

Musführliche Erläuterung  
der  
**P a n d e c t e n**  
nach  
**H e l l f e l d**  
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

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



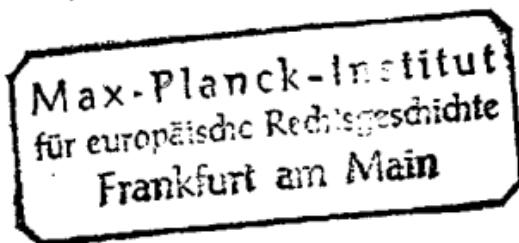
Fünfzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

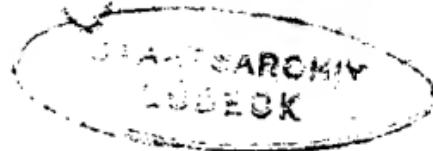
verlegt bey Johann Jacob Palm.

1813.

Den bde  
15 Ak 35



Dige: 444945



9057  
13.

64/  
3387

## Fortsetzung des Titels

a d

## Senatusconsultum Vellejanum.

§. 924.

Fälle, wo das Vellejanische Senatusconsult keine Anwendung findet.

Es gibt nun Fälle, in welchen Frauenspersonen sich nicht auf das Vellejanische Senatusconsult zum berufen können. Dahin gehört

I. wenn sie sich der Wohlthat desselben unwürdig gemacht haben. Diese Fälle sind,

1) wenn die Intercedentin mit Betrug umging. Eine solche betrügerische Absicht ist in dem Falle anzunehmen, wenn sie, mit ihren Rechtswohlthaten bekannt, den unwilligen Gläubiger durch Übernehmung einer Bürgschaft zu einem ihm nachtheiligen Credit zu verleiten suchte. Ulpian sagt *L. 2. §. 3. D. h. t.* *Sed ita demum eis SCtum subvenit, si non callide sint versatae.* Hoc enim DIVUS PIUS et SEVERUS rescripserunt. Nam deceptis, non decipientibus opitulatur. — Infirmitas enim seminarum, non calliditas, auxilium meruit. Eben so rescribirent auch die Kaiser Diocletian und Maximian *L. 18. C. eodem*, wo es heißt: Feminis alienas vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipienti-

bus subvenitur: *nisi creditor aliqua ratione per mulierem deceptus sit*: nam tunc *replicatione doli* Senatusconsulti exceptionem removeri, constitutum est. Die bloße Wissenschaft, welche die Intercedentin zur Zeit der übernommenen Bürgschaft erwieslich von ihrer Rechtswohlthat hatte, begründet an sich noch keinen Dolus, wenn solcher nicht aus andern Anzeigen erwieslich ist<sup>1)</sup>). Leyser<sup>2)</sup> ist zwar anderer Meinung, und bezieht sich auf den Ausspruch des Paulus, welcher *L. 30. pr. D. h. t.* sagt: *Si decipiendi animo, vel cum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur: actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus Ordo non excludit.* Allein der angeführte Grund des Gesetzes lehrt deutlich, daß in dem Vordersage nicht von zwey verschiedenen Fällen die Rede sey, sondern die Worte: *vel cum sciret, se non teneri*, blos zur Erläuterung der vorhergehenden dienen sollen, in welcher Bedeutung das Wort *vel* öfters sowohl in unsern Gesetzen<sup>3)</sup>, als bey den Klassikern vorkommt<sup>4)</sup>.

Der

1) Man vergleiche *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. I. Observat. 43. §. 3. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. 3. Bemerk. S. 28. ff. *Frid. von Bülow's* und *Theod. Hagemann's* praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Band 35. Erör. S. 201. ff. und *Carl. Lud. Christoph Röslins* Abhandlung von besondern weiblichen Rechten 2. Band. S. 131 — 136.

2) *Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 7.*

3) *S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. Vel.*

4) *S. Schellers lateinisch deutsches Wörterbuch.* 3. Th. voc. *Vel.*

Der Sinn dieser Stelle ist also der: Eine Frauensperson, welche weiß, daß sie aus ihrer Intercession nicht gehalten sey, aber dennoch aus einer betrügerischen Absicht intercedirt, kann sich mit der Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht schützen. Denn gegen sie findet die actio doli statt, welche das Senatusconsult nicht ausschließt<sup>5</sup>). Nach dieser Erklärung bestärkt also Paulus auß neue unsern Saß, daß nicht die bloße Wissenschaft der Rechtswohlthat, sondern nur insofern mit ihr eine betrügerische Absicht verbunden ist, den Verlust derselben nach sich ziehe<sup>6</sup>). Am wenigsten aber vermag wohl bey einer Ehefrau die bloße Wissenschaft ihrer Rechtswohlthaten eine für ihren Ehemann richtig übernommene Bürgschaft zu bekräftigen, und diese als eine Betrügerin zu behandeln, wenn sie sich dennoch ihres Rechts bedient, weil man hier immer im Zweifel annehmen muß, daß sie entweder durch Schmeicheleyen oder durch Drohungen ihres Ehemanns zur Intercession veranlaßt worden sey<sup>7</sup>).

A 2

Eben

5) Man vergleiche über die L. 30. h. t. MELLFELD Diss. de conditione mulieri intercedenti competente §. 43. und Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 14. S. 309. der 4. Aufl. Accursius erklärt die L. 30. von dem Falle, wenn die Intercedentia Mannskleider anlegte, und auf solche Art den Gläubiger hintergieng. Eine suavis interpretatio, wie sie ANT. FABER in Rational. in Pand. ad L. cit. 30. nicht unrecht nennt.

6) Denn die actio doli, welche hier gegen die Frauensperson gestattet wird, ist anders nicht begründet, als wenn eine magna et evidens calliditas erweislich ist, wie Ulpian sagt L. 7. §. 10. D. de dolo malo.

7) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXI. medit. 3. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis.

Eben so selch kann aber auch in jedem andern Falle immer noch natürliche Gutmuthigkeit oder Leichtsinn, ohne alle betrügliche Absicht, die bewegende Ursache einer weiblichen Intercession gewesen seyn, und dieses ist im Zweifel um so mehr anzunehmen, da die allgemeine Vermuthung wider jeden Dolus streitet. Die Gesetze enthalten übrigens von betrüglichen Intercessionen der Frauenspersonen folgende Beispiele. a) Wenn eine Frauensperson ihre Absicht, für einen Andern zu intercediren, dem Gläubiger arglistig vorbirgt, und vorgiebt, daß sie das Geld für sich borge, was sie für einen Andern aufgenommen hat. Hier kann dem Gläubiger die Ausflucht des Wellenjänischen Rathsschlusses nicht entgegen gesetzt werden, weil er nicht verbunden war, sich darum zu bekümmern, ob die Schuldnerin das Geld in ihren Nutzen verwenden will, oder für einen Andern borge<sup>8)</sup>). Hierher gehört L. 11. D. h. t. wo Paulus sagt: Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatusconsulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sunt. b) Wenn sie arglistig ihre Sachen für eine fremde Schuld verpfänden läßt. Afrikan hat hiervon L. 17. §. 1. D. h. t. folgenden Fall. Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam  
dotis

Decis. XII. nr. 14. pag. 213. Tob. Iac. REINHARTH Potissima capita invalidae mulierum intercessionis pro efficaci perperam habitae. Erfordiae 1732. §. 16. und Chriſti. Gottl. Gramm von Aufsätzen über Verträge. §. 89. S. 190.

8) S. Christ. Lud. CRELL Diss. de mutuo feminae aliis creditu- rae dato. Vitenbergae 1738.

dotis solvi. qui idem pignus acciperet: mulieri etiam pecunia credita deberetur. Si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet, si non voluntate eius pignus datum esset, replicationem mulieri Senatusconsulti non profuturam: nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei deberi. Ein Ehemann hatte seiner Frau theils zur Sicherheit ihres Heyrathsguts<sup>9)</sup>, theils für ein Darlehn ein Pfand gegeben. Die Ehe wird nachher getrennt, und der Mann muß also der Frau das Heyrathsgut zurückgeben. Es findet sich ein Dritter, der ihm das Geld dazu vorschießen will. Die Frau sagt dem Gläubiger, daß sie von ihrem Mann ein Pfand in Händen habe, sagt aber ausdrücklich nur, daß ihr die Sache wegen ihres Heyrathsguts verpfändet sey, von ihrer andern Forderung an ihren Mann, wofür das Pfand gleichfalls haften sollte, schweigt sie gänzlich. Der Gläubiger, welcher von dieser andern Forderung der Frau auch nichts wußte, läßt ihr das Heyrathsgut ausbezahlt, um das Pfand derselben auf diese Art zu erhalten. Nachher klagt die Frau gegen den Besitzer des Pfandes wegen ihrer noch daran habenden andern Forderung hypothekarisch. Der Gläubiger setzt ihr entgegen, die Aushändigung des Pfandes sey mit ihrer Einwilligung geschehen, sie habe sich also ihres Pfandrechts begeben. Es frage sich also,

ob

9) Vor Einführung der geschäftlichen hypothek, die jetzt die Ehefrauen wegen ihres Heyrathsguts haben, war dergleichen Pfandgebung nichts Ungewöhnliches. L. 7. §. 6. D. de donat. inter vir. et uxor. Nur eine Sicherheitsbestellung durch Bürgen hatte während der Ehe wegen des Heyrathsgutes nicht Statt. L. 7. II. de exception. L. 1. et 2. Cod. Ne fiduciis  
ris dotis dantur.

ob sie diese Einrede durch die Replie des Vellejanischen Kathesschlusses zu entkräften vermöge? Afrikan entscheidet diese Frage verneinend, und zwar mit Recht. Eine Intercession war zwar hier allerdings geschehen. Denn da die Frau sich blos ihres Pfandrechtes insofern begeben hatte, als sie von dem Gläubiger des Mannes ihre Bezahlung erhalten hatte, nicht in Ansehung ihrer andern Forderung, welche sie dem Gläubiger verschwieg; so wollte sie auch in Rücksicht derselben ihr Pfandrecht behalten. Sie ließ also wissentlich eine ihr verpfändete Sache für eine fremde Schuld verpfänden, und intercedirte dadurch wirklich. Aber sie ist der Rechtswohlthat unwürdig, weil sie den Gläubiger, durch betrügerisches Verschweigen ihrer Forderung, hinterging<sup>10)</sup>). Einen ähnlichen Fall enthält die Verordnung des Kaisers Alexander L. 5. Cod. h. t. Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quodsi consensisti obligationi, sciente creditrice, auxilio Senatusconsulti uti potes. Quodsi patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritas obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur Senatusconsulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum<sup>11)</sup>). c) Wenn sie sich aus betrügerischer

Abs.

10) Man vergleiche über diese L. 17. §. 1. h. t. Iac. CUJACIUS ad Africanum Tractat. IV. Oper. Tom. I. Ant. FABER Rational. in Pandect. ad h. L. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXII. not. f.

11) Einen nach diesem Gesetz von dem Kammergericht in Berlin entschiedenen Fall hat FRID. BEHMER in novo iure controv. Tom. II. Obs. 102.

Absicht für die Erbin eines verstorbenen Echthabers auf Befragen ausgiebt. Von diesem Falle redet Paulus L. 23. D. h. t. Si mulier in iure interrogata, responderit, *se heredem esse*: si sciens se heredem non esse, responderit: minime intercessisse videri, *quia decepit*. Wenn eine Frauensperson vor Gericht befragt worden ist, ob sie des verstorbenen Titius Erbin sey, und sie sagt Ja, da sie doch weiß, daß nicht sie, sondern Sempronius Erbe geworden sey, so kann man zwar dieses Benehmen für eine Art der Intercession halten. Denn sie lädet hierdurch fremde Verbindlichkeiten auf sich, und kann aus ihrer Antwort, wenn sie auch gleich falsch ist, doch mit der *actio interrogatoria* belangt werden <sup>12)</sup>). Dennoch kommt ihr hier die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht zu statten, weil sie betrüglich verfuhr. In allen diesen Fällen wird jedoch vorausgesetzt, daß der Gläubiger von der betrügerischen Absicht der Weibsperson nichts gewußt habe. <sup>13)</sup>). Denn weiß er, daß sie mit einer Intercession umgeht, so muß er sich auch nachher die Einwendung des Vellejanischen Senatusconsults gefallen lassen. Es tritt hier der Ausspruch Ulpianus ein L. 145. D. de div. reg. iuris. *Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consequuntur.* Folgende Gesetzstellen sind hier noch besonders merkwürdig.

L. 12.

12) S. Tit. Dig. de interrogationib. in iure faciend. Theil XI.  
S. 239. ff.

13) Man vergleiche noch L. 4. pr. L. 6. in fin. L. 17. pr. L. 19.  
§. 4. D. h. t. L. 177. §. 3. D. de div. reg. iuris und besonders  
L. 11. Cod. de distract pignor. S. CRELL cit. Diss. de mutuo  
foeminae aliis crediturae dato. §. 7. und RÖSLINs Abhandl.  
von besondern weiblichen Rechten 2. Th. S. 122.

*L. 12. D. h. t., Immo tunc locus est Senatus-consulto, cum sit creditor eam intercedere.*

*L. 28. §. 1. D. eodem, Fundum uxoris suae maritus obligavit Sempronio ob conductionem: mox mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione eiusdem fundi solvit statim Sempronio pro marito suo. Quaesitum est, an adversus Senatusconsultum obligata sit? Respondi, si Numerius scisset eam intercedere, fore Senatusconsulto, de quo quaereretur, locum.*

*L. 1. Cod. eodem. Mulieribus quidem, quae alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, si id contrahentes non ignorent, Senatusconsulto subvenitur.*

Diesen so klaren Gesetzen scheint jedoch die *L. 13. Cod. eodem* zu widerstreiten, wo die Kaiser Diocletian und Maximian auf folgende Art rescribiren,

„Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est: sive tota quantitas foenoris, sive pars eius in usum mariti processisse propinatur, decreto patrum non adiuvaris: licet creditor causam contractus non ignoraverit.“

Die Ausleger haben verschiedene Versuche gemacht, diese allerdings schwierige Gesetzstelle mit den vorhergehenden Gesetzen zu vereinigen. Franz Hotomann<sup>14)</sup> will durch eine Emendation der Schwierigkeit abhelfen, und für *licet*, *nisi* lesen; allein gegen alle handschriftliche Auctorität. Cujaz<sup>15)</sup> sucht daher vielmehr durch eine Di-

<sup>14)</sup> Observation. Lib. VI. Obs. 2.

<sup>15)</sup> Tractat. III. ad Africanum in L. 17. D. h. t. Operum Tom. I, pag. 1338.

Dissinction eine Vereinigung zu treffen. Er unterscheidet nämlich, ob die Frau von dem Mann sey untergeschoben worden, um ihm Geld zu verschaffen, und für ihn zu bezahlen, oder ob sie das Geld aus eigenem Antriebe, und freien Willen zum Nutzen ihres Mannes eingespart habe. Von dem ersten Falle sey *L. 28. D. h. t.* von dem letztern aber *L. 13. Cod. eodem* zu verstehen. Dagegen hat aber schon *Wissenbach*<sup>16)</sup> erinnert, daß die *L. 28.* zu einer solchen Supposition keine Veranlassung gebe. Die richtigste Erklärung, welcher auch die meisten Rechtsgelehrten<sup>17)</sup> beystimmen, ist unstreitig die, daß in der *L. 13. C. h. t.* von einer Intercession gar nicht die Rede sey, von welcher dagegen die *L. 28.* ganz deutlich spricht, sondern von einem Geschäft, welches die Frau nach ihrer Versicherung für sich und in eigenem Namen schloß. Sie versicherte den Gläubiger, daß sie das Geld, was sie von ihm eingesparte, für sich wolle. Hatte sie nun auch dabei die Absicht, es zum Nutzen ihres Man-

16) Exercitat. ad Pandect. Tom. I. Disputat. XXX. Th. 14.

17) S. Franc. DUARENUS in Commentar. in hunc Tit. Cap. 2.

Operum pag. 986. Iul. PACIUS Legum conciliatar. Centur. IX.

Qu. 66. Io. voigt Comment. h. t. §. 3. Ant. SCHULTING Thes.

contraversar. Decad. LVI. Th. 7. Sam. de COCCHEI Iur. civ. con-

trov. h. t. Qu. 5. POTHIER Pand Iustinian. T. I h. t. Nr. XX. et

not. e. Röslins Abh. von besondern weiblichen Rechten. 2. Th.

S. 123. §. 28—31. Christ. Lud. CRELL Diss. de mutuo foeminae

aliis crediturae dato §. 9. Ernst. Gottfr. Christ. KLÜGEL Diss. de

SCto Vellejano. §. 9. und Christ. Ge. Otto LASIUS Diss. de

muliere debitoris liberandi causa sponte pecuniam mutuante,

proque illo solvente ad usum beneficiorum muliebrium, non

obstante creditoris scientia haud admittenda, Jenae 1804.

Mannes zu verwenden, z. B. ihm damit ein Geschenk zu machen, oder ihm etwas dafür zu kaufen, oder eine nöthige Reparatur davon zu bestreiten u. d. und war auch dem Gläubiger diese Absicht nicht unbekannt; so kann ihm nun doch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht entgegen gesetzt werden. Denn Schulden für sich zu contrahiren, ist den Frauenspersonen nicht untersagt, sie mögen dann das Geld anwenden, zu welchem Zweck sie wollen<sup>18)</sup>.

Gehet nun aber eine Weibsperson wirklich mit einer Intercession um, und den Gläubiger soll seine Unwissenheit gegen die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults schützen; so ist es nicht genug, wenn er zu der Zeit, da er das Geschäft mit ihr schloß, von ihrer Absicht nichts wußte, sondern er muß sich auch noch zur Zeit der Auszahlung des Geldes in gleicher Unwissenheit befinden, wie Afrikan L. 19. §. 5. D. h. t. in folgendem Falle lehrt.

Cum haberet Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequereris, petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi<sup>19)</sup>: et stipulanti mihi  
pro-

18) L. 4. §. 1. L. 27. pr. D. h. t.

19) Es ist zwar keine Intercession, wenn eine Frauensperson für einen Schuldner Zahlung leistet; aber wenn sie auf Verlangen desselben, um seinen Gläubiger zu befriedigen, sich einem Dritten verbindlich macht, und von diesem das Geld zur Bezahlung aufborgt; so intercedirt sie allerdings, denn sie macht sich zur Schuldnerin, zwar nicht dem Gläubiger des Schuldners, aber doch um dieses Schuldners willen einem Dritten, um ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Sie lastet also in dieser Hinsicht eine fremde Verbindlichkeit auf sich. S. cū-  
jaciūs Tractat. IV. ad Africanum ad h. L. 19.

promisit <sup>20</sup>), ignorantia, in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi iussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi: Quaesitum est, si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio Senatusconsulti ei profit? Respondit <sup>21</sup>), vi-

den-

20) Das Geschäft, welches die Frauensperson hier schloß, bestand also darin, ich sollte ihr zur Bezahlung einer Schuld Geld barleihen, und es auf ihre Ordre dem Gläubiger selbst auszuzahlen, sie hingegen versprach mittelst der Stipulation, daß sie mir das Geld wiederbezahlen wolle. Ich, mit ihrer Absicht unbekannt, glaubte, sie sey das Geld selbst diesem Gläubiger schuldig, und vollzog den erhaltenen Auftrag; weil ich jedoch nicht gleich bey Gelde war, so versprach ich nur vor der Hand dem Gläubiger, daß ich die Schuld bezahlen würde.

21) Eujus a. a. O. glaubte, Afrikan führe hier blos Iulians Meinung an, dessen er vorher §. 1. L. cit. 19. gedacht hatte, und sey hier von ihm abgewichen. Allein Afrikan schickt hier blos Gründe voraus, aus denen nach seiner Ansicht die aufgeworfene schwierige Frage zu entscheiden seyn möchte. Es wäre doch in der That unbillig gewesen, wenn ich, der ich von dem allen, was zwischen der Frauensperson, und dem Gläubiger des Titus vorgegangen war, nichts wußte, in Schaden gerathen sollte. Es muß also entweder der Frauensperson, wenn ich gegen sie klage, die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults versagt werden, oder ich muß gegen den Gläubiger des Titus gedeckt seyn, und in diesem letzten Falle könnte man den Grund brauchen, ich sey als Bürg der Intercedentin anzusehen. Denn auch diesem steht so gut, als der Bürgin, die exceptio SCeti Vellejani zu. Mit dieser Einrede könnte ich mich schützen, wenn ich das Geld meinem Versprechen gemäß noch nicht bezahlt habe, und der Gläubiger des Titus gegen mich auf die Bezahlung flagt. Habe ich hingegen das Geld dem erhaltenen Auftrage zu Folge schon ausgezahlt, so könnte

dendum, ne non sine ratione dicatur, eius loco, qui pro muliere fideiussit, haberi me debere: ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit, mulierum intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulicrem mandati actio competit, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur, mihi in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec paulo expeditius dicenda <sup>22)</sup>), si prius,

kennte ich, wenn sich die Intercedentia der Einrede des Vellejanischen Senatusconsults gegen mich bezieht, das Geld, was ich aus einem Irrthum bezahlt hatte, von dem Gläubiger des Titus zurückfordern. Dies scheint die Gedankenfolge gewesen zu seyn, welche sich dem über diesen verwickelten Fall nachdenkenden Gesetz des Afr. if an s aufdrängte. S. ROTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I b. t. Nr. XVI. not. c. pag. 440.

22) In diesen Worten schreitet nun Afr. if an zur Entscheidung der aufgeworfenen Frage näher. Er unterscheidet zwey Fälle. I) Ich, der ich mit der Frauensperson contrahirte, ohne zu wissen, daß eine Intercession im Werke sey, erfuhr nachher die ganze Sache, und zwar noch ehe ich, ihrem Auftrage gemäß, dem Gläubiger des Titus, zu dessen Gunsten der ganze Handel war geschlossen worden, das Geld auszahlte. Hier läßt sich ohne Bedenken behaupten, (paulo expeditius dicenda) daß der Frauensperson die Einrede des Senatusconsults gegen mich zufiele, wenn ich gegen sie auf die Wiederbezahlung des Anlehns klage. Denn man kann es mir mit Recht zur Last legen, daß ich das Geld dennoch an den Gläubiger auszahlte, da ich doch nun erfahren hatte, daß unter dem ganzen Handel eine dem Senatusconsult zuwider laufende Bürgschaft stecke. II. Ich wußte zu der Zeit, als ich das Geld auszahlte, von der versteckten Intercession noch nichts. Hier kann sich die Frauensperson gegen mich nicht auf das Senatusconsult berufen, denn nur sie, nicht aber ich, zuwider gehandelt hat. S. ROTHIER cit. loc. not. d.

prius, quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse. Caeterum si ante solverim, videntur, utrumne nihilominus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat, et ego tibi condicere pecuniam possim: an vero perinde habendum sit, ac initio ego pecuniam mulieri credidisse, ac rursus tu mihi in creditum isses<sup>23)</sup>). Quod quidem magis dicendum existi-

23) Anton FABER Rational. ad h. L. erklärt die Worte: *tu mihi in creditum isses* so: mihi pecuniam ex causa crediti debete coepisses. Allein es heißt vielmehr soviel als: tu mihi pecuniam credidisses, wie Eujaz a. a. D. und Pothier a. a. D. Not. f. erklären. Dies bestätigt auch der hier von einer Delegation genommene Grund. Afrikanus sucht hier nämlich dem Falle eine solche Stellung zu geben, als ob ich gleichsam wie ein von der Frauensperson delegirter Schuldner anzusehen seyn. Allein dieser Grund ist, wie auch Eujaz bemerkt, ganz unpassend. Ich war hier eben so wenig ein Schuldner der Frauensperson, als der von ihr ertheilte Auftrag eine Delegation genannt werden kann. Es wird daher auch dieser Grund in den nachfolgenden Worten selbst als unpassend wieder zurückgenommen. Denn durch Delegation ihres Schuldners übernimmt eine Frauensperson keine fremde Verbindlichkeit, wie doch die Frauensperson in dem Falle, wovon das Gesetz spricht, auf sich geladen hatte. Eujaz a. a. D. glaubt, daß auch hier von einer Meinung Julians die Rede seyn. Es mag indessen von Afrikanus oder Julian's Meinung die Rede seyn, so stellt dieses Gesetz ein merkwürdiges Beispiel einer Variation auf. Die griechischen Ausleger haben sich in diese schwierige Stelle eben so wenig, als die lateinischen, zu finden gewußt. In den Basiliacis Tom. IV. pag. 194. heißt es: Εἰ δὲ ἀγνοῶν παταράλω, ἔγω ἀναλαμβάνω· οὐ γὰρ γυνὴ παραγράφεται με. Εὐθα δὲ θεού χρεώσην δώσει, ἀντ' αὐτῆς μὴ γενομένη ὑπέρ ἄλλου ἐνοχος, ἀργεῖ· τὸ δογμα. i. e. Si vero ignorans solvero, con- dicam

existimavit, ut sic Senatusconsulto locus non sit: si cuti et cum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta, mulier non obligatur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit: quod certe Senatus fieri noluerit.

2) Unwürdig der Wohlthat des Senatusconsults ist auch diejenige Weibsperson, welche an einem Verbrechen Theil genommen, und hierdurch eine Correalverbindlichkeit contrahirt hat<sup>24)</sup>.

3) Wenn sie ihre Intercession für die nämliche Schuld nach zwey Jahren wiederholt hat. Hierher gehört die merkwürdige Verordnung des Kaisers Justinian L. 22. Cod. h. t.

Si mulier perfectae aetatis constituta post intercessionem, vel cautionem conscripsiterit, vel pignus, aut intercessorem praestiterit: sancimus, antiqua legum varietate cessante, siquidem intra biennale iuge tempus, post priorem cautionem numerandum, pro eadem causa fecerit cautionem, vel pignus aut intercessorem dederit: nihil sibi praejudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam iacturam inciderit. Sin autem post biennium haec fecerit: sibi impu-

*dicam tibi: mulier enim exceptione adversus me utetur. Si vero debitorem suum mulier deleget, nec pro alio obligata sit, effet Senatusconsultum.*

24) Arg. L. 2. §. 3. D. h. t. S. Nössling's Abhandl. von besondern weiblichen Rechten 2. Band S. 136. §. 39. und Henr. Chrift. CERCKE Diff. de limitibus SCti Vellejani. §. 32.

imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultiro firmavit: videtur etenim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere, et tam ex se unda cautione sese obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare.

Das Gesetz nimmt hier als Grund an, daß eine Frauensperson, welche nach zwey Jahren ihre Intercession wiederholte hat, in einer so langen Zeit wohl habe über die Wichtigkeit des eingegangenen Geschäfts nachdenken können. Man kann also hier nicht mehr sagen, was das Senatusconsult annimmt, sie sey durch ihre Gutmüthigkeit und Leichtsinn zur Intercession verleitet worden. Man muß vielmehr vermuthen, sie werde sich unterdessen besser haben belehren lassen. Hat sie nun dennoch aufs neue für die nämliche Schuld gut gesagt, und sie wollte sich auf das Senatusconsult berufen, so würde sie ja eine betrügerische Absicht verrathen. Sollte sie aber dennoch auch das zweyte Mal ohne weitere Ueberlegung und abermals aus bloßem Leichtsinn intercedire haben, so büßt sie mit Rechte für ihre Schuld, und ist daher auf jeden Fall der Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsults unwürdig.

Das Gesetz setzt übrigens voraus, 1) daß die Intercedentin bereits die Großjährigkeit erreicht habe, und zwar nicht etwa blos zu der Zeit, da sie ihre Intercession wiederholte, sondern sie muß auch schon bey Eingehung der ersten Volljährig gewesen seyn. Wäre also die erste Intercession während der Minderjährigkeit geschehen, so ist die Wiederholung ohne Wirkung, wenn sie auch nach erreichter Volljährigkeit geschehen wäre. Denn minderjährige

Frauen-

Frauenpersonen bedürfen des Senatusconsuls nicht, weil sie schon durch die prätorische Rechtswohlthat gedeckt sind<sup>25</sup>). 2) Es darf auch die erste Intercession nicht an sich nichtig seyn, sie muß keinen andern Fehler haben, außer dem, daß sie weiblich ist. Da nun die Intercession einer Ehefrau für ihren Mann schon von Rechtswegen null und nichtig ist, so kann sie auch durch keine Wiederholung gültig werden<sup>26</sup>). Es muß also 3) ein solcher Fall hier unterstellt werden, wo die Intercession für einen andern Schuldner, als der Intercedentin Ehemann, geschehen ist<sup>27</sup>). 4) Die erste Intercession muß auch in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument geschehen seyn. Zwar ist in der L. 22. C. h. t. keine Form der Intercession bestimmt, Allein da nach der neuern Verordnung des Kaisers Justinian L. 23. Cod. eodem ohne jene Form eine weibliche Intercession ipso iure nichtig ist, so muß sie nothwendig hier vorausgesetzt werden<sup>28</sup>). 5) Die Wiederholung muß in keiner bloßen Genehmigung und Anerkennung der ersten Intercession bestehen, sondern es muß eine zweyte wirkliche und förmliche Intercession geschehen, sie mag nun

25) S. *Iust. Henn. BOEHMER* Diss. de efficaci mulierum intercessione. Cap. II. §. 9. und *Christ. Gottl. BIEBER* de fideiuffione mulierum quaestiones. Cap. II. pag. 17.

26) *Novell. CXXXIV. cap. 8.*

27) *VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 11. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 83.

28) S. *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4141. *WERNHER* Lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. *Höpfner's* Commentar über die Heinerec. Institutionen §. 838. Mot. 3.

nun übrigens die nämliche Art der Intercession seyn, — wie die erstere, oder eine andere<sup>29)</sup>). Es beweisen dies nicht nur die Worte: *post priorem cautionem — pro eadem causa fecerit cautionem, vel pignus, aut intercessorem dederit;* sondern Justinian hat sich darüber auch noch an einem andern Orte, nämlich Novelle 61. Kap. 1. §. 1. et 2. deutlicher erklärt, wo er sagt: *biennio elapso alii am rursum confessionem scribendam esse, quae consensum confirmet, et tum ratum esse, quod factum sit.* Ohne eine ausdrücklich wiederholte Intercession würde also die bloße Bezahlung der Zinsen<sup>30)</sup>, oder eines Theils vom Kapital, so wenig, als die Bezahlung der ganzen Schuld die Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsults ausschließen. 6) Die zweite Intercession muß für die nämliche Schuld geschehen, wenn auch nicht gerade der nämliche Gläubiger oder Schuldner mehr da wäre, der es bey der ersten Intercession war. Denn die Personen können sich unterdessen durch Todesfälle, Delegationen oder Cessionen verändert haben. Das Gesetz nimmt hierauf eben so wenig Rücksicht, als auf die Eigenschaft der Schuld; diese sey eine privilegierte oder nicheteprivilegierte; sie sey es anfänglich gewesen, oder erst nachher durch Novation geworden<sup>31)</sup>. Es muß endlich 7) zwischen der ersten und zweiten Intercession ein voller Zeitraum von zwey Jahren verlaufen seyn. Hätte die Intercedentin vor Ablauf dieser Zeit ihre Intercession

29) S. Roslins angef. Abb. 2. §. 147. §. 50. GERCKE cit. Commentat. §. 22.

30) Anderer Meinung ist MEVIUS Tom. II. Part. VI. Decis. 229.

31) S. Roslins angef. Abb. §. 151. §. 52 — 54.

cession auch noch so oft wiederholst, so würde ihr dieses, nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes, auf keine Weise nachtheilig seyn. Sind diese Erfordernisse vorhanden, so wird dadurch die erste Intercession dergestalt verstärkt, daß nun die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults dem Gläubiger nicht mehr entgegengesetzt werden kann. Fast alle Rechtsgelehrten<sup>32)</sup> behaupten zwar, die Wiederholung wirke nicht auf den Anfang der ersten Intercession zurück, sondern die Wirksamkeit des Geschäfts nehme erst von Zeit der zweyten Intercession ihren Anfang. Es ist nicht zu läugnen, daß dies allerdings einen praktischen Unterschied macht, z. B. wenn von dem Vorzuge der Hypothek bei einem entstandenen Concurs, oder von dem Anfang der Zinsenberechnung die Rede ist. Nun scheinen zwar die letzten Worte des angeführten Gesetzes: *et tam ex secunda cautione se obnoxiam facere*, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare, jene Meinung zu begünstigen; allein betrachtet man nur die Sache aus dem rechten Gesichtspunkte, so verschwindet aller Zweifel. Es ist bereits oben (§. 923.) bemerkt worden, daß der Vellejanische Rathsschluß die weiblichen Intercessionen nicht schlechterdings für nichtig erkläre, sondern sie sollen, nach der Vorschrift desselben, nur eine *ope exceptionis* unvertragliche

32) *Iac. WISSENBACH* Commentar. in libros VII. prior. Cod. ad L. 22. Cod. h. t. pag. 270. MÜLLER ad *Struvium Exerc.* XXI. Th. 10. not. a. nr. IV. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 23. BOEHMER Diff. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 9. not. r. WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. II. GERCKE Commentat. de limitibus Sci Vellejani. §. 23. BIENER de fideiussione mulierum quaestiones Cap. 2. pag. 13. sq.

me Verbindlichkeit erzeugen. Wird also eine Weibsperson aus ihrer Intercession belangt, so setzt sie dem Gläubiger die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults entgegen. Nun hat sie aber nach zwey Jahren ihre Intercession wiederholt, was kann denn nun wohl diese zweynte Intercession für eine andere Folge haben, als daß dadurch blos die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults ausgeschlossen wird<sup>33)</sup>? Ganz dem Geist des Gesetzes gemäß, sagt daher Franz Duaren<sup>34)</sup>: Secundum JUSTINIANI constitutionem propter hanc geminatam cautionem mulierem amisisse exceptionem Senatusconsulti, si modo iterum caverit post lapsum biennii; und anders haben auch die Griechen Justiniens Verordnung nicht verstanden. In den Basiliken<sup>35)</sup> lautet sie folgendermassen: Εάν αὐτιφωνίας αγορά γυνή, μετά δύο ἔτη τῆς αὐτιφωνίας, εἰς δεύτερον ἐπερωτηθῇ, οὐ ἐγγυητή παρέσχῃ, ἐκπίπτει τῆς από τῆς δούματος βοηθείας. i. e. Si mulier, quae pro alio intercessit, post biennium denuo se obligaverit, vel satisdederit, denegatur ei auxilium Senatusconsulti. Da also die erste Intercession durch die zweynte blos bekräftigt und wirksam gemacht wird, so richtet sich auch die zweynte nach der Größe der Schuld, für welche die erste Intercession geschehen war; wenn auch die zweynte

## B 2

vom

33) S. Rössling's angeführte Abhandlung. 2. Th. S. 154. ff. §. 56—61. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Bd. §. 947. S. 337. Hiermit stimmt auch Jo. SICHARD in Praelect. in Cod. ad h. Tit. pag. 1145. überein.

34) Commentar. ad h. Tit. Cap. 2. pag. 990.

35) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 17. Constit. 86. pag. 203.

von ausgedehnterem Umfange seyn sollte. Denn infofern sie die Summe der ersten Intercession übersteigt, würde sie keine wiederholte, sondern eine erste Intrecession seyn. Es darf aber auch die Schuld, wofür die erste Intercession geschähe, nicht innerhalb den zwey Jahren durch eine zweyte vergrößert worden seyn. Auf diese erstreckt sich die zweyte Intercession nicht, weil hier nicht eadem causa mehr seyn würde. Ein anders ist es, wenn die Schuld unterdessen blos durch die Zinsen vergrößert worden ist. Denn diese sind nur als ein Zuwachs des Kapitals anzusehen. Auch würde der Fall auszunehmen seyn, wenn eine Frauensperson für Jemanden bey einem Kaufmann gut gesagt hätte, daß er ihm die Waaren, welche er aus seiner Handlung nehmen wird, auf Credit geben solle<sup>36)</sup>.

II. Wenn der Forderung des Gläubigers in den Gesetzen ein stärkeres Privilegium beigelegt ist, als daß das gegen die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults mit Wirkung vgeschützt werden kann. Dahin gehört,

1) wenn der Gläubiger ein Minderjähriger ist, und dieser von dem Haupschuldner seine Bezahlung nicht erhalten kann.

*L. 12. D: de minoribus.* Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque caeteri, per exceptionem summoveri debet: scilicet, quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec, si solvendo fit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.

Nach

36) S. Rossins angef. Abb. 2. Lb. S. 153. f. S. 54.

Nach den deutlichen Worten dieses Gesetzes hat er zwar keinen Zweifel, daß der Minderjährige sich zuerst an den Schuldner halten müsse, und, so lange dieser nicht ausgeklagt ist, auch einem minderjährigen Gläubiger die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses entgegengesetzt werden könne, es sei von einer blohen Bürgschaft, oder von einer Empromission die Rede<sup>37)</sup>). Allein es fragt sich, wenn eine Frauensperson zugleich mit andern Bürgen für die Schuld gutgesagt hätte, ob nicht auch diese vorher zu belangen sind, ehe die Intercedentin mit Wirkung in Anspruch genommen werden kann? Man kann dieses mit vollkommenen Grund behaupten<sup>38)</sup>). Zwar redet das Gesetz ausdrücklich nur vom Schuldner. Allein der Grund desselben, weil dem Gläubiger schon nach dem gemeinen Rechte die Klage gegen den Schuldner restituirt werde, paßt auch auf die Bürgen, gegen welche die Klage ebenfalls restituirt wird, wie aus L. 14. D. h. t. erheislet, wo Julian sagt: *Si mulier contra Senatusconsultum intercesserit, aequum est, non solum in veterem debitorem, sed et fideiussores eius actionem restitui;* nam cum mulieris persona subtrahatur, creditori propter Senatusconsultum integra causa pristina restituenda est. Wenn also der Minderjährige weder vom Hauptschuldner noch dessen Bürgen seine Bestiedigung erhalten kann, so wird er gegen das Vellejanische Senatusconsult restituirt, quia magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habetur, wie

Ulpian

37) S. Röslins Abb. 2. Th. S. 109. f. §. 17.

38) S. PUFFENDORF Observat. juris univ. Tom. III. Obs. 73. §. 2. GERCKE Commentat. de limitibus SCti Vellejani §. 34. und Röslin a. a. D. §. 18.

Ulpian sagt L. 11. §. 117. D. de minorib. und auch selbst dann, wenn er <sup>gegen</sup> seine Vormünder einen Regress habe <sup>sollte</sup><sup>39)</sup>). Man will zwar dieses auch auf andere anwenden, welches die Rechte der Minderjährigen genießen.<sup>40)</sup> Allein ist ein besonderes Recht blos nach dem Beispiel eines andern eingeführt worden, so steht es der eigenen Rechtswohlthoe des andern nach, sie mag in der Minderjährigkeit, oder in einem Senatusconsultum gegründet seyn<sup>41)</sup>).

2) Wenn eine Frauensperson bei der Manumission eines Sklaven für einen gewissen Loszugspreis zu stehen versprach. Hier wird ihr aus Begünstigung der Freiheit die Hülfe des Vellejanischen Senatusconsults versagt<sup>42)</sup>; aber doch auch nur dann, wenn die dem Patron gegen den Freigelassenen gestattete actio ex stipulatu oder die prätorische actio in factum, wegen der Insolvenz des Letztern fruchtlos war angestellt worden<sup>43)</sup>). Das Gesetz sagt zwar, teneri eam recte vimmodo, Senatusconsultum

Velle-

39) L. 3. Cod. Sitor, vel curator, intervenerit. Anderer Meinung sind zwar Rößlin a. a. O. §. 19. und PUFENDORF c. I. §. 3. Allein man sehe den 5. Th. dieses Commentars §. 436. C. 421. ff. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 947. C.

40) PUFENDORF c. I. Rößlin a. a. O. §. 17. und GERCKEN cit. Commentat. §. 35.

41) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 105. S. 27.

42) L. 24. Cod. h. t.

43) L. 3. Cod. An servus pro suo facto. L. 6. D. de dolo malo.

S. Franc. RAGUELLUS in Commentar. ad Decision. Iustin. ad L. penult. Cod. h. t. pag. 237. Anderer Meinung ist jedoch Em. MERILLIUS in Exposit. in L. Decision. Iustin. ad L. eand.

Vellejanum in hoc casu tacere imperantes; allein der  
bengefugre Grund: Satis enim acerbum est, et pietatis  
rationi contrarium, dominum servi, qui credidit mulieri,  
sive soli, sive post servi promissionem, et libertatem  
servo imponere, et suum famulum perdere, et ea mi-  
nime accipere, quibus fretus ad eiusmodi venit libe-  
ralitatem, beweisen jene Einschränkung.

3) Wenn die Intercession für das Versprechen eines  
Heyrathsguts geschehen ist.

*L. 25. Cod. h. t.* Generaliter sancimus, ut si quis  
maior viginti quinque annis, sive masculus, sive *femi-  
na*, *dotem pollicitus sit*, vel *sponderit pro qualibet mu-  
lieri*, *cum qua matrimonium licitum est*, omnipmodo com-  
pellatur suam confessionem adimplere: *neque enim fe-  
rendum est*, *quasi casu fortuito interveniente mulierem fieri  
iudicatam*, et sic a viro farctam repelli, et distrahi matri-  
monium. Cum enim scimus, favore dotum et antiquos  
iuris conditores severitatem legis saepius mollire: *me-  
rito et nos ad huiusmodi venimus sanctionem*. Nam si spon-  
tanea voluntate ab initio liberalitatem suam ostendit,  
neccesse est eum, vel eam suis promissionibus satisface-  
re: ut quod ab initio sponte scriptum, aut in polli-  
cationem deductum est, hoc ab invitis postea com-  
pleatur: *omni auctoritate Vellejani Senatusconsulti in hac  
causa cessante*.

Schon vor Justinian scheint es zwar Rechtens ge-  
wesen zu seyn, daß gegen das Versprechen eines Heyraths-  
guts das Vellejanische Senatusconsultum keine Ausflucht  
gewähren solle. Vielleicht war aber doch das Heyrathsgut  
noch nicht in dem Umfange privilegiert, daß jede Frauens-  
person

person, welche sich für ein solches Versprechen verpflichtet hatte, von der Anrufung des Senatusconsults ausgeschlossen war<sup>44</sup>). In dem Rescript, welches die Kaiser Valerianus und Gallienus L. 12. Cod. eodem. deshalb erlassen hatten, war wenigstens nur von einer Mutter die Rede, welche ihre Sachen für das Heyrathsgut ihrer Tochter dem Schwiegersohn verpfändet hatte. Es heißt nämlich daselbst: *Si dotare filiam volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium SCti falso putas. Hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam, prudentes viri putaverunt.* Justinian aber dehnte dieses Privilegium auf alle Fälle aus, wo eine Frauensperson für ein Heyrathsgut intercedirt hätte, wenn es auch gleich nicht gerade von einer Mutter gegen ihren Tochtermann geschehen wäre. Mehrere Rechtsgelehrten<sup>45)</sup> wollen zwar Justinians Verordnung nur auf den Fall einschränken, wenn das Versprechen der Brautgabe noch vor Schließung der Ehe geschehen, und gleichsam als die *causa matrimonii* anzusehen ist. Wäre also die Ehe ohne alles Versprechen eines Brautschakos vollzogen worden, und erst während derselben von einer Frauensperson die Intercession für ein Heyrathsgut geschehen, so finde das Vellejanische Senatusconsultum seine Anwendung, weil hier der Ehemann nicht sagen könne, er sei hintergangen worden.

Allein

44) S. RÖSSLIN a. a. D. §. 21. S. 157. ff. GERCKE cit. Commentat. de limitib. SCti Vellejani. §. 35.

45) ANT. FABER Cod. definition. forens. Lib. IV. Tit. 21. Definition. 14. PET. MÜLLER ad Struvium Exerc. XXI. Th. 12. not. a. nr. I. ANT. PEREZ Praelect. in Codic. h. t. nr. 22. und WERNHER lectissim. Commentationes in Pand. h. t. §. 16.

Allein diese Einschränkung einer in ihrer Fassung ganz allgemein lautenden Verordnung ist offenbar ungegründet<sup>46</sup>). Der favor dotium, welcher hier als der Grund des Gesetzes angeführt wird, ist der nämliche, das Heyrathsgut mag vor oder nach vollzogener Ehe bestellt werden. Immer bleibt es wahr, was Pomponius sagt *L. 1. D. Solutio matrimonio:* Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium. Ob über nach diesem Gesetz nur dann kein weiteres Berüken auf das Vellejatische Senatusconsult Statt haben soll, wenn der Haupeschuldner, der das Heyrathsgut versprochen hat, dasselbe zu bezahlen außer Stand ist, bestimmt das Gesetz ausdrücklich nicht. Es scheint also bei der Regel des damaligen Rechts geblieben zu seyn, nach welcher es in der Willkür des Gläubigers stand, wen er zuerst belangen wollte<sup>47</sup>). Die Worte: *omni auctoritate Velleiani SCti in hac causa cessa-*ante geben dieses auch wohl nicht undeutsch zu verstehen. Allein seitdem Justinian nachher durch die Novelle 4. Kap. 1. das beneficium ordinis allgemein eingeführt hat, kann dieses auch wohl einer Frauensperson in den Fällen, da sie aus ihrer Intercession verbindlich wird, nicht abgespro-

46) S. BACHOVITUS ad Treutlerum Vol. I. Diff. XXV. Th. 36.  
BOEHMER Diff. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 8.  
not. o. RÖSLIN a. d. O. GERCKE cit. Commentat. §. 35.

47) L. 2. L. 3. L. 5. L. 21. Cod. de fideiussor. Eberh. Christph.  
CANZ Diff. de beneficio ordinis s. excusonis. TUBINGAE 1770.  
§. 4.

sprochen werden<sup>48</sup>). Mehrere Privilegien gegen den Bel- tejanischen Senatschluss gibt es nicht; und eine willkürliche Ausdehnung findet auch nach der Natur der Privilegien nicht statt. Es ist daher ganz unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten<sup>49</sup>) der donatio propter nuptias, den Alimenten, den Stipendien, und überhaupt allen piis causis und corporibus ein gleiches Vorrecht einzuräumen wollen<sup>50</sup>). Streitiger ist die Frage, ob in den angeführten privilegierten Fällen die Intercession auch dann gültig sei, wenn sie gleich in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist, oder ob zur Gültigkeit derselben ein öffentliches Instrument erforderlich werde? Viele<sup>51</sup>) glauben, die L. 23. Cod. h. t. gehe nur auf diejenigen Fälle, in welchen schon vor dieser Verordnung das Senatusconsultum

Statt

48) S. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 16. in fin.

49) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 11. MEVIUS Part. III. Decis. 85. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 16. Dig. h. t. nr. 5. et L. 12. Cod. eodem. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 12. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 3. Th. 8. nr. 8. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXIX. medit. 4.

50) S. Röslin a. a. D. §. 22, u. 23. S. 119. f. KLÜGEL Diss. de SCto Vellejano §. 15. GERCKE est. Comment. §. 36.

51) Franc. RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustiniani ad L. 23. Cod. §. Ne autem h. t. pag. 236. sq. Ge. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 10. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. Cap. I. §. 7. not. cc. Röslins angef. Abb. 2. Th. S. 185 — 190. §. 89 — 95. und HÖPFNER im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 858. Not. 3. S. 890. f.

Statt hatte, in den Fällen aber, wo schon vorher die Einrede desselben wegfiel, werde ein öffentliches Instrument zur Gültigkeit der Intercession auch jetzt nicht erforderlich. Sie glauben daher, daß jene Frage um so mehr verneint werden müsse, da nicht wohl anzuwenden sei, daß Justinian die angeführten Privilegien gegen den Vellejanischen Rathsschluß durch eine Verordnung habe aufheben wollen, welche in der Ordnung, in welcher sie in dem Codex erscheint, älter ist als diejenigen zu seyn scheint, wodurch diese Privilegien bestätigt worden sind. Dieser Meinung war auch unter den Glossatoren *Bulgarus*<sup>52)</sup>. Allein schon der Glossator *Martin* behauptete dagegen richtiger, daß Justinian L. 23. Cod. cit. jede weibliche Intercession, auch die schon vorher gültig gewesene, für durchaus nichtig erklärt habe, wenn sie in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Nach dieser Verordnung sollen alle sowohl ältere als neuere Gesetze ihre Modification erhalten<sup>53)</sup>. Selbst der Minderjährige leidet daher unter dieser Vorschrift<sup>54)</sup>; und auf gleiche Art sind auch die übrigen Privilegien der L. 24. und 25. Cod. h. t. zu modifiziren. Denn soll ein für allemal eine weibliche Intercession, welche nicht in einem öffentlichen Instrument geschehen ist, für nicht geschehen gehalten werden, wie kann dann noch eine Klage wegen einer solchen Bürgschaft gestellt werden? Die L. 24. und 25. Cod. h. t. scheinen freylich nach der Ordnung ihrer Stellung neuer, als jene Verordnung, zu seyn; allein es ist ja auch nichts neues, wie *Paulus* sage

L. 26.

52) S. die Glossa ad L. 23. C. h. t.

53) Man sehe die Worte der L. 23. oben S. 457.

54) S. *Zibaut* System des Pandect. Rechts 2. Th. §. 948.

*L. 26. D. de Legibus;* ut priores leges ad posteriores trahantur.

*III. Wenn eine Frauensperson von der Intercession keinen Schaden hat. Dahir gehört;*

1) wenn das Geld, für dessen Wiederbezahlung sie dem Gläubiger bürgte, zu ihrem Nutzen verwendet worden ist.

*L. 21. pr. D. h. t. Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod acceptum est, versaretur, exceptio SCti locum non habet, quia non fit pauperior.*

2) Wenn sie das Geld zur Bestriedigung des Gläubigers von dem Schuldner empfangen hat.

*L. 16. pr. D. h. t. Si mulier contra SCtum Vellejanum pro me intercessisset Titio, egoque mulieri id solvissem, et ab ea Titius eam pecuniam peteret, exceptio SCti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat.*

*L. 22. D. eodem. Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat, vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SCto, POMPONIUS scribit: quia mandati actione obligata, in rem suam videatur obligari.*

3) Wenn sie dem Schuldner, für welchen sie intercedite, eine eben so große oder wohl noch größere Summe schuldig ist. Hier kann sie sich der Exception des Senatusconsules eben so wenig bedienen, als wenn sie von ihrem Gläubiger delegirt worden ist.

*L. 2. Cod. h. t. Senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio.*

alio debitore apud creditorem eius intercessit. Si autem *pro creditore suo alii obligaverit*, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est, huius Senatusconsulti auxilium non habet.

4) Wenn sie Erbin des Hauptschuldners geworden ist. Denn hier hat sie kein Interesse, weil sie auf jeden Fall als Erbin hasten müßte.

*L. 8. §. 13. D. h. t.* *Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, restitutoria eam conveniri posse. Sed et directa actione<sup>55</sup>:* nihil enim eius interest, qua actione conveniatur.

5) Wenn sie für ihre Intercession eine der Größe der übernommenen Gefahr angemessene Belohnung erhalten hat. Das bereits oben angeführte Gesetz, *L. 23. Cod. h. t.* bestimmt zwar über die Größe der Belohnung nichts; sondern sagt ganz allgemein:

*Sancimus, mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea aliquid ascipliens, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse SCri Vellejani uti auxilio.*

Daher sind hierüber die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Einige<sup>56</sup>) halten auch eine ganz gerin-

ge  
55) Diese *actio directa* ist hier die aus der Intercession entstehende Klage. Da das Gesetz einen solchen Fall voraussetzt, wo durch die Intercession die Verbindlichkeit des Hauptschuldners nach dem strengen Recht war aufgehoben worden; so erlöste die Klage gegen die Intercedentin auch nach der Entfernung der Erbschaft des Schuldners nicht. Daraus läßt sich die hier dem Gläubiger gestattete Wahl erklären. S. Ant. PABRI Rational. in Pand. ad h. L.

56) S. Hug. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XII cap. 32. §. Tertium. Io. VOET Commentar. h. t. §. II. Io. BRUNNEMANN

ge Belohnung schon für hinreichend, die Intercedentin deswegen ihrer Rechtswohlthat für verlustig zu erklären. Sie glauben, der Grund des Gesetzes sey, weil sie aus Gewinnsucht sich der Gefahr ausgesetzt habe, das Ihrige zu versiehn, so sey sie der Rechtswohlthat für unwürdig zu halten. Andere<sup>57)</sup> erfordern dagegen eine der übernommenen Verbindlichkeit gleich kommende Belohnung. Allein da das Gesetz hierüber nichts bestimmt hat, so ist die Sache lediglich dem billigen Ermessen des Richters anheim zu stellen, welcher hierbei auf das Verhältniß der Schuld, die Umstände des Schuldners, und die Art der Intercession Rücksicht zu nehmen hat, um darnach zu urtheilen, theils ob etwa eine Arglist des Gläubigers darunter versteckt sey, theils ob die empfangene Belohnung auch der Größe der übernommenen Gefahr angemessen sey<sup>58)</sup>). So wenig nun jede Kleinigkeit den Richter bestimmen wird, die Intercedentin ihrer Rechtswohlthat für verlustig zu erklären; so wenig ist doch auch Grund vorhanden, warum die Belohnung gerade der Schuldsumme gleich kommen müsse, da das Gesetz dieses nicht erfordert. Ob sie übrigens die Belohnung von dem Gläubiger oder dem

MANN Comm. ad L. 16. D. h. t. nr. 2. und GERCKE cit. Commentat. §. 19.

