.

Allein das Argument verliert alles Gewicht, wenn man erwägt, daß zu der Zeit, da dieses Gesetz gegeben wurde, die exceptio non numeratae dotis noch in keinen bestimmten Zeitraum eingeschränkt war, sondern zu aller  
Zeit

21) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. Constit. 30. pag. 580. sq.

Zelt mit der Wirkung vorgeschützt werden konnte, daß der Kläger, welcher auf die Zurückgabe des Heyrathsgutes klagte, den Beweis der geschenehen Auszahlung führen mußte, ohne den darüber von dem Ehemann erhaltenen Empfangschein zum Beweis gebrauchen zu können<sup>22)</sup>. Denn man vermuthet, daß der Ehemann den Empfangschein bloß aus Verlangen, desto eher in den Besitz der Braut zu kommen, ausgestellt habe, ohne das Heyrathsgut wirklich empfangen zu haben. In dieser Hinsicht sagen die Kaiser Sever und Antonin L. 1. Cod. de dote cauta non numerata.

*Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es.*

Allein Justinian schränkte in seiner neuern Gesetzgebung nachher diese Exception aus besonderer Begünstigung des Brautshaßes ein, und setzte auch ihr eine peremptorische Frist, nach deren Ablauf sie nicht mehr Statt haben soll<sup>23)</sup>, *tempore querelam tollente, et ad omnia sufficiente mulieri,*

22) *Œ. Franc.* BALDUINI Justinianus. Lib. I. pag. 15. wo er sehr richtig bemerkt. *Veteres exemplo exceptionis non numeratae pecuniae videntur introduxisse hanc exceptionem non numeratae dotis, ut misero marito succurrerent, qui inani spe illectus, et uxoris ducendae desiderio incensus, saepe sibi parum cavet, et numeratae dotis fallacem cautionem conscribi, antequam dos numerata sit, facile patitur.*

23) Es geschah dies zuerst durch die L. 3. Cod. de dote cauta, wo Justinian die exceptio non num. dotis nach getrennter Ehe in einen Zeitraum von einem Jahre einschloß, ohne  
dar

*mulieri*, wie Justinian Nov. 100. Kap. 1. und 2. sagt. Daß aber nach dem Ablauf der gesetzlichen Zeit nur das Privilegium, nicht aber die Exceptio selbst wegfallt, wenn der Beklagte den Beweis derselben führen könne, ist we, der aus diesem noch aus irgend einem andern Gesetz erweislich. Man behauptet vielmehr mit Recht, daß auch hier, eben so, wie beim Darlehn, nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit eine *obligatio litterarum* begründet werde, wie §. 1239. näher gezeigt werden wird.

Noch ist zur Erläuterung der bisher angeführten und erklärten Gesetze zu bemerken, daß die *Exceptio N. N. P.* auch als Klage vorgebracht werden kann. Weil nämlich diese Einrede, als Antwort auf die Klage, sich eigentlich nur dann äußern kann, wenn dem Exipienten von seinem angebllichen Gläubiger dazu Gelegenheit gegeben wird; so kann der Aussteller der Handschrift, wenn deren Inhaber vor Ablauf der gesetzlichen Zeit nicht klagen sollte, diese Exceptio nebst dem ihr beigelegten Privilegium dadurch erhalten, daß er seinen Gegner auffordert, seine auf einen ihm ausgestellten Schuldschein etwa zu gründende Ansprüche entweder aliunde zu beweisen, oder denselben durch Zurückgabe des Schuldscheins gänzlich zu entsagen<sup>24)</sup>. Diese  
Pro

darauf Rücksicht zu nehmen, wie lange die Ehe gedauert hat. Nachher hat Justinian in der Nov. 100. mehrere Zeitfristen bestimmt, nach der Verschiedenheit der Dauer der Ehe.

24) L. 8. C. de non num. pecun. Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, — questus est, *exceptio non numeratae pecuniae heredi, et adversus heredem eius perpetuo competit.*  
S. Pfeiffers vermischte Aufsätze S. 152. ff.

Provocation wird *Querela non numeratae pecuniae* <sup>25)</sup> genannt. Er kann auch seine Handschrift mit der *conditione sine causa* zurückfordern <sup>26)</sup>; oder er kann sich auch, wenn der Inhaber derselben abwesend seyn sollte, einer gerichtlichen Protestation bedienen <sup>27)</sup>. Es erhellet hieraus zugleich, daß der dem römischen Recht gemachte Vorwurf der Unbilligkeit ganz ungegründet sey. Man nehme nur die Lehre des Röm. Rechts von der extinctiven Verjährung zu Hülfe, so wird man sich lebhaft überzeugen können, daß die Entstehung jener Verbindlichkeit *ex sola scriptura, lapsu temporis firmata* keine so ganz

error

25) Von dieser Querel handelt LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 56. sehr ausführlich.

26) *L. 7. C. de non num. pec.* Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per *conditionem* obligationem repetere, si actor non petat; vel *exceptione non numeratae pecuniae* adversus agentem uti potestis. *L. ult. Cod. de conditione ex lege et sine causa.* Si non est numeratum, quod velut accepturum te summisse mutuo scripsisti: *et necdum transisse tempus statutum*, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, *reddi tibi cautionem*, Praesidali notione postulare potes.

27) *L. 14. §. 4. Cod. de non num. pecun.* In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, *vel denunciationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare* ei, qui numerasse eam, vel alias res dedisse instrumento scriptus est; *vel si abesse eum bis locis, in quibus contractus factus est, contigerit*, in hac quidem alma urbe *apud quemlibet ordinarium iudicem*, in provinciis vero *apud viros clarissimos rectores earum, vel defensores locorum eandem querelam manifestare*, eoque modo perpetuam sibi *exceptionem efficere.*

exorbitante und beispiellose Verordnung des Römischen Rechts sey, als wofür sie gewöhnlich ausgegeben wird<sup>28)</sup>. Ist für Klagen ein gewisser Zeitraum festgesetzt, der peremptorisch ihre Dauer bestimmt, mit der Wirkung, daß nach Ablauf desselben die Klage nicht weiter angestellt werden kann, warum soll es unbillig seyn, wenn das Nämliche bey einer Exception geschehen ist, welche das Eigene hat, daß sie auch als Klage vorgebracht werden kann? Kann sich der Beklagte dort, ohne sich auf die Richtigkeit der an ihn geschehenen Forderung einzulassen, blos durch Anführung des abgelaufenen Zeitraums schützen; warum sollte sich nun der Kläger nicht eben so gut zur Begründung seiner Klage geradezu auf den Schuldschein berufen dürfen, nachdem der gesetzliche Zeitraum, binnen welchen der Aussteller Zeit und Rechtsmittel genug hatte, denselben zurückzufordern, verflossen ist, und die Einrede des nicht gezahlten Geldes nun jede rechtliche Wirkung verlohren hat? Wie kann es jetzt noch auf einen Beweis ankommen, ob diese Einrede factisch gegründet, oder ungegründet sey? Daß diese Ansicht selbst den Gesetzen gemäß sey, läßt sich bey den klaren Worten der Novelle 100. Kap. 1. u. 2. *tempore in omnibus eiusmodi speciebus suos effectus ostendente, et querelam dante vel tollente, cum mulieri tempus ad omnia sufficiat*, mit Grund nicht bezweifeln. Der einzige Unterschied besteht lediglich darin, daß bey der Verjährung der Klage durch

28) Schon Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen S. 161. u. ff. hat die verschriebene Singularität der Literalverbindlichkeit auf solche Art sehr gut erklärt. Man sehe auch Rom. TELLER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae §. 2. in fin.



durch den Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit eine vorhandene Verbindlichkeit aufgehoben, bey der Verjährung der Exceptio N. N. P. aber eine nicht wirklich begründete Verbindlichkeit nun nach Ablauf der gesetzlichen Fristbestimmung als vorhanden angenommen wird.

§. 787.

Wem kommt die exceptio N. N. P. zu statten? Nähere Angabe der Fälle, in welchen sie gebraucht werden kann, und wo sie hingegen, auch innerhalb der ersten zwey Jahre, ihre Wirkung verliert.

Die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes steht nun, innerhalb des in den Gesetzen bestimmten zweyjährigen Zeitraums, nicht nur dem Aussteller der Handschrift zu, sondern, wenn derselbe während dieses Zeitraums stirbt, ohne sich der Querelae N. N. P. bedient zu haben, so kommt die von dem Biennium noch übrige Zeit auch dem Erben mit gleicher Wirkung zu statten. Nach L. 8. C. de non num. pec. ist dies keinem Zweifel unterworfen. Denn da wird ausdrücklich gesagt:

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus, defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem, quam adversus eius heredem.

Es entsteht aber hierbey die Frage, von welcher Zeit dieser Rest des Bienniums an zu rechnen sey? Accursius glaubt, von der Zeit an, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Allein nach der L. 14. Cod. eodem ist das Biennium ein *tempus continuum*, welches, von Zeit der Ausstellung der Handschrift an gerechnet, ununterbro-

chen fortläuft. Der Erbe setzt es daher gleich nach dem Tode des Ausstellers fort, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob er die Erbschaft schon angetreten hat, oder nicht<sup>29)</sup>.

Die mehrgedachte Einrede kommt ferner auch dem Bürgen und Mandator zu, welcher den Auftrag gegeben hatte, dem Aussteller der Handschrift auf seine Gefahr zu creditiren. Dem Expromissor hingegen, welcher durch eine Novation die Verbindlichkeit desjenigen übernommen hat, von dem die Handschrift ist ausgestellt worden, wird diese Einrede nicht gestattet. Hierher gehören folgende Gesetze.

*L. 12. Cod. de non num. pecun.* Tam mandatori quam fidei ussori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit.

*L. 6. Cod. eodem.* Frustra opinaris exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in eius vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem.

Uebrigens hat die Einrede des nicht gezahlten Geldes Statt, wenn auch der Beklagte den Empfang nicht ganz läugnet, sondern behauptet, daß er die eingeklagte Summe nur zum Theil erhalten habe, nachdem von ihm die Handschrift auf das Ganze ausgestellt gewesen sey<sup>30)</sup>. Es

29) Man vergleiche *Hug. DONELLI* Commentar. ad *L. 8. C. de non num. pecun.* nr. 2. pag. 178. *Io. ZANGER* Tract. de exceptionibus. P. III. Cap. 14. nr. 49. *TELLER* Diss. cit. de exceptio non num. pecun. §. 5. und *MAASSEN* Specim. de contract. litt. natura. §. 12.

30) *L. 9. Cod. de non num. pecun.* *Ioban. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 31. *Hug. DONELLUS* in Commentar. ad *L. 2. Cod. de non*

entsteht jedoch hierbei die Frage, wer den Beweis übernehmen müsse? der Exeplent, oder der Kläger? Man sollte glauben, daß hier der Beklagte beweisen müsse, weil er, wenn er einen Theil der Schuld einräumt, die Vermuthung gegen sich hat, daß er das Ganze empfangen haben müsse. Hierzu kommt noch die *L. 2. Cod. de non numer. pecun.* welche nicht undeutlich dem Beklagten den Beweis aufzulegen scheint. Es heißt nämlich darin:

*Minorem pecuniam te accepisse, et maiorem cautionem interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit: nihil ultra, quam accepisti, cum usuris in stipulationem deductis, restituere te iubebit.*

Allein es gehört zum Grunde der Klage, daß das Geld gezahlt sey, auf dessen Rückzahlung geklagt wird. Der Beklagte hat nun hier das nicht ganz eingeräumt, was zur Begründung der Klage gehört. Es muß also von dem Kläger, der auf die Bezahlung des Ganzen klagt, völlig durch Beweis außer Zweifel gesetzt werden<sup>31)</sup>. Nun beweist ein für allemal die Handschrift über den Empfang des Darlehns unter zwey Jahren nichts. Folglich muß hier die *exceptio non numeratae pecuniae* mit eben der Wirkung entgegengesetzt werden können, als wenn der

R 3

Be

*non num. pecun.* pag. 167. sq. TELLER Diff. cit. §. 2. und Gebr. Oberbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Nr. 274. S. 30. ff.

31) Es treten hier die Grundsätze vom qualifizirten Geständniß ein. S. Sönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLIII. §. 20 ff. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 326. ff.

Beklagte den Empfang des Geldes ganz geläugnet hätte. Daß dieses dem Geist der *L. 2. C. de N. N. P.* gemäß sey, beweißt nicht nur die griechische Uebersetzung derselben in den *Basilliken*<sup>32)</sup>, welche folgendermaßen lautet:

Οὐ μόνον ὁ μηδὲν λαβὼν ἐξ ὧν ἐχειρογραφήσεν, ἀντιτιθήσιν ἀνεργύριον, ἀλλὰ καὶ ὁ πλείονα ὧν ἔλαβε χειρογραφήσας. i. e. *Non solum, qui nihil eorum accepit, quorum nomine cautionem interposuit, exceptionem non numeratae pecuniae opponere poterit: sed et qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautionem dedit.*

Sondern eben dies bestärkt auch die folgende *L. 3. Cod. eodem.* wo es im Allgemeinen heißt:

*Exceptione non numeratae pecuniae opposita, compellitur petitor probare, pecuniam esse numeratam.*

Alles dies setzt aber die *L. 9. Cod. eodem* vollends außer Zweifel, in welcher die Kaiser *Diocletian* und *Maximian* auf folgende Art rescribiren:

*Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si stipulatione interposita, placita creditor non dederit: in factum esse dandam exceptionem convenit. Si necdum tempus, intra quod huius rei querelâ deferri debet, transit; vel si intra hoc in testando iuri paritum sit: nihil ultra hoc, quod accepisti, fortis a te nomine aditus Rector vel Praeses provinciae exigi patietur.*

Denn daß hier von der *exceptio N. N. P.* die Rede sey, beweißt die griechische Uebersetzung dieser Stelle in den

Βα

32) Tom. III. Lib. XXIII. part. II. Tit. I. Constit. 64. pag. 327.

Basilliken<sup>33)</sup> ganz deutlich, welche folgendermaßen lautet:

Ο ἑλαττον λαβὼν καὶ εἰς πλείον χειρογραφήσας, ἐπὶ τῇ πλείονι ποσότητι καλῶς ἀντιτιθῆσι τὴν ἀναγκυρίαν, εἰὰν εἰσέτι ὁ χρόνος ἐνδραψιλευηται τῆς διατίας, ἢ διαμαρτύρατο, ἢ εἰσω τούτου τῷ χρόνῳ, ἐν ᾧ διαμαρτύρασθαι ὀφείλα, τὸ ἰκανὸν τοῖς νόμοις ἐγένετο, οὐδὲν περαιτέρω τούτου ὅπερ ἐδέξω ὀνόματι κεφαλαιῶν ὁ ἀρχὼν τῆς ἐπαρχίας ἀπατηθῆναι ἀνέξεται. i. e. *Qui minorem pecuniam accepit, et maioris cautione exposuit, maiori quantitati exceptionem non numeratae pecuniae recte opponit, si hoc adhuc biennii tempus ei largiatur, aut et contestatus sit: vel si intra hoc tempus, in quo contestari debuit, iuri satisfactum sit. Nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis nomine a te rector provinciae exigi patietur.*

Es giebt jedoch Fälle, wo die exceptio N. N. P. innerhalb der ersten zwey Jahre ihre Wirkung verliert. Dahin gehört,

1) wenn der Aussteller der Handschrift den Empfang des Anlehns noch in einer besondern Quittung bezeugt hat<sup>34)</sup>. Es darf nur freylich dieses besondere Attestat nicht von demselben Datum seyn, unter welchem der Schuldschein ist ausgestellt worden<sup>35)</sup>. Ist die Quittung in der

R 4

Hande

33) loc. cit. Tom. III. pag. 329. Constit. 71.

34) Es wird dies dem Gläubiger als eine besondere Cautele empfohlen. S. Smelin von Aufträgen über Verträge S. 37. C. 75.

35) S. STRYK Tr. de caut. contract. Sect. II. Cap. VII. §. 10. und LAUTERIACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 85.

Handschrift selbst enthalten, so kann sie, als ein Theil derselben, nicht mehr Kraft haben, als die Handschrift selbst<sup>36)</sup>.

2) Wenn der Aussteller die Schuld auf andere Art entweder ausdrücklich vor Zeugen<sup>37)</sup>, oder im Testament, oder auch stillschweigend durch abschlägliche Zahlung eines Theils des Capitals, oder auch durch Zinszahlung anerkannt hat<sup>38)</sup>. *L. 4. C. de non num. pecun.* sagt ausdrücklich:

*Cum fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem portionis debiti, vel usurarum feceris: intelligis, te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre.*

3) Wenn der Schuldschein einem *Argentarius* ist ausgestellt worden. *Justinian* bestätigte hierdurch den schon längst vor seinen Zeiten üblichen *litteralcontract*, der durch die *scriptura mensae* errichtet wurde, (*S. 125. ff.*) wenn er in der *Novelle 136. Kap. 5.* verordnet:

*Hoc etiam nos docuerunt, quosdam, qui cum illis contrahunt, instrumenta et rationes conficere, et partim quaedam publice facere, partim sua manu scribere, quibusdam vero ab aliis conscriptis subscribere:*

36) Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 852. Not. \*) *S. 905. ff.*

37) Die Mitunterschrift eines oder mehrerer Zeugen bey einem Schuldschein beweist jedoch durch sich selbst die vor dem Gläubiger geschehene Auszahlung des Geldes noch nicht *S. Smets* und *Elfässer's* gemeinnützige jurist. Bewachtungen u. Rechtsfälle 4. Band Nr. 19. *S. 262. ff.*

38) *VOZT* Commentar. ad *Pand. h. t. §. 32.* und *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. *Pand. h. t. §. 84.*

bere: petieruntque, ut illi, qui cum ipsis contrahunt, si tale quid scripserint, teneantur, ipsisque satisficiant, nec eo abutantur, et dicant, se contractus quidem, vel confessiones, vel rationes omnes manu sua scripsisse, vel aliis scribentibus illis subscripsisse, *pecuniam vero, quae illis continetur, datam non esse*. Nos igitur, quoniam illa communia sunt, et multa inspectione egent, ad ea, ut decet, respondemus. Nam si quis publicum contractum fecerit, totumque manu sua scripserit, vel instrumentis aut rationibus ab aliis scriptis subscripserit; *sancimus, ut ille, eiusque heredes omnibus modis, personalibus scilicet actionibus, teneatur*.

4) Wenn das Darlehn aus einer vorhergehenden rechtlichen Forderung entstanden ist, welche durch eine darüber ausgestellte Handschrift in ein Darlehn ist verwandelt worden. Von diesem Falle sind die schon oben (S. 106.) angeführten L. 5. et L. 13. Cod. de non num. pecun. zu verstehen. Hier kommt es, wie beyde Gesetze sagen, nicht darauf an, ob das Geld gezahlt sey, sondern es ist blos darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Aussteller der Handschrift das Geld aus einem rechtmäßigen Grunde schuldig geworden sey. Es muß nur dieser rechtliche Grund in der Handschrift ausdrücklich seyn angeführt worden<sup>39)</sup>. Unrichtig hingegen ist es, wenn einige Rechtsgelehrten<sup>40)</sup> diese Gesetze so haben verstehen wollen, als ob die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch dann wegfalle, wenn in  
der

39) S. DONELLI Comm. ad L. 13. C. de N. N. P. n. 5.

40) HUNNIUS in *Treutlerum* Vol. I. Disput. 20. Th. 10. §. 4. und die oben §. 786. S. 105. Not. 55. angeführten Rechtsgelehrten.

der Schuldverschreibung gesagt worden, daß der Aussteller das Geld bereits vor einiger Zeit empfangen habe, wie bereits oben (S. 107. ff.) gezeigt worden ist<sup>41)</sup>.

Das in der Schuldverschreibung enthaltene eidlliche Versprechen, das Darlehn wieder zu bezahlen, schließt jedoch die Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht aus, weil es die Bedingung enthält, wenn der Aussteller das Geld auf die Handschrift erhalten wird<sup>42)</sup>. Insbesondere aber bestätigt dies auch die *L. fin. Cod. de non numerata pecun.* wo es heißt:

Indubitati iuris est, *non numeratae pecuniae exceptionem* locum habere, et in talibus nominibus vel foeneratitiis, vel aliis cautionibus, quae etiam sacramenti habent mentionem. Quae enim differentia est in huiusmodi exceptione, sive iusiurandum positum est, sive non, tam in foeneratitiis cautionibus, quam in aliis instrumentis, quae talem exceptionem recipiunt.

Wie aber, wenn sich der Aussteller des Schuldscheins der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich begeben hätte? Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken.

1) Die Entfagung ist erst nach der Ausstellung der Handschrift in einer von derselben ganz unterschiedenen Urkunde

41) S. ZANGER Tract. de exceptionib. P. III. Cap. 14. nr. 38. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Meditat. 273.

42) S. de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 27. und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 3. §. 2. pag. 582.



funde geschehen. Hier findet die exceptio non numeratae pecuniae nicht weiter Statt<sup>43)</sup>).

