

Ausführliche 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**  
geheimen Hofrathen und öffentlichen ordentlichen Lehrer der  
Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität  
in Erlangen.

---

---

Zwey und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

---

Erlangen  
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 2 1.

D16 115765

---

## Anhang zu dem Tit. de Testibus.

---

§. 1185. b.

Widerstreit in den Aussagen der Zeugen. Zahl der Zeugen, welche zu einem vollständigen Beweise erforderlich wird.

Vorzüglich ist aber noch bei der genauen Würdigung des Zeugenbeweises darauf zu sehen, ob Harmonie in den Aussagen derselben vorhanden sey? Denn

1) ein Zeuge, der sich selbst in wesentlichen Puncten seines Zeugnisses widerspricht, verdient keinen Glauben<sup>1)</sup>. In unwesentlichen Nebenumständen macht der Widerspruch die Aussage des Zeugen in der Hauptsache zwar nicht verdächtig, kann aber doch den Werth desselben, jedoch nur in Concurrenz mit andern Zeugen, vermindern, wenn dieselben auch über die zufälligen mit der Hauptsache nicht

1) Cap. 9. X. de probat. CANZ Tr. de probabilitate iuridic. §. 147.

wesentlich verbundenen Umstände eine gleichförmige Aussage abstatten.<sup>2)</sup> Sollte jedoch der Zeuge diese Umstände nothwendig haben wissen müssen, so daß sich ein Irrthum dabei nicht wohl annehmen läßt, so würde auch ein Widerspruch in den Nebenumständen den Zeugen in der Hauptsache verdächtig machen<sup>3).</sup>

2) Widersprechen sich zwey klassische Zeugen, welche gleiche Präsumtionen und Gründe für sich haben, in der Hauptsache, so hebt dieser Widerspruch ein Zeugniß gegen das andere auf. Eben dieses gilt, wenn sie in wesentlichen Umständen der Hauptsache nicht harmoniren<sup>4).</sup>

3) Wenn Zeugen von gleichem moralischen Werthe und bürgerlicher Achtung in ungleicher Zahl sich widersprechen; so entscheidet nicht die Mehrzahl der Aussagen, sondern der Richter folgt, was er nach seiner Ansicht und innern Ueberzeugung der Natur der Hauptsache oder des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts am gemäßesten, und für das Wahrscheinlichste hält, wenn sonst kein Verdacht der Feindschaft oder Gefälligkeit dabei Statt findet<sup>5).</sup> Es gehört hieher die merkwürdige Stelle aus des Arcadius Charisiüs libro singulare de testibus, welche die L. 21. §. 3. D. h. t. in folgenden Worten ausdrückt.

2) G. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Abschnitt §. 32.

3) CANZ de probabilitate iuridica. §. 147. not. a.

4) von Globig im angef. Versuche a. a. D. §. 33. S. 188. Man vergleiche hier auch Pet. MÜLLER ad Struyum Tom. II. Exercitat. 23. Th. 48. not. i.

5) Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1711.

Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sunt, et negotii qualitas ac iudicis motus<sup>6)</sup> cum his concurrit: sequenda sunt omnino<sup>7)</sup>.

- 6) Der Ausdruck *motus iudicis* kommt in mehrern Stellen des Röm. Gesetzbuchs vor. S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. h. v. pag. 864. In einer schon an einem andern Orte (11. Th. §. 740. S. 141—146.) erklärten Stelle ward es für ein leidenschaftliches Verfahren des Richters genommen. In dieser Bedeutung nennt auch CICERO de Offic. Lib. I. c. 36. animi motus, perturbationes. Hier wird es in einer guten Bedeutung gebraucht. CICERO sagt am q. D. Motus autem animorum duplices sunt, alteri cogitationis, alteri appetitus. Cogitatio in vero exquirendo maxime versatur: appetitus impellit ad agendum. Von der ersten Art des motus animi, welche im Denken besteht, ist hier die Rede; denn diese Kraftäußerung der Seele führt zur Kenntniß dessen, was wahr ist. CORN. VAN BYNKERSHOEK Observat. juris Romani Lib. V. cap. 14. erklärt den Ausdruck motus iudicis durch Sententia. SCHRADER Titul. Digestor. citt. h. t. pag. 69. hingegen richtiger durch innere Überzeugung des Richters, welche durch die Aussagen der Zeugen und andere Beweise hervorgebracht worden ist. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich noch mehr aus den folgenden Worten.
- 7) Die florentinische Handschrift und unser Cober lesen: sequenda sunt omnia testimonia, und so auch die meisten Ausgaben. Allein es ist hier nicht davon die Rede, wenn die Zeugen in ihren Aussagen mit einander übereinstimmen; sondern von dem entgegengesetzten Falle. Dieses bestätigen auch die Basilica Tom. II. Lib. XXI. Tit. 1. Const. 21. §. 5. h. t. Εὰν πάρτες οἱ μάρτυρες τῆς αὐτῆς τομῆς καὶ ἀπολήψεως ὅτι, καὶ ἐναποδώσιν ἄλληλοις, οὐ πάντως τὸ μεῖζον μέρος πιστεύεται,

eorum testimonia. Si vero ex his quidam<sup>8)</sup> aliud dixerunt, licet *impari numero*, credendum est, sed<sup>9)</sup> quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret; confirmabitque iudex *motum animi sui* ex argumentis et testimoniis, quae et rei aptiora, et vero proxi-

αλλὰ τὸ συμβαῖνον τῇ φύσει τοῦ πράγματος, καὶ ἔπονοιας ἔχθρας η̄ φιλίας ἐστερημένον, καὶ βεβαιούμενον ἀπὸ τῆς ψυχῆς τοῦ δικαστοῦ, καὶ τεκμηρίου. i. e. Si testes omnes eiusdem honestatis et opinionis sint: et inter se discrepent, non utique maiori parti fides est adhibenda, sed ei quod naturae negotii convenit, et quod turpi suspicione aut gratia caret, quodque confirmatur ab animo iudicis, et argumentis. Der griechische Scholiast *Cyrillus* ebendas. p. 559. not. f. zergliedert unser Fragment in folgende zwey Fälle.  
 1) wenn die von beyden Theilen producirten Zeugen in gleicher Zahl disharmoniren; 2) wenn sie in ungleicher Zahl einander widersprechen. Die Entscheidung ist aber in beyden Fällen dieselbe. Richtiger liestet daher SCHRADER a. a. D. not. k. mit *haloander* und *Genneton* *omnino* statt *omnia*, und schaltet das *eorum* hier aus der folgenden Zeile ein, wo es nach quidam eine unnüze Tautologie macht.

- 8) Die Florentine und die meisten Ausgaben lesen quidam *eorum*, welches aber mit den vorhergehenden Wörtern *ex his* eine auffallende Tautologie macht. *haloander* und *Genneton* haben daher das *eorum* weggelassen, und SCHRADER c. l. hat ihm einen schädlichen Plag angewiesen, wie bereits in der vorigen Note bemerkt worden ist.
- 9) POTHEA in Pandect. Justin. Tom. I. Lib. XXII. Tit. 5. Nr. XVI. not. a. pag. 656. will statt *sed quod* lieber *et quod* lesen. :: :

miora esse compererit. Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus lux veritatis adsistit.

Daß bey einer solchen Collision der Zeugen nicht die Mehrheit der Stimmen entscheiden, sondern die größere Wahrscheinlichkeit ihrer Aussagen den Ausschlag geben solle, bestätigt auch die Verordnung des Pabsts Innocenz III. in Cap. 32. X. h. t. welche folgenden Inhalts ist: Cum igitur hinc plures, inde vero sint testes numero pauciores producti, quos non solum diversa, sed adversa penitus in quibusdam constat testimonia reddidisse; *quia etiam ad multitudinem tantum respicere non oportet, sed ad testium qualitatem, et ad ipsorum deposita, quibus potius lux veritatis adsistit, ex quibus motum animi sui convenit iudicem informare:* mandamus, quatenus, si testes utrinque producti eiusdem honestatis et existimationis extiterint, cum constet, testes monachorum esse testibus archidiaconi numero pauciores, pro ipso archidiacono sententiam proferas. Si vero testes ex parte monachorum producti tantae praeeminentiae fuerint, quod eorum auctoritas aliorum sit merito multitudini praferenda, ab impetione archidiaconi absolvatis eosdem.

4) Wenn von mehreren klassischen Zeugen ein jeder zwar über verschiedene Umstände aussagt, die sich aber an sich nicht widersprechen, sondern sich alle auf den zu beweisenden Hauptgegenstand beziehen, so daß also deren Aussagen neben einander bestehen können;... so entsteht daraus zwar kein vollständiger Beweis, weil dazu die Ueber-

einstimmung zweyer Zeugen in eben denselben Umstand erfordert wird, hier aber jeder Zeuge nur für sich allein seinen, behaupteten Umstand bekräftiget<sup>10</sup>). Allein die Aussagen solcher Zeugen können sich doch wenigstens wechselseitig unterstützen und erläutern. Die Rechtsgelehrten pflegen diese Singularität der Zeugen eine *ad miniculirende* oder *cumulative* zu nennen<sup>11</sup>). Ob nun wohl in diesem Falle jeder von jedem Zeugen bekundete Thatumstand für sich eigentlich nur zur Hälfte bewiesen ist, so wird doch durch diese Verbindung, da der von dem einen Zeugen bekundete Umstand Vermuthungsgrund für den von dem andern Zeugen ausgesagten ist, ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit begründet, welche nahe an Gewissheit gränzt; es kann aber doch, da der Beweis nicht für vollständig zu achten ist, nur auf den Erfüllungseid erkannt werden. Indessen wollen mehrere<sup>12</sup>) behaupten, daß auch solche einzelne an sich nur halbbeweisende Aussagen zuweilen durch ihre Anzahl, und die Mannigfaltigkeit der Uebereinstimmung, oder durch ihre innere Wahrscheinlichkeit eine Beweiskraft erlangen könnten, welche der einstimmigen Behauptung zweyer vollgültigen Zeugen gleichkommt<sup>13</sup>). Eben dieser Meinung ist auch Hellfeld.

10) L. q. §. 1. Cod. h. t.

11) G. STRUV Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXVIII. §. 48.

12) Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 87.  
 a. E. Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen  
 Beweise. §. 167. von Globig Versuch einer Theorie  
 der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Abschn. §. 34. S. 192.

15) MÜLLEER ad Struvium Tom. II. Exercit. XXVIII. s: 19.

5) Herrscht in den Aussagen der Zeugen eine Dunkelheit, so müssen, um dieselbe zu heben, die Zeugen, wenn sie noch leben, und leicht noch selbst befragt werden können, noch einmal vernommen werden<sup>14)</sup>). Ist aber wegen erfolgten Todes, oder wegen Abwesenheit und weiten Entfernung derselben eine solche persönliche Erklärung ihrer Aussagen nicht mehr zu bewirken; so können dunkle oder zweideutige Zeugenaussagen im Zweifel nicht geradezu gegen den Producenten, oder zum Vortheil des Beklagten ausgesetzt werden<sup>15)</sup>); sondern es treten die gewöhnlichen Erklärungsregeln ein, welche bei der Art von Geschäften zur Anwendung kommen, dergleichen durch die Zeugen hat bewiesen werden wollen<sup>16)</sup>). Uebrigens wird bei jeder Zeugenaussage vorausgesetzt, daß der Satz, welchen der Zeuge bejahet, logisch und physisch möglich sey, d. h. er darf so wenig mit den obersten Gründen der Vernunft, als den uns bekannten Naturgesetzen und Erfahrungen im Widerspruch stehen. Er muß wenigstens physisch nicht ganz unwahrscheinlich seyn<sup>17)</sup>.

6) Ein Beweis durch Zeugen ist in der Regel nur dann für vollständig geführt zu halten, wenn zwey voll-

14) *Cap. 55. X. de testib.*

15) *Dan. NETTELBLADT Systema elem. iurisprud. positivae Germanor. communis.* §. 247. Anderer Meinung ist jedoch *Jo. Sal. BRUNQUELL* in *Diss. de ratione dicti testium.* §. 32. in *Opuscul.* pag. 665.

16) *R. G. Neundorf* vermischt Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. (Ulm 1805.) Nr. XVII. S. 200. ff.

17) *G. von Globig* Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Abschn. §. 36. ff.

gültige Zeugen in ihren Aussagen über dieselbe Thatache mit einander übereinstimmen. Der Grund der mit der übereinstimmenden Aussage zweyer von einander unabhängiger, und über alle Einwendung erhabener Zeugen verbundenen vollen juristischen Gewissheit beruhet darin, weil es nicht wahrscheinlich ist, daß zwey glaubwürdige Personen, welche denselben Umstand beobachteten, und beyde Ebendasselbe als ihre Wahrnehmung angeben, durch ihre Sinnen sollten getäuscht worden seyn; welches hingegen bey der Aussage eines einzelnen, wenn gleich an sich klassischen Zeugen, immer noch zweifelhaft bleibt. Daher reicht ein Zeuge zu einem vollständigen Beweise nicht hin. Hierin stimmen auch alle bekannte Gesetzgebungen überein. Die mosaische<sup>18)</sup>, die römische<sup>19)</sup>, die kanonische<sup>20)</sup> und

18) IV. B. Mosis Kap. 35. B. 30. V. B. Kap. 17. B. 6. Kap. 19. B. 15. „Es soll kein einzelner Zeuge wieder jemand auftreten wegen irgend einer Missthat, sondern in dem Munde zweyer oder dreyer Zeugen soll die Sache bestehen.“ S. Michaelis mosaisches Recht. 6. Th. §. 299.

19) L. 12. D. h. t. Ulp. libr. XXXVII. ad Edictum. Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. — L. 9. §. 1. Cod. eodem. Imp. CONSTANTINUS. Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae Curiae honore praefulgeat. Add. L. 20. D. de quaestione.

20) Cap. 4. 5. 10. et 23. X. h. t. In dem letztern Text heißt es: Quia non est licitum alicui Christiano, et multo minus crucis Christi inimico, ut causae suaे

deutsche <sup>21</sup>). Es giebt jedoch Ausnahmen. Zuweilen erfordern die Gesetze mehr als zwey Zeugen; nämlich drey zum vollen Gegenbeweise gegen eine öffentliche Urkunde <sup>22</sup>). Eben soviel sollen eine Handschrift über ein Darlehn, welches supra quinquaginta libras auri beträgt, unterschreiben; eben soviel auch die Quittung bey der Heimzahlung eines solchen Darlehns <sup>23</sup>). Fünf, zum Beweise der Zahlung einer schriftlich eingestandenen Schuld, über deren Zurückzahlung man sich keine Quittung hat aussstellen lassen <sup>24</sup>). Eben diese Zahl erfordert Justinian bey Errichtung eines schriftlichen Contracts, welchen derjenige eingehen will, der des Schreibens unkundig ist, *ut ita tabuum instrumentorum suscipiatur fides* <sup>25</sup>). Ferner bey

*unius tantum quasi legitimo testimonio finem imponat: Mandamus, quatenus, si inter vos et quoscunque Judaeos emerserit quaestio, in qualibet causa Christiani, et maxime Clerici, non minus, quam duorum vel trium virorum, qui sint probatae vitae, et fidelis conversationis, testimonium admittatis, iuxta illud Dominicum: In ore duorum vel trium testium stat omne verbum; quia licet quaedam sint causae, quae plures, quam duos, exigant testes, nulla est tamen causa, quae unius testimonio (quamvis legitimo) terminetur. Add. Can. 8. Caus. XXXIII. Qu. 2.*

21) P. Gerichtsordn. Carls V. Art. 67. und Art. 30.