57) *Io. ZANGER Tr. de exceptionib. P. III. Cap. XI. nr. 145.*  
*Io. Pet. de LUDEWIG Diff. de SCro Vellejano in Germ. exule Diff. 4. not. 1.*

58) *Sc. Io. Iac. WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. 23. C. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 22.*  
*WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. T. I. h. t. §. 7. № 6.*  
*LIUS Abh. von bes. weibl. Rechten 2. Th. Sc. 138. §. 41. und Th. 2. Th. 1 System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 947. lit. G.*

dem Schulner erhielt, ist gleichviel, wenn sie solche nur um der Intercession willen empfing, sie mag sie dann gleich anfangs, oder erst nachher erhalten haben, wenn nur in dem letztern Falle wenigstens ein Versprechen vorausging, welches der Frauensperson in der Absicht geschah, eine Bürgschaft dafür zu übernehmen. Auf solche Art enthalten die Worte: *sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat*, keinen widersprechenden Sinn, und eine Emendation ist daher nicht nöthig<sup>59).</sup> Merkwürdig ist es aber, daß in diesem Falle die Bürgschaft gilt, wenn sie auch in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Justinian sagt: *Sive sine scriptis, sive per scriptutam sese interposuerit.* Nur der Unterschied findet jedoch statt, daß wenn die Intercedentin in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument bekannt hat, daß sie für ihre Intercession eine Belohnung erhalten habe, diese Urkunde gegen sie einen vollkommenen Beweis ausmacht; jedoch wird der Ge. emp.  
beweis,

59) Rößlin a. a. D. §. 43. S. 140. meint zwar, die Construction sey falsch, wenn man das *postea*, nicht eben so, wie das *ab initio*, auf intercesserit beziehe. Die Belohnung müsse ja den Anlaß zur Bürgschaft gegeben haben. Nun wär es aber widersinnig, zu sagen: Wenn eine Weibsperson intercedire hat, und nachher etwas empfängt, damit sie intercedire. Man müsse also nach *postea* ein Unterscheidungszeichen setzen. Allein diese Emendation ist ganz unnöthig. Die Belohnung muß zwar immer die Ursache gewesen seyn, warum die Frauensperson intercedirte. Allein ob sie gleich anfangs gegeben, oder anfangs nur versprochen, und erst nach eingegangener Intercession gegeben ward, ist gleichgültig. Man sehe auch GERKE Commentat. de limitib. Scii Vellej. §. 39.

beweis, wie gleichwohl viele<sup>60)</sup> glauben, auch hier nicht ausgeschlossen<sup>61)</sup>). Ist hingegen ein solches öffentliches Instrument nicht vorhanden, so kann der Gläubiger, dem freylich hier immer der Beweis obliegt, sich deshalb auch eines jeden andern Beweismittels bedienen, wie aus folgenden Worten der L. 23. Cod. h. t. erhellet.

*Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum: omnimodo esse credendum; eam pecunias vel res accepisse, et non esse ei ad SCti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc si possit stipulator ostendere, eam accepisse pecunias, vel res, et sic subiisse obligationem, repellit eam a SCti iuvamine.*

Merkwürdig ist es ferner, was Justinian noch in diesem Gesetze verordnet, daß wenn die Intercedentin dem Gläubiger Zahlung zu leisten, oder alles zu bezahlen nicht im Stande seyn sollte, dem letztern auf jeden Fall, auch wenn eine Exemption geschehen wäre, der Regress gegen den vorigen Schuldner gestattet seyn solle<sup>62)</sup>). Cujas<sup>63)</sup> glaubt daher, daß dieses besondere Recht nicht auf jeden andern Fall, wo das Senatusconsult wegfällt, zu erstrecken sey.

Außer

60) ZÄNGER Tract. de exceptionib. P. III. cap. XI. nr. 147. HERRING de fideiussorib. Cap. VII. nr. 436. MÜLLER ad Struvium Exerc. XXI. Th. 10. not. 8. u. a. m.

61) S. Roslin's angef. Abb. 2. 26. S. 144. §. 47.

62) S. Roslin a. a. D. §. 109. S. 198.

63) Recitation. solemn. in Cod. ad L. 12. Cod. h. t.

Ausser diesen Ausnahmen des römischen Rechts finden nach dem canonischen und heutigen Recht noch folgende statt.

1) Wenn die Weibsperson ihre Intercession mit einem Eide bestärkt hat<sup>64)</sup>). Hier erklärt der Gerichtsbrauch die Intercession in Gemässheit des canonischen Rechts<sup>65)</sup> für gültig, wenn gleich die Intercedentin ihrer weiblichen Rechtswohlthat nicht belehrt worden, noch sich derselben ausdrücklich begeben hat<sup>66)</sup>), und auch die Intercession in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist<sup>67)</sup>).

2) Wenn sie insofern intercedirt, als sie zu einem Geschäft vom Staate auctorisiert ist. Daher ist a) die Bürgschaft einer Frauensperson gültig, welche für eigene Rechnung Handelschafft treibt<sup>68)</sup>). Denn Kauf- und Handelsfrauen haben nach dem heutigen Recht die Rechte.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. BOEHMER Diff. de efficaci mulierum intercess. Cap. I. §. 9. und besonders Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 199—213.

65) Cap. 9. et cap. 28. X. de iure iuri.

66) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXI. Th. 10. nr. 5. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 27. et 28. BOEHMER Diff. cit. de valida mulier. intercess. Cap. 2. §. 14.

67) S. Stübens rechtliche Gedanken 1. Th. Ged. 24. und 2. Th. Ged. 76. Gmelin von Aussägen über Verträge. §. 69. S. 143.

68) MÜLLER ad Struvium Exercit. XXI. Th. 12. not. d. Jo. Pet. de LUDEWIG Different iur. Rom. et Germ. in SCto Vellejano exule. Diff. 7. Ge. Frid. DEINLIN Diff. de vera indole Vellejani ad uxorem mercatricem pro marito mercatore intercedentem applicata. Aliorū 1737.

Glucks Erläut. v. Pand. 15. Th.

Rechtswohlthaten nicht, welche die Geseze den Frauenspersonen in Rücksicht der Schwäche ihres Geschlechtes ertheilen. Wenn sie daher in Handelsgeschäften<sup>69)</sup> intercediren, so kommt ihnen das Vellejanische Senatusconsult nicht zu thun. Der Grund ist Sicherheit und Begünstigung des Handels, welche mit der Unverbindlichkeit der Bürgschaften in Handelsgeschäften nicht bestehen kann<sup>70)</sup>. b) Auch die Intercession einer regierenden Dame, aber auch nur insofern, als sie in der Eigenschaft einer Regentin intercedirt, ist für gültig zu halten. Denn außer dieser Eigenschaft betrachtet, würde die Intercession derselben nach dem gemeinen Privatrechte zu beurtheilen seyn. So lassen sich die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber mit einander sehr gut vereinigen<sup>71)</sup>.

3) Wenn eine Ehefrau mit ihrem Manne in einer allgemeinen Gütergemeinschaft lebt, so kann sie, wenn sie wegen der während der Ehe gemachten Schulden ihres Ehemannes belangt wird, sich nicht auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten berufen, weil nach der Natur der allgemeinen

69) In andern Fällen kommt auch den Kauffrauen das Vellejanische Senatusconsult zu thun. S. VOET Comm. h. t. §. 11. J oh. Sam. Fried. Höhmers rechl. Untersuchung der Frage, ob und wieweit eine Weibsperson, so eine Handlung treibt, aus ihrer Bürgschaft verbunden sey? In Schott's jurist. Wochenblatt. 3. Jahrg. Nr. 29. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 12.

70) S. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 292.

71) BOEHMER Diff. cit. Cap. II. §. 4. not. g. Rosslins angef. Abh. §. 247. §. 42 — 44. GERCKE Commentat. de limitib. SCti Vellejani §. 26. et 27. und Chibaut System des Pand. R. 2. Band §. 949.

gemeinen Gütergemeinschaft die Frau schon an und für sich für alle von dem Ehemann contrahirten Schulden der Regel nach eben so, als für ihre eigenen hastet<sup>72)</sup>). Indessen schließt doch die allgemeine Gütergemeinschaft nicht allen Gebrauch des Vellejanischen Rathsschlusses aus. Sie kann sich desselben noch in folgenden Fällen bedienen. a) Wenn sie sich für die vor der Ehe gemachten Schulden ihres Ehemanns verbürgt hat<sup>73)</sup>). Jedoch sind viele anderer Meinung, weil nach der Natur der allgemeinen Gütergemeinschaft die vor der Ehe entstandenen Schulden nicht mehr blos als Schulden dessen angesehen werden könnten, der sie contrahirt hat, sondern jetzt eben so Gesammtschulden der ehelichen Gesellschaft geworden sind, wie das beyderseitige Vermögen der Ehegatten nun ein Gesamtvermögen derselben geworden sey<sup>74)</sup>). b) Wenn die Frau für eine Schuld sich verbürgt hat, welche aus einem Rechtsgeschäft, gegen das sie auf die gehörige Art protestierte, entstanden ist<sup>75)</sup>). c) Wenn die

C 2

Frau

72) Sam. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. Christ. Gottl. GMLIN Diss. de obligatione uxoris ad solvenda debita a coniugibus contracta, moto in primis super bonis mariti concursu creditorum. Tübingae 1785. §. 15. und Dasselben Aussätze über Verträge. §. 95. Wilh. Frid. SUHR Diss. Privilegia mulieribus iure Rom. data quatenus, posita inter coniuges communione, locum habeant. Goettingae 1801.

73) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Dazu Handbuch des allgemeinen deutschen Privatrechts. 6. Th. §. 606. S. 414. ff.

74) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 460. Joh. Wilh. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft §. 59 — 61.

75) S. Venj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der

Frau sich ohne Einwilligung ihres Ehemannes für einen Dritten verbürgt<sup>76)</sup>).

### §. 925.

Inwiefern findet eine Enttagung des Vellejanischen Rathsschlusses statt?

So wenig es heutzutage einigem Zweifel unterworfen ist, daß eine Frauensperson dem Vellejanischen Rathsschlusse gültig entsagen könne, so streitig ist gleichwohl diese Frage nach dem römischen Rechte? Viele<sup>77)</sup> wollen eine solche Enttagung schon nach der Analogie der römischen Gesetze für gültig halten. Sie sagen, die Regel sey ganz allgemein, welche einem Jeden erlaube, sich des ihm zum Besten eingesührten Rechts zu begeben<sup>78)</sup>, und müsse also auch hier um so mehr Anwendung finden, weil ja die Intercession einer Weibsperson nur erst durch ihre Einwendung entkräftet werde, und die Intercedentin, wenn sie diese vorzuschützen unterläßt, selbst von dem Richter verurtheilt werden könne. Warum sollte sie denn nicht schon

der Weiber bey einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer I. Th. §. 68. u. 69. verglichen mit §. 63. und HORNACKER c. 1. §. 459.

76) S. Pfizer in der angef. Schrift I. Th. §. 70.

77) IO. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex XXVIII. §. 8. IO. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. WOLFG. AD. LAUTERBACH Colleg: th. pr. Pand. h. t. §. 24. I. H. BOEHMER Diff. de efficaci mulierum intercessione. Cap. II. §. 17. GOD. LUD. MENCKEN Diff. de valida intercessione mulieris SCto Vellejano renunciantis. Vitemb. 1725. Röslin von bes. weiblichen Rechten c. 163. ff. GERCKE cit. Cymmentat. §. 15.

78) L. 21. Cod. de pactis. L. 41. D. de minorib.

schon zum Voraus auf diese Einrede Verzicht thun können? Nirgends werde gesagt, daß sie sich des Vellejanischen Rathsschlusses bedienen müsse, wenn sie nicht wolle. Ja sie könne nicht nur dieser Wohlthat entsagen, weil man Wohlthaten Keinem aufbringt, sondern sie müsse sogar zuweilen darauf Verzicht thun, wenn sie eine Handlung unternehmen wolle, welcher das Vellejanische Senatusconsultum im Wege stände. Dahn gehöre 1) wenn sie bereit ist, den Schuldner, für den sie intercedirte, vor Gericht zu vertreten. Hier müsse sie Caution leisten, daß sie sich des Vellejanischen Senatusconsults nicht bedienen wolle<sup>79</sup>). 2) Wenn eine Mutter die Vormundschaft über ihre unmündigen Kinder übernehmen wolle; auch hier müsse sie sich der Wohlthat des Vellejanischen Rathsschlusses begeben<sup>80</sup>). Andere<sup>81</sup>) glauben dagegen, daß, außer diesen

79) *L.* 32. §. 4. *D. h. t.* *Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorum actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit, exceptione se non usuram, et sic ad iudicium ire.*

80) *Nov. CXVIII. cap. 5.* *Mulieribus enim etiam non interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Vellejani Senatusconsulti renunciant.*

81) *Ant. MERENDA Controv. iur. Lib. II. cap. 36. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 48. Helfer. Ulr. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. V. Qu. 2. Iof. AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 5. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Decad. LVI. Th. 9. Puf. Frid. Lud. ENGELBRECHT Diff. de renunciatione SCti Vellejani*

diesen Fällen, welche nur als Ausnahmen von der Regel zu betrachten wären, eine Entzagung des Vellejanischen Senatusconsults dem wahren Sinn und der Analogie der römischen Gesetze zuwider sey. Denn insofern das Senatusconsultum die Intercessionen der Frauenspersonen missbilligt, und die Weibspersonen als solche, die fremde Verbindlichkeiten eben so wenig, als öffentliche Aemter, übernehmen können, behandelt wissen will<sup>82</sup>), gehöre es allerdings zu den Prohibitiv-Gesetzen<sup>83</sup>). Mit einem solchen Gesetz könne die Gültigkeit der Enzagung eben so wenig, als eine Entzagung der Untüchtigkeit zu öffentlichen Aemtern, bestehen. Es würde auch dadurch der ganze Zweck des Gesetzes vereitelt werden. Auf der einen Seite nimmt das Gesetz die Frauenspersonen wegen ihrer Unmündigkeit und Leichtsinnis gegen die Gefahr der Intercessionen in Schutz; und auf der andern Seite sollte dieses Gesetz die Frauenspersonen durch Zulassung einer Renuntiation wieder als Opfer ihres Leichtsinns Preis geben?

Wie

jani privato instrumento facta. *Goett.* 1749. Cap. II. §. 3. sqq.  
*Io. Aug. HELLFELD* Diss de condictione mulieri intercedenti competente § 35. sqq. *Bav. VOORDA* Diss. exhibens quaestiones quaedam iuris civ. *Lugd. Batav.* 1770. Qu. 2. Ab. Diet. *Weber* syst. Entwickl. d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Mot. 14. S. 308. ff. und *Thibaut* Syst. des Pand. N. 2. B. §. 944.

82) *L. 1* §. 1. *L. 2.* §. 1. *L. 16.* §. 1. *D. h. t.* *L. 2.* *D. de div. reg. iuris.*

83) *PAULUS Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. II. §. 1. In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris quam pro feminis intercedere mulieres PROHIBENTUR. (in *Ant. SCHULTING* iurisprud. Antejust. pag. 278.)

Wie leicht entsagt nicht die Frauensperson ihrer Rechtswohlthat, welche einmal zur Uebernehmung einer Bürgschaft sich hat verleiten lassen? Man wendet zwar ein, daß in der Renunciation ein neuer rechtlicher Grund zu finden sey, aus welchem selbst die Gesetze einer intercedirenden Frauensperson die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults versagten. Man sagt nämlich, wenn eine Frauensperson, mit ihrer Rechtswohlthat bekannt gemacht, derselben entsagt, so verbürgt sie sich ja wissentlich, und hat sich also nach L. 30. D. h. t. ihrer Rechtswohlthat verlustig gemacht. Allein sehr treffend ist diesem Einwurfe dadurch begegnet worden, daß das Gesetz nur allein von dem Falle redet, wenn die Frauensperson in der Absicht, den Gläubiger zu hintergehen, sich bey ihm verbürgte; da es ihr bekannt war, daß sie sich in der Folge durch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults würde schützen können. Ein solcher Vorwurf einer betrüglichen Absicht könne aber einer Frauensperson in dem Falle nicht gemacht werden, da diejenigen, denen darum zu thun ist, dieselbe zur Intercession zu bereeden, unter dem Vorwande dieses Gesetzes die Einleitung treffen, daß der Gläubiger durch Entzägung des Vellejanischen Senatusconsults begünstigt werde. Hier fehle so viel, daß man der Intercedentin einen Dolus vorwerfen könne, daß vielmehr ein anderes Gesetz<sup>84)</sup> zur Anwendung kommen müsse, welches dasjenige, was zur Eludirung des Senatusconsults geschieht, für eben so unwirksam, als die übernommene

Ver

84) L. 29. §. 1. D. h. t. Paulus respondit, ea, quae in frau-  
dem SCti, quod de intercessione foeminarum factum est, ex-  
cogitata probari possunt, rata haberi non oportere.

Verbindlichkeit der Intercedentin, erklärt. Diese lebhafte Meinung verdient wohl in der Theorie allerdings den Vorzug, und ist nach der Novelle 134. Kap. 8. noch weniger Zweifel in dem Falle unterworfen, da sich eine Ehefrau für die Schulden ihres Mannes verbürgt<sup>85</sup>). Allein da wir h. z. L. die Intercessionen der Frauenspersonen nicht mehr unter die verbotenen Rechtsgeschäfte zählen, sondern sie nur als Verträge ansehen, denen die Gesetze allen gerichtlichen Effect versagen; so findet in der heutigen Praxis die Entzagung des Vellejanischen Senatusconsults ohne Bedenken Statt, eine Frauensperson mag sich für ihren Ehemann, oder für einen andern Schuldner verbürgen<sup>86</sup>). Es kommt also nur noch darauf an, was zur Gültigkeit einer solchen Entzagung erfordert werde? Darauf herrscht aber freylich noch eine große Uneinigkeit unter den practischen Rechtsgelehrten. Zwar ist man

I. darüber einverstanden, daß die Intercedentin vor allen Dingen gehörig belehrt, und mit dem Inhalt derjenigen Rechtswohlthat bekannt gemacht werden müsse, welcher sie sich begeben will. Denn ein Verzicht auf ein dem Entzageden unbekanntes Recht ist ohne rechtliche Wirkung<sup>87</sup>). Diese Belehrung ist aber bei Frauenspersonen desto nöthiger, da Mangel an Rechtskenntniß bei ihnen in Zweifel vermuthet werden muß<sup>88</sup>). Die meisten Rechtsgelehrten stimmen auch darin überein, daß eine Entzagung

der

85) STRYK U. mod. Pand. h. t. §. 4.

86) S. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischtjurist. Abhandlungen 1. Band S. 25. ff.

87) L. 19. §. ult. D. de inoff. testam. L. 22. §. 2. Cod. de furt.

88) L. 9. D. de juris et facti ignor.

der weiblichen Rechtswohlthaten ohne vorhergegangenen genugsaamen Unterricht und Kenntniß derselben nicht einmal sobann als gültig angesehen werden könne; wenn sie gleich in einem öffentlichen Instrument geschehen<sup>89)</sup> , oder gar mit einem körperlichen Eide wäre bekräftigt worden<sup>90)</sup>. Allein wenn es auf die Frage ankommt, auf welche Art und Weise die Belehrung über die zu entsagenden Rechtswohlthaten eigentlich geschehen müsse, so pflegen nicht alle Rechtsgelernten die Sache mit derjenigen Genauigkeit zu nehmen, welche gleichwohl die Wichtigkeit derselben erfordert. Mehrere<sup>91)</sup> wollen nämlich eine Frauensperson schon für hinlänglich unterrichtet halten, wenn nur in dem Schuld- und Bürgschein eine mit teutschen Worten deutlich gefasste Beschreibung der Rechtswohlthat des Vellejanischen Senatusconsults, und ein klarer Verzicht darauf enthalten sey; z. B. Sie entsage hiermit der Rechtswohlthat, vermöge welcher sich sonst eine Frauensperson nicht gültig verbürgen kann. Habe nun die Virgin eine solche

Urs.

89) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 8. nr. 8.

90) BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 19. not. tit. STRYK Diss. de certioratione iurium renunciantor. Cap. III. nr. 15. sq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXX. medit. 3. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Ged. 76. §. 2. Gmelin von Auffäßen über Verträge §. 69. S. 142. f. ENGELBRECHT Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta. Cap. II. §. 8. EMMINGHAUS ad Coccoji ius civ. controv. h. t. Qu. 12. not. t. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4144.

91) STRYK de cautel. contractuum. Sect. I. cap. 5. § 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXX. medit. 2. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 159. pag. 527.

Urkunde eigenhändig unterschrieben, so werde auch kein weiterer Beweis wegen der Certioration erforderlich, da die Unterschrift des Documents die Wissenschaft und Einwilligung in den Inhalt vermuten lasse. Allein wie wenig eine auf solche Art geschehene Belehrung für genügend zu halten sey, und wie wenig jene Vermuthung auf Personen, bei welchen eine gänzliche Unkunde der Rechte vorauszusehen ist, Anwendung leide, ist schon von andern<sup>92)</sup> gezeigt worden. Soll sich also eine Weibsperson bei der Uebernahme einer Intercession ihrer Rechtswohlthaten auf eine gültige Art begeben, so ist nicht genug, wenn sie blos belehrt wird, welche Rechte ihr in Ansehung derselben zustehen, wosfern sie nicht auch von der Natur und Wirkung der übernommenen Verbindlichkeit hinlänglich unterrichtet wird<sup>93)</sup>. Es muß ihr daher nicht nur die rechtliche Beschaffenheit der Schuld, für welche sie intercedirt, z. B. wenn es eine Wechselschuld, oder eine hypothekarische, oder sonst privilegierte Forderung ist, sondern auf die Art und Wirkung der Intercession, welche sie eingehen will, deutlich erklärt werden<sup>94)</sup>. Ist die Intercedentin eine Ehefrau, welche sich für die Schuld ihres Mannes verbürgen will, so muß sie insonderheit über den Inhalt der *Auth. Si qua mulier Cod.*  
*ad*

92) S. G. Jac. Grieb. Meister's Practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht 2. B. IV. Bemerk. Nr. 6. u. 7. S. 55.

93) Man vergl. hier vorzüglich Joh. Christ. Quistorp's Beiträge zur Erläuterung verschiedener pract. Rechtsmaterien Nr. VIII. S. 129. u. ff.

94) Roslin von besondern weiblichen Rechten 2. Th. S. 178. S. 83.

*ad SCium Vellejanum* belehrt werden. Man streitet sich darüber, ob sie auch dieser Authentike namentlich entsagen müsse. Mehrere<sup>95)</sup> halten die ausdrückliche An- führung derselben für durchaus nothwendig, wenn die Ent- sagung auf eine verbindliche Art geschehen soll. Andere<sup>96)</sup> hingegen halten es für hinreichend, wenn die Ehe- frau ihren weiblichen Rechtswohlthaten überhaupt nach vorhergegangener Belehrung derselben, oder auch nur dem Vellejanischen Senatusconsult entsagt hat, weil die Authentike unter demselben, als ein bloßer Zusatz, schon mit begriffen sey. Allein es scheint mir alles darauf anzukom- men, ob die Entsgung so gefaßt ist, daß sie den Inhalt jener Authentike vollkommen ausdrückt, oder nicht. In jenem Falle würde es kein Fehler seyn, wenn auch dieselbe nicht namentlich wäre angeführt worden. Z. B. es heißt in der Schuldbeschreibung: Sie begebe sich der Rechtswohlthat, vermöge deren sonst eine Ehe- frau sich für ihren Ehemann auf keinerley Weise gültig verbürgen kann, vielmehr eine solche

Bürg.

95) SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Definit. 4. MEVIUS P. VI. Decis. XXII. nr. 4. *de cocceji iur. civ. controv. h. t. Q. 13.* Smelin von Aufsägen über Verträge. §. 69. S. 144. §. 90. S. 193. u. §. 92. S. 199.

96) BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercess. Cap. III. §. 8. not. ii. HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 20. BERGER Reso- lut. Legg. obstant. h. t. Qu. 2. et ad eand. Animadvers. STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. 6. §. 6. LEYSER Medicat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXII. medit. 5. et 6. ENGEL- BRECHT cit. Diss. de renunciat. SCti Vellej. etc. Cap. II. §. 17. Schröder vermischtjurist. Abhandlungen 1 Band S. 52. ff. und EMMINCHAUS ad Coccejum h. t. Qu. 13. not. v.

Bürgschaft in den Gesetzen für durchaus nichtig erklärt ist, wenn sie auch noch so oft nachher wiederholt und aufs neue bekräftigt worden wäre, und nur allein dadurch gültig werden könne, wenn das von dem Mann entlehnte Geld erweislich zum Nutzen derselben verwendet worden ist. Außerdem würde die bloße Entsaugung des Vellejanischen Senatusconsults nicht genügen, weil die Novelle 134. Kap. 8. woraus die *Auth.* *Si qua mulier* genommen ist, sich gerade darin von dem Vellejanischen Senatusconsult unterscheidet, daß keine Wiederholung der Intercession noch Entsaugung gelten soll. Will der Ehemann dem Gläubiger sein unbewegliches Vermögen verpfänden, woran er der Frau eine *donatio propter nuptias* verschrieben hat, so ist nach der *Auth.* *Sive a me Cod. h. t.* eine solche Verpfändung ungültig, wann sie auch mit Einwilligung der Frau geschehen wäre, und diese ihre Einwilligung auch noch so oft wiederholt hätte. Die Ehefrau muß also auch dieser Authentika nach vorher gegangener Belehrung derselben entsagen. Uebrigens wird die Belehrung im Zweifel nicht vermutet, sondern muß von dem, welcher sie behauptet, bewiesen werden<sup>97)</sup>). Zu diesem Beweise ist aber die bloße Anführung in der Urkunde, oder auch das bloße Bekenntniß der Intercedentin in dem Schulddocument, daß die Belehrung geschehen sei, nicht hinreichend<sup>98)</sup>), wenn auch das Document von der

97) BOEHMER cit. Diff. de effic. mulierum intercess. Cap. II. §. 19. not. uuu. STRYK Diff. de certioratione iur. renunciandor. Cap. IV. nr. 4. sqq.

98) STRYK cit. loc. nr. 9. sqq. Smelin von Aussägen über Ver-

der Intercedentin unterschriften seyn, und in demselben eine Beschreibung der weiblichen Rechtswohlthat, und deren Begebung enthalten seyn sollte<sup>99)</sup>; wosfern nicht etwa die Urkunde unter öffentlicher Auctorität errichtet worden wäre, in welchem Falle aber doch auch der Beweis des Gegenthels nicht ausgeschlossen seyn würde. Dahingegen kann sich eine Weibsperson, die vorhin schon einmal belehrt worden ist, welche Vorrechte ihr in Absicht einer Bürgschaft zukommen, ihrer Verbindlichkeit keinesweges unter dem Vorgeben entziehen, daß sie bey der folgenden Intercession nicht besonders belehrt, oder von ihren weiblichen Rechtswohlthaten nicht abermals unterrichtet worden sey; es müßte ihr denn etwa Vergessenheit oder betrügliche Veredung gegen die replica doli zu statthen kommen<sup>100)</sup>. Man streitet hiernächst

II. darüber, ob die Entzagung in einem öffentlichen Instrument geschehen müsse, oder ob sie auch in einer Privaturkunde geschehen könne? Viele<sup>101)</sup> behaups

Berträge §. 69. S. 142. Underer Meinung sind zwar MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 231. nr. 4. et 5. und RÖSSLIN in der angeführten Abhandl. S. 1847 §. 88. Allein man sehe Quistorp's Berträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. Nr. VIII. S. 131. ff.

99) S. Meister's pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. Band IV. Bemerk. Nr. 6. u. 7. S. 55. f.

100) FRID. ES. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 3. Fried. von GÜLOW'S und THEOD. HAGEMANN'S pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 4. Band Erörtert. 95. und GERCKE Diss. de limit. SCti Vellej. §. 19.

101) SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Def. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 18. TULDENUS Comm. ad Cod. h. t. nr. 9.

haupten das Erstere, und berufen sich auf L. 23. Cod. h. t. Allein richtig ist die Meinung derjenigen<sup>2)</sup>, welche die Entzagung für gültig halten, wenn sie auch nur in einem Privatinstrument geschehen ist: Denn offenbar redet die angeführte L. 23. blos von der Intercession, von dieser ist aber die Verzichtleistung, von welcher wir hier reden, wesentlich unterschieden. Jene erfordert freilich ein öffentliches Instrument, ne mulieres perperam sese pro aliis interponant, wie Justinian in dem angeführten Gesetz als Grund ansführt; und nur der Entschluß zu dieser läßt sich mit der dem weiblichen Geschlecht eigenen Gutmuthigkeit und Leichtsinn wohl entschuldigen, und verdient die Hülfe des Gesetzes. Allein nicht so die mit Ueberlegung und Einsicht geschehene Entzagung der Rechtswohlthat. Hier läßt sich der Vorwurf einer unredlichen Absicht nicht wohl von ihr ablehnen, wenn sie sich dennoch nachher auf die Rechtswohlthat beruft. Es läßt sich daher von jener auf diese um so weniger ein gültiger Schluß machen, da hier nirgends ein Gesetz vorhanden ist, welches die Gültigkeit der Renunciation an die Form einer öffentlichen Urkunde geknüpft hat. Aus diesem Grunde behaupten

SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 10. SICHARD Comm. ad Cod. h. t. nr. 14. und Mich. God. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 24.

2) BOEHMER Diff. cit. Cap. II. §. 19. not. qqq. Nr. III LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. a PUFENDORE Observat. iuris univ. Tom. II. Obsl. 159. Roslin von besond. weibl. Rechten 2. Theil S. 174. §. 76. und Meisters pract. Bemerkungen 2. B. Bemerk. IV. Nr. 4.

ten daher auch mehrere angesehene Rechtsgelehrten<sup>3)</sup>, daß sogar dann, wenn beydes, Intercession und Entzagung, in einer Privaturkunde geschehen ist, die Intercession um der Entzagung der weiblichen Rechtswohlthat willen, für verbindlich zu halten sey. Endlich sind unsere Practiker

III. auch darüber verschiedener Meinung, ob die Entzagung eidlich geschehen müsse, oder ob sie auch ohne Eid gültig sey? Mehrere Rechtsgelehrten<sup>4)</sup> halten den Eid für unnöthig. Allein die meisten<sup>5)</sup>, deren Meinung in der Praxis jetzt die herrschende ist, machen einen Unterschied, ob blos von einem Verzicht auf das Vellejanische Senatusconsultum, oder von einer Entzagung der Authentica, Si qua mulier die Rede sey. Erstere kann auch ohne Eid gültig geschehen. Letztere hingegen erfordert nach der in der Praxis angenommenen Lehre eine eidliche Bestärzung, wenn die Verbürgung einer Ehefrau für ihren Mann für gültig gehalten werden soll. Ob aber zu einer

3) STRYK de cautel. contract, Sect. II. cap. 6. §. 12. FRANCKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 30. Meister in den anges. pract. Bemerkungen a. a. D. Nr. 5. S. 53. f. und Rößlin S. 192. §. 98. Anderer Meinung ist jedoch PEREZ in Praelect. in Codic. h. t. nr. 23. a. E.

4) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. BOEHMER Diss. de effic. mulier. intercess. Cap. II. §. 19. not. qqq. Cap. III. §. 8. Rößlin a. a. D. §. 77. Gmelin von Auffässungen über Verträge §. 90. S. 195. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 838. Not. 4. u. a.

5) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 11. STRYK Caut. contract, Sect. II. cap. 6. §. 4. LEYSER Vol. III. Spécim. CLXXII. medit. 1. et 2. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 8. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 118. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4144.

einer gültigen Enttagung der angeführten Authentike ein körperlicher Eid erfordert werde? oder ob es für hinlänglich zu halten sey, wenn die Ehefrau in der Beschreibung einen schriftlichen Eid durch Einrückung der Formel: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort, oder auch der Formel: bey dem Worte der ewigen Wahrheit, geleistet hat? oder ob auch schon der von einer Ehefrau an Eidesstatt geleistete Verzicht, die Rechtswohlthat der Auth. Si qua mulier entkräftet? ist zweifelhaft. Mehrere<sup>6)</sup> halten das letztere nicht für hinreichend, sondern erfordern entweder einen körperlichen<sup>7)</sup>), oder wenigstens einen schriftlichen Eid<sup>8)</sup>). Allein da hier von einem freywillingen und außergerichtlichen Eide die Rede ist, bey welchem die Gesetze keine Schwörungsformel vorgeschrieben haben, so ist hier jede Formel für gültig zu halten, wodurch die ernsthafte Absicht, sich eidlich verpflichteten zu wollen, ausgedrückt wird. Diese Absicht geben aber die Worte: an Eides statt, hinlänglich zu erkennen, und es wird daher durch diese Formel das Gewissen unstreitig eben so stark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche das Wesen des Eides enthält<sup>9)</sup>.

Es

6) LEYSER Meditat ad Pand. Vol III. Spec. CLXXI. Corol. 3.  
Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision, P. I. Decis. XII.  
nr. 14. pag. 213.

7) a SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Definit. 3.

8) WERNHER Select Observation. for. Tom. II. Part. X. Obs. 429.  
PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 2.  
CARPOV P. II. Constitut. XVI. definit. 6. ENGELBRECHT Diss.  
cit. Cap. II. §. 16.

9) BOEHMER Iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 5.

Es ist daher auch die von einer Ehefrau in dem Schuld- und Bürgschein unter der Formel an Eides statt geschehene Entzagung der Auth. *Si qua mulier so lange für bündig und wirksam zu halten, als nicht die besondern Landesgesetze einen förmlichen oder körperlichen Eid erfordern*<sup>10</sup>).

Noch ist zu bemerken, daß wenn eine Wittwe erst nach dem Tode ihres Mannes den Gläubigern desselben Bürgschaft leistet, die Vorschrift der Novelle 134. Kap. 8. keine Anwendung finde, und daher in diesem Falle auch keine Entzagung der Auth. *Si qua mulier nöthig seyn, weil hier die Gründe des Gesetzes wegfallen*<sup>11</sup>). Zwar glauben viele<sup>12</sup>), die Bürgschaft sey hier dergestalt gültig, daß nicht einmal eine Entzagung des Vellejanischen Senatusconsults erforderlich sey. Denn für einen todteten Schuldner, sagt man, finde keine eigentliche Intercession mehr Statt. Die Wittwe stelle sich also hier als Selbstschulde

10) G. Frieß. von Bülow's und Theob. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Themen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. Erör. 33.

11) MEVIUS Decis. Tom. II. Part. VII. Decis. 229. und Frid. Lud. DOERING Disquisit. *An uxor beneficiis muliebribus iuvetur post mortem mariti eius debita suscipiens?* Erfordiae 1780. Thebaud Syst. des P. R. 2. B. §. 948. Nr. 2.

12) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 16. BERGER Oecon. juris Lib. III. Tit. 3. §. 8. not. 8. in fin. Ern. Imm. TENZELL Diss. de vidua defuncti mariti debita suscipiente, an gaudeat beneficio SCti Vellej. et auth. *Si qua mulier?* Erfordiae 1728. de CRAMER Observat. juris univ. Tom. III. Obsl. 944. WERNHER Lectissim. Commentation. in Pand. Tom. I. h. t. §. 4. u. a. m.

Glückl. Erlaut. d. Pand. 15. Th.

schuldnerin dar, und verspreche den Gläubigern Zahlung. Ueberdem suche sie dadurch die Ehre ihres verstorbenen Mannes zu retten; im Ganzen gehe sie also hier ein Geschäft ein, was eigentlich sie selbst betreffe, und könne folglich schon darum sich nicht mehr auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten berufen. Allein prüft man diese Gründe genauer, so muß man sich wundern, wie jene Meinung bey Rechtsgelehrten von solchem Ansehen, als dieselbe behaupten, hat Beyfall finden können. Man geht ja offenbar von einem ganz falschen Saße aus, wenn man sagt, es finde für einen verstorbenen Schuldner keine wahre Intercession mehr Statt. Das Gegentheil lehrt Florentinus ausdrücklich, wenn er *L. 22. D. de fideiussoribus* sagt: *Mortuo reo promittendi, et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest: quia hereditas personae vice fungitur.* Ein solcher Bürge ist als ein negotiorum gestor anzusehen, welcher zum Nutzen der Erbschaft und des künftigen Erben handelt<sup>13)</sup>). Er macht sich daher wie Paulus<sup>14)</sup> sagt, gewissermaßen die Erbschaft selbst verbindlich. Wie kann man also wohl mit Grund behaupten, die Wittwe, welche die Schulden ihres verstorbenen Mannes zu bezahlen übernimmt, schließe ein sie selbst betreffendes Geschäft? Wer kann läugnen, daß dieses eine Art der Intercession sei, und daher das Vellejanische Senatusconsult Statt finde? Sagt denn nicht Kr. Alexander *L. 4. C. b. t.* deutlich genug: *Senatusconsultum locum habet,*

fi

<sup>13)</sup> *L. 3 pr. L. 12 §. 2. L. 45 §. 2. D. de negot. gestis.* Man vergleiche hier vorzüglich *Christph. Lud. CRELL Diss. de intercessione pro debitore mortuo.* *Vitemb. 1754.*

<sup>14)</sup> *L. 21. §. 1. D. de negot. gestis.* *L. 1. §. 6. D. de iniur.*

si eam obligationem, *quae in alterius persona constitit*, mulier in se transtulit? Fallen nun auch bey der Wittwe die Gründe weg, welche der Auth. *Si qua mulier Raum geben*, so treten doch wenigstens noch immer diejenigen Gründe ein, warum Frauenspersonen sich überhaupt nicht für fremde Schulden verbindlich machen können. Es ist also wohl keinem Zweifel unterworffen, daß wenn die Intercession der Wittwe gelten soll, dieselbe sich der Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsults, nach vorhergegangener Belehrung derselben, begeben müsse<sup>15)</sup>). Eine andere Frage aber ist es, ob eine von der Wittwe schon bey Lebzeiten ihres Ehemanns geleistete ungültige Bürgschaft nicht dadurch gültig werde, wenn sie dieselbe nach ihres Mannes Tode entweder ausdrücklich wiederholt, oder durch Bezahlung der Zinsen stillschweigend anerkennt? Mehrere berühmte Rechtsgelehrten<sup>16)</sup> tragen kein Bedenken, dieselbe zu bejahen; wenn nur seit der ersten Intercession,

D 2

oder,

15) Ausser Hellfeld stimmen hierin mit mir überein Paul. Phil. WOLFHARTH Diss. de intercessione viduae pro marito mortuo. Rintel. 1738. CRELL Diss. cit. §. 3. REINHARTH Diss. potissima capita invalidae mulier intercessionis, pro efficaci perperam habitae, expon. Erfordiar. 1732. §. 23. DOERRING cit. Commentar. §. 10—13. BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. III. P. II. Decis. 271. nr. 8. et Decis. 272. nr. 6. HOMMEL Rhapsod. quæstion. for. Vol. I. Obs. 1. Dabelow Grundsäge des Eherechts §. 318. und Gmelin von Auffägeln über Verträge §. 90. a. E.

16) MEVIUS P. VI. Decis. 299. nr. 4. et P. VII. Decis. 229. STRYK U. mod. pand. h t. §. 16. RIVINUS Enunciat iuris Tit. 8. Enunc. 42. LEYSER Specim. CLXXII. Specim. 7 et 8. und Tob. lac REINHARTH Diss. potissima capita invalidae mulierum intercessionis, pro efficaci perperam habitae, exhib. §. 11

oder, wie andere<sup>17)</sup> wollen, seit dem Tode des Ehemannes ein Zeitraum von zwey Jahren verstrichen ist. Allein die L. 22. Cod. h. t. findet, wie bereits oben S. 16.) gezeigt worden, da keine Anwendung, wo die erste Intercession ipso iure nichtig ist. Es gilt vielmehr hier, was Justinian in der Novelle 134. Kap. 8. sage: nullatenus huiusmodi intercessionem valere, licet multoties repetita sit. Soll also die Intercession der Witwe für die Schulden ihres verstorbenen Mannes eine verbindliche Kraft haben, so muß sie auf jeden Fall dem Vellejanischen Rathsschlüsse noch besonders entsagen<sup>18)</sup>). Eine eidliche Bestärkung hingegen, wie Carpzov<sup>19)</sup> erfordert, ist hier nicht mehr nöthig.

### §. 926.

#### Matur der Exception des Vellejanischen Senatusconsults.

Die *exceptio SCti Vellejani* gehört ihrer Natur nach

I. zu denjenigen Einreden, welche man dingliche nennt, (*exceptiones rei cohaerentes*)<sup>20)</sup>. Sie kommt daher nicht nur der intercedirenden Frauensperson zu, sondern auch ihre Erben und Nachfolger<sup>21)</sup>), und alle, welche für die Intercession intercedirt haben, können sich gleichfalls jener

17) RUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 74.

18) S. DOERING cit. Disquisit. an uxor beneficiis muliebrib. iuvetur post mortem mariti eius debita iuscipliens? §. 8. et 9.

19) Iurisprud. for. P. II. Const. 16. Def. 3.

20) L. 7. §. 1. *de except.*

21) L. 20. Cod. h. t. Heredes quoque mulieris adversus creditores eadem exceptione, quae ex SCte introducta est, uti posse dubium non est.

jener Einrede bedienen<sup>22</sup>). Denn könnte sich der Bürge nicht eben so gut, wie die Intercedentin selbst, mit der Einrede des Senatusconsults schützen, so würde er, wenn er für sie hätte Zahlung leisten müssen, mit der *actio mandati* gegen sie seinen Regress nehmen können, und so könnte ihr indirect die Rechtswohlthat entzogen werden<sup>23</sup>). Dem Bürgen soll daher die *exceptio SCti Vellejani* auch sogar alsdann zu statten kommen, wenn er auch ohne Auftrag der Intercedentin für sie von freien Stücken gutgesagt hätte. *Caius Cassius* war zwar anderer Meinung, allein *Ulpian* gab der Meinung *Julians* Vorschall, wie aus folgender Gesetzesstelle erschließt.

*L. 16. §. 1. D. h. t.* *Si ab ea muliere, quae contra Senatusconsultum intercessisset, fideiussorem accipisset:* *CAIUS CASSIUS* respondit, *ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset.* *JULIANUS* autem recte putat, *fideiussori exceptionem dandam, etiam si mandati actionem adversus mulierem non habet*<sup>24</sup>): *quia totam obligationem*<sup>25</sup>) *Senatus improbat: et a Praetore restituitur prior debitor creditori.*

Da

22) *L. 14. Cod. iud.* *Mulierem contra SCti Vellejani auctoritatem non posse intercedere, eademque exceptione fideiussorem eius uti posse*, iuris auctoritas probat. — *L. 8. §. 4. D. h. t.* *Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor eius non fuit, exceptione SCti poterit uti, quemadmodum mulieris fideiussor.*

23) *ROTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXVII. not. a.*

24) Denn auch der Bürge, welcher ohne Auftrag für die Intercedentin gutschagte, könnte die *actio negotiorum gestorum* anstellen, *L. 20. §. 1. D. Mandati.* Es ist also hier gleicher Grund vorhanden, zur Abwendung der Regressklage dem Bür-

818

Da jedoch der Bürge in der Regel nicht mehr Recht haben kann, als die sich verbürgende Weibsperson, so versteht sich's, daß sich derselbe in den oben angegebenen privilegierten Fällen eben so weitig, als die Weibsperson selbst, des Beliebigen Rathsschlusses bedienen könne<sup>26</sup>). Eben so gewiß ist es aber auch, daß dem Bürgen darum noch nicht diese Einrede zu versagen sei, weil sich etwa die Weibsperson ihrer Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat, oder sich derselben nicht bedienen will<sup>27</sup>). Denn man kann durch seinen Dolus einem dritten Unschuldigen eben so wenig schaden<sup>28</sup>) als durch seine Renunciation dem Recht eines Dritten etwas vergeben<sup>29</sup>). Ein anders wäre, wenn Jemand für eine Weibsperson, welche mit Betrug umging, oder bereits auf das Senatusconsult Verzicht geleistet hatte, wissenschaftlich intercedirt. Denn so wie er in jenem Falle, als Theilnehmer des Betrugs zu behandeln ist, so hat er sich in dem letzten Fall seiner Einrede ebenfalls stillschweigend gegeben<sup>30</sup>).

## II. Die

gen der Intercedentin die Einrede des Senatusconsults auch in diesem Falle zu gestatten.

25) Unter tota obligatio ist hier nicht blos die Verbindlichkeit der interceditenden Frauensperson, sondern auch derjenigen, welche für sie intercedirt haben, begriffen, wie ANT. FABER in Rational. in Pand. ad. h. L. gegen ACCURSIUS ganz richtig bemerkt.

26) Röslin in der angef. Abb. S. 192. §. 99.

27) Röslin S. 193. §. 100.

28) L. II. pr. D. de doli mali et metus except.

29) L. XI. D. de minorib. Unicuique licet contempnere haec, quae pro se introducta sunt.

30) Röslin S. 194. §. 101.

II. Die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses gehört zu den privilegierten Einreden, welche in jedem Theile des Prozesses, auch noch nach erfolgter Verurtheilung, bis zur Execution vorgeschüttet werden kann. Nach dem röm. Recht ist dieses keinem Zweifel unterworfen. Die Einrede des Vellejanischen und Macedonianischen Senatusconsults sollen hierin nach der ausdrücklichen Verordnung desselben gleiches Vorrecht haben<sup>31)</sup>). Viele<sup>32)</sup> wollen indessen heutzutage dieses Privilegium bestreiten, weil der jüngste Reichsabschied §. 37. schlechterdings von dem Beklagten fordere, daß derselbe, was er dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal, gleich in der ersten Verhandlung, bey Strafe der Präclusion vorbringe. Allein ich kann mich noch nicht davon überzeugen, daß dadurch jenes Privilegium aufgehoben worden sey<sup>33)</sup>). Denn ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz, hebt bekanntlich nicht die in dem ältern Gesetz gemachten Ausnahmen auf<sup>34)</sup>).

III. Wird die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht vorgeschüttet, so fragt sich's, ob sie der Richter nicht

31) *L. II. D. de SCto Macedon.*

32) SCHAUERMURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. IV. §. 9. Not. \*\* und Gönnert im Handbuche des deutsc. gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXXIII. §. 11. S. 195.

33) S. Dant Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 186. HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4142. et §. 4391. Ehrlaut Syst. des P. N. 2. B. §. 946.

34) Ehrlaut Syst. des P. N. 1. Th. §. 39.

nicht von Amts wegen ergänzen könne? Einige<sup>35)</sup> wollen dieses behaupten. Allein nach dem von den heutigen Practikern richtiger angenommenen Grundsatz, daß der Richter gar keine Einrede von Amts wegen suppliren dürfe<sup>36)</sup>), muß diese Frage vielmehr verneint werden<sup>37)</sup>. Diese Meinung ist auch dem Geist der Gesetze allerdings gemäßer, weil die Klage des Gläubigers gegen die Intercedentin nicht ipso iure unstatthaft ist, sondern nur ope exceptionis unwirksam gemacht wird. Dass daher die Intercedentin condemnirt werden kann, sage auch Ulpian L. II. D. ad SCtum Macedon. Es braucht indessen die exceptionis SCti Vellejani nicht immer gerade unter diesem Namen eingewendet zu werden, genug wenn die Beklagte solche Thatumsände ansführt, welche eine Intercession außer Zweifel setzen, und dem Kläger Gelegenheit geben, seine Gegeneinwendungen replicando vorzubringen. Billig wendet hier der Richter die Gesetze von der Unverbindlichkeit der weiblichen Intercessionen auf diesen Fall an<sup>38)</sup>. Ist ein solcher Fall vorhanden, wo die Intercession absolut nichtig ist (S. 459.) so muß zwar die Klage von richterlichen Amts wegen verworfen werden, weil hier gar kein Klagerrecht

35) Behn's Theor. pract. Grundriss der Lehre von gerichtlichen Einwendungen. §. 68.

36) Sonner's Handbuch des gemeinen Prozesses I. Band Nr. X. §. 13.

37) HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 7. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 20. NOTACKER Princip. juris civ. R. G. Tom. III. §. 4142. nr. IV.

38) S. Rössling's angef. U. handlung. 2. S. 221.

recht existirt. Allein der Richter ergänzt hier keine Einrede, sondern er übt sein Amt der Reflexion aus<sup>39</sup>).

## S. 927.

## Heutiger Gebrauch des Vellejanischen Senatusconsults.

Dass das Vellejanische Senatusconsultum in Deutschland angenommen sey, beweist die tägliche Praxis<sup>40</sup>). Nun ist zwar nicht zu läugnen, dass dasselbe nach den besondern deutschen Statuten und Landrechten auf verschiedene Art modifizirt worden sey<sup>41</sup>); wo es indessen an solchen besondern Bestimmungen fehlt, macht das römische Recht die Regel aus. Die in der Praxis vorkommenden häufigen Resnunciationen beweisen den lebhaften Gebrauch dieses Senatusconsults nur gar zu deutlich. Der ehemalige Canzler der Hallischen Universität Johann Peter von Ludewig<sup>42</sup>) führt zwar eine Menge von Differenzen an, wonin das heutige Recht von dem römischen abweichen soll; z. B. eine Weibsperson soll das, was sie aus rechtlicher

Umwiss

39) Alles, wobey es auf Beurtheilung der Sache ankommt, macht einen Gegenstand der richterlichen Reflexion aus. S. Günner a. a. O. §. 4. S. 240. ff.

40) Des Christ. THOMASII Diss. de usu exigendo SCti. Vellejani in foris Germaniae. Halae 1707. hat schon Roslin von besondern weibl. Rechten z. B. S. 217 — 222. ausführlich widerlegt.

41) Solche Statuten führen Schröter in den vermischtten jurist. Abhandlungen 1. Band S. 43. ff. Roslin in der Abh. von besond. weibl. Rechten 2. Band S. 242. ff. und Ad. FRID. TRENDLENBURG Diss. de intercessione seminarum secundum iura Slesvicensia et holsatica. Kilonii 1776. an.

42) Differentiae iuris Rom. et Germanici in SCto Vellej. exule. Halae 1720.

Unwissenheit als Intercedentin bezahlt hat, jetzt nicht mehr zurückfordern können, auch nicht das Pfand, was sie für eine fremde Schuld hingab. Soll hingegen heutzutage von dem Senatusconsilium auch dann Gebrauch machen können, wenn sie gleich für Ihre Intercession eine Belohnung empfing, u. d. m. Allein alle diese vermeintlichen Differenzen beruhen auf der falschen Voraussetzung, als ob die Römer die Intercessionen der Frauenspersonen nur darum genehmiget hätten, weil sie solche als eine Verleihung der weiblichen Schamhaftigkeit angesehen; die Deutschen hingegen den Vellejanischen Rathsschluß blos zu dem Zweck aufgenommen hätten, damit die Frauenspersonen nicht überlistet werden möchten<sup>43)</sup>). Haben denn etwa die Römer diesen Grund nicht auch berücksichtigt? Wohin zielt denn die weibliche Schwäche, die Ulpian L. 2. §. 2. D. h. t. als Grund anführt, anders hin, als auf eine bey dem Leichtsinn der Weiber so gar leicht mögliche Ueberlistung derselben? ja sagt nicht Ulpian §. 3. ganz deutlich: SCtum *deceptis*, non decipientibus, opitulatur. *Infirmitas enim feminarum auxilium meruit?*

43) Röslin S. 222—233. hat den Ungrund der von Ludwig angegebenen Differenzen ausführlich dargehan.

Lib. XVI. Tit. II.

## De compensationibus.

§. 928.

Begriff der Compensation. Grund und Erfordernisse derselben.

**U**nter *Compensatio*<sup>44)</sup>, welche auch in den Gesetzen häufig *pensatio*<sup>45)</sup> genannt wird, versteht man überhaupt Entgeltung einer Schuld durch Gegenforderung. In diesem Sinn kann sie sich entweder in einer Uebereinkunft der Par-

44) Herm. VULTEIUS de compensationibus. *Marb.* 1589. Pet. BELLOJI Dissertat. III. de eod. arg. (in MEERMAN. *Thes. iur. ciu. et can.* Tom. IV.) Scipio GENTILIS, BORCHOLTEN und MAESTERTIUS de compensat. *Franc. DUARENUS* Commentar. in hunc Tit. Pandect. et Cod. in Operib. pag. 993. Io. Tob. CARRACH Diss. de praecipuis differentiis iuris Rom. et German. in compensatione. *Halae* 1739. Göß Beiträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Nr. III. S. 65 — 95. und Parit. Herm. ANKELMANN Diss. de compensatione, et specia-  
tim de debito tertii compensando. *Goett.* 1791.