2) Sie ist in der Schuldverschreibung selbst enthalten; und dann ist sie entweder

a) ohne Eid geschehen. Hier sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß die Entfagung unverbindlich sey, weil man annehmen muß, daß die Entfagung jener Einrede, eben so wie die Ausstellung des Schuldscheins, in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, geschehen sey<sup>44)</sup>.

b) Die Entfagung ist eidlich geschehen. Hier ist

a) soviel gewiß, daß nach dem Römischen Recht selbst durch eine in der Schuldverschreibung enthaltene eidliche Entfagung die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht ausgeschlossen werde. Es läßt sich auf diesen Fall nicht nur die oben angeführte *L. fin. C. de N. N. P.* vollkommen anwenden, wie auch Pufendorf<sup>45)</sup> ganz richtig bemerkt hat, sondern es erhellet dies auch daraus, weil nach dem Römischen Recht der Eid keine neue Verbindlichkeit hervorbringt, sondern lediglich nur als ein accessorisches Mittel betrachtet wird, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu sichern. Es kann folglich  
durch

43) WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. V. Obf. 246. et Tom. III. P. I. Obf. 46. nr. 3. et Obf. 160. nr. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2046. nr. IV.

44) STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. VII. §. 8. PUFENDORF Observation. iuris universi. Tom. I. Obf. 64. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 86.

45) Observat. iur. univ. Tom. I. Obf. 64. §. 6.

durch den Eid keine Entsagung gültig werden, welche an sich unwirksam ist<sup>46)</sup>. Allein ob nicht

β) nach dem canonischen Recht ein Anders zu behaupten sey, ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelahrten getheilt sind. Es ist bekannt, daß nach dem canonischen Recht ein Eid, der ohne Seelengefahr gehalten werden kann, so kräftig und verbindlich ist, daß dadurch ein sonst an sich ungültiges Versprechen verbindlich gemacht werden kann<sup>47)</sup>. Da nun in Deutschland die Kraft der Eide nach dem canonischen Recht beurtheilt wird<sup>48)</sup>, so sind viel Rechtsgelahrten<sup>49)</sup> der Meinung, daß die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes durch eine eidliche Renunciation ausgeschlossen werde. Man setzt noch den Grund hinzu, daß der Eid die Vermuthung aufhebe, welche sonst für den Aussteller streitet, daß er die Handschrift in der Hoffnung, Geld zu erhalten, ausgestellt habe. Andere<sup>50)</sup> hingegen behaupten gerade das Gegen-

46) S. Weber's systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 120.

47) Cap. 28. X. de iureiur. Cap. 2. de pactis. in 6to.

48) BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 23. ibique cit. DD.

49) CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const. 32. Definit. 65. nr. 8. Mod. PISTORIS R. IV. Quaest. 12. nr. 6. COLERUS de process. executiv. P. I. Cap. 10. nr. 248. MENCKEN Introd. in doct. de actionibus Sect. II. Cap. 2. Membr. 12. §. 15. nr. 5. u. a. m.

50) SCHILTER Prax. iuris. Rom. Exercit. XXII. §. 32. STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. 7. §. 11. STRUV Decif. Sabbath. Cap. XIII. Decif. 15. in fin. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 6. de COCCERJI iur. civ. controv. h. t.

genthell, weil auch nach dem canonischen Recht der Eid, welcher sich immer nach der Natur der Handlung richtet, zu welcher er hinzugefügt worden, unter eben der Bedingung zu verstehen sey, welche das Versprechen, an sich betrachtet, in sich enthält. Es könne daher eine in der Schuldverschreibung enthaltene selbst eidliche Entsagung die exceptio N. N. P. nicht hindern. Denn warum sollte der geldbedürftige Schuldner nicht eben so leicht zu bewegen seyn, in der Hoffnung, desto eher Geld zu erhalten, eine solche eidliche Entsagung der Schuldverschreibung beizufügen? Hierzu komme, daß wenn auch nach dem canonischen Recht der Eid eine an sich ungültige und unverbindliche Handlung wirksam machen könne; doch die Wirkung desselben soweit nie gehe, daß dadurch Etwas, was an sich wirklich nicht existirt, für geschehen anzunehmen sey.

Ich glaube, daß beide Meinungen ganz wohl vereinigt werden können, wenn man mit den Gebrüdern Becmann<sup>51)</sup>, einen Unterschied macht, ob die Entsagung jener Einrede mittelst eines assertorischen Eides geschehen ist, wodurch der Aussteller des Schuldscheins den wirklichen Empfang des Geldes bekannt und versichert hat, oder mittelst eines promissorischen Eides, wodurch

der

Qu. 30. LUDOVICI DOCT. PAND. h. t. §. 21. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 26. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 3. §. 4. Hymens Beiträge zur jurist. Literatur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 90. und MADIHN ad Mencken doct. de actionib. pag. 297. not. 918.

51) Consil. et Decision. P. I. Consil. XXXVIII. Qu. 3. et 4. nr. 14. sq. pag. 441. sqq.

der Aussteller des Schuldscheins nur bloß versprochen hat, sich der Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen seine Handschrift nicht bedienen zu wollen. In dem ersten Falle kann die exceptio N. N. P. nicht weiter vorgeschützt werden, wosern nicht der Beklagte einen wahrscheinlichen Irrthum anzuführen, und zu erweisen vermöchte. Denn er würde ja sonst durch Vorschützung jener Einrede seinem eignen Eid entgegenhandeln, und einen Meineid begehen<sup>52)</sup>. In dem andern Falle hingegen, da die Entsagung durch einen promissorischen Eid geschehen ist, verhält sich die Sache ganz anders. Hier wird durch den Eid die exceptio N. N. P. weder nach dem Römischen noch nach dem Canonischen Rechte ausgeschlossen. Denn auch nach dem canonischen Rechte ist ein jeder Verpflichtungseid immer unter eben den Bedingungen und Einschränkungen zu verstehen, welche das Versprechen, an sich betrachtet, in sich enthält<sup>53)</sup>. So wie demnach das simple Versprechen, die Schuld zu bezahlen, oder die Exceptio N. N. P. nicht vorschützen zu wollen, unstreitig die Bedingung enthält, wenn die Auszahlung des Geldes wirklich erfolgt seyn wird; so ist auch der hinzugekommene promissorische Eid natürlich nur unter eben derselben Bedingung, und also sub spe futurae numerationis für abgelegt zu halten. Bleibt also jene Einrede bey einem simplen Versprechen und bey einer simplen Renunciation zulässig, so ist

52) Hierin stimmen auch überein MÜLLER ad Struvium Exercit. XVI. Th. 53. not. 7. SETSER de iurament. Lib. I. cap. 26. nr. 14. BRUNNEMANN Comment. ad L. fin. Cod. de non num. pecun. nr. 3. et 4. und LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 69.

53) Cap. 3. et 25. X. de iureiur. I. H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 41.

ist sie auch aus eben dem Grunde bey einem eidlischen Versprechen, und einer eidlischen Entfagung für zulässig zu achten <sup>54)</sup>.

Noch ist die Frage zu berühren, ob die exceptio N. N. P. auch im Executivproceß mit eben der gesetzlichen Wirkung, wie in dem ordentlichen Proceß, vorgeschützt werden könne? Man versteht unter dem Executivproceß diejenige Verfahrensart, da der Kläger seine Intention, insofern sie eine persönliche Forderung an den Beklagten betrifft, sogleich durch fehlerfreye und ganz liquide Urkunden, oder, wie man zu sagen pflegt, durch klare Brief und Siegel, (*instrumenta guarentigiata*) dergestalt zu begründen vermag, daß der Richter darauf sogleich zur Execution schreiten kann, wenn der Beklagte die Richtigkeit der Urkunden nicht bestreitet und keine sofort liquiden Einreden dagegen vorzuschützen im Stande ist <sup>55)</sup>. Ob nun diese Proceßart die Einrede des nicht gezahlten Geldes ausschliesse, oder nicht, ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten ebenfalls getheilt sind. Einige <sup>56)</sup>

ver-

54) Man vergleiche noch *Guil. MASIVS* in *Tr. de rei debitae aestimatione* P. II. Cap. 21. nr. 2.

55) *E. DANZ* Grundsätze der summarischen Prozesse nach *Sönnert* §. 76. ff. und *GROLMANS* Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 242. ff.

56) *SCHILTER* *Prax. iur. Rom. Exerc. XXII. §. 20. sqq.* *SCHAUMBURG* *Princip. praxeos iurid. iudic. Lib. II. Cap. 2. §. II. et not. \*\*\*\**. *Ludovici* Einleitung zum Civilproceß Kap. 3. §. 2. von *Bülow* und *Hagemans* praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit I. Band 2. Erört. §. 3. S. 43.

verweisen diese Einrede ganz aus dem Executivproceß, wofern sie der Beklagte nicht sogleich erweisen kann. Denn dies sey der Natur des Executivprocesses gemäß, welcher sich eben dadurch von dem gemeinen und ordentlichen Proceß unterscheidet, daß hier keine anderen Einreden zugelassen werden, als solche, wofür der Beklagte schleunige Beweise vorlegen kann. Diese Proceßart habe das römische Recht nicht gekannt, es könne daher auch bey derselben nicht angewendet werden, sofern die Verordnungen desselben auf diese Proceßart nicht passen. Andere <sup>57)</sup> hingegen lassen diese Einrede auch im Executivproceß mit der Wirkung zu, daß der Kläger die Numeration beweisen müsse, weil die Handschrift, wenn ihr innerhalb des gesetzmäßigen Bienniums die Einrede der nicht erfolgten Numeration entgegengesetzt wird, alle Beweiskraft verliert, folglich nun nicht mehr behauptet werden kann, daß der Kläger einen so liquiden Beweis seiner Forderung für sich habe, als das Wesen des Executivprocesses erfordert. Ueberdem gehöre die Einrede des nicht gezahlten Geldes zu den bloß verneinenden. Solche haben auch im Executivproceß statt, weil sie keines Beweises bedürfen, sondern denselben auf den Kläger wälzen, folglich sofort liquid sind.

57) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. WERNER Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 46. nr. 1. Claproth's Einleitung in die sämtlichen summarischen Proceße §. 161. a. E. Weber in den Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück Nr. 9. S. 91. f. Sönnert im Handbuch des deutschen gemeinen Proceßes 4. Bd N. LXXVII. §. 8. ff. Martin im Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Proceßes §. 240. S. 332. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1212. S. 126.

sind. Es sey auch eine ganz auffallende Inconsequenz, die sich nimmermehr rechtfertigen lasse, daß derjenige, welchen die Gesetze von aller Beweislast freysprechen, im Executivproceß nicht nur diese Last übernehmen, sondern sogar zu schleunigen Beweisen verbunden seyn soll. In welche Härte; dem Beklagten das ihm von den Gesetzen gestattete Privilegium um der zufälligen Proceßform willen zu entziehen! Noch andere Rechtsgelehrte<sup>58)</sup> gehen einen Mittelweg. Sie sagen, das Privilegium der Einrede des nicht gezahlten Geldes sey zwar der Natur des Executivprocesses nicht gemäß, die exceptio N. N. P. sey daher in dieser Proceßart anders nicht zulässig, als wenn sie von dem Beklagten sogleich erweislich gemacht werden könne. Außerdem müsse er mit seiner Ausflucht zur Reconvention verwiesen werden. Allein dadurch gehe die Wirkung der gesetzlichen Wohlthat, welche mit der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes innerhalb zwey Jahren verbunden ist, nicht verlohren, sondern sey durch den Executivproceß nur aufgeschoben. In der Reconvention habe der Wiederkläger nun die rechtlichen Vortheile der Ausflucht des nicht gezahlten Geldes noch immer zu genießen, weil hier der Wiederbeklagte den Beweis der geschehenen Zahlung zu führen verbunden sey. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient die zweite billig den Vorzug. Durch diese wird das Privilegium der Einrede gesichert, ohne dem Wesen des Executivprocesses zu nahe zu treten. Denn unstreitig hat

der

58) S. Smelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle. 2. Band Nr. 2. Danks Grundsätze der summarischen Prozesse §. 32. Nr. 6. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2047.

der Kläger nur dann gerechte Ansprüche auf den Executivproceß, wenn er alle factische Theile seiner Klage durch liquide Beweismittel darthun kann, welche ihm nicht nur im Anfange des Proceßes, sondern auch bis zum Erkenntniß zur Seite stehen müssen. Nur unter dieser Voraussetzung verbindet die Natur des Executivproceßes den Beklagten zu einem gleichen Beweis seiner Einreden, sofern sie ihrer Natur nach eines Beweises bedürfen. Nun fehlt es aber hier offenbar auf Seiten des Klägers an jener wesentlichen Bedingung des Executivproceßes, wenn ihm der Beklagte innerhalb des gesetzlichen Bienniums die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegensetzt. Denn die Gesetze haben ein für allemal dieser Einrede den Vorzug beigelegt, daß sie den Beklagten von aller Beweislast gänzlich befreiet, und diese durchaus auf den Kläger wälzt, welcher die Numeration durch andere Beweise, als durch den Schuldschein, darthun muß, weil solcher unter zwey Jahren gar nichts beweist, geschweige denn der Forderung des Klägers diejenige Liquidität giebt, welche der Executivproceß nothwendig erfordert. Nach dieser Ansicht ist es wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die Verordnungen des Römischen Rechts über die Wirkungen der mehr gedachten Einrede mit den Eigenthümlichkeiten des Executivproceßes vollkommen vereinbar sind, wenn gleich das Römische Recht diese Proceßart nicht kennt, wie Gönner<sup>59)</sup> ganz einleuchtend gezeigt hat. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, welcher unübersehbare Nachtheil dem Beklagten daraus entspringen

hen

59) Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band Nr. LXXVII. S. 14. S. 209.



hen würde, wenn derselbe nach der dritten Meinung die Last des Beweises mit einem davon untrennbaren Kostenaufwande tragen, und, wenn der schleunige Beweis nicht hergestellt wird, das Geld erlegen, dann aber dasselbe erst durch eine Nachklage wieder zu erkämpfen suchen sollte. Nur im Wechselproceß findet eine Ausnahme Statt<sup>60)</sup>. Denn es ist entweder der Valuta in dem Wechsel gedacht, oder nicht. In dem ersten Falle kann die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes dem Wechselgläubiger gar nicht entgegengesetzt werden. In dem letzten Falle ist wieder zu unterscheiden, ob die Erwähnung der Valuta in der Wechselordnung des Orts als ein wesentliches Stück des Wechsels erfordert wird, oder nicht. In dem ersten Falle findet die Exceptio N. N. P. gegen einen solchen Wechsel mit eben der Wirkung, wie gegen eine Handschrift, Statt. In dem letztern Falle hingegen wird sie blos unter der Bedingung zugelassen, wenn sie der Beklagte sogleich beweisen kann<sup>61)</sup>.

## § 2

## Wer

60) E. Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 107. und Reichschluß vom J. 1671 §. Nachdem auch fünftens. Man vergleiche *Io. Henr. BERGER* Diss. de exceptione non numeratae pecuniae adversus cambium. *Vitembergae 1709. Frat. BECMANNORUM* Consil. et Decision. Part. I. Consil. XXXVIII. Qu. 9. nr. 31. sqq. pag. 448 und *BESECKE* Thes. iuris cambial. P. I. pag. 277. et 438. Anderer Meinung ist jedoch *Io. Gotfr. MISLER* in Diss. de querela et exceptione non numeratae pecuniae in cambiali negotio. *Gießae 1747.*

61) So unterscheiden *Christ. Gottl. RICCIUS* in Exercitat. iuris cambialis IV. §. 29. sqq. und Exercit. XVII. Sect. IV. §. 17. nr. 8. pag. 55. und *Ioach. Phil. BEHM* in Diss. de natura et indole exceptionum in causis cambialibus occurrentium. *Gottingae 1783.*

Wer übrigens die Exceptio N. N. P. arglistig vor-  
 schüzt, kann auf das Duplum verurtheilt werden<sup>62</sup>).  
 Zellfeld will zwar den heutigen Gebrauch dieser Verord-  
 nung läugnen, und, statt des Duplums, eine arbiträre  
 Strafe eintreten lassen. Allein da der Grund des Gesetzes:  
*ut lites sic minuantur, et metu poenae citius rei dicant,*  
*quae confiteri oportet,* noch jetzt sein vollkommenes Gewicht  
 hat, so läßt sich die Anwendung desselben mit Grund nicht  
 bezweifeln<sup>63</sup>). Es muß nur der Kläger durch andere Be-  
 weismittel, als durch den Eid, die geschehene Numeration  
 zu beweisen im Stande seyn<sup>64</sup>).

## §. 788.

Wirkung des chirographi nach Ablauf der gesetzlichen Frist von  
 zwey Jahren. In wiefern findet die exceptio N. N. P.  
 nach dieser Zeit noch Statt?

Daß nach Ablauf des gesetzlich bestimmten Bienniums  
 das Römische Recht die Ausflucht des nicht gezahlten Gel-  
 des nicht mehr gestatte, sondern nunmehr die Handschrift  
 nicht bloß einen Beweis wider den Aussteller, sondern viel-  
 mehr eine neue Verbindlichkeit für den Beklagten be-  
 gründet,

1783. §. 9. Ist der Wechsel an einen Dritten richtig indossirt,  
 so wird auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes gar keine  
 Rücksicht mehr genommen, wenn sie gleich sofort erweislich  
 wäre. S. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts §. 181.  
 und Danz Grundsätze der summarischen Prozesse nach Sön-  
 ner §. 94.

62) Nov. XVIII. cap. 8.

63) S. den 6. Theil dieses Commentars §. 501. S. 185.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 79.

gründe, die Zahlung des Darlehns zu leisten, weil er, dasselbe empfangen zu haben, schriftlich versichert hat, ist bereits oben durch die entscheidendsten Stellen des römischen Gesetzbuchs außer Zweifel gesetzt worden. Ist also jener peremptorische Zeitraum einmal verflossen, binnen welchen die exceptio N. N. P. vorgeschützt werden konnte, so fällt nun alle Rücksicht hinweg, ob das Geld wirklich gezahlt, und also der Darlehnscontract wirklich geschlossen sey, oder nicht? Es kann folglich auch der Beklagte mit keinem Gegenbeweis Gehör finden. Denn er wird jetzt nicht mehr durch den Empfang, sondern durch sein schriftliches Bekenntniß allein zur Leistung der Zahlung verbindlich gemacht. Der Gläubiger hat nun nach Ablauf jenes gesetzlichen Zeitraums ein neues Recht erworben, dieselbe zu verlangen, welches er mittelst der *condictio ex litteris* oder *ex chirographo* verfolgen kann. Der Kläger bezieht sich hier nicht mehr auf den Schuldschein, als Beweismittel seiner durch die Numeration begründeten Forderung, sondern er gründet sich in dem durch Production des Schuldscheins sogleich außer Zweifel gesetzten *litteralcontract*, das heißt in dem *Factum*, daß ein Schuldschein ausgestellt worden, welcher die Versicherung des Beklagten enthält, ein Darlehn empfangen zu haben, und dieser sich nunmehr zwei Jahre ungestört in den Händen des Klägers befunden habe. Nach dieser Ansicht kann daher auch nicht einmal die *exceptio doli* Statt haben, wenn das *Biennium* einmal verstrichen ist, wie Pfeiffer <sup>65)</sup> sehr gründlich gezeigt hat; obwohl viele das Gegentheil behaupten.

65) Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen u. Röm. Privatrechts. S. 108. ff.

haupten<sup>66</sup>). Man beruft sich zwar auf die *L. 3. Cod. de N. N. P.* Allein vergebens. Es heißt freylich darin:

*Si ex cautione tua conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam.*

Was hindert uns aber, diese Stelle, mit Bestimmung der übrigen Gesetze, welche den Gebrauch der *exceptio N. N. P.* bestimmen, blos eingeschränkt auf die Zeit zu erklären, wo das *Biennium* noch nicht verflossen ist? Daß die Worte des Gesetzes auch wirklich nur hiervon reden, zeigt die dem Kläger aufgelegte Beweisführung ganz deutlich. Wolte man die Wirkung der *exceptio doli* über diesen Zeitpunkt hinaus erstrecken, so müßte zu einer solchen Ausdehnung ein rechtmäßiger Grund vorhanden seyn. Hieran aber fehlt es gänzlich. Es läßt sich viel mehr mit leichter Mühe das Gegentheil darthun. Denn nur solange die Gesetze überhaupt der *exceptio N. N. P.* die Wirkung belegen, daß der Kläger die Numeration beweisen muß, und ein mißlungener Beweis derselben für den Beklagten ein absolutorisches Erkenntniß zu Wege bringt; läßt sich annehmen, der Kläger handle betrügerisch, der eine Zahlung zurückverlangt, ohne sie beweisen zu können, weil hier der Kläger sich lediglich auf den eingegangenen Darlehenscontract gründen muß. Hiergegen findet also die *exceptio doli*, concurrirend mit der *exceptio N. N. P.* oder mit derselben gleichbedeutend, Statt. Sobald hingegen die Zeit einmal völlig verflossen ist, binnen welcher

66) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 81. LEYSER Meditar. ad Pand. Specim. CXXXII. COROL. 3. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. u. a. m.