22) Cap. 10. X. de fide instrum.

23) L. 17. Cod. Si certum petat.

24) L. 18. Cod. h. t. S. God. Lud. MENCKEN Commentat. in hanc L. 18. Lipsiae 1748.

25) Nov. LXXIII. Cap. 8. et 9.

Codicillen<sup>26)</sup> und Schenkungen von Todes wegen<sup>27)</sup>). Es erfordert auch der Prätor zur Untersuchung der Schwangerschaft einer Wittwe fünf sachkundige Frauenspersonen<sup>28)</sup>. Sieben Zeugen bey feierlichen Privattestamenten<sup>29)</sup>. Ehemals auch bey den Ehescheidungen der Römer, welche per libellum repudii geschahen, zu deren Gültigkeit und vollen Beweis die Lex Julia de adulteriis die Ge- genwart von 7 Zeugen, welche mündig und Röm. Bürger seyn mußten, erforderte<sup>30)</sup>. Mehrere Fälle, wo zwey Zeugen nicht genügen, führen Nepos de Monte Albano<sup>31)</sup>, und Johann Ortwin Westenberg<sup>32)</sup> an. Die Aussage eines einzigen klassischen Zeugen enthält zwar nach dem Gerichtsgebrauche nur einen halben Beweis, es

26) *L. ult. §. ult. Cod. de codicill. L. 28. §. 1. Cod. de testam. L. ult. C. eodem.*

27) *L. ult. Cod. de mortis causa donat.*

28) *L. 1. §. 10. D. de ventre inspic.*

29) *L. 12. Cod. de testam. L. 52. Cod. de fideicomm.*  
S. meine Dissertation de testamenti privati solemnis probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos instituenda. (*Opuscul. iurid. Fascic. I. Nr. I.*)

30) *L. 9. D. de divort. L. un. §. 1. in fin. D. Unde vir et uxor. L. 45. D. ad L. Jul. de adult. L. 55. D. de donat. inter vir. et uxor. Jo. Guil. HOFFMANN lib. sing. ad Leg. Julian de adulteriis coercendis. Cap. V. §. 8. Ge. Aug. MARCHE Histor. iur. civ. de divortiis. Lipsiae 1764. §. 9.*

31) *Tract. de testibus. num. 81. sqq. in Tract. de testibus probandis et reprobandis.*

32) *Princip. iuris secundum ord. Digestor. h. t. §. 21 — §. 25.* Man sehe auch meine angef. Dissertation. §. 2. in *Opusc. Fasc. I. pag. 7. sqq.*

kann aber dieser zuweilen genügen, wenn nämlich die Gegenparthen dieselbe als vollständig beweisend gegen sich gelten lassen will. Denn es gilt hier blos ihrem eigenem Rechtsvortheil, und diesem kann sie ja freywillig entsagen <sup>33)</sup>). Da jedoch ein Verzicht so einschränkend, als möglich, erklärt werden muß, so ist in einem solchen Falle nothwendig, daß der Product seine Einwilligung desfalls deutlich erkläre, und folglich nicht nur in die vollkommene Glaubwürdigkeit der Person, sondern auch in die vollständige Beweiskraft der Aussagen des einzigen Zeugen ausdrücklich einwillige. Denn die bloße Erklärung desselben, daß er den Zeugen für glaubwürdig halte und anerkenne, würde im Zweifel nur für einen Verzicht auf die gegen die Person dieses Zeugen, und desselben Aussagen zu machenden Einwendungen zu halten seyn <sup>34)</sup>). Eben so ist es auch dem Erblasser gestattet, in seinem Testamente zu verordnen, daß das Zeugniß einer bestimmten Person in einem gewissen Falle zwischen seinen Erben entscheidend seyn solle; es muß jedoch dieser Zeuge, wenn es ein Erbe verlangt, sein Zeugniß beschwören <sup>35)</sup>). Das auch das Zeug-

33) *L. 29. Cod. de pactis.* Est regula iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare. *Casp. Henr. HORN* Diss. de probatione plena per unum testem. *Wittebergae* 1693. Cap. IV. Th. 2. und *J. C. FINCKE* Diss. de unius testis confessione. *Goett.* 1798.

34) *S. Christ. Heinr. GMELIN* über die Beweiskraft eines Zeugen wider denselben, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt oder benutzt hat. *Tübingen* 1806. §. 30.

35) *L. 14. D. de dote praelegata.* *HORN* cit. Diss. Cap. IV. Th. 3.

niß einer beeidigten öffentlichen Person über dasjenige, was zu ihren Amtsgeschäften gehört, eine vollständige Beweiskraft habe, ist bekannt<sup>36)</sup>, und hat seinen Grund darin, weil solche öffentliche Personen in ihren Amtsgeschäften die Vermuthung eines legalen Verfahrens für sich haben. Es kann daher diese außerordentliche Glaubwürdigkeit nicht auf diejenigen Aussagen öffentlicher Personen erstreckt werden, welche einen von deren Amtsgeschäften ganz abgesonderten Umstand oder Ereigniß betreffen, weil sie in diesem Falle nicht in der Eigenschaft einer öffentlichen Person, sondern nur als Privatperson ein Zeugniß ablegen<sup>37)</sup>. Wenn ferner in possessorio sumario die Aussage eines einzigen unverdächtigen Zeugen für genügend angenommen wird<sup>38)</sup>; so beweist dies nur eigentlich soviel, daß in diesem Prozeß auch schon ein

36) *Cap. 23. X. de election. I. 6.* Et pro his, quae a iudice sunt acta, praesumitur, quod omnia rite fuerint celebrata. *L. 5. §. 13. D. de reb. eor. qui substitut.* *L. 5. Cod. de exactor. tributor.* *L. 1. §. 12. D. de offic. Praef. urbi.* *Cap. 19. X. de appellat.* *L. 21. in fin. Cod. ad L. Corn. de falsis.* *Nov. LXXIII.* *Cap. 7.* Mevius Part. I. Decis. 118. Smelin in der angef. Schrift. §. 27.

37) *Cap. 28. et 40. X. h. t.* *L. 9. §. 1. Cod. eodem.* Jac. Frid. Ludovici Diss. de iudice extra acta aliquid asserente. §. 27.

38) *MENOCRIUS de retinendae possessionis remed.* n. 34. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 9. Cod. de testib. HORN cit. Diss. Cap. III. Th. 5. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 95. Ernst Friedr. Pfostenhäuser Abh. über das gerichtl. Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. §. 21.

unvollständiger Beweis genügt<sup>39)</sup>, obwohl auch dies nicht von allen Rechtsgelehrten eingeräumt wird<sup>40)</sup>. Nach den Verordnungen des canonischen Rechts wird zwar auch durch die Aussage eines einzigen Zeugen eine noch nicht vollzogene Ehe gehindert<sup>41)</sup>, allein es wird damit dieser Aussage keine volle Beweiskraft beigelegt, sondern blos zu erkennen gegeben, daß eine Ehe nicht geschlossen werden dürfe, so lange ein Hinderniß derselben auch nur unvollständig bewiesen ist<sup>42)</sup>. Ganz unrichtig hingegen ist es, wenn man auch zum Beweise des Todes eines Abwesenden<sup>43)</sup>, desgleichen zum Beweise der Unschuld eines Angeklagten<sup>44)</sup>, schon die Aussage eines einzigen Zeugen für

39) Smelin angef. Abb. §. 29. S. 83. und Leonh. Lüd. Gottl. Güptig Lehrbuch der summarischen Prozesse. §. 86.

40) Man sehe BOEHMER Diss. de vero usu remedii possessorii Cap. I. §. 5 — 7. (Exercitation. ad Pand. T. V. Exerc. 90.) und Gönnner Handbuch des gemeinen Prozesses. 4. B Nr. LXXXI. §. 27.

41) Cap. 22. X. h. t. Cap. 12. X. de sponsalib.

42) Smelin angef. Abb. §. 28. S. 79. a. E.

43) Wie z. B. MÜLLER ad Struvium. Exercit. X. §. 66. Not. a. Allein man sehe HERTH Diss. de apertura testamentorum. §. 14. (in Opusc. Vol. II. Tom. III. p. 265.) und den 7ten Th. dieses Commentars. §. 562. S. 493.

44) MASCARDUS de probat. Concl. DCCCCIV. in fin. FROMMANN Diss. de innocentiae praesidio. Th. 30 HORN Disp. cit. de probat. plena per unum testem. Cap. III. Th. 5. CANZ Tr. de probabilitate iuridica. §. 153. not. b. Man sehe aber v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit. 2. Th. VII. Absch. §. 19. Not. \*) u. Smelin über die Beweiskraft eines Zeugen. §. 29. S. 82.

vollkommen beweisend annehmen will. Gemeinlich stellt man hier auch den Satz auf, daß ein Zeuge wider denselben, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt, oder in einem Rechtsstreite benutzt hat, vollständig beweise.<sup>45)</sup> Man sagt, wer einen Zeugen für sich aufgeführt hat, habe durch die Production diesen Zeugen auch für tauglich zur Hervorbringung eines rechtlichen Beweises anerkannt; er könne daher auch nachher gegen die Person und Glaubwürdigkeit dieses Zeugen, welchen er einmal gebilligt hat, keine Einwendungen machen; daher beweise auch schon ein einziger Zeuge gegen den Producenten vollständig. Allein hier ist Wahrheit und Fruthum vermischt, mögen diese Sätze auch noch so lange in der Praxis gegolten haben, in welche Farinacius<sup>46)</sup> sie einführte. Ihre Anwendung streitet gegen Recht und Billigkeit, wie in der angezeigten Schrift<sup>47)</sup> auf eine vollkommen überzeugende Art ist ausgeführt worden. Es ist wahr, in der Handlung der Production liegt eine stillschweigende Anerkennung

45) *S. MASCARDUS de probation.* Part. III. Concl. 1249. fol. 250. sqq. *MENOCHIUS de arbitrariis iudicium quaestionib.* Cas. XCIX. nr. 13. *FARINACIUS Tr. de testimoniis Tit. VI. Qu. 62. Fol. 221.* *VULTELIUS Consil.* Marburg. Vol. I. Cons. XV. nr. 61. et 174. Vol. II. Cons. VIII. nr. 24. Cons. XXX. nr. 133. *HARPPRECHT Consil.* Tubing. Vol. I. Cons. V. nr. 105. *SCHOEPF Select.* Decis. Decis. CCII. Nr. 1. et 2. et Decis. CCXXIV. nr. 28.

46) Cit. loc.

47) *Christ. Heinrich Smelth* über die Beweiskraft eines Zeugen wider denselben, welcher selbst ihn als Zeugen aufgeführt oder benutzt hat. Tübingen 1806. 8.

der Glaubwürdigkeit des producirten Zeugen; falsch aber ist es, daß der Producent sich dadurch aller und jeder Einreden gegen den aufgeführten Zeugen begeben habe. Man unterscheide vielmehr. 1) Ist von Einreden gegen die Person des Zeugen die Rede, so waren diese Einreden entweder zur Zeit der Production schon vorhanden, und auch dem Producenten bekannt, oder nicht. Nur in dem ersten Falle kann der Producent diese Einreden nicht weiter vorbringen, weil er sich derselben stillschweigend besgeben hat. Dahingegen läßt sich keinesweges behaupten, daß der Producent auch auf diejenigen Einreden Verzicht geleistet habe, welche entweder zur Zeit der Production des Zeugen noch gar nicht existirten, oder wenn sie auch damals schon vorhanden, doch dem Producenten wenigstens unbekannt waren, weil ein Verzicht nie auf das, woran man nicht gedacht hat, ausgedehnt werden kann. 2) Ist von Einreden gegen die Aussagen des producirten Zeugen die Rede, so läßt sich hier vollends kein stillschweigender Verzicht annehmen, weil ja diese Aussagen dem Producenten zur Zeit der Production des Zeugen, und also auch die Einreden dawider noch völlig unbekannt waren. Erst durch sein Stillschweigen bey Eröffnung der Aussagen seiner Zeugen verliert er die Einreden gegen diese Aussagen. Es ist jedoch nöthig, die Gesetze selbst hierüber vor allen Dingen zu vergleichen. Das Gesetz, worauf sich alle berufen, ist die L. 17. Cod. de testibus, welche folgendermaßen lautet.

Imp. JUSTINIANUS A. Mennae P. P,

Si quis testibus usus fuerit, iidemque testes  
adversus eum in alia lite producantur: non licebit.

Glück's Erläut. d. Pand. 22. Th.

P

ei personas eorum excipere, nisi ostenderit, ini-  
micitas inter se et illos *postea* emersisse, ex qui-  
bus testes repelli leges praecipiunt: non adimenda  
scilicet ei licentia, *ex ipsis depositionibus* testimo-  
nium eorum arguere. Sed et si liquidis probatio-  
nibus datione vel promissione pecuniarum eos  
corruptos esse estenderit, etiam eam allegationem  
integrali ei servari praecipimus. Dat VII. Kal.  
Jun. D. N. JUSTINIANO A, Cons. 528.