45) L. 7. §. 1. L. 15. D. h. t. L. 39. *D. Soluto matrimon.* L. 67. §. 3. *D. de legat.* 2. L. 18. *D. Commodati.* L. 52. §. 2. *D. familiae ercisc.* L. 18. pr. *D. de pign. act.* *Pensare* heißt eigentlich soviel als wägen. Die Benennung schreibt sich also aus den ältesten Zeiten her, wo man, vor Einführung des Geldes, soviel an rohen Metall dem Andern zuzuwägen pfleg-

Partheyen gründen, oder in der Verordnung der Gesetze. Eine wird eine willkürliche, (*compensatio voluntaria s. hominis*), diese aber eine nothwendige oder gesetzliche (*compensatio necessaria, s. iuris, s. legatis*) genannt<sup>46</sup>). Erstere hängt von der Willkür der Interessenten ab, in sofern nur die Forderungen selbst ihrer Disposition unterworfen sind. Sie kann daher statt finden, wenn auch die gegenseitigen Forderungen nicht von gleicher Art sind<sup>47</sup>). Letztere hingegen ist durch die Civilgesetze an gewisse Regeln gebunden. Diese findet nur statt, wenn Forderung und Gegenforderung in fungiblen Sachen bestehen, und beide unbedingt, beide liquid, und von derselben Art sind<sup>48</sup>). Hier würde mein Gläubiger, wenn er zugleich mein Schuldner ist, unrecht handeln, wenn er die Schuld von mir bezahlt

pflegte, als man ihm schuldig war. PLINIUS *Histor. natur.* Lib. XXXIII. cap. 3. *GUIL. SUDAeus de ase et partibus eius* Lib. I. pag. 178. BRISSONIUS *Antiquitat.* Lib. I. cap. 7. und *IAC. PERIZONII Diff. de aere gravi* §. 3. in *EIUS Dissertationib.* pag. 404.

46) *S. BELLOJUS* cit. *Diff. §. 1.* HOPFNER'S Commentar über die heineccischen Institutionen §. 978. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4119.

47) *S. SIXT. IAC. KAPP* *Diff. de compensatione circa maleficia.* §. 3. *FRID. CAPPEL* *Diff. quaestionem exhibens, an compensationi obstat praescriptio?* *praef. ALB. PHIL. FRICK* *def. Helmstedii 1794.* §. 3. Andere verwerfen jedoch diese Eintheilung, und nehmen statt einer *compensatio voluntaria* vielmehr eine *ratio in solutum* an. *S. IO. SCHMIDEL* *Diff. de compensacionibus.* Th. 5. und *IO. WUNDERLICH* *Diff. de re litigiosa non compensanda.* *Lenaë 1756.* §. 2.

48) *L. 4. L. 8. L. 14. Cod. h. t.*

bezahlt verlangen wollte; denn er würde mir das Gezahlte wieder zurückgeben müssen<sup>49)</sup>). Was würde es ihm also helfen, wenn ich ihm Zahlung leistete? Mir aber könnte es sehr nachtheilig seyn, wenn unterdessen der Empfänger der Schuldsumme insolvent geworden wäre. Mit Recht sagt daher Pomponius *L. 3. D. h. t.* Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere. Die Billigkeit erfordert es also, daß sich mein Gläubiger die Abrechnung gefallen lasse, weil er durch das, was er mir schuldig ist, schon wirklich das ganz oder zum Theil hat, was er zu fordern berechtigt ist. Auf diesem Grunde der Billigkeit beruhet, was Julian sagt *L. 2. D. h. t.* Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare. Die *compensatio iuris* oder *necessaria*, von welcher wir hier handeln werden, ist also die Aufhebung einer Schuld durch Entstehung einer gegenseitigen liquiden und unbedingten Forderung von gleicher Art. Modestin sagt *L. 1. D. h. t.* COMPENSATIO est debiti et crediti inter se contributio. Hiermit stimmt auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Justinianischen Institutionen<sup>50)</sup> überein, wenn er sagt: Compensatio est mutua computatio, (ο αντέλλογος) id est, debita inter se conferre et computare. Sie sehen also beide das Wesen der Compensation in einer Vermischung (*confusio*) und Aufhebung gegenseitiger Forderungen, so wie sie aus wechselseitiger

49) *L. 173. §. 3. D. de div. reg. iuris.* Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

50) Lib. IV. Tit. 6. §. 30.

seitiger Zahlung entsteht, welche aber hier nicht wirklich geschieht, sondern nur im rechtlichen Sinn für so gut, als geschehen, angenommen wird. *Gerhard Vnoode*<sup>51)</sup> erklärt daher die *Compensatio* durch *mutua solutio, iuris interpretatione quasi per brevem manum facta.*

### §. 929.

Welche Schulden werden durch Compensation getilgt?

Compensation setzt nun also I. eine wechselseitige Schuld voraus. Es müssen nur aber wahre Gegenforderungen existieren, wenn auch die eine nicht so wirksam, als die andere, seyn sollte. Sie fällt daher weg, wenn die Gegenforderung, welche in Abrechnung gebracht werden will, entweder durch das *pactum de non petendo* aufgehoben, oder von den Civilgesetzen für dergestalt unwirksam erklärt ist, daß ihr nicht nur eine beständig dauernde Einrede entgegen steht, sondern auch dieselbe, wenn sie etwa wäre bezahlt worden, als eine Nichtigschuld zurückgesfordert werden kann<sup>52)</sup>. 2. B. Die Gegenforderung des Schuldners röhrt aus einem verbotenen Spiel, oder aus einer von seiner Gläubigerin übernommenen *Intercussion* her. Dies ist der Sinn der L. 14. D. h. t. wo *Javolen* sagt: *Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem noui veniunt.* Zur Erläuterung können §. 1—5. I. de *exceptionibus* dienen. Eine solche

51) *Commentar. ad Dig. h. t. pag. 356.*

52) *C. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. c. 15. pag. 918. §. Illud debitum. Arn. VINNIUS Selectar. iuris Quæstion. Lib. I. cap. 49. Ant. FABER Rational. in Pandect. ad L. 14. D. h. t. Georg. FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 7. Frid. CAPPEL Diss. cit. §. 8.*

solche Gegensorderung, welcher, wenn sie durch Klage gestellt gemacht werden sollte, die exceptio pacti conventioni, doli, rei iudicatae, iuris iurandi. SCti Vellejani u. d. entgegengesetzt werden könnte ist so gut, als gar keine. Nihil enim interest sagt Paulus *L. 112. D. de div. reg. iuris*, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Als Beispiel führen einige<sup>53)</sup> hier noch die *L. 56. D. de pactis* an, wo Julian sagt: Si convenerit, ne dominus a colono quid peteret, et iusta causa conventionis fuerit: nihilominus colonus a domino petere potest. Man will das so verstehen, wenn der Pächter mit dem Verpächter wegen einer gewissen rechtmäßigen Ursache den Vertrag geschlossen hätte, daß letzterer von ihm nichts fordern wolle, so könne der Pächter demungeachtet von dem Verpächter verlangen, was dieser ihm schuldig sey, ohne ihm die Einrede der Compensation entgegensetzen zu können. Allein Julian dachte hier wohl an keine Compensation, sondern die Frage war blos die, ob der Pachtcontract dadurch aufgehoben werde, daß der Verpächter dem Pächter das schuldige Pachtgeld wegen einer gerechten Ursache z. B. wegen Mißwachsses, erlassen hatte. Dieses verneint Julian mit Recht, und behauptet vielmehr, der Verpächter werde dadurch nicht von seinen Verbindlichkeiten gegen den Pächter befreit<sup>54)</sup>). Statt jener Stelle, würde vielmehr noch fol-

53) *Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. pag. 315.*

54) *S. Ant. FABER Rational. ad L. 56. D. de pactis. GUIL. FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 5. (in Thes. iuris Rom. OTTON. Tom. II. pag. 87.) POThIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Nr. XLII, not. e.*

folgende hier einen Platz verdienen. *L. 95. S. 4. D. de Solution.* Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto, vel iure iurando ipso iure tollitur: quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. Nur solche Gegenforderungen sind also kein Gegenstand der Compensation, wo das Recht und die Verbindlichkeit selbst durch zerstörliche Einreden aufgehoben wird<sup>55)</sup>). Ob übrigens die Gegenforderung aus einer natürlichen oder bürgerlichen Verbindlichkeit herrührt, ist gleichviel. Auch wegen einer blos natürlichen, wenn gleich an sich nicht flagbaren Verbindlichkeit, findet Compensation statt<sup>56)</sup>), vorausgesetzt, daß von einer solchen Verbindlichkeit die Rede sei, welche sich auf ein natürliches Zwangsrecht gründet<sup>57)</sup>), und welcher die Civilgesetze nicht alle rechtliche Wirkung ausdrücklich entzogen haben. Ulpian läßt hierüber keinen Zweifel übrig, wenn er *L. 6. D. h. t.* sagt: *Etiam, quod natura debetur, venit in compensationem.* Nur darüber sind die Rechtsgelehrten noch nicht einverstanden, ob eine Forderung, welche binnen der gesetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt worden, und daher präscribirt ist, gegen eine nachher entstandene Schuld in Abrechnung gebracht werden könne?

Wieles

55) S. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Stück Nr. 6. S. 59.

56) S. VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 49. und IO. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 13.

57) Hat die Gegenforderung eine blos natürliche Liebespflicht zum Grunde, so ist dieselbe zum Zweck der Compensation nicht hinreichend. S. Webers Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 1. Stück Nr. 6. Mot. 5. S. 33.

Viele<sup>58)</sup> wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil sie glauben, daß durch die Verjährung die Verbindlichkeit des Schuldners aufgehoben worden sei. Sie suchen dieses noch durch den Ausspruch des Paulus zu bestärken; welcher *L. 37. D. de fideiussor.* sagt: *Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est.* Allein die entgegengesetzte Meinung hat Herr Prof. Webster<sup>59)</sup> so gründlich vertheidigt, daß ihr wohl schwerlichemand seinen Beyfall versagen möchte. Man kann es jetzt als einen völlig erwiesenen Grundsatz annehmen, daß die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners durch die Verjährung nicht aufgehoben werde. Es würde also dem Schuldner, wenn er dennoch, obgleich aus Irrthum, Zahlung geleistet hätte, dieselbe wieder zurückzufordern nicht freistehen<sup>60)</sup>). Nun sind Verbindlichkeiten, derentwegen die Zurückforderung des wirklich Bezahlten nicht statt findet, von der Compensation nicht auszuschließen<sup>61)</sup>). Von die-

58) *Fernand. vasquius illustrium controversiar. Lib. II. cap. 53.*  
*Gottl. Ger. TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. V. cap. 13.*  
*§. 37. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXIV.*  
*Corollar. cocceji Diff. de vero debitore absoluto. Sect. II.*  
*§. 21. sq. und Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentatione*  
*in Pand. h. t. §. 13.*

59) Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden  
 1. St. Nr. 6. E. 54—60. Man vergleiche auch *Frid. CAPPEL*  
*Diff. cit. an compensationi oblet praescriptio? praeſ. Alb.*  
*Frid. FRICK def. Helmst. 1794.*

60) *L. 19. pr. L. 40. pr. D. de condic. indeb.*

61) *S. BELLOJUS de compensatione (in Theſ. Meerman. Tom.*  
*IV. pag. 733.)*

diesen Grundsäzen ist auch Paulus in der oben angeführten Stelle keinesweges abgewichen. Denn Erstens zeigt schon der Grund, warum der Bürge nicht gehalten seyn solle, daß hier von einem solchen Fall die Rede sey, wo die Bürgschaft aus Irrthum geschehen war. Dann aber ist noch immer die Frage, ob denn Paulus auch wirklich von einer eigentlichen Verjährung, welche blos die Klage des Gläubigers ausschließt, oder nicht vielmehr von einem solchen Falle rede, wo die Schuld nur selbst temporär ist, und mit dem Ablauf einer gewissen Frist die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhört. Letzteres hat wenigstens Herr Prof. Weber<sup>62)</sup> in Beziehung auf L. 44. *D. de obligat. et act.* mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt. Aus gleichen Gründen läßt sich denn auch behaupten, daß ein Gläubiger, der sich beym Concurs seines Schuldners nicht gemeldet hat, und daher präcludirt worden ist, sich der Compensation bedienen könne, wenn ihn der Schuldner in der Folge gerichtlich belangen sollte<sup>63)</sup>). Denn durch die Präklusion verliert ein Gläubiger nur seine Ansprüche an die gegenwärtige Concursmasse, keinesweges aber seine Forderung selbst, es bleibt ihm daher unbenommen, selbige gegen den Schuldner selbst, oder dessen Erben durch anzustellende Klage, oder auch mittelst einer Einrede gerichtlich zu verfolgen<sup>64)</sup>). Daß auch Verbindlichkeiten aus Verbrechen

62) Cf. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 92. S. 399. f.

63) S. Webers angeführte Entwicklung §. 93. und G. Br. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 7. Band Nr. 369.

64) Man vergleiche vorzüglich Christoph Christ. Dabelow

brechen, insofern es bloß auf Privatgenügthung ankommt, eine Compensation zulassen, leidet an sich keinen Zweifel, und es kommt dann auch nicht darauf an, ob die Gegenforderung desjenigen, welcher auf Schadensersatz oder auf die Bezahlung einer Privatstrafe belangt wird, aus einem Vertrage, oder ebenfalls aus einem Delict, gleichviel, ob es von derselben oder von verschiedener Art ist, herrührt<sup>65</sup>). Die Compensation geschieht hier aber immer nur quoad concurrentem summam. Man sehe also, A sey dem B hundert Gulden aus einem Darlehn schuldig, nachher habe B den A in einem Handel betrogen, oder ihn bestohlen, und ihn dadurch in einen Schaden von 200 fl. gebracht. Klagt nun A gegen den B aus dem Delict, so kann B seine Forderung aus dem Darlehn in Abrechnung bringen. Ein gleiches würde Statt finden, wenn B aus einem andern Delict, z. B. aus einem damno iniuria dato, oder aus einer ihm zustehenden Injurienklage an den A eine Gegenforderung hätte. Von dieser Compensation ist Ulpian zu verstehen, wenn er *L. 10. §. 2. D. h. t.* sagt: *Quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva, caeterorumque maleficiorum, si de ea pecuniaris agitur, compensatio locum habet. Idem est, et si condicatur ex causa furtiva<sup>66</sup>.*) Allein eine andere Frage ist, ob und in wieferne gegenseitige Vergehungen

E 2

und

aussführliche Entwicklung der Ehre vom Concurs der Oldenbiger S. 533—542.

65) *S. Io. Frid. EISENBACH Disp. de compensatione circa maleficia vel quasi, occasione Legis XXXVI. Dig. de dolo maleficio. Sixto Iac. KAPFF def. Tübingae 1778.*

66) *S. EISENBACH Diff. cit. §. 18.*

und Delicta selbst gegen einander aufgehoben werden können? Hier ist 1) soviel gewiß, daß in Ansehung der öffentlichen Strafe an keine Compensation zu denken sei. Denn hier ist kein wechselseitiger Gläubiger und Schuldner vorhanden, weil durch die öffentliche Strafe nicht dem Beteidigten, sondern dem Staate Genugthuung geleistet wird. Der Staat fordert also von beyden Uebertretern seiner Strafgesetze mit Recht Genugthuung<sup>67)</sup>. 2) In Absicht auf die Privatgenugthuung hingegen ist zu unterscheiden, ob die gegenseitigen Vergehungen von gleicher, oder von verschiedener Art sind. In dem ersten Falle findet ohne allen Zweifel eine Compensation statt. Papinian<sup>68)</sup> sagt ausdrücklich: *Paria delicta mutua compensatione dissolvuntur*. Der Grund dieser Compensation beruhet hier nicht in einer *ficta per brevem manum solutio*, sondern vielmehr darin, weil es die Gesetze für unbillig halten, gegen den Andern wegen eines Vergehens zu klagen, dessen man sich selbst schuldig gemacht hat<sup>69)</sup>. Labeo sagt bey Ulpian<sup>70)</sup>: *Iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero,*

67) L. 13. §. 5. verbunden mit L. 2. §. 4. D. ad Leg. Iul. de adulter. L. 9. §. 5. D. de publican. S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 359. Io. ULR. de CRAMER Observationes iur. univ. Tom. IV. Obs. 1155. EISEN BACH cit. Diff. §. 15. et 16. Kleinschrod's Systemat. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 92. und Littmann's Handbuch des deutsch. Peinl. Rechts 1. Th. §. 147. S. 366.

68) L. 39. D. Soluto matrimon.

69) S. EISEN BACH cit. Diff. §. 19.

70) L. 4. §. 3. D. de doli mali et met, except.

vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi; und Ulpian<sup>71)</sup> selbst erklärt sich darüber sehr gründlich, wenn er sagt: Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut sit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori, aut si rei quoque in ea re dolo actum sit. Die Gesetze enthalten hierüber folgende einzelne Fälle.

a) Wenn zwey Handelscompagnons oder andere socii sich bey der Betreibung eines Geschäfts einer gleichen Nachlässigkeit schuldig gemacht haben, wodurch für beyde verschelbe Schade entstanden ist, so kann keiner gegen den andern klagen, sondern es wird hier Culpa mit Culpa compensirt.

*L. 10. pr. D. de compensat.* Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, definere nos invicem esse obligatos, ipso iure compensatione negligentiae facta.

Es waren z. B. beyde Gesellschafter in Betreibung einer Activpost säumig, und darüber ist der Schuldner insolvent geworden. Hier kann keiner dem Andern darüber Vorwürfe machen. Wäre aber die gegenseitige Nachlässigkeit bey verschiedenen Geschäften zu Schulden gebracht worden, und daraus ein verschiedener Schaden entstanden; z. B. der eine Socius hat durch Verwahrlosung der Gesellschaft einen Brandschaden von 1000 fl. zugezogen, der andere brachte sie durch seine Nachlässigkeit um ein Kapital von 200 fl. so findet keine Compensation der gegenseitigen

71) *L. 154. pr. U. de reg. iuris.*

seitigen Culpa selbst statt, sondern es kann nur in Ab-  
sicht auf die gegenseitigen Forderungen, welche aus dieser  
Culpa entspringen, wenn ein Socius gegen den andern  
auf Schadensersatz klagt, die kleinere Summe des verur-  
sachten Schadens, auf die größere Summe abgerechnet  
werden. Derjenige Socius, welcher einen Schaden von  
1000 fl. verursachte, bleibt also, nach Abrechnung des von  
dem Kläger verursachten Schadensbetrags, noch immer  
wegen des diese Summe übersteigenden Schadens verant-  
wortlich?<sup>22)</sup>

b) Wenn bey Schließung eines Contracts beide  
Parteien einander betrogen haben, so kann keiner gegen den  
andern klagen.

*L. 36. D. de dolo malo.* Si duo dolo malo fece-  
rint, invicem de dolo non agent.

*L. 57. S. 3. D. de contrah. emt.* — Dolo inter  
utramque partem compensando.

b) Wenn zwei Ehegatten sich gegenseitig eines Ehe-  
bruchs schuldig gemacht haben, so kann keiner gegen den  
andern auf die Ehescheidung klagen; eben so, wenn das  
Weib einen Ehebruch beging, und der Mann ihr selbst  
dazu durch Verkuppelung Gelegenheit verschaffte.

*L. 39. D. Soluto matrim.* Vero atque uxore mo-  
res invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrum-  
que pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea le-  
ge, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur. Pa-  
ria enim delicta mutua pensatione disolvuntur.

*L. 47. D. eodem.* Cum mulier viri lenocinio adul-  
terata fuerit, nihil ex dote retinetur. Cur enim im-  
probet

22) *S. EISENBACH* cit. *Diss. §. 9.*

probet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit?

*Cap. 7. X. de adulter. Tua fraternitas requisivit a nobis, utrum, aliquo coneganti uxori suae, in adulterio reprehensa, debitum conjugale, si postmodum ipse cum alia perpetret adulterium manifeste, cogi debat, ut eandem maritali affectione vertractet? Super quo taliter respondemus, quod, cum p̄via criminis compensatione niutua deleantur, vir huiusmodi fornicationis obtentu, suae uxoris nequit consortium declinare.*

Auf gleiche Weise findet

d) bei wechselseitigen Injurien ein Compensation statt, wenn sie der Art und Größe nach einander gleich sind<sup>73)</sup>.

Sind hingegen die gegenseitigen Beleidigungen der Art nach ungleich, so werden sie an sich durch Abrechnung nicht aufgehoben, wenn sie auch dem Grade nach einander gleich seyn sollten, sondern ein jeder muß dem andern die der Beleidigung angemessene Genugthuung leisten. Daher kann kein Dolus mit einer bloßen Culpa, keine Injuria mit einem Diebstahl, keine Real- mit einer Verbalinjuria compensated werden. Zwar kann auch bei gegenseitigen Beleidigungen verschiedener Art in Ansehung der daraus entstehenden Ansprüche auf Privatgenugthuung, insofern sie der Art nach gleich sind, wohl eine Compensation statt finden; allein diese geschieht denn doch nur bis auf die concurrente Summe; dagegen, wenn Delict mit Delict

73) L. 52. §. 1. D. ad Leg. Aquil. S. Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. LVII. §. 7. und Littmanns Handbuch des deutsch. Rechtss. I. Th. §. 177.

Delict compensirt wird, aller gegenseitiger Anspruch wegfällt<sup>74</sup>).

### §. 930.

#### Gleichartigkeit der gegenseitigen Forderungen.

Die gegenseitigen Forderungen, welche gegen einander abgerechnet werden sollen, müssen II. generische Forderungen von gleicher Art seyn, welche in fungiblen Sachen bestehen<sup>75</sup>). Denn diese sind ihrer Natur nach s. beschaffen, daß eine der andern substituirt werden kann, und von denen Ulpian<sup>76</sup>) sagt, quod in genere suo functionem recipient per solutionem. Also Geld gegen Geld, Getraide gegen Getraide, Wein gegen Wein von gleicher Art und Güte<sup>77</sup>). Eine Species hingegen, selbst wenn sie an sich eine fungible Sache ist, kann weder mit einer andern Species, noch mit einer Gattung oder Quantität compensirt werden<sup>78</sup>). Edmund Metilis

74) C. EISENBACH Diff. cit. de compensatione circa maleficia §. 9. pag. 21. §. 13. pag. 35. §. 19. §. 20. pag. 54. §. 22. et §. 24.

75) L. 4. L. 8. L. 11. Cod. h. t. SCHULTING Thes. controvers. Dec. LVII. Th. 8.

76) L. 2. §. 1. D. de reb. credit.

77) Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

78) L. 18. pr. D. de pignorat. act. L. 13. §. 2. D. de pignorib. L. 6. Cod. de rei vindicat. L. 31. §. 1. D. de reb. credit. So wird z. B. das Geld, was als eine an einem bestimmten Orte vorhanden seyn sollende Baarschaft vermacht worden ist, in den Gesetzen, als eine Species angesehen, und soll auch rechtlich eben so behandelt werden. L. 51. D. de legat. I. Sed si certos nummos, veluti quos in arca habet, legavit, non

Merillius<sup>79)</sup> will zwar behaupten, Justinian habe dies alles durch die *L. ult. Cod. h. t.* abgeändert. Vermöge dieser neuern Verordnung könne nun auch eine Species mit einer Quantität compensirt werden, weil Compensationen bey allen Klagen ohne Unterschied Statt haben sollen, sie seyen dingliche oder persönliche. Allein aus der Verordnung ist nicht zu ersehen, daß Justinian das ältere Recht habe verändert wollen, und es läßt sich auch eine solche Abänderung aus dem von Merill angeführten Grunde nicht folgern, wie schon Püttemann<sup>80)</sup> zur Genüge gezeigt hat. Ob nicht aber auch dann eine Compensation Statt finden könne, wenn die gegenseitigen Forderungen nicht sowohl in fungiblen Sachen bestehen, sondern vielmehr ein Genus zum Gegenstande haben, z. B. beide Theile sind einander gegenseitig ein Pferd zu liefern schuldig, ist nicht außer Zweifel. Die meisten Rechtsgelehrten<sup>81)</sup> stimmen indessen darin überein, daß die Compensation

*non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum continentur: neque permutationem recipiunt: et exemplo cuiuslibet corporis aestimanda sunt.* Man vergleiche noch damit *L. 30. §. 6. D. eodem*, und *L. 30. §. 4. D. ad Leg. Falcid.* Zwar läugnet denenoch *de cocceji* in iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. daß das Gelb auch in diesem Falle für eine solche Species zu halten sey, welche die Compensation ausschließe. Allein man sehe voet Comment. ad Pand. h. t. §. 18. MAESTERTIUS Tr. de compensat. Qu. 19. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. I. cap. 6. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. q.

79) Observation. Lib. IV. cap. 35.

80) Interpretation. et Observation. iur. Rom. cap. 32. Man sehe auch SCHIFORDEGHER ad *Ant. fabrum* Lib. I. Tr. II. Qu. 2.

81) IO. IAC. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXXI. Th. I. pag. 318. Henr. ZOESIUS Comm. ad *Dig.* h. t. nr. 14. 10.

pensation wenigstens alsdann für zulässig zu halten sey, wenn beyden gegenseitigen Schuldern, wie gewöhnlich, die Wahl zusteht. Voet hat sich hierüber am gründlichsten erklärt, wenn er sagt: *Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet, si idem genus utrumque sit debitum, ita ut utrumque debitori competit electio, quam speciem et genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quae ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua redditus vicissim ipse liberatur.* Secus si vel ex uno latere vel utrumque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse. Auf keinen Fall findet jedoch eine Compensation verschiedenartiger Gattungsforderungen Statt<sup>82</sup>), wohin aber doch keinesweges der Fall zu rechnen ist, wenn die Schuld des einen verzinslich, die Schuld des andern aber unverzinslich ist<sup>83</sup>); Getraide und Wein hingegen lassen sich nicht gegen

*Io. VOET Comm. h. t. §. 18. und Ant. SCHULTING Thes. contro. Dec. LVII. §. 8.*

82) *L. 2. §. 1. D. de reb. credit. L. 13. §. 2. D. de pignorat. act. E. Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum. Lib. I. Tract. II. Qu 4. et 5..*

83) *L. II. D. h. t. Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurriam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.* Der *Divus Severus*, dessen hier Ulpian gedenkt, ist nicht *Alexander*, wie *Eufraz* Lib. VIII. Observation. cap. 16. und *Dion. GOTHOFREDUS* meinen, sondern *Septimus Severus*,

gegen einander abrechnen. Eben so wenig gegenseitig schuldige Facta<sup>84</sup>). In zwey Fällen will jedoch Justinian auch dann keine Compensation eintreten lassen, wenn gleich die Forderungen an sich compensabel seyn sollten; nämlich 1) wenn mit der *actio depositi* geklagt wird. Hier kann sich der Depositarius nie auf die Compensation berufen, es mag gegen ihn auf die Zurückgabe der deponirten Sache in Natur, oder auf die Vergütung des Werths derselben geklagt werden<sup>85</sup>). In Rücksicht des letztern Falles ist zwar Hellfeld anderer Meinung, allein drei Gesetze machen keine Ausnahme. *L. ult. Cod. h. t.* sagt: *excepta actione depositi secundum nostram constitutionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.* Eben so heißt es §. 30. *I. de Actionib.* *Excepta sola depositi actiono, cui ali-*

*verue,* unter dessen Sohne Caracalla Ulpian seine libros ad Edictum schrieb. Denn unter dem Kr. Alexander wurde Ulpian ermordet. (DIO CLASSIUS Lib. 80.) er könnte ihn also wohl nicht *Divus* nennen. *S. Ant. SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. Th. 6. und Herm. CANNEGIETER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 1. pag. 141.*

84) Arg. *L. 31. D. de Solution.*

85) *Io. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 15. Ev. OTTO Commentar. et notae crit. ad Institut. ad §. 30. de Actionib.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Pet. BELLOJUS de compensat.* (Tom. IV. *Thes. Meerman.* pag. 735.) *Pet. Adrian. van der BRANDE Diff. de religione in Deposito adhibenda.* *Ultraj. 1736. §. 5. sq. STRYK Uf. mod. Pand. Lib. XVI. Tit. 3. §. 9. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 12. Gebr. Overdeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 6. Band Medit. 346. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. IX. not. q. und Ehlibaut Syst. des Pand. N. 2. Th. §. 1900.) B.*

aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur. Die Verordnung selbst, auf welche sich Justinian bezieht, ist *L. 11. Cod. Depositi*, wo er sagt: Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui depositum reddere illico modis omnibus compellatur: nullam, que compensationem, vel deductionem, vel dolii exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui depositum, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrabatur. Der Grund dieser Verordnung ist unstreitig die vorzügliche Treue, welche von einem Depositar billig erwartet, und mit Recht gefordert wird<sup>86)</sup>). 2) Wenn wider denjenigen geklagt wird, der einen fremden Besitz rechtswidrig ergriff. Dieser kann die unverzügliche Zurückgabe der Sache durch keine Compensation von sich abwenden, seine Gegenforderung sehr beschaffen, wie sie wolle. Justinian sagt *L. ult. §. 2. Cod. h. t. Possessionem autem alienam*

86) Justinian scheint jedoch hierin nichts Neues verordnet zu haben, wie auch schon CUIACIUS Lib. VIII. cap. 16. Iac. RAVARDUS Varior. Lib. I. cap. 11. und GER. NOOPT Commentar. ad Dig. h. t. §. Quacunque pag. 359. nicht ohne Grund, bemerkt haben. Denn schon PAULUS sagt Lib. II. Sententiar. Recept Tit. 12. §. ult. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 282.) In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est. Man sehe auch ULR. HUBER Eunom. Rom. h. t. ad §. 30. I. de actionib. pag. 585. sq. und FRANC. HOTOMANI Commentar. ad §. 30. I. de action. pag. 464.

nam perperam occupantibus, compensatio non datur. Es tritt hier die bekannte Regel ein: *Spoliatus ante omnia est, restituendus.* Haben beyde Theile einander gegenseitig spoliirt; so kann zwar die exceptio spolii dem opponire werden, welcher selbst gegen den Andern actione spolii flagt; allein eine Compensation findet deswegen nicht Statt, sondern die Wirkung der vorgeschüchten Einrede bestehet blos darin, daß der Beklagte sich auf die Klage nicht eher einzulassen schuldig ist, als wenn er zuvor der Kläger ist restituirt worden<sup>87)</sup>).

### §. 931.

#### Liquide und betagte Forderungen.

Die gegen einander abzurechnende Forderungen müssen ferner III. liquid seyn. Justinian sagt *L. ult. §. 1. Cod. h. t.* Ita tamen compensationes obiici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Die Gegensorderung, welche durch die Einrede der Compensation geltend gemacht wird, ist aber denn für liquid zu halten, wenn die Thatsache, worauf sie sich gründet, von dem Gegner eingeräumt, oder sonst rechtlich erwiesen ist<sup>88)</sup>: Ob sie indeß so gleich, und aus klaren Urkunden erweislich seyn müsse, oder ob es genug ist, wenn nur zu der Zeit, da der Richter

87) *S. Iust. Henr. BOEHMER Jur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 13. §. 5. nr. II. und EISENBACH Diff. de compensatione circa maleficia, praef. Sixt. Iac. KAPFF defens. §. 22, pag. 66. sq.*

88) *Ie. voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 17.*

ter darüber erkennt, die Thatsachen in den Acten als ausgemacht zu Tage liegen, so daß der Richter sie zum Grunde der Entscheidung legen kann, hängt theils von der gewählten Prozeßart, theils von der Art der Wirkung ab, die man durch die Compensation beabsichtigt. Man unterscheidet also folgende Fälle. Es wird entweder I. im ordentlichen Prozeß angeklagt, und dann wird die Einrede der Compensation entweder 1) gleich anfangs vorgeschrückt. Hier muß dieselbe nur dann sogleich liquid seyn, wenn sie als eine prozeßhindernde Einrede vorgeschrückt wird, wodurch der Beklagte die Einlassung auf die Klage von sich abzulehnen sucht. Außerdem muß der Beklagte zum Beweis seiner Einrede gelassen werden, wenn er auch in der Einlassung die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung des Klägers zugegeben haben sollte. Dies ist die Regel, welche bey allen peremtorischen Einreden gilt, die der Beklagte zur gehörigen Zeit angebracht hat<sup>89)</sup>). Sie muß also auch bey der Einrede der Compensation gelten, da die Gesetze in Ansehung derselben keine Ausnahme gemacht haben. Diesem ist auch die oben angeführte Verordnung des Krs Justinian nicht entgegen, als welche offenbar nur den Fall betrifft, da Jemand nicht gleich anfangs die Einrede der Compensation vorschreibt, sondern von derselben erst nach geendigtem Verfahren, da die Sache bereits zum Urtheile, oder gar schon zur Execution gediehen ist, Gebrauch zu machen, und nur blos die Sache damit aufzuhalten sucht. Die Worte: *Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae*

<sup>89)</sup> L. 9. Cod. de except. L. 1. Cod. de probat. L. 1. D. eod.

*quae iam pene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito, et moratoriis anibugibus spem condemnationis excludi, sezen dieses ausser allen Zweifel<sup>90</sup>).* Es würde also ungerecht, und ganz der Absicht der Gesetze zuwider seyn, wenn der Richter unter dem Schilder der hier übel angewandten, sonst richtigen Regel: *illequidi cum liquido nulla est compensatio<sup>91</sup>), die Einrede der Compensation darum, weil sie nicht sogleich liquid gemacht werden konnte, verworfen, und damit den Beklagten zum besondern Prozeß verweisen wollte<sup>92</sup>).* Zur Beweisführung dieser Einrede kann sich denn auch der Beklagte der ordentlichen Beweismittel, und also auch der Eidesdelation<sup>93</sup>) bedienen. Es sind ihm auch die ordentlichen Fristen zu gestatten<sup>94</sup>). Nur der Fiskus hat das

Vor-

90) Man vergleiche hier vorzüglich Hug. DONELLUS Commentar. ad L. ult. Cod. de compensat. nr. 9. Arn. VINNIUS Selectar. iuris Quaestio. Lib. I. cap. 50. und Tob. Iac. REINHARTH Select, Observation ad Christin. Decision. Vol. I Obs. 69.

91) Io. Tob. CARRACH Pogr. de brocardico: illiquidi cum liquido nulla est compensatio. Halae 1738. G. T. SCHIRGES Diff. de eo, quod iustum est circa separationem debiti in item deducti illiquidi a liquido. Goett. 1798.

92) S. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 2. Th. Bemerk. 69. Ad. Diet. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. Et. Nr. 6. S. 60—63. Gebr. Overbecks Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 8. Band Medit. 425. und Höpfners Commentar über die Heincc. Institutionen §. 979. Not. 4.

93) S. Christ. THOMASIUS ad Huberi Praelection. in Pandect. h. c. §. 3.

94) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 8. Definit. 13.

Borreht, daß, wenn ihm die Einrede der Compensation entgegengesetzt wird, dieselbe binnen zwey Monaten klar gemacht werden muß<sup>95)</sup>). Wird hingegen 2) diese Einrede erst nach erfolgtem richterlichen Erkenntniß, um die Hülfsvollstreckung zu verhindern, vorgebracht, so findet sie anders nicht Statt, als wenn sie sogleich liquid gemacht werden kann. Eben dieses gilt nun auch II. in dem Falle, da *executivisch* aus einem klaren Schuld-document (*instrumento guarentigato*) geklagt worden ist. Denn in solchen Prozeßarten, welche ein *executivisches* Verfahren zulassen, und eben darum auch als Ausnahmen von der Regel zu betrachten sind, hat der Richter freylich auf Einreden, die zur Zeit des abzufassenden Urtheils nicht schon liquid sind, gegen eine zugestandene, oder mit Erfolg nicht weiter abzulägnende Forderung des Klägers keine Rücksicht zu nehmen<sup>96)</sup>). Man erfordert auch hier nach dem Gerichtsgebrauche zum Beweis der vorgesuchten Einrede der Compensation eben so klare und guarentigirte Urkunden, als zur Begründung der *Executivklage* selbst gebraucht werden müssen<sup>97)</sup>). Endlich IV. müssen auch die gegenseitigen Schulden, wenn eine Compensation Statt finden soll, auf gleiche Art fällig und zahlbar seyn. Darum kann eine bedingte Forderung eben so wenig mit einer unbedingten, als eine schon jetzt exigible mit einer noch unbekagten compensirt werden, wosfern nicht etwa

die

95) *L. 46. §. 4. D. de iure fisci. Qui compensationem opponit fisco; intra duos menses debitum sibi docere debet.*

96) *E. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweissführung im Civilprozeß S. 303.*

97) *CARPZOV P. I. Const. 8. def. 14.*

die Bedingung oder Zeitbestimmung blos zum Vortheil dessen, welcher die Einrede der Compensation vorschüttet, hingefügt ist<sup>98</sup>). Verschieden davon ist der Fall, wenn die Forderung an sich zahlbar, und blos der Willigkeit wegen dem Schuldner eine Zahlungsfrist gesetzt ist. Eine solche Zahlungsfrist steht der Compensation nicht im Wege<sup>99</sup>). Papinian unterscheidet dieses genau, wenn er L. 16. §. 1. D. h. t. sagt: *Cum intra diem ad iudicati executionem datum<sup>100</sup>) judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis<sup>1)</sup>.*

### §. 932.

**Unter welchen Personen findet die Compensation statt?**

Die Compensation findet zwischen denen, die sich wechselseitig etwas schuldig sind, ohne Unterschied des Geschlechts, Alters und Standes statt<sup>2</sup>). Man kann sie daher auch einer

98) *L. 7. pr. D. h. t.* *Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.* *E. Ger. NOODT* Commentar. ad *Dig. h. t.* pag. 357. sq. und *BOEHMERI Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 301. et 302.*

99) *VOET* Comm. ad *Pand. h. t.* §. 17.

100) Siehe den 5. Th. dieses Commentars §. 450. §. 504. Not.) und *Ger. NOODT* *h. t.* pag. 358.

1) Man vergleiche noch *L. 7. D. de re iudicata* und *L. 2. Cod. h. t.* auch *Ant. FABRI Rational.* in *Pand. ad L. 16. §. 1. D. h. t.*

2) *L. 2. D. h. t.* *L. 11. Cod. eodeni.* *L. 3. Cod. de contr. tutelae iudic.*

einer Stadt, ja dem Fiskus selbst entgegensehen<sup>3)</sup>). Denn der Fiskus hat hierin die Rechte der Privatpersonen<sup>4)</sup>. Nur einem unter dem Fiskus stehendem Bureau darf man die Schulden anderer Bureaus oder des Fiskus nicht anrechnen, denn es würde daraus eine Confusion in den Rechnungen der verschiedenen Beamten und Cassen entstehen<sup>5)</sup>). Hat man es aber mit dem Fiskus selbst, oder wie man jetzt sagt, mit der fürstlichen Kammer zu thun, so ist es beyden Theilen erlaubt, sich auf die Schulden und Forderungen irgend eines Bureau zu berufen<sup>6)</sup>). Stationes enim omnes, sagt Pufendorf<sup>7)</sup>) ganz richtig, fisco continentur, eoque deferuntur, vix aliter, quam rivuli in maiorem fluvium, vel flumina in mare defluunt. Es verdienen hier noch folgende Stellen des römischen Rechts ausgezeichnet zu werden.

L. 1. Cod. h. t. Et Senatus censuit, et saepe recriptum est, compensationi in causa fiscali ita de-

mum

3) L. 46. §. 5. D. de iure fisci. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15. und Io. Ge. FICHTNER Disput. de compensatione fisci. Altdorffii 1702. §. 15. sqq.

4) L. 12. pr. D. h. t.

5) L. 1. Cod. h. t. L. 3. Cod. eodem.

6) L. ult. D. h. t. Iussit Imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur. Baudoja liest hier besser: *in quod ipse conveniatur*, welches also soviel ist, als id, in quod etc. wie Ios. FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 1018. ad L. 46. §. 4. D. de iure fisci §. 1. diese Stelle erklärt. Man sehe auch Thibaut System des P. N. 2. Th. §. 1000.

7) Observation. juris univ. Tom. III. Obs. 79. §. 3.

mum locum esse, si eadem statio quid debeat<sup>8)</sup>), quae petit. Atque hoc iuris propter confusioneum diversorum  
 § 2 officio.

- 8) In den Basilicis Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. Constit. 25. pag. 579. kommt ur Erklärung dieser Stell. folgende Paraphrase vor. Ο δημόσιος ἐν διαφόροις ἐπαρχίαις ἔχει τοὺς προνοῦτας τῶν διαφερόντων αὐτῷ πραγμάτων, καὶ λέγεται ἐκάση Φροντίς σατίων. i. e. Fiscus in diversis provinciis habet rerum suarum procuratores, et dicitur unaquaeque procuratio STATIO. Statio hieß bey den Römern eigentlich ein solcher Ort, wo ein öffentlicher Beamter, besonders ein Procurator fisci, zur Einnahme der herrschaftlichen Gefälle ans stellt war. Die kaiserlichen Rentbeamten wurden davon auch Stationarii genannt. L. 5. Cod. de vectigalib. Ali in hier heissen Stationes, wie Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 19. Cod Theodos de susceptorib. Tom. IV. pag. 584. sagt, was wir heut zu Tage Bureaux de receentes nennen. Man sehe auch Iac. CUJACIUS in Recitation Solemn. ad L. 1. Cod. h. t. et ad L. 1. C. Ne fiscus rem, quam vend. evincat. In den Basiliken heißt es nun weiter: Illud quoque disce, nach der Uebersetzung des Habrots, fisco agenti opponi compensationem. Verum hoc ita procedit, si eadem statio quid debeat, quae petit: utputa si Catholicus Alexandrinus fiscale debitum peccat, debitor autem dicat, sibi quid debere Catholicum Antiochenum: quoniam alia statio est, exceptionem non habet; separata enim est utriusque stationis ratio: et si compensationem admittamus, confunduntur procurationes et rationes Catholicorum. Ich bemerke hierbei nur noch, daß die procuratores fisci, welche die herrschaftlichen Gefälle betrieben, zum Unterschied derjenigen, die nur eine besondere Art derselben verwalteten. Catholici oder auch Catholiciani genannt wurden. L. 9. §. ult Cod. de bonis proscriptor. Et CUJACIUS Recitat ad L. 5 Cod. de iure fisci. und Gottfr. MASCOV Disp. de procuratore Caesaris. Altiorii 1724. §. 7.

*officiorum* tenaciter servandum est. Si quid autem tibi ex ea statione, cuius mentionem fecisti, deberi constiterit, quam primum recipies.

*L. 3. Cod. eodem.* In ea, quae Reipublicae te deberi fateris, compensari ea, quae invicem ab eadem tibi debentur, is, cuius de ea re notio est, iubebit, si neque *ex calendario*, neque *ex vectigalibus*, neque *olei publici pecunia*, neque *tributorum*, neque *alimentorum*, neque eius, qui *statutis sumtibus servit*, neque *fideicommissi civitatis* debitor sis.

*L. 46. §. 5. D de iure fisci.* Ut debtoribus fisci, quod fiscus debet, compensetur, saepe constitutum est: excepta *causa tributoria et stipendiorum*, item pretio *rei a fisco emtae*, et quod *ex causa annonaria* debetur.

Aus diesen Gesetzstellen erhellt zugleich, daß es Fälsche giebt, wo dem Fiskus keine Compensation entgegengesetzt werden kann. Es gehören hierher folgende. 1) Wenn der Schuldner haarr angeliehene Gelder an den Fiskus zu bezahlen hat. Dies ist der Sinn der Worte: *Si ex calendario Reipublicae debitor sit*, in der *L. 3. C. h. t.* wie auch aus den *Basiliken*<sup>9)</sup> erhellt, wo diese Worte so laugen: *εἰ μὴ ἄρτα ὁ χρεωσῶν, η̄ απὸ χρημάτων πολιτικῶν, τῶν δανειζομένων τοῖς δεομένοις χρεωσεῖ*. i. e. nisi ex pecunia civitatis, quae petentibus credi solet, debtor sit. Denn *Calendarium* hieß bey den Römern der codex foenebris pecuniae, worin die Namen der Schuldner verzeichnet waren, denen man Gelder auf Zinsen dargeliehen hatte. Dieses verzinsliche Ausleihen geschah gewöhnlich am ersten eines Monats, (*Calendae*) und am ersten eines jeden

9) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. constitut. 27. pag. 580.

den Monats waren denn auch die Zinsen fällig, wie Ioseph Averanius<sup>10</sup>), aus mehreren Stellen der Klassiker gezeigt hat. Dergleichen Calendarien hielten nicht nur Privatgläubiger, sondern auch Städte und der Fiskus, worüber eigene curatores calendarii gesetzt waren<sup>11</sup>). Daher wird denn auch metonymisch das Wort *Calendarium* für ein verzinslich ausgeliehenes Anlehn genommen<sup>12</sup>). Die Compensation fällt 2) weg, wenn jemand Steuern, Zoll, und öffentliche Naturallieferungen<sup>13</sup>) oder Gelder, die zum Ankauf von Getreide für den Staat und zur Anschaffung anderer Bedürfnisse bestimmt sind, zu entrichten hat. Ausser der angeführten L. 3. C. h. t. und L. 46. §. 5. *D. de iure fisci*<sup>14</sup>) gehört noch hierher L. 20. *D. h. t.* wo Papinian sagt: Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum, pecuniam iure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensantur. d. h. Wer Geld vom Staat erhält, um zur Zeit eines Feldzugs Proviant für die Armee zu kaufen, kann, wenn er deshalb zur Verantwortung

10) Interpretation. iuris Lib II. cap. 28. nr. 5. S. auch den 9. Th. dieses Commentars §. 632. S. 178.

11) L. 10. Cod. Theod. de curator. Calendar. L. 18. §. 2. *D. de muneric. et honorib.. L. 9. §. 7. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.*

12) S. FICHTNER cit. Diss. §. 16.

13) Man pflegt jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn der Schuldner wegen solcher Naturallieferungen im Vorschuß ist. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. und Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

14) Man sehe über diese L. 46. Ios. FINESTRES Hermogenianus Tom. II. pag. 1020. sqq.

antwortung gezogen wird, nicht auf eine Forderung, die er an den Fiskus hat, abrechnen<sup>15</sup>). Das Wort *copiae* drückt also hier das aus, was man sonst *annona miliaris* oder *commeatus* nennt, in welcher Bedeutung es öfters in den römischen Klassikern vorkommt, wie FRANZ DUAREN<sup>16</sup>) gezeigt hat. Man nannte dergleichen *curatores annonae*. *σιτωνες*, oder *frumentarios*<sup>17</sup>). Hatte hingegen ein solcher Curator das empfangene Geld zwar zweckmäßig verwendet, allein der *Aerilis*<sup>18</sup>), an welchen das erkaufte Getraide oder der Proviant zur Austheilung war abgeliefert worden, hatte weniger vertheilt, als er sollte, so konnte letzterer, wenn er deshalb zum Ersatz war verurtheilt worden, auf eine Gegenforderung an den Fiskus abrechnen, weil er hier nicht als *debitor pecuniae frumentariae* anzusehen war. Diesen Unterschied bemerkte PAPINIAN, wenn er *L. 17. D. h. t.* sagt: *Ideo condemnatus, quod arctiorem annonam aedilitatis*<sup>19</sup>) *tempore prae-  
buit,*

15) *L. 2. §. 4. D de administrat. rer. ad civitat pertinent.*

16) Disputation anniversar. Lib. I cap. 26. Man sehe auch ULR. HUBERI Ennom Rom. pag 587. EV. OTTO de aedilib coloniar. et municipior. Cap 10. § 1. pag 343. und IO. GUIL. HOFFMANN Meletem. ad Pand Disp. XV. §. 7.

17) *L. 18. §. 5. D. de muneric. et honorib.*

18) Die A-dilen, für welche die Austheilung des Getraides gehörte, waren nicht die curulischen, wie RAEVARDUS Varior. Lib. III. cap. 17. und SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. 28. §. 35. irrig behaupten, sondern die Aediles municipales. S. EV. OTTO de aedilibus coloniar. et municipior. Cap. 10. §. 6. et 7.

19) Statt *aedilitatis*, wie die Florentinischen Pandecten lesen, wollen andere lieber *edilitatis* lesen, und verstehen darunter eine

buit<sup>20</sup>), frumentariae pecuniae debitor non videbitur: et ideo compensationem habebit. Die Compensation gegen den Staat fällt ferner 3) weg, wenn man demselben Alimentengelder schuldig ist, die ihm zum Unterhalt seiner Armen und Hülfsbedürftigen vermacht worden sind<sup>21</sup>). Die Basiliken<sup>22</sup>) paraphrasiren hier so: διατροφαι δε σιν, ὡς ἔσεν τις τελευτῶν, κατέλαβε πόλει τινὶ ληγάτον, πέρος αὐτοτροφίν τῆς αὔχεντος ἡλικίας. I. e. alimenta autem sunt,

eine Ausheilung essbarer Maaren unter das Volk zur Zeit einer großen Theurung aus landesfürstlicher Freygebigkeit. S. DUARENUS a. a. D. So liestet auch Baudaga, und eben so unser Erlanger Codex. Dieser Leseart giebt auch FICHTNER in Diss. de compensatione fisci §. 21. den Vorzug. Allein die florentinische Leseart vertheidigen IAC. CUYACIUS Observation. Lib. II. cap. 23. et Lib. XIV. cap. 13. ANT. FAER Rational. in Pand ad h. L. 17. IO. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. EV. OTTO cit. loc. §. 7. pag. 364. sq. ANT. SCHULTING Thes. controv. Decad. LVII. Th. 3. IO. FINESTRES in Hermogeniano pag. 1025. §. 10. und ROTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. a. Diese Leseart bestätigen auch die Basilica Tom. III. pag. 578. wo es heißt: εὐ τῷ αὐγορανοῦειν.

20) Was es heiße, wenn PAPINIAN sagt, arctiorem annonam praebeuit, erklärt EV. OTTO de aedilib. coloniar. Cap. 10. §. 6. pag. 359. mit dem griechischen Scholien auf folgende Art: quod, cum in magistratu esset, (sc. Aedilis) panes civiles, vel quidquid annonae nomine venit, erogarat parcus, vel iniusto pondere, aut pretium publica auctoritate constitutum exceperat. ROTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. b. pag. 448. hingegen sagt: quod aliquid subduxit ex quantitate annonae, quae viritim populo praebenda erat.

21) L. 3. Cod. h. t. Verb. neque alimentorum.

22) Tom. III. pag. 580.

sunt, puta si quis legatum reliquerit in alimenta infirmae aetatis. Zur Erläuterung kann auch eine Stelle in den Pandecten dienen, worauf sich in den Basiliken bezogen wird. L. 122. pr. D. de legat. I. wo Paulus sagt: Quod in alimenta infirmae aetatis (puta senioribus, vel pueris, puellisque) relictum fuerit, ad honorem civitatis pertinere respondetur. Viele<sup>23)</sup> wollen jedoch dieses nicht für ein Vorrecht des Staats halten, sondern sehen den Grund dieser Ausnahme vielmehr in einer Begünstigung derselben, um deren Willen die Alimenta dem Staate vermacht worden sind. Sie stellen daher den allgemeinen Grundsatz auf, daß überhaupt kein Schuldner, welcher Alimenta zu zahlen hat, diese zur Compensation bringen dürfe. Allein daß den Alimenten an sich dieses Vorrecht eingeräumt sei, läßt sich nicht erweisen. Es findet daher hier keine Ausdehnung statt.<sup>24)</sup> 4) Wenn der Schuldner etwas zahlen soll, was zu einem festgesetzten Zweck bestimmt ist, z. B. zu Besoldungen der Staatsdiener, oder zum Fonds und Erhaltung gewisser öffentlicher Anstalten, oder zur Bezahlung der Kosten gewisser öffentlicher festgesetzter Feierlichkeiten, wie Cuijaz<sup>25)</sup> die Worte eius

23) CARPOV P. I. Const. VIII. Definit. 9. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVIII §. 36. LÄUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8 STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. VOET Comm. h. t. §. 16. FABER in Cod. definit. for. h. t. Defin. 7. UND RICHTNER Diss. de compensat. fisci §. 23.

24) S. Sam. de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 1000.

25) Recitation: Solemn. in Cod. h. t. ad rubr. und ROTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. IX. not. I.

*eius sc. pecuniae, quae (so ist statt *qui* zu lesen) <sup>26)</sup> statutis summis servit,* erklärt. Endlich 5) wenn er wegen eines Fideicommisses dem Staate verpflichtet ist. L. 3. C. h. t. sagt: *neque fidei ommissi civitatis debitor sit.* Ein gleiches Vorrecht wird auch den Municipien eingeräumt <sup>27)</sup>. Noch ist zu bemerken, daß auch derjenige, welcher dem Fiskus Kaufgelder schuldig ist, in Rücksicht derselben die Einrede der Compensation nicht vorschützen könne.

*L. 7. Cod. h. t. Si ex venditione pretium venditori debetur: compensationis ratio opponitur. Adversus fiscum enim solummodo emtores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.*

Eben dieses bestätigt auch die oben angeführte Stelle Hermogenians L. 46. §. 5. D. de iure fisci. Man giebt hiervon insgemein den Grund an, weil fiskalische Güter gewöhnlich nur im Notfall verkauft zu werden pflegen, wenn der Staat Geld braucht <sup>28)</sup>. Hellfeld nimmt jedoch den Fall aus, wenn der Fiskus eine Sache verkauft, worauf der Käufer eine prioritätsche Forderung hat, so daß er vor allen andern Gläubigern aus dem Kaufpreise seine Befriedigung erhalten muß. Allein diese Ausnahme betrifft nicht den Fall, wenn eine fiskalische Sache verkauft wird, sondern wenn der Fiskus Sachen eines in Con-

26) Diese Leseart billigen auch Russard und Charondas in ihren Ausgaben des Codex ad L. 3. h. t. Eben so führt a. a. O. Met. q. S. 386.