Der die exceptio N. N. P. Statt findet, so kann von einem Dolus gar nicht mehr die Rede seyn. Denn nun ist für den Beklagten eine neue Verbindlichkeit eingetreten, die Zahlung zu leisten, welche durch die extinctive Verjährung der exceptio N. N. P. begründet worden ist. Der Kläger gründet sich jetzt nicht mehr in einer geschenehen Numeration, sondern darin, daß der Beklagte aus seinem schriftlichen Bekenntniß, welches nun durch den Ablauf des Bienniums bestätigt ist, den darin enthaltenen Gegenstand zu bezahlen schuldig sey. Was hülfte es hier dem Beklagten, wenn er auch beweisen könnte, der Kläger sey in mala fide? Denn hier ist ja von einer bloß extinctiven Verjährung die Rede ist, welche nach dem Römischen Rechte keine bona fides erfordert<sup>67)</sup>. Es versteht sich aber freylich wohl von selbst, daß hier nur von dem Falle die Rede sey, wenn der Beklagte seine exceptio doli bloß darauf gründen wollte, daß der Kläger die Bezahlung eines Gegenstandes verlange, den der Beklagte nicht empfangen hat. Denn sollte der Beklagte wirklich zur Ausstellung der Handschrift selbst dolose inducirt worden seyn, und also die entgegengesetzte Einrede eine exceptio doli specialis seyn; so leidet es keinen Zweifel, daß dieser Exception, ohne auf den Ablauf des Bienniums Rücksicht zu nehmen, zu jeder Zeit Statt gegeben werden müsse<sup>68)</sup>.

## § 4

Einen

67) *S. Gottl. Euf. OELTZE* Diss. qua expenditur quaestio, an et et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? Ienae 1766. Cap. II. §. 29.

68) *S. Arn. VINNIUS* Selectar. iuris Quaestio. Lib. I. cap. 41. pag. 107. *WERNHER* Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 6. nr. 6.

Einen Fall nehmen jedoch die Gesetze aus, wo der Ablauf des Bienniums für den Aussteller des Ehrographums unschädlich ist. Dieser Fall tritt bey den Minderjährigen ein. Zu Gunsten derselben hat Justinian *L. 5. Cod. In quib. causis in integrum restitut. necessaria non est.* Folgendes verordnet:

*Sancimus, favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere; ne, dum in integrum restitutionem expectamus, vel aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia eius subvertatur.*

Es können jedoch auch Grosjährige aus rechtmäßigen Ursachen, z. B. wegen der Abwesenheit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf des Bienniums erhalten, wie aus *L. 13. pr. Cod. de non num. pecun. ex. hellel*, wo Justinian sagt:

*His scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, (licet biennium pro quinquennio statutum est) eodem auxilio potituris.*

Ob die Lehre des Römischen Rechts von der exceptio N. N. P. noch heutiges Tages anwendbar sey, ist eine Frage, welche hier um so mehr einer Erörterung bedarf, da die Urtheile der heutigen Rechtsgelehrten darüber so  
ver

n. 6. et Supplem. ad h. Obf. et P. II. Obf. 355. nr. 2. et 3. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. in fin. und Pfeiffer in den angef. vermischten Aufsätzen S. 184. not. n.

verschieden sind. Einige<sup>69)</sup> wollen den heutigen Gebrauch der privilegiirten Ausflucht des nicht gezahlten Geldes darum läugnen, weil sie den deutschen Sitten und Gesetzen nicht gemäß sey. Denn nur die Römer hätten sich ordentlicher Weise die Handschrift vorher ausstellen lassen, ehe die Auszahlung des Capitals erfolgt sey; hingegen bey den Deutschen pflege Auszahlung des Geldes und Ausstellung der Handschrift zu gleicher Zeit zu geschehen. Sodann erlaube auch die nach deutschen Rechten erweiterte fides pactorum nicht, von dem Privilegium jener Ehrede Gebrauch zu machen. Deswegen habe man von jeher bey den Deutschen den Handschriften, welche ein Schuldbekentniß enthalten, und welche man insbesondere Handfesten genennt habe, eine vollkommene Beweisraft, ja fast noch eine größere, als den Zeugen, bengelegt, wie das deutsche Rechtsprüchwort beweiße: Briefe sind besser denn Zeugen<sup>70)</sup>. Widersprechend wäre es demnach, demjenigen, welcher ein Darlehn erhalten zu haben, schriftlich bekannt hat, den Widerruf seines Bekentnisses zu gestatten; da nach deutschen Reichsgesetzen auf die bloße Vorzeigung der Obligation wider den Schuldner sogleich mit

Execu.

69) S. Joh. Pet. von Ludewig gelehrte Anzeigen (Halle 1743. 4.) I. Th. 238. Stück. S. 1067. ff. und ORLTZE Diss. cit. an et quatenus litter. obligatio in Germ. locum habeat Cap. III. §. 33. sqq.

70) S. Schwäbisches Landrecht Kap. 299. §. 2. nach der Bergerschen u. Kap. 305. Nr. 6. nach der Königsbalschen Ausgabe. Man vergleiche Joh. Fried. Eisenbarts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 6. Abth. Nr. XVIII. S. 536 ff.

Execution verfahren werden soll<sup>71)</sup>. Schütze dennoch der Beklagte vor, auf die ausgestellte Handschrift kein Geld erhalten zu haben, so müsse ihm der Beweis auferlegt werden. Denn er habe die Vermuthung gegen sich. Dem allen ungeachtet gelte aber doch der römische litteralcontract in Deutschland. Denn dieser beruhe auf der Lehre von der Verjährung, und diese sey auch in Deutschland recipirt. Das deutsche und römische Recht lasse sich auch ganz wohl mit einander vereinigen. Denn nach jenem beweiße die Handschrift auch unter zwey Jahren vollkommen wider den Aussteller; bestreite derselbe dennoch die Richtigkeit des Inhalts, so müsse er den Beweis seiner Einrede übernehmen. Nach dem letztern hingegen bringe die Handschrift nach zwey Jahren eine neue Verbindlichkeit hervor, und bewirke eine neue Klage, wogegen nun die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes nicht mehr Statt finde. Andere<sup>72)</sup> hingegen tragen kein Bedenken zu behaupten, daß die Lehre von der exceptione N. N. P. und der nach zwey Jahren aus einem Chirographum entspringenden litteralverbindlichkeit auch noch heut zu Tage ganz in der Maaße zur Anwendung kommen müsse, wie sie in dem römischen Rechte be-

71) Jüngst. Reichsabsch. §. 174. Man s. auch HEINECCI Elem. iuris german. Tom. II. Lib. III. §. 202. sqq.

72) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obf. 6. REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones Vol. I. Obf. 42. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obf. 250. SCHMIDT'S Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 880. u. f. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. Io. ALÜTER Diss. de exceptione non numeratae pecuniae non privilegiata. *Gießae* 1742. §. 22. sqq. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 25. und Pfeiffer in den vermischten Aufsätzen S. 176. ff.



bestimmt ist, wofern ihr nicht besondere deutsche Gesetze entgegen sind<sup>73)</sup>. Allein weder die erste noch die zweite Meinung verdient Beyfall. Die richtigere Meinung, welche auch von den meisten heutigen Rechtsgelehrten<sup>74)</sup> behauptet wird, geht dahin, daß vor Ablauf des in dem römischen Recht bestimmten Bienniums die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes noch heut zu Tage gegen ein Chirographum mit eben der Wirkung vorgeschützt werden könne, welche ihr in dem römischen Rechte beigelegt ist, weil der allgemeine Grund des Gesetzes, den Mißbrauch ausgestellter Schuldscheine zu verhindern, noch jetzt der nämliche bleibt. Dahingegen muß nach heutigem Rechte dem Beklagten die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch noch  
nach

73) Ein Beispiel hiervon giebt das Preussische Landrecht, nach welchem die Wirkungen eines ausgestellten Schuldscheins durchaus wieder in die Gränzen zurückgeführt sind, welche ein jedes andere schriftliche Bekenntniß hat. Er begründet nämlich die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann. Es gilt also auch das Geständniß des empfangenen Geldes gegen den Aussteller, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Zeitverlauf, so weit er nicht das Gegentheil zu erweisen im Stande ist. S. 1. Th. 11. Tit. 7. Absch. §. 732. ff. Noch andere Beispiele hat VINNIUS in Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 41. in fin.

74) S. Christ. Wilh. Wehrn theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 8. Not. 12. S. 15. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Stück Nr. 9. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Meditat. 272. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 858. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2048. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 3. B. §. 1180.

nach Ablauf der gesetzlichen Zeit gestattet werden, im Fall er nämlich den Beweis hiervon zu führen bereit und im Stande ist. Dies ist nicht nur der heutigen Praxis gemäß<sup>75)</sup>, sondern es läßt sich diese Meinung auch nach wahren theoretischen Gründen vollkommen rechtfertigen. Das Canonische Recht, welches immer in Collisions-Fällen den Vorzug vor dem Römischen Rechte behauptet, so weit nicht der Gerichtsgebrauch ein Anders mit sich bringt, stellt hierin andere dem römischen Rechte derogirende Grundsätze auf. Nach dem Canonischen Recht<sup>76)</sup> findet nämlich keine Verjährung Statt, wenn derjenige, welcher sie vorschützen will, im bösen Glauben ist, und ein Gesetz, welches den Betrüger begünstiget, kann nach den Vorschriften desselben keine moralische Sanction haben. Dies würde aber hier der Fall seyn, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung dem Aussteller, welcher nach Ablauf der gesetzlichen Frist die Einrede des nicht gezahlten Geldes vorbrächte, und solche auch zu beweisen im Stande wäre, damit zurückweisen wollte, daß jene Einrede nun nicht mehr Statt finde, sondern verjähret sey. Billig verdient auch hierin das Canonische Recht den Vorzug vor dem römischen, da es den Richter in den Stand setzt, dem Betrogenen zu helfen, und eben dadurch die Rechte der gesunden Vernunft und

75) MEVIUS P. II. Decif. 22. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obl. 64. §. 3. de CANEGJESSER Decision. Haffo - Casell. Tom. I. Decif. 13. nr. 5. und Tom. II. Decif. 248. nr. 17. Pütter's auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. 301. und 302. Kleins merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristenfacultät. 1. Band Nr. VII. S. 65.

76) *Cap. fin. X. de praescript.*

der Moral zu handhaben. In dieser Hinsicht wird nun heut zu Tage die *exceptio N. N. P.* obwohl freilich gegen den römischen Sprachgebrauch in die privilegirte und nicht privilegirte eingetheilt<sup>77)</sup>. Wird sie nämlich vorgeschützt, ehe der Schuldschein das gesetzliche Alter von zwey Jahren erreicht hat, so daß der Kläger die Numeration beweisen muß, so wird sie *exceptio N. N. P. privilegiata* genennt. Wenn sie hingegen erst nach dem Ablauf der gesetzlichen Zeitfrist opponirt wird, und der Beklagte den Beweis derselben übernehmen muß, so heißt sie *non privilegiata*. Es ergiebt sich nun also hieraus, daß der römische *litteralcontract* in Deutschland wegfällt. Allein nun entsteht die Frage, ob der Beweis, welcher bey der unprivilegirten *exceptio N. N. P.* dem Beklagten obliegt, auch durch Eideszuschreibung geführt werden könne? Auch darüber wird gestritten. Nach der Vorschrift der Gesetze, und nach dem Ausspruch der Vernunft muß diese Frage schlechterdings verneint werden<sup>78)</sup>. Es gilt hier dem Wiederruf eines schriftlichen Eingeständnisses. Ein solches Bekenntniß konnte vor Justinian nicht anders widerlegt werden, als durch einen mit klaren Documenten geführten Beweis vom Gegentheil desjenigen, was

77) S. Frid. Gottl. ZOLLER Diff. utrum divisio exceptionis non numeratae pecuniae in privilegiatam et minus privilegiatam defendi possit? Lipsiae 1768.

78) Man vergleiche Meurers jurist. Abhandlungen und Beobachtungen 1. Samml. 2. Aufsatz 1. Kap. S. 31. ff. Sönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XLVI. §. 12. S. 376. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 469. in fine.

was in dem Eingeständniß enthalten war <sup>79)</sup>. Justinian <sup>80)</sup> gieng zwar weiter, und ließ auch unv erwerfliche Zeugen zu. Auf keine Weise aber kann eine Eidesdecalation zugelassen werden. Dies lehrt die Vernunft. Denn wer einmal eingestanden hat, kann ja dem Andern nicht mehr zumuthen, noch einen Eid darüber abzulegen, daß das Eingestandene wahr sey. Allein in der Praxis läßt man gleichwohl die Eidesdecalation in Gemäßheit des Canonischen Rechts als ein Beweismittel zu <sup>81)</sup>.

Zuletzt muß ich noch einer Meinung gedenken, welche viele <sup>82)</sup> behaupten, nämlich daß die exceptio N. N. P. nicht blos beim Darlehn, sondern auch in allen übrigen Realcontracten, die durch die Dation erst ihre wesentliche Vollkommenheit erhalten, nur das Depositum ausgenommen, mit gleicher Wirkung Statt habe. Ganz allgemein, sagt man,

79) L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de N. N. P.

80) L. 14. C. de contrab. vel committ. stipulat.

81) Cap. 14. X. de fide instrumentor. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 64. §. 8. VÜTTERS auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Theil Resp. 301. und 302. de CANNEGIESSER Decision. Haffo Cassell. Tom. II. Decif. 248. nr. 17. von PÜLOW u. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Th. 2. Erört. §. 3. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 858. Not. 7. S. 911. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1180. Not. 100.

82) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 23. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 63. Meurer in den juriff. Abhandlungen 2. Aufsatz 3. Kap. S. 42. ff. Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des Privatrechts S. 138. ff. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1180. S. 100.

man, rede die Verordnung Justinians L. 14. pr. Cod. de non num. pecun. worin es heißt:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, — non numeratae pecuniae exceptionem obicere potest, qui accepisse pecunias, vel alias res scriptus sit.

Dies leide keine Einschränkung auf Instrumente über Darlehn und Brautgabe. In dem nämlichen Gesetz werden nur *instrumenta depositarum rerum* von der Sanction ausgenommen. Die Regel in Ansehung aller übrigen Realcontracte werde also hierdurch deutlich bestätigt. Allein eigentlich war hier Justinians Absicht nicht, das exorbitante Privilegium der *exceptio N. N. P.* noch mehr auszudehnen, sondern zu beschränken, und das *Quinquennium* in ein *Biennium* zu verwandeln. Nur sagt L. 5. C. de N. N. P. ausdrücklich:

*Ignorare non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur.*

Hierzu kommt, daß bey allen übrigen Realcontracten auch der Grund der gesetzlichen Verordnung wegfällt. Beym Darlehn ist wohl der Fall möglich, daß Jemand im Drang seiner Bedürfnisse eine Handschrift in der Hoffnung ausstellt, Geld zu erhalten. Auch mag wohl ein Bräutigam, um desto eher zu dem Besitz der Braut zu gelangen, zuweilen den Empfangschein über das Heirathsgut aushändigen, ehe ihm noch solches überliefert worden ist. Allein bey andern Contracten, welche erst durch die Dation und Numeration ihre wesentliche Vollkommenheit erhalten, fallen diese Motive weg. Daß bey diesem die

exceptio N. N. P. nicht Statt finde, sagt auch das Gesetz ganz deutlich. Denn in dem §. 1. der angeführten L. 14. Cod. de N. N. P. heißt es:

*Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum, talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse perspeximus, huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. Ideoque sancimus, instrumento quidem depositionis certarum rerum, vel certae pecuniae, securitatibusque publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte soluta esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quae post confectio- nem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte, vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.*

Daß hier nur des Depositums gedacht wird, berechtigt uns nicht zu der Schlussfolge, daß es beim Commodatum oder Pfandrecht anders seyn solle. Denn hier tritt der Grund noch viel stärker ein, warum beim Depositum die Exceptio N. N. P. nicht Statt findet<sup>83)</sup>. Setzt der Beklagte bey diesen Contracten dem Kläger die Einrede ent-

83) Man vergleiche *God. Lud. MENCKEN* Diss. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lipsiae 1749.* §. 18 — 21. *OELTZE* Diss. an et quatenus litterar. obligatio in Germ. locum habeat? §. 27. *Höpfners* Commentar über die Institutionen §. 855. und §. 858. Nr. 2. und *EMMINGHAUS* ad *Cocceji ius civ. contror. h. t. Qu. 23.* not. v.

entgegen, er habe den geklagten Gegenstand nicht erhalten, so muß zwar freylich auch der Kläger den Grund seiner Klage erweisen, allein der Empfangschein beweist wider den Beklagten, und er kann dessen Beweisraft anders nicht, als durch liquidas ac manifestissimas probationes entkräften<sup>84)</sup>.

Lib. XII.

84) L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. Cod. de non num. pecun.  
L. 6. Cod. de compensat.

## Lib. XII. Tit. II.

De iureiurando five voluntario five  
necessario five iudiciali.

§. 789.

Zusammenhang dieses Titels. Begriff des Eides.

Man hätte erwarten sollen, daß, nach der Lehre vom Darlehn, nun die übrigen Realcontracte gefolgt wären. Allein, statt derselben, werden wir uns noch eine Zeitlang mit andern Materien unterhalten müssen. Es folgt die Lehre vom Eide, als rechtliches Mittel, Prozesse zu schlichten, betrachtet. In dem *Edicto perpetuo* wird an zwey verschiedenen Orten vom Eide gehandelt. Zuerst nach dem Titel *de interrogationibus in iure* vom *iuramento voluntario*, und dann nach dem Titel *de rebus creditis* vom *iuramento necessario*<sup>85)</sup>. Beide Edicte haben die Verfasser der Pandecten zusammengezogen, und handeln hier die Lehre vom Eide in ihrem Zusammenhange ab. Warum aber gerade hier? Weil bey dem Darlehn, so wie bey den übrigen Realcontracten, immer dem Kläger der Beweis obliegt, wenn der Beklagte den Empfang des Gegenstandes läugnet, und in solchen Fällen,

85) S. HEINECCIUS Opusc. postuma ad historiam Edictor. edictique perpetui spectant. pag. 522. 199.



len, wegen der Schwierigkeit des Beweises, der Eid oft das einzige Mittel ist, den Prozeß beizulegen. Daher heißt es *L. 1. D. b. t.*

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit *iurisiurandi religio*: qua vel ex *pactione ipsorum litigatorum*, vel ex *auctoritate iudicis*, deciduntur controversiae.

Es ist hier nicht blos, wie Anton Faber<sup>86)</sup> glaubt, von der Eidesdelation die Rede, welche sowohl außergerichtlich, als unter Auctorität des Richters geschehen kann. Nein, Cajus will hier die Gründe angeben, aus welchen der Eid, als ein Mittel, einen Rechtsstreit zu entscheiden, betrachtet werden kann. Den einen setzt er in dem Vertrage der Parthenen, vermöge welchen sie sich dahin vereinigen, daß dasjenige, was der andere Theil beschwören wird, für wahr angenommen werden soll; den andern aber in dem Urtheil des Richters, wodurch er, wegen Mangels eines zur Entscheidung hinreichenden Beweises, selbst den Eid einer streitenden Parthey auflegt. Es wird also hier, wie Gerhard Noodt<sup>87)</sup> ganz richtig bemerkt, auf beyde Arten des Versicherungseides gedeutet; den freywilligen, den eine Parthey der andern anträgt, und von welchem sie vertragmäßig die Entscheidung ihrer Sache abhängig machen;

M 2

und

86) Rational. in Pand. h. t. ad L. 1. cit.

87) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 279. Man sehe auch *Ge. Lud. BOEHMERI* Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque. *Goettingae 1772.* S. I.

und den nothwendigen, welchen der Richter, zur Entscheidung des Rechtsstreits, im Falle eines geführten unvollständigen Beweises, einer Parthey auflegt. Diese Erklärung bestätigen auch die Basiliken<sup>88)</sup>, in welchen die L. 1. D. h. t. auf folgende Art lautet: Ορκος ἐπιφερόμενος, ἢ παρὰ τῆ ἀντιδικου, ἢ παρὰ τῆ δικασοῦ, τέμνει τὴν ἀμφισβήτησιν. i. e. *Iusiurandum, sive ab adversario, sive a iudice delatum, controversiam decidit.* Ob nun gleich Cajus in der erklärten Gesetzesstelle nur von zwey Hauptarten des Eides redet, so werden dennoch in der Ueberschrift dieses Titels drey angegeben: *iusiurandum voluntarium, necessarium und iudiciale.* Welche Arten der Eide durch diese Ueberschrift angedeutet werden, darüber sind die lateinischen und griechischen Ausleger verschiedener Meinung. Die Glossatoren, denen auch Zasius<sup>89)</sup>, Voet<sup>90)</sup>, Wesenbec<sup>91)</sup> und fast die meisten Commentatoren gefolgt sind, verstehen unter dem erstern immer einen außergerichtlich angetragenen, unter dem andern den vom Richter aufgelegten, und unter dem letzten denjenigen Eid, den eine Parthey der andern vor Gericht deserirt. Mit dieser Erklärung stimmt zwar Stephanus<sup>92)</sup>, jener griechische Interpreter der Basiliken, in so weit überein, daß er unter dem *iuramento voluntario* denjenigen Eid versteht, welcher außergerichtlich nach Art eines Vertrags deserirt wird. Allein darin weicht er von den lateinischen Auslegern ab, daß

88) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 118.

89) Ad rubr. Tit. Dig. de iureiur. nr. 41. sqq.

90) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

91) Paratitl. Dig. h. t. nr. 7. et 10.