Es ist hier von dem Falle die Rede, da ich in einem Rechtsstreite gewisse Zeugen für mein Interesse gebraucht habe, welche nachher in einem andern Rechtsstreite gegen mich aufgeführt werden. Ob sie von meinem ehemaligen Gegner, oder von einem Dritten gegen mich producirt werden, bestimmt das Gesetz nicht näher, es kann also auch wohl keinen Unterschied machen, so wie es denn auch wohl wegen des Wörtchens *quis* gleichviel seyn kann, ob ich als Producent, oder als Product die Zeugen für mich gebraucht habe. Dem Gebrauche dieser Zeugen für mein Interesse wird nun die rechtliche Folge beigelegt, daß ich jetzt keine Einwendungen gegen ihre Person machen darf. Daß aber dieses nicht ohne alle Ausnahme gelten solle, bestimmt das Gesetz deutlich. Der Zusammenhang zeigt klar, daß dieses nur von solchen Einreden gelte, welche zu der Zeit, als ich in meinem Prozeß von den Aussagen dieser Zeugen Gebrauch machte, factisch schon begründet, und mir auch bekannt waren. Denn könnte ich darthun, daß nachher zwischen mir und ihnen eine solche Feindschaft entstanden sey, welche einen Zeugen nach den Gesetzen verwerflich macht, oder könnte ich durch ganz liquide Beweise sogleich außer Zweifel sezen, daß diese Zeugen in dem ge-

genwärtigen Prozeß durch Geschenke oder Versprechungen gegen mich bestochen seyen; so bleiben mir diese Einwendungen unbenommen. Ob nicht auch andere erst nachher entstandene oder bekannt gewordene Einreden gegen die Person eines Zeugen Statt haben sollten, könnte zweifelhaft scheinen, weil gerade die Feindschaft und Bestechung nur als Ausnahmen angeführt worden sind. Allein es ist wohl eher zu glauben, daß die Anfrage des Menna, an welchen diese Constitution gerichtet ist, nur diese zwei Ausnahmen namentlich enthalten habe, als daß der Gesetzgeber seine Verordnung nur auf diese allein habe beschränken wollen. Denn man setze, der Zeuge, welchen ich in meinem früheren Prozeß für mich gebrauchte, stehe mit meinem Gegner in dem jetzigen Prozeß, als Verwandter, Schwager, oder Freund, in solchen Verhältnissen, welche ihn jetzt offenbar verdächtig oder verwerflich machen, wäre es nicht höchst unbillig, wenn ich den Zeugen, den ich in meinem früheren Rechtsstreite als glaubwürdig und unpäthisch gegen meinen damaligen Gegner aufführen konnte, nun auch wider meinen jetzigen Gegner, in Unsehung dessen er als ein offenbar verdächtiger Zeuge erscheint, als glaubwürdig und beweisfähig gegen mich gelten lassen müßte? Es ist daher mit vollkommenem Grunde anzunehmen, daß der Gesetzgeber andere nachher entstandene oder bekanntgewordene Einreden gegen die Person des Zeugen keineswegs habe ausschließen wollen, sondern die Feindschaft und Bestechung nur Beispieleweise angeführt habe. Der Producent muß nur aber zu beweisen im Stande seyn, daß die Einrede, welche er jetzt gegen die Person des Zeugen, dessen Aussagen er in einem früheren Prozeß für sich benutzt hatte, vorbringt, entweder erst nachher entstanden,

oder wenigstens erst nachher ihm bekannt geworden sey. Eines solchen Beweises bedarf es denn aber freylich in Anschung derjenigen Einreden nicht, welche aus der Beschaffenheit und dem Inhalt der Aussagen des Zeugen hergenommen werden, denn diese bleiben dem Producenten auch ohne jene Voraussetzung unbenommen. Der Sinn der ganzen Verordnung geht nun also dahin: Wenn jemand in seiner eigenen Sache, es sey als Producent oder Product, sich eines Zeugen bedient hat, welcher in einem andern Rechtsstreite, es sey von seinem damaligen, oder einem dritten Gegner, gegen ihn aufgeführt wird; so darf er zwar gegen die Person desselben diejenigen Einreden nicht weiter vorbringen, welche ihm zur Zeit seines Gebrauchs bekannt waren, dahingegen bleiben ihm diejenigen unbenommen, von welchen er auf eine überzeugende Art darthun kann, daß sie zu der Zeit, als er in dem früheren Prozeß von den Aussagen dieses Zeugen Gebrauch machte, noch nicht existirten, oder ihm damals noch nicht bekannt waren; auf jeden Fall aber bleiben ihm diejenigen Einreden, welche er unmittelbar aus den Aussagen selbst schöpfen kann, auch ohne diese Voraussetzung vorbehalten<sup>48)</sup>.

Da die L. 17. C. h. t. ausdrücklich nur von dem Falle spricht, wenn derjenige, welcher die Aussage eines Zeugen gebraucht hat, nachher in einem andern Rechts-

48) In den Basilicis Tom. II. pag. 522: heift es: Τοῦτο γὰρ μόνον ἐπεινὴ διάταξις, μὴ δύνασθαι ἀντὸς παραίθησανται, οὐ μὴ ἔνα καὶ πάρτως πιστεύονται τῇ τούτων φωνῇ. i. e. Hoc enim tantam-constitutio dicit, non posse eos refelli (sc. testes), non autem, quod omnimodo testationi eorum fides adhibenda sit.

streite, in welchem dieser Zeuge wider ihn producirt wird, die Glaubwürdigkeit der Person desselben anfechten will; so entsteht die Frage, was in dem Falle Rechtes sey, wenn der Zeuge in derselben Rechtsache, worin er aufgeführt worden, gegen seinen Producenten ausgesagt hat? Kann auch hier der Producent die Glaubwürdigkeit der Person dieses Zeugen anfechten? Mehrere auch selbst neuere Rechtsgelehrten<sup>49)</sup> tragen kein Bedenken diese Frage zu verneinen, weil der Producent dadurch, daß er den Zeugen vorführe, dessen Eigenschaften durchaus für vollgültig anerkenne; darum könne er gegen desselben Glaubwürdigkeit keine Einwendungen machen, wenn der Product seine Aussagen zu seinem Vortheile gebraucht, oder sich derselben bei seinem Gegnenbeweise bedient. Man behauptet sogar, daß diese Umkehrung des Zeugen seine moralischen, und selbst die relativen physischen Mängel aufhebe. Doch giebt man zu, daß dieses nur im Civilprozeß gelte, wo die Beweisführung mehr ein conventionelles Ansehen hat, als im Criminalprozeß, wo man die Wahrheit aus ihrer lautesten Quelle schöpfen müsse, und wo das Versehen oder der Starrsinn des Beklagten kein Grund seyn könne, den Maassstab des Beweises zu ändern. Hier dürfe dem Zeugen, welchen er zu seiner Vertheidigung vorführt, wenn selbiger gegen ihn aussagt, nicht mehr geglaubt werden, als aus den beyderseitigen Verhältnissen nothwendig folgt; dahingegen im Civilprozeß die zufällige Perfectibilität

49) Danz Grunds. des ordentl. Prozesses. §. 307. S. 449.  
der Gönn. Ausgabe. von Gönnner Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIX. §. 8. S. 314. der 2ten Aufl. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 2. Th. VII. Abschn. §. 20.

des Zeugen als eine Prozeßstrafe anzusehen sey, damit der Beweisführer bei der Würdigung seiner Zeugen desto aufrichtiger zu Werke gehe<sup>50)</sup>. Andere<sup>51)</sup> unterscheiden, ob der Zeuge wegen Mangels der zur persönlichen Glaubwürdigkeit erforderlichen physischen oder moralischen Eigenschaften unzulässig sey, oder ob blos persönliche Verhältnisse des Zeugen gegen den Producten, oder dessen Sache ihn, wenn der Product Producent gewesen wäre, zu einem mangelhaften oder auch ganz unzulässigen Zeugen gemacht haben würden, wie z. B. Verwandtschaft zwischen dem Zeugen und dem Producten. In jenem Falle finde die Regel, daß derjenige, der einen Zeugen für sich anführt, denselben auch gegen sich gelten lassen müsse, keine Anwendung, weil hier der Product den Zeugen nicht für den Producenten gelten lasse, er könne also auch nicht verlangen, daß er gegen denselben gelte. In dem letztern Falle hingegen sey es billig und der Natur der Sache gemäß, daß auch dasjenige, was der Zeuge zum Nachtheil des Producenten geäussert habe, ohne Rücksicht auf jene Verhältnisse für wahr angenommen werde, weil der Product den Zeugen gegen sich gelten lassen müsse. Eine Ausnahme finde nur alsdann Statt, wenn der Producent von den persönlichen Verhältnissen des Zeugen gegen den Producten oder dessen Sache vorher nichts gewußt habe. In diesem Falle kämen nämlich dem Producten die auf diesen Verhältnissen beruhenden Einwendungen gegen die Zulässigkeit oder Vollgültigkeit des Zeugen insofern noch zu statten, als er zugleich auf alle für ihn vortheilhafte Aus-

50) von Globig a. a. D. S. 201.

51) Schneider vollst. Lehre vom rechl. Beweise. §. 174. u. 175. und Anmerk. XXXIX. S. 477, f.

sagen desselben Verzicht thut. Diesen letztern Fall einer auf persönliche Verhältnisse sich gründenden Einwendung habe Kaiser Justinian in der hierher gehörigen L. 17. Cod. h. t. vor Augen gehabt.

Es hat zwar keinen Zweifel, daß derjenige, welcher in einem Rechtsstreite einen Zeugen über einen gewissen streitigen Thatumstand ernannt hat, wenn dieser Zeuge gegen ihn aussagt, und der Product diese Aussage in demselben Prozeß für sein Interesse benutzt, gegen die Glaubwürdigkeit der Person des Zeugen keine Einwendungen machen könne, wenn gleich von diesem Falle eigentlich die angeführte L. 17. nicht spricht. Schon der allgemeine Grundsatz, was man einmal gebilligt hat, kann man nachher nicht missbilligen und verwerfen<sup>52)</sup>, bringt diese Entscheidung mit sich. Eben so gewiß muß aber doch auch nach der Analogie der L. 17. hier die Ausnahme Statt finden, daß nicht nur alle nachher erst entstandene, oder nachher bekannt gewordene Einreden gegen die Person des Zeugen noch vorgebracht werden dürfen, sondern auch die Einwendungen gegen die Aussagen des Zeugen dem Prozsenten vorbehalten bleiben. Der Grund ist hier ganz der nämliche, weil die stillschweigende Anerkennung der Glaubwürdigkeit des Zeugen, welche in der Handlung der Production liegt, nie mehr, als das dem Producenten Bekannte in sich schließen kann. Auf keinen Fall ist jedoch durch dieses Gesetz der Richter beschränkt, auf die die Glaubwürdigkeit des Zeugen gänzlich aufhebende Hindernisse Rücksicht zu nehmen. Er kann daher einen absolut unsäglichen Zeugen von Amtswegen verwerfen, oder, wenn ihm der Grund

52) *L. 9. D. de negot. gest. Cap. 21. de regul. iuris in Vito. L. 19. Cod. de testib.*

seiner Verwerflichkeit erst nach der Abhörung bekannt geworden seyn sollte, dessen Aussage für ganz untauglich erklären, selbst wenn er von bryden Parthenen wäre producirt worden. Die Verordnung des Pabsts Cölestinus III. in dem cap. 7. X. *de testibus cogend. vel non*, wo es heißt: *Huiusmodi vero testes publico iure possunt propter infamiam a perhibendo testimonio removeri, si eam, postquam in commune recepti fuerant, contigerit contraxisse*, in welchen Worten auch die nachher sich zugezogene Ehrlosigkeit eines als glaubwürdig von bryden Theilen anerkannten Zeugen für ein rechtmäßiger Grund, denselben zu verwerfen, anerkannt wird, setzt dieses außer Zweifel.

Das nun aber schon ein einziger Zeuge wider den Producenten oder denjenigen, welcher seine Aussage in einem Rechtsstreite für sich benutzt hat, vollständig beweise, sagt kein einziges der rangeführten Gesetze. Was könnte auch unbilliger und rechtswidriger seyn? Denn da der Producent auch durch die günstigste Aussage eines einzigen klassischen Zeugen nicht mehr als einen halben Beweis bewirken kann, wie kann denselben zugemuthet werden, daß er die Aussage dieses Zeugen; da; wo sie ihm nachtheilig ist, für einen vollständigen rechtlichen Beweis gegen sich gelten lasse?

Ein sehr rätselhaftes Gesetz, welches man hier zu berühren pflegt, ist die L. 23. D. h. t. Es ist aus des Benulejus Lib. I. *de iudiciis publicis* entlehnt, und lautet folgendermaßen. *Producit testis is<sup>53)</sup> non potest,*

53) Dieses is, welches die Florentine hier nach testis einschaltet, fehlt in den meisten Handschriften, auch in dem Erl. Codex. SCHRADER ad h. L. not. e. pag. 75. hält es für eine Glossa.

qui ante in eum reum testimonium dixit. Nach der Überschrift dieser Stelle zu urtheilen, handelte Venulejus vom Criminalprozeß. Dies hat auch den Anton Matthäi<sup>54)</sup> veranlaßt, den Ausspruch des Venulejus blos auf Criminalfälle einzuschränken; und demselben die Deutung zu geben, in peinlichen Fällen könne derjenige nicht noch einmal gegen den Angeklagten als Zeuge zugelassen werden, der schon ein Zeugniß wider denselben abgelegt hat. In einem Civilprozeß, meint er, gehe das wohl an, daß der nämliche Zeuge gegen denselben Beklagten mehrmals producirt werde. Allein in peinlichen Fällen stehe der Grund entgegen, daß derjenige, welcher gegen denselben Angeklagten öfters als Zeuge erscheint, hierdurch ein Feind desselben zu seyn verrathet, der nach seinem Leben und Blute zu dürfsten scheine. Auf eben die Art haben auch Franz Duarenus<sup>55)</sup> und Wilh. Fornerius<sup>56)</sup> die Stelle des Venulejus verstanden. Man sucht diese Erklärung auch durch die Nov. 90. Kap. 7. zu unterstützen, wo das Zeugniß der Feinde und Ankläger verworfen wird. Allein die viel ausgedehntere Bedeutung des Wortes *reus*, welches hier gebraucht worden, erlaubt eine solche einschränkende Erklärung in einem Titel nicht, welcher von Zeugen überhaupt handelt. Auch die Basiliken<sup>57)</sup> haben diese Stelle ganz allgemein ausgedrückt: Ο κατα τινός ἥδη μαρτυρήσας, so heißt es daselbst, οὐ μαρτυρεῖ πάλιν κατ' αὐτοῦ. i. e. Qui iam ante in

54) De criminibus. Lib. XLVIII. Dig. Tit. 15. Cap. 2. nr. 5.

55) Disputation. anniversariar. Lib. I. cap. 29.

56) Selection. Lib. II. cap. 10.

57) Tom. II. Lib. XXI. Tit. 1. Const. 25. pag. 516.

*aliquem testimonium dixit, rursus in eum produci non potest.* Sie muß also auch ganz allgemein verstanden werden, es mag von einer Civil- oder Criminalsache die Rede seyn. Denn es ist kein hinreichender Grund vorhanden, warum es in einer Criminalsache anders seyn sollte, als in einer Civilsache. Wie wenn ein solcher Zeuge ein wahres Zeugniß gegen den Angeklagten abgelegt hat, warum soll er für einen Feind desselben gehalten werden? warum soll man nun seinem Zeugniß nicht mehr trauen, wenn er nachher wieder gegen denselben als Zeuge aufgeführt wird?