27) E. FICHTNER cit. Diss. §. 15.

28) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. in fin. FINESTRES Hermogenian. ad L. 46 § 5. D. de iure fisci, §. 8, pag. 1023. sq. und FICHTNER cit. Diss. §. 26.

Concurs gerathenen Schuldners, als Gläubiger, öffentlich verkauft, und reducirt sich auf die erst unten vorkommende Frage, inwiefern im Concurs der Gläubiger eine Compensation Statt finde?

§. 933.

In wiefern kann die Schuld eines Dritten in Abrechnung gebracht werden?

Es ist nun eine Regel, daß die aufzurechnenden Forderungen und Schulden gegenseitig zwischen denselben Personen Statt finden, und nicht einen Dritten angehen müssen<sup>29)</sup>). Der Gläubiger ist daher nicht schuldig, sich von seinem Schuldner dasjenige auf seine Forderung anrechnen zu lassen, was er nicht diesem gegenseitig, sondern einem Dritten schuldig ist, wenn auch der dritte Gläubiger sich die Compensation gefallen lassen wollte. So lehrt Papinian L. 18. D. h. t. wenn er S. 1. sagt: *Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo, debet: quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.* Eben so prescribit Kr. Gordian L. 9. Cod. eodem. Eius, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. Ein Beispiel giebt Papinian L. 16. D. h. t. Cum militi castrorum bonorum aliis, caeterorum aliis heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus, vult compensare, quod ab alio debetur, non audietur. Wenn ein Soldat ei-

nen

<sup>29)</sup> BELLOJUS de compensationib. Tom. IV. *Thes. Meerman.* pag. 730. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. STRUV Syntagm. iuris civ. Exercit. XXI. Th. 24.

nen Andern in seinem castrisfischen Vermögen, einen Andern aber in seinen übrigen Gütern zum Erben eingesetzt hat, so sieht man eine solche Theilung bey Soldaten als zwey ganz verschiedene Erbschaften an<sup>30)</sup>). Die in Rücksicht des castrisfischen Vermögens contrahirten Schulden muß daher der darin eingesetzte Erbe, so wie die in Rücksicht des übrigen Vermögens der andere Erbe allein übernehmen. Wenn nun also derjenige, welcher dem castrisfischen Erben schuldig ist, eine Forderung an das übrige Vermögen hätte, so kann er diese seinem Gläubiger nicht aufrechnen. Eben so kann auch der Wormund, wenn er für sich beansprucht wird, die Forderung seines Pupillen auf keine Weise zur Compensation bringen. Eben so wenig ist ihm aber auch die Anrechnung seiner eigenen Forderung erlaubt, wenn er Namens seines Mündels von dem Gläubiger desselben behauptet wird. Es ist dieses nicht nur der Regel der oben angeführten Gesetze gemäß, sondern es tritt auch noch der Grund hinzu, daß der Wormund sich in dem ersten Falle zum Schuldner, und in dem andern zum Gläubiger des Pupillen aufdringen würde, welches die Gesetze nicht erlauben<sup>31)</sup>). Hieraus folgt weiter, daß wenn der Wormund eine

30) L. 17. §. 1. D. de testam. militis. *Iulianus* ait, si quis alium castrisfum rerum, alium caeterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi: ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui c. strensium rerum heres institutus esset; extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui caeterarum rerum heres scriptus esset. *S. Ger. noot* Commentar. ad Dig. h. t. §. Revertamur. pag. 361.

31) Sam. de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 4. EMMINGHAUS ad Eundem not. e. STRUV Synt. iuris civ. Exercitat.

eine Forderung seines Mündels einflagt, der Schuldner des Pupillen nicht in Abrechnung bringen kann, was dieser an den Vormund persönlich zu fordern hat. Denn juristisch ist es eben so gut, als wenn der Pupill selbst flagte. Es bestätigt dieses auch Paulus, welcher *L. 23. D. h. t.* ganz bestimmt sagt: *Id, quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem obici eius pecuniae, quam ipse tutor suo nomine adversario debet*<sup>32</sup>). Ein Anders wäre, wenn der Pupill mehrere Vormünder hätte, unter welche die Vormundschaft vertheilt wäre. Hier kann ohne Zweifel der Schuldner des Mündels, wenn er von dem einen Vormund wegen einer Forderung des Pupillen belangt wird, das zur Compensation bringen, was derselbe wegen eines mit dem andern Vormund für den Pupillen geschlossenen Geschäfts zu fordern hat. Denn der Schuldner hat es hier nicht mit dem Vormund zu thun, der gegen ihn flagt, sondern mit dem Pupillen, in dessen Namen er flagt, und es ist hier eben so gut, als ob der Pupill den Schuldner selbst belangt hätte. Es gehören hierher die Worte Papinians *L. 36. D. de administr. tutor.* *Inter tutores divisa tutela est:aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur.* Nam divisio tutelae, quae non iuris, sed

*XXI. Th. 24. MÜLLER ad Eudem not. 6 und THIBAUT Syst. des Pand. Rechis 2. B. §. 999.* Anderer Meinung sind zwar VOET in Comm. h. t. §. 8. CARPOV P. I. Const. VIII. Definit. 7. und HELLFELD. Allein man sehe EMMINHAUS cit. loc. not. f. pag. 310.

<sup>32)</sup> *S. Iac. Cujacius* in Julio Paulo ad h. L. und *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. Simile pag. 362.

sed iurisdictionis est, modum administrationi facit, et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

Ausnahmen von jener Regel giebt es nur dann, wenn man denjenigen für einen Dritten ansehen kann, welcher in die Stelle eines andern eintritt, und sein Recht und seine Verpflichtung von demselben herleitet<sup>33)</sup>). So kann daher 1) wegen juristischer Einheit der Person a) der Erbe nach dem Verhältniß seines Anteils die Forderungen des Erblassers compensiren, wenn sein Gläubiger dem Erblasser schuldig ist. Nach eben dem Verhältniß muß er sich aber auch antrechnen lassen, was sein Schuldner an den Erblasser zu fordern hat, wenn er gegen diesen eine eigene Forderung einflagt<sup>34)</sup>; und dies findet auch dann Statt, wenn der Erbe cum beneficio inventarii die Erbschaft angetreten hat. Denn er repräsentirt deswegen doch so gut den Erblasser, und tritt in dessen Rechte ein, als wenn er die Erbschaft pure angegetreten hätte. Da der Erbe aber doch nun wegen jener Rechtswohlthat nicht weiter für die Schulden des Erblassers haften darf, als die Erbschaft zur Bezahlung derselben hinreicht; so versteht sich's, daß desselben Schuldner gegen ihn nur compensiren kann, so weit er, als Gläubiger des Erblassers, seine Bezahlung aus dem Nachlaß nach der Beschaf-

33) Nicol. KOLLIGS (*Bodmann*) *Diss. de debito tertii in compensationem deducendo.* *Möguntiae 1791.* und ANKELMANN'S oben Not. 44. S. 59. angeführte Dissertation.

34) L. 25. §. 9. D. Famii ercise. L. 6. Cod. codim. L. 1. Cod. Si certum petat. L. ult. Cod. de contr. ind. tut. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXI. Th. 25. not. i.

Beschaffenheit desselben erhalten hätte<sup>35)</sup>). Ist dieses vor der Hand noch ungewiß, so kann er nur dann auf das Ganze abrechnen, wenn er hinlängliche Caution leistet, daß er das Uebrige wieder zurückgeben wolle, was er weniger aus dem Nachlaß erhalten hätte<sup>36)</sup>). So kann ferner b) demjenigen, welchem eine Forderung cedirt worden ist, wenn er actione cessa gegen den Schuldner klagt, nicht nur seine eigene Schuld, sondern auch die Gegenforderung des Schuldners an den Cedenten aufgerechnet werden, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und mit ihm juristisch als eine Person angesehen wird<sup>37)</sup>). Es gilt dieses nicht nur von solchen Schulden des Cedenten, welche bereits vor der Cession vorhanden waren, weil die Forderung natürlich nur, so weit sie durch die Gegenforderung des Schuldners noch nicht getilgt war, cedirt werden konnte<sup>38)</sup>); sondern auch von den Schulden, die erst nach der Cession entstanden, ehe nämlich der debitor cessus Nachricht von der Abreitung erhielt, weil der Schuldner bis auf diesen Augenblick den Cedenten immer

35) *S. Ant. FABRI Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 23. Definit. 9.*  
*Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11 MEVIUS Part. I.*  
*Decis. 121. CARPOV Iurispr. for. P. I. Const VIII. Definit. 8.*  
*STRUVE Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 25. und KOLLIGS cit.*  
*Diss. §. 25.*

36) *Arg. L. 5. §. ult. D. de tribut. act. et arg. L. 9. §. 1. D. h. t.*

37) *S. Ge. FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. I. Quaest. 13.*  
*STRYK Uf. mod. Pandect. h. t. §. 6. KOLLIGS cit. Diss. §. 20*  
*— 23. und ANKELMANN cit. Diss. §. 20. et 21*

38) *Io. VOET Comment. h. t. §. 4. Ant. SCHULTING Theor.*  
*controvers. Decad. LVII. Th. 5. und Ulr. HUBER Praelect. ad*  
*Pand. h. t. §. 11.*

mer noch als seinen Gläubiger betrachten, und ihm Zahlung leisten, mithin auch compensiren konnte<sup>39</sup>). Ob übrigens die Cession aus freyen Willen, oder aus rechtlicher Nothwendigkeit, ob sie aus einem lucrativen oder onerosen Titel geschah, macht in der Sache keinen Unterschied<sup>40</sup>), so wie es denn auch gleichviel ist, ob der erste Cedent, oder der zweyte, oder der dritte demjenigen schuldig ist, welcher mit der actio cessa belangt wird. Man sehe also, A habe eine Schuldforderung an den B dem C cedirt, dieser habe sie nachher dem D abgetreten. Hier kann der debtor cessus B wenn D die cedirte Forderung einflage, demselben nicht nur das, was ihm A sondern auch was ihm C schuldig war, in Abrechnung bringen<sup>41</sup>). Denn der Grund bleibt immer der nämliche, weil eine Forderung nicht weiter cedirt werden kann, als in so weit sie noch nicht durch Gegenforderung getilgt war<sup>42</sup>). Wird umgekehrt der Cessionar belangt, so kann er dem Kläger nicht nur seine eigene Gegenforderung, sondern auch dasjenige, was dieser dem Cedenten schuldig war, abrechnen. Papinian sagt dieses auch ganz bestimmt *L. 18. pr. D. h. t. In rem suam procurator datus, post litis conte-*  
*statio-*

39) *L. 3. Cod. de novat.* *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 3. LAUTERBACH Colleg th. pract. Pand. h. t. §. 11. in fin. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 12. SCHULTING Thes. contr. Decad. LVII. Th. 5. in fin.

40) HUBER c. i. §. 11. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 5.

41) VOET Comment. h. t. §. 5. Christph. SCHREITER Diss. de compensatione cessionarii posterioris cum priori. *Lip/siae 1710.*

42) Arg. *L. 76. D. de solut.*

stationem si vice mutua conveniatur, *aequitate compensationis*, utetur. Zur Erläuterung dieser Stelle bemerke ich nur noch Folgendes. Wenn Jemand dem Andern eine Forderung, oder ein persönliches Recht, welches durch eine Klage zu verfolgen ist, verkauft, oder schenkt, oder an Zahlungsstatt überläßt, so muß zu einer solchen Abtreitung, nach der Subtilität des röm. Rechts, noch eine besondere Bevollmächtigung zur Anstellung der Klage Namens des Abtretenden hinzukommen. Diese nennt man dann eine Cession, der Cessionar aber wird hier *procurator in rem suam* genannt; obwohl es nach dem neuern Recht einer solchen Bevollmächtigung nicht mehr bedarf, sondern der Erwerber des Rechtes *actione utili* in eigenem Namen klagen kann<sup>44)</sup>). Nach dieser Stelle Papinians scheint es nun zwar, als ob ein procurator in rem suam erst nach der Litigation compensiren könne. Dieses wollen auch mehrere Rechtsgelehrten<sup>45)</sup> aus dem Grunde behaupten, weil der Procurator erst nach der Litigation das Eigenthum des Gegenstandes des Rechtsstreits erwerbe, und bis dahin auch die Vollmacht noch immer wider-

43) L. 3. §. 5. D. de in rem verso. L. 24. pr. D. de minorib. L. 8. in fin. D. mandati. L. 1. C. de novat. L. 4. C. de procurat. S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 992. und Thibaut System des P. R. 1. Th. §. 75.

44) L. 7. et 8. Cod. de heredit. vel act. vend.

45) Ant. Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 6. et Rational. in Pand. ad L. 18. D. h. t. 10. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 18. Hub. CIPHANIUS Leetur. Altorphin. ad L. 55. D. de procurator. pag. 65. und Sam. de coccji iur. civ. controv. h. c. Qu. 5.

widerrufen werden könne<sup>46)</sup>). Allein schon Cujas<sup>47)</sup> verwarf diese Meinung mit Recht. Denn daß auch schon vor der litiscontestation die abgetretene Sache wegen der dem Cessiorat im eigenen Namen gusstehenden actio utilis als Eigenthum desselben anzusehen sey, und daher keine Revocation statt finde, lehrt Ulpian ausdrücklich, wenn er *L. 55. D. de procurator.* sagt: *Procuratore in rem suam dato, praferendus non est dominus procuratori in litem movandam, vel pecuniam suscipiendam: Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit*<sup>48)</sup>. Die Worte der *L. 18. h. t. post litis contestationem* sind auch nicht entgegen. Denn es ist daselbst von einem solchen Falle die Rede, wo der procurator in rem suam von dem debtor cessus erst nach der Litiscontestation durch eine Wiederklage war belangt worden, und also auch natürlich nicht eher compensiren konnte, wie auch schon Huber<sup>49)</sup> bemerkt hat. Auf keinen Fall kann jedoch ein procurator in rem alienam, wenn er wegen einer eigenen Schuld von seinem Gläubiger belangt wird, das in Abrechnung bringen, was dieser seinem Principal schuldet.

46) *L. 29. D. de procurator.*

47) Observation. Lib. XXIV. cap. 37. Ihm stimmen auch Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. LVII. Th. 4. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. ROTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XV. not. i. WISSENBAU Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXXI. Th. 10. und EMMINGHAUS ad Coccejum c. 1. not. h. pag. 311.

48) Man vergleiche noch *L. 1. 6. et 7. Cod. de obligat. et action.* *L. ult. Cod. Quendofiscus vel privatus* u. *L. 33. Cod. de donations.*

49) Cit. loc. §. 10.

schuldig ist. Es ist ihm dieses weder vor noch nach der Litiscontestation erlaubt<sup>50</sup>). Nur dann, wenn der Procurator, als solcher, Namens seines Gewaltgebers klagt, oder belangt wird, kann die Schuld oder Forderung des Principals zur Compensation gebracht werden<sup>51</sup>). Wegen Einheit der Person kann endlich auch c) der Vater, wenn er, als solcher, mit der actio de peculio belangt wird, die Gegenforderung seines Sohnes wegen des peculii profectitii, und umgekehrt der wegen dieses peculii belangte Sohn die Forderung des Vaters, jedoch nur gegen Caution, daß der Vater dieses genehmigen werde, compensiren. Hierher gehört folgender Ausspruch des Paulus L. 9. D. h. t. Si cum filiofamilias vel servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur. Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur? Et magis est admittendum: quia unus contractus est: sed cum conditione, ut caveat, patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum, quod is compensaverit. Man sehe also den Fall, ein Dritter habe mit einem Filiusfamilias in Rücksicht seines peculii profectitii einen Societätscontract geschlossen. Dieser Contract ist für den Vater eben so verbindlich, als derselbe durch

50) L. 9. Cod. h. t. DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 1. cujacius Observation. Lib. XXIV. cap. 37. WISSENBACH ad Pand. Vol. I. Diff. XXXI. Th. 10.

51) L. 21. D. h. t. cujacius Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t.

durch erwirbt. Der Vater ist also, wegen Einheit der Person, gleichfalls wie ein Socius zu betrachten; nur mit dem Unterschiede, daß der Sohn aus diesem Contract mit der actio pro socio auf das Ganze, der Vater aber mit der actio de peculio nur, so weit das Pekulium zu reicht, belangt werden kann. Klagt jedoch der Vater, so kann der Socius das Ganze, was er an den Sohn zu fordern hat, dem Vater anrechnen; eben so kann aber auch der Sohn die Forderung seines Vaters compensiren, wenn der Socius gegen ihn aus dem Contract auf das Ganze klagt<sup>52)</sup>). II) Wegen Einheit der Verbindlichkeit kann a) der Bürge die Forderung des Hauptschuldners zur Compensation bringen, wenn er aus der Bürgschaft belangt wird<sup>53)</sup>). Denn der Bürge kann nicht zu mehr verpflichtet seyn, als der Hauptschuldner selbst schuldig ist; soweit daher die Klage durch Compensation gegen den Hauptschuldner selbst erloschen ist, findet sie auch gegen den Bürgen nicht mehr Statt, wie Paulus *L. 4. D. h. t.* lehrt: *Verum est, quod et NERATIO placebat, et POMPONIUS ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure*

G 2

iure

52) S. cujacius Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t. *Ant.*  
*FABER Rational.* in Pand. ad L. 9. §. 1. D. h. t. *Ger.* NOODT  
*Commentar.* ad Dig. h. t. §. *Quod dixi.* pag. 362. und RE-  
*THIER* Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. not. b.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. *Ger.* NOODT Comm.  
*h. t. §. Sive haec.* pag. 362. NEVIUS P. II. Decis. 216. et  
 217. und PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV.  
 Obs. 74.

*iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest.* Dahingegen kann der Schuldner, wenn er selbst belangt wird, dem Gläubiger nicht anrechnen, was dieser dem Bürgen schuldig ist<sup>54</sup>). Denn wenn gleich die Schuld des Bürgen mit der des Hauptschuldners die nämliche ist, so ist doch eine Forderung des Bürgen eben so wenig auch Forderung des Schuldners, als der Schuldner für die Schulden des Bürgen haftet. b) Auch einem Socius ist die Compensation erlaubt, wenn sein Mitgesellschafter, als solcher, eine Gegenforderung hat, und beyde sich correalliter verpflichtet haben<sup>55</sup>). Ausser diesem Socialverhältniß kann kein correus das compensiren, was der Gläubiger dem andern correus schuldig ist, wie Papinian L. 10. D. de duobus reis ausdrücklich sagt: *Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* Eben so können c) Ehegatten compensiren, welche in der Gütergemeinschaft leben<sup>56</sup>), denn außerdem kann der Ehemann seinem Gläubiger nicht anrechnen, was dieser seiner Frau schuldig ist, wenn ihm nicht etwa die Forderung seiner Frau zum Heyrathsgut ist zugebracht worden<sup>57</sup>).

## §. 934.

54) S. cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract Pand. h. t. §. 9. und KOLLIGS Diff. cit. §. 27.

55) CUSACIUS Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. und KOLLIGS cit. Diff. §. 9. et 10.

56) VORST Comm. h. t. §. 10. KOLLIGS cit. Diff. §. 11. THIBAUT System der P. R. 2. B. §. 999.

57) ANT. FABER in Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 23. Def. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. LEYSER Medit.

## §. 934.

**Wirkung der Compensation.** Findet die Compensation auch im Concurs der Gläubiger statt?

In Absicht auf die Wirkung der Compensation war ehemals der Unterschied merkwürdig, den man zwischen actiones bonae fidei und stricti iuris machte. Nur Klagen der ersten Art wurden durch Compensation ipso iure aufgehoben. Den letztern hingegen konnte anfangs gar keine Compensation entgegengesetzt werden. Erst durch eine Verordnung des Kaisers Marcus wurde dem Beklagten die exceptio doli gestattet. Diese musste aber gleich anfangs bei der Litiscontestation vorgeschükt werden, damit sie der Prätor der formula iudicii mit anhängen konnte. War sie da nicht opponirt, so fand sie nachher nicht weiter statt. Allein bei Klagen, die bonae fidei waren, konnte die Compensation auch noch nach der Litiscontestation bey dem Juder Pedaneus vorgeschükt werden<sup>58)</sup>). Nachher wurde durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten der Grundsatz geltend, daß die Compensation immer ipso iure geschehe<sup>59)</sup>). Dieses

Recht

ditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXXIV. med. 4. MÜLLER Observat. pract. ad Leyferum Tom. II. Fasc. I. Obs. 367. u. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. VIII. §. 1. pag. 703.

58) L. 38. L. 58. D. de petit. hered. S. Iac. CUIACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 16. GER. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Expensis pag. 360. und ARN. VINNIUS Commentar. ad §. 30. Institut. de actionib.

59) L. 21. D. h. t. Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso iure compensari. etc. Man sehe auch L. 4. D. codem. und ANT. SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. Th. 9.

Recht wurde auch durch eine Verordnung des Kaisers Alexander Severus<sup>60)</sup> bestätigt. Allein es scheint doch noch ein Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen geblieben zu seyn. Denn nur den erstern, nicht aber den letztern konnte eine Compensation entgegen gesetzt werden<sup>61)</sup>. Erst Justinian hob allen Unterschied der Klagen in Absicht auf die Compensation auf, wie er selbst dies alles im §. 30. I. *de action* sagt, wo es heißt: In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris iudiciis, ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatione inducebatur. Sed nostra constitutio<sup>62)</sup> easdem compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione. Jede wird nun also durch Compensation jede Schuld, jeder Anspruch des Klägers, sammt Allem, was davon abhing, ipso iure aufgehoben, das heißt, in dem Augenblick, da gegenseitige compensable Forderungen zu existiren anfangen, erlöschten sie von selbst durch das Gesetz, ohne daß es hierzu einer besondern Vereinbarung

60) L. 4. Cod. h. t.

61) L. 95. §. 8. D. *de solut.* S. Iac. cujaeius Observation, Lib. XV, Cap. 12. und Franc. Brozys Exposition. in Justin. Institution. ad §. 30. I. *de actionib.* nr. 5. pag. 785. sq.

62) L. ult. Cod. h. t.

rung und Erklärung der Parteien oder einer Versübung des Richters bedarf<sup>63)</sup>). Hieraus folgt, daß wenn auch die Gegenforderung ansangs noch illiquid seyn sollte, dennoch die rechtliche Wirkung der Compensation nicht von der Liquidität, sondern von der zu beweisenden Existenz der in Abrechnung gebrachten Gegenforderung abhängt. Wenn daher in der Folge die Wahrheit derselben bewiesen worden, so muß die Wirkung der Compensation nicht erst von der Zeit dieses Beweises angenommen werden; sondern es ist vielmehr durch diese Gegenforderung, so wie durch eine vorlängst geschehene, und jetzt nur erwiesene Bezahlung, die Schuld gleich ansangs, so wie die Gegenforderung entstand, entweder ganz, oder bis auf die concurrente Summe für getilgt zu halten<sup>64)</sup>). Die Verordnung des Kaisers Alexander Severus L. 4. Cod. h.t. spricht hierüber so deutlich, daß man sich wundern muß, wie Hellfeld, und andere<sup>65)</sup> dennoch das Gegenteil haben behaupten können.

Si constat, pecuniam invicem deberi, *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore*

ex

63) VOET Comm. h. t. §. 2. Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum Lib. I. Tract. II. Qu. 5. 10. WUNDERLICH Diff. de re litigiosa non compenanda. Jenae 1756. §. 11.

64) S. Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision P. I. Resp. VII. nr. 43. pag. 143. et Consil. XXXIX. nr. 15. pag. 461.

65) B. V. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Allein PUENDORF in Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 178. hat ihn widerlegt. Man sehe auch WEBER's Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 6. S. 68. Not. 39. und Dasselben Anmerkung zu HöPFNER's Commentar §. 980. Not. 2.

*ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concorrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.*

Dass dieses in Rücksicht der Zinsen einen nicht unbedeutenden Unterschied macht, bedarf kaum bemerkt zu werden. Denn durch Compensation wird eben so, wie durch Bezahlung, die Schuld ihrem ganzen Umfange nach getilgt. In dem Augenblick, da die compensable Gegenforderung entsteht, hört der Lauf der Zinsen auf<sup>66)</sup>), die Bürgen werden frey<sup>67)</sup>), die Hypotheken erlöschen<sup>68)</sup>), und die Pfänder müssen zurückgegeben werden<sup>69)</sup>), auch die Wirkungen des Verzugs werden dadurch aufgehoben<sup>70)</sup>). Eben deswegen, weil die Compensation die Wirkung der Zahlung hat, steht auch sogar ein eidliches Versprechen, dass man zahlen wolle, der Compensation nicht entgegen, sofern nicht aus den Umständen ersichtlich ist, dass man dadurch der Compensation habe entsagen wollen<sup>71)</sup>).

Dieß

66) L. 11. et 12. D. h. t. L. 5. Cod. eodem, L. 7. Cod. de solution.

67) L. 4. D. h. t. L. 43. D. de solution.

68) L. 4. D. Qui potior, in pign. L. 43. D. de solutionib.

69) L. 12. Cod. h. t.

70) L. 17. §. 3. D. de Usur. voet h. t. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. th. praet. Pand. h. t. §. 25. in fin.

71) Iac. FRID. LUDOVICI Diff. de iuramento compensationem non excludento. Halae 1717. de cocesi iur. civ. controv. h. t. Qu. i. Gebr. OBERBECK Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. Bd. Medit. 49. und H. L. WEBERS Ueber-

Dies wäre der Fall, wenn der Schuldner durch seinen Eid baare Bezahlung in Gelde versprochen, oder die Gegenforderung des Schuldners zur Zeit der geschehenen Eidesleistung schon existirt hätte, und das Versprechen blos in der Absicht geschehen wäre, um die Compensation auszuschließen <sup>72)</sup>). Im Zweifel wird jedoch eine Ent- sagung nicht vermutet <sup>73)</sup>).

Nach diesen Grundsäzen ist nun auch die Frage zu entscheiden, ob und in wieweit die Compensation im Concurs der Gläubiger zulässig sei? Zur Erörterung dieser bestreitenen Rechtsfrage <sup>74)</sup>) ist es nöthig einige Begriffe und allgemeine Grundsäze vom Concurse der Gläubiger vorauszuschicken. Unter Concurs der Gläubiger verstehe ich hier das gerichtliche Verfahren, welches zum

Zweck

tersuchung der Frage, kann bestreitige, welcher eine Schuld ebdlich zu bezahlen verspricht, sich durch vorgesetzte Compensation von selbiger befreien? Mosto 1793.

72) Cap. 7. X. de iure iuri. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. c. §. 15. und ZMMINGHAUS ad Coccoejum c. l. not. a. et b.

73) Ant. MERENDA Controvers. iuris Lib. I cap. 4. §. 3.

74) Man vergl. Christ. Amand. DORN Diss. de compensatione in concursu creditorum. Kilon. 1754. Car. Frid. WALCH Diss. de compensatione in concursu creditorum. Jenae 1770. Christ. Cor. KANNE Diss. de compensatione et retentione in concursu creditorum locum habente. Lipsiae 1779. Io. LINDE Diss. de compensatione in concursu creditorum. Gieffae 1782. Car. Godof. de WINCKLER Progr. eiusd. argum. Lipsiae 1786. und Christph. Christ. DABELOW ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1801. 4. Kap. 26. S. 685—694.

Zweck hat, unter mehrere andringende Gläubiger eines Schuldners desselben unzureichende Vermögensmasse, nach Maasgabe des Vorzugsrechts eines jeden, gesetzmäßig zu vertheilen<sup>75</sup>). Concurs setzt also 1) eine Collision mehrerer Gläubiger, welche Ansprüche an der nämlichen Gütermasse gerichtlich versfolgen, und 2) Unzulänglichkeit des Vermögens eines Schuldners, um alle diese Gläubiger völlig zu befriedigen, voraus, und erfordert 3) wenn sich der Richter durch eine Untersuchung des activen Vermögensbestandes von der Unzulänglichkeit desselben hinlänglich überzeugt hat, einen Besluß des Gerichts durch Eröffnung eines Decrets de aperiendo concursu, mit welchem dann der Concurs seinen Anfang nimmt<sup>76</sup>). Dem Schuldner wird hierdurch 4) alle Besugniß, über sein jetziges Vermögen auf eine den Gläubigern nachtheilige Art zu disponiren, entzogen, das Vermögen desselben unter gerichtliche Verwahrung genommen, und alles vorgekehrt, was zur Erhaltung und Verwaltung desselben notwendig ist<sup>77</sup>). In Rücksicht dieses Concursvermögens kommen 5) die Gläubiger nunmehr in eine Art von Gemeinschaft, die Masse gehört ihnen an, und in Rücksicht derselben, und der darauf lastenden dinglichen Lasten, repräsentiren sie die Person des Gemeinschuldners aktiv und passiv, obwohl ihr getheiltes Interesse in Ansehung der Ordnung, nach welcher sie befriedigt werden sollen, aus ihnen eben so viele streitende Theile macht,

75) S. Götter's Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses.

4. B. Nr. LXXXII. §. 7.

76) Götter a. a. D. §. 21. ff.

77) Götter a. a. D. §. 25.

macht, als mit einander collidirende Ansprüche sie verfolgen<sup>78)</sup>). Eine Folge dieser Gemeinschaft ist, daß, so lange der Richter nicht über die Richtigkeit und den Vorzug der von den Concursgläubigern liquidirten Forderungen entschieden hat, kein Gläubiger zum Nachtheil der übrigen seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erhalten kann<sup>79)</sup>), welches jedoch das Recht des bevorzugten Gläubigers, seine Bezahlung vorzugsweise zu fordern, nicht ausschließt<sup>80)</sup>). Die Wichtigkeit dieser Wirkungen macht zur allgemeinen Bekanntwerbung jenes richterlichen Decrets, mit welchem sie eintreten, die Erlassung einer Edictalladung nothwendig<sup>81)</sup>). Dieses vorausgeschickt, kommt es nun bei der Entscheidung der aufgeworfenen Frage darauf an, 1) ob die gegenseitigen Forderungen zwischen dem Schuldner und desselben Gläubiger schon vor Eröffnung des Concurses vorhanden waren, und dann waren entweder 1) beide Forderungen auch schon vor dem Ausbruche des Concurses richtig und zahlbar. Hier findet ohne allen Zweifel die Einrede der Compensation statt, wenn derjenige, an welchen der Gemeinschuldner eine Forderung hatte, von dem Curator honorum auf die Bezahlung derselben belangt wird. Denn da Forderungen durch Compensation ipso iure erloschen, so war auch die Forderung des Gemeinschuldners durch die Gegenforderung seines Schuldners

78) Gönnner a. a. D. §. 26. DABELOW in der angef. Entwicklung S. 708. ff. XIND Quaest. forens. Tom. II. cap. 5.

79) L. 6. §. 7. D. Quae in fraudem creditor. DABELOW a. a. D. §. 679. f.

80) Gönnner a. a. D. §. 27.

81) Gönnner a. a. D. §. 28.

ners schon vor entstandenem Concurse getilgt. So wenig also der die Compensation entgegenstehende Gläubiger schuldig war, seine Gegenforderung bey dem Concurse zu liquidiren, weil er keine Gegenforderung mehr hatte, eben so wenig ist auch jetzt der Curator bonorum berechtigt, aus einer schon vor dem Concurse erloschenen Forderung des Schuldners zu klagen <sup>82)</sup>). Diese Compensation findet Statt, wenn auch derjenige, an welchen der Gemeinschuldner eine Forderung hatte, sich die in Abrechnung gebrachte Gegenforderung von einem andern Gläubiger des Schuldners hat cediren lassen, um sich der Ausflucht der Compensation im Concurse bedienen zu können, wenn nur die Cession noch vor entstandenem Concurse geschahe, und auch beide Forderungen schon exigibel waren <sup>83)</sup>). Es kann auch dem cedirenden Gläubiger der Vorwurf nicht gemacht werden, daß er in fraudem creditorum gehandelt habe, wenn etwa seine Forderung im Concurse ihnen nachgegangen, oder vielleicht ganz verloren gegangen wäre. Denn durch eine solche Vigilanz, welche die Gesetze nicht missbilligen, konnte er seine Lage allerdings verbessern <sup>84)</sup>). 2) War hingegen nur die Forderung des Gemeinschuldners vor eröffnetem Concurse exigibel, die Gegenforderung des Gläubigers aber erst nach entstandenem Concurse zahlbar geworden; so findet die Compensation nicht Statt. Denn hier war die Forderung des

82) S. RUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 79.  
HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4124.

83) Anderer Meinung ist zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXIV. medit. 5. Allein man sehe DABELOV a. a. O. S. 688. ff.

84) I. 24. in fin. D. Quae in fraud. creditor.

des Schuldners beym Ausbruche des Concurses durch die Gegenforderung des Gläubigers noch nicht getilgt, weil eine noch nicht betragte Forderung auf eine exigible nicht abgerechnet werden kann<sup>85</sup>). Die Forderung des Schuldners gehörte also zur Concurスマsse, und konnte auch schon darum nicht mehr durch Compensation getilgt werden, weil Gegentrechnung eine Art von Zahlung ist, der Gemeinschuldner aber während des Concurses keine Zahlung mehr annehmen kann. Der Gläubiger muß also, das was er dem Gemeinschuldner schuldig ist, zur Concurスマsse zahlen, seine Gegenforderung aber der Edictalcitation gemäß liquidiren. Hat er dieses nicht gethan, so wird er damit von der Concurスマsse präcludirt, und darf sie also auch nachher nicht per modum exceptionis mehr geltend machen<sup>86</sup>). II. Sind die gegenseitigen Forderungen erst während des Concurses entstanden, so lassen sich folgende Fälle gedensken. a) Ich war zur Zeit des eröfneten Concurses Gläubiger des Erbärs, habe auch meine Forderung der Edictalladung gemäß liquidirt, wurde aber während des Concurses Schuldner der Masse, z. B. ich habe ein zur Masse gehöriges Grundstück gepachtet, oder sub hasta erstanden. Hier kommt es darauf an, ob meine Forderung liquid, und mit einer unbezweifelten Priorität versehen ist, oder nicht. Nur in dem ersten Falle kann ich mich der Compensation bedienen, in dem letztern hingegen findet sie nicht Statt<sup>87</sup>). b) Ich war zur Zeit des eröfneten Concurses

Schuld-

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

86) Man sehe hier BOENNER Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 302 und DABELOW a. a. D. S. 685. u. Not. w.

87) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. §. 4. not. 5. Zwar will LEYSER Specim. CLXXIII. medit. 4. schon ein wahrschein-

Schuldner des Gemeinschuldners, allein während des Concursus werde ich Gläubiger der Masse, z. B. ich habe zur Verwahrung der zur Masse gehörigen Sachen Zimmer in meinem Hause vermietet, oder sonst zur Erhaltung der Concursmasse Dienste geleistet. Auch hier findet Compensation statt, mutuum enim debitum et creditum adest inter easdem personas, massam nempe et me<sup>88)</sup>).

### §. 935.

#### Einrede der Compensation, deren Natur und Wirkung.

Wenn nun gleich das Erlöschen einer Schuldverbindlichkeit durch Compensation ipso iure geschieht, sobald gleichartige Forderungen einander gegenüber stehen; so muß doch derjenige Theil, welcher abrechnen kann, sich darauf berufen, wenn er den Anspruch des Klägers von sich abwenden will<sup>89)</sup>). Es muß also die Einrede der Compensation vorgeschüttet werden, welche der Richter da, wo er sich nicht von Amtswegen des Beklagten annehmen

scheinliches Vorzugsrecht für hinlänglich halten. Allein dann fehlt es ja offenbar noch an der Liquidität der Forderung. Man sehe vielmehr WALCH cit. Diff. §. 5. Christ. Gmelins Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger. §. 31. und MÜLLER Observ. pract. ad Leyserum. Tom. II. Fasc. I. Obs. 365.

88) G. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 520. pag. 395.

89) L. 13. 15. L. 22. D. h. t. §. 39. I. de action. MEVIUS P. VII. Decis. 52. et Decis. 242. not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

nehmen muß, nicht suppliren darf.<sup>90</sup>). Wird diese Einrede nicht vorgeschrückt, so lassen sich zwey Fälle gedenken. a) Der Beklagte bezahlte die Schuld aus Irrthum, weil er von der Compensabilität der Gegenforderung nicht unterrichtet war. Hier kann er das Gezahlte mit der *condictio indebiti* zurückfordern.<sup>91</sup>). b) Der Beklagte, welcher die Einrede der Compensation vorschützen konnte, bediente sich derselben wissenschaftlich nicht. Hier hat sich zwar der Beklagte der Compensation begeben, aber deswegen noch nicht dem Kläger die Gegenforderung erlassen, weil es die Gesetze seiner Willkür überlassen, ob er compensiren wolle, oder nicht, und im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß er das Seinige habe verschenken wollen<sup>92</sup>). Wie aber, wenn Jemand mehrmals unterlassen hätte, die Einrede der Compensation vorzuschützen, wo er sich derselben bedienen konnte? Hier behauptet Hellfeld, und mit ihm mehrere<sup>93</sup>), daß daraus die Vermuthung entspringe, man habe sich der Gegenforderung begeben. Allein als Regel läßt sich dieses nicht annehmen, wenn nicht noch andere Gründe hinzutreten, woraus eine solche Ab-

90) MEVIUS Part. IX. Decis. 154. nr. 4. et 5 und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 7. Underer Meinung ist jedoch Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 43.

91) L. 3. L. 10. §. 1. D. h. t. *de cocceji iur. civ. controv.* h. t. Qu. 16.

92) L. 2. D. h. t. L. 1. §. 4. D. *de contrar. tut. act.* L. 30. D. *de condict. indeb.* L. 25. pr. D. *de probat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

93) LEVSEER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXIII. medit. 5. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 7.

Absicht rechtlich zu vermuthen ist<sup>94)</sup>). Dies wäre z. B. der Fall, wenn derjenige, welchem die Compensation hätte entgegengesetzt werden können, erklärt hätte, daß er die unterlassene Abrechnung für eine Begebung derselben annahme, hiernach die Rechnung abgeschlossen, und jener dazu geschwiegen hätte<sup>95)</sup>; oder wenn von gleich nahen Verwandten die Rede ist, unter denen die Absicht zu schenken vermöge rechtlicher Vermuthung angenommen werden kann<sup>96)</sup>). Einen solchen Fall hat Papinian L. 26. *D. de probat. Procula*<sup>97)</sup> magna quantitatis fideicommissum, a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, *nunquam id a fratre, quamdu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe in rationem fratris pecu-*

94) S. Joh. Christ. Quistorps Abh. Ob von der unterlassenen Anregung der zuständigen Compensation auf deren Begebung ein gültiger Schluß zu machen sey? in desselben Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. 10. S. 147. ff. Io. Ern. Iust. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum. Tom. II. Fasc. I. Obs. 366. Ern. Lud. SCHMIDSAHL Diff. de remissione debiti praesumta ob compensationem omissam. Helmst. 1801. und Thibaut Syst. des Pand. N. 2. B. §. 997.

95) S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1139.

96) L. II. Cod. de negot. gest. L. 10. Cod. de legat. voet. Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin.

97) In dem Erlang. Mspt. der Pandekten steht nach Procula das Wörterchen *cum*, welches die Kritiker im Text vermissten, und daher dieser Lücke auf mancherley Art abzuheilen gesucht haben. S. CORN. van BYNKERSHOEK Observ. iuris Rom. Lib. VII. cap. 8.

*pecunias ratio<sup>98)</sup>) Proculae solvisset: DIVUS COMMODUS, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum<sup>99)</sup>).*

Die Einrede der Compensation kann übrigens nach dem römischen Recht nicht nur vor, sondern auch nach der Litiscontestation, ja sogar noch nach erfolgtem rechtskräftigen Erkenntniß, selbst gegen die Execution vorgeschützt werden, wenn sie nur sofort liquid gemacht werden kann<sup>100)</sup>).

Hat der Beklagte zwar die Einrede der Compensation vorgeschützt, aber nicht damit durchdringen können, sondern er ist dennoch zur Bezahlung der gegen ihn eingeflagten Schuld verurtheilt worden; so sind folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Der Richter hat die Einrede als ungegründet verworfen. Hier fällt nun alle Compensation weg, und es findet deshalb auch keine weitere Klage statt, sofern das Urtheil einmal rechtskräftig gewor-

98) Statt *ratio* liestet *Io. Guili.* HOFFMANN in Meletemat. et Observat. var. ad Pand. Diff. XX. §. 3. ACTOR.

99) Man sehe über diese Stelle *Em. MERILLIUS Observation.* Lib. IV. cap. 20. und *Ger. NOODT Commentar.* ad Dig. Lib. XXII. Tit. 3.

100) *L. a. Cod. h. t. WESTENBERG Princip. iuris Rom. h. t. §. 22.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4125. Danz Grds. des ordentl. Prozesses §. 186. Heut zu Tage will man jedoch dieses Privilegium wegen des Jüngst. R. Absch. §. 37. nicht mehr gelten lassen. S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIII. §. 11. S. 194. ff. Glück's Erläut. d. Pand. 15. Th. h

worden ist, und aus diesem sowohl, als den bisherigen Verhandlungen der Parteien deutlich erhellet, daß über den Grund und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung erkannt worden ist<sup>1</sup>). 2) Der Richter hat blos darum auf die vorgeschüzte Einrede der Compensation keine Rücksicht genommen, weil sie illiquid war, und es also noch an den Erfordernissen derselben schite. Hier ist es dem Beklagten unbenommen, sein Recht in Absicht auf die in Abrechnung gebrachte Gegenforderung in einen besondern Proces klagend zu verfolgen, und er kann deshalb entweder diejenige Klage anstellen, welche aus der Gegenforderung entspringt, oder wenn die Gegenforderung aus einer natürlichen nicht flagbaren Verbindlichkeit herühren sollte, mit der conductio indebiti oder sine causa sein Recht verfolgen<sup>2</sup>).

### §. 936.

#### Retentionssrecht. Begriff und Eintheilungen.

Verschieden von der Compensation ist das Zurückhaltungsrecht, (ius retentionis) ob es wohl in manchem Betracht damit eine Ähnlichkeit hat<sup>3</sup>). Man versteht

- 1) *L. 7. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contr. tut. et util. act. L. 8. §. 2. D de negot. gest.*
- 2) *L. 10. §. 1. D. h. t. S. voET Comment. ad Pand. h. t. §. 19. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 178. Webers Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Eintreden I. St. Nr. VI. S. 66. und Desselben systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 97. und Thibaut Syst. des P. N. 2. S. §. 997. a. E.*
- 3) *Casp. SCHIFORDEGHER ad Anton. Fabrum Lib. I. Tract. I. Wolfgang. Ad. LAUTERBACH Disp. de retentione. Tüb. 1660. Phil.*

steht darunter dasjenige Recht, vermöge dessen man eine dem Andern schuldige Sache, die man aus einer rechtmäßigen Ursache besitzt, einer habenden Forderung wegen, so lange eigenmächtig in seinem Besitz behalten darf, bis man wegen dieser Forderung befriedigt worden ist. Ein Retentionsrecht ist also 1) ohne den Besitz der Sache nicht denkbar<sup>4)</sup>). Der Besitz braucht zwar kein juristischer zu seyn, er muß aber doch 2) rechtmäßig erworben seyn<sup>5)</sup>). Dass aber 3) die Sache, an welcher dieses Recht ausgeübt wird, immer eine fremde Sache seyn, ist kein wesentliches Erforderniß, wenn es gleich der gewöhnliche Fall ist. Man kann auch an seiner etgenen Sache ein Retentionsrecht ausüben, wenn man sie vermöge Contracts einem Andern zu geben schuldig ist, in Ansehung derselben aber Etwas zu fordern hat. So z. B. kann der Verkäufer ein Retentionsrecht an der verkauften Sache exerciren, bis das Kaufgeld bezahlt ist<sup>6)</sup>). Ist die Sache eine fremde Sache, so kann sie entweder

§ 2 dem

*Phil. Iac. HEISLER* Diss. de iure retentionis *Haleae 1751. Ge-*  
*Lud. BOEHMER* Diss. de iure retentionis eiusque effectu *Goett.*  
*1773.* (in *Elect. iuris civ.* Tom. II. Nr. 13.) *Ern. God.*  
*SCHMID* Diss. de iis, quae ad exercendum ius retentionis neces-  
 saria sunt, praef. *Io. Lud. SCHMID* def. *Ienae 1785. Tasc.*  
*lius Versuch einer syst. Darstellung der Lehre vom Retentions-*  
*rechte.* 2. Aufl. *Halle 1793.* 8. und *Frid. Aug. Christ.*  
*SCHNORR* Diss. de iure retentionis eiusque causis et effectu.  
*Lipfiae 1808. 4.*

4) *L. 1. pr. D. de pignorib.*

5) *L. 1. Cod. Unde vi. L. 25. D. de pignorib.*

6) *L. 13. §. 8. D. de action. emti vend. L. 22. D. de heredit.*  
*vel act. vend. L. 31. §. 8. D. de accilit. Edict.*

dem Schuldner selbst, oder einem Dritten zugehören, wenn dieser z. B. dem Schuldner die Sache in der Absicht gegeben hat, um sie seinem Gläubiger zum Pfande zu geben<sup>7</sup>). 4) Das Wesen des Retentionsrechts besteht blos in dem Recht, eine Sache nicht eher aus meinem Besitz zu lassen, als bis ich wegen einer Schuld, deren sich entweder derjenige selbst, welcher die Sache von mir fordert, oder ein Dritter, wegen dessen Verbindlichkeit mir die Sache zur Sicherheit gegeben wurde, gegen mich zu entschädigen hat, vollkommen befriedigt worden bin. Dieses Recht kann ich eigenmächtig ausüben, ohne daß ein richterliches Defret dazu erforderlich ist. Denn es kommt hier nicht auf Erwerbung, sondern nur auf Erhaltung und Behauptung des Besitzes an. Das Mittel, welches mir die Gesetze zur Ausübung dieses Rechts geben, ist die exceptio doli mali, mit welcher ich den Kläger zurückweisen kann, wenn er die Herausgabe der Sache von mir verlangt, ehe er mich befriedigt hat<sup>8</sup>).

Es ergiebt sich hieraus, worin sich das Retentionsrecht von der Compensation unterscheidet. Abrechnung ist zwar immer mit einer Zurückhaltung desjenigen verbunden, was man sonst hätte bezahlen müssen. Paulus und Papinian sagen dieses selbst<sup>9</sup>). Daher werden auch zuweilen die Benennungen retentio und compensatio

7) L. 5. §. 12. D. *Commodati*.

8) L. 14. §. 1. D. *Communi divid.* L. 21. D. *ad SCt. Trebell.*  
L. 23. §. 4. L. 27. §. 5. L. 48. D. *de rei vindicat.* L. 4.  
§. 9. L. 5. §. 1. L. 14. D. *de doli mali except.* L. 28. D.  
*de pign. act.* S. BOEHMER cit. Diff. §. 16.

9) L. 4. L. 20. D. h. t.

tio in den Gesetzen<sup>10)</sup> mit einander verwechselt. Allein man kann doch nie sagen, daß jeder, welcher retinirt, auch compensire, wie Schifordegher<sup>11)</sup> sehr richtig bemerkt. Retention und Compensation sind sehr unterschieden<sup>12)</sup>. 1) Durch Compensation wird, wie durch Zahlung, eine Schuld getilgt. Allein durch Retention nur Sicherheit wegen einer Forderung bezweckt. Daher sagen auch die Gesetze, die Retention diene statt eines Pfandes, (*quasi pignoris loco est*)<sup>13)</sup>. Doch darf deswegen Pfandrecht und Retentionsrecht nicht mit einander vermisch werden<sup>14)</sup>. 2) Wer compensiren konnte, solches aber aus einem Irrthum unterließ, kann das Gezahlte noch immer mit der conditione indebiti zurückfordern<sup>15)</sup>; allein wer die Sache, welche er retiniren konnte, einmal aus seinem Besitz gelassen hat, dem steht kein

Zus.

10) *L. 7. § 5. D. Solato matrim. L. 5. D. de dote praeleg. L. 11. C. depositi. L. 1. Cod. rer. annotar.*

11) *Ad Ant. Fabrum. Lib. I. Tract. I. Qu. 1. et 2.*

12) *Casp. SCHIFFORDEGHER* cit. loco Qu. 5. et 6. hat diesen Unterschied sehr ausführlich erörtert.

13) *L. 13. §. 8. D. de act. Emti. L. 22. D. de heredit. vel act. vend. L. 31. §. 8. D. de aedilit. Edicto. L. 15. §. 2. D. de furtis. S. Greg. MAJANSIUS Disput. iuris civ. Tom. I. Disp. XXVIII. §. 6. pag. 428. RIND Quaest. sor. Tom. II. cap. 8.*

14) Beydes wird nicht undeutlich in der *L. 1. C. Si aliena res pignori data sit*, unterschieden. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 172. §. 1. und Westphals Pfandrecht §. 6. Not. 18. a.

15) *L. 10. §. 1. D. de compensat.*

Zurückforderungsrecht zu<sup>16</sup>). 3) Die Compensation geschieht ipso iure; allein die Retention mittelst der exceptio doli. Daher hat 4) die Compensation eine fortdauernde Wirkung, allein die Retention nur eine zeitige, welche aufhört, sobald der Gläubiger befriedigt ist. 5) Die Retention erfordert den Besitz der Sache als wesentliche Bedingung, ohne welche dieselbe durchaus nicht Statt finden kann<sup>17</sup>). Dafs hingegen bey der Compensation der Besitz in keine Betrachtung kommt, erhellt daraus, weil der Bürge in Abrechnung bringen kann, was der Gläubiger dem Hauptschuldner schuldig ist<sup>18</sup>). Endlich 6) der Compensation kann Statt finden, wo keine Retention zugelässig ist, und umgekehrt. Denn so kann z. B. der Mann wegen geschehener Entwendung das Heyrathsgut der Frau nicht zurückhalten<sup>19</sup>), wohl aber kann deshalb eine Compensation Statt finden<sup>20</sup>). Ferner ein Retentionsrecht kann allen

16) L. 51. D. de conduct. indeb. L. 30. D. eodem. Eine Ausnahme enthält L. 21. D. ad SCt. Trebell. Heres, cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit. Similem eum Aristoteles ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt. Sed posse eum rerum hereditiarum possessionem vel repetere vel nancisci.

17) L. 29. §. 1. D. de eviction. L. 36. D. ad SCt. Trebell. Et addi velim, sagt hierbey SCHIFORDEGHER c. I. Qu. 6. retinere posse unumquemque, qui modo detineat, licet non possideat eo possessionis genere, quod proprium est interdictorum, ut ULPIANUS loquitur in L. 9. D. de rei vindicat.

18) L. 5. D. h. t.

19) L. un. §. 5. Cod. de rei uxori. act.

20) L. 6. Cod. h. t. S. Hug. DONELLUS in Comment. ad h. L. Cod. nr. 5. SCHIFORDEGHER cit. loc. Qu. 2. pag. 3.

allen Sachen ausgeübt worden, welche eines Besitzes fähig sind, nur nicht bey unkörperlichen Sachen<sup>21</sup>). Es kann daher auch eine species retinirt werden, wenn gleich die Forderung des Gläubigers ein debitum generis ist<sup>22</sup>). Allein eine Compensation findet nur bey fungiblen Sachen von gleicher Gattung, aber nie bey individuellen Sachen Statt<sup>23</sup>).

Das Retentionsrecht ist nun von verschiedener Art. I. In Rücksicht des Fundaments ist es entweder a) in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze gegründet. Hier wird es ein nothwendiges oder gesetzliches (ius retentionis necessarium seu legale) genannt. Ein solches hat z. B. die Ehefrau wegen ihres Heyraths-guts<sup>24</sup>); desgleichen derjenige, welcher in gutem Glauben auf einen fremden Grund und Boden gebauet hat, wegen der verwendeten Baukosten, sofern er nämlich im Besitz ist<sup>25</sup>). Oder b) in dem Willen desjenigen, dessen Sache retinirt wird. — Ein freywilliges Retentionsrecht (ius retentionis voluntarium); und dieses gründet sich entweder in einem Vertrage, oder in einer letzten Willensverordnung. Jenes wird ein conventionelles, letzteres ein testamentarisches Retentionsrecht genannt. Beydes lässt sich nur aus dem Inhalte der Willenserklärung, wodurch es ertheilt worden ist, näher be-

21) L. 36. Cod. ad SCt. Trebell.

22) L. 33. D. de conduct. indeb.

23) L. 18. pr. D. de pign. act.

24) L. 29. Cod. de iure dot.