92) Ad Basilica Lib. XXII. Tit. 5. Const. 1. Tom. III. pag. 140.

daß er *iuramentum necessarium* den Eid nennt, welcher dem Deserirenden zurückgeschoben worden ist, und welcher daher von jenem bey Verlust des Processus geschworen werden muß, unter dem *iuramento iudiciali* aber den Eid versteht, welchen der Richter, ohne Antrag der Parthen, aus eigener Bewegung auferlegt. Dieser Erklärung des Stephanus giebt Merillius<sup>93)</sup> allein den Vorzug. Pothier<sup>94)</sup> hingegen, so wie auch Maranus<sup>95)</sup> und Woodt<sup>96)</sup> verstehen mit Uttaliata<sup>97)</sup> unter dem *iuramento voluntario* denjenigen Eid, welchen ein Theil dem andern, gerichtlich oder außergerichtlich, deserirt, im übrigen stimmen sie der Erklärung des Stephanus bey. Diese letztere Meinung hält zwar Heineccius<sup>98)</sup> für die wahrscheinlichste. Allein die Erklärung der Latelner scheint mir dennoch dem römischen Sprachgebrauche und der Meinung der Justinianischen Compilatoren bey weitem angemessener zu seyn, wie auch Koch<sup>99)</sup> dafür hält.

Soviel nun hiernächst den Begriff des Eides anbe-  
trifft, so sind die Ideen der Rechtsgelehrten sowohl als der

M 3

Pht.

93) Observation. Lib. III. cap. 13. et Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 18. Fast eben so Ant. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XXXVIII. Th. I.

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. 1.

95) Paratitl. Dig. h. t. pag. 294.

96) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 279.

97) Synops. Basilicor. Tit. 18.

98) Diff. de lubricitate iurisiurandi suppletorii. §. 6. et 7. (in Opusculor. varior. sylloge. Exercitat. XVI. pag. 623. seqq.)

99) Diff. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. Giesae 1782. §. 3.

Philosophen darüber sehr verschieden<sup>100)</sup>. Gewöhnlich versteht man darunter eine Bezeugung, welche unter Anrufung Gottes zum Zeugen der Wahrheit und Rächer der Unwahrheit geschieht. Nicht nur unser Verfasser, sondern unter den neuern auch Georg Ludw. Böhmer<sup>1)</sup>, Malblanc<sup>2)</sup>, Koch<sup>3)</sup>, Pohl<sup>4)</sup> und Herr von Globig<sup>5)</sup> bil-

100) Außer Malblancs klassischem Werke *de iureiurando. Norimbergae 1781. 8.* und den schon an einem andern Orte dieses Commentars 4. Th. §. 341. Not. 27. S. 542. angeführten Schriften, verdienen hier noch folgende bemerkt zu werden. F. W. Desselb über die Eidesleistungen. Berlin 1779. Justus von Schmidt genannt Phiseldes über den Eid. Helmstädt 1798. Joh. Ernst Christ. Schmidts Gedanken über den Eid, nebst einem Nachtrage von Grolsman, in Desselben Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung 1. Bandes 2. Heft Nr. III. et IV. S. 99. u. ff. Flavius (Joh. Gottfr. Steinhäuser) vom Eide. Leipzig 1785. Jos. Maria Schneidt der Eid, aus dem Gesichtspunct der gesetzgebenden Klugheit betrachtet. Würzburg 1785. 8. Carl Gottl. Anton philosophische Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid. Leipzig 1803. u. Christ. Gottl. Konopak über den Eid, in Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrf. in den Preuß. Staaten 11. Band S. 109. ff. Die Gesetze dieses Titels der Pandecten erläutert Guil. BARCLAIVS in *Comm. ad Tit. Pand. de iureiur. in Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. III. pag. 910. sqq.* Ueber den Titel des *Codex de rebus credit. et iureiur.* aber hat Ianus a COSTA in *Praelect. ad illustrior. quosd. titulos, locaque selecta iuris civ. pag. 144. sqq. commentarf.*

1) Princip. iuris canon. §. 329.

2) Doctr. de iureiur. §. 6.

billigen diesen Begriff, und zwar vorzüglich aus dem Grunde, weil er mit der Vorstellung der meisten Menschen vom Eide übereinstimme. Allein dagegen ist schon von andern<sup>6)</sup> erinnert worden, daß die Berufung auf Gottes Zeugniß, so wie die ausdrückliche Aufforderung Gottes zur Strafe weder zur Bestimmung des Begriffs vom Eide nothwendig erfordert werde, noch auch überhaupt schicklich, und der Majestät des höchsten göttlichen Wesens anständig sey. Es soll vielmehr durch den Eid blos das deutliche Bewußtseyn der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, oder sein Versprechen zu halten, bey dem Schwörenden auf eine Art erweckt werden, daß man mit größerer Sicherheit erwarten kann, in dem Zutrauen auf die Wahrhaftigkeit des Versichernden nicht getäuscht zu werden<sup>7)</sup>. Nun können die Gründe, um deren Willen man einer gegebenen Versiche-

M 4

rung

- 3) Diff. cit. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti §. 1.
- 4) Diff. de indole iurisiurandi in iudicio delati. Lipsiae 1786. §. 1.
- 5) Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen u. gerichtl. Beweises 2. Th. S. 19. und S. 95.
- 6) C. Car. God. de WINCKLER Flores sparsi ad doctrinam de iureiurando. Lipsiae 1789. Obl. 1. et 2. Anton philosoph. Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid S. 4. u. ff. und LITTMANN'S Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 372. Not. n. S. 455. f.
- 7) In dieser Rücksicht sagt KLEINSEHROD in Specim. resolv. quaestionem: Num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praestito queat? Wirceburgi 1798. §. 9. IUSIURANDUM est solemnis declaratio, qua quis scire se, profitetur, et notum habere, impostum sibi a religione, cui adhaeret, officium, colendi semper veritatem.

rung traut, von zweyerley Art seyn. Entweder blos *relative*, weil die Versicherung gerade von dem Individuum geschieht, das sie giebt, und weil sie in Beziehung auf ein Verhältniß gegeben wird, von dem man überzeugt ist, es sey der versichernden Person zu theuer, als daß sie es durch Falschheit entheiltäen werde; oder *absolute Gründe*, das heißt, solche, die vernünftigerweise bey jedem Menschen für mächtig gehalten werden müssen, ihn zur Aussage der Wahrheit und Haltung seines Versprechens zu vermögen, nämlich das Verhältniß des Menschen zu demjenigen, den er in seinem Innern als den unbeflecklichen Richter und Vergelter seiner pflichtgerechten und pflichtwidrigen Handlungen anerkennt, — zu Gott dem Allsehenden, Gerechten, und Allmächtigen. Nur solche Gründe sind es, welche der Eid enthält, der also nach seinem wahren Begriff in einer durch Berufung auf Gott, als den Allwissenden und Gerechten, gegebenen Versicherung besteht<sup>8)</sup>. Eine Bezeugung, welche dadurch geschieht, daß die Glaubwürdigkeit einer Sache in eine Beziehung auf etwas anders gesetzt wird, was, außer dem höchsten Wesen, für den Versichernden einen besondern Werth oder Heiligkeit hat, wird zwar auch ein Eid genannt, aber doch nur im allgemeinen oder uneigentlichen Sinn des Worts. So z. B. kann man bey seiner Ehre und Treue, bey seinem Leben, bey seiner Gesundheit, oder auch bey dem Leben und der Wohlfahrt einer andern uns vorzüglich theuren oder ehrwürdigen Per-

8) S. Ansons philos. Prüfung der verschied. Meinungen über den Eid. S. 3. Gros Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft. S. 235. und Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise S. 55.

Person schwören<sup>9)</sup>. So schwur Joseph bey dem Leben des Königs Pharao<sup>10)</sup>. Die Römer schwuren zur Zeit des Heidenthums bey dem Genius des Kaisers<sup>11)</sup>, nach Einführung des Christenthums aber bey dem Haupt, Leben und Wohlfahrt des Kaisers<sup>12)</sup>. Der Mennonit versichert bey Mannenwahrheit. Daß auch eine solche Betheuerung die Kraft eines Eides wenigstens insoweit habe, als die Gesetze ihr dieselbe beygelegt, oder die Parthenen sich hierüber vertragsmäßig verglichen haben, leidet keinen Zweifel.

9) Hierauf nimmt TRIBAUT im Syst. des P. R. I. Th. §. 113. der neuesten Ausgabe Rücksicht, wenn er sagt: unter dem Eide sey jede Betheuerung unter Anrufung eines heiligen oder ehrwürdigen Gegenstandes zu verstehen. Man sehe auch WEBER'S systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 118. der neuesten Auflage.

10) 1. Buch Moses XLII. v. 15.

11) L. 13. §. 6. D. de iureiur. Si quis iuraverit in re pecuniaria per genium Principis, dare se non oportere, et peieraverit; vel dari sibi oportere; vel intra certum tempus iuraverit se soluturum, nec solvit: Imperator noster cum Patre rescriptit, fustibus eum castigandum dimittere, et ita superdici: προπετῶς μὴ ὀμνῶς, id est, temere ne iurato. C. Alb. Phil. FRICK Disquisit. de iuramento per genium principis. Helmstadii 1768. 4.

12) TERTULLIANUS Apologet. cap. 32. bezeugt dies, wenn er daselbst sagt: Sed et iuramus, sicut non per genias Caesarum, ita per salutem eorum, quae est augustior omnibus geniis. Man sehe auch L. 41. Cod. de Transact. ZOSIMUS Lib. V. cap. 49. et 51. gedenkt des unter HONORIUS üblich gewesenenen Eides per caput imperatoris, und sagt von demselben in einem gewissen Falle: Ἐπεὶ δὲ κατὰ τῆς τῆ βασιλείας ὀμωμόκων κερχλῆς, ἐκ εἶναι θεμιτόν αὐτοῖς εἰς τὸν τοσαύτον ὅγκον

fel<sup>13)</sup>. Ulpian sagt *L. 5. pr. D. b. t. Quod si exegi, ut per salutem tuam iurares, et iurasti, stabitur: omne enim omnino licitum iusturandum, per quod voluit quis sibi iurari, idoneum est: et, si ex eo fuerit iuratum, Praetor id tuebitur.* Dagegen sagt eben dieser römische Jurist *L. 33. D. eodem. Qui per salutem suam iurat, licet per Deum iurare videtur, (respectu enim divini numinis ita iurat,) attamen, si non ita specialiter jusiurandum ei delatum est, iurasse non videtur: et ideo ex integro solenniter iurandum est.* So wird auch die Versicherung des Mennoniten bey Mannenwahrheit dem Eide gleichgeachtet, und begründet Eidespflicht<sup>14)</sup>. Außerdem aber kann eine unter Berufung auf Ehre, Treue, und

*ἐξαναγκρεῖν. i. e. Sed quoniam per imperatoris caput iuratum est, a tanti iuramenti religione recedere nullo modo fas est.* Carl der Große verbot jedoch diesen Eid. Man sehe dessen Verordnung in *Pet. GEORGISCH Corp. iur. german. pag. 1164.*

13) *S. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 6. de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8.*

14) *S. Reichs - Visitationsschluss vom Jahr 1768. in Balemanns Sammlung der Visitationsschlüsse die Verbesserung des Kaiserl. Reichskammergerichtl. Justizwesens betreffend. S. 86. Bey andern Personen, als den Mennoniten, findet dieses nicht Statt, auch nicht bey den Hernbüchern. S. Eittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 2. Th. §. 373. Not. x. S. 459. Auch selbst bey den Mennoniten nur dann, wenn ihnen vom Gegenthheil der Eid deferirt, oder vom Richter aufgelegt wird. Denn gegen einen Dritten hat ihr Zeugniß nicht die völlige Wirkung eines beschwornen Zeugnisses, so daß darauf in einer wichtigen Sache ein verdammendes Urtheil gebayet werden könnte. S. MALBLANC Doctr. de iureiurando. §. 7. pag. 19. §. 113. pag. 492.*



und dergleichen geschene Versicherung in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen für keinen Eid gehalten werden<sup>15)</sup>. Denn bey allen diesen kommt es blos auf die relativen Gesinnungen an, welche der Mensch von ihnen hat, der das Versprechen oder die Aussage thut. Wenn hingegen der Mensch unter ausdrücklicher Berufung auf Gott, als den Allwissenden und Gerechten, an den er glaubt, und den er als seinen Richter und Vergelter anerkennt, etwas be-  
theuert, dann hat er sich die Verbindlichkeit auferlegt, die ihn zur unverbrüchlichsten Wahrheit und Beständigkeit auf-  
fordert, und den Staat zum unzweifelhaftesten Glauben an seine Versicherung berechtigt. Zum eigentlichen Be-  
griff des Eides ist also ausdrückliche Berufung auf Gott erforderlich. Wie sich der Mensch die Gottheit denkt, ist gleichgültig<sup>16)</sup>. Daher ist auch der Schwur, den ein Heide auf das von ihm als Gott verehrte Wesen ablegt, vollkommen hinreichend, um die Eidspflicht zu bewirken<sup>17)</sup>.

Genug

15) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Ge. Lud. BOEHMERI* Princip. iuris canon. §. 332. und *EITTMANN* in dem angef. Handbuche des P. R. 2. Th. §. 372. S. 456. Anderer Meinung ist zwar *Ant. MATTHAEUS* de criminibus Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 4. Man vergleiche jedoch *Herm. ZOLL* D. de promissionibus generosa fide vallatis. Rintel 1695. Cap. 6.

16) *L. 5. §. 1. D. h. t.* sagt: iurijurando, quod propria superstitione iuratum est, standum. Unser Erlanger Pandecten Codex liest zwar hier, non standum. Eben so *Baudouza*. Allein unrichtig. Das Ansehen des Florentinischen Codex und der Basiliken Tom. III. pag. 119. widerstreitet. S. *JAUCH* Meditat. critic. de negationibus Pandectar. pag. 20. In dem *Sebauerschen Corpus iuris* ist dieses nicht bemerkt worden.

17) S. *MATTHAEUS* de criminib. Lib. XLVII. Tit. ult. Cap. I. nr. 1.

Genug wenn der Schwörende die Gottheit, welche er anruft, als ein über ihn gebietendes Wesen anerkennt. Ueberhaupt aber kommt es bey der Bestimmung des Begriffs vom Eide blos auf die Erinnerung an Gott und seine Gebote an. Eine Verzichtleistung auf Gottes Gnade, auf zeitliche und ewige Glückseligkeit<sup>18)</sup>, ist dazu nicht erforderlich, und enthält, wie Garve<sup>19)</sup> mit Recht sagt, eine Ungereimtheit und eine Unmöglichkeit. „Eine Ungereimtheit, weil kein Mensch seiner Glückseligkeit, und dem, was er dazu für nothwendig hält, entsagen, noch seinen Willen dazu geben kann, ewig elend zu seyn. Eine Unmöglichkeit, weil ja Gottes Rathschlüsse und Verfahren in Absicht des Menschen sich nicht nach dessen ausgesprochenen Worten, oder nach seiner Einwilligung richten.“ Es ergiebt sich aus dem allen, daß Cicero<sup>20)</sup> das Wesen des Eides ganz richtig bestimmt, wenn er sagt: *iusiurandum est affirmatio religiosa*, d. i. eine durch Religion verstärkte Versicherung. Er kann hierunter, wie auch Garve

18) Daher ist der Begriff, den Schmidt genannt *Philfeld* in der angef. Abhandlung über den Eid S. 2. giebt, wenn er sagt, der Eid sey eine feyerliche Bekräftigung irgend einer Behauptung, bey welcher der Schwörende auf den Fall des vorsätzlichen Hintergebens sich derjenigen Wohlthaten ausdrücklich begiebt, die er vermöge seiner Religionsgrundsätze von der Gottheit hofft, wie er selbst *Not. \** S. 3. einräumt, nicht philosophisch richtig. Siehe auch Anton's philosoph. Prüfung der verschiedenen Meinungen über den Eid. S. 4. u. 5.

19) In den philosoph. Anmerkungen u. Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten. 3. Buch. S. 275. ff.

20) *De officiis Lib. III. cap. 29.*

ve<sup>21)</sup> bemerkt, nichts anders anzeigen wollen, als daß die höhere Verbindlichkeit des Eides entweder aus der stärkern Bekräftigung herkomme, welche in der Berufung auf Gott liegt, oder aus dem größern Gewichte, welches alle Pflichten durch das Andenken an denselben bekommen. Die Wichtigkeit dieser Bemerkung ergiebt sich aus folgenden Worten, die hier einen Platz verdienen. *Quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris, sagt Cicero, id tenendum est. Iam enim non ad iram Deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet.*

## §. 790.

Materie und Form des Eides. Was wirkt eine Versicherung an Eides Statt?

Das Wesentliche bey einem Eide, oder die Materie desselben besteht nun in einer bestimmten Berufung auf Gott, als den Allwissenden und Gerechten. Mit welchen Ausdrücken und Umschreibungen dieses geschieht, ist gleichviel. Jedoch ist ein Unterschied zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Eidesleistungen. Bey den Eidesleistungen der ersten Art ist die Formel gewöhnlich vorgeschrieben. Sie fängt sich insgemein mit den Worten an: Ich schwöre zu Gott dem Allwissenden und Allmächtigen oder Gerechten; und schließt sich mit den Worten: So wahr mir Gott helfe, und sein heiliges Wort oder Evangelium<sup>22)</sup>. Bey den  
außer-

21) Am angef. D. S. 274.

22) Diese Formel ist in dem Passauer Vertrage vom Jahr 1552. §. 10. und den Separat-Artikeln §. 3. ferner in dem

außergerichtlichen Eiden hingegen ist keine Schwörungsformel vorgeschrieben. Eine jede Formel ist also hier zulässig und gültig, welche vim iurisiurandi ausdrückt, in sofern nur die ernstliche Absicht, sich dadurch eidlich verbindlich machen zu wollen, daraus deutlich abzunehmen ist. Daß diese Absicht durch die Formel: bey dem Wort der ewigen Wahrheit, zu erkennen gegeben werde, leidet keinen Zweifel<sup>23)</sup>. Eben dies ist von der Formel: So wahr ich denke selig zu werden, oder bey meiner Seelen Seeligkeit, zu behaupten<sup>24)</sup>, wenn gleich bey

ge

dem Reichsabschiede v. J. 1555. §. 107. u. dem Concept der E. G. D. Th. 1. Tit. 71. den Katholiken und Augsburgischen Glaubensverwandten in Gemäßheit des *cap. 4. X. de iureiur.* vorgeschrieben. S. MALBLANC *Doctr. de iureiurando* §. 93. pag. 378. Ernst Ferd. Klein über die Schlussformel des Eides; in desselben vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit 1. Band St. 3. Nr. IV. u. MÜLLER *Observat. pract. ad Leyseri Meditat. ad Pand. Tom. II. Fasc. I. Obs. 302.* Sollte jedoch der Richter auch eine andere gleichbedeutende Formel gebraucht haben, welche das Wesentliche eines Eides enthält, so ist darum die Ableistung des Eides nicht für ungültig zu halten. S. von LEVENAR *Theorie der Beweise im Civilproceß.* S. 109. der neuesten Auflage (Magdeburg 1805.) und SCHNEIDER'S *Lehre vom rechtlichen Beweise* §. 482.

- 23) Anderer Meinung ist zwar CARPZOV P. II. *Const. XVI. Def. 6.* Allein man sehe I. H. BOEHMERI *iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 58.* PUFENDORF *Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 2.* UND MALBLANC *cit. Doctr. §. 7. pag. 16. Not. 5.*
- 24) S. BOEHMERI *Exercitat. ad Pand. Tom. III. Exercit. L. Cap. 2. §. 14. not. gg. pag. 382.* und Fried. von Bülow's  
und

gerichtlichen Eiden diese Formel nicht für hinreichend gehalten wird<sup>25)</sup>. Bey außsergerichtlichen Eiden wird auch die Formel: an Eides Statt für hinreichend gehalten<sup>26)</sup>, sofern nicht die Befehle oder der Gerichtsgebrauch in einzelnen Fällen auch bey außsergerichtlichen Geschäften einen förmlichen Eid erfordern<sup>27)</sup>. Denn derjenige, von dem eine Angelobung unter

und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Erört. XXXIII. S. 177.

25) S. Hymmen's Beyträge zur jurist. Literatur in den Preuss. Staaten. 2. Samml. S. 83. und von Ebenar Theorie der Beweise im Civilprozeß 2. Abschn. 3. Kap. S. 110. der neuesten Auflage. Magdeburg 1805.

26) Vergl. I. H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 5. de COCCÉJI ius civ. controvers. h. t. Q. 9. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24. §. 2. von Bülow's u. Hagemann's pract. Erörterungen 1. Band Erört. XXXIII. S. 177. Anderer Meinung sind zwar BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. I. Not. 9. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXV. Cor. 2. und Smelin von Aufträgen über Verträge. §. 15. S. 20. ff. Allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obs. 302. pag. 57.

27) So z. B. ist diese Formel nicht hinreichend, wenn von dem eidlichen Versprechen eines Minderjährigen die Rede ist; wö durch die Rechtswohlthat dieses Alters ausgeschlossen werden soll. S. Quistorp's Beyträge Nr. 24. S. 378. EMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. 9. not. 2. Man vergleiche auch den 5. Th. dieses Commentars §. 458. S. 558. Man rechnet hierher gewöhnlich auch die eidliche Entfagung der Auth. Si qua mulier, wenn sich eine Ehefrau für die Schulden ihres Mannes verbürgen will. S. LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXI. Cor. 3. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decis.

unter dieser Formel geschieht, unternimmt sie eingedenk der Eidesformel, und unter der stillschweigenden Zusage, daß ihm die einfache Versicherung eben so heilig sey, als die förmliche<sup>28)</sup>. Durch die Formel: an Eides Statt, wenn unter derselben z. B. eine Entfagung geschehen ist, wird daher unstreitig das Gewissen eben so stark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche das Wesen des Eides enthält<sup>29)</sup>. In den Gerichten wird jedoch eine Angelobung an Eides Statt nur bey geringfügigen und summarischen Sachen zugelassen<sup>30)</sup>; und die Verletzung derselben wird auch nicht mit der ordentlichen Strafe eines wahren Meineides belegt<sup>31)</sup>.