In den Scholien der Basiliken<sup>38)</sup> wird eine doppelte Erklärung von dieser Stelle angegeben. Es heißt daselbst: Δις οὐδεὶς δυνάται καταμαρτυρεῖν. δοκεῖ γὰρ ὡς ἐχθρὸς τοῦτο ποιεῖν, δυνάται δὲ καὶ ἄλλως εἰπεῖν. οὐ δυνάται τις ὑπέρ ἐκείνου μαρτυρῆσαι ὃν τινος πρότερον ἐναγομένου κατεμαρτύρησε. δοκεῖ γὰρ ὅσπερ πρόθερπτῶν ἀντὸν τούτῳ ποιεῖν ὑπὲρ ὃν πρώην ἀντοῦ κατεμαρτύρησε. i. e. *Nemo adversus eundem testimonium dicere potest: videtur enim quasi inimicus hoc facere.* Potest autem et aliter dici. Non potest quis PRO EO testimonium dicere, qui ante in eum reum testimonium dixit: videtur enim id facere, ut hoc officio eum demereatur, in quem antea testimonium dixit. Es wird aber die letzte Erklärung nachher als falsch verworfen. Αμφιβάλλω περὶ τούτου. μαλλον δὲ ανενδούστως φησὶ ψεῦδος τούτο. i. e. *Ego de eo dubito: immo vero sine dubio falsum est.* Die letzte Erklärung soll nämlich der L. 17. Cod. h. t. entgegenstreiten, wor-

auf der Scholiast verweist. Allein diese Erklärung stimmt zwar mit Const. 23, so wie die Basiliken solche griechisch übertragen haben, nicht überein; aber mit der L. 17. Cod. h. t. steht sie in keinem Widerspruche, weil dieses Gesetz von dem Falle spricht, da ein Zeuge in einem andern Rechtsstreite gegen den aufgeführt wird, welcher desselben Aussage in einem früheren Prozeß benutzt hatte; dahingegen der *idem reus* in der L. 23. D. h. t. ohne Zweifel eben derselbe Verklagte in demselben Rechtsstreite ist. Ein späterer griechischer Ausleger, Constantinus Harmenopulus<sup>59)</sup> nimmt daher die letzte Erklärung als die richtigere an. Er sagt nämlich: Ο κατά τινος ἡδη μαρτυρήσας, οὐ μαρτυρεῖ πάλιν ὑπέρ αὐτοῦ. i. e. *Qui iam ante in aliquem testimonium dixit, non potest iterum PRO EO testis produci.*

Die Glossa des Accursius hat viererlen Erklärungen. Nach der ersten kann ein Zeuge von demjenigen, gegen welchen er gezeugt hat, in demselben Rechtsstreite nicht mehr producirt werden: quia praesumitur esse testis redemptus. Die andere ist: derjenige, welcher in einem andern Rechtsstreite ein falsches Zeugniß gegen Jemand abgelegt hat, kann gegen denselben nicht wieder zum Zeugen aufgeführt werden: quia, qui semel est malus, praesumitur et postea. Die dritte Erklärungsart ist, daß nach Eröffnung der Zeugenaussagen derselbe Zeuge in derselben Sache nicht wieder aufgeführt werden könne. Endlich die vierte geht dahin, daß ein Zeuge überhaupt in derselben Sache nicht zweymal producirt werden könne. Nach der ersten, zweyten und

59) Προχειρον s. Promptuar. iuris. Lib. I. Tit. 6. §. 55.

dritten Erklärung sey übrigens kein Unterschied, der reus sey accusatus oder conventus.

Von allen diesen Erklärungsarten weicht Wilhelm Budius<sup>60)</sup> ab. Er hält die Stelle, so wie sie lautet, für corrupt, und sucht den Text auf folgende Art zu verbessern. *Producit testis non potest in reum, qui ante in eum testimonium dixit.* Der Sinn sey also der, daß derjenige wider den Beklagten nicht als Zeuge zugelassen werden könne, wider welchen derselbe Beklagte vorhin ein Zeugniß abgelegt hat, weil zu besorgen ist, der Zeuge werde sich an dem Beklagten rächen. Dieser Emendation geben auch Busius<sup>61)</sup> und Doneau<sup>62)</sup> ihren Beifall. Nur dem Cuja<sup>63)</sup> missfällt sie schlechterdings, er versteht vielmehr die Stelle so: Wer vorher wider den Beklagten ein Zeugniß abgelegt hat, kann nicht wieder für denselben als Zeuge aufgeführt werden. *Quemadmodum enim; sagt er, reprobare testem in alia causa semel probatum nequeo<sup>64)</sup>, ita probare sine pudore non possum, quem semel excepero et refutavero.* Er billigt also hiermit die erste Erklärung des Accursius, und sucht sie besonders durch das Ansehen des Harmenopulus zu unterstützen.

60) Annotation. prior. et posteriores in Pand. Fol. 200.  
lit. H. (*Lutetiae* 1556. f.)

61) Subtilitat. iuris. Lib. I. Cap. 16.

62) DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XXV. Cap. 4.  
pag. 1546. (*Francof.* 1626. f.)

63) Observation. Lib. II. cap. 23.

64) L. 17. *Cod. de testib.*

Daß Cujaz die Verbesserung des Budé verwarf, darin wird ihm wohl jetzt jeder Recht geben. Denn auch davon abgesehen, daß diese Emendation viel zu violent ist, als daß sie nach den Regeln der Critik sich rechtfertigen ließe; so ist ja dies auch gar kein Grund einen Zeugen zu verworfen, weil der Beklagte, wider welchen er producirt wird, ehemals in einer andern Sache wider den Zeugen selbst ein Zeugniß abgelegt hat. Es gilt ja sogar in peinlichen Fällen die Regel: *Res inter alios iudicatae. aliis non praeiudicant*<sup>65)</sup>; und also noch vielmehr in Civilsachen. Ueberdem ist auch hier gar nicht von einem andern, sondern von demselben Rechtsstreite die Rede, in welchem der Zeuge wider denselben Verklagten gezeugt hat. Allein ob die Erklärung des Cujaz darum richtiger sey, ist noch großem Zweifel unterworfen. Denn wo steht denn nur ein Wort davon in dem Gesetz, daß der Zeuge, welchen jetzt der Verklagte für sich aufführt, von ihm vors hin verworfen worden sey? Es läßt sich vielmehr eben daraus, weil er ihn jetzt selbst für sich aufführt, das Gegentheil schließen. Ueberdem ist ja noch die Frage, ob nicht derjenige Zeuge, welchen ich verworfen habe, dennoch für mich zeugen könne, besonders wenn mein Gegner ihm nichts vorzuwerfen vermag, was ihn verdächtig machen könnte. Dies sind die Gründe, aus welchen Wilhelm Fornerius<sup>66)</sup> und Nic. Hieron. Gundling<sup>67)</sup> die Meinung des Cujaz widerlegt haben. Es steht ihr überdem auch das Unsehen der Basiliken entgegen, welches

65) L. 7. §. 2. *D. de accusation.*

66) Selection. Lib. II. cap. 10. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 57.)

67) Gundlingian. IX. Stück. Nr. II. § 3. u. 5. S. 363.

doch wohl mehr gelten muß, als das Ansehen eines griechischen Rechtsgelehrten, zumal da der griechische Scholiast selbst diese Auslegung geradezu für falsch erklärt. Marcus Lyklama van Nijholt<sup>68)</sup> glaubt, die L. 23. lasse sich nicht besser erklären, als wenn man die vorhergehende L. 22. welche von ebendemselben Venulejus ist, mit derselben verbinde. Aus dieser Verbindung ergebe sich nun folgender Sinn, welcher seiner Meinung nach der richtigste seyn soll. Wenn jemand bey einer Obrigkeit oder einer andern öffentlichen Person, z. B. einem Notar auf das außergerichtliche Verlangen eines Andern für denselben einmal ein Zeugniß abgelegt hat, welches in eine öffentliche Urkunde verfaßt demjenigen ist übergeben worden, auf dessen Verlangen die Abhörung dieses Zeugen geschehen ist; so könne ein solcher Zeuge nachher gerichtlich nicht für denjenigen aufgeführt werden, gegen welchen er, entweder als Beklagten oder Angeklagten, vorher ein Zeugniß abgelegt hat. Es trete hier der Grund ein, welchen Modestin<sup>69)</sup> anführt, *testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt.* Denn *audiendi non sunt*, bedeute eben soviel, als wenn Venulejus sagt, *producere non possunt.* Allein es ist schwer, zwischen den Gesetzen dieses Titels, welche lauter einzelne allgemeine Sätze von Zeugen enthalten, einen Zusammenhang zu finden. Am wenigsten aber findet er gewiß zwischen der L. 22. und L. 23. Statt, welche zwar beyde von Venulejus sind, aber aus ganz verschiedenen Schriften dieses Rechtsgelehrten entlehnt. Offenbar spricht die L. 22. h. t.

68) Membranarum Vol. I. Lib. V. Eclog. 7. pag. 515. sqq.  
(Jenae 1624. 8.)

69) L. 2. D. h. t.

welche aus des Venulejus libro II. de officio Proconsulis genommen ist, nicht von gerichtlichen Beweiszeugen, sondern von Instruments- und Solemnitäts-Zeugen, von deren Unterschiede ich schon an einem andern Orte<sup>70)</sup> gehandelt habe. Curent magistratus cuiusque loci, sagt Venulejus, *testari volentibus et se ipsos et alios testes vel signatores praebere, quo facilius negotia explicitur, et probatio rerum salva sit.* Der ganze Zusammenhang der Worte lehrt, daß der Ausdruck *testari* hier soviel bedeuten solle, als Etwas vor Zeugen erklären, oder ein Geschäft in Gegenwart von Zeugen vornehmen, die man entweder bey diesem Geschäft der Form wegen nothwendig braucht, wie z. B. bey einem Testament, oder die man um des künftigen Beweises willen zugiehen will<sup>71)</sup>). In den Röm. Municipien, worauf sich diese Stelle hauptsächlich bezieht, wie aus der Ins-

70) S. §. 1174. S. 132—135. dieses Theils.

71) Die BASILICA Tom. II. pag. 316. schränken zwar die L. 22. blos auf Testamente ein. Οἱ ἀρχοντες ἐκάσταν τόπον μαρτυροῦσιν ἐν διαδήκαις, καὶ παρασκευάζονται καὶ ἄλλους μαρτυρεῖν. i. e. Magistratus cuiusque loci testimonium perhibent in testamentis, et cūrant, ut et alii testamentum dicant. Allein die Worte der L. 22. *quo facilius negotia explicitur.* beweisen, daß das Wort *testari* hier eine ausgedehntere Bedeutung habe. Richtiger sagt Franc. DUARENUS Disputation. anniversaria. Lib. I. cap. 30. Est enim *testari* non modo testamentum condere, sed de quocunque negotio tabulas, quae ad probationem valeant, confidere. Man sehe auch Guid. PANCIROLI Thesaur. variar. lection. Lib. III. cap. 22. pag. 476. und SCHRADER ad h. L. not. z. pag. 72.

scription zu schließen ist, daher sind hier unter den *magistratus* blos Municipal-Beamte zu verstehen; in den Municipien, sage ich, konnte sich der Fall sehr oft ereignen, daß ein Fremdling dort in die Nothwendigkeit gerieth, ein Geschäft vor Zeugen einzugehen, der an dem Orte keinen Bekannten hatte. Hier soll er sich an die Obrigkeit des Orts wenden können, und diese soll dafür sorgen, ihm die erforderlichen Zeugen sowohl aus ihrem Collegium, als auch andere zu verschaffen, vor denen er das Geschäft errichtet. Diese Zeugen unterschrieben dann und besiegelten die darüber abgefaßte Urkunde, und hießen davon *signatores*<sup>72)</sup>. Dies ist der Sinn dieser Stelle, den die Worte ausdrücken. Ganz unrichtig scheint aber Lyklama die L. 22. h. c. nach der Erklärung des Accursius von der Aufnahme eines Zeugnisses ad perpetuam rei memoriam verstanden zu haben. Eben so auch Desiderius Heraldus<sup>73)</sup>). Allein wie reimt sich diese Erklärung mit den Worten: quo facilius negotia explicentur, zusammen, nicht zu gedenken, daß das Wort *testari* in dieser Bedeutung nicht leicht vorkommen wird? Richtiger sagt vielmehr Hermann Dosterdyf<sup>74)</sup>): Legem hanc nostram de eo loqui, qui *testes rei nunc demum peragenda inter futuros adhibere* cupit, ut illi post

72) S. Jac. RAEVARDUS Varior. Lib. III. cap. 1.

73) De rerum iudicatar. auctoritate. Lib. I. Cap. 6. §. 3. in fin. (Tom. II. Thes. iur. Rom. Otton. pag. 1103.)

74) Disput. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de Officio Proconsulis supersunt. *Traj. ad Rhen.* 1755. Cap. III. §. 2. (in Ger. OELRICHS Thes. novo Dissertation. iuridicar. select. in Acad. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. II. pag. 499.)

fidem facere possint, rem ita gestam et peractam esse; non vero de eo, qui id agit, ut illi, qui rei olim peractae interfuerunt, eius, quod ante gestum est, testimonium nunc prohibeant, signatis, quibus res gesta continetur, tabulis, ut voluit DESIDERIUS HERALDUS. Ausserdem steht der Erklärung des Lyklama eben das entgegen; was oben gegen die Erklärung des Cujaz erinnert worden ist.

Nic. Hier. Gundling<sup>75)</sup>, verwirft ebenfalls alle bisherige Erklärungen. Er giebt zwar dem Bud aus Recht, daß der Text corrupt sey; aber er sucht ihn auf eine weniger violente Art zu emendiren. Für in eum reum liest er in eam rem, so daß seine ganze Wendung mit zwey Buchstaben abgethan ist. In eam rem sey aber spicet als in eodem negotio. Der Sinn des Fragments gehe also dahin, daß in denselben Rechtsstreite ein Zeuge, der einmal abgehört worden, nicht noch einmal producirt werden könne. Dieser Satz gette in causa civili und criminale unläugbar. Denn warum soll er noch einmal producirt werden, fährt Gundling fort? daß er seine Aussage wiedethole? Was deutlich geschrieben, und deutlich gesagt worden, braucht keiner Wiederholung. Oder daß er sich ändern soll, weil die Aussage dem Producenten nicht ansteht? Aber dergleichen Collusion taugt nichts: nicht auf Seiten des Zeugen, weil er sich auf solche Art selbst verirrfüth machen, oder auch einer empfindlichen Strafe ausgesetzt würde<sup>76)</sup>; auch nicht auf Seiten

75) Gundlingiana IX. Stück. Nr. II. §. 6. ff. S. 366—368.

76) L. 2. et L. 16. D. h. h.

des Producenten), weil der Richter ihn nicht hören darf. Ein anders ist, was der Richter für sich thun kann<sup>77</sup>).“

Allein diese Emendation hat nicht nur die Auctorität der Basiliken gegen sich, sondern ist auch an sich höchst unnöthig, wenn ihr auch gleich Heinecius<sup>78)</sup> seinen Beysfall nicht versagt hat. Denn idem reus ist ja der nämliche Beklagte in demselben Rechtsstreite, oder in seinem Prozeß derselbe Angeklagte in Rücksicht des nämlichen Verbrechens, wegen dessen er angeklagt worden ist. Es liegt also schon in den Worten in eum reum der Satz, den Grundling erst durch seine Emendation hat herausbringen wollen, nämlich daß derselbe Zeuge nicht in derselben Sache zweymal producirt werden soll, wie auch schon Joh. Wilh. Mardart<sup>79)</sup> erinnert hat. Eben diesen Sinn fegt auch Schrader<sup>80)</sup> ohne Emendation, dem Venulejus bei.

Christ. Heinrich Gmelin<sup>81)</sup> bezieht die L. 25. auf den Fall, wenn der Richter durch ausserordentliche Ursachen veranlaßt, nach der Eröffnung der Zeugen-Aussagen eine neue Beweisführung gestattet<sup>82)</sup>. In diesem Falle

77) Cap. 53. X; h.t. 10-12 mm. abd. 6 mm.