25) §. 30. I. de rer. divisi.

bestimmen, und kann nicht weiter ausgedehnt werden, als soweit es dem Gläubiger bewilligt worden ist<sup>26</sup>). Mantheilt das Retentionsrecht auch II. in Rücksicht der Form ein in ein qualifiziertes und einfaches, je nachdem es entweder mit einem andern dinglichen Rechte verbunden ist, oder nicht<sup>27</sup>). Genes. kann entweder mit einem Pfandrechte<sup>28</sup>), wie z. B. dasjenige, was der Vermieter an den Sachen des Miethmanns wegen der Miethzinsforderung ausübt<sup>29</sup>), oder mit einem Eigenthumsrechte, wie dasjenige, welches dem Verkäufer wegen noch nicht erhaltenen Kaufgeldes an der verkauften Sache zusteht<sup>30</sup>); oder mit einem Erbrechte verbunden seyn, wie das Retentionsrecht des Erben wegen der ihm gebührenden Falcidischen oder Trebellianischen Quarte<sup>31</sup>). Um dieser Eintheilung ein praktisches Interesse zu geben, sagt man gewöhnlich<sup>32</sup>), das qualifizierte Retentionsrecht behalte seine Wirkung auch noch nach entstandenem Concurse<sup>33</sup>), und berechtige den Gläubiger, sich selbst aus der

26) S. Dabelow Handbuch des heutigen röm. deutschen Privatrechts. I. Th. §. 360.

27) S. BOEHMER Diss. de iure retentionis §. 17. SCHMID Diss. de iis, quae ad exerc. ius retentionis necessaria sunt. §. 4. MALEBLANC Princ. iuris Rom. P. I. §. 196. not. a. in fin. Thibaut Syst. des P. R. I. B. §. 311.

28) L. 25. D. de pignor. et hypoth.

29) L. 4. D. In quib. cnes. pignus.

31) L. 14. §. 1. L. 15. §. 1. L. 16. pr. L. 80. §. 1. L. 90. D. ad Leg. Falcid. L. 21. D. ad SCt. Trebell.

32) S. BOEHMER cit. Diss. §. 19. et 21. MALEBLANC cit. Princip. iur. Rom. §. 196. not. a. in fin.

33) L. 15. §. 5. D. de re indic.

der Sache zu befriedigen<sup>34)</sup>), so wie auch die Sache wieder zurück zu fordern, wenn er den Besitz derselben aus Irrthum aufgegeben haben sollte<sup>35)</sup>), welches Alles sich bey dem einfachen Retentionsrechte anders verhalte. Allein theils sind diese Sähe nicht außer Zweifel, wie zu seiner Zeit sich mit Mehrerem ergeben wird, theils nicht auf alle unter das qualificirte Retentionsrecht gezogenen Fälle anwendbar. Daher wird von mehreren heutigen Rechtsgelehrten<sup>36)</sup> diese Eintheilung nicht ohne Grund verworffen. Man glaubt vielmehr, daß sich das Retentionsrecht nach der Analogie vom ususfructus, richtiger in ein materielles und formelles eintheilen lasse. Erstes wird dasjenige genannt, welches aus dem Pfandrecht entspringt, und einen Bestandtheil desselben aussmacht; unter dem letztern aber wird dasjenige verstanden, welches aus dem Gesetze entspringt, und für sich besteht. Erstes ist also eine Folge des Pfandrechts, so wie der ususfructus materialis ein Theil des Eigenthums ist. Letzteres aber macht, wie der ususfructus formalis, ein eigenes für sich bestehendes Recht aus.

Uebrigens führt das Retentionsrecht zwar die Verbindlichkeit mit sich, die zurückgehaltene Sache zu verwahren, solche nöthigen Fälls zu verwalten, und auch darüber Rechnung abzulegen<sup>37)</sup>); keinesweges aber folgt aus dem

34) L. 4. L. 9. D. In. quib. caus. pign. L. 29. Cod. de iure dot.

35) L. 21. D. ad SCt. Trebell.

36) S. Dabelow Handbuch des röm. deutsch. Privatrech's 1. Th. §. 359. not. e. Gönnner's Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Bd. Nr. LXXXII. §. 10. und SCHNORR Diss. cit. §. 4.

37) MEVIUS P. I. Decis. 172. LAUTERBACH Diss. de retentione. §. 31.

dem Retentionsrecht an sich das Recht, die retinierte Sache ausschließlich zu verwalten, wosfern nicht der Schuldner solches dem Gläubiger eingeräumt hat, oder dasselbe aus der Natur des dinglichen Rechts herstellt, vermöge welchen das Retentionsrecht ausgeübt wird<sup>38)</sup>). Aus der bloßen Besugniß, die Sache einstweilen in seinem Besitz zu behalten, welche das Retentionsrecht gewährt, läßt sich dieses so wenig herleiten, als die Besugniß, durch Veräußerung der Sache, oder ihren sonstigen Gebrauch, seine Besriedigung zu nehmen<sup>39)</sup>). Soviel ist jedoch gewiß, daß das Recht sowohl auf die Erben desjenigen, dem es zusteht, als auf jeden andern Successor, dem er seine Forteitung abgetreten hat, übergeht, wie auch schon Voet<sup>40)</sup> ganz richtig bemerkt hat.

### §. 937.

#### Erfordernisse des gesetzlichen Retentionsrechts.

Das gesetzliche Retentionsrecht erfordert nun, wenn es rechtmäßig ausgeübt werden soll,

I. das Daseyn eines Gesetzes, welches in dem vor kommenden Falle die Ausübung desselben erlaubt<sup>41)</sup>). Denn die Retention ist unstreitig eine Art von Selbsthülfe

38) S. BOEHMER Diss. de iure retentionis. §. 18.

39) Henr. BROKES select. observat. for. Obs. 263. Dablow angef. Handbuch 1. B. §. 364.

40) Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. in fin.

41) S. HEISLER Diss. de iure retentionis §. 30. BOEHMER cit. Diss. §. 7. Walter Vinc. WIESE Diss. de retentione pignoris. Rosochii 1780. §. 5. not. c. SCHNORR Diss. de iure retentionis §. 8.

hülfe<sup>42</sup>). Im Staate kann aber Niemand, der eine Forderung an einen Andern zu haben glaubt, sein Recht gegen diesen anders, als unter richterlicher Auctorität, verfolgen, sofern nicht die Selbsthülfe besonders erlaubt ist. Bekannt ist das Decret des Kaisers Marcus, dessen Worte *Callistratus L. 13. D. Quod metus causa* anschrift: Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. — *Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit.* Gegen diese Verordnung streitet offenbar eigenmächtige Zurückhaltung einer dem Andern schuldigen Sache, welche mir nicht verpfändet worden ist. Sie kann daher anders nicht Statt finden, als in den Fällen, in welchen das Gesetz sie ausdrücklich erlaubt, und es findet hier keine ausdehnende Erklärung Statt<sup>43</sup>).

II. Die Forderung, um deren Willen das Retentionsrecht ausgeübt wird, muß an sich eine wahre, gesetzlich nicht reprobirte Forderung seyn, sie mag übrigens eine natürliche oder bürgerliche Verbindlichkeit zum

42) HEISLER cit. Diss. §. 28.

43) Anderer Meinung sind zwar SCHIFORDEGUER ad *Anton. Fa-brum Lib. I. Tract. I. Qu. 3. et 4.* und LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXV. Cor. 2. Letzter bezieht sich besonders auf *L. 12. D. de vi et vi armata.* Allein es ist in diesem Gesetz von einem Retentionsrecht mit keinem Wor-te, sondern davon die Rede, ob dem Verpächter gegen den Pächter wegen verweigerter Restitution des verpachteten Gutes das Interdictum unde vi zulasse? S. HEISLER cit. Diss. §. 30. Not. 2. Man sehe noch *L. 25. §. 1. in fin. D. Soluto mi-trim. L. 5. Cod. in quib. caus. pign. und L. ult. C. Commo-dati.*

zum Grunde haben, wenn sie auch an sich nicht flagbar seyn sollte<sup>44</sup>). Ob die Forderung des retinirenden Gläubigers auch sofort liquid seyn müsse, hängt von der Natur der gewählten Proceßart ab. a) Wird er im ordentlichen Proceß auf Herausgabe der Sache belange, so kann er das Retentionsrecht ausüben, wenn auch seine Forderung noch nicht liquid ist. b) Ist hingegen eine executive Proceßart gewählt, so kann er das Retentionsrecht nur dann ausüben, wenn seine Forderung sofort klar ist<sup>45</sup>). Es kann jedoch auch in dem ersten Falle der Kläger dadurch dem Retentionsrechte des Beklagten ein Ende machen, wenn er Caution leistet, den Beklagten wegen seiner Forderung auf den Fall befriedigen zu wollen, da er sie noch klar machen würde<sup>46</sup>). Die Caution kann durch Bürgen oder Pfand geleistet werden<sup>47</sup>). Da sie aber gerade mit der Sache selbst geleistet

44) L. 16. §. 4. D. de fideiussor. L. 6. D. de compensat. L. 51. D. de cond. indeb. S. Iac. CUJACIUS Observ. Lib. XVIII. cap. 10.

45) S. Thibaut System des Pand. R. 1. B. §. 311. a. E.

46) L. 5. D. de statuliber. CARPOV Iurispr. for. P. II. Const. 25. def. 17. MEVIUS P. III. Decis. 368. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CLXXV. medit. 3. et 4. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 9. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 130. Das Gegentheil behaupten jedoch mehrere aus dem Grunde, weil es schwer sey, eine annehmliche Caution zu bestimmen, wenn die Größe der Forderung noch nicht constirt. S. Aut. FABER in Cod. Lib. II. Tit. 22. Def. 15. nr. 4. LAUTERBACH Diff. de retentione Th. 7. und SCHNORK cit. Diff. §. in fin. Dahingegen stellt VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 21. alles dem richterlichen Ermessen anheim.

47) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. Th. 4. not. 9.

set werden müsse, deren Restitution verlangt wird, wie einige<sup>48)</sup> behaupten wollen, ist nicht erforderlich, auch ganz zweckwidrig.

III. Die Forderung, wegen deren man eine Sache zurückhalten will, muß mit der Sache selbst in Verbindung stehen (*debitum connexum*)<sup>49)</sup>. Dahin gehört 1) wenn der Besitzer auf die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe nothwendige oder nützliche Unkosten verwendet hat. Aus diesem Grunde der Version geben die Gesetze dem bonae fidei possessor die exceptio doli, wenn er vom Eigenthümer der Sache mit einer Reaklage auf Restitution derselben belangt wird<sup>50)</sup>. Aus diesem Grunde läßt sich auch das Retentionsrecht erklären, welches der magister navis an den geretteten Schiffsgütern ausüben kann<sup>51)</sup>. Da jedoch hier alles von der Verordnung des Permissivgesetzes abhängt, so muß auch daraus beurtheilt werden, ob blos wegen eines nothwendigen, oder auch wegen eines nützlichen Aufwandes das Retentionsrecht gestattet wird. Denn so kann z. B. das Heyrathsgut der Frau nur wegen nothwendiger, nicht aber wegen blos nützlicher Ver-

48) STRYK Diff. de possessione per cautionem non auferenda. Cap. II. §. 15. SCHLAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 9. SCHMID Diff. de iis quae ad exerc. ius ret. nec sunt. §. 12.

49) BOEHMFR cit. Diff. §. 9—13.

50) §. 30. I. de rer. div. L. 27. §. 5. L. 48. D. de rei vindicat. L. 7. §. 12. L. 9. §. 1. D. de acquir. rer. dom. L. 14. D. de doli mali et met. except.

51) L. 2. pr. D. ad Leg. Rhod. de iactu S. den 14. Th. dieses Commentars §. 889. und Thibaut Eyst. des P. R. 1. Th. §. 311. der 3. Außg.

Verwendungen zurück gehalten werden<sup>52)</sup>). Aus dem Grunde der versio in rem kann auch der Gläubiger das Pfand retiniren, wenn gleich der Pfandcontract an sich nichtig ist<sup>53)</sup>). Einem nützlichen Aufwände werden die Dienste gleichgeachtet, dieemand in Anschung einer Sache geleistet hat. So können z. B. Sachwalter die Privatacten und Documente ihrer Clienten, oder Constituenten, desgleichen Notarien die versfertigten Instrumente so lange zurückhalten, bis sie ihr Honorarium erhalten haben<sup>54)</sup>). Eben so können Handwerker und Professionisten die Sache, an welcher sie Arbeiten verrichtet haben, bis zur Erlangung ihres verdienten Lohns inne behalten<sup>55)</sup>). 2) Wenn die Forderung des Besitzers aus eben dem Geschäft entstand, aus welchem gegen ihn auf Restitution der Sache geklagt wird. Dies ist der Fall, wenn ich eine Forderung aus einem Contract oder Quasi-Contract durch eine actio contraria verfolgen kann. Hier bin ich berechtigt die Sache zu retiniren, wenn die Herausgabe derselben durch die actio directa von mir verlangt wird. So lehrt CAJUS L. 18. §. ult. D. *Commodati*, wenn er sagt: *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo*

52) *L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. §. 37. I. de action. L. 5. pr. D. de impens. in res. dot. fact.*

53) *L. 1. Cod. Si aliena res pign. dat.*

54) *L. 25. in fin. D. de procurat.* LAUTERBACH Diss. de retentione Th. 21. SCHMID cit. Diss. §. 13. keinesweges aber ist es einem Beamten erlaubt, an Gerichtsacten ein Retentionsrecht auszuüben. S. CRAMER Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 305.

55) Gasilius vom Retentionsrecht. §. 16.

eo agitur, potest salvum habere *iure pensionis*. Dass unter dem ius pensionis gar wohl das Retentionsrecht verstanden werden kann, hat schon Wilhelm Fornesius<sup>56)</sup> bemerkt. Man sehe also, ich hätte ein fremdes Pfand, welches der Gläubiger verkaufen wollte, um es dem Schuldner zu erhalten, ohne Auftrag desselben eingesetzt. Klagt hier der Schuldner gegen mich mit der actio negotiorum gestorum directa, auf Herausgabe desselben; so kann ich von ihm verlangen, dass er mir die gehabte Auslage wieder erstatte. Deshalb steht mir die actio negotiorum gestorum contraria zu. Da aber meine Forderung hier aus dem nämlichen Geschäft entspringt, aus dem mein Gegner die Herausgabe der Sache verlangt, so bin ich nun auch befugt, die Sache, bis zu meiner Befriedigung, zu retiniren<sup>57)</sup>). Aus gleichem Grunde steht dem Commodatar<sup>58)</sup>, dem Pfandgläubiger<sup>59)</sup>, Wormus de<sup>60)</sup> u. s. w. ein Retentionsrecht zu. 3) Wenn die Schuld aus der Sache, welche retinirt wird, bezahlt werden muss, die Verbindlichkeit röhre nun aus einem Vertrage, oder aus einer von den Gesetzen anerkannten

ten

56) Selection. Lib. II. cap. 14. (in *Thef. Ottonian.* Tom. II. pag. 63.)

57) *L. 1. pr. D. Quib. mod. pign. vel. hypoth. solvit.*

58) *L. 15. §. 2. L. 59. D. de furt. S. den 13. Th. dieses Commentars §. 857. S. 464.*

59) *L. 8. pr. D. de pignor. act.*

60) *L. 1. §. 4. D. de contr. et utili tut. act. L. 3. Cod. de contr. iud. tut. S. 10. WUNDERLICH Disq. de iure retentionis, quantum tutori competit. Ienae 1758.*

ten Billigkeit her. Böhmer<sup>61)</sup> erklärt hieraus das Retentionsrecht, welches der magister navis an den geretteten Schiffsgütern ausüben kann; weil die übrigen Schiffsinteressenten, die sich deshalb an den magistrum navis halten können, aus diesen Gütern wegen ihres durch den Seewurf erlittenen Verlusts ihre Besiedigung erhalten müssen. Allein vielleicht ließe sich dieses Recht aus dem oben angegebenen ersten Grunde richtiger erklären. Ein anderes Beispiel nimmt er aus L. 26. S. 4. *D. de conduct. indeb. her.* Es hat Jemond, der nur 100 Thlr. schuldig war, in der irrigen Meinung, als ob er 200 Thlr. schuldig wäre, dem Gläubiger ein Grundstück, welches 200 Thlr. werth ist, an Zahlungsstatt gegeben. Hier kann nach Ulpian's Entscheidung das Grundstück ganz zurückgesfordert werden, damit nicht der Schuldner in eine ihm ungelegene Gemeinschaft mit dem Gläubiger gerathe. Die Schuld ist nun aber auch dadurch nicht getilgt. Weil indessen das Grundstück an Zahlungsstatt gegeben war, so kann es der Gläubiger so lange zurück behalten, bis die Schuld bezahlt ist. Ulpian sagt: *Condictio integræ rei manet, et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.* Allein es wird sich unten noch ein anderer mehr treffender Grund hiervon angeben lassen. Richtiger werden diejenigen Fälle hierher gerechnet, da der Gläubiger sich in dem rechtmäßigen Besitz einer ihm hypothekarisch verpfändeten Sache befindet. So kann z. B. der Vermieter eines Hauses an den Illaten seines Miethmanns, und die Ehefrau wegen ihres Eingebrachten an den Sachen des Mannes ein Retentionsrecht ausüben

61) Diss. cit. §. II.

üben<sup>62)</sup>). 4) Wenn man durch eine fremde Sache einen vom Eigenthümer zu ersehenden Schaden erlitten hat. Hier schützen uns die Gesetze so lange im Besitz der Sache, bis der Schade vollkommen erseht ist. Wenn z. B. des Nachbars Gebäude mir durch seinen Einsturz geschadet hat, so kann ich die auf meinen Grund gesunkenen Materialien retiniren, bis mir der Schade erseht ist<sup>63)</sup>). Eben so, wenn durch Gewalt des Windes und Wassers ein fremdes Schiff auf meinen Acker getrieben wird. Hier sagen es die Gesetze ausdrücklich, daß ich das Schiff retiniren könne, bis mir der durch dasselbe zugefügte Schade vergütet worden ist<sup>64)</sup>). Unrichtig rechnet man auch hieher die nach deutschen Rechten erlaubten Pfändungen z. B. fremder Thiere, die uns auf unserm Grundstück Schaden zugefügt haben, wovon ich schon an einem andern Ort<sup>65)</sup> gehandelt habe. Denn zwischen diesem Pfändungs- und dem Retentionsrecht ist noch ein großer Unterschied. Zenes setzt den Besitz der zu retinirenden Sache so nothwendig voraus, daß es ohne denselben gar nicht denkbar ist. Letteres aber dient dazu, um erst den Besitz zu erlangen, und wird also in Ermangelung des Besitzes

62) L. 4. et 9. In quib. caus. pignus. L. 29. Cod. de iure dotium.

63) L. 6. L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. de damno infecto.

64) L. 9. §. 3. D. eodem. L. 8. D. de incendio ruin. naufrag.

65) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 697. Vergl. auch Henr. God. BAUER Exercitat. iur. civ. de pigneratione privata. Lipsiae 1810.

siges ausgeübt <sup>66</sup>). Daher gestattet auch das römische Recht durchaus keine Privatpfändungen <sup>67</sup>). Endlich 5) wenn man eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben soll, so kann man sie, bis diese erfolgt ist, zurückhalten. z. B. die verkauzte Sache, so lange das Kaufgeld nicht bezahlt ist. Hierher gehört auch richtiger das oben bey Nr. 3. aus L. 26. §. 4. *D. de conduct. indeb.* angeführte Beispiel <sup>68</sup>).

Ist keiner von diesen Gründen der Connerităt vorhanden, so findet das Retentionsrecht nicht Statt <sup>69</sup>). Nur bey dem Pfandinhaber machen die Gesetze eine Ausnahme <sup>70</sup>). Dieser ist bey einem gültig bestellten Conventional-

66) E. Henr. Gottfr. BAUER *Observationes grammaticae atque historicae circa pignerationem privatam.* Lipsiae 1810. P. II. §. 2. pag. 18. sq.

67) L. 39. §. 1. *D. ad Leg. Aquil.*

68) S. Thibaut *System des Pandect. Rechts* 1. Th. §. 311.

69) Anderer Meinung ist zwar Iac. Frid. LUDOVICI in Diff. de iure retentionis ex diversa etiam causa competente. Halae 1716. Allein dieser Meinung stehen L. 5. *D. de dote praeleg.* L. 5. *Cod.* In quib. causis pignus. L. 4. *Cod. commodati.* L. 11. *Cod. depositi* offenbar entgegen. Man sehe BOEHMER Diff. de iure retentionis. §. 12. et 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXV. medit. 5. SCHMID Diff. de iis, quae ad exercend. ius ret. necess sunt. §. 15. und MÜLLER Observ. pract. ad Leyserum. Tom. II. Fasc. I. Obs. 368.

70) L. un. *Cod. Etiam ob-chirographar. pecun. pignus teneriposse.* — At si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli malis non cogeris.

tionalpfandrechte <sup>71)</sup>) besugt, das Pfand auch wegen anderer nicht concreter Forderungen so lange zurück zu halten, bis alles übrige bezahlt ist; wenn gleich die eigentliche Pfandschuld schon ist abgetragen worden <sup>72)</sup>). Dieses Retentionsrecht ist jedoch nur gegen den Schuldner und dessen Erben von Wirkung. Gegen einen Dritten, z. B. gegen einen nachgehenden hypothekarischen Gläubiger, wel-

## J 2

der

cogeris. *Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligarunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisficerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.* Man sehe über dieses Gesetz des Kts Gordian Iac. cujaci Recitat. solemn. in Cod. Lib. VIII Tit. 26. Hugo DONELLUS Comm. ad eund. Tit. und Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL Cod. ad h. Tit. P. II. pag. 360.

71) S. Reinh. BACHOVIUS Tr. de pignorib. et hypothecis Lib. III. cap. 5. nr. 7. Io. Henr. Christ. ERXLEBEN Principia de iure pignor. et hypothecar. §. 202. besonders Walt. Vinc. wiese Diff. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa. Rostochii 1780. §. 30. et 31. und Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. X.

72) S. Webers systemat. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 108. Anderer Meinung ist zwar wiese cit. Diff. §. 13. Er unterscheidet mit coccesi in iure civ. controv. Lib. XX. Tit. 1. Qu. 17. ob der Gläubiger die ihm angebotene Bezahlung der Pfandschuld angenommen habe, oder nicht. Im ersten Falle sei das Recht des Gläubigers an dem Pfande erloschen, und er könne daher auch wegen der übrigen noch rückständigen chirographarischen Forderungen kein Retentionsrecht weiter ausüben. Allein die zur Bestärkung dieses Unterschiedes angeführten L. 11. §. 3. D. de pign. act. und L. 3. Cod. de luit. pign. beweisen so wenig, als die L. 20. Cod. etiam ob chirograph. pecun. ein Wort davon enthält. Siehe den 14. Th. §. 871. dieses Commentars.

cher sich des Eintretungsrechts bedienen will, findet es nicht Eratre. Dieser braucht nur die Pfandschuld zu bezahlen, um das Recht und Pfand des abgesundenen Gläubigers zu erhalten<sup>73)</sup>. Es kann ihm folglich auch die exceptio doli nicht entgegengesetzt werden. Wer nun außer jenem Falle, widerrechtlich vom Retentionsrechte Gebrauch macht, ist dem Schuldner zum Erfah alle Schadens verpflichtet, welchen er ihm dadurch zugefügt hat<sup>74)</sup>.

Ob übrigens das Retentionsrecht auch im Concurrenz der Gläubiger von Wirkung sey, wenn ein Gläubiger eine dem Schuldner elgen gehörige Sache in Händen hat, ist besonders in dem Falle eine sehr bestrittene Rechtsfrage, wenn ihm daran ein Pfandrecht zusteht? Denn daß das sogenannte einfache Retentionsrecht im Concurs aufhöre, bezweifelt Niemand. Nach dem röm. Rechte kann zwar jene Frage nicht aufgeworfen werden, weil der Concurs, welcher bey den Römern eigentlich mit der cessio bonorum oder mit der missio in bona debitoris seinen Anfang nahm, und die dadurch entstandene Gemeinschaft, nur die vorzugslosen chirographarischen Gläubiger anging, folglich bey demselben

73) *L. un. Cod. etiam ob chirogr.* Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditor i offerte. Von diesem Falle, da der besitzende Pfandgläubiger mit einem ihm nachstehenden Gläubiger, des Pfandes halber zu thun hat, der durch Ausbezahlung der Pfandschuld in die Stelle und Rechte des ersten treten will, ist ohne Zweifel auch die so sehr bestrittene *L. 4. Cod. de usuris* zu verstehen, wie Weber in den Versuchen über das Civilrecht S. 197—201. überzeugend dargethan hat.

74) BOEHMISCH. Diss. de iure retentionis. §. 14.

ben kein Pfandgläubiger in diese Gemeinschaft der Creditoren zu treten verbunden war. Jeder von diesen Gläubigern verfolgte seine Hypothek für sich, und blieb, bis zu seiner völligen Besiedigung, in dem ruhigen Besitz des Pfandes. So lange also die Pfandgläubiger nicht befriedigt waren, konnten die chirographarischen Gläubiger keine Immision in das Vermögen des Schuldners erhalten<sup>75)</sup>). Allein gerade darin unterscheidet sich das heutige Concursverfahren von dem Römischen, daß es ein iudicium universale ist, dessen Charakter sich vorzüglich darin äußert, daß das gesamme Vermögen des Schuldners unter alle diejenigen, welche daran Ansprüche haben, vertheilt werden muß<sup>76)</sup>). Dieser Geist der Allgemeinheit in Auseinandersetzung des verschuldeten Vermögens verpflichtet jeden durch die Edictalcitation aufgeforderten Gläubiger, wenn er aus der gegenwärtigen Concursmasse befriedigt seyn will, seine Forderung bey dem Concurse zu liquidiren. So wie demnach heutzutage hypothekarische Gläubiger sich in den Concurs einzulassen müssen, eben so erfordert es die Rechtsgleichheit, auch den Faustpfandgläubigern eine gleiche Verbindlichkeit aufzulegen, weil ein Faustpfandgläubiger nicht mehr Rechte, als ein hypothekarischer Gläubiger, haben kann. Die Natur des heutigen Concurses, als iudicium universale, bringt es daher mit sich, daß der Faustpfandgläubiger schuldig sey, das Pfand zur Concursmasse ab-

75) L. 10. Cod. de rebus auctorit. iudicis possidend. Dabelows aussführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 273. ff.

76) S. Gönners Handbuch des gemeinen Proceses 4. Band Nr. LXXXII. §. 5. ff.

abzuliefern, und seine Befriedigung in der gehörigen Ordnung aus dem Concurse zu erwarten<sup>77</sup>). So natürlich mir diese Ansicht zu seyn scheint, so sind doch viele Rechtsgelehrten anderer Meinung. Einige<sup>78</sup>) behaupten schlichterding, daß durch den Concurß das Retentionsrecht des Pfandgläubigers nicht aufgehoben werde, mithin der Pfandinhaber, bevor ihm seine Forderung bezahlt worden, zur Herausgabe des Pfandes nicht angehalten werden könne. Andere<sup>79</sup>) hingegen glauben, daß der Pfandinhaber die

Vor-

77) S. Claproths Einleitung in sämmtliche summarische Processe §. 319. Stepfs syst. Lehre vom Contradicitor bey einem förmlichen Schuldentwesen. §. 88. ERXLEBEN de iure pignor. et hypoth. p. 204—210. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläub. S. 682. ff. Gönners Handb. des gem. Proz. IV. B. Nr. 82. §. 10. Dazu Grundsätze der summar. Processe §. 160 nr. V. S. 252. Martins Lehrbuch des bürg. Processes §. 312. u. SCHNORR Diss. de iure retentionis, §. 16.

78) Io. Flor. RIVINUS Diss. de iure retentionis moto concursu. Lipsiae 1728. MEVIUS P. II. Decis. 15. et P. VII. Decis. 40. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 336. Ge. Lud. BOEHMER Diss. cit. de iure retentionis §. 19. besonders Io. Ad. Th. KIND Quaest. for. Tom. II. Cap. 8. und Georg Hoppel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Haustipfänder besonders bey ausgebrochenem Concurse. 3. Absch. S. 74. ff.

79) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXXI. medit. 1. et 2. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXXVI. medit. 1. a RUFENDORF Observation. juris univ. Tom. III. Obs. 60. Paul Wilhelm SCHMID Diss. de iure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. Jenae 1759. Amand. Christ. DORN Diss. de iure retentionis in concursu creditorum. Kilon. 1764. §. 22. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4127. nr. IV. WEBER syst. Entwickl. der Lehre von der

Worthälfte des Retentionsrechts wenigstens so lange genieße, bis vorzüglichere Gläubiger sich gemeldet hätten, welche wegen eines stärkeren Rechts auf die Herausgabe des Pfandes dringen könnten. Eher brauche er sich auch nicht in den Concurs einzulassen, und dann bringe er seine Forderung immer noch zur rechten Zeit in Anregung. Allein die Gründe, welche man zur Unterstützung der gegenthäligen Meinung aus dem römischen Recht<sup>80)</sup> hennimmt, sind wegen der Verschiedenheit des römischen Concursverfahrens von dem heutigen ganz unanwendbar. Man kann auch nicht schließen, weil der Gemeinschuldner das Pfand ohne Bezahlung der Schuld nicht zurückfordern konnte, so komme auch den Gläubigern diese Befugniß nicht zu. Denn repräsentiren auch die Gläubiger die Person des Gemeinschuldners in Rücksicht der Masse, und der darauf haftenden dinglichen Lasten, sowohl activ als passiv, so sind sie deswegen doch nicht als successores universales des Erbarts anzusehen, welche, den Erben gleich, alle und jede Verbindlichkeiten derselben ersfüllen müßten<sup>81)</sup>. Die Gläubiger behalten unter sich immer ein getheiltes Interesse; indem daher manche von denselben als potiores in pignore, ihre eigenen besondern Vorzugstrechte an den zum Faustpfande gegebenen Sachen verfolgen, kann man wohl nicht sagen, daß sie als Repräsentanten der Concursmasse,

der natürl. Verbindlichkeit §. 109. und Thibaut Cyst. des P. R. 3. Th. §. 1225.

80) L. 15. §. 5. D. de re iudic. L. 4. Cod. de pignorib.

81) Vortrefflich ist dieser Satz ausgeführt in Io. Ad. Th. RIND Quæstion. for. Tom. II. cap. 5. Man sehe auch Fratr. BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 94.

masse, das Pfand mit der actio pignera titia abfordern. Man wendet zwar ein, daß in vielen Concursen gar keine Gläubiger vorkämen, die auf einen Vorzug Anspruch machen können. Allein auch dieser Einwurf hebt noch nicht die Regel auf, daß die in den Händen der Gläubiger sich befindenden Pfänder auch vor der Bezahlung zur Concursmasse abgeliefert werden müssen. Denn da diese Pfänder Eigenthum des Gemeinschuldners bleiben, so machen sie unstreitig einen Theil der Concursmasse aus, welcher das billig zu statten kommt, was nach bezahlter Schuld am Kaufpreise übrig bleibe. So lange also diese Faustpfänder noch nicht der Concursmasse einverleibt worden sind, kann man dieselbe noch nicht für vollständig berichtiget ansehen. Den Faustpfandgläubigern nach entstandenem Concuse das Recht einer abgesonderten Befriedigung zuzugeschlagen, würde auch schon darum widerrechtlich seyn, weil ja die Veräußerung des Vermögens bey einem Concuse unter gerichtlichem Ansehen zu vollziehen ist. Wo ist nun aber das Gesetz, welches die Faustpfandgläubiger von der Nothwendigkeit, das Pfand zum Zweck eines ordnungsmäßigen Verkaufs dem Gericht zu überliefern, freyspricht? Wie dadurch der Credit gestört werde, ist auch nicht abzusehen. Dem Gläubiger bleibt ja sein Pfandrecht an der Sache unbenommen, und er erhält auch seine Bezahlung aus dem Erlöß, sofern ihm nicht vorzüglichere Gläubiger vorgehen, und diese hätten ja auch außer dem Concuse das Pfand entwöhren können.

Lib. XVI. Tit. III.  
Depositum vel contra.

---

§. 938.

Begriff, wesentliche und gesetzliche Bestimmungen des Hinterlegungscontracts.

**D**er Hinterlegungs-Contract, *depositum*<sup>82</sup>), *com-mendatum*<sup>83</sup>), ist derjenige Realcontract, wodurch jemandem eine Sache zur Verwahrung ohne einen versprochenen Lohn übergeben, und solche von diesem auch in derselben Absicht mit der Verbindlichkeit zur Restitution übernommen wird. Ulpian nimmt jedoch das Wort *Depositorum* für die hinterlegte Sache selbst, wenn er sagt *L. i. D. h. t. DEPOSITUM est, quod custodiendum alicui datum est.*

82) Woher der Name *depositum* entstanden ist, zeigt Ger. NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 364.

83) *L. 186. D. de uerbis Signif. Commendare nihil aliud est, quam deponere.* Man sehe auch *L. 24. et L. 26. D. h. t. L. 6. L. 9. Cod. eodem.* S. Hug. DONELLUS Commentar. ad rubr. Tit. Cod. Depositum nr. 6. et 7. pag. 248. und ANT. SCHULTING Iurisprud. Anteiusk. pag. 280. not. 3. p. 282. not. 20.

84) Ueber diesen Titel sind zu bemerkten Franc. DUARENUS Commentar. ad hunc Tit. Pand. et Cod. in Operib. pag. 1005. Vinc. CAROCCII Tr. de deposito. Colon. 1604. 8. Io. Henr. BOECLER Diff. de deposito. Argentor. 1708. Aug. de BALTHASAR Diff. de favore depositi. Gryph. 1749. 4. Casp. ZIEGLER Diff.

est<sup>84)</sup>). Gewöhnlich pflegt man zwar in dem Doctrinalbegriff noch hinzuzufügen, daß die Sache auf Verlangen zu jeder Zeit in Natur (in eadem Specie) zurückgegeben werden solle<sup>85)</sup>). Allein diese Bestimmungen sind nicht wesentlich, wie schon Lauterbach<sup>86)</sup> erinnert hat. Denn a) zuweilen kann die hinterlegte Sache erst zurückgesfordert werden, wenn eine gewisse Bedingung eintritt, wie z. B. beym Sequestrum der Fall ist, da eine Sache zur Sicherung der Rechte einer Partien auf einige Zeit in Verwahrung oder Aufsicht gegeben wird, wenn außerdem Gefahr für die Sache zu befürchten ist. Proprietatem in sequestre est depositum, sagt Paulus *L. 6, D. h. t. quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur*. Die Bedingung ist hier gewöhnlich die, daß die Sache nach geendigtem Prozeß dem obsiegenden Theile ausgeliefert werden soll<sup>87)</sup>). Doch kann das Sequestrum auch bei Sachen vorkommen, über welche kein Prozeß geführt wird<sup>88)</sup>). Ein Beispiel von einer Sequestration des Heirathsgutes einer wahnstinnigen Ehefrau bis auf

Diss. de deposito. in eius Disceptation select. Nr. XVIII. pag. 658. und Nic. Chriſph. LYNKER Diss. de privilegiis depositi. Lenae 1678.

85) G. VOET Comm. h. t. §. 1. WESTENBERG Princip. iuris seq. ord. Pand. h. t. §. 4. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1378. u. m.

86) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 1.

87) L. 9. §. 3. D. de dolo malo L. 17. pr. D. h. t. L. 5. Ged. eodem. L. 110. D. de Verb. Signif.

88) G. Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 265.

auf den Fall ihrer Wiederherstellung oder ihres Todes, wenn der Ehemann dasselbe zu verschleudern ansängt, hat Ulpian L. 22, §. 8. D. *Solutio matrim*<sup>89</sup>). Es braucht auch b) nicht immer eben dieselbe Sache restituirt zu werden; zuweilen wird ausgemacht, daß nur tantumdem zurückgegeben werden solle, und dennoch ist die actio depositi begründet, wie Papinian lehrt L. 25. §. 1. D. h. t. *Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantumdem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est*<sup>90</sup>). Man unterscheide also bey dem Hinterlegungscontract die wesentlichen Bestimmungen von denen, welche zwar gewöhnlich und daher rechtlich zu vermuthen, aber doch nicht wesentlich sind, folglich durch Nebenverträge abgeändert werden können, (naturalia depositi).

I. Zu den wesentlichen Bestimmungen dieses Contracts gehören folgende. 1) Uebergabe einer Sache. Denn das Depositum ist ein Realcontract<sup>91</sup>). Daß die Uebergabe immer von dem selbst geschehe, dem die Sache gehört, ist nicht nöthig; sie kann auch mit dessen Einwilligung von einem Andern sogar durch eine fictio brevis manus.

89) Mehrere Beispiele enthalten L. 7. §. 2. D. *Qui satisdare cogant.* L. 39. D. *de solut.* L. 5. Cod. h. t. *S. de cocceji ius civ. controv.* h. t. Qu. 16.

90) *S. Ger.* NOOT *de pactis et transaction.* Cap. 19. *Oper.* Tom. I. pag. 539 sqq. und CORN. VAN BYNCKERHOEK *Observation. iuris Rom.* Lib. VIII. cap. 5. pag. 300.

91) §. 3. §. *Quib. modis re contrah. obligatio.*

manus geschehen<sup>92</sup>). Ein Beispiel führt Papinian L. 25. pr. D. h. t. an. Die sponsaliorum aut postea res oblatae puellae, quae sui iuris fuit, pater suscepit. Heres eius, ut exhibeat, recte convenietur etiam *actione depositi*. Eben so braucht auch die Uebergabe nicht immer dem Depositar selbst zu geschehen, sie kann auch auf seinen Befehl einem Dritten geschehen, der die Sache in seinem Namen verwahren soll. L. 1. §. 14. D. h. t. Idem POMPONIUS quaerit, si apud te volentem me depone-re, iussoris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri? Et ait, si *tuo nomine*, hoc est, quasi te custodituro, deposuisse, mihi, tecum *depositi esse actionem*: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo *depositi actio* est; nec *mandati* teneris, quia rem meam gessi. So lange hingegen die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, ist noch kein Depositum vorhanden, wenn auch gleich der Depositionsschein schon wäre ausgestellt worden. Paulus sagt L. 26. §. 2. D. h. t. Ex epistola obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. 2) Die Sache muß dem Andern zu dem Zweck übergeben seyn, daß er sie verwahre. Diesen wesentlichen Zweck des Contracts bezeichnen die Gesetze mit dem Worte *custodia rei*, worunter also hier die Sorge für die Erhaltung der Sache verstanden, und die Verbindlichkeit ausgedrückt wird, die Sache an einem sichern Ort niederzulegen, damit sie weder entwendet, noch beschädigt werde. Totum fidei eius commissum, quod ad *custodiam rei* pertinet, sagt Ulpian L. 1. pr.

92) E. ZIEGLER cit. Diff. §. 18. et 19.

*pr. D. h. t.* Zwar wird §. 19. oder nach andern §. 17. *I. de obligationib. quae ex delicto* gesagt: Sed is, apud quem res deposita est, *custodiam non praefiat*, sed tan-tum in eo obnoxius est, *si quid ipse dolo malo fecerit*; allein die *custodia* welche hier dem dolus, und also auch der culpa lata entgegengesetzt wird, und welche der Depositar nicht prästiren soll, wird hier in einem andern Sinn genommen. Es wird nämlich durch diesen Ausdruck die Verbindlichkeit bezeichnet, die Sache mit der größtmöglichen Sorgfalt zu bewahren <sup>93)</sup>). Der Depositar soll also nicht für den Untergang oder das Abhandenkommen der Sache verantwortlich seyn, wenn dieser Schaden in keiner groben Nachlässigkeit, sondern nur in einem ganz geringen Versehen seinen Grund haben sollte. Daher heißt es in dieser Stelle, der Depositar habe auch die actio furti nicht, *si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius rei nomine depositi non tenetur, nec ob id eius interest, rem salvam esse* <sup>94)</sup>). Denn wer die actio furti anstellen kann, ohne Eigenthümer der gestohlenen Sache zu seyn, muß, wenn sonst kein besonderer Grund vorhanden ist, die Verbindlichkeit haben, dieselbe mit der größtmöglichen Sorgfalt zu bewahren <sup>95)</sup>). Da also beym Depositum die Auf-be-

93) *Theophilus* sagt in seiner griechischen Paraphrase: *diligentiam non utique debet in re deposita.* *S. de coccei iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.* und *Schömann's Lehre vom Scha-densersatz 1. Th. S. 88. ff.*

94) Man vergleiche hiermit L. 14. §. 3. *D. de furtis.*

95) L. 10. §. 1. *D. Commodati.* L. 14. §. 15. *D. de furtis.* L. 12. *pr. D. eodem.* L. 14. §. 10. et 7. *D. eodem.* *S. von Löhr Theorie der Culpa S. 12. S. 74. ff.*

bewahrung einer Sache den Hauptzweck des ganzen Contracts ausmacht, so muß auch die Sache zu diesem Zweck sofort übergeben werden. Wenn daher dem Andern eine Sache in der Absicht übergeben wird, daß er sie einem Dritten in Verwahrung geben, und wenn dieser sie nicht nehmen wolle, er sie selbst aufbewahren solle; so hat hier die actio depositi eben so wenig, als in dem Falle, statt, wenn ich Jemandem aufringe, sich eine Sache, welche ein Dritter schon in Verwahrung genommen hat, von ihm geben zu lassen, und sie selbst zu verwahren, sondern in beiden Fällen ist die actio mandati begründet; weil hier das Mandat der erste und Hauptcontract ist, welchem custodiae lex nur als ein Nebenvertrag ist hingefügt worden<sup>96)</sup>). Hierher gehört L. I. §. 12. et 13. D. h. t. Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non receperisset, tu custodires, nec eam receperit: videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit? Et POMPONIUS dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. — Idem POMPONIUS quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati, an depositi tenearis? Et magis probat, mandati esse actionem, quia hic est primus contractus. Es muß aber die Sache nicht blos zum Zweck der Aufbewahrung dem Andern übergeben, sondern auch dieselbe von diesem in feiner andern Absicht übernommen worden seyn, wenn das Geschäft als ein Depositum gelten soll. Nam si ego quasi deponens

tibi

96) G. Franc. DEARENUS in Tit. Dig. de reb. credit. Cap. 2. pag. 879. in fin. et sq. Ger. NOODT Comm. ad h. Tit. pag. 364. §. Eft igitur in fin.

tibi dedero, sagt Ulpian L. 18. §. 1. *D. de rebus credit.* tu quasi mutuum accipias: nec depositum, nec mutuum est: sed consumtis nummis condicione sine doli exceptione locus erit. Durch diesen wesentlichen Zweck, welcher bey dem Hinterlegungs-Contract zur Bedingung gemacht wird, unterscheidet sich dieser Contract von andern, in welchen zwar auch die dem Andern gegebene Sache zu verwahren ist, diese custodia aber doch nur Nebenzweck des Contracts ist, wie z. B. beim Commodatum, dem Pfandcontract, auch dem Bevollmächtigungscontract, wenn z. B. dem Procurator die zur Führung des übertragenen Proceses nöthigen Documente anvertraut werden. Denn die Klage auf deren Zurückgabe ist nicht die *actio depositi*, sondern die *actio mandati*<sup>97)</sup>. 3) Die Verwahrung der Sache muß ohne bedungenen Lohn geschehen. Wird ein Lohn versprochen, so ist das Geschäft ein Mietcontract, oder ein contractus innominatus, wenn für die Dienste, statt eines Lohns in Gelde, etwas Anders geleistet werden soll<sup>98)</sup>. Die Zulässigkeit eines Honorariums ist jedoch dadurch nicht ausgeschlossen<sup>99)</sup>. Endlich 4) der Depositarius ist verbunden, die Sache vereinst zu restituiren. War nun die Sache,

als

97) *L. 8. pr. D. Mandati.* Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et LABEO putat, *mandati eum teneri*: nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum, et causam.

98) *L. i. §. 8. 9. et 10. D. h. t. L. 22. D. de praescript. verb.*

99) *L. 2. § 24 D. de vi bonorum raptor.* G. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15.

als eine fungible, deponirt, so braucht nur, wie beym Darlehn, eine Sache von derselben Qualität und Quantität, als zur Verwahrung gegeben worden, von dem Depositar zurückgegeben werden; außerdem muß die Restitution der deponirten Sache in Natur geschehen. Da jedoch auch in jenem Falle, wenn die Sache, als eine fungible, hinterlegt worden ist, dem Deponenten gleichviel gilt, ob er das deponirte Individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität zurück erhält, so kann man mit Wahrheit sagen, es werte auch da, wo tantundem zurückgegeben werden soll, idem, quod depositum fuit, restituiri<sup>100</sup>), und so erklärt sich denn, wenn Justinian sagt §. 3. I. Quib. mod. *re contrahitur oblig.* Et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, *quia et ipse, de ea re, quam accepit, restituenda tenetur.* Soviel hier nächst.

II. die geestlichen und außerwesentlichen Bestimmungen des Depositiuns (*naturalia depositi*) anbetrifft, so gehören dahin folgende. 1) Die deponirte Sache muß in specie restituirt werden<sup>2</sup>). Denn 2) das Eigenthum der Sache bleibt bey dem Deponenten. Nicht einmal der Besitz im juristischen Sinn geht auf den Depositar über, außer wenn von einem Sequester die Rede ist, und zwar diesem der Besitz ausdrücklich übertragen wird; sonst ist auch nicht einmal der Sequester juristischer Besitzer, sondern er verwaltet bloß einen fremden Besitz, daher

<sup>100)</sup> G. Ger. nooBT de pactis et transact. Cap. 19. in Operib. Tom. I. pag. 540.

<sup>1)</sup> L. i. §. 5. D. *de obligat. et actionib.* ZIEGLER Diss. de deposito. §. 36.

daher wird auch durch diesen Besitz die Usucaption nicht unterbrochen. Folgende Gesetzmäßigkeiten sind hier besonders merkwürdig.

L. 17. §. 1. D. h. t. Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est \*): nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.

L. 39. D. de acquir. vel amitt. possess. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si

2) Die Worte *deposita est*, geben unstreitig auf possessio. So erklären *Io. voort* Commentar. h. t. §. 12. und *Ger. NOODT* Commentar. ad Dig. h. t. §. *Consilium mihi fuit* pag. 365. Diese Stelle richtiger, als *Accursum*, welcher sie so verstehen will: *nisi res apud sequestrem deposita est*: d. h. das Depositum gebe keinen Besitz, außer wenn die Sache sequestriert worden. *Franc. DUARENUS* in Comm. ad h. Tit. Cap. 1. in Opp. pag. 1006. hat diese Erklärung mit Recht verworfen, welcher jedoch das *deposita est* ohne Nach durch *omissa est* erklärt. *S. von Savigny* Recht des Besitzes §. 25. S. 285. Not. 2. Eben so unnötig ist die Emendation des *Marq. FREHER* Parergor. seu Verisimil. Lib. I. cap. 7. (in *Thef. iuris Rom.* Otton. Tom. I. pag. 870.) welcher lesen will: *Tum autem demum sequester possidet, cum id agitur* etc. *S. Ant. SCHULTING* Thef. contro. Dec. LVIII. Th. 20. Zwar liestet auch *POTHIER* Pandect. Iustinian. h. t. Nr. X. not. d. *cum id agitur*. Allein schon die genaue Uebereinstimmung der *Castilian* Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. const. 17. §. 1. mit der Ressort unserer Pandecten verbietet jede Emendation. Man vergleiche noch *Elb. LEONINUS* Emendat. Lib. VII. cap. 1. *Io. Conz. RÜCKER* Observation. Cap. III. §. 6. *Iac. VOORDA* Elector. Cap. 15. und vergleichlich *ZUMMINGHAUS* ad *Cocceji ius civ. contrav.* h. t. Qu. 19. not. y.

Blüds Erklärt. d. Band. 15. Th.

R

si omittendaे possessionis causa, *et hoc aperte fuerit approbatum*: ad usucaptionem possessio eius partibus non procederet. At si custodiae causa deponatur, ad usucaptionem eam possessionem victori procedere constat.

3) Der Depositär darf die zur Bewahrung empfangene Sache ohne Wissen und Willen des Deponenten nicht gebrauchen, sonst begeht er ein furtum usus<sup>3)</sup>. 4) Er steht in der Regel nur für den Dolus und culpa lata<sup>4)</sup>.

### §. 939.

Sachen, welche deponirt werden können.

Schon der Name des Niederlegungs- oder Hinlegungscontracts, so wie die vom Ulpian L. I. pr. D. h. t. angegebene Etymologie des Wortes *depositum*, dictum ex eo, quod ponitur, beweisen hinlänglich, daß nur bewegliche Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyn können. Erage ich also jemandem die Aufsicht über mein Haus während meiner Abwesenheit auf, so ist dieses Geschäft zwar ein Mandatum, aber kein Depositum<sup>5)</sup>. Man findet daher auch in den Gesetzen des römischen Rechts nicht ein einziges Beispiel von dem Depositum einer unbeweglichen Sache. Huber<sup>6)</sup>,

Scruv

3) §. 6. I. *de obligat. quae ex delicto nasc.*

4) §. 3. I. *Quib. mod. re contrah. obl.* L. 32. D. h. t.

5) S. Car. Gottl. wördlich Diss. de custodia rei alienae immobiliis non deposito, sed mandato. Lipsiae 1732.

6) Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 12.

Struv<sup>7</sup>), Stryk<sup>8</sup>), Westenberg<sup>9</sup>), Schulting<sup>10</sup>), Wissenbach<sup>11</sup>), Cocceji<sup>12</sup>), Emminghaus<sup>13</sup>), Tredelenburg<sup>14</sup>), und Thibaut<sup>15</sup>) stimmen alle darin überein, daß das Depositum blos auf bewegliche Sachen gehe. Dennoch sind viele Rechtsgelehrten<sup>16</sup>) anderer Meinung. Sie berufen sich auf mehrere Gesetzesstellen, woraus sie zu beweisen suchen, daß auch bey unbeweglichen Sachen eine custodia statt finde *L. II. D. de peric et commodo rei vendit.* *L. 38. pr. D. de damno infecto.* *L. 3. §. ult. D. de acquir. vel amitt. poss.* *L. I.*

§ 2

Cod.

- 7) Evolut. controversiar. h. t. Th. 35. pag. 300.
- 8) De cautel. Contract. Sect. II. cap. 3. §. 6.
- 9) Princip. iur. Rom. sec. ord. Pandect. h. t. §. 6.
- 10) Thes. controv. Decad. LVIII. Th. 2. und in Iurisprud. Antejust. pag. 281. not. 11.
- 11) Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXXI. Th. 11.
- 12) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.
- 13) *Ad Coccejum c. l. not. d. et e.*
- 14) Exerc. iur. civ. de sequestratione curatius definienda. *Batzovii* 1765. §. 17.
- 15) *Eyst. des Pand. Rechts.* 2. B. §. 891.
- 16) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. MÜLLER ad Struvium Exerc. XXI. Th. 35. not. d. ZIEGLER Diss. de deposito §. 23. et 24. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 2. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 526. *Reinh. Frid. SAHME* Diss. de deposito rerum immobilium. *Chilonii* 1708. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1880. HÖPFNER Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 779. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. u. a. m.