§. 791.

cit. P. I. Decif. 12. pag. 213. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. IV. Obf. 598. nr. 5. Allein außer Zweifel ist dieses nicht. Die Nothwendigkeit eines förmlichen und körperlichen Eides läugnen in diesem Falle PUPENDORF Tom. I. Obf. 43. §. 2. von Bülow u. Hagemann in den pract. Erörterungen 1. Band Erört. 33. und Struben in den rechtl. Bedenken 1. Th. Ved. 24. §. 2.

28) S. LITTMANN'S Handbuch des deutschen peinlichen Rechts 2. Th. §. 373.

29) v. BÜLOW'S u. HAGEMANN'S pract. Erörterungen a. a. O. S. 177.

30) S. RMNINGHAUS ad Coccejum l. c. Tom. II. pag. 146. not. x. und Io. Christ. HARTUNG Diss. de formula an Eides Statt. Ienae 1690. Th. 16.

31) S. QUISTORP'S Grundf. des peinl. Rechts 1. Th. §. 135. FENERBACH'S Lehebuch des peinl. Rechts §. 419. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 98.

## §. 791.

Feyerlicher oder körperlicher und nicht feyerlicher Eid.

In Ansehung der Art, wie der Eid geleistet wird, kann derselbe entweder ein feyerlicher oder nicht feyerlicher seyn, je nachdem derselbe entweder mündlich nach einer vorgeschriebenen Formel und mit gewissen äußerlichen Formlichkeiten abgelegt wird, oder nicht. Die Formalitäten, welche bey einem solennen Eide zu beobachten sind, sind von zweyerley Art <sup>32)</sup>.

## I. Gewöhnliche. Zu diesen gehört

1) Die Erklärung des Eides, und Belehrung von der Wichtigkeit und Heiligkeit dieser Handlung, womit zugleich eine Warnung vor dem Meineide, und dessen bürgerlichen und geistlichen Folgen verbunden wird. In Absicht auf die Nothwendigkeit einer solchen Warnung gilt kein Ansehen der Person, und es ist ganz unrichtig, wenn einlge <sup>33)</sup> die Warnung nur bey gemeinen, nicht hinlänglich aufgeklärten, oder verdächtigen Personen erfordern. Es ist vielmehr die Eidestwarnung, zur Sicherung des Gegners desjenigen, der den Eid ableisten soll, ganz allgemein nicht nur als nützlich, sondern auch als nothwendig ein-

32) S. *Iac. Frid. LUDOVICI* Disp. de solennibus iuramentorum. Halae 1702.

33) *Sam. STRYK* Ul. mod. Pand. h. t. §. 12. von *Levenat* Theorie der Beweise im Civilproceß 5. Abschn. S. 265. der neuest. Aufl. und *Schneiders* Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 480.

eingeführt, und dem Richter steht es nicht frey, blos nach seiner Willkühr, ohne die Einwilligung der Gegenthellen, eine Ausnahme von der Regel zu machen<sup>34)</sup>. Nur in Ansehung der Art, wie sie geschieht, kommt es

a) auf die Qualität der Person an, die einen Eid schwören soll, indem sie freylich bey solchen Personen, bey denen man in Rücksicht ihres Standes, ihrer Erziehung und sonstigen bürgerlichen Verhältnisse keine vollkommen richtigen Begriffe von der Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides mit völliger Zuverlässigkeit voraussetzen kann, nachdrücklicher und ernstlicher geschehen muß, als bey solchen, welchen man desfalls bessere Begriffe zutrauen kann. Der höhere Stand an und für sich giebt jedoch hierin noch kein Vorrecht vor dem niedern Stande. Denn daß jenem eine strengere Gewissenhaftigkeit, und regere Gefühle der Pflichten gegen Gott und seinen Nebenmenschen mehr eigen wären, als dem niedern Stande, läßt sich wohl mit völliger Zuverlässigkeit nicht voraussetzen, da nicht selten bey dem letztern mehr wahre Moral und Religion angetroffen wird.

b) Auf die Qualität des Objects. Denn je wichtiger der Gegenstand des Eides ist, je größer daher die Versuchung zu einem Meineide ist, desto nachdrücklicher muß die Warnung geschehen.

c) Auf die Ursache der Eidesleistung, nämlich ob Jemand als Parthey, oder blos als Zeuge schwören soll,

34) Man vergleiche hier vorzüglich Fried. von Bülow's und Ebeod. Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Erört. 15. S. 169. u. ff.



sohl, da letzter insgemein weniger, als erster, interessirt ist<sup>35</sup>).

2) Leistung des Eides vor Gericht<sup>36</sup>). Ob er vor dem ordentlichen, oder vor dem commissariatschen Richter abgelegt wird, ist gleichgültig<sup>37</sup>). Es muß nur der competente Richter seyn, bey welchem die streitige Rechtsache anhängig ist<sup>38</sup>). Der von einem incompetenten Richter abgenommene Eid hat nur die Wirkung eines außergerichtlichen<sup>39</sup>).

3) Mannspersonen müssen bey der Abschwörung die drey vordersten Finger der rechten Hand, den Daumen, Mittel- und Zeigefinger, aufheben, und zwar hat hier der Richter genau darauf zu sehen, daß der Schwörende die aufgerichteten Finger einwärts gegen das Gesicht zu kehre, weil der gemeine Mann den Aberglauben hat, daß durch die entgegengesetzte Richtung der Finger die Folgen eines falschen Eides ab-

N 2

gewen-

35) *S. Gust. Henr. MYLII* Diss de officio iudicis et clerici in actu admonitionis de vitando periurio. *Lipsiae* 737 *Deßfeld* über Eidesleistungen §. 32. und *Seiler* über Eidesverwarnung zum Gebrauch in den Gerichten. *Erlangen* 1791. 4.

36) *Peinl. Gerichtsordn. Karls V. Art. 107.* „vor Richter oder Gericht.“ In der Regel muß der Eid an der ordentlichen Gerichtsstelle abgelegt werden, doch finden auch Ausnahmen Statt. *S. Mehlen* Anleitung zum gerichtlichen Proceß. 1. Th. §. 300. *Schneiders* Lehre vom rechtlichen Beweise §. 485. u. *Littmanns* Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 375. *Not. h. S.* 463.

37) *Littmann* a. a. D. §. 375.

38) *Schneiders* Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 477.

39) *Littmann* a. a. D. S. 464.

gewendet werden könnten <sup>40)</sup>. Frauenspersonen und Geistliche setzen diese Finger auf die linke Brust <sup>41)</sup>.

4) Die Eidesformel muß dem Schwörenden vorgelegt, und von diesem deutlich von Wort zu Wort nachgesprochen werden. Ist der Schwörende stumm, so muß er sowohl den ganzen Inhalt des von ihm abzulegenden Eides, als auch die Eidesformel in Gegenwart des Richters niederschreiben und unterzeichnen <sup>42)</sup>. Einer tauben Person wird der Inhalt des Eides und die Eidesformel schriftlich vorgelegt, und sie muß alsdann die letztere ablesen <sup>43)</sup>. Von dieser vorgeschriebenen Formel, nicht, wie andere <sup>44)</sup> sagen, von der der Eidesleistung vorausgehenden Erklärung und Warnung, wird ein solcher Eid ein gelehrter Eid genannt <sup>45)</sup>; von dem Vorsagen oder Vorlesen der Eides

40) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1155. und von Levenat Theorie der Beweise im Civilproceß 5. Abschn. S. 266.

41) Dieser Gebrauch ist sehr alt. Den Grund und Ursprung desselben untersucht Gundling in Gundlingianis Stück IV. Nr. 2.

42) E. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 483. und 485.

43) Schneider in der angef. Schrift §. 487.

44) KRESS Comment. ad Art. 107. C. C. C. §. 1. Not. 2. von Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts §. 132. PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 119.

45) Art. 107. der peinl. Gerichtsordn. Karls V. welcher die Ueberschrift hat: Straff derjenigen, so einen gelehrten Eid vor Richter und Gericht meinentdigen schwören. Daß unter einem gelehrten Eide ein förmlich abgefaßter und wörtlich vorgeschriebener

Eidesformel aber ein gestabter Eid <sup>46)</sup>. Man nennt den solennen Eid auch einen körperlichen Eid. Ob dieses in Beziehung auf den Körper des Schwörenden wegen der Aufhebung der Hand, oder Berührung der Brust geschieht; oder nicht vielmehr in Beziehung auf den Gegenstand, welcher sonst bey der Ableistung des Eides berührt wurde, wo es üblich war, die Finger auf Reliquien, oder das Evangelienbuch, oder an des Richters Stab zu legen <sup>47)</sup>, ist streitig. Ersteres behauptet Cujaz <sup>48)</sup>, letzteres aber mit mehrerem Grund Merillius <sup>49)</sup>.

II. Außerordentliche Feyerlichkeiten, welche nur in gewissen Fällen gebraucht werden, um dadurch

N 3

desto

ner Eid verstanden werde, haben de BOEHMER in *Meditat. ad Art. 107. C. C. C. §. 3.* und besonders WALCH in *Glossar. germ. interpretat. C. C. Carol. inservient. voc. Gelehrt. pag. 304. sqq.* aus dem Sprachgebrauche des Mittelalters erwiesen. Man sehe auch MALBLANC de *iureiur. §. 98. pag. 401. Not. 574.* und EITMANN'S *Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 376. Not. y. S. 467.*

46) Von *staben*, welches in der alten deutschen Sprache soviel heißt, als vorlesen oder vorsagen. S. *Christ. Frid. HARPPRECHT de iureiurando scriptura praestito. Tüb. 1745. §. 10. Not. 69.* und WALCH in *Glossar. cit. pag. 305. sqq.*

47) *L. 12. §. 5. C. de reb. credit. et iureiur. L. 12. C. de iudic. L. 7. §. 5. Cod. de curat. furiosi Nov. 123. cap. 7.* S. *Carl Frid. Koppß ausführliche Nachricht der ältern und neuern Verfassung der geistl. und civil Gerichte in den Hessen Casselschen Landen. 1. Th. §. 371.*

48) *Paratitl. ad Tit. Cod. Si adv. vendition. und in Exposit. Nov. 51.*

49) *Observation. Lib. VIII. cap. 40.* Man sehe auch BRISSONNIUS de *verbor. significat. v. Corporaliter.*

desto mehr Eindruck auf den Schwörenden zu machen. Dahin gehört die Zuziehung eines oder mehrerer Geistlichen, die Ueberdeckung des Gerichtstisches mit schwarzem Tuche, Aufstellung des Crucifixes, Anzündung zweyer Lichter, Berührung des Evangelienbuchs u. d. m. \*) Diese außerordentlichen Feyerlichkeiten dürfen nicht gebraucht werden, wo sie nicht hergebracht sind<sup>50</sup>). Nicht einmal die Zuziehung eines Geistlichen ist ohne besondere Gründe zulässig<sup>51</sup>). In peinlichen Fällen ist jedoch der Fall häufiger, daß beim Reinigungsseide ein oder mehrere Geistliche zugezogen werden<sup>52</sup>); als in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Hier muß der Schwörende des Meineides schon sehr verdächtig seyn, wenn zu diesen außerordentlichen Feyerlichkeiten geschritten werden soll<sup>53</sup>).

Mit mehreren eigenthümlichen Formalitäten ist der feyerliche Judeide verbunden<sup>54</sup>). Sie bestehen darin,

1) Der

\*) E. Just. von Schmidt über den Eid, §. 17. ff.

50) S. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obf. 644.

51) Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 219. not. d. (der 2. Aufl.) Man sehe auch MYLIUS de admonitione de vitando periurio, quae fit per clericum.

52) Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts, 2. Th. §. 165. S. 191.

53) Claproth's Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß, 2. Th. §. 334. und MALBLANC de iureiur. §. 95.

54) Man vergleiche Cam. Gerichtsordn. Th. 1. Tit. 86. und die Allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten, Th. 1. Tit. 10. §. 317. ff. Philipson über die Verbesserung des Judeidees. Neustrelitz 1797. Joh. Bernh. Dan über den Werth des Judeidees vor christl. Obrigkeit

1) Der Eid muß in der Synagoge, bey versammelter Gemeinde, abgelegt werden, wohin also auch der den Eid abnehmende Richter sich zu begeben hat.

2) Der Schwörende muß zwey selbst gewählte Zeugen mitbringen, auch muß der Rabbiner des Orts, oder, an dessen Statt, ein jüdischer Assessor, oder Gelehrter bey der Handlung gegenwärtig seyn. Dieser Rabbiner, oder Assessor kann jedoch im Nothfalle auch die Stelle des zweyten Zeugen vertreten.

3) Betrifft der Eid die eigene Sache des Schwörenden, und die Gegenparthey desselben ist ebenfalls ein Jude, der in dem Orte wohnt, so muß auch dieser in Person gegenwärtig seyn. Diesem wird von dem Rabbiner oder Assessor die Strafe des Bannes angedrohet, wenn er etwa ohne Grund auf dem Eid bestünde, und er beantwortet diese Drohung mit Amen.

4) Der Schwörende muß nun sich durch Abwaschung der Hände, und durch Anlegung des Gebermantels und der Gebetschnur zur Eidesleistung vorbereiten.

5) Hierauf folgt die Warnung vor dem Meineide, welche der Rabbiner dem Schwörenden vorhalten muß<sup>55)</sup>.

N 4

6) Nach

Obrigkeiten. Göttingen 1794. und Joh. Christ. Preuß. Ordnung des jüdischen Eides vor christlichen Gerichten. Wallerstein 1783.

55) Diese Warnung lautet nach dem in der Preuß. Gerichtsordnung I. Th. 10. Tit. 5. 330. vorkommenden Formular folgendermassen: „Ein jeder gläubiger Israelit ist schuldig, der Obrigkeit, sie sey jüdisch, oder christlich, bey Rechtsstreitigkeiten

ten

6) Nach dieser Warnung muß der Richter mit Beyhülfe des Rabbiners nochmals die Güte zwischen beyden Theilen versuchen.

7) Ist

ten die Wahrheit zu gestehen, und solche, auf ihr Begehren, mit einem Eide zu bekräftigen. Ein von der christlichen Obrigkeit geforderter Eid ist also, nach der Lehre der Rabbiner, für keinen unrechtmäßiger Weise erzwungenen Eid zu achten. Wer daher die christliche Obrigkeit durch einen falschen Eid hintergeht, oder dabey etwas anders denkt, als er sagt, der entheiliget den Namen Gottes, und begeht einen Meineid. Der Meineid ist das schrecklichste Verbrechen, dessen sich der Mensch schuldig machen kann. Die ganze sittliche Welt beruhet, (wie die Rabbiner sagen) auf dreyerley; auf Recht, Wahrheit, und Frieden. Ungerechtigkeit und Lügen sind also schon an sich selbst höchst strafbare Verbrechen, indem sie die Zerrüttung der sittlichen Welt zur Folge haben. Bey einem Meineide kommt der Frebel dazu, daß der Meineidige den Gott der Wahrheit zum Zeugen der Unwahrheit, und den Gott der Gerechtigkeit selbst zur Bestrafung der Ungerechtigkeit auffordert, und also den Namen des Allerhöchsten bey einer sehr schändlichen That mißbraucht. Daher auch die ganze Welt erschüttert worden, als der Gott unserer Väter auf dem Berge Sinai die Worte hat hören lassen: Du sollst den Namen des Ewigen, deines Gottes, nicht bey einer Unwahrheit mißbrauchen. Wenn jeder andre Verbrecher durch Buße und Sinnesänderung von der Strafe Gottes sich befreien kann, so kann doch der Meineidige durch die stärkste Buße, ohne hinlänglichen Ersatz, keine Vergebung hoffen; denn es heißt ausdrücklich: Der Ewige, dein Gott, wird denjenigen nicht ungestraft lassen, der seinen Namen bey einer Unwahrheit mißbraucht. Bey einem jeden andern Verbrechen trifft die Strafe bloß den Sünder, und die Mischuldigen, oder die dem Uebel hätten steuern können;

7) Ist dieser Versuch fruchtlos, und besteht also der Gegentheil auf der Ableistung des Eides, so redet der Rabbiner nun den Schwörenden an:

Wisse, daß du nicht nach deinem Sinne und deiner Auslegung der Worte; sondern nach dem Verstande, den wir und die Richter mit den Worten verbinden, den Eid ablegest.

8) Nach dieser zweiten Ermahnung tritt der Schwörende vor dem Gesetzschrank. Der Klopfer öffnet die Thüre des Schrankes, nimmt eine bekleidete Thora heraus, und giebt sie dem Schwörenden in dem Arm.

9) Alsdann wird dem Schwörenden, wenn derselbe geschriebenes lesen kann, die Formel des Eides, welchen er ableisten soll, in die Hand gegeben, und er eröffnet den Schwur mit den Worten:

Ich

nen; bey einem Meineide aber leidet die ganze Familie des Verbrechers; ja das ganze Land, in welchem er wohnt, empfindet die darauf folgende göttliche Strafe. Bey einem jeden andern Verbrechen wird dem Verbrecher öfters, durch die Langmuth des barmherzigen Gottes, nachgesehen; auf einen Meineid aber folgt die Strafe unverzüglich; denn so heißt es in dem Propheten Zacharias Kap. 5. V. 4. Ich will den Fluch hervorbringen, spricht der Herr Zebaoth, daß er soll kommen über das Haus des Diebes, und über das Haus derer, die bey meinen Namen fälschlich schwören, und er soll bleiben in ihrem Hause, und soll es verzehren, sammt dem Holz und den Steinen.“

Ich schwöre bey Adonai<sup>56)</sup>, dem Gott Israels u. Am Schluß des Eides wird die Bekräftigungsformel bengefügt:

Wenn ich falsch schwöre, so müssen mich alle die Strafen treffen, die mir in der gesehenen Vermahnung angedeutet worden sind. Amen.

10) Kann der Schwörende nicht lesen; so spricht er die Eidesformel dem vorlesenden Rabbiner von Wort zu Wort nach. Das Wort *Adonai* darf aber, weil nach jüdischen Religionsgrundsätzen die Wiederholung desselben, bey eben derselben Handlung, für sündlich gehalten wird, nicht vorgelesen, sondern muß dem Schwörenden bloß auf der in der Schule befindlichen Tafel vorgezeigt werden, damit er solches selbst ausspreche.

11) Bey der Ableistung des Eides legt der Jude die rechte Hand auf die mosaischen Gesetze, woben 2. Buch Mose XX. V. 7. aufgeschlagen wird.

Wird der Eid ohne die bisher beschriebenen Formaltäten abgelegt, so ist er ein unfeyerlicher Eid, und kann mündlich oder schriftlich, mit der Eidesformel, oder durch bloße Angelobung an Eides Statt geschehen.

### S. 792.

Erfordernisse des Eides. 1) *Veritas.*

Es ist nun eine Hauptregel, daß der Eid immer den Religionsgrundsätzen des Schwörenden gemäß eingerichtet werde.

56) Das Wort *Adonai* muß mit den hebräischen Mitlautern des Wortes *Iehovab* bezeichnet seyn.



werde. Denn sonst würde der Zweck der Eidesleistung nicht erreicht werden. Daher wird der Judeneid anders, als ein Christeneid gefaßt. Alle Eidesleistung setzt also voraus, daß der Schwörende Religion habe. Daher können diejenigen, welche die Existenz einer Gottheit ganz läugnen, nicht zum Eide gelassen werden<sup>57)</sup>. Sie werden dann aber auch der Vortheile verlustig, die für sie von der Leistung eines Eides abhängen<sup>58)</sup>. Ein gleiches ist von denen zu behaupten, die sich durch einen begangenen Meineid des öffentlichen Vertrauens verlustig gemacht haben<sup>59)</sup>. Ueberhaupt aber werden zu jedem gültigen Eide drei Haupteigenschaften erfordert, welche in den Gesetzen<sup>60)</sup> figurlich die drei Gefährten des Eides (*Comites iurisiurandi*) genannt werden.

I. Der Eid muß in dem nämlichen Sinn abgelegt werden, in welchem er gefordert wird<sup>61)</sup>. Dieser erste

Ge-

57) S. *Sam. Frid. WILLENBERG* Diss. de iuramento A'hei. *Germani* 1708. und *Ger. Herm. MENCKE* de eod. arg. *Lipsiae* 1713.

58) S. *MALBLANC* de iureiur. §. 7. pag. 20.

59) *Can. 5. et 8. Caus. XXII, Qu. 5.* *MALBLANC* cit. loc. pag. 20. nr. 4. und *TRIBAUT* System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1158. Ob nicht bey dem defecirten Eide eine Ausnahme Statt finde, wird unten weiter erörtert werden. Man s. auch *Elaprotch* § Einleitung in den ord. bürg. Proceß 2. Th. §. 319.