18) Elém. iuris civ. secund. ord. Pandect. P. IV. §. 140.

79) *Probabilia receptarum Lectionum iuris civ.* (*Traj. ad Rhen. 1757. 8.*) ad L. 23. Dig. de Testib. p. 14—19.

80) Lib. cit. ad h. Tit. L. 25. pag. 73. sq. not. g.

<sup>841</sup> - Ueber die Beweiskraft eines Zeugen ic. §. 43. G. 123. ff.

82) Es ist nämlich ein schon oben (S. 205.) vorgekommener, und in der Nov. 90. Cap. 4. S. 1. dem Cap. 18. X. h. t. und in der Clem. 2. der Testib. aufgestellter Rechts-

dürfte derselbe Zeuge, der schon in derselben Sache abgehört worden ist, nicht noch einmal von demjenigen producirt werden, gegen welchen er schon in derselben Sache gezeugt hat. Es scheine nämlich die Zusammenstellung der beiden Worte *eum* und *reum* dahin zu deuten, daß dieser *reus* es sey, welchem in dem ersten Theile des Fragments die Aufführung derselben Zeugen untersagt wird. Legt man der L. 23: diesen Sinn bei, so stehe die Disposition derselben nicht nur mit der L. 17. Cod. *de testib.* in vollkommener Harmonie, denn sie enthalte nun einen zureichenden Grund, warum Justinian in der L. 17. seine Verordnung über die Folge einer gebrauchten Zeugenaussage blos auf den Fall eines andern Rechtsstreits beschränkte, weil bey dem Verbote der Aufführung eines Zeugen von dem, gegen welchen er in demselben Rechtsstreite ausgesagt hat, der Fall nicht eintreten konnte, daß ein Zeuge gegen den aufgeführt würde, welcher seine Aussage in demselben Rechtsstreite benutzt hatte; sondern sie habe auch den sehr wichtigen Grund für sich, daß durch die Gestattung einer solchen Production von dem, gegen welchen der Zeuge ausgesagt hat, eine ganz vergebliche Handlung veranlaßt werden würde. Denn bleibt der Zeuge, der Wahrheit getreu, bey seiner vorigen Aussage, wozu dient

grundsag, daß nach Eröffnung der Zeugenaussagen ob metum subornationis keine Zeugen mehr aufgeführt werden dürfen, weder die schon abgehörten noch andere, mofern nicht aus besondern Gründen eine Ausnahme zu gestatten ist. S. MEVIUS P. III. Decis. 314. u. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns pract Erörterungen aus allen Theilen der Rechtegelehrsamk. 2. B. Erört. 22.

eine neue Abhörung derselben? Weicht er aber davon ab, so würde die Folge davon ein ewiger Zank und eine unübersehbige Verwirrung und Verlängerung des Beweisverfahrens seyn. Warum jedoch hier der besondere Fall anzunehmen sey, wenn die Production des schon abgehörten Zeugen von dem geschieht, gegen welchen dieser Zeuge schon in derselben Sache ein Zeugniß abgelegt hat, er gebe sich daraus, weil durchaus kein vernünftiger Grund denkbar sey, warum der Producent, welchem eine neue Beweisführung einmal gestattet worden, nicht dieselbe Person, die er das erstmal aufführte, als Zeugen wieder produciren dürfte, um sie etwa über die zuvor vergessene oder nicht bestimmt genug ausgedrückten Puncte, oder weil das erstmal in der Form der Beeidigung oder Abhörung von dem Commissär gefehlt worden, um sie über die vorigen Artikel noch einmal auf eine gültigere Art abhören zu lassen.

Soviel auch diese letzte Erklärung für sich hat, so scheinen doch die Worte *Produc*i* testis is non potest* zu allgemein ausgedrückt zu seyn, als daß sie blos auf den reus zu beschränken wären, gegen den der Zeuge schon ausgesagt hat. Denn erklären wir das Fragment des Venulejus in seinem ursprünglichen Sinn, in welchem dieser römische Jurist den darin enthaltenen Satz aufstellte, so ist wohl zunächst der Ankläger gemeint. Denn Venulejus handelte vom peinlichen Prozeße in dem Buche, woraus das Fragment entlehnt ist. Der Ankläger pflegte nun die Zeugen selbst zu verhören, wobei ihm der Richter blos in sofern zur Hand seyn mußte, daß er die Aussagen der Zeugen niederschrieb, und, im Falle ein Zeuge etwa die Ablegung eines Zeugnisses verweigerte, Zwangsmittel

gebrauchen konnte<sup>83)</sup>). Ein solcher Zwang hatte vor Justinian nur im Criminalprozeß Statt<sup>84)</sup>. Die Abhörung der Zeugen pflegte aber gewöhnlich der Anklage vorauszugehen, wie auch unter andern Gesetzen die Lex Pompeja de vi verordnete<sup>85)</sup>. Es gehörte dieses zur Begründung

83) CICERO in *Verrem*. Lib. V. cap. 59, Orat. *pro Roscio Amerino*. Cap. 58 besonders Orat. *pro Flacco* Cap. 10. *An quisquam esse testis potest, quem accusator sine cura interroget: nec metuat, ne sibi aliquid, quod ipse nolit, respondeat.* PLINIUS Epistolar. Lib. VI. Ep. 5. wo es heißt: accusatoribus inquirendi testibusque denunciandi potestatem ex Lege (Julia) repetundarum esse. S. Franc. POLLETTI Histor. for. Rom. Lib. IV. cap. 15. pag. 582. Car. SIGONIUS de iudiciis. Lib. II. cap. 15. T. II. de antiquo iure Populi Rom. p. 574. und Ant. MATTHAEI de criminib. Lib. XLVIII. Tit. 15. Cap. 4. nr. 9.

84) QUINTILIANUS Institut. orator. Lib. V. cap. 7. Quoniam duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum, quibus iudex in publicis iudiciis lege denuntiari solet: quorum altero utraque pars utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est. PLINIUS Epistol. Lib. III. Ep. 9. Ex testibus quidam, sive iratus, quod evocatus esset invitus, sive subornatus ab aliquo reorum, ut accusationem exarmaret, Norbanum Licinianum, legatum et inquisitorem, reum postulavit. S. Car. BRETUS ordin. perantiquo iudicior. civil. Cap. 55. in fin.

85) ASCONIUS in Milonianam gebenst dieses Gesetzes: Apud Domitium quaesitorem de vi Appius accusator postulavit a Milone, servos exhiberi numero quatuor et quinquaginta: citati deinde testes secundum Legem, quae iubebat, ut prius, quam causa ageretur, testes per triduum audirentur, dicta eorum iudices con-

der Anklage, mit welcher die *subscriptio in crimen* verbunden war<sup>86</sup>). Hatten nun die Zeugen gegen den Verbrecher ausgesagt, so konnte der Ankläger nachher, wegen des nämlichen Verbrechens, nicht noch einmal die Anstellung eines Verhörs mit ihnen verlangen, weil man eine *Prævarication* besorgte<sup>87</sup>). Eben so wurden auch im Civilproceß, denn auf diesen muß, wie oben erwiesen worden, das Fragment des *Venulejus* jetzt ebenfalls angewendet werden, die Zeugen von den Parteien vernommen, und zwar von dem Producenten, wie von den Producten<sup>88</sup>). War diese nun einmal geschehen, so fand keine Wiederholung statt, einmal um alle Subornation zu vermeiden, und zum Andern, weil es eine vergebliche Handlung gewesen seyn würde. Denn entweder der Zeuge hatte ein wahres, oder ein falsches Zeugniß abgelegt. Im ersten Fall war

signarent, quarta die adesse omnes<sup>89</sup> in posterum iuberentur. S SIGONIUS c. l. pag. 575. sq. und STOCKMANN ad *Bachii histor. iurispr. Rom.* pag. 190. not. \*. (*Lips.* 1806.)

86) *L. 7. pr.* verbunden mit *L. 5. pr. D. de accusat.*

87) *L. 1. D. de prævaricat.* *L. 5. D. eodem.* PLINIUS *Lib. III. Epist. 9.* Jac. LECTIUS ad Aemil. Macrum de publicis iudiciis, ad *L. 5. de prævaricat.* (*Thes. iur. Rom.* OTTON. T. I. pag. 76.)

88) ASCONIUS: *Tenere debemus, interrogations testium et accusatoris et defensoris fuisse, et eius, qui producit, et eius, contra quem producuntur.* S SIGONIUS c. l. PLINIUS cit. Epist. *Concipere animo potes, quam simus fatigati, quibus toties agendum, toties altercandum: tam multi testes interrogandi, sublevandi. refutandi.* Man sehe auf POLLETI *histor. fori Rom.* pag. 382. in fin.

eine nochmalige Vernehmung unnöthig. Gab eine Parthen auch nachher noch einzelne Umstände der bestrittenen Thatsache an, über die der Zeuge noch hätte vernommen werden sollen, so hatte es ja die Parthen ihrer eignen Nachlässigkeit zuzuschreiben, daß sie den Zeugen nicht zur genauern Angabe aller einzelnen Umstände veranlaßte, da sie den Zeugen entweder selbst verhörte, oder wenigstens dem Zeugenverhör beywohnte, oder beywohnen konnte. Merkwürdig ist hier eine Stelle aus Quintilian<sup>89)</sup>: *Qui voluntarium producit (testem), scire, quid is dicturus est, potest: ideoque faciliorem videtur in rogando habere rationem.* Sed haec quoque pars acumen et vigilantiam poscit: providendumque, ne *timidus*, ne *inconstans*, ne *imprudens testis* sit. Turbantur enim, et a patronis diversae partis induuntur in laqueum: et plus deprehensi nocent, quam firmi et interriti profuissent. Multum igitur domi ante versandi; ac variis perconationibus, quales haberi ab adversario possunt, explorandi sunt. Sic fit, ut aut constent sibi, aut si quid titubaverint, opportuna rursus eius, a quo producti sunt, interrogatione velut in gradum reponantur. In his quoque adhuc, qui constitent sibi, vitandae sunt insidia: nam frequenter subiici ab adversario solent, et, omnia profutura polliciti, diversa respondent, et auctoritatem habent non arguentium illa, sed confidentium.

In dem letztern Falle beweist das Zeugniß ohnehin nichts. Ubi enim semel quis peieraverit, sagt Ciu-

89) *Institution. Oratoriæ. Lib. V. Cap. 7. T. I. p. 579. sqq.*  
edit. Barmann.

cero<sup>90</sup>), ei credi postea, etiamsi per plures debet iuret, non oportet; praesertim cum in his iudiciis ne locus quidem novo testi soleat esse; und Paulus<sup>91</sup>) sagt: Qui falso vel varie<sup>92</sup>) testimonia dixerunt, vel utrique parti<sup>93</sup>) prodiderunt<sup>94</sup>), a iudicibus competenter<sup>95</sup>) puniuntur.

90) *Orat. pro C. Rabirio Postumo. Cap. 13.*

91) *L. 16. D. h. t.* Man vergleiche hiermit Hugo ius civ. antejust. Tom. I. pag. 170.

92) Haloander und Miräus lesen *falsa vel varia*.

93) Chevalion u. Gaudioza lesen *vel utriusque parti causam prodiderint*. Diese Leseart ist aber offenbar unrichtig.

94) In den *BASILICIS* Tom. II. pag. 515. heißt es: Οἱ πλαστῶς ἡ ἐναντίως, ἔαντος ὑπέρ τῶν δέο μερῶν μαρτυρόσαντες: i. e. Qui falsa vel sibi contraria testimonia pro utraque parte dixerint. Der Ausdruck *utriusque parti prodere testimonia* wird also hier von solchen Zeugen gebraucht, welche sich von jedem der streitenden Theile bestechen lassen, um günstig für ihn auszusagen. *Accursius* erklärt das *prodiderant*, so: *utriusque parti revelaverant testimonia sua.* Eben so *SCHULTING* ad *Paulum in Iurispr. Antejust.* pag. 489. not. 15. Der griechische *Scholiast* Tom. II. *Basilicor.* pag. 556. bestätigt aber die erste Erklärung, wenn er sagt: καὶ ἐκατέρω μέρει συμβαλέσθαι σπουδάσαντα. i. e. *quique utriusque parti prodesse studet.* Hiermit stimmt auch *Gardes* überein: οὐ ὑπέρ τῶν δέο μερῶν ἐξεπιτηδες μαρτυρόντων, i. e. vel *consulto pro duabus partibus testimonium dicant.* Nicht verschieden davon scheint die Erklärung des alten westgothischen *Auslegers* zu seyn: *vel ab utraque parte testimonium dederint.* Man sehe *SCHRADER* ad h. L. not. v. p. 59.

95) *Tribonian* hat hier die Worte des Paulus abgeändert. Denn in den *Sentent. Receptis Lib. V. Tit. 15.*

## Noch einige Zusäge.

Oben §. 177. S. 157. f. war von testes domestici die Rede. Von diesen handelt auch ein dort nicht mit angeführtes Fragment, welches gleichwohl einiger Erläuterung bedarf. Es ist die L. 24. D. h. c. welche aus des Paulus libro V. Sententiarum genommen ist, und folgendergestalt lautet:

Testes eos, quos accusator *de domo* produxit, interrogari non placuit.

Es fragt sich hier, wer die testes *de domo* accusatoris producti sind, welche nicht sollen verhört werden; deren Zeugniß also zu verwiesen ist? Nach der Erklärung Ulpian's L. 195. §. 2. D. de Verb. Signif. wird das Wort *domus* für die Familie eines Paterfamilias genom-

§. 5. lautet die ganze Stelle so: *Qui falso vel varie testimonia dixerunt, vel utriusque parti prodiderunt, aut in exilium aguntur, aut in insulam relegantur, aut curia submoventur.* Die Basilica T. II. pag. 515. erklären das Wort *competenter*, welches *Tribonianus* substituiert hat, durch ἐπὸ τῶν προσφόρων ἀρχόντων i. e. a *competentibus iudicibus*. Allein in den Scholien pag. 556, l. k. r. wird das Wort προσφόρως, *competenter*, gebraucht, und durch λελογισμένως, *uti ratio suadet*, erklärt, die Strafe soll also dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen seyn. Diese Erklärung verdient wohl unstreitig schon aus dem Grunde den Vorzug, weil es bey Bestrafung dieses Verbrechens auf die Competenz des Richters nach L. 14. Cod. h. c. nicht ankommt, wie auch schon Ant. SCHULTING ad Paulum not. 16. *Jurispr. Antejust.* pag. 489. bemerkt hat. S. auch SCHRADER ad h. L. not. w. pag. 59.

men und darunter sind nur diejenigen Personen begriffen, welche unter seiner Gewalt stehen, als die Kinder und Enkel mit der Materfamilias. Daß auch das Haupt der Familie, der Paterfamilias selbst, dazu gehöre, bemerkt Cajus L. 196. eodem. Allein das Wort *domesticus* hat noch eine ausgedehntere Bedeutung, in welcher nicht nur alle, die zur Familie und Verwandtschaft des Producenten gehören, sondern auch Freigelassene, sogar mercenarii, welche um einen bedungenen Lohn ihm Dienste leisten, darunter begriffen werden. In dieser Bedeutung spricht Marcian von *furtis domesticis* L. 11. §. 1. *D. de poenis*. Es fragt sich nun, welche von diesen Bedeutungen hier zum Grunde zu legen sey? Mehrere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten<sup>96)</sup> glauben das Letztere, und Leyser sucht diese Meinung noch durch einige andere Gesetze zu begründen. Er beruft sich nämlich auf die *L. 26. §. 2. D. de aedilit. Edicto* und *L. 3. Cod. h. t.* Allein die erste Bedeutung verdient bey der Erklärung dieses Fragments wohl unstreitig den Vorzug. Denn das für die zweyte Bedeutung angeführte Gesetz redet eigentlich nur vom Hausdiebstahl und nicht von Hauszeugen, dagegen hat die Erklärung, welche die erste Bedeutung zum Grunde legt, die wichtigsten Gründe für sich. 1) Die Auctorität Ulpian's, welcher nicht nur in seinen *Fragm. Tit. XX.*

96) Cujacius Recitat. ad cap. 24. X. de testib. in Operib. a Fabroto edit. Tom. III. pag. 96. Franc. Duarenus Disputation. anniversariar. Lib. I. cap. 28. FARINACIUS de Testibus Lib. II. Tit. 6. Qu. 54. nr. 159. MENOCHIUS de arbitrar. iudicium Quaestition. Lib. II. Cas. 104. nr. 2. MASCARDUS de probat. Concl. CCCCVIII. nr. 8. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. med. 11.