*Cod. de repud. vel abstin. heredit.* Allein wir können dieses immerhin zugeben, dennoch ist in keinem dieser Gesetze von einem Depositum unbeweglicher Sachen die Rede. Man wird doch wohl die custodia, welche der Verkäufer nach der Natur des Kaufcontracts, ferner welche der Käufer, dem der Verkäufer vor der Hand nur einen prekären Besitz eingeräumt hat, desgleichen welche der Gläubiger, der durch ein Dekret der Obrigkeit eine missio in possessionem rei servandae causa, vel quia danni infecti non caveatur, erhalten hat, prästiren muß, oder welcher sich ein suus heres, der sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte, durch Bewohnung des väterlichen Hauses zu seiner eigenen Sicherheit unterzog, von derjenigen custodia zu unterscheiden wissen, welche in dem Depositum zur Bedingung des Contracts gemacht wird! In allen jenen Fällen treten ja ganz andere rechtliche Verhältnisse ein, und an ein Depositum ist doch auch nicht der entfernteste Gedanke. Auch wenn die Gesetze<sup>17)</sup> von der jetzigen Art des Depositums reden, welche sequestrum genannt wird, so gedenken sie immer nur der beweglichen Sachen, oder ist ja von fundis die Rede, so war es nur auf eine Sequestration der Früchte angesehen. Es ist merkwürdig, daß die römischen Rechtsgelehrten anfangs nicht einmal beim Commodatum einig waren,

17) *L. 7. §. 2. D. Qui satisd. cog. L. 21. §. fin. D. de appellat. L. 5. Cod. Quorum appellat. non recipiunt. C. Iac. cugacius in Recitat. Solemn. in Tit. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. IDEM ad Lib. 2. Pauli ad Edict. ad L. 6. D. depositi et ad Lib. 28. Quæstion. Papiniani ad L. 5. §. 1. D. Ut legator. struendor. causa cauent. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 4.*

waren, ob es bey unbeweglichen Sachen Statt finde? Labeo läugnete es. Nun nahm man zwar die Meinung des Cæsarius in den Gerichten an, *commodari posse rem, et quae soli est, wie auch Ulpian lehrt L. 1. §. 1. D. Commodati.* Wer mag aber bezwegen behaupten wollen, daß dieses nun auch bey dem Depositum eben so seyn müsse? Der Streit ist übrigens gar nicht ohne Interesse. Denn Depositum und Mandatum sind in Absicht auf die Präsentation der Culpa sehr unterschieden. Dass auch fungible Sachen, und zwar als solche, deponirt werden können, z. B. Geld in gemeinen Münzsorten, das in einer unversiegelten Summe übergeben worden ist, mit der Verbindlichkeit, nur tantundem auf Verlangen wieder zurückzugeben, ist schon oben bemerkt worden, und Papinian und Ulfenius Vaaenus lehren dieses auch deutlich *L. 24. et L. 25. §. 1. D. h. t. L. 31. D. locati.* Es darf nur aber die deponirte Sache dem Depositar nicht selbst gehören. Denn sonst ist das ganze Depositum nichtig. *L. 15. D. h. t. Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur. — L. 31. §. 1. D. eodem.* Si ignorans latro, cuius filio vel serva rem abstulisset, apud patrem dominumve eius depositum ignorantem; *nec ex iure gentium conficit depositum, cuius haec est potestas, ut alii non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur.* Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit; recte dicetur *non contrahi depositum;* quia non est ex fide bona, rem suam dominum praedomi restituere compelli. — *L. 45. D. de reg. iuris.* Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque ematio, neque locatio rei suee con-

*sistere potest.* Dass aber die Sache dem Deponenten eigen gehöre, wird nicht erforderlich. Sehr häufig werden auch fremde Sachen deponirt. Z. B. der Gläubiger zieht mir das Pfand, welches er von seinem Schuldner erhalten hat, in Verwahrung<sup>18)</sup>. Man kann ferner die deponirte Sache wieder einem Andern in Verwahrung geben. Hier brauche ich dem Deponenten nur meine Klage zu cediren<sup>19)</sup>). Ja sogar der Dieb und Räuber kann deponiren<sup>20)</sup>). Daher sagt nun Paulus *Lib. II. Sententiar. receptar. Tit. 12. §. 1.* *Deponere possumus apud alium id quod nostri iuris est, vel alieni,*

### §. 940.

#### Depositum irregulare.

Der Depositarius empfängt also nach der Natur des Hinterlegungscontracts die ihm übergebene Sache bloß zur Verwahrung. Der Contract an sich bleibt ihm folglich weder ein Eigenthums- noch Gebrauchs- noch Pfandrecht. Eben deswegen, weil der Contract für den Depositarius keinen Nutzen hat, derselbe vielmehr aus Freundschaft und Gefälligkeit alle Beschwerde übernimmt, darf er auch nur für den Dolus und ein demselben nahe kommendes grobes Versehen haften<sup>21)</sup>). Bleibt es bey diesen Bestimmungen, welche die Natur des Contracts mit sich bringt, so wird der Contract in der Sprache der Rechts-

ge-

18) *L. 9. Cod. de pignor. act.*

19) *L. 16. D. h. t.*

20) *L. 1. §. 39. L. 31. §. 1. D. h. t.*

21) *L. 5. §. 2. D. Commodati.* *Nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praefatur solus.*

gelehrten ein *depositum regulare* genannt; werden aber diese Bestimmungen durch Nebenverträge abgeändert, so entsteht daraus in der Sprache der heutigen Rechtslehrer ein *depositum irregulare*, oder wie es die Gesetze bezeichnen, *contractus, qui egreditur notissimos depositi terminos*<sup>22)</sup>, oder *contractus, qui depositi modum excedit*<sup>23)</sup>. Ob aber ein solches Depositum an sich noch ein wahres Depositum bleibe, folglich die *actio depositi* begründet sey, oder ob es nicht vielmehr in einen andern Contract übergehe, und also dessen Eigenschaften und Art der Klage erhalte, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Daniel Nettelbladt<sup>24)</sup>, und Georg Oelsrichs<sup>25)</sup> behaupten das Erstere. Sie sagen, das *actum adiectum* hebe das Wesen des Contracts nicht auf, sondern modifiziere blos die Natur derselben dergestalt, daß es dadurch Eigenschaften eines andern Contracts erhalten könne, z. B. eines Darlehns, so daß es nun von der Wahl des Deponenten abhänge, ob er sich der *actio depositi*, oder derjenigen Klage bedienen wolle, welche aus dem accessorischen Contract entspringt. Für das Letztere hingegen streiten Joh. Lud. Jul. Dedeckind<sup>26)</sup>, und Friedrich Gotthl. Zoller<sup>27)</sup>. Allein die meis-

22) L. 24. D. h. t.

23) L. 26. §. 1. D. h. t.

24) Comm. iurid. de deposito irregulari. Halae 1750. 4.

25) Diss. de indole depositi, notissimos terminos suos egredientis. Göttingae 1777.

26) Commentat. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt, qui vero non est depositum, vel in aliud contractum degenerat. Wolfenbütt. et Lipsiae 1753. 4.

27) Quaestio iuris contrav. An detur depositum irregulare? Lipsiae 1775.

sten <sup>22)</sup> unterscheiden, und diese gehen auch wohl den sichersten Weg. Das depositum irregulare kann nämlich auf so mancherley Art entstehen, als die naturalia depositi durch Nebenverträge abgeändert werden können,

I) Der Depositar kann sich vertragsweise zu Etwas verbindlich machen, wozu ihn sonst die Natur des Contracts nicht verpflichtet. Er kann sich nicht nur zu einem höheren Grad der Vorsicht verpflichten, sondern auch sogar die Gefahr übernehmen. Dass hierdurch das Wesen des Contracts nicht geändert werde, leuchtet in die Augen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

*L. i. §. 6. D. h. t.* Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio. *Contractus enim legem ex conventione accipiunt.*

*L. i. §. 35. D. eodem.* Saepe evenit, ut res deposita, vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur; ut puta, si hoc nominatim convenit.

*L. 39. D. Mandati.* Et Aristoni et Celsi patri plau-  
cuit, posse rem hac conditione deponi, mandatumque  
fusci-

22) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. CORN. von BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 5. Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib IV. cap. 12. nr. 13. GE. FRANTZKII Comm. ad Pand. h. t. nr. 23—39. RUD. CHRIST. HENNE Diss. de deposito irregulari. Erfordine 1763. IO. GOTTFR. SAMMET Quæstion. forens. Nr. IV. in Opuscul. iurid. pag. 264—266. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. T. III. §. 1885. MALBLANG Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. Thibaut Syst. des Pand. N. 2. B. §. 892. und CHRIST. GER. OVERBECK Diss. de locatio-  
ne depositi tam regularis, quam irregularis in concursu credito-  
rum. Heidelbergae 1806. §. 20—24.

*suscipi, ut res periculo eius sit, qui depositum vel mandatum suscepit.* Quod et mihi (die Stelle ist aus des Ueratius Membranen) verum esse videtur.

I. 7. § 15. D. de pact. Si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praefet: POMPONIUS ait, pactionem valere; nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam.

II. Dem Depositor werden durch Nebenverträge Rechte eingeräumt, die ihm nach der Natur des Contracts nicht zustehen, Dergleichen Rechte können seyn,

1) die Befugniß, sich wegen einer künftigen Schuldforderung an die Sache halten zu können. Hier geht das Geschäft in einen Pfandcontract über, sobald die Forderung zur Wirklichkeit kommt. Der Depositor tritt nun in die Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers ein, er kann sich aber auch der Rechte desselben bedienen, besonders auch der Retention, welche sonst, wie unten vorkommen wird, beim Depositum nicht statt findet<sup>29)</sup>) Bis das hin,

29) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 176. med. 2 et 3. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 2. Man glaubt, von einem solchen Pfandrecht sey in der L. 27. D. h. t. die Rede, wo es heißt: *Lucius Titius, cum haberet filiam in potestate Sejam. Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit: cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautinem contulit*, et postea, nulla denunciatione a domino facta, pater deceperit; mox et Pamphilus servus. Quaero, qua actione Seja pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit? Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, *ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam*. Allein hier ist eigentlich von einem Schein-Depositum (depositum simulatum) die

hin, da die Forderung entsteht, bleibt aber das Geschäft ein Depositum.

2) Das Recht, die deponirte Sache zu gebrauchen. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden. a) Die deponirte Sache, deren Gebrauch gestattet wird, ist eine fungible Sache. Dann ist der Gebrauch derselben dem Depositar entweder a) auf dessen Gesuch ausdrücklich versprochen.

die Rede. Der Vater, welcher seine Tochter widerrechtlich an einen fremden Sklaven verheirathet hatte, ließ sich über den gegebenen Brautschatz einen Depositionsschein ausstellen, obgleich das Geld nicht zur Verwahrung, sondern zur Besteitung der Kosten einer ungültigen Ehe war gegeben worden. Hier wurde nun gefragt, mit welcher Klage die Tochter, welche ihres Vaters Erbin geworden war, nach dem Tode des Sklaven das Heyrathsgut zurückfordern könne? Hier ist der Umstand merkwürdig, der in den Worten: *nulla denunciatione a domino facta, ausgedrückt wird, nämlich der Herr des fremden Sklaven hatte sich dieser Ehe nicht widersezt. Denn wäre dieses geschehen, und die Ehe dem Verbot zumider dennoch geschlossen worden, so hätte jene Frage gar nicht entstehen können. Denn die Seja wäre alsdann vermöge des Claudianischen Senatusconsults Clavis von des Herrn ihres Mannes geworden. S. PAULUS Lib. II. Sententiar. receptar. Tit. 21. a. §. 1. et 10. in Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 205. sq. und Iac. CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 16.* Weil nun aber doch das Heyrathsgut wegen der Nichtigkeit der Ehe nicht gültig war bestellt worden, so konnten auch die gewöhnlichen Klagen nicht gebraucht werden, daher mußte hier, um das Heyrathsgut zu retten, des Scheindepositums ungeachtet, die *actio depositi peculio* gegen den Herrn des verstorbenen Sklaven gebraucht werden. S. ROTHIER Pandect. Justinian. Tom. I. h. c. Nr. LXIV. not. d. e. et f. pag. 459.

williget worden. Hier geht das Depositum sofort in ein mutuum über, der Depositar mag sich entweder gleich anfangs das Gebrauchsrecht ausbedungen, oder den Deponenten erst nach der Deposition um den Gebrauch des Geldes gebeten haben. Der Depositar muß daher auch von dem Augenblick des ihm gestatteten Gebrauchs an die Gefahr übernehmen, und es findet hier nicht die *actio depositi*, sondern die *condictio certi ex mutuo* statt. Folgende Gesetzstellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

*L. 9. §. 9. D. de rebus credit.* 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.

Ulpian billigt hier die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß das Eigenthum des deponirten Geldes in dem Augenblick auf den Depositar übergehe, da dieser den Deponenten ersucht hat, ihm daselbe als ein Darlehn gebrauchen zu lassen, und der Deponent ihm diesen Gebrauch verwilliget hat. Denn da der Depositar schon die körperliche Detention der Sache hatte, so war hier außer dieser Bestimmung des Willens, zur Erwerbung des Eigenthums, kein weiteres Factum erforderlich<sup>30)</sup>. Daß aber in diesem Falle das Depositum

30) §. 44. *I. de rer. divis.* L. 3. §. 3. *D. de acquir. vel amitt. possess.* L. 9. §. 5. et L. 21. §. 1. *D. de acquir. rerum. dom.* *S. Guil. BARCLAIUS ad L. 9. §. ult. D. de reb. cred. in Thes.* Otton.

tum wirklich in ein Darlehn übergeht, beweist folgende Gesetzstelle noch deutlicher.

*L. 34. pr. D. Mandati.* Quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, *credita sit*; quia tunc nummi, qui mei erant, tui sunt.

Diese bisher noch gar nicht benutzte Stelle des Africani habe ich schon an einem andern Orte<sup>31)</sup> in ihrem Zusammenhange ausführlicher erklärt. Oder β) der Depositarius hat nicht den Deponenten angesprochen, sondern Letzterer hat es dem erstern entweder gleich anfangs bey der Hinterlegung, oder nachher freiwillig angeboten, das Geld, wenn es ihm gefalle, gebrauchen zu dürfen. Hier wird erst durch den wirklichen Gebrauch das Eigenthum auf den Depositarius übertragen, und der Contract in ein Darlehn verwandelt; bis dahin bleibt es ein wahres Depositum. Hierher gehören folgende Gesetzstellen!

*L. 10. D. de reb. credit.* Quod si ab initio, cum deponerem, *ut tibi, si voles, permisero*, creditam non esse, *antequam mota sit*: quoniam debitum iri non est certum.

*L. 1. §. 34. D. h. t.* Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, *ut, si voluisses, utereris*, priusquam utaris, *depositi teneberis*.

Dieser Fall ist von dem vorigen ganz verschieden. Denn da hier der Deponent den Gebrauch des Geldes selbst angeboten hat, so kann der Wille des Depositarius nur durch

Otton. Tom. III. pag. 847. von Savigny Recht des Besitzes. §. 19.

31) S. den 12. Lb. dieses Commentars §. 779. S. 12. ff.

durch den wirklichen Gebrauch des Geldes erklärt werden. So lange folglich dieser Gebrauch noch nicht gemacht worden ist, geht das Depositum nicht in ein Darlehn über. Endlich γ) es ist die fungible Sache, als eine solche, und also das Geld entweder unter der ausdrücklichen Bedingung, daß nicht eadem nummorum corpora, sondern nur tantundem zurückgezahlt werden solle, oder unversiegelt in gemeinen Münzsorten deponirt worden. Man nennt dieses ein *depositum irregularare* im eigentlichen Sinn. Hier bleibt das Geschäft ein depositum, und geht nicht in ein Darlehn über. Daher können hier auch Zinsen bedungen, und Zinsen des Verzugs gefordert werden. Denn die Klage ist hier die *actio depositi*. Zwar wird durch den Vertrag; daß nur eine gleiche Summe (tantundem) wieder zurückgegeben werden solle, stillschweigend auch der Gebrauch des Geldes auf den Depositar übertragen, allein da hier, nach der Natur fungibler Sachen, eben so viel von derselben Gattung und Güte das Nämliche ist, so wird hier wirklich idem depositum restituirt, wenn eadem quantitas zurückgezahlt wird, weil hier das Geld nicht als ein *corpus*, sondern nur als eine *quantitas* war deponirt worden. Die Gesetze bestätigen dieses auch ganz deutlich.

*L. 24. D. h. t. Lucius Titius Sempronio salutum. Centum numas, quos hac die commendasti mihi, ad numerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio: quae, quando voles, et ubi voles, confessum tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum? Respondi, depositi actionem locum habere: quid est enim aliud*

com-

commetidare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur. Nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaectione, si depositi actio non teneat, cum convenit, tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris praefandis convenit, lex contractus servabitur.

So entwickelt auch diese Stelle wegen des dem Pas pintan eigenen gedrängten und concisen Styls ist; so sehr sie daher auch von den Auslegern <sup>32)</sup>, selbst von den Griechen, mißverstanden worden ist, wie ich nachher zeigen werde; so enthält sie dennoch, nach einer richtigen Erklärung, den bündigsten Beweis für den hier aufgestellten Sach, daß das Depositum fungibler Sächen, wobei gleich anfangs abgeredet worden ist, daß nur tantundem restituirt werden solle, nicht in ein Darlehn übergehe, sondern ein wahres, wenn gleich irreguläres, Depositorium sey, wovon mit der actio depositi auch Zinsen, und zwar nicht nur des Verzugs, sondern auch gleich anfangs bedungene gefordert werden können. Der vom Lucius Ticius ausgestellte Depositionsschein, welcher zu

<sup>32)</sup> Man vergleiche nur z. V. Franc. HOTOMANI Observation. Lib. IV. cap. 1. (Basiliæ 1775.) 8. und DEDEKIND cit. Com. mentat. Cap. 3. §. 37. pag. 60. sqq.

der in dieser Stelle enthaltenen Rechtserörterung Veranlassung gab, spricht zwar nur das Bekennenß des Ausstellers aus, eine gewisse Summe, welche ihm zur Aufbewahrung für den Sempronius von desselben Sklaven sey dargezählet worden, empfangen zu haben; mit der Verpflichtung solche, sobald es Sempronius verlangen wird, sofort zurückzuzahleßt. Ob also dabei die Abrede getroffen worden, daß tantundem mit Zinsen zurückzuzahlt werden solle, ist daraus nicht zu ersehen. Da aber dennoch die Hauptfrage wegen der Zinsen war, so glaubt Gerhard Vloodt <sup>33)</sup> nicht ohne Grund, daß der Depositionschein des Lucius Titlus vielleicht nicht ganz vollständig dargestellt worden sey, und daher am Schluß desselben nach *confestim tibi numerabo*, wenigstens die Worte *cum usuris* noch hinzugesetzt werden müßten. Die Frage also, welche Papinian hier erörtert, war die, ob das Geld nebst den Zinsen mit der *actio depositi* zurückgesfordert werden könne? Papinian entscheidet diese Frage geradezu bejahend. Die Worte: *Respondi, depositi actionem locum habere*, sind so bestimmt, daß es mir unbedeutlich ist, wie Cujaz <sup>34)</sup> hätte sagen können: *Papinianus non definit aperte in hac L. 24. utrum sit actio depositi ex hac conventione, an non, quod tamen multum interest scire.* Papinian sagt es also ganz bestimmt, die *actio depositi* habe Statt. Dies ist nun zwar, fährt Papinian weiter fort, in dem Falle nicht

33) *De pactis et transaction. Cap. 19. § Haec: si quae etc.*  
*Oper. Tom. I. pag. 540.*

34) *Commentar. in libros Quaestion. Papiniani Libr. IX. ad h.*  
*L. Operum Tom. I. pag. 218. (edit. Car. Ann. FABROTI. Pa-*  
*rts 1658. fol.)*

nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, wenn, wie es der Natur des Hinterlegungscontracts gemäß ist, wäre ausgemacht worden, daß eadem nummorum corpora zurückgegeben werden sollen, und dann von Zinsen die Frage entstünde, es sey nun entweder ein Verzug des Depositors, oder ein anderer rechtlicher Grund vorhanden, aus welchem auch ohne Vertrag Zinsen gefordert werden können, z. B. Verwendung des Geldes zum eigenen Nutzen. Denn die *actio depositi* ist eine *actio bonae fidei*, und es ist längst durch die Verordnungen der Kaiser<sup>35)</sup> entschieden, daß bei dem *bonae fidei* Klagen das richterliche Amt in Rücksicht der Zinsen soviel vermag, als ein feierliches Versprechen durch Stipulation. Allein größerem Zweifel schien dem großen Papinian die Frage unterworfen zu seyn, worauf es in dem ihm zur Entscheidung vorgelegten Falle eigentlich ankam, nämlich ob auch dann die *actio depositi* vorzüglich in Rücksicht der Zinsen begründet sey, wenn ausgemacht worden, daß nicht *eadem nummorum corpora*, sondern *tantundem* zurückgegeben werden solle? Denn offenbar weicht dieser Vertrag ganz von der Natur des Deposits ab. Das Eigenthum der zur Verwahrung gegebenen Münzen wird hier auf den Empfänger übertragen, wie beim Darlehn, und die Verbindlichkeit in Absicht auf die Restitution ist auch

35) *Ger. noot de faenore et usuris Lib. III. cap. 6.* schreibt dieses vorzüglich einer Constitution des *Dibus Pius* zu, wie auch aus *L. 7. D. de negot. gest.* verglichen mit *L. 6. §. uit. eodem*, dergleichen aus *L. 37. D. de usur.* und *L. 32. §. s. eodem* mit vieler Wahrscheinlichkeit erhellter. Ihm stimmt auch *Ios. tinestris* in *Hermogeniano Lib. II. ad L. 19. D. de pecunio et comm. rei vend.* §. 8. pag. 468. bey.

auch hier die nämliche, wie in dem Darlehn. Das Geschäft scheint also dadurch in ein mutuum überzugehen. Allein kann der Contract nicht mehr als ein Depositum betrachtet werden, so kann auch von Zinsen gar keine Frage weiter seyn, weil im Darlehn weder Verzug des Schuldners, noch ein blos simpler Vertrag eine Zinsenforderung begründen kann, sondern nur ein feierliches Versprechen durch Stipulation. Dieses scheint mir nach der Erklärung des Pothier<sup>36)</sup> der wahre Sinn der Worte zu seyn: *In qua quaestione, si depositi actio non teneat, cum conuenit, tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est.* Es ist daher ganz falsch, wenn die Basiliken<sup>37)</sup> diese Worte so interpretiren: Εἰ δέ μή ταί αὐτά, ἀλλά τοσαῦτα εὐνεφωνήθη δούνται, εἰς ἐναγόμενα τῇ περὶ παρεχθῆντα αἴγαγη. i. e. Si vero conuenerit, tantundem, non idem reddi, depositi actione non teneor. Schon der griechische Scholia<sup>38)</sup> konnte diesen Irrthum nicht unbemerkt lassen, und fügte daher hinzu: πλέον υποκρήτω γνωστοις, ως αἱ μόχει επὶ τούτου η depositi tou. i. e. verum postea disces, quemadmodum hoc quoque casu competit actio depositi. Der Scholia<sup>39)</sup> sahe also richtiger ein, daß auch in dieser zweiten Falle, nach Papinius Meinung, die actio depositi allerdings statt habe. Denn Papianus würde eigentlich nur soviel sagen: wenn gleich freylich das Geschäft auf die Art, wie es unter den Contrahenten abgeschlossen worden ist, von der gewöhnlichen Form des De-

positi

36) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI. IX. not. e. pag. 457.

37) Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. Const. 24. pag. 99.

38) Tom. II. Baslicor. pag. 124. not. f.

positum abweicht; so sei es doch noch ein Depositum, wobei die Frage von Zinsen gar nicht vergeblich sei. Denn a) war dieses einmal die Absicht der Contrahenten, ein Depositum zu schließen. Zwar ist in dem Depositionsschein der Ausdruck *commendasti* gebraucht; allein das Wort *commendare*, sagt Papinian, bedeutet ja nichts anders, als *deponere*. b) Kann auch der gebaute Vertrag selbst in der Form, wie er geschlossen worden ist, als ein Depositum wohl bestehen, weil es ja dem Deponenten gleichviel seyn kann, ob er eben dieselben Münzen, die er zur Verwahrung gegeben hat, oder andere, die eben so viel gelten, wieder zurück erhält, genug wenn ihm eine gleiche Summe zurückgezahlt wird. Dieses sind die Gründe, aus welchen Papinian auch hier die *actio depositi* für begründet hält. Nur ein Zweifel stieg dem römischen Juristen hierbei noch auf, den er zuletzt zu heben sucht, nämlich der, es scheine doch gegen die Billigkeit (*bona fides*) und auch selbst gegen die Natur des Depositums zu streiten, Zinsen von dem zu fordern, der sich keines Verzugs schuldig gemacht hat, vielmehr durch Uebernahme des Geldes zur Verwahrung dem Andern eine Wohlthat erzeigt. Allein wären die Zinsen gleich anfangs durch Stipulation versprochen worden, so würde über deren Rechtmäßigkeit gar keine Frage entstehen<sup>39)</sup>). Bei einem *bonae fidei Contract* hat nun aber das *pactum adiectum* gleiche Kraft. Es begründet also so gut, wie die Stipulation, eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der beobachteten Zinsen<sup>40)</sup>). Daher sagt Papinian, *lex contractus servabitur*.

39) *L. 40. D. de reb. credit.*

40) *G. Ger. nooddt de foenore et usuris. Lib. III. cap. 5.*

bitur. Hierin liegt ein neuer Beweis, daß die actio depositi hier die einzige competente Klage sey. Denn das pactum adiectum macht gleichsam einen Theil des Contracts aus, und modifizire die daraus entstehende Contractsklage <sup>41</sup>). Sollte indessen, dem allen ungeachtet, noch irgend ein Zweifel, wie doch kaum zu glauben ist, übrig bleiben, so wird diesen folgende Gesetzstelle von Grund aus heben.

*L. 25. §. 1. D. b. 2. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque IUDICIO DEPOSITI condemnandus est.*

So klar und entscheidend aber diese Stelle ist, und so wenig sie daher einer weiteren Erläuterung bedarf; so sehr bestritten ist folgende wegen der darin enthaltenen scheinbaren Inconsequenz.

*L. 26. §. 1. D. eodem. Lucius Titius ita cavit: Ελαζορ, καὶ ἔχω ἐις λόγον παραταθῆναι etc. i. e. Suscep- pi, babeoque apud me titulo depositi <sup>42</sup>) supra scripta dena- rium argenti decem millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto, et profiteor: conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos men- ses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi*

£ 2

obolos

41) *L. 7. §. 5. D. de pactis.* Pacta conventa insunt bonaे fidei iudiciis, et formant ipsam actionem. *S. den 4. Th.* dieses Commentars §. 311. *S. 259. Not. 84.*

42) Richtiger: et relata babeo in rationes depositi. *S. Hier. GROSLOTHI Commentar. ad L. Lecta 40 D. de reb. cred. in Thes. iur. Rom. Ottom. Tom. V. pag. 35.*

*obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt?* PAULUS respondit, *eum contractum, de quo quaeritur, depositae pecuniae modum excedere: et ideo secundum conventionem usurae quoque ACTIONE DEPOSITI peti possunt.*

Dass hier ebenfalls davon die Rede sei, wenn ausgemacht worden, dass nur tantundem pecuniae zurückgezahlt werden solle, wird zwar ausdrücklich nicht gesagt, erhellet aber daraus, weil Zinsen bedungen worden sind. Allein wem fällt hier der Schluss nicht auf, den Paulus macht: der Contract, von dem hier die Rede ist, wodurch sich nämlich der Depositär verbindlich gemacht hatte, von dem ihm zur Verwahrung gegebenen Gelde so lange, bis es ganz wieder zurückgezahlt seyn würde, auf jeden Monat etwas Gewisses<sup>43)</sup> an Zinsen zu bezahlen, überschreitet die Gränzen des Depositums, also können dem Vertrage gemäß Zinsen gefordert werden? Kein Wunder, wenn man diese Stelle für corrupt gehalten, und durch eine Emendation der Ungereimtheit abzuhelfen gesucht hat. Die Gloze glaubt, alle Schwierigkeit sey gehoben, wenn man nach den Worten *modum excedere*, hinzufügt: *est tamen depositum.* HOTOmann<sup>44)</sup> hingegen schaltet bey den Worten *modum excedere* das *non* ein. DEDEKIND<sup>45)</sup>,

der

43) In dem Gesetz heißt es εὐάξε μηνός ὀβόλως τέσσαρες. Diese quaterni oboli in singulas minas bezeichnen usuram bestimmt, acht von hundert Denarien. S. GROSLOTII Comm. cit. ad L. Lecta Tom. V. Thes. Otton. pag. 43. und ROTHIER Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. h.

44) Observation. Lib. IV. cap. I. pag. 10.

45) Commentat. cit. §. 37. pag. 65.

der kein depositum irregulare annimmt; liest seiner Theorie zu Folge: *usurae quoque actione depositi peti non possunt*. Allein durch Einrückung des *non* würde diese Stelle mit den býden vorhergehenden in den offenbarsten Widerspruch gerathen. Die Basiliken<sup>46)</sup> haben auch diese Negation nicht. Sollte ja eine Emendation nöthig seyn, so wäre die, welche Overbeck<sup>47)</sup> vorschlägt, nämlich statt *et ideo etc.* vielmehr so zu lesen: *at ve: secundum conventionem usuras quoque actione depositi peti posse*. Man sieht indessen aus dem ganzen Zusammenhange der Worte deutlich genug, daß der Sinn derselben dahin gehet, wenn gleich der Contract, von dem hier die Rede ist, von der Regel abweicht, so bleibe derselbe dennoch ein Depositum, und es können daher, der Verabredung gemäß, die versprochenen Zinsen mit der *actio depositi* gefordert werden, so wie auch Anton Faber<sup>48)</sup> dieses Gesetz versteht. Es bleibt also immer für uns eine wichtige Beweisstelle. Alles dieses bestätigt endlich noch eine Stelle des Alfenus Varus.

*L. 31. D. Locati.* — Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut *idem redderetur*, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut *eiusdem generis*.

46) Tom. II. pag. 99. Καὶ τόκον ἐκ συμφωνού ἀπαιτεῖ ἡ περιπεχθῆντος ἀγωγή. *Ex conventione usurae quoque actione depositi petuntur.*

47) Diff. cit. de collocatione depositi tam regul. quam irregulatis in conc. creditor. §. 23. pag. 44.

48) Rational. in Pand. ad h. L. 26. §. 1. D. h. t. Man sche auch AVGRANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 13. und POTIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XLIX. not. k.

*vis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiora causa rem domini manere; ex posteriore, in creditum iri. Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam<sup>49)</sup>, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret<sup>50)</sup>.*

Alfenus stellt hier eine Vergleichung zwischen einem Mietcontract, vermöge welchen Jemandem fungible Sachen vom Eigentümer zu dem Zweck übergeben worden sind, um sie an einen bestimmten Ort zu bringen, und einem Depositum fungibler Sachen an. Er sagt, jener Contract kann auf zweierley Art geschlossen werden, entweder a) so, daß die zum Transport übergebenen Sachen an dem bestimmten Orte in Natur abgeliefert werden sollen. Dies ist der gewöhnliche Fall. Denn der Mietcontract pflegt nicht das Eigenthum zu ändern, wie Ulpian<sup>51)</sup> sagt. So ist es auch z. B. wenn Jemand einen Fullo<sup>52)</sup> bringt, um ihm seine Kleider zu waschen, und wieder herzu-

49) Clusa für *clausa* ist bey den Alten nichts Ungewöhnliches.

50) Robert Stephan und Blaublomm lesen statt solvere besser solvere. Unser Erlanger Pandecten Msctpt liest aber vielleicht noch richtiger: nisi ut tantundem pecuniae solveret. Eben so Halloander.

51) L. 39. D. Locati.

52) Wer hier unter fullo zu verstehen sey, habe ich schon an ebenem andern Ort gezeigt. S. den 13. Th. dieses Commentars §. 836. Not. 44. S. 201.

zurichten<sup>53)</sup>). Denn hier wird der Locator nicht Eigenthümer, sondern er muß eben dasselbe, was er empfießt, zurückliefern. Oder der Contract wird b) auf die Art geschlossen, daß die gegebene Sache nicht in Natur, sondern nur in eodem genere, d. i. nur eben so viel von gleicher Art und Güte restituirt werden soll. Diese Art des Contracts weicht von der Regel ab, und hat zwar darin eine Ähnlichkeit mit dem Darlehn, daß der locator operarum ein bloßer Gläubiger der Quantität bleibt, von den ihm übergebenen Sachen aber Eigenthümer wird. Dies heißt hier *in creditum iri*. Daß aber ein solcher unregelmäßiger Miethcontract in ein Darlehn übergehe, sagt Alsenius nicht, vielmehr das Gegentheil, nämlich es bleibe ein Miethcontract. Dessen er lehrt ja ausdrücklich: *rerum locatarum duo genera esse*. Der Locator erhält auch hier den bedungenen Lohn. Die Worte *in creditum iri* sollen also nichts anders bedeuten, als daß hier der Locator nur tantundem restituirt<sup>54)</sup>). Man sieht dies auch noch deutlicher, aus den vom Alsen angeführten Beispielen, nämlich wenn Jemand einem Goldschmidt reines geschmolzenes Silber<sup>55)</sup>), um silberne Gefäße, oder Gold giebt,

um

53) *Vestimenta curare* ist soviel, als polire, lavare. *L. 13. §. 6.*  
*D. locati. L. 12. pr. L. 82. D. de furt. L. 2. D. de conduct.*  
*fine causa.*

54) G. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. §. 37.  
 §. 33. ff.

55) *Argentum pusulatum*, oder wie andere lesen wollen: *pustulatum*, oder *postulatum*, welches alles gleichviel bedeutet, heißt nichts anders, als reines, geschmolzenes Silber. G. Iac. cuijaci Observat. Lib. VII. cap. 39. Ev. OTTO in Praefat. ad Tom. III. Thes. iuris Rom. pag. 56. §. Sequuntur.

um Ringe, für den Besteller zu ververtigen. Das Eigenthum der zur Verarbeitung gegebenen Materie geht hier auf den Locator über, weil es dem Besteller gleich viel gelten kann, ob der Goldschmied die bestellten Sachen aus der ihm dazu gegebenen Materie, oder aus seiner eigenen ververtigt. Dass bei dem Miethcontract der Dienste auch das Eigenthum der Materie auf den Locator übergehen könne, lehrt außerdem auch Javolen<sup>56)</sup> nicht undeutlich. Gerade so sey es nun auch, fährt Alsenus fort, beim Depositum fungibler Sachen. Denn wenn eine Summe Geld dargestellt in Verwahrung gegeben wird, dass das Geld weder verschlossen, noch versiegelt, sondern blos in gemeinen Münzsorten bargezählt worden ist, so darf der Depositarius nur tantundem pecuniae zurückzahlen. Alsenus nimmt also nach der Analogie von Miethcontract auch zwei Arten des Depositums an, ein regulaires und irregulaires. In jenem bleibt der Depositor Eigentümer, und die Sache muss ihm in Natur restituirt werden. In diesem wird zwar das Eigenthum der körperlichen Sache auf den Depositarius übertragen, es geht aber doch nicht in ein Darlehn über, sondern es bleibt ein Depositum, wenn gleich der Depositarius das Geld gebrauchen darf. Dass also auch die actio depositi begründet sei, leidet keinen Zweifel<sup>57).</sup> Von einer blos stillschweigenden Bewilligung des Gebrauchs einer deponirten Geld-Summe ist vielleicht auch Paulus zu verstehen,

wenn

56) *L. ss. D. de obligat. et actionib.* Man vergleiche überhaupt *Corn. van BYNKERSHOEK Observation. Juris Rom. Lib. VIII. cap. 4.*

57) BYNKERSHOEK c. I. cap. 5.

wenn er *L. 29. §. 1. D. b. t.* sagt: *Si ex permisso meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bona fidei iudiciis, usuras eius nomine praestare mihi cogitur*, wie auch Georg Franzke<sup>58)</sup> glaubt; wenn man nicht lieber annehmen will, Paulus sei anderer Meinung gewesen, als Ulpian, wie Bunsen<sup>59)</sup> und Overbeck<sup>60)</sup> dafür halten, welches mir aber darum nicht glaublich scheint, weil Paulus in seinen *Sententiis Receptis Lib. II. Tit. 12. q. 9.*<sup>61)</sup> ganz der Meinung Ulpians gemäß, lehrt: *Si pecuniam deposituero, eamque in usum*<sup>62)</sup> *tibi commisero, mutuum magis videtur, quam depositum.*

b) Ist die deponirte Sache, deren Gebrauch dem Depositari gestattet worden, eine nicht fungible Sache, so geht ein solches Depositum immer in einen andern Contract über. Denn ist a) der gestattete Gebrauch bestimmt, so wird der Contract entweder in ein commodatum, oder in einen Mietcontract, oder in einen unbenannten Contract verwandelt, je nachdem der Gebrauch entweder unentgeldlich, oder gegen ein bestimmtes Geldquantum, oder gegen eine andere Vergeltung bewilligt wird

58) Commentar. in Pand. h. t. nr. 28.

59) Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 5. pag. 301.

60) Diff. de collocat. depositi in concursu creditor. §. 22. pag. 41.

61) In Ant. SCHULTING Iurisprud. Anteiusst. pag. 281.

62) So ist unstreitig mit Wihou zu lesen, wegen des nachfolgenden *mutuum*. Andere lesen auch *utendam*.

wird<sup>63</sup>). Ist hingegen §) ein unbestimmter Gebrauch gestattet, welcher nach Gefallen widerrufen werden kann, so nähert sich der Contract dem Prekarium<sup>64</sup>). In Absicht auf den Terminus a quo ist hier ebenfalls zu unterscheiden, ob der Depositarius um den Gebrauch selbst bat, oder ob ihm derselbe von dem Deponenten freiwillig angeboten wurde. Im ersten Falle geht die Verwandlung gleich in dem Augenblick vor sich, da die Verwillingung von Seiten des Deponenten erfolgte. In dem letztern Falle aber erst von der Zeit an, da mit dem Gebrauche der Anfang gemacht worden ist; bis dahin bleibt es ein wahres Depositum<sup>65</sup>).

Uebrigens ist in Betreff des depositi irregularis noch das Princip zu bemerken, daß dasselbe immer nur insofern von der gemeinen Natur des Depositums abweicht, als die Gesetze oder die Uebereinkunft der Contrahenten dasselbe beschränkt, und abgeändert haben, im Uebrigen sind die gemeinen Vorschriften auch bei diesem Depositum zu beobachten, naturalia enim in omnibus negotiis semper debent praesumi<sup>66</sup>).

§. 941.

63) L. 1. §. 9. D. b. t. L. 76. pr. D. de furtis. S. DEDEKIND Commentat. de contractu, quem irregulare depositum prohibuerunt. Cap. 4. et 6.

64) Anderer Meinung ist zwar DEDEKIND cit. Commentat. Cap. 5. §. 67. weil das Prekarium sich mit dem Wesen des Depositums in sofern wohl vertrage, daß es auch zu aller Zeit revocirt werden kann. Allein man sehe OVERBECK Diss. de collocat depositi §. 21. Not. 4. pag. 37.

65) S. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 9. not. I.

66) S. OVERBECK Diss. cit. §. 23. in fin. pag. 45. und Thibaut System des P. N. 2. B. §. 892.

## §. 941. und 942.

Welchen Grad der Culpa prästir der Depositarius? Wer trägt die Unglücksfälle?

Bleibt es bey der Regel, daß der Depositarius keinen Nutzen, sondern alle Beschwerlichkeit aus dem Contract hat, so ist er, wie bereits oben bemerkt wurde, nur wegen eines Dolus, oder einer diesem gleichzuachtenden groben Nachlässigkeit verantwortlich. Dahingegen steht der Deponent für das geringste Versehen, wenn durch seine Schuld der Depositarius Schaden leidet. Paulus sagt in seinen *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 12. §. 6. Ob res depositas *dolus tantum praestari solet*; und Ulpian führt L. 5. § 2 D. *Commodati* den Grund an: Nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito *dolus praestatur solus*. Daß grobes Versehen, in Absicht auf Schabensersatz, dem bösen Vorsatz gleich zu achten sei, ist bekannt. Ulpian sagt dieses selbst an mehreren Orten<sup>67)</sup>). Der Depositarius darf also nicht für culpa levis haften. *Culpa* autem nomine, id est, *desidiae ac negligentiae, non tenetur*. So sagt Justinian §. 3. I Quib. mod. re contrah. oblig.<sup>68)</sup>). Eben deswegen, weil der Deponent allen Nutzen hat, fordern die Gesetze nur von ihm den möglichsten Fleiß. L. 61. §. 5. D. *de furtis*. Der Depositarius hingegen haftet auch in Hinsicht des Untergangs oder des Abhandenkommens

der

67) L. 1. §. 1. D. *Si mensor. fals. mod. L. 29. pr. D. Mandati.* Der culpa lata wird ausdrücklich gedacht L. 1. Cod. b. t.

68) *Ian. a costa* Commentar. ad §. 3. I. Quib. mod. re contrah. obligat.

der Sache, nur für culpa lata<sup>69</sup>). Denn er prästirt, wie §. 17. *I. de oblig. quae ex delicto nasc.* lehrt, keine custodia. Daher sagt *Cajus L. I. §. 5. D. de obligat. et action.* Is quoque, apud quem rem aliquem depo-nimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur. Sed is etiam si negli-genter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. *Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia, qui negligentem amico rem custodiendam committit, de se queri debet.* Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere. Es entstehen hier noch zwei Fragen. 1) Wenn jemand ei-nem Freunde Sachen in Verwahrung giebt, der bekanntlich in seinen eigenen Sachen nicht mit derjenigen Vor-sichtigkeit zu handeln pflegt, welche man gewöhnlich von jedem vorsichtigen Menschen erwartet, der auf den Na-men eines paterfamilias idoneus Anspruch machen will, inwiefern ist ein solcher Depositar für seine Nachlässigkeit verantwortlich? Es kommt bei der Entscheidung dieser Frage darauf an, ob der Schade durch desselben gewöhnliche Nachlässigkeit geschehen ist, oder dadurch, daß er auf die Verwahrung der bei ihm hinterlegten fremden Sachen noch geringere Sorgfalt verwendet hat, als er der Be-handlung seiner eigenen Sachen zu widmen pflegt. In dem ersten Falle steht er für keinen Schaden. Denn wer ei-nem bekanntlich nachlässigen Menschen Sachen in Ver-wahrung giebt, hat sich den Schaden, den er dadurch leidet, selbst zuzuschreiben, wie *Cajus* in der vorher angeführten Stelle

69) S. Schömanns Lehre vom Schadensersatz I. B. S. 197.

Stelle ganz richtig urtheilt. Es darf nur aber die Nachlässigkeit in keine so grobe Schuldfall ausarten, die an den Dolus gränzt. In dem letzten Falle hingegen kann man ihm von einem bösen Vorsatz nicht freisprechen. Denn wer schon in seinen eigenen Sachen nachlässig verfährt, aber dennoch fremde Sachen noch nachlässiger, als die seinigen, behandelt, vermag den Vorwurf, daß er unrechlich gehandelt habe, nicht von sich abzulehnen. Dies ist wohl unstreitig der richtige Sinn der so sehr bestrittenen Stelle des Celsus *L. 32. D. b. t.* wo er sagt: *Quod NERVA diceret, latiorēm culpam<sup>70)</sup> dolum esse, PROCULO dispicebat; mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est<sup>71)</sup>, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide mi-*

<sup>70)</sup> Unter *latior culpa* wird hier eine gröbere Nachlässigkeit verstanden, als man sonst in seinen eigenen Geschäften zu begehen pflegt. Denn die Frage, worüber *Nerva* und *Procillus* stritten, war eigentlich die, ob derjenige, welcher nur für culpa lata haften darf, dieselbe durch Unterlassung desjenigen Fleisches begehe, den er sonst in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt? Celsus bejaht sie nach der Meinung des *Nerva* in dem Falle, da jemand schon in seinen eigenen Sachen nur den geringsten Grad des Fleisches anzuwenden pflegt. *S. Christ. Wilb. WEHRN Doctrina iuris explicatrix principiorum damni praest. Cap. IV. §. 8. not. 7. pag. 74.*

<sup>71)</sup> *Diligentia ad eum modum, quem hominum natura desiderat,* ist nichts anders, als der gemeine Fleiß, den jeder ordentliche und vernünftige Mensch in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt. *S. Ant. SCHULTING Thes. controv. Dec. LIX. Th. 8.*

*minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit* <sup>72)</sup>.  
 2) Wenn der Depositär in seiner Art ein sehr fleißiger und vorsichtiger Mensch ist, der Schade, der an der depositirten Sache geschehen ist, aber durch eine solche Nachlässigkeit verursacht worden, die zwar keine culpa lata in abstracto ist, aber doch durch die ihm sonst in seinen Geschäften eigene Vorsichtigkeit hätte vermieden werden können, ist der Depositär dafür verantwortlich, und kann ihm das in seiner Art als eine culpa lata, ja wohl gar als ein dolus zugerechnet werden? Viele Rechtsgelehrten tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und glauben, den Grund dazu in der vorhin angeführten Stelle des Celsus zu finden. Sie stellen daher den Grundsatz auf: Jeder, von welchem sonst nur eine geringe diligentia in abstracto gefordert wird, sei dennoch stets diligentiam in concreto zu leisten schuldig, auch wenn er in seinen eigenen Sachen den größten Fleiß anzuwenden pflegt <sup>73)</sup>. Nach diesem Princip wäre denn also eine culpa levissima in abstracto immer eine culpa lata in concreto! Ob ein solches Princip dem Celsus, oder je einem andern römischen Juristen in den Sinn gekommen seyn, wage ich nicht zu behaupten. Vergleichen wir aber

72) Vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Io. Casp. GENSLER* Exercitation. iuris civ. ad doctrinam de culpa. Fascic. I. Jenae 1813. s. Exercitat. VIII. §. 3. Man sehe auch Höpfner's Commentar über die Institutionen §. 784. Not. 1.

73) *Ant. FABER* de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVI. Err. 2. Egid von Ebbi Theorie der Culpa §. 7. *Io. Barth. MAYER* Diss. de culpa eiusque speciebus et gradibus, prael. *Iul. Frid. MALBLANC* def. Tübinger 1807. §. 5. und Thibaut Cyst. des Pand. Recht I. B. §. 254.

aber sämmtliche Stellen, welche von der diligentia in concreto reden, so ist offenbar die Meinung der Gesetze, denjenigen, von welchem sie bei der Behandlung fremder Sachen nur eine diligentia domestica fordern, dadurch zu begünstigen <sup>74)</sup>). Denn sie gehen von dem Erfahrungssatz aus, daß man in seinen eigenen Sachen nicht immer mit der Vorsicht und Aufmerksamkeit, welche sonst einem fleissigen Hausvater eigen ist, zu handeln pflegt. Daher unterscheiden sie genau die diligentia, qualem quis suis rebus adhibere solet, von der diligentia exacta oder exactissima, qualem diligens, vel diligentissimus paterfamilias praestat, und betrachten jenen Fleiß immer, als einen geringern Grad, im Verhältniß zur diligentia in abstracto. Was kann nun wohl jener Absicht der Gesetze mehr widerstreiten, als einen Menschen, der nach seiner Gewohnheit vorsichtiger in seinem Hauswesen zu handeln pflegt, als man sonst von ihm erwartet, wegen des geringsten Versehens, dessen er sich bei der Behandlung einer ihm anvertrauten fremden Sache schuldig gemacht hat, nun deswegen gleich eines Dorsus oder einer culpa lata zu bezüchtigen? Wird dadurch nicht jenes privilegium favorable offenbar in ein privilegium odiosum verwandelt? Wie stimmt nun damit überein, was Modestin sagt L. 25. D. de Legibus. Nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur,

ut

74) Man vergleiche nur §. 9. I. de societate. L. 72. D. pro socio. L. 25. §. 16. D. famil. exerc. L. 11. in fin. Cod. de pactis conventis. §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. L. 22. §. 3. D. ad SCium Trebell. L. 3. D. de periculo et commodo rei venditae.

ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem? Wäre es denn nicht viel besser, für einen nachlässigen Menschen zu gelten, als durch den Ruf eines guten Haushalters seine Lage zu verschlimmern? Ueberdem sagt auch die L. 32. D. b. i. kein Wort davon. Es ist ja hier nicht von einem solchen Depositar die Rede, welcher in seinen eigenen Sachen wie ein diligens paterfamilias verfährt, nein, gerade von dem Gegentheile, von einem solchen nachlässigen Menschen, der auf jenen Namen keinen Anspruch machen kann. Anton Faber<sup>75)</sup> will zwar freylich das Gesetz von dem ersten Falte verstehen, und daher das NōN vor *ad eum modum* wegstreichen. Allein wer berechtigt ihn, auf eine so willkürliche Emendation sein System zu gründen? Schon Robert<sup>76)</sup> hat daher die Meinung des Fäders mit Recht verworfen. Verwendet nun aber der ohnehin nachlässige Depositar auf die Verwahrung der bei ihm hinterlegten Sache noch geringere Sorgfalt, als auf die seinige; wer kann ihn hier von einer Culpa freysprechen, die dem Dolus gleichkommt? Päßt nun dies wohl auf einen sonst vorsichtigen Menschen, wenn er durch ein ganz geringes Verschen einem Andern schadet<sup>77)</sup>? Soll hier alles culpa lata heißen, was sonst culpa levis oder nur levissima ist, gute Nacht alsdann guter Ulpian mit deiner ganzen in der L. 5. D. Commons: so mühs-

75) De Errorib. Pragmat. Dec. 76. Err. 2.

76) Receptar. Lection. Lib. II. cap. 7.

77) Mit mir stimmen überein WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. damni praestandi. §. 34. und GENSLER cit. Commentat. Exercit. VIII. §. 3.

mühsam aufgestellten Theorie der Culpa! Es bleibt also Regel, daß nur grobe Nachlässigkeit dem Depositar verantwortlich macht. Jedoch finden zuweilen Ausnahmen statt, wo der Depositar auch für ein ganz geringes Versehen stehen muß. Dahin gehört nicht nur, wenn er sich durch Vertrag dazu verbindlich gemacht hat, sondern auch wenn er sich zu der Aufbewahrung der fremden Sache aufdrängt, er mag nun hierdurch entweder einen Bessern verdrängt haben, oder nicht<sup>78</sup>).

*L. I. §. 35. D. depositi.* Sed et si se quis deposito obtulit, idem *Iulianus* scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Zuweilen muß der Depositar auch sogar für den zufälligen Schaden haften<sup>79</sup>). Dahin gehört a) wenn er die

78) *Ant. SCHULTING* Thes. controv. Dec. LIX. Th. 9. und *THIBAUT* System. des P. R. I. B. §. 254. Mehrere Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß der Depositar, welcher sich angeboten hat, nur für culpa levis stehe. *S. MÜLLER* ad *Struvium Exerc.* XXI. Th. 37. not. 1. *FRANTZKIUS* Comm. ad *Dig. h. t.* nr. 95. und *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. *Pand. h. t.* §. 31. Allein diese Behauptung wird durch *L. I. §. 35. D. h. t.* hinreichend widerlegt. Man vergleiche noch *Guil. PROUSTEAU* ad *L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XI. §. 12.* (in *MEERMANNI Thes.* Tom. III. pag. 501.) und *Ulr. HUBERI Praelect.* ad *Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 14.*

79) *Matth. Ben. HERING* Diss. de casu fortuito a depositario praestando. *Rostochii.* 1736.

die Unglücksfälle durch Vertrag übernommen<sup>80</sup>). b) Wenn er sich bey der Restitution eines Verzugs schuldig gemacht hat, und die Sache nicht auf die nämliche Art bey dem Deponenten zu Grunde gegangen seyn würde, wenn sie ihm sofort auf sein Verlangen wäre zurückgegeben worden<sup>81</sup>). c) Wenn der Depositär durch contractswidrigen Gebrauch der Sache ein furtum usus begieng, und die Sache bey dieser Gelegenheit zu Grunde gegangen ist<sup>82</sup>). d) Wenn der Depositär die ihm anvertraute Sache ungälistig veräusserte, nachher aber wieder einlöste, in der Absicht, sie ferner als ein Depositum zu verwahren. Hier hafset er zur Strafe wegen seiner einmal begangenen Treulosig-

80) *L. 7. §. 15. D. de pactis.*

81) *L. 12. §. ult. L. 14. §. 1. D. h. t. Cap. 2. X. de deposito.*  
VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und PROUSTEAU ad *L. 23.*  
*D. de Reg. iur. Cap. XI. §. 12. und Cap. XXVII §. 24.* (qq.  
Nach der *L. 12 §. ult. D. h. t.* soll zwar der Depositär erst dann für den Zufall haften, wenn die hinterlegte Sache erst nach der Litiscontestation zu Grunde geht. Es ist aber zu bemerken, daß dieses Gesetz den Fall voraussetzt, da der Verzug des Depositars erst mit der Litiscontestation seinen Anfang nahm. Dies geschieht alsdann, wenn der Hinterleger den Depositär, ohne ihn vorher außergerichtlich zu mahnen; sogleich vor dem Richter belangte, und seine Sache zurückforderte. *S. Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust pag. 716. Tit. XII. not. 3.* und *Io. Andr. FROMMANN Diss. de amissione rerum fortuita. Tübingae 1673. §. 15.*

82) *L. 29. pr. D. depositi. §. 6. 1. de obligat. quae ex delicto.*  
*L. 3 Cod. h. t. L. 2 Cod. de conduct. furt. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 268.*

losigkeit, wenn die Sache nachher zufällig verloren geht<sup>83)</sup>). e) Wenn die Hinterlegung blos zum Vortheil des Depositars als ein auf einen gewissen Fall bedungenes Darlehn geschehe. Z. B. Titius will ein Grundstück kaufen, und bittet mich deshalb um ein Geldanlehn, will aber das Geld nicht eher haben, als wenn der Kauf wirklich zu Stande gekommen seyn wird. Ich muß nun eine nothwendige Reise machen, und deponire daher eine Summe Geld blos in der Absicht bey Titius, daß wenn er das Grundstück noch kaust, solches damit bezahlen könne. Hier steht der Depositar für die Gefahr, wenn das Geld auch noch vor dem Kause verloren gienge. Dies ist der Fall; den Ulpian L. 4. pr. D. de rebus credit. hat. Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam; nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficisciendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus es; hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteatur, periculo suo rem habebit. Mehrere Rechtsgelehrten<sup>84)</sup> wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß der Depositar

83) L. 1. §. 25. D. h. t. Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti, in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: quia semel dolo fecisti, cum venderes. VOET Comm. h. t. §. 7.

84) S. Andr. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. II. cap. 71. So. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 7. und besonders die Glossatoren Aijo und Accursius.

nur für culpa levissima hafte. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß das Wort *periculum* in dieser Bedeutung öfters genommen wird, wie unter andern auch aus den oben angeführten L. I. §. 35. D. *depositi* erhellet<sup>85</sup>); so beweist doch der vom Ulpian angeführte Entscheidungsgrund: nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit, daß unter dem Wort *periculum* hier, so wie es auch sonst gewöhnlich genommen wird, die Unglücksfälle verstanden werden<sup>86</sup>). Folgende Stelle Ulpians läßt hierüber gar keinen Zweifel übrig. L. II. pr. D. *de reb. credit.* Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris: si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem, vel massam fine tua culpa perdideris prius, quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaestio est? mihi videtur, NERVAE distinctio verissima, existimantis, multum interese,

85) Mehrere Stellen, wo die Bedeutung des Worts *periculum* die Grenzen der culpa levissima nicht überschreitet, hat Guili. PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de regul. iuris. Cap. IX. §. 6. (in MEERMANI Thes. Tom. III. pag. 497.)