60) *Can. 7. Caus. XXII, Qu. 1. Can. 2. C. XXII, Qu. 2. et Cap. 26. X. de iureiur.* *Ern. Henr. BOSE* Diss. de tribus iurisiurandi comitibus. *Lipsiae* 1731. *Ge. Lud. BOEHMERI* Princip. iuris canon. §. 331. und *Wiese* Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 164. S. 186. ff.

61) *Can. 9. Caus. XXII, Qu. 5.* Quaecumque arte verborum quisque iuret, Deus tamen, qui conscientiae testis est, ita hoc

fährte wird *Veritas* genannt<sup>62)</sup>. Daher dürfen beim Eide keine Mental-Reservationen gebraucht werden<sup>63)</sup>. Denn diese bestehen eben darin, wenn Jemand wissenschaftlich mit den Worten des Eides einen andern Sinn verbindet, als der, welcher den Eid schwören läßt, und sich geheime, der Intention desselben entgegenstreckende, Einschränkungen erlaubt<sup>64)</sup>. Solche Mental-Reservationen laufen auf einen Betrug hinaus, und eine absichtlich darunter versteckte Falschheit wird daher mit Recht als ein Meineid angesehen<sup>65)</sup>. Um keinem solchen Vorbehalt

*accipit, sicut ille, cui iuratur, intelligit.* Sollte über die Intention desjenigen, von welchem der Eid gefordert worden, Zweifel entstehen, so ist diejenige Erklärung vorzuziehen, welche den Worten, und der Natur des Geschäftes, worüber geschworen wird, am gemäßigtesten ist. Daber wird zuweilen auch nach der Intention desjenigen erkannt, welcher den Eid geschworen hat. *L. 31. L. 39. D. h. t. C. Frid. Gottl. ZOLLER* Diss. de interpretatione iuramenti praestiti secundum intentionem eius, cui iuratur, non suscipienda. *Lipsiae 1745. §. 12.*

62) BOSE cit. Diss. Cap. II. §. 2. sagt: *VERITAS* h. l. est declaratio animi nostri, per verba animo congrua, facta ei, qui istam ex iure perfecto, vel imperfecto petere potest. — Quam ob rem, quando praepimis *veritatem ad iuramentum* requirimus, nihil aliud hoc ipso intelligitur, quam quod signa externa convenire debeant cum animo, ne mendacium proferatur.

63) C. *Abrab. KAESTNERI* Diss. de reservationibus mentalibus. *Lipsiae 1746.*

64) *Cap. 11. Caus. XXII. Qu. 5.* und *GRATIAN. post can. 13. Caus. XXII. Qu. 5.*

65) *STRYK* de cautelis iuramentor. P. III. Sect. III. Cap. I. nr. 27. *STRUV* Syntag. iur. civ. Exercit. XVII. Th. 18. et *MÜLLER* ad Eun-

behalt Raum zu lassen, ist es nothwendig, den Inhalt des Eides mit der möglichsten Genauigkeit abzufassen.

§. 793.

II. *Iudicium*. Alter des Schwörenden. Certioration.

Zur Gültigkeit eines Eides wird ferner II. erfordert, daß der Schwörende diejenige Reife des Verstandes und Einsicht habe, daß er nicht nur die Wichtigkeit des Eides kennt, sondern auch weiß, warum er schwört. Man nennt diesen andern Gefährten des Eides *iudicium*<sup>66)</sup>. Unfähig zur Eidesleistung sind daher

1) vernunftlose und betrunkene Personen<sup>67)</sup>.

2) Diejenigen, welche noch nicht das Alter erreicht haben, von welchem sich eine zur Beurtheilung dieser Handlung hinreichende Einsicht von der Wichtigkeit des Eides erwarten läßt<sup>68)</sup>. Das Römische Recht hat zwar hierüber nichts bestimmt. Ulpian sagt vielmehr in der *L. 26. D. b. t. Qui iurasse dicitur, nihil refert, cuius sexus aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet iusiurandum ad-*  
*ver-*

Eundem lit. B. Man vergleiche auch *de cocceji ius civ. controvers. h. t. Qu. 4.*

66) *Iudicium*, sagt BOSE cit. Diss. Cap. III. §. 1. est ea mentis animique discretio, ut quis probe sciat et intelligat, tum quid sit iusiurandum, tum quid sit id, de quo iuret.

67) *Can. 16. Caus. XXII. Qu. 5.* Elaprotz's Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 319. a. E. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 9. pag. 27.

68) *Car. Frid. WALCH* Diss. de iurantis legitima aetate. *Ienae 1755.* und *Opusc. Tom. II.*

*versus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit.* PAULUS scheint zwar das Gegentheil zu lehren, wenn er L. 34. §. 2. D. eodem. sagt: *Pupillo non defertur iusiurandum.* Allein daß dieser römische Jurist nur soviel sagen wolle, einem Unmündigen könne kein Eid mit der Wirkung angetragen werden, daß er solchen entweder anzunehmen oder zurückzuschieben schuldig sey; darin sind alle Ausleger mit einander einverstanden<sup>69)</sup>. Nach dem römischen Recht kann also auch ein Unmündiger einen ihm deferirten Eid abschwören, und der Eid ist gültig, insofern er zu desselben Vortheil gereicht<sup>70)</sup>. Allein eines Meineides kann er sich nicht schuldig machen, wie ebenfalls Ulpian in der angeführten L. 26. D. h. t. sagt, wenn es daselbst heißt: *Quamvis pupillus non videatur peierare, quia sciens fallere non videatur.* Das Canonische Recht hingegen schließt Unmündige vom Eide aus, und setzt ein Alter von vierzehn Jahren als den Zeitpunkt der Eidesmündigkeit fest<sup>71)</sup>. Ja nach der Praxis wird an vielen Orten

69) Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 2. D. h. t. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 286. BARCLAIUS in Comm. ad L. 34. §. 2. D. h. t. (in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 958.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VIII. not. p. und MALBLANC de iureiur. §. 42. pag. 121.

70) L. 42. D. de iureiur.

71) Can. 14. et 15. *Caus. XXII. Qu. 5. S. Car. Sebast. BERNARDI* Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. Part. I. Cap. 2. pag. 24. edit. Venet. 1777. 4. und God. Lud. MENCKEN Diss. singularia quaedam capita doctrinae de iureiurando in specie

Orten zur Ableistung gerichtlicher Eide ein Alter von 18 Jahren erfordert<sup>72)</sup>. Aus dem zweiten Erforderniß folgt,

3) daß der Regel nach dem Schwörenden der Inhalt und Gegenstand des Eides vom Richter vor der Ableistung erklärt werden muß. Eine solche Belehrung wird *Certioratio* genannt, und kommt besonders in dem Falle vor, wenn der Rechte unkundige Personen sich zuständiger Rechtswohlthaten begeben sollen<sup>73)</sup>.

### §. 794.

#### III. *Iustitia*. Entbindung vom Eide.

Der Eid muß III. einen Gegenstand betreffen, welcher in des Schwörenden Gewalt steht, und darf weder den Gesetzen noch den Rechten eines Dritten, auch nicht der Willensfreiheit des Schwörenden zuwider seyn<sup>74)</sup>. Man nennt diesen dritten Gefährten des Eides *Iustitia*.

de iuramentis minorum et impuberum contin. *Vitemb.* 1729. §. 19. et 20.

72) *S. Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 331. not. c. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4507. not. b. z. B. die allgem. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten I. Th. 10. Tit. §. 262. u. 263. Sonst genügt das vierzehnjährige Alter auch sogar zur Ablegung eines eidlichen Zeugnisses, wenn keine Bedenklichkeiten obwalten. *S. Meisters* rechtliche Erkenntnisse u. Gutachten in peinl. Fällen. Decis. LXXVIII. nr. 32.

73) Vergleiche *Io. Sam. STRYK* Diss. de certioratione iurium renunciandorum. *Halae* 1702.

74) *Cap. 18. et 28. X. b. 1.*

tia<sup>75</sup>). Der Eid, nach der Gerechtigkeit betrachtet, verbindet daher nicht,

1) wenn er unerlaubte Handlungen zum Gegenstande hat. Z. B. wenn sich der Schuldner eidlich verpflichtet, gesetzlich verbotene Zinsen dem Gläubiger zu bezahlen<sup>76</sup>). Dem Gläubiger kann die *exceptio doli* entgegengesetzt werden<sup>77</sup>). *Dolo enim facit, qui petit, quod restituere oportet eundem*<sup>78</sup>). Auf gleiche Weise ist

2) der Eid unverbindlich, wodurch man sich zu Etwas verpflichtet hat, was dem Rechte eines Dritten nachtheilig ist<sup>79</sup>). Z. B. wenn dadurch ein heimliches Eheversprechen gegen den Willen der Eltern bestätigt worden<sup>80</sup>). Ebenso ist

3) ein Eid ungültig, wenn er durch Zwang, Irrthum, oder Betrug veranlaßt worden ist<sup>81</sup>). Das Canonische Recht stellt zwar den Grundsatz auf, daß durch jeden Eid eine besondere, dem Gelübde ähnliche, Verbindlichkeit gegen

75) S. BOSE Diss. cit. de tribus iurisiurandi comitibus. Cap. IV.

76) Cap. 1. 6. et 20. X. b. 1. Mehrere Beispiele findet man Cap. 18. X. de testib. Cap. 4. X. de testib. cogend. Vid. Iust. HENN. BOEHMERI ius eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 25. et 26. et LEYSERI Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXIV. med. 1. et 2.

77) Ge. Lud. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 336. not. h.

78) Cap. 59. de Reg. iuris in 6to.

79) Cap. 25. 27. et 28. X. b. 1. Cap. 2. de pactis in 6to.

80) BOEHMER in iur. eccles. Protest. T. II. Lib. II. Tit. 24. §. 32.

81) Cap. 28. X. b. 1. et Cap. 2. de pact. in 6to.

gegen Gott erzeugt werde<sup>82)</sup>; und daher auch selbst die eidliche Bestärkung unerlaubter Zusagen, so wie der durch Gewalt erpreßte Eid, einer von der geistlichen Obrigkeit zu ertheilenden Absolution bedürfe, um den Schwörenden von der Verbindlichkeit des Eides zu befreien<sup>83)</sup>. Allein diese Grundsätze, welche blos auf Erweiterung der geistlichen Gewalt und Gerichtsbarkeit abzielten, finden in den protestantischen Gerichten keine Anwendung. Bey den Protestanten ist daher ein solcher Eid schon von selbst ungültig, ohne daß der Schwörende von seinem geistlichen Obern eine Befreyung seines Gewissens (*relaxatio iuramenti*) zu erbitten braucht<sup>84)</sup>. Es versteht sich indessen, daß wenn Jemand einen abgeleisteten Eid aus dem Grunde für ungültig ausgeben will, daß er durch Zwang oder Betrug dazu veranlaßt worden sey, und daher an der Verfolgung seines Rechts nicht gehindert zu seyn vorgiebt, eine gerichtliche Untersuchung und Erkenntniß erforderlich sey. Allein diese Untersuchung, so wie die Nichtigkeitserklärung kann von dem ordentlichen Richter geschehen<sup>85)</sup>.

§. 795.

82) *Cap. 2. cit. de pactis in 6to. I. H. BOEHMERI ius eccl. pro c. l. §. 21.*

83) *Cap. 1. 2. 8. et 15. X. de iureiur. BOEHMERI ius eccl. Protest. c. l. §. 51. et 52. Weber's syst. Entwicklung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 120. S. 328.*

84) *MALBLANC de iureiur. §. 121. et 123. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obl. 699. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1157.*

85) *S. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. 28.*

## Allgemeine Grundsätze vom Eide.

Eide müssen so selten, als möglich, gebraucht werden. So allgemein man auch von der Richtigkeit dieses Satzes überzeugt ist, so wenig ist man doch über den wahren Grund desselben einverstanden. Bald setzt man ihn darin, daß durch unnöthigen Gebrauch dieses Mittels der Name Gottes entheiligt werde; bald darin, daß das Feyerliche des Eides, durch den zu häufigen Gebrauch, viel von dem Eindruck verliere müsse, welchen es sonst auf die Menschen zu machen im Stande sey. Allein man hat den wahren Grund verkannt, weil man vergaß, den höchsten Gesichtspunct aufzusuchen, aus welchem allein gründlich über den Eid gesprochen werden kann. Man muß hier, wie Schmidt<sup>86)</sup> und nach ihm Grolman<sup>87)</sup> gezeigt haben, von dem Grundsatz ausgehen. Der Staat ist auf das allgemeine Mißtrauen erbaut; er setzt mithin voraus, daß die Menschen keine vollendete moralische Wesen sind, und daß kein allgemeiner Glaube an durchgängige Moralität unter den Menschen Statt finde. Denn wäre dieses, so bedürfte es keines Zwangsgesetzes, und keiner Gesellschaft zur Realisirung desselben, — keines Staats. Daraus folgt, daß der Staat so wenig, als möglich, auf die Moralität der Bürger bauen soll. Dies ist der Grund, warum der Eid so selten, als möglich, und nur dann, wenn sonst der Staat

86) Joh. Ernst Christ. Schmidt über den Eid, in Grolman's Magazin 1. Bandes 2. Heft. Nr. II. S. 101. ff.

87) Nachtrag zu der Schmidtschen Abh. im Magazin a. a. D. S. 120. f. u. S. 134. ff.



Staat seine Pflichten nicht erfüllen kann, gebraucht werden darf. Es ist daher Pflicht des Richters, darauf zu sehen, daß alle unnütze und unnöthige Vermehrfältigung der Eide sorgfältig vermieden werde<sup>88)</sup>. Hieraus fließen folgende Wahrheiten her.

1) Ueber irrelevante, zur Entscheidung des Streitpuncts nichts beyntragende Umstände, oder deren Wahrheit selbst den Beweissatz unerwiesen läßt, darf kein Eid zugelassen werden<sup>89)</sup>. Man nimmt jedoch den Fall aus, wenn die Parthenen durch Vertrag von der eidlichen Erhärtung eines an sich irrelevanten Umstandes die Entscheidung ihrer Sache abhängig gemacht haben sollten<sup>90)</sup>. Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten<sup>91)</sup>, welche auch diese Ausnahme verwerfen, und schlechthin behaupten, daß ein an sich irrelevanter Eid eben so wenig durch die Uebereinkunft der Parthenen, als durch die Auctorität eines rechtskräftigen Erkenntnisses eine Gültigkeit erhalte, son-

D 2

dern

88) S. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 49. nr. 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 69. und PUFENDORF Observat. iuris universi Tom. II. Obs. 109.

89) Cap. 26. X. de iureiur.

90) WERNHER Observat. forens. Tom. I. P. II. Obs. 494. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 92. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. XLIX. §. 14. S. 518. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1159.

91) Ge. Lud. BOEHMER in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum, relatumque. Goettingae 1772. §. 12. und Ge. Steph. WIESAND Diss. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda. Vitembergae 1790. §. 7.

dern an und für sich ein vergeblicher und daher zu verwerfender Eid sey. Allein man kann jene Ausnahme ohne Bedenken zulassen, man muß sie nur aus dem wahren Gesichtspuncte betrachten, um nicht irre geführt zu werden. Es ist ja keinem Zweifel unterworfen, daß eine bey Gericht anhängige Streitsache von den Partheyen durch einen Vergleich geendiget werden könne. Es kann folglich auch auf die Bedingung eines abzuleistenden Eides ein Vergleich geschlossen werden. Der Eid verliert aber freylich in dieser Eigenschaft ganz und gar die Natur eines Beweises, und geht in einen außergerichtlichen Eid über, welcher die Natur eines Vergleichs hat. Denn als ein gerichtlicher Eid müßte er verworfen werden, weil ein Beweis, der den Beweissatz nicht in sich faßt, mit sich selbst im Widerspruche ist. Man kann also nicht sagen, daß in dem gegebenen Falle der Beweis von dem Eide abhängig gemacht werde, sondern hier ist, wie die Natur eines außergerichtlichen Eides mit sich bringt, das Recht selbst vom Vertrage abhängig, von welchem der Eid einen Bestandtheil ausmacht, der aber eben deswegen von der Eigenschaft eines Beweismittels gar nichts an sich trägt. Nach dieser Ansicht läßt sich nun auch mit Grund nicht mehr behaupten, daß der Eid vergeblich sey.

2) Derjenige darf mit keinem weitem Eide belastet werden, welcher bereits auf andre Art vollständig bewiesen hat. Der Eid würde hier vernunftwidrig und ganz zwecklos seyn. Denn schon die Vernunft lehrt, das demjenigen, welcher bewiesen hat, kein Eid darüber, daß das Bewiesene wahr sey, aufgebürdet werden könne. Auch der Zweck des Eides überzeugt uns, daß der Eid hier unnütz

nüß sey. Der Zweck des Eides ist Herstellung der juristischen Gewißheit. Ist dieser Zweck durch andere Beweise erreicht, so fällt der Eid als zwecklos hinweg<sup>92)</sup>. Alles dieses bestätigt auch noch zum Ueberfluß eine Stelle des canonischen Rechts, nämlich *cap. 2. X. de probat.* worin der Pabst sagt: *Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut, cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur, nos, cum tunc demum ad huiusmodi sit suffragium recurrendum, cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus.* Zuweilen kann jedoch derjenige, wider welchen ein sonst nach allgemeinen Regeln vollständig geführter Beweis vorhanden ist, sich dennoch der Eidesdelation bedienen, wenn er solche Umstände in factu anführen kann, welche den Beweis zweifelhaft und verdächtig machen<sup>93)</sup>. Folgender Fall, welcher unserer Facultät zur Entscheidung vorgelegt wurde, giebt hiervon ein treffendes Beispiel. Eine hiesige reiche Wittwe D. verkaufte an einen gewissen Candidaten W. ein Haus. Nach dem Tode derselben klagten deren Erben auf die Bezahlung des Kaufgeldes, weil sich in den Rechnungsbüchern ihrer Erblasserin durchaus nichts fand, daß die Kaufsumme bezahlt sey, da doch andere minder erhebliche Einnahmeposten genau darin verzeichnet waren. Der Beklagte setzte der Klage die Einrede der geschenehen Bezahlung des Kaufschillings entgegen, und berief sich auf

D 3

den

92) C. Sönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. L. §. 2. S. 521. ff.

93) LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. II. *Specim.* CXXXVI. *Meditat.* 7. et 8. und HOFACKER *Princip. iur. civ.* Tom. III. §. 4517.

den gerichtlichen Kaufbrief, worin es hieß, daß die Kaufsumme bezahlt sey. Dennoch wollten sich die Kläger dabey nicht beruhigen, sondern desirirten dem Beklagten den Eid. Die Juristen Facultät in Tübingen erkannte in Gemäßheit des *cap. 2. X. de probat.* daß die Eidesdelation nicht Statt habe. Durch Einwendung eines Rechtsmittels kamen die Acten an unsere Facultät. Hier führten die Kläger noch neue, sehr wichtige Gründe an, die den Beweis des beklagten Käufers sehr zweifelhaft machten. Es wurde die Gerichtsperson abgehört, welche den Kauf aufgenommen, und den Kaufbrief ausgefertigt hatte. Diese bezeugte, daß wenigstens die Kaufsumme nicht gerichtlich bezahlt worden sey, sondern der Kaufbrief sey aus der Punctation ausgefertigt worden, und darin habe gestanden, daß die Kaufsumme bezahlt sey. Diese Punctation sey vom Käufer producirt worden, und well sie von beyden Theilen unterschrieben gewesen, so habe man bey Gericht den Inhalt derselben für wahr angenommen. Es wurde hierauf auch der Rechtsbenstand der Verkäuferin, der Prozeßrath B. abgehört, welcher die Punctation aufgesetzt hatte. Auch dieser versicherte eidlich, er habe keine Bezahlung gesehen, sondern habe der Versicherung des Käufers getrauet. Dazu kam nun noch der wichtige Umstand, daß der Käufer eben derjenige war, welcher bey der Verkäuferin, die ihres Alters wegen etwas schwachmüthig wurde, das Rechnungswesen führte. Unter diesen Umständen fanden wir kein Bedenken die geschehene Eidesdelation für zulässig zu erkennen.

3) Eine Eideszuschreibung darf nicht mit andern Beweismitteln über einen und denselben Umstand

zugleich und unbedingt verbunden werden. Es leidet zwar keinen Zweifel, daß derjenige, dem ein Beweis obliegt, über verschiedene Umstände, wenn sie auch vereint auf einen Zweck wirken, sich verschiedener Beweismittel bedienen, und über einige Punkte seinem Gegner den Eid deferiren könne, während über andere Punkte der Beweis durch Urkunden oder Zeugen geführt wird<sup>94</sup>). Allein gegen die Vernunft würde es streiten, wenn der Beweisführer bey dem Versuch eines noch nicht mislungenen Beweises, den er durch Zeugen oder Urkunden angetreten hat, zugleich seinem Gegner über denselben Beweissatz unbedingt den Eid antragen wollte. Denn der Eid erzeugt einen vollkommenen Beweis. Würde derselbe während der Vollführung eines andern Beweismittels geleistet, so würde diese als zwecklos erscheinen, oder es würde von einem Eide nicht mehr die Rede seyn können, wenn sein Zweck durch andere Beweismittel schon erreicht wäre, ehe es zur Eideseistung kam. Eine unbedingte und copulative Verbindung der Eideseidation mit andern Beweismitteln über den nämlichen Streitpunct ist demnach immer und ohne Einschränkung unerlaubt<sup>95</sup>). Hat sich der Beweisführer dieser widersprechenden Verbindung dennoch bedient, so muß der Richter die Eideseidation verwerfen<sup>96</sup>). Eine andere Frage aber ist, ob nicht wenigstens

## D 4

eine

94) S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Seet. I. Membr. III. Cap. I. §. 6. Püttmanns Rescrit; und Decretirkunst §. 112. Not. a. §. 82.