§. 8. sagt: *Qui in potestate testatoris est, aut familiae emtoris, testes, aut libripens adhiberi non potest: quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emtorem fit: et ob id domestici testes adhibendi non sunt; sondern auch in einem Fragmente unsers Titels, nämlich L. 17. welche aus desselben libro singulari Regularum genommen ist, noch insonderheit erklärt, was das heißt testes ex una domo.* Er sagt nämlich: *Pater et filius, qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes utriusque in eodem testamento, vel eodem negotio fieri possunt, quoniam nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*<sup>97)</sup>. 2) Die Auctorität des Theophilus, welcher in seiner griechischen Paraphrase des §. 8. I. de testam. ord. die letztern Worte Ulpian's so erklärt hat: Οὐδέν γαρ ἔστι το ἐμποδίξον, εἴς ἐνός ὀικου ἡτοι μᾶς φαμιλίας πολλοὺς ἐν αλλοτρίᾳ μαρτυρεῖν διαδῆκη: nihil enim est, quod prohibeat, ex una domo sive una familia plures in alieno testamento esse testes; ja Justinian nennt in dem §. 9. I. eodem, das Zeugniß derjenigen, welche in dem Verhältniß der väterlichen Gewalt zu einander stehen, ausdrücklich ein *domesticum testimonium*. 3) Die Auctorität des griechischen Scholiasten<sup>98)</sup>, welcher die Worte testes de domo durch τόντος υπεξουσίους i. e eos, qui sunt in potestate accusatoris erklärt. Alles dieses überzeugt uns, daß der Begriff eines Hauszeugen im Sinne des röm. Rechts von der Verbindung

97) Dieselbe Stelle kommt auch §. 8. I. de testamentis ordin. vor.

98) Basil. Tom. II. pag. 560. Schol. i.

mit dem Producenten durch die Familiengewalt unzertrennlich seyn. Theophilus sagt dieses auch in der Paraphrase des §. 9. *I. de testam. ord.* ganz bestimmt, wenn es daselbst heißtt: Τὴν δὲ ὀικιακὴν μαρτυρίαν δύνεται τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἐνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνειν. i. e. *Domesticum autem testimonium non ex cognatione, sed ex coadunatione per potestatem patriam deprehendimus.* Zwar ist hier nur von Testamentszeugen die Rede, und es wäre also noch die Frage, ob dieses auch auf gerichtliche Beweiszeugen anzuwenden seyn? Eujaz<sup>99)</sup> und Janus a Costa<sup>100)</sup> wollen dieses läugnen. Allein verbinden wir die L. 2. und 3. *Cod. h. t.* mit einander, so muß der nämliche Begriff auch von gerichtlichen Beweiszeugen gelten. Denn die L. 2. spricht vom Beweise der Innenheit, und die L. 3. so wie die Worte derselben gefaßt sind, *Etiam iure civili domestici testimonii fides improbatur*, ist, wie auch Jacob Constantinäus<sup>101)</sup> bemerkt hat, als ein Anhang des vorhergehenden Gesetzes zu betrachten, und in Beziehung auf dasselbe zu verstehen. Es würde aber auch ohne diese Beziehung kein Grund vorhanden seyn, warum die Gesetze das testimonium domesticum bey Testamenten in einem andern Sinne genommen haben sollten, als bey gerichtlichen Rechtsstreitigkeiten. Wenn es endlich in der von Leyser angeführ-

99) *Comm. ad Cap. 24. X. h. t. in Operib. a Fabroto edit. Tom. III. pag. 96.*

100) *Praelection. ad illustrior. quosdam titulos locaque selecta iuris civ. ad L. 3. Cod. b. t. pag. 256.*

101) *Subtil. Encycloped. Lib. II. Cap. 14. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. IV. pag. 579.)*

ten L. 25. §. 2. D. de aedilit. *Edicto* heißt: *Familiae appellatione omnes*, qui in servitio sunt, continentur: etiam liberi homines, qui ei bona fide serviunt, vel alieni; accipe eos quoque, qui in potestate eius sunt; so will Ulpian hier blos zeigen, was die Aedilen in ihrem Edict unter dem Worte *familia* verstanden hätten, keinesweges aber ist daraus zu entnehmen, was dieses Wort alsdann bedeute, wenn von einem *testis domesticus* die Rede ist. Daß das Wort *alieni* auch nicht auf freye Menschen, sondern auf Sklaven gehe, zeigt der Zusammenhang <sup>2)</sup>. Dahingegen beweist eine andere Stelle aus Ulpian's *libro VIII. de officio Proconsulis*, daß Hauszeugen im Sinne des Röm. Rechts auch Sklaven seyn konnten, welche sich in der Gewalt des Anklägers befanden. Es ist die L. 1. §. 3. D. de *Quaestionibus*, welche so lautet: *Ad quaestionem non esse provocandos eos, quos accusator de domo sua produxit, — rescripto Divorum fratrum declaratur.* Da hier, wie der ganze Zusammenhang der L. 1. lehrt, von der Tortur der Sklaven, als Beweiszzeugen in peinlichen Fällen, die Rede ist, so können hier wohl diejenigen, welche der Ankläger *de domo sua* producirt hat, keine anderen seyn, als die eignen Sklaven desselben, und diese konnten aus dem Grunde mit Recht zu den testes domestici gerechnet werden, weil nach Ulpian's Erklärung L. 25. §. 3. D. de *Verb. Signif.* die Bedeutung des Worts *familia* auch alle dem Paterfamilias unterworffene Sklaven mit unter sich begriff. Vergleicht man also diese Stelle, nämlich die L. 1. §. 3. D. de *Quaestio*n. mit uns-

2) Man sehe *Jac. RAEVARDUS Varior. Lib. II. cap. 8.* und *SCHRADER ad h. Tit. pag. 74. not. k.*

serer L. 24. h. t. so konnten die testes, *quos accusator de domo produxerit*, und welche in beyden Stellen für unzulässig erklärt werden, so wohl freye als unfreye Personen seyn, sofern sie der Gewalt des Familienhaupts, der sie als Zeugen zum Beweise seiner Anklage aufführte, unterworfen waren. Wenn übrigens Ulpian sagt, daß die Zeugen, welche der Ankläger *de domo sua producirt* hat, nicht sollen auf die Folter gebracht werden, (*ad quaestionem non esse provocandos*) so bezieht sich dies darauf, daß das Zeugniß der Sklaven anders nicht als gültig anerkannt wurde, als wenn es durch die Tortur war bestätigt worden<sup>3)</sup>.

Es entsteht bey dieser Gelegenheit die Frage, ob das Röm. Recht auch bey dem Zeugniß freier Personen die Tortur kennt. Oben §. 1178. gedachte ich der Tortur als eines Zwangsmittels bey Zeugen. Ueber das Gefahrvolle und Bedenkliche bey dem Gebrauche dieses Mittels äußert sich Ulpian *libro VIII. de officio Procurulis*<sup>4)</sup> auf folgende Art: *Quaestioni fidem non semper, nec tamē nunquam habendam, Constitutionibus declaratur. Etenim res est fragilis et periculosa, et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia, sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit. Alii tanta sunt impatientia, ut quovis<sup>5)</sup> mentiri,*

3) *S. Car. SICONIUS de iudiciis Lib. II. Cap. 14.* und den 21. Th. dieses Commentars. § 273.

4) *L. I. §. 25. D. de Quaestionib.*

5) So liestet *Taurellius*. *Haloander* hingegen hat *quodvis*. Eben so *Miræus*. *Chevalion* und *Baudoua*

quam pati tormenta velint. Ita sit, ut etiam varius modo fateantur; ut non tantum se, verum etiam alios comminentur<sup>6)</sup>. Fast eben so urtheilte auch schon vor ihm Cicero<sup>7)</sup> von der Tortur, wenn er sagt: Saepe etiam quaestionibus resistendum est, quod et dolorem fugientes multi in tormentis mentiti saepe sunt, morique maluerunt falsum fatendo, quam infitiando dolere. Daher wurden auch freie Personen um eines Zeugnißes willen nicht leicht zur Folter verurtheilt<sup>8)</sup>. Es sagt vielmehr Callistratus libro VI. de Cognitionibus<sup>9)</sup>: Ex libero homine pro testimonio non vacillante quaestionem haberi non oportet. Deswegen verschonte man sogar einen Statuliber, weil er die Freyheit zu hoffen hatte, wenn eine gewisse Bedingung existirte. Aber doch nur in per-

*in quovis.* Die richtigste Leseart ist wohl diejenige, welche Gebauer aus einem Syntershöltischen Manuscript hergestellt hat: *ut potius mentiri.* Diese Leseart muß auch der griechische Scholiast in den Basilicen Tom. VII. pag. 812. vor Augen gehabt haben, wenn er die Worte so übersetzt: οὐτε μᾶλλον βούλονται ψευδεῖσθαι. S. Jo. Bern. KOENLER Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7.

6) Statt *comminentur* lesen Halsoanber, Miräus, Chévalier, Merlin und Baudoza richtiger *criminentur*.  
7) Diese Leseart bestätigt auch der griechische Scholiast in den *Basilicis* T. VII. pag. 812. S. Jo. Ort. WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XVIII. §. 6.

7) *Orator. partition. Cap. 14.*

8) *Jo. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XLIX. §. 162.*

9) *L. 15. pr. D. de Quaestio[n].*

cuniariis causis<sup>10)</sup>). Denn in publicis iudiciis hatten sie vor andern Sklaven nichts voraus<sup>11)</sup>. Es gab auch Fälle, wo man die Tortur beim Zeugniß freier Personen zuließ. Einen solchen Fall führt Arcadius Charinius libro sing. de testibus an. Es ist die L. 21. §. 2. D. h. t. wo es heißt: Si ea conditio rei sit, ubi arenarium testem, vel similem personam admittere cogimur; sine tormentis testimonio eius credendum non est. *Arenarius* ist hier derjenige, qui ad bestias, ut depugnaret, se locavit, wie ihn die *Lex Julia de vi* beschreibt, in welcher er unter den unzulässigen Zeugen aufgeführt wird<sup>12)</sup>. Solche Arenarien, welche auch Bestiarien genannt wurden, *αννηγός γάρ τούς Δημιουράγους ρόντον*, sagt der griechische Scholiast<sup>13)</sup>), waren bey den Römern mit einer unmittelbaren Infamie behaftet<sup>14)</sup>, und daher unzulässige Zeugen. *Similis persona* heißt hier eine eben so infame und zum Zeugniß untüchtige Person. Diese Personen würden aber doch im Nothfall, wenn nämlich die Wahrheit anders nicht, als durch sie, herauszubringen war, als Zeugen zugelassen. Dies ist hier der Sinn der Worte: *Si ea rei conditio sit, ubi arenarium testem, vel similem personam admittere cogimur.* Damit stimmt auch der griechische Scholiast in den Basiliiken<sup>15)</sup> über:

10) *L. 9. §. 3. D. de Quaestione.*11) *L. 8. §. 1. D. eodem. L. 19. pr. D. de statulib.*12) *L. 3. §. 5. D. h. t.*13) *Basilic.* Tom. II. pag. 559. Schol. c.14) *L. 1. §. 6. D. de postulando.* S. den 5. Theil dieses Commentars. §. 379.15) *Cit, loco.*

ein, wenn er sagt: Εὰν δεῖσθαι κυρηγον μαρτυρῆσαι ἡ τινα τῶν τούτοις προσεοικότων κονεστοναρίαν της χὸν; — τότε δὲ ιψικα δύνατὸν εὐρεθῆναι τινα. i. e. Si necessitas exigat, ut arenarius testimonium dicat, aut similis persona, puta quaestuaria, — tunc autem adhibetur, cum alium invenire possibile non est. In diesem Falle aber müste der Mangel der Glaubwürdigkeit eines solchen Zeugen durch die Tortur ersetzt werden. Es ist nicht nöthig, diese Vorschrift blos auf das Majestäts-Verbrechen zu beschränken, wie mehrere<sup>16)</sup> mit Accur sius wollen. Denn die Tortur sollte überhaupt bei Zeugen in Criminalfällen nur dann angewendet werden, wenn es schlechterdings an andern Beweisen fehlte<sup>17)</sup>). Man nimmt jedoch noch einen Fall aus; wo das Römische Recht beim Zeugniß freier Personen die Tortur zuläßt, nämlich wenn der Zeuge bei dem Factum erwiesener oder geständigermassen gegenwärtig war, und dennoch in seiner Aussage schwankt und unbeständig ist<sup>18)</sup>). Ausdrücklich sagt nun zwar dies kein Gesetz, allein man schließt

16) FARINACIUS de Testibus. Lib. III. Qu. LXXIX. nr. 5.

Allein die L. 10. §. 1. D. de Quaestion. lässt selbst bei dem Verbrechen der Majestät die Tortur der Zeugen nur dann zu, cum res exigit.

17) L. 8. pr. D. de Quaestion. L. 12. Cod. eodem.

18) FARINACIUS l. c. nr. 6. CARPOV Prax. rer. crim.

Qu. CXIX. nr. 47. sq. Jo. ZANGER Tr. de Quaestion.

Cap. I. nr. 11. Jo. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit.