86) So verſehen die L. 4. D. *de reb. cred.* auch Guili. BARCLAIUS ad Tit. Pand. *de reb. cred.* (in Thes. Ottonian. Tom. III. pag. 826.) Guili. PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. IX. §. 4. Io. D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 27. (in Thes. Meermaniano Tom. IV. pag. 57.) Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. LIX. Th. 9. und Dan. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. Sect. I. Cap. IV. Membr. III. §. 53. pag. 63. sq. Man ſehe auch Scholia Basilior. ad Lib. XXIII. Tit. 1. Tom. III. pag. 241.

se, venalem habui hanc lancem, vel massam, nec neut, si venalem habui, mihi perierit; quemadmodum si alii dedisset vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, *sed haec causa fuit vendendi, ut tu intereris, tibi eam perisse.* Ausser diesen Fällen darf der Depositar bey dem deposito regulari für den Zufall nicht stehen, sofern er ihn nicht durch eine zu vertretende Fahrlässigkeit selbst verschuldet hat<sup>87</sup>).

Hat der Depositar bey einer sich ereignenden Gefahr nur seine eigenen Sachen gerettet, die deponirten aber umkommen lassen, so entsteht zwar gegen ihn der Verdacht, er habe auch die letzteren erhalten können. Allein da ihm kein Gesetz die Verbindlichkeit auflegt, die deponirten Sachen schlechterdings den seinigen vorzuziehen; so kommt es vios darauf an, ob ihm bey der unterlassenen Rettung der deponirten Sachen eine grobe Nachlässigkeit zur Last gelegt werden kann, oder nicht. Kann er beweisen, daß es ihm mit dem Grade des Fleisses, den die Natur des Contracts von ihm fordert, nicht möglich war, neben den seinigen auch die deponirten Sachen zu erhalten, so ist er frey-

87) *L. i. Cod. Hermogen. de deposito.* Eum, qui suscepit depositum, dolum, non etiam casum praestare, certi iuris est. Cum itaque proponas, ignis vi quaedam cremata de his, quae tibi fuere commendata, nec ullum dolum in subtrahendis rebus adhibitum, Rector provinciae nihil contra iuris rationem fieri patietur. Diese Verordnung der Kr. Diocletian und Maximian ist durch die *Collatio Legg. Mosaicar. et Romanar.* Tit. 10. in *Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust.* pag. 769. erhalten worden. In dem Just. Codex steht sie nicht. Allein eine noch ältere Verordnung vom Kr. Alexander *L. i. C. b. t.* Si incursu latronum vel alio fortuito casu ornamenta deposita

freuzusprechen<sup>88</sup>). Viele<sup>89</sup>) sind zwar anderer Meinung, und stellen den Grundsatz auf: Kann ein Contra-hent entweder nur seine eigene Sachen, oder die, worauf er Fleiß zu wenden hat, gegen Beschädigung sichern, so muß er die fremden Sachen vorziehen. Andere<sup>90</sup>) hingegen wollen einen Unterschied gemacht wissen, ob die deponirten Sachen von grösserem Werthe waren, als die geretteten eigenen Sachen des Depositars, oder nicht. Nur in dem ersten Falle hafte der Depositar für den Schaden, in dem letztern aber nicht. Allein mit den Gesetzen stimmt weder die eine noch die andere Meinung überein. Die L. 5. §. 4. D. *Commodati* redet bloß vom Leihcontract, bey welchem der besondere Grund eintritt, daß der Commodatar zur grössten Sorgfalt in der Obhut über die Sachen verpflichtet ist<sup>91</sup>). Dies ist der Grund, warum er auch beym Retten seine Sachen nicht vorziehen darf. Wie paßt

*posita apud intersectum perierint: detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, (si non aliud specialiter convenit) praestare debuit, non pertinet.*

88) *S. Christ. Wilk. WEHRN Doctr. iuris explicat. principior. damni praestandi Cap. IV. §. 13. und EMMINGHAUS ad COCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 12. not. q.*

89) *Io. VOET Comment. ad Pand. Lib. XIII. Tit. 6. §. 4. Christ. THOMASius in Diss. de usu pract. doctr. difficillimae Iur. Rom. de culpare praestatione in contract. Cap. I. §. 41. Thibaut Syst. des P. R. I. B. §. 254. nr. V.*

90) *Io. BRUNNEMANN Commentar. ad Pand. ad L. 32. h. t. nr. 9. de COCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.*

91) *L. I. §. 4. D. de obligat. et act. Is, qui utendum accepit, — exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur.*

passt aber dieser Grund auf den Depositar<sup>92)</sup>? Das cap. 2. X. *de deposito* hingegen sagt nur: *Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti*, woraus also nichts weiter folgt, als daß dem Depositar der Beweß obliegt, es sey bey dem Grade des Fleisches, der nach der Natur des Contracts von ihm gefordert werden konnte, eine Rettung des Depositums neben seinen eigenen Sachen nicht möglich gewesen. *Praesumtio enim probationem contrarii admittit*<sup>93)</sup>, wie Leyser<sup>94)</sup> hierbey ganz richtig bemerkt. Daß aber der Depositar nach der Natur des Contracts, eben so wie der Commodatar, verpflichtet sey, die fremden Sachen seinen eigenen vorzuziehen, läßt sich daraus nicht folgern<sup>95)</sup>.

Ist das Depositum ein *irregularis*, welches in einen andern Contract übergeht, so ist zu unterscheiden, ob durch den verstatteten Gebrauch der Sache, zugleich das Eigenthum derselben auf den Depositar übertragen worden ist, oder nicht. Im ersten Falle kann von einer *praestatio doli aut culpae* gar keine Frage entstehen, sondern der Depositar trägt hier als Eigenthümer den Unglücksfall. In dem letztern Falle hingegen richtet sich der Grad der zu vertretenden Culpa nach der Natur des Geschäfts,

in

92) Ich sehe jetzt ein, daß ich oben im 13. Th. §. 855. S. 441. in meiner Behauptung zu weit gieng.

93) Cap. ult. in fin. X. *de praesumt.*

94) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXVI. medit. 7;

95) S. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. I. Subs. II. §. 3.

in welches das Depositum durch den verwilligten Gebrauch der Sache verwandelt worden ist<sup>96</sup>).

Ist die Sache durch den Dolus oder durch eine culpa lata des Depositars zu Grunde gegangen oder verderbt worden, so muß der Depositar nicht nur das ganze Interesse leisten, sondern es kann auch der Hinterleger den Schaden eidlisch rapiren<sup>97</sup>).

Zurweilen muß auch der Depositar dem Hinterleger die Zinsen vergüten, nämlich wenn das Depositum in Gelde besteht, und der Depositar sich bey der Restitution des selben eines Verzugs schuldig gemacht<sup>98</sup>), oder das Geld, ohne Einwilligung des Deponenten, in seinen Nutzen verwendet hat<sup>99</sup>). Außer diesen Fällen können keine Zinsen von deponirten Geldern gefordert werden, wenn solche nicht bey

96) E. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari, Sect. I. Cap. IV. Membr. III. §. 52. sqq.

97) L. 1. §. 26. D. h. t. In depositi quoque actione in item juratur. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 303. et 359.

98) L. 25. §. 1. D. h. t. L. 2. Cod. eodem. S. de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 10.

99) L. 3. Cod. h. t. Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis: cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium. Si quidem, qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit. Von diesem Falle ist auch L. 4. Cod. eod. zu verstehen. Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare. S. Hug. DONELLUS in Comment. ad L. 3. et 4. Cod. h. t. pag. 253. sq. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6.

bey einem irregulairen Depositum ausdrücklich bedungen worden sind<sup>100</sup>). Dass schon die Verwilligung des Gebrauchs an sich eine stillschweigende Verpflichtung zur Zinsenzahlung enthalte, wie einige<sup>1)</sup> behaupten wollen, ist unerweislich<sup>2)</sup>.

### §. 943.

Wie muss die Restitution der deponirten Sache geschehen? In wiefern muss der Depositär für die in einer hinterlegten Liste eingeschlossenen Sachen stehen?

Der Depositär ist verbunden, das, was er zur Verwahrung erhielt, in Natur zurückzugeben<sup>3)</sup>. Nur bey dem irregulairen Depositum einer Quantität leidet diese Regel eine Ausnahme. Hier braucht das Depositum nur in Sachen von gleicher Art und Güte restituirt zu werden<sup>4)</sup>. Ist seit der Zeit eine Münzveränderung entstanden,

100) L. 24. in fin. L. 26. §. 1. D. h. t. L. 28. D. eodem.

1) Man sehe *Casp. Achat. DECK* Diss. de usuris ex deposito praestandis. Jenae 1722. §. 14. et 15. Allein seine Gründe sind nicht überzeugend. NETTELBLADT in Commentat. de deposito irregulari §. 48. pag. 49. sqq. hat sie ausführlich widerlegt. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 10. not. p.* und WALCH *Introduct. in Controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. II. Subs. II. §. 6.*

2) Das Gegentheil beweigt L. 24. D. h.-t. wo Papinian sagt: *Sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usures ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

3) L. 1. §. 5. D. de obligat. et action.

4) S. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. §. 56. et 57.

den, so kommen die oben beym Darlehn<sup>5)</sup> vorgetragenen Grundsäße zur Anwendung<sup>6)</sup>. Werd eine mit Sachen angefüllte Kiste verschlossen und versiegelt in Verwahrung gegeben, so versteht sich's, daß nicht nur die Kiste selbst, sondern auch die darin enthaltenen Sachen, und zwar ohne Unterschied, ob der Depositär gewußt hat, was für Sachen in der Kiste befindlich sind, oder nicht, zurückgefördert werden können. Trebatius war zwar der Meinung, die Sachen müßten dem Depositär gezeigt, und von dem Hinterleger in seiner Gegenwart in die Kiste eingeschlossen worden seyn, wenn auf deren Restitution mit der *actio depositi* solle geflagt werden können. Allein Labeo verwarf diese Meinung mit Recht aus dem Grunde, weil derjenige, welcher eine Kiste deponirt, hiermit auch die darin enthaltenen Sachen hinterlegt habe. Ihm trat auch Ulpian bey, wie aus folgender Gesetzesstelle erhellet.

*L. I. §. 41. D h. t.* Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et species comprehendendae sint? Et ait TREBATIUS, cistam repetendum, non singularum rerum depositi agendum: quod et si res ostensae sunt, et sic deposita, adjicienda sunt et species vestis<sup>7)</sup>). LABEO autem ait, eum, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. Quid ergo, si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse?

Non

5) S. den 12. Th. §. 783.

6) NETTELBLADT c. I. §. 58.

7) Unser Cod. Pand. MS. liestet hier so: *quod et si res ostensae sint. et species et vestes, et sic depositae: adjicienda sunt et species et vestes.* Fast eben so Holoander.

Non multum facere, cum suscepit depositum. Ego et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit. Wenn nun aber die Frage entsteht, in wie fern der Depositarius für die in der hinterlegten Kiste eingeschlossenen Sachen stehen müsse, so entscheidet hierüber die angeführte Stelle ausdrücklich nichts. Es muß daher diese Frage aus allgemeinen Gründen entschieden werden. Behauptet nämlich der Hinterleger, es fehlten Sachen, welche in der verschlossenen Kiste befindlich gewesen seyn sollen, so muß er vor allen Dingen ihre Existenz beweisen, wovon der Hinterleger nicht dem Depositarius die Sachen bey dem Einschließen in die Kiste vorgezeigt hätte. Da nun der Depositarius wegen der hinterlegten Sachen nur insofern verantwortlich ist, als ihm ein Betrug oder eine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, so kommt es darauf an, ob der Hinterleger das Eine oder das Andere zu erweisen im Stande ist. Qui enim dolo dicit factum aliquid, sagt Ulpian L. 18. S. 1. *D. de probat. docere dolum admissum debet;* und hierzu werden dringende Anzelgen erforderlich<sup>8).</sup> Nach der gemeinen in der Praxis herrschend gewordenen Meinung glaubt man nun zwar, wenn der Depositarius die ihm verschlossen übergebene Kiste erbrochen zurückgiebt, so entspringe daraus ein solcher Verdacht wider ihn, daß dem Hinterleger gestattet werden müsse, den Beweis, daß ihm Sachen fehlen, durch seinen Eid zu führen<sup>9).</sup> Allein in den Gesetzen ist diese Ver-

8) *L. 6. Cod. de dolo malo.*

9) MEVIUS P. IX. Decis. 55. VOET Comment. ad Pand. Lib. IV. Tit. 9. §. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. MENOCHIUS Arbitr. iudic. Quaest. Centur. III. Cas. 208. n. 26.

Vermuthung nicht gegründet, welche vielmehr jeden so lange für redlich angesehen wissen wollen, bis das Gegentheil erwiesen ist. Das Erbrechen einer verschlossenen Kiste zeugt nun zwar von einer gewaltsamen Verlegung, begründet aber doch noch keine dringende Vermuthung, daß gerade der Depositar Urheber derselben sey<sup>10)</sup>). Wollte man ja jener Meinung Statt geben, so würde es doch immer erst darauf ankommen, wie der Depositar den gegen ihn entstandenen Verdacht von sich abzulehnen vermöchte; und ist derselbe sonst ein bekannter redlicher Mann, von dem kein Meineid zu befürchten ist, so würde doch wohl dieser eher zum Reinigungseide, als der Hinterleger, ohne allen weiteren Beweis, zum Ergänzungseide zu lassen seyn<sup>11)</sup>).

### §. 944.

**Der Depositar darf sich der Restitution unter keinerley Ausflucht entziehen.**

Die Zurückgabe der deponirten Sache muß endlich auch zu jeder Zeit geschehen, sobald es der Hinterleger verlangt, und darf unter keinerley Vorwand abgelehnt werden, wenn sich der Depositar keines bösen Vorsahes schuldig machen will. Es muß nur aber die unverzügliche Restitution dem Depositar möglich seyn. Denn es finden auch hier rechtmäßige Entschuldigungsgründe Statt. Folgende Stelle Ulpian's ist hier merkwürdig.

L. 1.

BERGER Oecon. juris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. not. 1. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 892.

10) S. de cocceji ius eiv. controv. h. t. Qu. 5. EMMINGHAUS ad Eundem. not. h. und Griesingers Commentar über das Würtemb. Landrecht 1. B. §. 55. S. 99. ff.

11) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

*L. I. §. 22. D. h. t.* Est autem et apud IULIANUM libro XIII. Digestorum scriptum, eum, qui rem depositum, statim posse depositi actione agere: *hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat.* MARCELLUS autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat. *Quid enim, si in provincia res sit; vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel conditio depositionis non extitit?*

Wo also dem Depositar kein böser Vorsatz zur Last fällt, da ist er entschuldigt, wenn er auch die Sache nicht sofort zurückgibt. Marcellus rechnet unter andern den Fall hierher, wenn die Bedingung der Hinterlegung noch nicht eingetreten ist. Gewöhnlich versteht man hierunter den Fall einer Sequestration<sup>12)</sup>. Allein zu dieser einschränkenden Erklärung ist kein hinreichender Grund vorhanden. Es lassen sich mehrere Fälle denken, wo die Hinterlegung bedingt geschieht, und die Bedingung für den Deponenten verbindlich ist. Einen solchen Fall hat Ulpian in der bereits oben vorgekommenen *L. 4. pr. D. de reb. credit*<sup>13)</sup>. Bei dem deposito irregulari finden noch mehrere Ausnahmen statt. Ist nämlich a) eine fungible Sache unter der ausdrücklichen oder

12) BACHOVIVS ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXVI. Th. I. Lit. G. HAHN ad *Weisenbechium* h. t. nr. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. *de cocceji iur. civ. contr.* h. t. Qu. 6. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. nr. XVII. not. a.

13) S. NETTELEBLADT Comm. de deposito irregulari. §. 61. pag. 76.

oder stillschweigenden Verabredung deponirt; daß nur tantundem restituire werden solle, so kann dem Depositar, wenn er das Geld, wie ihm hier erlaubt ist, verbraucht hat, nicht zugemuthet werden, dasselbe, sobald es dem Hinterleger gefällt, auf der Stelle zurückzuzahlen, sondern es muß ihm hier, nach billigem Ermessen des Richters, wenigstens so viel Zeit gelassen werden, als erforderlich ist, um das Geld wieder aufzubringen<sup>14)</sup>). Quod enim dicimus, sagt Paulus *L. 105. D. de Solut* — debere statim solvere, *cum aliquo scilicet temperamento temporis intelligendum est: nec enī cum sacco adire debet.* b) Wenn die deponirte Sache eine nicht fungible ist, und dem Depositar ein bestimmter Gebrauch derselben ist verstatitet worden<sup>15)</sup>). Ausser diesen Fällen bleibt es bey der Regel, welche Justinian *L. 11. Cod. h. t.* nochmals einschärft: *Si quis vel pecunias vel res quasdem per depositionis acceperit titulum, eās volenti ei, qui depositus, reddere illico modis omnibus compellatur.* Diese Regel findet Statt, wenn auch bey der Hinterlegung eine Zeit der Zurückforderung wäre bestimmt worden<sup>16)</sup>). Denn im Zweifel wird angenommen, daß diese Zeitbestimmung blos zum Vortheil des Hinterlegers hingefügt sei, damit der Depositar die Sache nicht etwa zur Unzeit zurückgebe<sup>17)</sup>).

Da

14) NETTELBLADT cit. Commentat. §. 60.

15) STRYK de cautel. contract. Sect. II. cap. 3. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. NETTELBLADT c. I. §. 61. pag. 77. und EMMINGHAUS ad Coccejii ius civ. controv. h. t. Qu. 6. not. k.

16) *L. 1. §. 45. et 46. D. h. t.*

17) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. Sam. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. und WALCH Introduct. in controv. iur.

Da sich der Depositarius der Restitution der Sache unter keinerley Vorwand entziehen darf, so kann a) dem Hinterleger, wenn er das Depositum zurückfordert, die Einrede der Compensation nicht entgegengesetzt werden. Dies versteht sich nun zwar wohl von selbst, wenn die depositirte Sache eine species, und diese noch in Natur vorhanden ist; aber auch dann findet keine Compensation statt, wenn auf die Vergütung des Werths derselben geklagt wird, oder die Hinterlegung einer fungiblen Sache gleich Anfangs unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Verabredung geschah, daß nun tantundem restituirt werden solle. Denn die Gesetze machen keinen Unterschied<sup>18)</sup>, wie schon an einem andern Orte<sup>19)</sup> bemerkt worden ist. Ein anders wäre, wenn das Depositum ein irregulaires ist, welches in einen andern Contract übergeht, bey dem eine Compensation statt findet, wie z. B. wenn das Depositum durch Verstattung des Gebrauchs der Sache in ein Darlehn oder Commodatum verwandelt worden ist<sup>20)</sup>). Denn hierdurch erlöschen auch die Vorrechte des Depositums<sup>21)</sup>). Dem Hinterleger kann ferner b) die Einrede nicht entgegengesetzt werden, daß ein Dritter dem Depositarius die Restitution der Sache verboten habe

iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. I. Subs. II. §. 4.  
pag. 529.

18) §. 30. I. de Actionib. L. ult. Cod. de compensat. L. II. Cod. Depositii.

19) Man sehe den Tit. de compensationib. §. 930. S. 75. und Nic. Christph. LYNCKER Disp. de privileg. depositi Th. 17. et 18.

20) S. den 13. Th. des Commentars. §. 857. S. 465.

21) S. NETTEBLADT Comm. de deposito irregulari §. 65.

be<sup>22</sup>). Nach der L. II. §. ult. Cod. h. t. konnte zwar der Depositarius zu seiner Deckung gegen die weiteren Ansprüche des Dritten von dem Deponenten eine dazu hinreichende Cautionsleistung fordern, und, wie Doneau<sup>23</sup>) behauptet, die Sache wenigstens so lange, bis diese geleistet worden, zurückbehalten. Es heißt nämlich daselbst: *Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel frau- dem fuerit ei, qui depositum suscepit, ab alio trans- missa, ut minime depositum restituat; hocque per iusiu- randum affirmaverit: liceat ei, qui depositum, sub de- fensionis cautela idonea praefita, res depositas quam ocyssime recuperare.* Allein Justinian hat dergleichen Einsprüche oder Denunciationen, wodurch die Rückgabe des Depositums gehindert wird, nicht nur gänzlich verboten, sondern auch sogar Strafen damit verknüpft, welche denjenigen treffen sollen, welcher sich dennoch, diesem Gesetz zuwider, eine dergleichen inhibitorische Protestation erlauben würde. Die Worte der hierher gehörigen Novelle 83. Kap. 1. lauten nach der Hombergfischen Uebersetzung folgendermassen: *Si quis ab aliquo pecuniam, vel alias quasdem res depositi nomine sub quibusdam conditionibus accipiat, illaeque impleantur, omnino illi necesse sit, conditionibus semel impletis, pecu- niam vel res restituere, neque ulla plane ratione quibusdam liceat denunciationibus extrinsecus uti, et depositi restituti- onem inhibere, cui multa etiam alia privilegia tum ab ante-*

22) Man vergleiche hier vorzüglich LYNCKER Disp. de privilegiis depositi Th. 33—37.

23) Hug. DONELLUS in Commentar. ad L. II. §. ult. Cod. h. t. nr. 11 et 12.

anterioribus legislatoribus, tum etiam a nobis ipsis data sunt. Licet enim illi, qui restitutionem prohibet, non molestare eum, cui depositum creditum est, illum vero, qui pecuniam aut res, de quibus lis est, accepturus est, convenire, et ius suum secundum legem consequi: non autem ex hac causa magna dama ei inferat, cui denunciatum est, cogatque eum vel defensiones petere, vel res habere, et ut erga deponentem, neque si velit, gratus esse possit. Si vero tale quid nihilominus fecerit (neque enim sola delictorum proibitione contentum esse, sed et iustum timorem transgressoribus incutere oportet) five res aut pecunias perire, five alium quemlibet casum fortuitum existere contigerit, idque probaverit, hoc ad ipsum, qui denunciationem misit, pertineat. et praeterea is, a quo ista denunciatio facta est, usuram pecuniae usque ad tertiam centesimae illi praestet, qui sua accipere prohibitus est: non solum si pecunia deposita est, eaque reddi prohibetur, sed etiam si aliae res depositae sint: ut homines huius metu a vanis simul, et invidiosis ingratisque detentionibus abstineant. Nach dieser neuern Verordnung ist es also keinem Gläubiger des Deponenten mehr erlaubt, dem Depositor die Rückgabe des Depositums zu verbieten; er darf auch den Depositor nicht nöthigen, von dem Hinterleger eine Causationsleistung wegen der Vertretung zu fordern; sondern der Depositor soll, ohne sich an die Protestation, oder das Verbot des Dritten zu kehren, die bei ihm hinterlegte Sache dem Deponenten sofort restitutio, und der Dritte mit seiner Forderung lediglich an den Hinterleger verwiesen werden. Wird dennoch, dem Gesetz zuwider,

von einem Dritten, einer vermeintlichen Forberung wegen, ein Verbot eingelegt, so soll derselbe nicht nur die Gefahr tragen, wenn durch diese Verzögerung die deponirte Sache Schaden leidet, oder gar verloren gehen sollte, sondern auch zur weitern Entschädigung des Hinterlegers vier von hundert an Zinsen bezahlen. *Cujaz*<sup>24</sup>), *Giphian*<sup>25</sup>), *Perez*<sup>26</sup>), *Rittershausen*<sup>27</sup>) und andere wollen zwar behaupten, daß durch diese Novelle die L. II. S. ult. Cod. h. t. nicht schlechterdings aufgehoben sey, sondern nur Strafen wären bestimmt worden. Allein die klaren Worte des Gesetzes widerlegen diese Meinung hinlänglich<sup>28</sup>). Es ist jedoch zu bemerken, daß die Novelle 88. blos von solchen Denunciationen oder Inhibitionen redet, welche von einer persona extranea geschehen, die an der deponirten Sache selbst keinen Anspruch hat, sondern nur sonst Gläubiger des Deponenten zu seyn behauptet<sup>29</sup>). Denn wenn der Eigenthümer seine Sache vindicirt, so kann er dem Depositario allerdings verbieten, die Sache dem

24) Exposit. Novellar. ad Nov. 88.

25) Explanat. difficilior. Legg. Cod. Iustin. ad L. II. Cod. h. t. P. I. pag. 291.

26) Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 34. nr. 14. et 15.

27) Iure Iustinian. P: III. Cap. 1. nr. 10. pag. 142.

28) *S. Franc. CONNANUS* Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 4. pag. 475. b. *Pet. GUDELINUS* Commentarior. de iure novissimo Lib. III. cap. 2. pag. 117. und *LYNCKER* Disp. de privilegiis depositi. Th. 35.

29) *Hug. DONELLUS* Commentar. ad Auth. *Sed iam cautum.* Cod. h. t. nr. 2. pag. 263. und *POTHIER* Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVII. not. b.

dem Hinterleger zurückzugeben<sup>30</sup>). Das Gesetz reht auch überhaupt nur von außergerichtlichen oder Privat-Einsprüchen. Es findet daher keine Anwendung, wenn die Obrigkeit die deponirte Sache mit Arrest belegt<sup>31</sup>). Noch weniger darf c) die Rückgabe der deponirten Sache durch die Einrede, daß der Deponent nicht Eigentümer sey, abgelehnt werden. Die Redlichkeit und Treue, welche man von dem Depositarius erwartet, geht so weit, daß er sogar dem Diebe oder Räuber die Sachen, die ihm von demselben zur Verwahrung gegeben worden sind, zu restituiren verpflichtet ist. Es müßte denn der wahre Eigentümer Einspruch thun. Hier erfordert es die Gerechtigkeit, die Sache dem zurückzugeben, w'chein sie gehört. Folgende merkwürdige Stelle des *Cyphoni* verdient hier einen Platz.

*L. 31. §. 1. D. h. t.* Incurrit hic et alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumto aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet; exempli loco, latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Sejum initium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit. Si totius rei aequitatem, que

¶ 2

ex

30) *L. 9. in fin. D. de rei vindicat.* LYNCKER cit. Disp. Th. 36.

31) *L. 15. §. ult. D. de re iudic.* Christph. Phil. RICHTER Exposit. omnium Authenticar. ad Auth. Sed iam cautum Cod. h. t. nr. 17. et 18. und LYNCKER cit. Disp. Th. 37.

ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo<sup>32)</sup> facto scelestissimo ademta sunt. Et probo, hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ci restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita depositum. Quod et MARCELLUS in praedone et fure scribit.

Schützt jedoch der Depositarius die Einrede vor, daß ihm das Eigenthum der Sache zustehe, so kommt es darauf an, ob er diese Einrede sofort liquid machen kann, oder nicht. In dem letztern Falle muß der Depositarius, seiner Einwendung ungeachtet, zur Herausgabe der Sache verurtheilt werden. Denn ist der Contract an sich außer Zweifel, vorausgesetzt, daß aus demselben auch geflagt wird, so kann der Depositarius einseitig die causa possessio-

nis

32) Statt quo lesen Hälo ander und Bauboga quae. Grensmann in der Gebauerischen Ausgabe des Corpus iur. civ. will quod lesen, welches denn sotvel als quia bedeuten soll. Allein richtiger bemerkt Gerb. NOODT in Commentar. in Dig. h. t. §. Sed revertor Tom. II, Oper. pag. 360, daß für quo vielmehr quoi oder cui gelesen werden müsse. Eben so auch POThIER in Pandect. Iustinian. Tom. I, Nr. XI. not. a. pag. 452. und Hugo CROTIUS in Florum spars ad Ius Iustinian. pag. 161. Denn daß die Auten häufig quoi für cui schrieben, ist bekannt. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 9. §. 7. pag. 441. führt noch ein Beyspiel aus L. 16. §. 12. D. ad SCium Trebill. an, wo auch das quo sotvel als cui heißt. Ihm stimmt auch Guil. Otto REITZ in Adnotat. Sporad. bey FÜRTMANN in Opuscül. iurid. ex Observat. miscellan. Batav. in unum volumen collect. pag. 156. bey.

nis eben so wenig ändern, als von dem Hinterleger verlangen, daß die vorgesuchte Einrede erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde. Er muß vielmehr die Sache dem Deponenten vermöge des Contracts wieder zurückliefern; und erst nachdem durch diese Zurückgabe das contractmäßige Verhältniß, worin er bisher in Beziehung auf die Sache gestanden, wieder aufgehoben worden ist, kann er nunmehr sein vermeintes Eigenthum flagend verfolgen<sup>33)</sup>. In dem ersten Falle hingegen kann der Depositarius nicht verurtheilt werden. Denn es würde eben so wenig mit der bona fides, worauf Tryphoninus gleichwohl in der oben angeführten Stelle alles zurückführt, und welche, wie er sagt, aequitatem summam erfordert, als mit der Gerechtigkeit, *quae suum cuique ita tribuit, ut non distractatur ab ullius personae iustiore petitione*, zu vereinbaren seyn, wenn der Kläger, des gegenseitigen klar erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch auf die Herausgabe der Sache bestehen wollte. Die Gesetze betrachten hier das Begehren des Klägers als eine Schikane, welche sie schlechtedings verwiesen. Dolo facit, sagt Paulus *L. 8. pr. D. de doli mali et met. except. qui petit, quod redditurus est.* Es fällt ja auch nun, wenn das Eigenthum des Beklagten liquid ist, aller Grund der Klage weg, weil ein depositum rei sua, wie Ulpian lehrt *L. 45. pr. D. de div. reg. iuris*, an sich nichtig ist. Dennoch behauptet einer

33) S. Ab. Dietr. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 89. folgg.

ner unserer berühmtesten Civilisten<sup>34)</sup>), der Depositar könne sich auch nicht einmal durch die, selbst sofort liquide Einrede des Eigenthums, der Restitution der Sache entziehen. Die L. 31. §. 1. D. h. t. redet zwar freilich nur von dem Fall, da der Eigenthümer der Sache es mit einem Diebe oder Räuber zu thun hat. Allein daß auch derjenige zur Herausgabe nicht angehalten werden könne, welcher unwissend seine eigene Sache als ein Depositum empfing, sagt nicht nur Tryphonin noch nachher in derselben Stelle, wie auch schon der große Hugo Grotius<sup>35)</sup> bemerkt hat, sondern eben dieses bestätigt auch Julian in der schon an einem andern Orte<sup>36)</sup> angeführten L. 15. D. h. t. Unmöglich kann also wohl Juristen in der L. 11. pr. Cod. h. t. das Gegentheil haben verordnen wollen. Will man auch unter den Worten: *quasi et ipse quasdam contra eum, qui depositum, actiones personales, vel IN REM, vel hypothecariam praetendens,* den Fall mit begreifen, wenn der Depositar einen eigenthümlichen Anspruch an der hinterlegten Sache macht, so kann doch von dieser Vorschrift, wenn sie nicht den bekanntesten Rechtsprincipien entgegenstreiten, ja mit sich selbst im Widerspruche stehen soll, (denn man erwäge nur die Worte: *ut non contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur*) nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn das vorgesuchte Eigenthum noch illiquid ist.

34) Thibaut System des Pand. Rechts 2. Band §. 892. Allein man sehe Webers angef. Beiträge. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 100. ff.

35) De iure belli ac pacis Lib. II. cap. 10. §. 4.

36) Siehe oben §. 939. S. 149.

ist. *Quia non est ex fide bona*, sagt Tryphonius in der oben angeführten Stelle, *rem suam dominum PRAEDONI* (wofür ist denn wohl der Hinterleger anders zu halten, welcher, des gegenseitigen klar erwiesenen Eigenthums ungedachtet, dennoch die Herausgabe der Sache verlangt?) *restituere compelli*. — *Nec ex iure gentium constitutum depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino, sua ipsius res, quasi aliena, servanda detur*. Endlich soll auch d) das Retentionsrecht bey dem Depositum nicht statt finden, d. i. der Depositar ist nicht befugt, wegen einer an den Hinterleger habenden Forderung die deponirte Sache so lange zurückzuhalten, bis er von dem Deponenten befriedigt worden ist. In der L. II. Cod. h. t. heißt es ausdrücklich: *cum non sub hoc modo depositum accepere rit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur*. Es entsteht hier die sehr streitige Rechtsfrage, ob der Depositar nicht wegen der verwendeten notwendigen Kosten das Retentionsrecht an der deponirten Sache auszuüben befugt sey? Viele Rechtsgelehrten<sup>37)</sup> tragen kein Bedenken,

37) BACHOV Notae et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. I. Disputat. XXVI. Th. 5. lit. B. et C. VINNIUS Select. iuris Quæstion. Lib. I. cap. 51. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disputat. XXXI. Th. 15. STRUV Syut. iur. civ. Exercit.. XXI. Th. 44. et MÜLLER ad Eundem. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. LYNCKER Disp. de privilegiis depositi Th. 24. Matth. BEN. HERING Diff. de retentione in deposito licita. Rostochii 1741. §. 23. et 24. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 8. §. 29. et CARRACH in Adnotation. ad Eundem pag. 307. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 33. Ge. Lud. BOEHMER Diff. de iure retentionis §. 8. (in Elect.

ken, ihm solches in dem bemerkten Falle zu gestatten, und diese Meinung hat auch wirklich nicht unerhebliche Gründe für sich. Man sagt, es ergebe sich 1) schon aus dem Grunde des Gesetzes, daß die Vorschrift desselben auf den gegenwärtigen Fall gar nicht gezogen werden könne, weil die Retention, welche der Depositarius wegen der verwendeten nothwendigen Kosten ausübt, in der Sache selbst gesündet sey. Denn da durch diese Kosten die deponirte Sache erhalten worden, welche außerdem zu Grunde gegangen seyn würde; so sey hier immer die Einwilligung des Hinterlegers zu vermutchen. Solche Kosten machten daher gewissermaßen einen Theil der Sache aus, ja es werde das durch, eben so, wie bey dem sonst gleichfalls sehr begünstigten Heyrathsgute, die Sache ipso iure vermindert<sup>38)</sup>). Man könne also hier nicht sagen, daß der Depositarius, welcher sich, um zu seiner Entschädigung zu gelangen, der Retention bedient, wider Treu und Glauben handle. Hierzu komme aber noch insonderheit 2) daß dem Depositarius dieser Kosten wegen eine Klage (actio depositi contraria) zustehe<sup>39)</sup>). Nun sey es eine allgemeine Regel, daß

*Elect. iuris civ. Tom: II. pag. 628. sq.) Frid. Gottl. ZOLLER Exercit. iur. Quaest. Quando depositario competat ius retencionis in deposito, contin. Lipsiae 1775. §. 7. Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 2. B. Medit. 107. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. 1. §: 2. pag. 527. und Gaselius vom Retentionsrecht §. 19. Mot. d.*

38) Arg. L. 5: pr. D. de impensis in res dotales fact.

39) L. 23. D. h: t. Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine apud eundem indicem utiliter experitur. Dass durch die letztern Worte auf die actio depositi contraria

daß man solcher Forderungen wegen, die man durch eine Gegenklage erhalten kann, die Sache zu retiniren besagt

traria hingedeutet werde, behauptet mit Recht Eujaz in Modestino ad h. L. 23. (Oper. Tom. V.) Denn ohne Zweifel ist diese Stelle von einem solchen Depositar zu verstehen, der die ihm zur Verwahrung gegebene Sache schon wieder restituirt hat. Eben so versteht diese Stelle auch der Scholastik der Basiliken (*τὴν κοινηπαίαν δενούστην οὐκεῖ* etc.) Tom. II. Basilicor. pag. 123. not. c. Nur die Worte *servo constituto* haben keinen richtigem Sinn. Eujaz in Recitat. ad Modestini different. h. L. hält sie für einen falschen Zusatz, welcher nicht vom Modestin herrühre, und daher wegzustreichen sey. Diese Muthmasung wird auch durch die Collatio Legg. Mosai car et Rom. Tit. X. §. 2. (in Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 769) unterstützt, in welcher die Stelle Modestins in ihrem Zusammenhange zu lesen ist, und so lautet: *Actione depositi conventus, cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur: at is, cui res commodata est, improbe cibariorum exactiōnē intendit.* Der Meinung des Eujaz stimmt auch Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. in fin. beh. Allein daß jene Worte ganz unrichtig seyn sollten, läßt sich, wie auch Io. van NISDEN in Diff. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum superfluit. Cap. 3. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Volum. I. Tom. I. pag. 25.) schon bemerkt hat, nicht füglich annehmen, wenn man damit die Basiliken Tom. II. pag. 98. vergleicht, wo die Stelle so lautet: 'Ο ἐνχρήματος περὶ δούλων τῆς περὶ παραθήκης ἀγωγῆς, etc. *Conventus actione depositi ex causa servi depositi.*' Statt also die Worte *servo constituto* ganz wegzustreichen, hat sich die Kritik bemühet, durch Emendation derselben einen richtigen Sinn herzustellen. Pitthou in Not. ad Collat. LL Mos. et Rom. will daher *servo restituto* lesen. Eben so auch Anton Faber in Rational. in Pand. ad h. L. und potius

fugt sey, wenn die Herausgabe derselben durch die *actio directa* verlangt wird<sup>40</sup>). Daß diese Meinung nach dem Rechte der Pandecten sich vollkommen vertheidigen läßt, und von den römischen Rechtsgelehrten selbst, als eine unbestrittene Wahrheit, behauptet worden, in keinem Zweifel unterworffen. In der *Collatio Legum Mosaicar. et Romanar.* Tit. X. §. 2. kommt eine sehr merkwürdige Stelle aus *Modestins libro Differentiarum secundo* vor, aus welchem die *L. 23. D. h. t.* genommen ist, welche folgendermassen lautet: *Respondit, deposita si subripatur, dominus (sc. depositae rei) habet furti actionem, quamvis, apud quem res deposita est, inter sit ob impensas in rem factas se retinere*<sup>41</sup>). Allein die Frage ist, ob nicht dieses ältere Recht, durch die *L. 11. Cod. h. t.* sey aufgehoben worden? Ich muß gestehen, daß die für die verneinende Meinung oben angeführten Gründe nicht ganz überzeugend sind. Das Gesetz verwirft schließlich alle und jede Einwendungen, wodurch die dem Depositari zur Pflicht gemachte augenblickliche Zurückgabe der

Gas

THIER in Pand. Iustinian. Tom. I. Nr. LVI. not. f. Andere hingegen, nämlich Bynkershöf in dem Gebauerischen Corpus iuris ad h. L. 23. Io. Guil. HOFFMANN in Meletemat. academicor. ad Pand. Diff. hebdom. XV. §. 10. und van NISSEN in cit. Dissert. Cap. 3. pag. 25. lesen *servo constitutorum cibariorum nomine*. Daß der Ausdruck *constituere* bey Aliomenten sehr gebräuchlich sey, hat keinen Zweifel. *L. 5. §. 10. D. de agnosc. et alend. lib.*

40) *L. 18. §. ult. D. Commod.* *L. 15. §. 2. D. de furtis.*

41) S. ANT. SCHULTING Jurisp. Antejust. pag. 769. not. 19. und IO. CANNEGISTER ad Collat. LL. Mosaic. et Rom. Tit. X.

Sache aufgehalten wird, ja es wird namentlich verordnet, daß wider den Willen des Hinterlegers durchaus kein Zurückhaltungsrecht Statt finden solle. Hat der Depositarius eine Gegenforderung, so soll er sie durch die ihm deshalb zustehende Klage verfolgen. *Sed depositae quidem res quam celerrime, sine aliquo obstatulo, restituantur, — et postea legitimae actiones integras quoque ei reserventur.* Daz hierunter auch die actio depositi contraria mit begriffen sey, leidet also wohl nach dem Geist des Gesetzes keinen Zweifel. Wollte nun der Depositarius dennoch wegen der aufgewendeten Kosten das Retentionsrecht an der hinterlegten Sache ausüben, so würde er offenbar gegen die Pflicht der unverbrüchlichen Treue handeln, welche ihm die Heiligkeit des Hinterlegungscontracts auflegt, und worauf das Gesetz hier alles zurückführt. Es paßt also der Grund des Gesetzes vollkommen auf den gegenwärtigen Fall, und es ist nun wohl erklärbar, warum Thibonian die oben angeführte Stelle des Herennius Modestinus, in welcher dem Depositarius, der aufgewandten Kosten wegen, das Retentionrecht gestattet wird, in die Pandecten nicht aufgenommen hat. Hiermit verliert nun auch die sonst allgemeine Regel, nach welcher derjenige, dem eine Gegenklage zusteht, sich auch des Retentionsrechts bedienen könne, wenn die Herausgabe einer Sache durch eine actio directa von ihm verlangt wird, auf den gegenwärtigen Fall ihre Anwendbarkeit. Nach einer richtigern Theorie verdient also wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten<sup>42)</sup> den Vorzug, welche dem Depositarius

42) *Hug. DONELLUS* in *Comm. ad L. XI. Cod. h. t. nr. 9. I*  
*VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. Henr. ZOESIUS Commen-*

tar auch wegen der verwendeten selbst nochwendigen Kosten das Retentionsrecht versagen. Gleichwohl erlaubt der Gerichtsgebrauch dem Depositar der Billigkeit wegen das Retentionsrecht alsdann, a) wenn derselbe Schaden durch das Depositum erlitten, oder b) solche Kosten auf die hinterlegte Sache verwendet hat, um welcher willen ihm die *actio depositi contraria* zusteht, sie mögen nochwendige, oder auch nur nützliche seyn; wenn nur die letzteren mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Hinterlegers sind verwendet worden<sup>43)</sup>.

Die Restitution geschieht übrigens an dem Orte, wo sich die Sache zur Zeit der Zurückforderung befindet, wenn sie auch dem Depositar nicht gerade an diesem Orte wäre zur Verwahrung übergeben worden. Es muß ihm

nur

ad Dig. h. t. qr. 29. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 37. HAHN Observat. ad *Wezenbecium* h. t. nr. 3. BOECKELMANN Tract. de actionib. pag. 210. SCHULTING Thes. controv. Decad. LIX. Th. 7. MENCKE Gymnas. polem. iur. Disp. VI. Th. 24. Christ. Henr. BREUNING Quaeist. iur. controv. de retentione illicita in deposito. Lipsiae 1778. DAN. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. §. 67. et 68. Phil. Iac. HEISLER Diss. de iure retentionis. §. 30. Christ. Henr. Göttl. Kochy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelehrtheit. 1. B. Beiträgt. 25. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 13. nos u.

43) S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 60. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. MEVIUS P. II. Decis. 56. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. not. 4. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 788. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1883.

nur deshalb kein Dolus zur Last fallen, daß sich die Sache an einem andern Orte befindet. Ist ein von dem der Hinterlegung entfernter Ort für die Zurückgabe der Sache bestimmt, so trägt der Hinterleger die Kosten des Transports. Ist kein Ort bestimmt, der Hinterleger verlangt aber, daß die Sache an einen bestimmten Ort hingebracht werden solle; so ist ihm zwar hierin zu willigen, allein der Transport geschieht auf seine Gefahr und Kosten.

*L. 12. D. h. t.* Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non impensa eius id fiat; apud quem depositum sit, sed eius, qui depositum.

*L. 12. §. 3. D. eodem.* Depositum *eu loco* restituui debet, *in quo* *sunt* *dolo* *malo* *eius* *est*; *apud* *quem* *depositum* *est*: *ubi* *vero*, *depositum* *est*, *nihil* *interesset*. Eadem dicenda sunt communiter, et in omnibus bonae fidei iudiciis. *Sed* *dicendum* *est*, *si* *velit*, *actor* *fuis* *in* *penis*, *suoque* *periculo* *perferr* *i* *rem* *Romam*, *ut* *audiendus* *sit*: *quoniam* *et* *in* *ad exhibendum* *actione*: *id* *servatur* <sup>44)</sup>

Wenn

44) Die ganze letzte Periode dieser Gesetzesstelle hält ANT. FABER in RATIONAB. ad h. L. für einen Tribonianismus. Denn unmöglich werde Pomponius geschrieben haben in *ad exhibendum actione*, sondern in *actione ad exhibendum*. Denn das Erstere sei ein Gräcismus. Als wenn Gräcismen so was Ungewöhnliches im Styl der ältern römischen Rechtsgelehrten wärtn! Magne sebe doch ANT. AUGUSTINUS lib. II. Emendation cap. 1. In der Sache selbst aber soll es keine beschwerende Zäsuren für den Depositar seyn, die er sich nicht brauche gefallen zu lassen, nämlich daß er die Sache an einen dritten Ort, NB. opue

Wenn der Depositär die ihm obliegenden Pflichten vorsätzlich nicht erfüllt, und sich daher eines Betrugs schuldig macht, so wird er infam<sup>45</sup>). Es gehören hierher folgende Fälle. 1) Wenn er die Zurückgabe der deponirten Sache ohne alle Ursache verweigert<sup>46</sup>); oder 2) das Depositum gänzlich ableugnet<sup>47</sup>); oder 3) die Sache vorsätzlich verdirtbt<sup>48</sup>); oder 4) dieselbe heimlich veräußert<sup>49</sup>), oder 5) in seinen Nutzen verwendet.<sup>50</sup>). Ob nicht auch schon erwiesene culpa lata den Depositär infamire, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere Rechtsgelehrte<sup>51</sup>) wollen auch hierin die culpa lata dem Dolus gleichachten, weil

ohne seinen Schaden, auf Gefahr und Kosten des Hinterlegers schicken soll. Ein so seichtes Argument bedarf gar keiner widerlegung. S. Ulr. HUBERI Eunomia Rom. pag. 592.

45) L. 1. L. 6. §. 6. D. de his, qui not. infam. L. 10. Cod. h. t. Qui depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus, ad eius restitutionem cum infamiae periculo urgetur.

46) L. 1. §. 22. D. h. t.

47) L. 13. pr. D. h. t.

48) L. 1. §. 16. D. h. t.

49) L. 1. §. 25. D. h. t. L. 1. §. fin. eodem. L. 2. et 8. Cod. eodem.

50) L. 3. Cod. h. t.

51) Hug. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XVI. cap. 7. et Libro XVIII. cap. 8. Ger. NOODT Probabil. iuris Lib. I. cap. 13. §. 11. Jo. VOET Comm. ad Pand. Lib. III. Tit. 2. §. 2. Arn. VINNIUS Commentar. ad Institut. Lib. I. Tit. 26. §. 6. nr. 3. Ian. A COSTA in Comm. ad Institut. eod. loc. dt. COCCEJI iur. civ. controv. Lib. III. Tit. 2. Qu. 2. U. q. III.

weil nicht nur Celsus *L. 32. D. h. t.* den Saß: *latam culpam dolum esse*, als eine gar nicht zu bezweifelnde Wahrheit bestätige, sondern auch Cajus *L. 1. §. 5. D. de obligat. et act.* ausdrücklich lehre, *magnam negligentiam in doli crimen cadere*: und daß auch in caassis famosis diese Gleichstellung von den römischen Juristen sey angenommen worden, erhelle aus mehreren Gesetzesstellen<sup>52)</sup>). Nach den Gesetzen der Pandecten ist wohl die Meinung mit Grund nicht zu bestreiten. Allein in dem neuern römischen Recht ist diese Strenge gemildert, wie schon an einem andern Orte<sup>53)</sup> gezeigt worden, und h. z. E: ist man vollends darin einverstanden, daß ein wenn gleich grobes Versehen in Straßfällen dem bösen Vorsatz nicht gleichzuachten sey<sup>54)</sup>). Soll übrigens die Strafe der Infamie von Wirkung seyn, so muß ausdrücklich darauf erkannt werden<sup>55)</sup>). Die Wirkung dieser Strafe ist jedoch nicht die, welche mit der deutschen Ehrlosigkeit verknüpft ist, denn der römische infamis ist kein Deutscher ehrloser<sup>56)</sup>); sondern der Depositarius, der durch Begehung ei-

52) *L. II. §. ult. D. de his, qui not. infam. L. 7. §. 1. D. de susp. tutor. L. 42. D. de Verbor. Signif.*

53) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 375. und §. 380. S. 195. f. EV. OTTO u. EM. MERILLIUS in Comim. ad § 6. I. de susp. tutor.

54) S. Kleinschrod's syst. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. I. Th. §. 30.

55) *L. 1. L. 7. D. de his, qui not. infam.* S. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 322. et 323. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 782.

56) S. Hagemann über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen infamia und deutschen Ehrlosigkeit, in Hugo ci- vilist. Magazin 3. Bandes 2. Stück. S. 163. ff.

nes Betrugs den Beweis seiner Unrechtmässigkeit gegeben, hat sich dadurch aller vorzüglichsten Ehrenrechte im Staat verlustig, und eines besondern öffentlichen Vertrauens unwürdig gemacht<sup>57</sup>). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche kann jedoch der Richter, wenn eine rechtmässige Ursache dazu vorhanden ist, dem Depositar in dem Urtheile die Ehre vorbehalten<sup>58</sup>); so wie nicht minder durch einen noch vor der Verurtheilung mit dem Hinterleger geschlossenen Vergleich<sup>59</sup>), oder durch eine erfolgte Entschädigung desselben die Strafe der Insammlie abgewendet werden kann<sup>60</sup>).

### §. 945.

#### Depositum miserabile.

Geschieht die Hinterlegung im Falle einer dringenden Noth, nämlich bey einer entstandenen Feuers-, Wassers- oder Kriegsgefahr; so wird sie, zwar nicht in den Gesetzen, aber doch in der nicht ganz unpassenden Sprache

der

57) S. CARPOV Iurispr. for. P. IV. Const. 45. Def. 10. RICHTER P. II. Decis. 80. pr. 35. und Feuerbachs Lehrbuch des penitentiären Rechts. §. 71.

58) Frid. Christ. HARPPRECHT Diff. de expressa honoris in sententia iudicis reservatione. §. 28. in EIUS Dissertat. academ.

Vol. I. Np. XII. pag. 433. Dau. MEVIUS Decision. P. II. Decis. 339. und P. V. Decis. 367. Man sehe jedoch Kleinschrodt's angef. Entwicklung 3. Th. §. 90.

59) L. Z. D. de hb. qui not. infam. S. den 5. Th. dieses Commentars §. 381.

60) S. Sam. STRYK de cautel. contract. Sect. II. cap. 3. §. 14.

der heutigen Rechtsgelehrten, *depositum miserabile*<sup>61</sup>), außer diesem Falle aber *depositum simplex* genannt. Nach dem Edict des Prätors sollte zwischen diesen beiden Arten des Depositums der Unterschied statt finden, daß gegen einen solchen Depositor, der mit einem deposito miserabili unrechtmäßig umging, auf das Duplum, gegen einen andern aber nur auf das Simplum sollte geklagt werden können. Die Worte des Edicts, so wie sie uns Ulpian L. 1. §. 1. D. h. t. aufbehalten hat, lauten folgendermassen: Praetor ait: *Quod neque tumultus, neque incendi, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: eorum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum; in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipius, in duplum iudicium dabo.* Der Prätor minderte hierdurch die Strenge der Zwölftafelgesetze, nach welchen jeder Betrug, dessen sich der Depositor schuldig machte, die Strafe des Duplums nach sich zog<sup>62</sup>). Paulus

61) Pet. MÜLLER Diff. de deposito miserabili. Jenae 1680 rec. 1714. Lud. Christoph. KANNENGIESSER Diff. de receptu rerum miserabilium. Duisburgi 1735. und Sam. Frid. WILLENBERG Exercit. de deposito miserabili. in Eiusdem Select. jurisprud. civ. P. II. Exerc. 33. pag. 561. sqq.

62) Iac. GOTHOFREDUS hat in seinen Quatuor fontib. iuris civ. bey OTTO in Thes. iuris Rom. Tom. III. das hierher gehörige Fragment der Zwölftafelgesetze in Tab. 3. auf folgende Art restituirt: *Si quid endo Deposito dolo malo factum escit, duplione iuitio.* Die Gesetze der zwölf Tafeln bestrafen überhaupt jede Untreue mit dem Duplum. L. 55. §. 1. D. de administr. tutor. Die Verordnung in der 3. Gezetztafel stammt aus den Glücks Erlass v. Pand. 15. Lb. D Ges

Ius in *Sententiis receptis Lib. II. Tit. 12. §. 11.*<sup>63)</sup> giebt uns hierüber den Beweis, wenn er sagt: *Ex causa depositi lege duodecim Tabularum in duplum actio datur; edicto Praetoris in simplum.* Ulpian aber belehrt uns noch weiter über den Grund des prätorischen Edicts, wenn er *L. I. §. 2. D. h. t.* sagt: *Merito has causas depo-nendi separavit Praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendenter, non ex voluntate proficiscentem.* Mit Recht, sagt Ulpian, unterscheide der Prätor zwischen jenen beiden Arten des Depositums. Denn bey einem gemeinen Depositum hat der Hinterleger Zeit zur Ueberlegung. Er kann sich den Freund wählen, zu dem er das Vertrauen hat, daß er ihm seine Sachen wohl verwahren werde. Allein in der Bestürzung, in welcher man sich im Falle einer bevorstehenden Gefahr befindet, erlaubt die dringende Noth keine lange Besinnung. Zwar ist es in jedem Falle schändlich, ein Depositum zu veruntreuen<sup>64).</sup> Denn ein an-

vers

Geschenk der Althenier her. S. *Iul. POLLUX Onomast. Lib. VIII. cap. 6.*

63) S. SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 281. Die Stelle des Paulus ist aus der *Collatio Legum Mosaicar. et Rom. Tit. X. §. 7. in fin.* S. SCHULTING c. l. pag. 771.