95) S. Sönners Handbuch des gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. L. §. 4. S. 523.

96) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXIII. medit. 6. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obf. 45. Christ. Wilh. Behrn

eine eventuelle oder subsidiarische Cumulation auf den Fall Statt finde, daß die neben der Eideszuschlebung vorgelegten Beweismittel nicht nach Wunsch ausfallen sollten? Mehrere Rechtsgelehrten<sup>97)</sup> gehen soweit, auch diese Verbindungsart zu verwerfen. Allein, da hier keiner der angeführten Gründe im Wege steht, so läßt sich die Zulässigkeit einer solchen eventuellen Cumulation nichtfüglich bezweifeln<sup>98)</sup>. Es steht ja nach dem gemeinen Rechte und dem Gerichtsgebrauche dem Beweisführer immer noch frey, sich der Eideszuschlebung zu bedienen, wenn der versuchte Beweis mißlungen ist<sup>99)</sup>. Warum sollte also dieselbe nicht auf diesen Fall schon vorläufig

Behen Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 58. *Christ. Gottl. BIZNER* Syst. processus iudicarii Tom. I. §. 98. not. 7. und *Io. Ad. Th. KIND* Quaestion. for. Tom. I. cap. 57.

97) *RENNER* ad *Schaumburgii* Princip. c. I. pag. 35. *Nettelbladt* practische Rechtsgelahrtheit §. 750. *KROHN* (oder *ELSAESSER*) Selecta capita de probatione et reprobatione. Obl. 6. *Ge. Steph. WIESAND* Diss. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda. §. 8. und *Dan;* Grundsätze des ordentlichen bürgerl. Processes §. 238.

98) Man vergleiche *PUFENDORF* Observat. iur. univ. Tom. I. Obl. 151. von *Quistorp* rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 13. *Püttmann* a. a. D. *KIND* Quaestion. for. Tom. I. cap. 57. *Henr. Gottf. BAUER* Responsor. ex iure vario Vol. I. Resp. 23. und vorzüglich *Sönnerr* a. a. D. §. 5. u. ff.

99) *L. 12. C. de reb. cred. Nov. LXXVIII.* cap. 4. *MEVIUS* P. IV. Decif. 5. *Ge. Lud. BOEHMERI* Princip. iur. canon. §. 812. *Dan;* Grundf. des ordentl. bürgerl. Processes §. 371. und von *Fülow* und *Hagemann*s practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit 1. Band Erört. LVII.

läufig mit andern Beweismitteln cumultirt werden können? Ueberdem erlaubt das Canonische Recht<sup>100)</sup> den Eid: cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur. Dieser Fall ist ja nun hier vorhanden. Hierzu kommt endlich, daß derjenige, welchem ein Eid zugeschoben wurde, und, statt desselben, die Gewissensvertretung wählte, noch nach mißlungenem Versuche der unternommenen Beweisführung zur Annehmung oder Zurückziehung des Eides den Rücktritt nehmen könne. Thut nun der Beweisführer nicht das Nämliche, wenn sein Beweistritt neben andern Beweismitteln eine eventuelle Eidesdelation enthält, was seinem Gegner nach der Eideszuschreibung durch Gewissensvertretung unstreitig zusteht? und kann ihm wohl nach dem Princip der Rechtsgleichheit unter den Partheien diese Befugniß abgestritten werden? Sollten indessen die versuchten Beweise zu einem bestimmten Resultate wenigstens in dem Grade führen, daß nach den Regeln des Processes auf einen nothwendigen, Ergänzungs-, oder Reinigungseid, erkannt werden muß, so kann die eventuelle Verbindung der Eidesdelation, welche der Beweisführer unternahm, gar keine weitere Rücksicht verdienen. Der Gegentheil des Beweisführers hat auch nun ein wohl erworbenes Recht, zuvörderst aus dem vollführten Beweise beurtheilt zu werden, ehe man ihn zu einer Einlassung auf die Eidesdelation für verbunden achten kann<sup>1)</sup>).

4) Niemand kann sich zum Beweis seiner Behauptung oder zur Entkräftung dessen, was ein Anderer wider ihn be-

100) Cap. 2. X. de probat.

1) E. Sönners Handbuch a. a. D. §. 6. 2. Band S. 524. ff.

behauptet hat, zur Ableistung eines Haupteldes erbieten<sup>2)</sup>, zumal wenn schon der Beweis gegen ihn geführt ist. Denn es kann von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich ist, daß, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann<sup>3)</sup>. Fände nun aber ein solches Erbieten zur Ableistung eines Haupteldes Statt, so würde es ja in der Macht des Schwörenden stehen, sich nach Gefallen andere zum Schuldner zu machen, und eigene Verbindlichkeiten zu vertilgen. Dies ist es, worauf auch Ulpian<sup>4)</sup> uns aufmerksam macht, wenn er zur Erläuterung der Worte des Prätors: *Si is, cum quo agetur, conditione delata, iuraverit*, hinzufügt: *Nec frustra adiicitur, conditione delata: nam si reus iuravit, nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur; sibi enim iuravit; alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit.* Man pflegt jedoch den Fall auszunehmen, wenn die Forderung des Klägers an sich außer allem Widerspruch, und nur die Größe derselben nicht genau zu erweisen ist<sup>5)</sup>. Hier könne der Kläger zur eidlichen Bestimmung

der

2) S. BIENERI Syst. processus iudicial. Tom. I. §. 98. und MARTIUS Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 214. Not. o. S. 296. der zweyten Aufl.

3) GROLMANS Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 92.

4) L. 3. pr. D. de iureiur.

5) CARPZOV P. I. Constit. 28. Definit. 34. und FRATR. BECMANORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 50. lit. F. pag. 75.



derselben zugelassen werden. Man nennt diesen Eid das *iuramentum quantitatis* <sup>6)</sup>. Man erwartet ferner bey dem Würdigungselde das Erbieten des Siegers zu diesem Eide, ehe darauf zu erkennen ist, weil derselbe nur eine Rechtsbegünstigung, nicht aber Pflicht für die siegende Parthey ist <sup>7)</sup>. Hierüber wird sich jedoch erst zu seiner Zeit urtheilen lassen, wenn in der Folge von diesen Eidesarten gehandelt werden wird.

5) Der Deferent kann den seinem Gegner angetragenen, wenn gleich schon angenommenen Eid, so lange derselbe noch nicht abgeschworen worden, nach Willkühr zurücknehmen, und an dessen Stelle neu aufgefundenen, oder doch noch nicht rechtlich ausgeschlossenen andern Beweis setzen <sup>8)</sup>. Nach den Gesetzen des ältern Römischen Rechts hatte zwar eine solche Revocation des einmal von dem Gegner acceptirten Eides nicht Statt, weil man die Eidesdelation bloß als eine Art von Vergleich oder Vertrag ansah <sup>9)</sup>. Die Acceptation erwarb ihm also ein Recht auf

Eides

6) von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Theil Bem. 30. und Theod. Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelchrksamkeit 5. Band Erört. IV. §. 2. S. 38. ff.

7) S. Martins Lehrbuch des teutsch. gemeinen bürgerlichen Processes §. 221. Not. 1. S. 305. der zweyt. Aufl.

8) S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 54. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 26. not. y. Gönner im Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XXXIX. §. 4. S. 309. Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 92. S. 172. BIENER Syst. process. iudic. Tom. I. §. 104. und THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164.

9) L. 16. L. 39. Cod. de transact.

Eidesableistung. Allein, um Meineiden vorzubeugen, erlaubt Justinian die Zurücknahme des Eides bis zur wirklichen Ableistung desselben. *L. II. C. de rebus credit. et iuretur.* sagt:

*Si quis iusiurandum intulerit, et, necdum eo praestito, postea (utpote sibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit: sancimus, nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere, (fatis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare) et iudices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. Si quis autem sacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, si voluerit, praestare: ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praestetur.* Post definitivam autem sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit: nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire cuiquam concedimus: ne, repetita lite, finis negotii alterius causae fiat exordium.

Man sucht zwar diese Verordnung auf mancherley Art einzuschränken, allein ohne Grund, wie unten (§. 802.) gezeigt werden wird. Hier ist nur noch zu bemerken, daß vermöge dieser Verordnung ein zurückgenommener Eid auf keine Weise, und also auch in keiner veränderten Form, wieder desertirt werden könne, wenn etwa der unternommene Beweis mißlingen sollte<sup>10)</sup>. Endlich

6) wenn

10) D a n; Grundsätze des ordentlichen Processes §. 377.

6) wenn einer Gemeinheit oder Corporation der Eid zugeschoben, oder vom Richter auferlegt worden, so wird, um eine zwecklose Vervielfältigung der Eide, und zugleich einen unnöthigen Kostenaufwand zu vermeiden, der Eid nicht von allen Mitgliedern abgeschworen, sondern nur von einigen, welche von dem streitigen Object die beste Wissenschaft haben<sup>11)</sup>. Es entsteht aber die Frage, wer das Recht habe, diejenigen Mitglieder zu wählen, welche den Eid im Namen der Gemeinheit schwören sollen? Die Rechtsgelehrten sind deshalb verschiedener Meinung. Einige<sup>12)</sup> überlassen diese Wahl dem Gegner der Gemeinheit, weil demselben daran gelegen sey, daß der Eid von solchen Personen geschworen werde, welche nach seiner Einsicht, von der Sache die beste Wissenschaft haben; die Gemeinheit selbst aber, wenn ihr die Wahl überlassen würde, gar leicht solche Subjecte wählen könnte, welche leichtsinnig, und der Sache nicht genugsam kundig wären. Andere<sup>13)</sup> unterscheiden zwischen nothwendigen und beferirten Eiden.

Nur

- 11) *Cap. 26. X. de iureiur. L. 97. D. de condit. et demonstrat. L. 14. D. ad municipalem.* PUFENDORF *Observation. iur. univ. Tom. II. Obs. 124.* Joh. Lud. SCHMIDT'S hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. XXXX. §. 3. ff. Sied. von Bülow und Theod. Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band 21. Erört.
- 12) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. medit. 4. de BERGER Supplem. ad Electa Disceptat. for. P. I. pag. 221.* und SCHAUMBURG *Compend. iuris Dig. h. t. §. 10.*
- 13) HOMMEL *Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 30.* und Kleins merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Band Nr. IV. S. 55.

Nur in dem letztern Falle soll dem Deferenten, in dem ersten aber der Gemeinheit selbst das Recht der Auswahl zustehen. Noch andere <sup>14)</sup> behaupten, daß wenn sich die Parthenen hierüber nicht vereinigen könnten, die Auswahl dem Richter zu überlassen sey. Die richtigste Meinung ist aber wohl die, daß, wenn nicht die besondere Proceß-Ordnung des Landes dem Segner der Gemeinheit das Recht, die Schwörenden zu ernennen, ausdrücklich verstatet <sup>15)</sup>, die Gemeinheit selbst berechtigt sey, diejenigen aus ihrer Mitte zu wählen, welche den Eid in ihrem Namen schwören sollen <sup>16)</sup>. Denn eines Theils kann man der Gemeinde zutrauen, daß sie ihre Mitglieder besser kenne, als ihr Segner, um zu beurtheilen, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, andern Theils aber muß der Gemeinheit auch schon darum die Auswahl der Schwörenden überlassen werden, weil sie das auf ihr Gewissen nehmen soll, was einige aus ihrer Mitte  
in

14) *Io. Flor. RIVINUS* in *Diss. de iuramento universitatis. Lipsiae 1731. §. 9.*

15) Wie z. B. die *Churfürstl. Prozeßordnung Tit. 18. §. 5.* und die *allgemeine Preuß. Gerichtsordnung I. Th. 10. Tit. §. 270.*

16) *MEVIUS* Part. III. *Decis. 54. CARPZOVIVS* P. I. *Const. 13. Def. 3. de CRAMER* *Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1021. Struben* rechtliche Bedenken 5. Th. *Bed. 108. Io. Steph. WIESAND* *Diss. de facultate denominandi iuratos. Vitemb. 1782. §. 6. Schmidt* hinterlassene *Abhandlungen* 2. Band Nr. XL. §. 6. *MALBLANC* *Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 127. Danz* Grundsätze des ordentlichen *Prozesses* §. 369. *not. e.* und *MÜLLER* *Observat. pract. ad Leyserum* Tom. II. *Fasc. II. Obs. 326.*

in ihrem Namen beschwören werden. Sollte die Gemeinheit ja wider Verhoffen leichtsinnige oder der Sache nicht genugsam kundige Personen gewählt haben, so ist dem Gegner unbenommen, seine Einreden gegen die Gewählten vorzubringen, und die Ernennung anderer zu verlangen, auch allenfalls einige in Vorschlag zu bringen, die etwa bessere Wissenschaft von der Sache haben<sup>17)</sup>. Nur dann, wenn beide Theile sich darüber nicht vereiteln können, ist die Sache der richterlichen Entscheidung zu überlassen<sup>18)</sup>. Weigern sich die gewählten Mitglieder den Eid zu schwören, so kann deswegen noch nicht die ganze Gemeinheit pro iurare nolente gehalten werden; sondern es müssen sich sodann sämtliche Mitglieder derselben über die Ableistung des Eides erklären. Erbietet sich sodann die größere Zahl derselben zur Ablegung des Eides, und schwört ihn auch wirklich, so ist es so gut, als wäre der Eid von der ganzen Gemeinheit geleistet worden<sup>19)</sup>. Uebrigens muß die Bestimmung der Schwörenden durch einen Gemeindebeschluß geschehen, und die gewählten Mitglieder müssen sodann mit einer Specialvollmacht versehen werden, bey deren Vollziehung im allgemeinen eben so, wie bey der Errichtung eines Syndicats, zu verfahren ist<sup>20)</sup>. Es müssen jedoch folgende Punkte aus-

drück

17) CARPZOV c. l. Definit. 3. nr. 3. et 4.

18) L. 34. §. 8. D. de iureiur. WIESAND Diss. cit. §. 10. und BIENER Syst. processus iudic. Tom. I. §. 101. pag. 208.

19) von LEVENAR Theorie der Beweise im Civilprozeß. 2. Abschnitt 3. Kap. S. 122. (der neuesten Aufl. Magdeburg 1805.) THIBAUT Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1156.

20) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 408.

drücklich darin bemerkt und beglaubiget seyn: 1) daß die übrigen nichtschwörenden Gemeindeglieder von dem Inhalt der Eidesformel zuvor genugsam unterrichtet worden, und daß sie den abzuleistenden Eid wohl verstanden haben. 2) Daß sie glauben und dafür halten, daß dasjenige, was ihre Bevollmächtigten solchergestalt in ihre Seele schwören werden, von eben der verbindlichen Kraft sey, und dafür angenommen, und gehalten werden solle, als wenn sie selbst diesen Eid wirklich abgeleistet hätten<sup>21)</sup>. Wenn einige<sup>22)</sup> der Meinung sind, daß die Gemeinheit ihren Syndicus für sich schwören lassen könne; so läßt sich diese Meinung nicht schlechthin vertheidigen, wosfern es nicht etwa die Proceßordnung des Landes gestattet. Man unterscheide vielmehr, ob der Syndicus zugleich ein Mitglied der Gemeinheit ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann er zwar zur Ableistung des Eides unter den übrigen mit ernannt werden, aber keinesweges wider den Willen des Gegners in dem letzten Falle schwören<sup>23)</sup>. Denn hier ist er nur als ein bloßer Procurator der Gemeinheit zu betrachten<sup>24)</sup>. Nun ist aber der Eid eines Bevollmächtigten, Namens des Principals, wider den Willen des Gegners nicht zulässig<sup>25)</sup>.

§. 796.

21) v. Bülow u. Hagemann's pract. Erörterungen 3. Band Nr. XXI. S. 144.

22) BERLICH Concluf. pract. P. I. Concluf. 31. nr. 23. HAHN ad Wesenbec. ad Tit. Dig. Quod cuiusq. univ. nom. nr. IIX. u. a. m.

23) WERNHER Observat. for. Tom. II. P. IX. Obl. 226. und Schmidt's hinterlassene Abhandlungen 2. B. Nr. XL. §. 8.

24) L. 6. §. 3. D. Quod cuiusq. univ. nom.

25) L. 12. §. 4. et 5. Cod. de reb. credit. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLIII. medit. I — 3.

## Einteilungen der verschiedenen Eidesarten.

Der Eid wurde oben 1) in Ansehung der Form, in welcher er abgelegt wird, in den feyerlichen und nichtfeyerlichen eingetheilt. Es giebt nun noch verschiedene andere wichtige Einteilungen des Eides, welche hier zu erklären sind. Der Eid wird 2) auch in Rücksicht seines Gegenstandes in den Versprechungs-, oder Verpflichtungseid, *iuramentum promissorium*, und den Bestätigungs-, oder Versicherungseid, *iuramentum assertorium*, eingetheilt, je nachdem er entweder die Bestärkung einer Verbindlichkeit oder Zusage zum Gegenstand hat, oder die Wahrheit einer Aussage oder Behauptung dadurch bekräftiget werden soll. Von dem Versprechungs- und dessen Wirkungen ist schon an einem andern Orte <sup>26)</sup> gehandelt worden. Hier ist also noch von dem Bestätigungs- zu handeln. Es entstehen hier folgende Fragen, woraus sich die verschiedenen Arten dieses Eides erklären lassen.

- 1) Was wird durch diesen Eid als wahr bekräftiget?
- 2) In wiefern wird es als wahr bekräftiget?
- 3) Auf wessen Veranlassung?
- 4) Was hat dieser Eid für einen Einfluß auf den Proceß, und insonderheit für eine Beziehung auf die vorkommende Streitsache?
- 5) Wie verschieden ist die Wirkung desselben?

In

26) S. den 4. Theil dieses Commentars S. 341.

In Absicht auf die erste Frage sind zwei Fälle denkbar. Es wird durch den Eid entweder der Werth des streitigen Gegenstandes, oder die Wahrheit anderer factischer Behauptungen bestärkt. In jenem Falle wird der Eid der Würdungs-, oder Schätzungseid (*iuramentum in litem* l. *aestimatorium*) genannt, wovon der folgende Titel handelt, in dem letztern aber der Versicherungseid im eigentlichen oder engerm Sinn; und dann soll entweder durch diesen Eid die Wahrheit einer Aussage bestärkt werden, die den Schwörenden selbst nicht angehet, — Zeugeneid; — oder die Wahrheit einer Behauptung, woben der Schwörende selbst interessirt ist. — Parteyeneid.

In Ansehung der zweiten Frage ist zu unterscheiden. Der Eid wird abgeleistet entweder

a) über objective Wahrheit und Wirklichkeit einer Sache, — Eid der Wahrheit, *iuramentum assertorium veritatis*; und zwar entweder

aa) über das positive Wissen des Schwörenden. — *iuramentum scientiae*, oder

bb) bey einem negativen Beweissatz über sein Nichtwissen, — *iuramentum ignorantiae* <sup>27)</sup>.

b) Ueber das, was der Schwörende glaubt, oder nicht glaubt, für wahrscheinlich hält, oder nicht, — *iuramentum*

27) S. Casp. Matth. MÜLLERI Diss. de iuramento ignorantiae. Rosobii 1717. und Sam. Frid. WILLENBERG Diss. eiusd. arg. Gezani 1724. in eius Selectis iurisprud. civilis. P. II. Exercit. 64.



*iuramentum credulitatis*. Glaubenseid. Eid der Glaubwürdigkeit<sup>28)</sup>.

In Ansehung der dritten Frage kann die Veranlassung zum Schwören zweifach seyn.

1) Die eine Parthey verlangt von der andern die Ablegung des Eides. — Ein angetragener, zugesobener, oder freywilliger Eid; *iuramentum delatum*, s. *voluntarium*; und zwar entweder

a) zum Zweck einer vergleichsmäßigen Beylegung des Rechtsstreites. — Der außergerichtliche Eid. Oder

b) zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweises. — Der gerichtliche, oder Schiedeseid, *iuramentum iudiciale* s. *litis decisorium*<sup>29)</sup>.

2) Der Eid wird vom Richter aufgelegt. — Ein aufgelegter, oder nothwendiger Eid, *iuramentum necessarium*.

a) Entweder wegen besorglicher Schikane. — Eid für Gefährde, *iuramentum calumniae*, wodurch der Schwörende versichert, daß er nicht aus Schikane gegen die andere Parthey handle. (§. 808. sqq.)

b) Oder wegen eines nicht vollständig geführten Beweises, und zwar entweder

§ 2

aa) dem

28) Io. Gott. REICHEL Diff. de iuramenti credulitatis natura et indole. Lipsiae 1725. und KOHLSCHÜTTER Diff. de iureiurando credulitatis. Vitebergae 1788.