XLIX. §. 162. Ant. SCHULTING ad Pauli Sentent. recept.

lib. V. Tit. 14. §. ult. Not. 16. in Jurispr. vet. Ante-

just. pag. 487. Ern. Imm. TENZELL Diss. de tortura

testium. Erford. 1724. Cap. III. §. 12.

dieses per argumentum a contrario aus der oben angeführten L. 15. pr. D. de Quaest. vermöge welcher ein freier Mensch pro testimonio non vacillante der Tortur nicht unterworfen werden soll, und verbindet damit die L. 18. §. 3. D. eodem, wo Paulus sagt: Testes torquendi non sunt, convincendi mendacii aut veritatis gratia, nisi cum facto intervenisse dicuntur. Man behauptet ferner, daß nach diesem letztern Gesetz auch Zeugen, welche der Lüge überführt sind, auf die Folter hätten gebracht werden können<sup>19)</sup>). Daß jedoch diese Strenge des Röm. Rechts heut zu Tage nicht mehr befolgt werde, hat schon Böhmer<sup>20)</sup> bemerkt.

Daß in Civilfällen Verweigerung des Zeugnißes ein Recht des Producenten auf Entschädigung begründe, ist billig<sup>21)</sup>, und mehreren deutschen Gerichtsordnungen gemäß<sup>22)</sup>.

Die S. 161. f. entschiedene Frage, ob ein Advocat in der Sache seines Clienten für oder wider denselben ein Zeugniß ablegen könne, hat Desiderius Heraldus<sup>23)</sup> sehr ausführlich erörtert.

19) SCHULTING c. 1.

20) Iur. Ecclos. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 21. §. 4. Man sehe auch SCHRADER ad L. 21. §. 2. D. h. t. not. b. pag. 68.

21) S. Schneider vom rechtlichen Beweise. Anmerk. 89. S. 562.

22) Allgem. Preuß. Gerichtsordn. 1. Th. Tit. 10. §. 183—186.

23) De rerum iudicatarum auctoritate Lib. II. Cap. 4. in Thes. Otton. Tom. II. pag. 1167.

Es ist oben §. 1179. ausgeführt worden, daß in gewissen Fällen auch noch nach Ablauf des Beweistermins die Production neuer Zeugen zulässig sey. Ob es aber in diesem Falle dem Beweisführer erlaubt sey, auch neue Beweisartikel zu übergeben, ist streitig. Viele wollen dieses bezweifeln <sup>24)</sup>). Allein nach der richtigeren Meinung, welche auch die Praxis befolgt, werden neue oder additional-Artikel für zulässig gehalten. Dies bringt auch schon die Natur der Sache mit sich. Denn es können ja die neuen Zeugen eine andere und viel genauere Wissenschaft von einigen Thatumständen haben, als die vorher benannten; sie müssen also auch über Artikel vernommen werden, die ihrer Wissenschaft gemäß nach den besondern Umständen des zu beweisenden Factums, wovon nur allein sie unterrichtet seyn können, einzurichten sind. Wollte man dem Beweisführer dieses Einbringen neuer Artikel versagen, so würde man ihm die Mittel zum Zweck verbieten, welches um so ungerechter seyn würde, als in einem solchen Falle, da dem Beweisführer noch nach dem Ablaufe der Beweisfrist die Production neuer Zeugen gestattet wird, die Sache in den Zustand kommt, in welchem sie sich zur Zeit des unternommenen Beweises befand. Es muß also auch billig dem Ermessen derselben überlassen werden, ob er die vorigen Beweisartikel beibehalten, oder neue übergeben will <sup>25)</sup>).

24) Man sehe zum Beispiel CARPOV P. I. Const. 16. Def. 4. et 5.

25) *Jo. Flor. RIVINUS* Progr. An substitutis in locum testis demortui aliis testibus, liceat etiam additionales vel novos articulos offerre? inter *Eiusdem* Program-

Die S. 195. angeführte Stelle des kanonischen Rechts, *can. 38. Caus. II. Qu. 6.* ist von Desid. Heraldus<sup>26)</sup> aus dem Codex canon. eccles. Rom. ausführlich erklärt worden.

Zu S. 205. ist noch zu bemerken, daß mehrere neuere Rechtsgelehrten der Meinung sind, es sey, um den vielen Fehlern, welche bey den Zeugenverhören vorgehen, abzuhelfen, kein wirksameres Mittel, als die Einführung des römischen Gerichtsgebrauchs, die Zeugen in Gegenwart der Partheien zu vernehmen<sup>27)</sup>. Die Gegenwart der Partheien könnte nicht nur den Nutzen haben, daß der Richter bey einer Handlung, die gewiß die wichtigste in dem ganzen Prozesse ist, in deſto größerer Aufmerksamkeit auf Beobachtung der Legalität erhalten werde, sondern es könnte auch auf diese Art alle Partheylichkeit, Verfälschung der Aussagen und Irrungen der Zeugen vermieden werden. Der Richter könnte auch in Anschung der, von Amts wegen zu thuenden Fragen, öfters von den Parthenen auf den richtigen Gesichtspunct geleitet werden, da diese über die Thatumstände besser, als er, unterrichtet sind. Daß die Gegenwart der Partheien die Zeugen bey ihrer Vernehmung geniren, und die Freymüthigkeit

mata ex vario iure iunctim edita. *Lipsiae 1735.* und *Jo. Ad. Theoph. Kind Quaestio[n] for. Tom. II. Cap. 51.*

26) *De rer. iudicatar. auctoritate. Lib. II. cap. 4. §. 7. in Thes. iur. Rom. Otton. T. II. pag. 1173.)*

27) G. HEBENSTREIT Progr. de interrogatione testium in secreto. *Lipsiae 1780.* SCHNEIDER Lehre vom rechtlichen Beweise. Anmerk. 88. S. 561. und Neindorf vermischt Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. *(Ulm 1805.) Nr. I.*

ihrer Aussagen hindern werde, ist nicht leicht zu befürchten, da die Zeugen kein Interesse bey der Sache haben dürfen; und um Subornationen zu verhüten, ist ja hauptsächlich auch der Zeugeneid eingeführt worden.

Endlich ist noch zu S. 215. §. 2. hinzuzufügen, daß in der L. 21. §. 3. D. h. t. statt sinceram testimoniorum fidem richtiger sinceram testium fidem zu lesen sei. Nicht nur die Griechen bestärken diese Leseart; denn sowohl die *Basilica* Tom. II. pag. 516. als *HARMENOPULUS* in *Promptuar. iur. Lib. I. Tit. 6. §. 27* haben τῶν μαρτυρῶν; sondern eben so liestet auch *JO. SARESBERIENSIS* in *Policratico Lib. V. cap. 14. pag. 307. (Lugd, Batav. 1639.)*<sup>28)</sup>.

28) *S. Giesb. KOEN Diss. crit. iurid. ad loca quaedam iuris et alia depravata. Cap. I. in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. iuridicar. in academ. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. III. pag. 4. sq.*

---

## Lib. XXII. Tit. VI.

## De iuris et facti ignorantia.

§. 1186.

Begriff vom Rechtsirrthum, und factischen Irrthum.  
Erläuterung der L. z. D. h. t.

Von den rechtlichen Folgen des Irrthums ist schon an mehreren Orten dieses Commentars gehandelt worden, nämlich bey den Verträgen, Th. IV. §. 297 — 299. bey der condictio indebiti, Th. XIII. §. 854. S. 127. ff. bey dem Kaufcontract, Th. XVI. §. 973. und in dem Tit. de probationibus. Th. XXI. S. 372. ff. In diesem Titel ist nun noch die Frage im allgemeinen zu entscheiden übrig, inwiefern der Irrthum dem Irrrenden schädlich oder unschädlich sey, und in welchen Fällen das Wissen oder Nichtwissen das Recht- oder Falschwissen des Handelnden überall nicht in Betrachtung komme. Nur hierauf gehen die Titel in den Pandecten und Codex de iuris et facti ignorantia. Von dem Irrthum, wodurch man einem Dritten schadet, kommt in keinem von beyden Titeln etwas vor. Er muß also nach den allgemeinen Grundsätzen, welche vom Schadensersatz gelten, beurtheilt werden, wobei es denn immer auf die Frage ankommt, ob

ich den Schaden verschuldet habe oder nicht: Nur in dem ersten Falle bin ich verantwortlich, in dem letztern hingegen trägt der Dritte den Schaden, welcher ihn, ohne mein Verschulden, wenige gleich durch mich verursacht; gesessen hat, wosfern nicht die Gesetze in einzelnen Fällen aus besondern Gründen mich auch für einen solchen Schaden verantwortlich machen, den ich ohne meine Schuld einem Andern verursacht habe<sup>29)</sup>). Da die Lehre dieses Titels seit kurzem sehr gründlich bearbeitet worden ist<sup>30)</sup>; so werde ich mich hauptsächlich nur mit der Erläuterung der Gesetze dieses Titels beschäftigen, jedoch zugleich mit auf die Gesetze des Codex Rücksicht nehmen:

29) S. Borst über die Erstattung der Proceskosten als Schadensersatz, §. 44. und §. 45.

30) Unter den ältern Rechtsgelehrten sind vorzüglich Jac. Cujacius in Comment. ad hunc Tit. Dig. Operum a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 929 — 939. und Hugo Donellus in Commentar. de iure civili Lib. II. cap. 18 — 25. zu nennen. Unter den neuern Gottl. Hufeland über die Wirkungen der Unkenntnis des Rechts in Ansehung bestimmter Menschen-Classen in derselben Abhandlungen aus dem Civilrechte 1. B. Nr. V. S. 231 — 241. Mühlensbruch über iuris und facti ignorantia und deren Einfluss auf Rechtsverhältnisse; (in dem Archiv für die civilist. Praxis von Genßler, Mittermaier und Schweiger. 2. B. Nr. XXXV. S. 361 — 451.) Hermann von den Wirkungen des Freithums. Weimar 1811. im Auszuge in von Grosmann und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 4. B. 1. Heft. (Gießen 1820.) Nr. IV. S. 36 — 56. Ge. Mich. Roth Diss. Nonnullae Observationes ad Titulum Digestorum de iuris et facti ignorantia. Giessae 1804. und Webers Erläuterungen der Pandecten. 2. B. S. 1186 — 1188.

Nicht immer, wo Irrthum, Wissen oder Nichtwissen berücksichtigt wird, stehen Rechtsirrthum und factischer Irrthum unter ganz gleichen Grundsätzen. Daher hielt es Paulus der Mühe werth, diesen Unterschied in dem ersten Fragment dieses Titels zu erklären.

L. i. PAULUS libro XLIV. ad Edictum.

§. 1. Ignorantia vel facti, vel iuris est. Nam si quis nesciat decessisse eum, cuius bonorum possessio<sup>31)</sup> defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidem defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri, aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem quod scriptis heredibus bonorum possessionem Praetor promittit<sup>32)</sup>: cedit ei tempus, quia in iure errat. Idem est, si frater consanguineus defuncti credat matrem potiorem esse. §. 2. Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat: nam, si et<sup>33)</sup> liberum se esse, et ex quibus natus sit sciat, iura autem cognitionis habere se nesciat, in iure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium<sup>34)</sup> esset, ignoret, fortasse et serviat alicui, putans se servum esse, in facto magis quam in iure errat. §. 3. Item si quis sciat quidem alii delatam esse bonorum possessionem, nesciat autem

31) Cod. Erlang. ei defertur. Chevall. cuius bonorum ei possessio defertur. Eben so Baudoza.

32) Chevallon. promittat. Eben so Baudoza.

33) Cod. Erl. nam et si.

34) Chev. parentum. Baud. quorum parentum sit.

ei tempus praeterisse<sup>35)</sup> bonorum possessionis, in facto errat. Idem est, si putet eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat, eum non petisse<sup>36)</sup>, tempusque ei praeterisse, ignoret autem sibi ex successorio capite competere bonorum possessionem, cedet ei tempus, quia in iure errat. §. 4. Idem dicemus, si ex asse heres institutus, non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas: quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.

Paulus handelte im 44. Buche seines Commentars über das Edict, von dem edicto successorio, wie auch aus L. 3. D. *Quis ordo in bonor. poss. servet. ethellet;* welche aus eben diesem Buche genommen ist. Paulus gedenkt auch am Ende dieses Fragments dieses Edict's ausdrücklich, indem er es *successorium caput* nennt. In diesem Edict hat der Prätor nicht nur eine gewisse Zeitsfrist bestimmt, in welcher die bonorum possessio agnoscit werden müßt, nämlich für jeden Verwandten in der geraden Linie jedesmal ein Jahr, für jeden von allen übrigen jedesmal hundert Tage, utiliter gerechnet; sondern auch dabein verordnet, daß, wenn derjenige, welchem die B. P. zunächst deferirt war, seine Zeit hat verstreichen lassen, und keiner da ist, der zugleich mit ihm berufen war, und sich meldet, nun der Nächste nach ihm, in der vom Prätor bestimmten Ordnung der verschiedenen Classen oder Grade, wenn er sich meldet, zugelassen werden soll<sup>37)</sup>.

35) Praeterisse. Chev. Baud.

36) Petuisse. Halaand.

37) L. 1. pr. D. de success. Edicto §. 5. §. 8. §. 9. et 10. I. de bonor. possess. S. Koφ's Bonorum possessio.

Plures enim gradus Praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, sagt Justinian<sup>38)</sup>, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. War nämlich die B. P. contra tabulas versäumt, so kam es zur B. P. secundum tabulas, und wenn auch diese nicht zur bestimmten Zeit gebeten worden, zu einer ab intestate, so daß immer die vorhergehende Classe vor der nachfolgenden den Vorzug hatte, und dann der Nächstfolgende eben so zur B. P. gelangte, als ob derjenige, welcher ihm vorgieng, gar nicht da wäre<sup>39)</sup>. Hiernach erläutert nun Paulus den Unterschied zwischen ignorantia iuris und facti durch Beispiele, die von diesem Edict hergenommen sind, und geht dabei von dem Grundsatz aus, daß der Rechtsirrthum schädlich, factische Unwissenheit aber unschädlich sey, also diese den Lauf der bestimmten Zeitfrist hindere, jener aber darauf keinen Einfluß habe. Wenn alsoemand nicht weiß, daß derjenige gestorben sey, dessen Nachlaß er durch die bonorum possessio erhalten kann; so ist diese Unwissenheit unschädlich, denn sie ist eine factische. Weiß er aber zwar, daß ein Verwandter von ihm gestorben sey, er weiß aber nicht, daß er proximitatis nomine die B. P. unde cognati

§. 27. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts.  
§. 215. der 5. Aufl.

38) §. 2. I. eodem.

39) §. 9. I. eodem. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, eiusdem gradus personis accrescit: vel si nemo sit deinceps, ceteris perinde bonorum possessionem ex successorio Edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset.

hätte erhalten können<sup>40</sup>); oder er weiß, daß er von dem Verstorbenen im Testamente zum Erben eingesetzt sei, er weiß aber nicht, daß der Prätor auch den Testamentserben die B. P. giebt, wenn das Testament von sieben Zeugen mit bengeschriebenen Namen besiegelt war<sup>41</sup>); so ist sein Irrthum ein error iuris, und er hat sich durch Versäumnis der Zeit des Vortheils der bonorum possessio verlustig gemacht. Paulus führt ferner das Beispiel an, wenn der frater consanguineus des Verstorbenen glaubt, daß ihm die Mutter vorgehe. Durch das Senatusconsultum Tertullianum, worauf sich dieses Beispiel bezieht, war bekanntlich der Mutter unter Hadrian, oder richtiger unter Pius<sup>42</sup>) zuerst ein civiles rechtliches Successionsrecht gestattet worden, nachdem sie bis dahin, als cognata; nach dem Civirechte ihre Kinder gar nicht beerbte; der Prätor aber ihr nur in der Classe unde cognati die bonorum possessio gab. Es setzte aber das Senatusconsultum voraus, daß die Mutter das ius liberorum hatte, das Kind auch, welches sie beerben wollte, in einem solchen Zustande verstorben war, wo es ein eignes Vermögen hinterlassen konnte, welches nicht iure peculii an den paterfamilias fiel, und überdem keine solche Verwandten vorhanden waren, welche die Mutter ausschlossen, weil sie entweder auf die hereditas Ansprüche hatten, oder auch nur zu irgend einer bono-

40) L. 2. Cod. Qui admitti ad bonor. possess.