64) SENECA *de Beneficiis Lib. IV. cap. 70.* sagt: *Depositum red-dere, per se experenda res est.* Die Alten glaubten, wer ein Depositum nicht wieder zurückgebe, den würden selbst die Götter mit ihrer Rache verfolgen, und ihn durch äußerliche Verun-staltung, als einen schändlichen Menschen, auszuschonen. Gund-ling in seiner Abhandlung, warum die Römer die Ableug-nung des Depositums so scharf bestrafe? in *Gundlingianis 1. St. Nr. VIII. §. 4. S. 182.* hat hierüber aus Theocrit und

Ju-

vertrautes Gut ist als ein Heiligtum zu betrachten<sup>65</sup>). Wer ein solches unterschlägt, begeht einen Diebstahl<sup>66</sup>). Allein bey einem gemeinen Depositum hat sich doch immer der Hinterleger den Vorwurf zu machen, daß er in der Wahl seines Freundes nicht vorsichtiger war. Dieser Vorwurf trifft hingegen den Deponenten nicht, der in einem dringenden Nothfalle seine Sachen flüchtet, und in der Bestürzung zuweilen vergißt, wem er seine Sachen zur Verwahrung gegeben hat. Hier ist also die Untreue des Depositars größer und strafbarer, als in jenem Falle eines depositi simplicis. Ulpian fügt daher *L. i. §. 4. D. h. t.* noch hinzu: *Haec autem separatio causarum iustum rationem habet: quippe cum quis fidem elegit, nec depositum redditur, contentus esse debet simile.* Cum vero *extante necessitate*<sup>67</sup>) deponat, crescit pers-

D 2

diae

JUVENAL verschiedene Stellen angeführt. HERODOTUS Lib VI. Histor cap. 87. erzählt von einem solchen Betrüger, daß er mit seiner ganzen Familie umgekommen sei, und zieht hieraus die Moral: οὐδὲν ἀγαθὸν μη δέ διανοέσθαι περὶ παρακαταθήκης ἄλλούς, οὐδὲ πατεόντων ἀποδίδοντα. e. i. Ita bonum est, nihil aliud de deposito cogitare, quam ut repetentibus reddatur. PLINIUS röhmt daher Lib. X. Ep. 97. vorzüglich von den Christen seiner Zeit: se sacramento non in scelus aliquod obstringere, sed ne furta, ne latrocinium, ne adulteria committerent; ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.

65) JUVENAL *Satyr. 13. v. 10.* legt daher dem depositum den Beinamen *sacrum* bey, und nennt die Veruntreuung desselben *crimen violatae fidei.*

66) *L. 29. pr. D. h. t.*

67) Unser Cod. Pand. Erlang. liest hier *exigente necessitate.* Io. Guil. HOFFMANN Meletemat. et Observat. ad Pand. Diss. XV.

*diae crimen: et publica utilitas coercenda est<sup>68</sup>), vindi-*  
*can-*

§. 8. will ex tanta necessitate lesen. Eben so schon längst vor ihm Pet. DUIRSEMA Conjectural. iur. civ. Lib. II. cap. 2 §. 3. Allein ich finde keinen hinreichenden Grund, von der florentischen Leseart abzugehen.

68) Daß die Worte: *et publica utilitas coercenda est vindicandae reipublicae causa*, keinen richtigen Sinn haben, leuchtet in die Augen. Wie aber die wahre Leseart herzustellen sey, ist ein Problem, bey dessen Auflösung die Kritik alles versucht hat, was Kunst und Scharfsinn vermag. Die Emendationen eines Cu-  
 jaz, Robert, Connanus, Ferdinand Arias de  
 Mesa, Duarens und Kycklama von Nieholt hat Jo.  
 van de WATER in Observation. juris Rom. Lib. I. cap. 3. be-  
 reits geprüft, aber alle verworfen. Er selbst, auf die Erklä-  
 rung des griechischen Scholiasten in den Bastilien Tom. II.  
 pag. 108. not. b. gestützt, ist der Meinung. daß der wahre Sinn  
 Ulpian's vollkommenen getroffen seyn werbe, wenn man die  
 Leseart auf folgende Art ändert: *ob publicam utilitatem coercen-*  
*dum (sc. perfidiae crimen), et vindicandum reipublicae causa.*  
 Allein andern missfällt die hier sichtbare Tautologie. Diese,  
 sagen sie, könne vermieden werden, wenn man annimmt, daß  
 vielleicht Ulpian so geschrieben haben könne: *et publica cala-*  
*mitas coercenda, et vindicanda est reipublicae causa*, welches  
 dann den Sinn habe: *res publice damosa, poena imposita,*  
*impedienda est, in gratiam reipublicae.* Dies ist der sinnreiche  
 Einfall eines Georg. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II.  
 cap. 15. pag. 314. den aber auch schon vor ihm Jo. SUAREZ  
 de MENDOZA in Comm. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. 5. nr. 6.  
 (in Thes. Meerm. Tom. II.) hatte. Jo. IENSIUS in Strictur. ad  
 Rom. iuris Pand. et Codicem pag. 111. glaubt hier einen neuen  
 Beweis zur Unterstützung seiner Hypothese zu finden, daß wir  
 nicht die lateinischen Original-Pandecten hätten, sondern eine  
 bloße lateinische Uebersetzung von einer griechischen Version der-  
 selben

candae reipublicae causa: est enim inutile<sup>69</sup>), in causis

selben. In der griechischen Uebersetzung sey vielleicht das Wort  $\alpha\mu\pi\gamma\sigma\delta\alpha:$  gebraucht worden. Dieses bedeute nun zwar auch soviel, als coercere, allein es heisse auch soviel als defendere. Letztere Bedeutung hätte hier eigentlich gewählt werden sollen. Der Fehler liege also bloss in der Uebersetzung. Allein da diese Grille des Tenuius schon von Bach in seiner unparteiischen Kritik über jurist. Schriften 1. B. S. 167. gründlich genug widerlegt worden ist, so ist hierüber kein Wort weiter zu verlieren. Viel finnreicher ist die Conjectur des Io. Guil. HOFFMANN Meletemat. acad. ad Pand. Diff. XV. §. 8. welcher die Worte auf folgende Art emendirt: *crescit perfidia crimen et publica utilitas: coercenda et vindicanda reipublicae causa.* Der Sinn sey nun ganz natürlich der, je größer eine solche Untreue von Seiten des Depositars ist, je größer werde das Interesse des Staats, ein solches Verbrechen zu bestrafen, und dadurch das gemeine Wohl des Staats zu sichern. Unter allen den wenigsten Beysfall verdient gewiß der Hypothekarische Versuch in der Gebauerischen Ausgabe des Corp. iuris civ. welcher die Worte so ändert: *publica utilitas vindicanda est coercendae reipublicae causa.* Es ist jedoch der Mühe werth, hierüber noch die verschiedenen Lesearten in den vorzüglichsten Ausgaben der Pandecten zu vergleichen. Hier verdient gewiß die Halloandrische den ersten Platz, in welcher die Worte so lauten: *et publica utilitas coercendo vindicanda est reipublicae causa.* Eben so liestet auch Vintimillius; und dieser Leseart giebt Ulr. HUBER in Eunom. Rom. pag. 588. unter allen den Vorzug. Sie scheint jedoch mehr eine Conjectur des Halloanders, als auf die Auctorität aller Handschriften gestützt zu seyn. Diese aber hat die Leseart des Petrus ab Areo Baudoja Cestius für sich, *et publica utilitate coercendum est (sc. perfidia crimen) vindicandae reipublicae causa.* Denn gerade so liestet auch unser Cod. Pand. Erlang. Sollte die in den Wor-

sis huiusmodi fidem frangere. Ob das Prätorische Edict nur von der Abläugnung des Depositums gehandelt, oder jeden Betrug beym deposito miserabili mit der Strafe des Duplums belegt habe, ist streitig. Mehrere<sup>70</sup>) behaupten das Erstere. Allein das Letztere ist unstreitig der Wahrheit gemäss<sup>71</sup>). Soviel ist indessen gewiss, daß die römischen Rechtsgelehrten, welche das Prätorische Edict erklärt haben, dasselbe blos auf den Fall einschränkten, wenn der Depositarius ein solches Depositum betrüglich abläugnet<sup>72</sup>), und diese Meinung nahm nachher auch Justinian an, wie aus dem S. 26. *I. de actionib.* erhellet, wo es heißt: at il-

lae,

Worten dieser Lesart liegende Tautologie einigen Anstoß verursachen, so bemerke ich, daß dergleichen in unsren Gesetzen und selbst in den Fragmenten des Ulpianus gar nichts Ungewöhnliches sind, wie Ger. NOODT in Probabil. lib. III. cap. 10. und in Commentar. ad Dig. h. t. §. *Tempestivum est.* pag. 368. aus mehreren Beispielen erwiesen hat.

69) *Baudozia* und *Haloander* haben statt *inutile*, *incivile*. Allein man kann die florentinische Lesart, mit welcher auch unser Cod. Pand. Erlang. übereinstimmt, vollkommen behalten. Denn *inutile* heißt hier, *quod utilitat publicae repugnat*, oder *quod noxiū et grave est*, wie Franc. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 11. Ferand. ADDUENSIS Explication. Lib. I. cap. 48. (in *Thes. iuris Rom.* Otton. Tom. II. pag. 524. et sqq.) und Ulr. HUBER in *Eunomia Rom.* ad h. L. §. 2. pag. 588. aus vielen Stellen der Alten erwiesen haben.

70) *Ger. NOODT* Comm. ad Pand. h. t. §. *Tempestivum.* pag. 368.  
*Io. SUAREZ de MENDOZA* Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 5. nr. 6 und *BOECKELMANN* Comm. in Dig. h. t. §. 13.

71) *Ant. SCHULTING* Iurisprud. Antejust. pag. 771. not. 31.

72) *G. EV. OTTO* Commentar. ad §. 17. *I. de actionib.*

iae, id est, damni iniuriae ex Lege Aquilia, et *internum depositi* (sc. miserabilis), *inficiatione duplicantur*: in confitentem autem in simulum dantur. Noch ist zu bemerken, daß die Strafe des Duplums nicht auf die Erben übergeht, wenn die Klage noch nicht gegen den Depositor war angestellt worden. Diese haften nur für das Simulum, und zwar jeder derselben nach dem Verhältniß seines Erbtheils, auch muß die Klage binnen einem Jahre wieder sie angestellt werden<sup>73</sup>). Wird hingegen der Depositor selbst auf das Duplum belangt, so ist die Klage eine *actio perpetua*. Eben so kann auch zuweilen gegen den Erben selbst in perpetuum auf das Duplum geflagt werden, wenn er sich nämlich eines gleichen Dolus schuldig gemacht hat. Denn wenn gleich sonst prätorische Klagen nur ein Jahr dauern<sup>74</sup>); so findet doch hier darum eine Ausnahme statt, weil die *actio depositi* auf das Duplum ursprünglich keine prätorische Klage ist, sondern aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herrührt, und also hier eine vom Prätor blos modifizierte Civilklage ist<sup>75</sup>). Alles dieses bestätigt Uterius L. 18. D. h. t. wo er sagt: *De eo, quod*

73) S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Deinde ait. pag. 370. sq. und I. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

74) L. 35. D. de Obligat. et Action.

75) S. HEINECCIUS in Histor. iuris civ. Lib. I. cap. 3. §. 68. Not.\*. Noch einen andern Grund führt God. Lud. MENCKEN in Introduc. in doctrin. de actionib. for. Comm. Spec. Sect. II. cap. II. Membr. IV. §. 18. pag. 181. an, nämlich der Depositor, welcher ein depositum miserabile abläugnet, sei einem Diebe gleichgeachtet worden, gegen welchen auch die prätorischen Personalklagen perpetuirlich waren.

quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum est, *in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione, et in simplum, et intra annum quoque*<sup>6</sup>): *in ipsum*<sup>7</sup>), *et in solidum, et in duplum,*

et

76) Viele wollen zwar diese Worte so verstehen, die Klage gehe gegen den Erben nur auf das Simplum, auch wenn sie binnen einem Jahre wider ihn angestellt wird. D'swegen sey aber doch auch gegen den Erben die Klage eine actio perpetua S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVI. Et. 4. und in Rational. in Pand. ad L. 28. h. t. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Deo LVIII. Th. 7. Pet. MÜLLER Diss. de deposito miserabili. Th. 19. Allein der Unterschied, welcher hier zwischen den beyden Fällen, ob die Klage gegen den unschuldigen Erben, oder gegen denjenigen selbst angestellt werde, welcher den Dolus begiebt, so bestimmt und deutlich gemacht ist, widerlegt diese Meinung von selbst. Es wäre auch in der That gar kein vernünftiger Grund einzusehen, warum Meratus gesagt haben sollte, die Klage gegen den Erben gehe nur auf das Simplum, auch wenn sie binnen einem Jahre wider ihn angestellt werde, weil ja auch selbst die Klage auf das Duplum nicht auf die Dauer von einem Jahre beschränkt ist. Iust. Henn. BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VIII. §. 23. ist zwar anderer Meinung. Er hält die gemeine Leseart für unrichtig, und glaubt, sie müsse auf folgende Art restituirt werden: *in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione; et intra annum quoque in ipsum* (sc. depositarium) *et in solidum, et in duplum; at in simplum in perpetuum datur.* Allein eine so willkürliche und gewaltsame Kritik, welche überdem von aller Auctorität entblößt ist, wird Niemand leicht billigen können. Die gemeine Leseart, in welcher alle Handscriften und Ausgaben übereinstimmen, bestärken noch insonderheit die Basilica Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. Const. 28. pag. 98. wo die Worte so lauten: απὸ δέ τοιόδης, αὐτῷ οὐ κλη-

et in perpetuum datur. Ob die Strafe des doppelten Er-sahes bey dem deposito miserabili noch heutigen Tages Statt finde, darüber sind die Practiker verschiedener Meinung. Mehrere<sup>78)</sup> wollen dieses aus dem allgemeinen Grunde läugnen, weil alle römische Privatstrafen in Deutschland außer Gebrauch wären. Allein daß sich gegen diesen Grund nach einer richtigern Rechtheorie noch immer viel einwenden läßt, hat Herr Prof. Weber<sup>79)</sup> sehr gründlich gezeigt. Daher behaupten andere Rechtsgelehrten<sup>80)</sup> richtiger, daß die in dem römischen Recht bey

*αληρονύμοις αὐτῆς κατὰ τὰ αληρονομίαια μέρη, καὶ εἰς τὸ ἀπλῆν καὶ ἐνπόσι ἐνιαυτὲς ὁμοίως ἐναγονται. i. e. de dolo autem eius (sc. depositarii) heredes pro hereditaria portione et in simulum et intra annum similiter conveniuntur.* Ich halte daher die von mir mit Moodt und Voet angenommene Erklärung des Accursius für richtiger.

77) Ob das *in ipsum* auf den Depositar, oder auf den Erbteil geht, welcher sich selbst einer dolosen Abläugnung des Depositums schuldig gemacht hat, ist unter den Auslegern streitig. Die Basiliken und Accursius erklären diese Worte vom Depositar. Allein in Verbindung mit L. i. §. 1. D. h. t. können sie auch eben so gut von dem Erben verstanden werden.

78) GROENEWEGEN ad L. i. §. 1. D. h. t. THOMASius in Diff. de non usu actionum poenarium in foris Germ. §. 41. et 42. de cocceji iur. civ. controv. h. t Qu. 9. LUDOVICI Usu pract. distinction. iurid. h. t. Diff. 3. CARRACH Adnotat. ad Boehmeri doctr. de actionib. pag. 305. ad §. 23.

79) Versuche über das Civilrecht 1. Abh. §. 23. S. 67.

80) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. HARPPRECHT Consultat. crim. et civ. Cons. 3. nr. 50. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. MÜLLER Diff. de deposito miserabili. §. 18.

hen dem deposito miserabili im Abläugnungsfalle verordnete Strafe des Duplums allerdings auch noch heutzutage Statt finde. Dass jedoch außer dieser Strafe auch auf die Infamie erkannt werden könne, leidet keinen Zweifel<sup>81</sup>), da dieselbe jeden Betrug des Depositars begleitet<sup>82</sup>).

### §. 946.

#### Klagen aus dem Hinterlegungscontract.

Die Klagen aus dem Hinterlegungscontract sind

I. die *actio depositi directa*, welche von dem Hinterleger oder desselben Erben gegen den Depositar oder desselben Erben auf Zurückgabe der deponirten Sache, mit allem, was dazu gehört, so wie auf Erfasch des mit Vorfaß oder aus groben Versehen verursachten Schadens, im Falle eines abgelaugneten depositi miserabilis aber auf das Duplum, angestellet wird. Diese Klage steht auch sogar einem Diebe und Räuber zu, wie Ulpian lehrt, wenn er *L. I.*

§. 39.

WILLEMBERG Diss. eiusd. arg. II. und BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VIII. §. 23. not. y. In vielen deutschen Statuten, und Landrechten ist die Strafe des röm. Rechts ausdrücklich bestätigt; z. B. in der Frankfurtschen, und Nürnbergischen Reformation, ferner in dem Pfälzischen, Badischen, und Württembergischen Landrechten. S. Griesingers Commentar über das Württemb. Landrecht. 1. Band S. 119.

81) S. MÜLLER Diss. eit. Th. 20. und WILLEMBERG Exercitat. cit. §. 12.

82) CICERO Orat. pro Roscio Comoedo cap. 6. et pro Caecinna. cap. 3.

§. 39. *D. h. t.* sagt: *Si praedo vel fur deposuerint, et hoc MARCELLUS lib. VI. Digestorum putat, recte depositi acutros: nam interest eorum, eo quod teneantur.* Man wird wohl nicht glauben, daß dieses zum Vortheil der Diebe und Räuber sei verordnet worden. Mein, die Gesetze hassen vielmehr diejenigen, welche unter diesem Vorwande die Zurückgabe eines Depositums verweigern, und sich selbst eines Diebstahls schuldig machen<sup>83)</sup>). Die strenge Pflicht der Treue, welche die Gesetze vom Depositar fordern, bringt es daher mit sich, daß auch dem Diebe und Räuber das Depositum zurückgegeben werde, so lange der wahre Eigenthümer nicht durch seinen Einspruch die Restitution hindert<sup>84)</sup>). Zu welken kann die *actio depositi directa utiliter* auch von einem Dritten angestellte werden, wenn nämlich der Deponent bey der Hinterlegung die Bedingung mache, daß diesem die Sache restituit werden solle, oder der Dritte dem Deponenten den Auftrag gegeben hatte, seine Sache einem Andern in Verwahrung zu geben. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

*L. i. §. II. D. h. t.* *Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur?*

Et

83) *S. Ant. MORNACII Observation.* in *Dig. ad h. L. in Operib.* Tom. I. pag. 615.

84) *L. 31. §. I. D. h. t.* *S. Guil. MARANUS in var. Tractat. iuris civ. Tom. III. Operum pag. 121. Franc. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 4. Ant. Dad. ALTESERRA Recit. in Claud. Tryphoninum Tom. I. und Christ. RAU Excerptat. iur. civ. ad L. 31. §. I. D. depositi. Lipsiae 1775.*

Et putat, tecum *mandati*: cum eo vero, qui eas res  
recepit, *depositi*<sup>85</sup>).

*L. 1. §. 33. D. eodem.* Eleganter apud *Iulianum*  
quaeritur, si pecuniam servus apud me depositum, *ita*  
*ut domino pro libertate eius dem*<sup>86</sup>), egoque dedero, an  
tenear depositi? Et libro XIII. Digestorum scribit, si  
quidem sic dedero, quasi ad hoc penes me depositam,  
teque certioravero, non competere tibi depositi atio-  
nem.

*L. 26. pr. D. eodem.* Publia Maevia, cum pro-  
ficiuceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste  
et instrumentis commendavit Gaiae Sejae, et dixit  
ei; *cum salva sanave venero, restitues mihi; certe si ali-*  
*quid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio*  
*marito suscepi*<sup>87</sup>). Defuncta ea intestata, desidero, res  
com-

85) *S. Ant. FABER Rational.* in Pand. ad h. L.

86) So ist richtiger statt *eiusdem* zu lesen. *S. Guili. BEST Ratio*  
emendandi leges. Cap. I. pag. 10. (edit. Neuhaus. Lipsiae 1745.)  
Eben so liest auch *Cod. Pand. Erlang.*

87) Die Beschreibung, welche die Deponentin von ihrem Sohn  
erster Ehe macht, lässt uns glauben, daß auch noch Kinder von  
ihrem zweiten Mann vorhanden waren, die sie ab intestato be-  
erbt haben würden. Sonst wäre gar kein Grund vorhanden  
gewesen, daran zu zweifeln, daß dem Sohn, als Erben, die  
von seiner Mutter deponierten Sachen hätten restituirt werden  
müssen. Allein nun geschehe die Restitution dem Sohne nicht  
als Erben der Deponentin, sondern gleichsam vermöge eines  
Fideicommisses, wie aus *L. 77. D. de legatis I.* erhellet. *S. Ger.*  
*NOODT Comm. h. t. §. Ab alia* pag. 367. und *Christph.*  
*Lud. CRELL Diff. de deposito cum fideicommisso utili, ut res*  
*post mortem deponentis testio restituatur.* *Vitembergae 1742.*

commendatae cui restitui debeant: filio, an marito? PAULUS respondit, filio.

*L. 8. Cod. ad exhibendum.* Si res tuas commodavit, aut depositum is, cuius in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum, vel vindicatione uti potes. *Quod si pactus sit, ut tibi restituantur:* si quidem ei, qui depositum, successisti iure hereditario, depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili, nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet: intelligis nullam te ex eius pacto, contra quem supplicas, actionem stricto iure habere: *utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.*

Ob nicht die *actio depositi directa* zuweilen auch utiliter gegen den dritten Besitzer angestellt werden könne, ist streitig. Man sehe z. B. den Fall, daß der Depositarius die Sache wieder einem Dritten in Verwahrung gegeben hätte. Kann hier der Deponent gegen den zweyten Depositarius klagen? Püttmann<sup>88)</sup> läugnet dieses schlechterdings. Zwar stehe dem Deponenten, als Eigenthümer, gegen den dritten Besitzer die Reivindication zu<sup>89)</sup>; allein nicht die *actio depositi!* Für diese Meinung spricht auch *L. I. §. 1. D. h. t.* woraus erschließt, daß die *actio depositi* nur gegen den Depositarius, oder dessen Erben Statt habe. Nun findet sich zwar eine Stelle aus des Paulus *Sententiis receptis* in der *Collatio Legum Moysicar. et Rom. Tit. 10. §. 7.<sup>90)</sup>* welche das Gegenthell lehrt.

88) Meletematum iuris civ. Specim. I. Cap. 9. S. auch NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Dixi. pag. 367.

89) *L. g. Cod. h. t.*

90) S. Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 770.

lehrt. Es heißt nämlich daselbst: *Si quis rem penes se positam apud alium deposuerit, tani ipse directam, quam is, qui apud eum depositum, utili actionem depositi habere possunt.* Allein dieses Fragment macht keinen Theil unsers corpus iuris aus, in dieses ist dagegen eine andere Stelle des Afrikanus aufgenommen, nämlich L. 16. D. h. t. welche so lautet: *Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.* Nach diesen Worten soll also der erste Hinterleger von seinem Depositar, mit welchem er contrahirt hat, nur verlangen können, daß er ihm seine Klage gegen den zweyten Depositar cedire. Dagegen hat nun aber der gelehrte Dr. Christian Rau<sup>91)</sup> zu Leipzig sehr überzeugend dargethan, daß zwischen Paulus und Afrikan kein Widerspruch sey, sondern beyde vollkommen mit einander vereinigt werden können, ja daß selbst in den neueren Verordnungen der Kaiser eine solche *actio utilis*, von welcher Paulus redet, gestattet werde. Wäre ein wirklicher Widerspruch zwischen beyden Rechtsgelehrten vorhanden, so wäre es in der That seltsam, warum man gerade der Meinung des ältern Rechtsgelehrten den Vorzug gegeben hätte. Denn Paulus ist ja ein viel jüngerer Rechtsgelehrter, als Afrikan<sup>92).</sup> Allein, genau erwogen, redet Afrikan nur von einem besondern Falle, nämlich wenn der zweyte Depositar einen

Dolus

91) *Diss. de actione depositi adversus tertium possessorem.* Lipsiae 1775.

92) *S. Ant. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 281. not. 12.*

Dolus begiebt. Will hier der erste Deponent die actio depositi mit aller der dem Betruge eigenen Wirkung gegen den zweyten Depositarius anstellen, so muß er sich solche freilich von seinem Depositarius cediren lassen, weil man ja hier nicht sagen kann, der zweyte Depositarius habe das in ihn gesetzte Vertrauen des Klägers getäuscht, der ihm seine Sache gar nicht in Verwahrung gegeben hatte. Ist hingegen dem ersten Deponenten nur daran gelegen, daß ihm die Sache von dem zweyten Depositarius restituirt werde, so kann er ohne Cession dieselbe mit der actio depositi utilis abfordern. Dies ist, wenn es auch Paulus nicht ausdrücklich gesagt hätte, dennoch den neuern Verordnungen der Kaiser so gemäß, daß hierüber kein weiterer Zweifel entstehen kann. Die Kaiser Diocletian und Maximian gestatten diese Klage in der oben angeführten L. 8. Cod. ad exhibendum der Willigkeit wegen in dem Falle, wenn Jemand meine Sachen, die ich ihm nicht zur Verwahrung gegeben habe, bey einem Dritten deponirt, aber bey der Hinterlegung ausgemacht hat, daß sie mir von dem Depositarius restituirt werden sollten. Warum sollte denn nun die actio utilis nicht auch von dem ersten Deponenten gegen den zweyten Depositarius angestellt werden können, wenn der erste Depositarius es mit dem zweyten verabredet hat, daß die Sache dem ersten Deponenten auf sein Verlangen restituirt werden solle?<sup>93)</sup> Eben dieses ist auch

93) ROTHIER in Pand. Iustin. h. c. Nr. XXXIX. not. g. Tom. I. pag. 45. macht bey der Stelle des Paulus die sehr richtige Bemerkung: *non est autem infrequens, ut ad vitandum cedendum actionum circuitum, recta via utilis detur adversus quem cederenda erant actiones.*

auch die Meinung des Johann Heinrich von Berger<sup>94)</sup>.

Noch ist zu bemerken, daß die actio depositi directa eine privilegierte Klage ist. Entsteht nämlich ein Concurs über das Vermögen des Depositars, so nimmt der Deponent, sofern er nicht die hinterlegte Sache als Eigentümmer vindiciren kann, unter den persönlich privilegierten Gläubigern den lehsten Platz ein. Er darf sich nur, wenn er Gelder deponirte, keine Zinsen ausbedungen haben, sonst hat er sich seines Privilegiums begeben, und er wird dann von andern blos chirographarischen Gläubigern nicht weiter unterschieden. Hierher gehört folgende merkwürdige Stelle Ulpians.

*L. 24. §. 2. D. de rebus auctor. iudicis possidend.* In bonis mensularii vendendis, post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam fecuti, deposuerunt. Sed enim, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur: et merito; aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis: et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.

Diese Vorschrift ist zwar freylich an sich singulair. Sie redet von einem solchen Depositor, der bey den Römern ein mensularius, oder mensarius war<sup>95)</sup>). Allein der Grund

94) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. pag. 435. edit. WINCKLER.

95) Diese mensarii oder mensularii waren öffentliche Personen, welche in Rom vom Senat, in den Provinzen aber von dem Volk

Grund des Gesetzes ist allgemein: *aliud est credere, aliud deponere*; und giebt uns die Ueberzeugung, daß dem Depositum an sich dieses Privilegium beigelegt sey, mithin auch noch jetzt Anwendung finde, wenn wir gleich keine römische Mensarien mehr haben<sup>96)</sup>.

Noch stärker war jedoch das Privilegium, wenn die actio depositi gegen einen Argentor, oder nummularius, welcher bankerot geworden war, angestellt wurde. Hier gieng der Deponent allen persönlich privilegierten Gläubigern vor, und zwar nicht etwa dann, wenn das deponirte Geld noch existirte, sondern auch wenn es consumirt war, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

*L. 7. §. 2. et 3. D. h. t.* Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur: dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non ha-

Bölk gewählt wurden, und nach Art der Quästoren die öffentlichen Gelder bestritten, und solche zum Besien des Staats verwendeten. LIVIUS Histor. Lib. VII. cap. 21. CICERO Orat. pro Flacco cap. 19. Bey diesen wurden auch häufig Gelder deponirt. Denn der Staat garantierte für ihre Treue. Sie waren von den Argentarien unterschieden, wenn gleich diese auch zuweilen mensarii genannt werden. *L. 47. §. 1. De de pact. S. Christ. Ger.* OVERBECK Diss. de collocatione depositi tam regularis quam irreg. in concursu creditor. Heidelb. 1808. P. II. §. 13. sqq.

96) S. OVERBECK cit. Diss. P. III. §. 18.

Glück's Erläut. d. Pand. 15. Th.

P.

habeatur, quasi renunciaverint deposito. Item quae-  
ritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt;  
an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur?  
Et constat, simul admittendos: hoc enim rescripto  
principali significatur.

*L. 8. D. eodem.* Quod privilegium exercetur non  
in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii, ex  
pecunia deposita, reperta est, sed in omnibus frauda-  
toris facultatibus: idque propter necessarium usum ar-  
gentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane  
sumtus causa, qui necessarie factus est, semper prae-  
cedit: nam, deducto eo, bonorum calculus subduci  
solet.

Die meisten Rechtsgelehrten <sup>97)</sup> wollen zwar die *L. 7. cit.* von dem Falle verstehen, wenn die deponirten Gelder noch in Natur vorhanden sind. Denn nun könne sie der Deponent vindiciren, und er gehe dann allen privilegierten Gläubigern vor. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß die Vindicationsbefugniß die Gränzen des Eigentums nicht überschreiten kann. Nun sagt aber die damit in der genauesten Verbindung stehende *L. 3. h. t.* daß das ge-  
dachte Privilegium sich nicht blos auf das noch vorhan-  
dene Depositum beschränke, sondern auf das ganze Vermö-  
gen

97) *Iac. cujacius Observation.* Lib. X. cap. 14. *Guil. FORNE-  
RIUS Selection.* Lib. III. cap. 8. (in *Thes. iur. Rom. Otton.*  
Tom. II. pag. 90.) *ROTHIER Pandect.* Iustinian. Tom. I. h.  
Nr. LIII. not. b. pag. 458. und *Christ. Lud. KUNDE Com-  
mentat. de historia, indeole ac vi remediorum securitatis,* quib.  
*iure Rom. prospectum est creditorib. debitoris obaerati.* etc.  
*Goett.* 1794. 4. §. 67.

gen des Schuldners sich erstrecke. Wie hätte denn auch Papinian ein schon in den Regeln des gemeinen Rechts gegründetes Vindicationsrecht des Deponenten ein Privilegium nennen können? Es ist überdem auch ein großer Unterschied, ob der Deponent als Vindicant das Depositum zurückfordert, oder sein Privilegium durch die *actio depositi*, der es beylegt ist, geltend macht. In dem ersten Falle braucht er sich gar nicht in den Concurs einzulassen; in dem letzten Falle hingegen werden die Concurskosten erst abgezogen, und der Deponent aus dem übrigen Vermögen befriedigt.

II. *Actio depositi contraria*, welche von dem Depositar, oder dessen Erben, gegen den Deponenten oder desselben Erben auf Ersatz eines ihm durch irgend eine Culpa des Deponenten, wenn sie auch nur in einem ganz geringen Versehen bestehen sollte, verursachten Schadens, so wie auf Erstattung der zur Erhaltung der Sache nötigen, oder auch anderer mit Willen des Deponenten gemachten Kosten angestellt wird<sup>98)</sup>). Diese Klage unterscheidet sich von der *actio directa* auch noch insonderheit darin, daß bey ihr weder das *iuramentum in litem*, noch die Folge der Infamie Statt findet<sup>99)</sup>).

P 2

§. 947.

98) *L. 5. pr. L. 12. pr. L. 23. D. h. t. L. 31. D. de pigner. act. L. 61. §. 5. D. de furt.* S. MENCKEN *Introduct. in doct. de actionib. for. pag. 185. sq. et ad Eundem HOMMEL not. 524. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 799. ff.*

99) *L. 5. pr. D. h. t. L. 6. §. ult. D. de his, qui not. infam. S. metuen Commentar 12. Th. §. 813. S. 420.*

## §. 947.

Nichtliches Verhältniß mehrerer Deponenten, oder mehrerer Depositare, oder mehrerer Erben eines Deponenten oder eines Depositars.

I. Haben mehrere eine Sache deponirt, oder stirbt der Deponent, und hinterläßt mehrere Erben, so ist entweder a) eine untheilbare Sache deponirt worden. Hier muß derjenige, welcher die Sache allein zurückfordert, entweder von den übrigen eine Vollmacht haben, oder durch eine hinreichende Caution den Depositar gegen die Ansprüche der übrigen sicherstellen. Weigert sich der Kläger diese Caution zu leisten, so kann der Depositar die Sache den Gerichten übergeben, und sich hierdurch von allen weiteren Ansprüchen befreien<sup>100)</sup> b) Sind mehrere individuelle Sachen deponirt, welche  $\alpha$ ) alle von gleicher Art und Werthe sind, so daß eine jede derselben ganz die Stelle der andern vertreten kann; z. B. wenn jemand sechs silberne Leuchter, alle von gleicher Form und von gleichem Gewichte bei mir hinterlegt hätte, und der Deponent stirbt, mit Hinterlassung dreier Erben, welche ihm zu gleichen Theilen succediren; so kann jeder Erbe seinen Anteil, also zwey Leuchter von mir fordern, und sie müssen ihm ohne Caution herausgegeben werden<sup>2).</sup> Sind hingegen  $\beta$ ) die mehreren hinterlegten individuellen Sachen nicht vertretbare Sachen von derselben

<sup>100)</sup> L. i. §. 36. in fin. D. h. t. voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

<sup>2)</sup> L. ult. Cod. h. t. Hub. CIPHANIUS Explanat. difficilior. L.L. Cod. ad h. L. ult. pag. 292. und Hug. DONELLUS Comment. ad eand. L. pag. 264.

ben Gattung z. B. es hat Jemand drey Pferde deponirt, und es sind drey Erben des Hinterlegers vorhanden, so kann ein Erbe allein ohne die Einwilligung der übrigen, eben so wenig ein Pferd für sich, als alle drey verlangen, wenn er nicht deshalb eine hinreichende Caution leistet<sup>2)</sup>). Hätte sich auch wirklich einer der Erben eines von diesen drey Pferden für sich herausgeben lassen, so erwirbt er dennoch dadurch kein ausschließliches Recht auf dieses Pferd, sondern es bleibt unter den Miterben pro indiviso gemeinschaftlich<sup>3)</sup>). c) Besteht hingegen die hinterlegte Sache in einer Quantität, so kann jeder der Deponenten oder Erben seinen Anteil fordern. Denn eine Quantität ist schon ipso iure getheilt<sup>4)</sup>). Ist jedoch das Geld in einem versiegelten Beutel deponirt worden, so muß der Beutel gerichtlich, oder in Gegenwart einiger bekannter unbescholtener Personen geöffnet werden<sup>5)</sup>). Wäre es bei der Deposition ausgemacht, daß einer das Ganze solle erheben können, so kann dann zwar auch einer allein das Ganze zurückverlangen; allein ohne eine solche Verabredung ist ihm

2) *L. 29. D. de Solut.*

3) FRANTZIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 19. und DUARENUS Comment. ad h. Tit. cap. 4. pag. 1007. Anderer Meinung scheint jedoch de cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 8. zu seyn.

4) *L. 2. §. 1. D. de Verb. Oblig.* FRANTZIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 18.

5) *L. 1. §. 36 D. h. t.* Ueber diese Stelle vergleiche man vorzüglich Ulr. HUBER Eunom. Rom. ad h. L. pag. 590. und Iust. MEIERI Ἐρδοξῶν Iustinianeor. Decad. V. Cap. 8. (adj. gius Colleg. iur. Argentorat. Tom. III. pag 980.

ihm dieses nicht erlaubt<sup>6)</sup>). Wer von einer deponirten theilbaren Sache seinen Antheil vom Depositar erhalten hat, braucht ihn mit den übrigen nicht zu theilen, wenn diese nämlich dem Depositar vielleicht zu lange nachgesehen haben, und nachher wegen der Insolvenz derselben nichts von ihm erhalten können<sup>7)</sup>). Hat der Depositar einem von den mehreren Deponenten oder Erben, ohne daß dieser hinlänglich dazu legitimirt war, die ganze hinterlegte Summe zurückgegeben, so können die übrigen dennoch die actio depositi mit Wirkung gegen ihn anstellen, wenn er sich auch von dem Empfänger hätte Caution leisten lassen<sup>8)</sup>). Ein anders wäre, wenn derjenige Erbe, welcher den größten Theil zu fordern hatte, die ganze hinterlegte Summe gegen Caution verlangt. Diesem kann sie nicht vorenthalten werden, und der Depositar hat auch in diesem Falle von den übrigen Miterben keinen Anspruch weiter zu befürchten<sup>9)</sup>.

## II.

6) L. i. §. 44. D. h. t.

7) L. ult. Cod. h. t. DONELLUS in Commentar. ad h. L. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

8) CARPOV Respons. iur. Lib. V. Resp. 14. STRYK de cautelis contract. Sect. II. Cap. III. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

9) L. 14. pr. D. h. t. Si plures heredes exsisterint ei, qui deposuerit, dicitur, si maior pars adierit, restituendam rem praesentibus. Maiores autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditiarum intelligendam, cautela idonea reddenda. Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 16. hält die Leseart: si maior pars adierit für fehlerhaft, und will das für si maior pars aderit lesen.

Denn

II. Haben mehrere eine Sache in Verwahrung genommen, so haftet in der Regel jeder Einzelne für das Ganze<sup>10</sup>). Denn der Deponent hat einem Jeden die Sache ganz

Denn die vorhergehenden Worte: *si plures heredes extiterint*, zeigen, daß die Erbschaft von allen Erben bereits angetreten gewesen sey. Dahingegen lehrten die folgenden Worte: *restituendum rem praesentibus*, daß von dem Falle die Rede sey, daß nur ein Theil der Erben sich gemeldet, und die Zurückgabe des Depositums verlangt habe. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, hat schon Iust. MEIER Evdoχῶ Iustinianor. De-cad. V. cap. 9. gezeigt. Echon *Ue cur si us* erklärt das *adierit* so, daß er darunter vel depositarium vel iudicem verstand. Das Letztere nämlich *adierit iudicem* hält nun zwar Meier für schicklicher; allein ich glaube, man kann unter *adierit* auch ganz wohl *hereditatem* verstehen, ohne daß mit den vorhergehenden Worten ein Widerspruch entsteht. Der Sinn ist: wenn der Hinterleger mehrere Erben hinterläßt, von denen auch schon größten Theils die Erbschaft angetreten worden ist. Diese Erklärung bestätigen auch die *Basilica* Tom. II. pag. 96. Εάν κατὰ τὸ πλεῖον μέρος ὑπει-  
λθῇ γῆ τῆς παραδεμένου κληρονομίας, ἀποδόται τὸ πρᾶγμα  
τοῖς παρόντιν. i. e. Si maior pars heredum eius, qui depositum,  
hereditatem adierit, restituitur res praesentibus. Auch die Worte: *cautela idonea reddenda* scheinen dem Anton Faber nicht ächt zu seyn, sondern nach einen Tribonianismus zu schmecken. Allein mit welchem Grunde? zeigt ULR. HUBER in *Eunom. Rom. ad h. L.* pag. 593.

10) *L. i. §. 43. D. h. t.* *Si apud duos sit deposita res, adver-*  
*fus unumquemque eorum agi poterit: nec liberabitur alter, si cum*  
*altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur. Pro-*  
*inde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, praestiterit:*  
*alter non convenietur: exemplo duorum tutorum.*

ganz anvertraut. Die custodia ist untheilbar<sup>12)</sup>). Wenn jedoch der Beklagte beweisen könnte, daß er seiner Seite ausser aller Schuld sey, so muß er freigesprochen werden, und die Verantwortung trifft denjenigen, welcher den Schaden verschuldet hat<sup>13)</sup>). Ist gegen den Einen zwar auf das Ganze geklagt worden, der Hinterleger hat aber von ihm nicht seine völlige Befriedigung erhalten, so bleibt ihm der Regress immer noch gegen den Andern offen<sup>14)</sup>).

III. Mehrere Erben eines Depositars haften zwar wegen dessen, was ihr Erblasser verschuldet, pro rata<sup>15)</sup>). Werden sie aber aus ihrer eigenen Handlung in Anspruch genommen, so haftet nur derjenige Erbe allein, welcher die deponierte Sache noch besitzt, oder mit derselben unredlich umgieng<sup>16)</sup>). Haben sie jedoch alle auf gleiche Weise an dem Dolus Anteil genommen, und die hinterlegte Sache ist theilbar, so steht ein jeder nur für seinen Anteil. Ist sie hingegen untheilbar, so ist jeder Erbe in solidum verbindlich. Kann aber derjenige, welcher auf das Ganze belangt

wor-

11) Häste jedoch der Hinterleger die Sache bey mehreren auf gemeinschaftliche Gefahr deponirt, so behauptet LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. daß die mehreren Depositare sodann nur pro rata hafteten, sofern sie sich nämlich keines Dolus schuldig gemacht haben.

12) L. 1. §. 34. h. t. — Si alter dolo non fecerit, et ideocirco sit absolitus, — ad alium pervenietur.

13) L. 2. §. 34. cit. Quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur.

14) L. 7. §. 1 L. 9. D. h. t. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Sequitur T. II. Oper. pag. 367.

15) L. 9. et L. 10. D. h. t.

worden ist, die Sache selbst nicht mehr restituiren; so ist jeder der Erben den Werth für seinen Anteil zu erschätzen schuldig; was aber von einem oder dem andern nicht erhalten werden kann, das wird auf die übrigen vertheilt<sup>16</sup>).

IV. Hat einer der Erben die bey dem Erblasser hinterlegte Sache aus Irthum veräußert; z. B. er hielt die Sache für das Eigenthum des Erblassers, so muß er, wo möglich, dieselbe einzulösen suchen; kann er dieses nicht, so bleibt er blos heraus, was er empfing, oder cedirt seine Klagen gegen den Empfänger<sup>17</sup>).

### §. 948.

#### Sequestration.

Die Sequestration, *Sequestrum*, *Sequestre*, wird in dem römischen Recht bald als eine Art des Depositums, bald als eine Verfügung des Richters betrachtet<sup>18</sup>).

I. Als eine Art des Depositum betrachtet, versteht man unter *Sequestrum*, oder *Sequestration* den Vertrag zweyer streitender Parteien, wodurch sie den unter sich

16) *L. 22. D. h. t. S. Ant. FABRI Rational.* in Pand. ad h. L. *Ulr. HUBERI Eunomia Rom.* ad. h. L. pag. 594. *Paulusius* ad eand. L. *Ge. FRANTZKII Commentar.* in Pand. h. t. nr. 21. et nr. 107.

17) *L. 1. §. 47. L. 2. 3. et 4. D. h. t. S. Franc. RAMOS del MANZANO Commentar.* ad L. 1. §. ult. D. depositi. (in MEERM. *Thef. iur. civ. et canon.* Tom. VII.)

18) Unter den ältern Rechtsgelehrten haben diese Lehre vorzüglich *Andreas CLUDIUS* und *Casp. ZIEGLER de iure sequestrationum*; unter den neuern aber *Adolph. Frid. TRENDLENBURG* in *Exercitat. iuris civ. de sequestratione curatus definienda. Buetzovii* 1765. und *Gönnner* im *Handbuch des deutschen gemeinen Processeß* 4. Band Nr. LXXX. S. 369. ff. bearbeitet.

sich streitigen Gegenstand einem Dritten, welcher dann Sequester genannt wird, unter der Bedingung in Verwahrung und Aufsicht geben; daß er nach erfolgter Entscheidung des Rechtsstreits demjenigen, für welchen die Entscheidung aussällt, überliefere werden solle. Von dieser Art der Sequestration, welche von den heutigen Rechtsgelehrten *sequestratio voluntaria seu conventionalis* genannt wird, reden folgende Gesetzstellen.

L. 110. *D. de Verb. Significat.* SEQUESTER dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt committitur <sup>19)</sup>.

L. 5. §. 1. *D. h. t.* In *sequestrum* depositi actio competit; si tamen cum *sequestrare* convenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est. Quod si de pluribus locis convenit, in arbitrio eius est, quo loci exhibeat: sed si nihil convenit, denunciandum est ei, ut apud Praetorem exhibeat.

L. 6. *D. eodem.* Proprie autem in *sequestrare* est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.

L. 17. *D. eodem.* Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud *sequestrum* non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua

<sup>19)</sup> *Aulus GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XX. cap. ult.* weicht hier vom Robestin ab. Er sagt vielmehr Vocabulum *Sequester* a sequendo factum est, *quod eius, qui electus sit, utraque pars fidem sequatur.* *S. Io. Lud. CONRADI Excursus ad Gelium in div. tit. Digestor. P. II. Exc. 8. pag. 530. und TRENDELENSBURG cit. Exercitat. §. 3.*

res in controversiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt.

*L. 9. §. 3. D. dolo malo.* LABEO XXXVII. Posteriorum scribit: si oleum tuum, *quasi suum*, defendat Titius; et tu hoc oleum deposueris apud Sejum, ut is hoc venderet, et pretium servaret, *donec inter vos diiudicetur*, *cuius oleum esset*; neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati, neque sequestraria Seium convenire potes, *nondum impleta conditione depositionis*, de dolo adversus Titium agendum. Sed POMPONIUS posse cum *sequestre* praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo, quae distinctio vera esse videtur.

*L. 5. Cod. h. t.* Propter instrumenta quidem, quae te deposuisse cum adversario tuo dicis, ut residua pecunia, quae ex conductione debebatur, soluta, ea reciperes, si id, quod placuerat, implesti, *sequestrum* potes convenire.

In Rücksicht der Form, in welcher die Parthenen mit dem Sequester contrahiren, kann die Sequestration eben so, wie jedes andere Depositum, zuweilen in einen andern Contract übergehen. Der Sequester übernimmt nämlich die Verwahrung des streitigen Gegenstandes entweder a) unentgeldlich, und dann wird ihm entweder  $\infty$ ) blos die Aufsicht übertragen, hier ist es dann ein wahres Depositum; oder es wird ihm  $\beta$ ) auch zugleich die Verwaltung eingeräumt. Hier geht die Sequestration in einen contractus mandati über. Oder b) er erhält einen Lohn, und je nachdem dieser entweder im baaren Gelde, oder in einer andern Art der Vergeltung besteht, ist die Se-

Sequestration entweder als Mietcontract oder als ein unbekannter Contract zu behandeln<sup>20)</sup>.

II. Wird die Sequestration als richterliche Verfugung betrachtet, so erscheint sie bald als Sicherungsmittel, bald als Executionsmittel, und kann auch ohne Zustimmung der Parteien vom Richter verhangt werden<sup>21)</sup>). In dieser Hinsicht wird sie dann von den heutigen Rechtslehrern *Sequestratio necessaria* genannt.

A) Als Sicherungsmittel kann sie sowohl überstreitige, als nicht streitige Gegenstände angeordnet werden<sup>22)</sup>). Es muß nur immer eine solche Gefahr zu besorgen seyn, zu deren Abwendung eine Sequestration das einzige taugliche Mittel ist<sup>23)</sup>). Dann können sowohl Sachen aller Art, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, körperliche oder unkörperliche, als auch freie Personen männlichen und weiblichen Geschlechts ein Gegenstand der Sequestration seyn<sup>24)</sup>). Eine solche *sequestratio necessaria* kann, zur Sicherung der Rechte eines Thells, auf einen amtlichen Befehl des Richters in folgenden Fällen verfügt werden.

1) Wenn zu befürchten ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen möchte<sup>25)</sup>; oder daß

2) das Vermögen einer Person, für deren Sicherheit der Richter zu sorgen hat, von dem Besitzer desselben verschwendet, oder der streitige Gegenstand während des Prozesses verwüstet werden möchte<sup>26)</sup>; oder

3) daß

20) *S. TRENDLENBURG* Diff. §. 7. et 11.

21) *L. 7. §. ult. D. Qui satisdare cog. L. 11. §. 1. D. ad exhib. L. 1. §. 37. L. 5. §. ult. D. h. t. L. 22. §. 8. D. Soluto matr.*

22) *S. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 16.*

23) *L. 22. §. 8. in fin. D. Soluto matrim. S. Nic. Christph. KOB Diff. de sequestratione permissa. Altorfii 1712.*

24) *L. 3. §. 6. D. de libr. exhib.*

25) *L. 7. §. 2. D. Qui satisd. cog.*

26) *L. 22. §. 8. D. Soluto matrim. L. 21. §. fin. D. de appellat. Cap. 2. X. de sequestr. possess. et fruct.*

3) daß es während des Prozesses zwischen den Parteien zu Thätschkeiten kommen, und einer den andern mit Gewalt in dem Besitz stöhren werde <sup>27</sup>).

4) Wenn sich zwey um eine Braut streiten, und jeder ein Vorrecht vor dem andern an ihrer Person zu haben behauptet <sup>28</sup>).

5) Wenn Jemand ein Mädchen als seine Tochter reklamirt, und der Beweis hierüber mit Schwierigkeiten verbunden, auch der Beklagte in keinem guten Rufe steht, so daß man das Mädchen nicht ohne Gefahr bey ihm lassen kann <sup>29</sup>).

6) Wenn sich eine Wittwe für schwanger aussiebt, oder im Falle einer Ehescheidung der Ehemann Grund hat zu vermuthen, daß die Frau schwanger sey <sup>30</sup>.

In solchen Fällen, da der Richter die Sequestration versüge, kann die Sache entweder in gerichtliche Verwahrung gebracht, oder auch einem Dritten und zwar nach Befinden der Umstände entweder blos in Verwahrung oder auch zur Verwaltung übergeben werden. Bey Sequestration der Frauenspersonen soll die Aussicht einer Frau von bekannter Rechtschaffenheit übertragen werden <sup>31</sup>).

B) Als Executionsmittel werden Sequestrationen nach rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreits von dem Richter in der Absicht verhängt, um den Gläubiger aus den Früchten der Sache zu befriedigen, wenn Gründe vorwalten, warum die Sache selbst dem Schuldner zu erhalten.

27) *L. 9. C. de transact.*

28) *Cap. 14. X. de sponsal. Henr. de cocceji Diss. de foeminarum seqüestro. Francof. ad Vindr. 1698. Io. Guili Hoffmann Observation, quae ad usum fori spectant, Diss. I. Obs. 8. und Archiv für die theor. und praet. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann und Günther 2. Th. Nr. VIII.*

29) *L. 3. §. 6. D. de lib. exhib.*

30) *Vid. T.t. Pand. de inspiciendo ventre. XXV. 4. WESTENBERG Divus Marcus. Diss. X.*

31) *L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. Cap. 14. X. de sponsal. Cap. 8. X. de restitut. spoliat.*

halten ist, oder die Vollstreckung nur in die Früchte geschehen kann, wie z. B. bey Lehnern oder Familienfideicommissen<sup>32)</sup>.

### §. 949.

#### Klagen aus dem Sequestrum.

Insofern die Sequestration durch einen Vertrag der Parteien geschehe, kann der Sequester von demjenigen, welchem die Sache nach geendigter Sequestration zu restituiren ist, durch die aus dem Contract entspringende Klage, welche hier den Beynamen *sequestraria* erhält<sup>33)</sup>, auf Herausgabe derselben belangt werden. Dagegen kann aber auch der Sequester seiner Seits durch die ihm zustehende Contractsklage unter gleicher Nebenbezeichnung wegen seiner Gegenansprüche von dem Kläger Entschädigung fordern. Ist daher das Sequestrum a) als eine Art des Depositums geschehen, so ist die Klage von Seiten des obsiegenden Theils *actio depositi sequestraria directa*, von Seiten des Sequesters *actio depositi sequestraria contraria*. b) Geschah die Sequestration nach Art eines Mandats, so hat die *actio mandati sequestraria* statt, welche auch bald *directa* bald *contraria* ist. c) Wird sie als ein locatio operarum mit dem Sequester eingegangen, so ist die Klage die *actio locati und conducti sequestraria*. Endlich d) nimmt die Sequestration die Natur eines unbenannten Contracts an, so wird die Klage *actio praescriptis verbis sequestraria* genannt<sup>34)</sup>.

32) S. Gönners Handbuch des gem. Processeß 4. B. Nr. LXXX. §. 10.

33) L. 12. §. 2. D. h. t. Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione, quam et in heredem eius redi oportet.

34) L. 9. §. 3. D. de dolo malo. S. Schmids Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 806. u. ff.