29) C. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 167.

aa) dem Beweisführer, um seinen unvollständigen Beweis zu ergänzen. — Ergänzungseid, *iuramentum suppletorium*. Oder

bb) dem Producten, um eine durch den geführten Beweis seines Gegners wider ihn begründete, zwar nur entfernte, aber doch nicht ganz schwache Vermuthung zu entkräften. — Reinigungseid, *iuramentum purgatorium*. (§. 811.) Oder

cc) zur Entscheidung des Rechtsstreits in einem solchen Falle, wo für beyde Theile blos Vermuthungen und starke Anzeigen streiten, die aber doch weder für den einen noch andern Theil einen halben Beweis ausmachen, und zwar nach dem Ermessen des Richters, derjenigen Parthey, welche die meiste Glaubwürdigkeit verdient. — Schiedseid im strengsten Sinn, *iuramentum litis decisorium in sensu specialissimo* <sup>30)</sup>.

In

30) Gewöhnlich wird dieser besondern Eidesart nicht mit unter den nothwendigen Eiden gedacht. Daß sie aber eine von dem Erfüllungseid und Reinigungseide verschiedene Eidesart ausmache, hat Koch in Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. *Giesae* 1773. §. 4. und besonders Cap. 5. gezeigt. Ein Beyspiel davon enthält die Frankfurter Reformation P. I. Tit. 39. §. 8. wo es heißt: „So aber jeder Theil seines Fürbringens ansehnliche und starke Anzeigen für sich hat, dieselben aber doch nicht vollkommenlich bewiesen hätten: also daß beyderseits alles auf Vermuthungen stünde: So soll nach fleißiger Erwägung der Sachen, und Personen Gelegenheit, dem Kläger, oder aber dem Beklagten, welcher Theil die stärksten Vermuthungen für sich hat, und der Sachen vermuthlich am besten Wissenschaft hat, bey welchem auch sich der Wahrheit mehr zu versehen, (welches alles zur

Er:

In Ansehung seines Einflusses auf den Proceß, und insonderheit in Ansehung seiner Beziehung auf die vorkommende Streitsache, worauf die oben aufgeworfene vierte Frage geht, ist der Eid entweder ein Haupteid, oder ein Nebeneid, je nachdem er entweder für die Hauptsache entscheidend ist, oder nicht. Es lassen sich also hier zwei Fälle gedenken.

1) der Eid verhält sich zur vorliegenden Streitsache so, daß nach der Ableistung oder Nichtableistung desselben die Hauptsache entschieden ist. — Haupteid, Entscheidungseid, *iuramentum principale*, seu *litis decisorium*. Zu diesen Haupteiden gehört der Schätzungseid, der angetragene, und nothwendige Entscheidungseid<sup>31)</sup>.

2) Der Eid dient nicht zur Entscheidung der Hauptsache, — Nebeneid, *iuramentum minus principale*. Dann gehört er entweder

a) nur zu den Feyerlichkeiten des Processes, wie z. B. der Eid für Gefährde, ferner der Appellations-, und Revisionsseid; oder er betrifft

b) andere Nebenpunkte des Rechtsstreites, wie z. B. der Ediktionsseid, und Diffessionseid.

Steht man endlich auf die Wirkung des assertorischen Eides, so schränkt sich dieselbe entweder

§ 3

a) blos

Erkenntniß und Ermessung der Schöffen stehen soll) obermilde *iuramentum suppletorium*, oder aber *decisorium* auferlegt werden.“

31) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1153. und Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß I. Th. §. 304.

a) bloß auf die Person des Schwörenden ein. — Ein persönlicher Eid, *iuramentum in personam*. Oder

b) sie erstreckt sich, außer dem Schwörenden, auch auf andere, welche bey der Sache Interessirt sind, und denen die geschehene Eidestleistung zum Vortheil oder Nachtheil gereicht. Ein dinglicher Eid, *iuramentum in rem*<sup>32)</sup>.

Diese Eintheilung bestätigen folgende Gesetze.

L. 1. §. 3 D. *Quarum rerum actio non datur*. Si fideiussor iuravit, si quidem de sua persona tantum iuravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit: si vero in rem iuravit, dabitur exceptio reo quoque.

L. 28. pr. D. de iureiur. In duobus reis stipulandi, ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.

§. 1. Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo, *Cassius* et *Iuhanus* aiunt: nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est, si modo ideo interpositum est iuramentum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona iurantis ageretur.

§. 3. Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debet.

Im Zweifel ist jedoch der Eid für persönlich zu halten, nach der Regel: *Iusiurandum alteri neque nocet, neque prodest*<sup>33)</sup>.

§. 797.

32) *C. Sim. Pet. GASSER* Diss. de iuramento in rem. *Halae* 1740.

33) L. 3. §. 3. in fin. D. b. t. *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

## §. 797.

Wenn findet der Glaubenseid Statt?

Ein Eid sollte eigentlich nur über Thatsachen geschworen werden, wovon der Schwörende aus eigener Wissenschaft unterrichtet ist, — über Wahrheit und Wirklichkeit. Demungeachtet geschieht es in der Praxis täglich, daß Eide ihrem Inhalt nach auf ein bloßes Glauben des Schwörenden gerichtet werden. Man sucht auch diese Eidesart aus den Gesetzen zu rechtfertigen<sup>34)</sup>. Allein ein solcher Eid, kann eigentlich an sich zur Erkenntniß der Wahrheit eines streitigen Satzes eben so wenig Gewicht haben, als wenn ein Zeuge aussagt, daß er den Artikel oder die Frage als wahr glaube, ob er gleich davon keine Erfahrung hat. Aus diesem Grunde verwerfen daher viele heutige Rechtsgelehrten<sup>35)</sup> den sogenannten Glaubenseid (*iuramentum credulitatis*). Die Praxis läßt ihn jedoch bey fremden Handlungen zu, und gestattet ihn besonders den Erben, weil man es für Unrecht hält, ihnen die Wohlthat des Eidschwurs

P 4

über

34) L. 2. §. 2. Cod. de iureiur. propt. calumn. Cap. 5. X. de purgat. canon. Rec. Imp. noviss. §. 43. et. 49.

35) Man sehe von Ebenar Theorie der Beweise im Civilproceß 2. Abschn. 3. Kap. S. 113. (der neuesten Aufl. Magdeburg 1805.) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 44. JUSTUS von SCHMIDT genannt PHISELDECK über den Eid. S. 29. GROLMANS Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 94. von GLOBIG Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit 2. Th. 5. Abschn. §. 9. S. 118. lit. e. und KOHLSCHÜTTER Diss. de iureiurando credulitatis secundum praecepta philosophor. de probabilitate. Vitemb. 1788.

über die Handlungen ihres Erblassers zu entziehen<sup>36)</sup>. Allein dieses Verhältniß kann an sich ihren Behauptungen kein größeres Gewicht geben; noch dieselben berechtigen, ihrem Gegner einen Beweis aufzudringen, welcher mit den Erkenntnißgründen der Wahrheit nicht übereinstimmt. Bey fremden Handlungen, wovon man nichts mit Gewißheit behaupten kann, sollte man blos über sein Nichtwissen schwören.\*) Der Eid des Glaubens kann daher nur insofern zugelassen werden, als entweder der Glaube des Schwörenden gerade die Thatsache ist, auf deren unmittelbaren Beweis es ankommt<sup>37)</sup>, oder aber die beweisführende Parthe von dem Glauben ihres Gegners durch den ihm darüber angetragenen Eid ihren ganzen Beweis abhängig gemacht hat; eine solche Eidesdelation muß sich dann das Gericht, als Transaction, allerdings gefallen lassen<sup>38)</sup>. So läßt sich der Eid des Glaubens, als angetragener Eid, ganz wohl rechtfertigen; besonders wenn Präsumtionen durch ihn begründet werden sollen<sup>39)</sup>. Ob auch der Erfüllungs- oder Reinigungseid de credulitate geschworen werden könne? ist eine selbst unter den Practikern streitige Rechtsfrage. Carpzov<sup>40)</sup> und Leyser<sup>41)</sup> bejahen sie, und ihnen stimmt auch Coccejus<sup>42)</sup> bey. Allein Strypk<sup>43)</sup> und mit ihm die meisten Practiker behaupten

36) CARPZOV P. I. Const. 24. Definit. 1. §§. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 150. nr. 541. §§. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 152. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4509. Westphals Rechtsgutachten I. Band h. t. §. 4. S. 74.

\*) Allgemeine Preuß. Gerichtsordnung I. Th. Tit. 10. §. 312.

37) S. Schneiders Lehre vom rechtlichen Beweise §. 60.

38) von Globig a. a. D. S. 119.

39) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1154.

40) P. I. Const. 33. Def. 8.

41) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 5. et 6.

42) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 44.

43) Ul. mod. Pand. h. t. §. 37.

haupten das Gegentheil. Eigentlich sollte der Richter nie einen Eid des Glaubens auflegen, da der Erfüllung, und Reinigungseid insgemein schon an sich wenig Gewicht haben <sup>44</sup>). Sollten es ja die Umstände erfordern, so ist immer eine solche Glaubwürdigkeit vorauszusetzen, welche auf wahrscheinlichen Gründen beruhet, und kann auf allen Fall nur dann erkannt werden, wenn keine von beyden Partheyen den Eid der Wahrheit zu schwören im Stande ist <sup>45</sup>). Denn derjenige, der sein positives Wissen beschwören kann, geht demjenigen vor, welcher nur seinen Glauben oder sein Nichtwissen zu beschwören im Stande ist <sup>46</sup>). Uebrigens ist die Wirkung des Glaubenseides von der des Eides der Wahrheit nicht unterschieden <sup>47</sup>).

## §. 798.

- I. Vom deferirten oder angetragenen Eide. Natur und Grund desselben. Unterschied zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Eide.

Sobiel nun I. den angetragenen oder freywilligen Eid (*iuramentum delatum* s. *voluntarium*) anbetrifft, so ist dieser unter den Haupteiden unstreitig der wichtigste und entscheidendste. Der Gebrauch desselben bey bestrittenen Privatforderungen ist auch unstreitig älter, als der von irgend einem andern Eide <sup>48</sup>). Ursprünglich ist dieser

44) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit I. Th. S. 119. und MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obl. 319.

45) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4509. und EMMINGHAUS ad Coccejum Tom. II. h. t. Qu. 44. not. I. pag. 171.

46) Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 365.

47) HOFACKER l. c. lit. E.

48) Eine merkwürdige Stelle über das Alterthum dieses Eides kommt bey DIONYSIUS HALICARNASS. Lib. II. *Antiquitat. Rom.* pag 134. der Eulburg. Ausgabe vor, wo es vom König Numa heißt: *Primus omnium Fidei publicae templum sacrauit, assignatis ex aerario sacrificiis, quemadmodum diis ceteris. Publicus enim civitatis mos in fide hominibus constanter servanda, privatorum etiam hominum mores ad idem studium progressu temporis erat conformaturus. Adeo certe venerabilis et inviolabilis*

fer Eid ein Vergleich, und Entscheidungsmittel, welches aber auch zugleich die Stelle des Beweises vertritt, indem in dem Eidesantrage die Erklärung liegt, daß das für wahr angenommen werden solle, was der Gegner beschwören wird<sup>49)</sup>. Cajus, Ulpian und Paulus lehren dieses einstimig, wenn sie sagen:

*L. 1. D. b. t. Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iusiurandi religio: qua vel ex pactio-  
ne ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate iudicis, de-  
ciduntur controversiae.*

*L. 2 D. eodem. Iusiurandum speciem transactionis continet<sup>50)</sup>, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata.*

*L. 5. § 2. D. eodem. Dato iureiurando, non aliud quaeritur, quam an iuratum sit: remissa quaestione, an debeat; quasi satis probatum sit iureiurando.*

*L. 11. §. 3. D. eodem. Perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset.*

Einer jeden Parthey steht es also frey, ihr Recht von der eidlichen Versicherung ihres Gegners abhängig zu machen; und zwar kann nach dem Römischen Recht der Eid nicht nur außergerichtlich deferirt werden, sondern man kann auch in einem gerichtlichem Rechtsstreite seinen ganzen zu füh-  
renden Beweis von dem Eide der Gegenparthey abhängig machen. Paulus sagt *L. 25 §. 3. D. de probat.* In omnibus visionibus, quas proposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro

ca-

*ea res est habita, ut sua cuique fides pro sanctissimo iureiurando, et longe firmissimo testimonio fuerit: et quoties alter cum altero contractum fecisset, si qua exorta esset controversia, eam alterius litigantium fides dirimebat, nec contentions studium longius progredi sinebat, quin et magistratus et iudices in dubiis causis plerumque ex alterius partis fide ac sacramento faciebant arbitrium.*

49) *©. Ge. Lud. BOEHMERI Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 2.*

50) In den *Basilic. Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. p. 118.* heißt es: *Εως διαλύσει. i. e. transactioni proximum est.*



calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando. Untersucht man den historischen Grund des außergerichtlichen Eides, so läßt sich dieser nicht füglich, nach Malblancs<sup>51)</sup> Idee, in dem Wunsche des rohen und abergläubischen Römers, dem Gegner seine Ungerechtigkeit durch den Fluch des Meineides zu vergelten, oder in dem Gefühle der Beruhigung setzen, durch die göttliche Rache, welche jenen verfolgen werde, Entschädigung für den Verlust des Seinigen zu finden. Nein! man hatte vielmehr, wie Zirkler<sup>52)</sup> dagegen sehr überzeugend dargethan hat, einen so starken Glauben an die Macht des Eides auf das Gemüth des Schwörenden, daß man mit einem hohen Grad von Ueberzeugung darauf rechnete, durch den Schwörenden nicht getäuscht zu werden. Man forderte also den Eid als eine Versicherung, als ein Mittel der Ueberzeugung wegen eines zweifelhaften Grundes der Einnahme oder des Anspruchs des Andern. Die Richtigkeit dieser Ansicht erweist sich unter andern vorzüglich daraus, daß in vielen Fällen, welche in den Gesetzen dieses Titels angeführt werden, der Defeferent gerade derjenige ist, dem der Beweis nicht obliegt, sondern gegen den eigentlich nach der Ordnung des Processes der Beweis geführt werden mußte; es sind auch die Fälle meistens so beschaffen, daß der Defeferent die Vermuthung der Unwissenheit für sich hat. Z. B. die Forderung, welche A. an den B. macht, gründet sich auf eine verbindliche Handlung seines Erblassers. Könnte hier wohl etwas anders den B., welcher im Vortheil sitzt, zur Eidesdelation bewegen, als der humane Wunsch, weder sich, noch seinem Gegner zu nahe zu thun? Was könnte hier für eine andere Absicht Statt finden, als die, durch den Eidesantrag die Ungewißheit zu heben, worin man sich im Verhältniß gegen einen Menschen befand, dessen bloßen Worten man nicht glauben, dem man aber doch auch nicht gern

51) Doctr. de iureinr. §. 34.

52) Versuch über den willkürlichen Eid außer Gericht, in Erlomans Magaz. für die Philosophie und Geschichte des Rechts 1. Band Nr. XI. S. 429. ff.

gern Unrecht thun möchte? Unstreitig ist diese Vorstellung natürlicher und der Sache angemessener. Denn auf solche Art gewährte der Eid einen Grad von Ueberzeugung gleich demjenigen, nach welchem wir in allen zweifelhaften Fällen entscheiden und handeln, und der Erfahrung zu Folge mit Sicherheit entscheiden und handeln können, und zugleich empfahl sich diese Auskunft dadurch, daß sie allen processualischen Weltläufigen vorbeugte, oder denselben ein Ende machte. Merkwürdig ist jedoch der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen dem angetragenen gerichtlichen und außergerichtlichen Eide macht. Jener bleibt zwar in Hinsicht seines Grundes immer noch Vergleichsmittel. Die Gesetze sehen auch die Zuschreibung desselben und die Erklärung des Gegners über sie als einen Vertrag an, und leiten daraus viele Folgen ab<sup>53)</sup>, wie in der Folge weiter gezeigt werden wird. Allein in Hinsicht seines Zwecks hat der gerichtlich zugeschobene Eid die Natur eines Beweismittels angenommen, und hierdurch besondere Modificationen erhalten, welche von dem Zweck der Beweisführung abhängen<sup>54)</sup>. Hier soll er die Gewißheit des Factums herstellen, welches der Richter unter das Gesetz subsumiren muß. Daher kommen bey diesem Eide nicht bloß die Parthejen als handelnde Subjecte vor, sondern der Richter tritt noch als mitwirkendes Subject hinzu, welcher durch den Eid das Mittel erhalten soll, ohne welches er den Zweck seiner Bestimmung nicht erfüllen, d. i. den Rechtsstreit nicht entscheiden kann<sup>55)</sup>. Bey diesem Eide muß sich also der Gegner, welchem er angetragen wird

53) L. 26. §. 2. L. 35. §. 1. D. h. t.

54) S. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Auf solche Art läßt sich die Meinung vereinigen, welche Mich. zick in Diss. sist. disquisit. histor. critic. quaestionis: Utrum iurandum apud Romanos pro specie transactionis, vocem hanc in sensu proprio sumendo, habitum sit? Altorfi 1804. 4. zu vertheidigen gesucht hat.

55) Sönners Handbuch des gemeinen Processes. 2. Band Nr. XLIX. §. 4. f. S. 506.

wird, erklären, ob er den Eid schwören wolle oder nicht \*). Er kann ihn in dem letztern Falle auch zurückschieben <sup>56)</sup>. Wer hingegen einen ihm gerichtlich angetragenen Eid, weder selbst schwören, noch zurückschieben will, wird als Geständiger behandelt <sup>57)</sup>. Auch ist hier sowohl die Zulässigkeit der Eideszuschreibung, als der Zurückschiebung der richterlichen Prüfung unterworfen. Daher hat auch der Richter das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, zu bestimmen <sup>58)</sup>. Alles dieses verhält sich hingegen bei einem außergerichtlichen Eide ganz anders. Dieser gründet sich nicht nur auf einen Vertrag, sondern dient auch bloß zum Zweck einer vergleichsmäßigen Benennung des Rechtsstreites <sup>59)</sup>. Hier hängt alles von der Willkür der Parteyen ab. Derjenige, welchem ein solcher Eid deferirt wird, ist daher weder schuldig, sich auf die Delation einzulassen, noch kann derselbe zum Schwur genöthiget werden, wenn er auch schon den Eid acceptirt hat <sup>60)</sup>. Denn die Worte des Prätors: *aut solvere, aut iurare cogam* <sup>61)</sup>, beziehen sich, wie der ganze Zusammenhang lehrt, bloß auf den gerichtlichen Eid. Bei dem außergerichtlichen Eide ist, wenn der Acceptant nicht schwört, nur die Folge die, daß die Sache in statu quo bleibt, und unter den Parteyen das nähmliche Verhältniß Statt findet, als wenn gar nichts unter ihnen vorgefallen und verabredet worden wäre. *Si neque iuratum est, neque remissum iusiurandum*, sagt Ulpian <sup>62)</sup>, *pro eo debet*

\*) L. 34. §. 6. D. b. t.

56) L. 34. §. 7. D. b. t.

57) L. 38. D. eodem.

58) L. 34. §. 8. D. b. t. S. Öttners Handbuch des gemeinen Processes I. Band Nr. X. §. 26.

59) Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 91. S. 167.

60) Ge Lud. BOEHMER Diss. cit. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 4.

61) L. 34. §. 6. D. eodem.

62) L. 5. §. 4. D. b. t.

debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset. Die Folge des Eingeständnisses hingegen kann aus der Verweigerung eines außergerichtlich acceptirten Eides nie entstehen. Denn das pactum, welches bey diesem Eide zum Grunde liegt, ist einer bedingten Schenkung gleich. Es ist daher nur ein negotium unilaterale, welches das Versprechen enthält, Jemanden unter der Bedingung, daß er schwöre, eine Forderung zu erlassen, oder seine Ansprüche anzuerkennen, das von diesem ohne Uebernahme einer gegenseitigen Verbindlichkeit acceptirt wird<sup>63)</sup>. Der Eidannehmer, welcher den Eid nicht schwört, kann also bey dem ganzen Handel nichts verkehren, er läßt sich durch Verweigerung des Eides blos einen Vortheil entgehen, den er hätte erwerben können. Hieraus erklärt sich nun auch, wie Paulus<sup>64)</sup> lehrt, warum ein außergerichtlicher Eid nicht referirt werden kann. Will sich also der Acceptant der Vortheile des angenommenen Eides theilhaftig machen, so muß er den Eid schwören, wenn ihm nicht etwa der Defertent die Ableistung erläßt\*). In diesem Falle giebt der Prätor aus dem Eidesvertrage bald eine Einrede, bald eine Klage, — actio in factum, je nachdem entweder derjenige, an welchen die Forderung gemacht wurde, oder der Gläubiger selbst den Eid abschwur<sup>65)</sup>. Dieser Rechtsmittel bedarf hingegen der Schwörende nicht, wenn der Eid vor Gericht geleistet worden, weil hier der Proceß bis zum Urtheil und zur Execution seinen Fortgang behält.

63) Anderer Meinung sind zwar viele. Man sehe LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 56. Allein gründlich hat diesen Irrthum widerlegt Zirkler in Strolmans angef. Magazin I. B. S. 436.

64) L. 17. D. h. t.

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

65) L. 9. §. 1. D. h. t. L. 28. §. 10. D. eodem. L. 8. Cod. de reb. credit. §. 4. I. de except. Die actio in factum de iureiurando hebt jedoch die vorige Klage nicht auf, sondern es wird nur dabey des Eides, als einer Nebenqualität, gedacht. L. 13. §. 3. et 5. L. 30. D. h. t. L. 7. §. 7. D. de public. in rem act. Ant. SCHULTING Thef. controversar. Decad. XXXIX. Th. 10. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 474.