41) S. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. Kap. 22. S. 185.

42) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbsfolge §. 60. Not. \*).

rum possessio cum re berufen waren <sup>43)</sup>). Da diesen gehörten denn auch die Brüder des verstorbenen Kindes, die mit ihm Agnaten waren, also fratres consanguinei, von einem Vater, gleichviel, ob mit einer, oder verschiedenen Müttern rechtmäßig erzeugt, oder auch adoptirt <sup>44)</sup>). Schwestern, welche consanguineae sind, schlossen die Mutter nicht aus, sondern mit ihnen erbte die Mutter zugleich; war aber noch ein frater consanguineus vorhanden, so erbten blos die Geschwister mit Ausschluß der Mutter. Der Vater hingegen war ausgeschlossen, wenn die soror consanguinea des verstorbenen Kindes mit der Mutter erbte <sup>45)</sup>). Dieses Recht, was zu Paulus Zeiten galt, ist zwar nachher auf mancherlei Art, schon vor der Novelle 118., durch Justinians frühere Verordnungen abgeändert worden <sup>46)</sup>). Es kann aber doch noch immer als ein passendes Beispiel eines Rechtsirrthums gelten. Nur der Halbbruder würde sich nach der Novelle 118. cap. 3. nicht mehr irren.

43) UPIANUS. *Fragm. Tit. XXVI. §. 8.* PAULUS. *Sent. Receptar. Lib. IV. Tit. 9. §. 1. et §. 9. §. 3.* I. de *SCto Tertull.* L. 10. D. *de suis et legitim. heredib.* L. 2. §. 15—19. D. *ad SCt. Tertyll.* S. meine Intestat. erbfolge §. 60. von Löhr von dem Erbrechte der Mutter vor der Novelle 118. im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 4. Bandes 1. Heft (Giesen 1820.) Nr. VIII. S. 109.

44) §. 5. I. de *SCto Tertull.* L. 7. D. *ad SCt. Tertull. et orphit.*

45) L. 2. §. 18. D. *eodem.*

46) S. CUSACIUS Comment. in Lib. XLIV. Pauli ad Edictum. ad h. L. Tom. II. Oper pag. 665. und von Löhr a. a. D. S. 121, ff.

§. 2. Weiß Jemand nicht, daß er des Verstorbenen Cognat sey, so kann seine Unwissenheit zuweilen ein Rechtsirrthum, zuweilen ein factischer seyn. Paulus nimmt hier zwey Fälle an. Erstens, der Irrende weiß, wer seine Eltern sind, er weiß auch, daß er ein freyer Mensch sey, weiß aber gleichwohl nicht, daß ihm die Rechte der Cognation zustehen. Hier ist sein Irrthum ein Rechtsirrthum. Die Zeit, binnen welcher er sein Erbrecht hätte geltend machen sollen, wird also durch diesen Irrthum nicht aufgehoben. Zweitens, der Irrende kennt seine Eltern nicht, er war z. B. ein Findelkind, und derjenige, welcher ihn aufnahm, hatte ihn als seinen Sklaven erzogen<sup>47)</sup>. Er wußte also nicht, daß er des Verstorbenen Verwandter sey. Hier ist sein Irrthum ein error facti, und so lange er sich darin befindet, verrißt ihm die Zeit der bonorum possessio nicht.

§. 3. Die hier vor kommenden Beispiele sind wieder von der Bonorum possessio hergenommen. Wenn nämlich Jemand zwar weiß, daß einem Andern die bonorum possessio deferirt sey, aber nicht weiß, daß dieser die Zeit versäumt habe, binnen welcher sie hätte agnoscirt werden sollen, so irrt er in facto; und dies ist auch der Fall, wenn er glaubt, der prätorische Erbe habe die B. P. erhalten, welche er nicht erhalten hat. Weiß er aber, der nähere Cognat habe die B. P. nicht gesucht, sondern die Zeit versäumt; er weiß aber nicht, daß er vermöge des successorischen Edicts hätte eintreten, und als der Nächste

47) Findelkinder als Sklaven zu erziehen war dem Verpfleger erlaubt. SENECA *Controv. Lib. V. Controv. 53. L. 1. Cod. Theod. de expositis. Cujacius l. c.*

folgende die B. P. bitten können<sup>48)</sup>), und läßt die Bittfrist ablaufen, so verdient er keine Entschuldigung, denn sein Irrthum ist ein Rechtsirrthum.

§. 4. Auf gleiche Weise irrt derjenige, welcher weiß, daß ein Testament vorhanden sei, worin er zum Universalerben ist eingesetzt worden, er glaubt aber, er könnte vor Eröffnung des Testaments die Bonorum possessio nicht suchen. Das ältere Recht, welches zu Paulus Zeiten galt, machte bey den Testamentserben, die keine sui oder necessarii waren, wenn das Testament ein schriftliches war, in Absicht auf die Erwerbung der Erbschaft einen Unterschied, ob mehrere Miterben eingesetzt waren, oder nur ein Erbe allein ernannt war. Im ersten Falle durfte keiner der Miterben die Erbschaft vor feierlicher Eröffnung des Testaments antreten<sup>49)</sup>; und eben so wenig konnte auch in diesem Falle ante apertas tabulas die

48) In den *Basilicis* Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Const. 1. §. 5. pag. 95. ist der Ausdruck gebraucht: ἐξ τῆς ἐπαναβάσεως. Cujacius in Commentar. ad Pauli libros ad Edictum. Tom. II. *Operum* pag. 665. erklärt diese Worte: ex transmissione, quae fit ad insequentem gradum, ex parte successoria, ex edicto successorio. L. 1. *Cod. de successorio edicto* sagt: ἐξ Edicto, quo prioribus non potentibus, sequentibus permittitur petere bonorum possessionem.

49) War das Testament feierlich eröffnet, so konnte der heres *ex parte scriptus* die Erbschaft antreten, wenn er es auch gleich noch nicht wußte. Denn die Eröffnung des Testaments war eine conditio iuris; bey solchen Bedingungen war es genug, wenn sie nur wirklich erfüllt waren. L. 21. *in fin. D. de condit. et demonstrat.*

bonorum possessio gesucht werden<sup>50)</sup>). In dem letztern Falle hingegen, wenn nur ein Erbe allein eingesetzt war, gesetzt auch nur ex certa re, oder ex pluribus partibus<sup>51)</sup>), war die Untretung der Erbschaft eben so, wie die bonorum possessio secundum tabulas schon vor Größnung des Testaments gestattet<sup>52)</sup>). Dieser Unterschied war, wie Justinian<sup>53)</sup> bemerkt, durch die Lex Papia-Poppaea und zwar zum Besten des Fiscus eingeführt worden, um das Accrescenzrecht auszuschließen, welches sonst bey Miterben eintrat, wenn einer wegfiel<sup>54)</sup>. Starb nun einer der Miterben vor Größnung des Testaments, so ward dieser Erbtheil caduc, und fiel dem Fiscus anheim<sup>55)</sup>). Von einem Accrescenzrechte aber konnte keine

50) CUSACIUS Comm. ad Paulum c. l. pag. 666.

51) L. 1. §. 4. D. de heredib. instit<sup>o</sup>. L. 8. pr. D. de acquir. vel omitt. heredit.

52) L. 1. §. 2. D. de bonorum possess. sec. tabulas, wo Ulpian sagt: Nec enim opus est, aperire (tabulas), ut bonorum possessio secundum tabulas agnoscatur.

53) L. un. §. 1. Cod. de caducis tollendis.

54) Franc. BALDUINUS de lege Papia Poppaea, in Commentar. ad leges de iure civili pag. 111. sq. (edit. Gundling. Halae 1730. 8.) Franc. RAMOS DEL MANGANO Commentar. ad Leges Julianam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XXXVI. nr. 9 — 12. (in Ger. MEERMAN nov. Thes. iur. civ. et canon. Tom. V. pag. 510. sqq.) und Jo. Gottl. HEINECCIUS ad Leg. Julianam et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. III. Cap. 2. §. 2. p. 376. sqq. et Cap. 6. pag. 405.

55) UPLANUS Fragm. Tit. XVII. §. 1. und SCHULTING ad Eundem in Iurisprud. vet. Antejust. pag. 616. not. 7. S. 1. einer der Miterben erst nach Größnung des Testa-

Frage seyn, wenn nur ein heres ex asse vorhanden war, weil, wenn dieser auch nicht Erbe wurde, doch nicht der Fiscus, sondern die Intestaterbsfolge eintrat. Die Lex Papia gieng jedoch nur die heredes extranei an, weil sui und necessarii heredes die Erbschaft ipso iure acquirirten<sup>56)</sup>. Auch der in einem mündlichen Testamente ernannte Erbe konnte die Erbschaft antreten, wenn es ihm beliebte, er möchte allein ernannt seyn, oder Miterben haben<sup>57)</sup>. Bey einem schriftlichen Testamente hingegen mussten die Miterben die Eröffnung des Testaments abwarten, und diese musste nach der Lex Julia vicesimaria auf eine feyerliche Art geschehen<sup>58)</sup>. Nur der

ments weg, so trat nicht das Recht der Caducität, sondern das Accrescenzrecht ein. L. 23. D. de vulg. et pup. substitut. L. 53. pr. et §. 1. L. 59. D. de acqu. vel omitt. hered. L. 26. §. 1. D. de condit. et demonstrat. L. 2. §. 8. D. de bonor. poss. sec. tab. S. SCHULTING ad Pauli Sentent. recept. Lib. IV. Tit. 8. §. ult. in Iurispr. Antejust. p. 414.

- 56) L. 14. D. de suis et legitimis heredib. Diese Stelle ist aus CAJI libro 15. ad Leg. Iul. et Pap. genommen. L. 58. D. de adquir. vel omitt. hered. L. 5. Cod. de iure deliber.
- 57) L. ult. D. de iure codic. aus PAULI libro V. ad Leg. Julianam et Papiam.
- 58) PAULUS Sentent. receptar. Lib. IV. Tit. 6. §. 1. et 5. Um jedoch die Caducität zu verhüten, wenn etwa vor der Eröffnung des Testaments einer von den Miterben sterben, oder sein Bürgerrecht verlieren sollte, erfand man in fraudem legis Papiae Poppaeae die reciproca coherendum substitutio, wie Justinian L. un. pr. Cod. de caduc. toll. selbst bemerkt. Daher handelte auch Caius in libro III. ad Leg. Julianam et Pap. Poppaeam von

heres ex asse konnte schon vor Eröffnung des Testaments die Erbschaft sowohl nach dem Civilrecht antreten, als durch die bonorum possessio secundum tabulas erwerben. Wusste er dieses nicht, und er konnte es doch leicht wissen, so ist dieses ein Rechtsirrthum, der keine Entschuldigung verdient; die Zeitfrist läuft ihm daher noch vor der Eröffnung des Testaments gleich von dem Augenblick an, da er gewußt, daß der Erblasser tot, und er sein nächster Erbe sey. Paulus sagt dieses noch an einem andern Orte, *libro II. ad Sabinum*, woraus die *L. 10. D. de bonorum possessionibus* genommen ist: *In bonorum possessionibus iuris ignorantia non prodest, quominus dies cedat: et ideo heredi instituto et ante apertas tabulas dies cedit: satis est enim, scire mortuum esse, seque proximum cognatum fuisse, copiamque eorum, quos consuleret, habuisse, scientiam enim non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit: sed eam, quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores adsequi potest.* Justinian hob nun zwar die Lex Julia caducaria oder Papia Poppaea, durch seine Constitution de caducis tollendis §. 1. et 5. (VI. 51.) wieder auf, und stellte das alte Recht wieder her, so daß es nun den Erben erlaubt ist, die Erbschaft gleich nach dem Tode des Testirers anzutreten, sive ex parte sint, sive ex asse instituti, wenn auch das Testament noch nicht eröffnet worden; es kann aber doch das vom Paulus daher genommene

der Substitution. *L. 5. D. de vulg. substitut.* .S. Jo. Aug. CLEEMANN Disputat. de reciproca coheredum substitutione. Lipsiae 1770. §. 6.

Beyspiel noch immer als ein treffendes Beyspiel von einem Rechtsirrthum gelten. Hat der Erbe die bonorum possessio darum nicht gesucht, weil er nicht gewußt, daß ein Testament vorhanden sey, so ist sein Irrthum ein factischer. Aus diesen Beispielein, welche Paulus hier gegeben hat, bilden sich nun auch die Begriffe von Rechtsirrthum und factischen Irrthum von selbst. Letzter ist nämlich vorhanden, wennemand von den Thatumständen entweder gar keine oder keine richtige Wissenschaft hat, welche das Recht und dessen Ausübung oder Anwendung voraussetzt. Ein solcher factischer Irrthum kann sich in sehr mannigfaltigen Beziehungen äußern. Er kann a) Personen, oder persönliche Eigenschaften, eigne<sup>59)</sup> oder fremde<sup>60)</sup>, betreffen. b) Sachen, oder deren Eigenschaften<sup>61)</sup>. c) Handlungen, ihre Art, ihre einzelnen Bestandtheile, ihren Zweck, ihr Daseyn oder Nichtdaseyn<sup>62)</sup>. Bezieht sich der factische Irrthum auf eine vergangene Handlung, so kann der Irrthum entweder die eigene Handlung des Irrrenden, oder die Handlung einer andern Person betreffen. Daher unterscheiden die Gesetze zwischen error facti proprii, und error facti alieni<sup>63)</sup>. Ein Rechtsirrthum ist hingegen vorhanden, wennemand zwar das factum weiß, woraus ihm ein gewisses Recht

59) L. 96. *D. de acquir. vel. omitt. hered.*

60) L. 5. pr. *D. de SCto Macedon.* L. 2. §. 15. et 16.  
*D. Pro emtore.*

61) L. 9. L. 11. L. 14. et 15. *D. de contr. emt.*

62) L. 15. §. 2. *D. de public. in rem act.* L. ult. *D. de SCto Macedon.*

63) L. 22. pr. *D. de conduct. indeb.* L. 19. *D. de novat.*  
L. 5. §. 1. *D. Pro Suo.*

erwächst; oder weswegen ihm die Gesetze etwas gewisses gestatten, aber von dem Daseyn eines solchen Rechts entweder gar keine oder eine unrichtige Kenntniß hat<sup>64)</sup>). Es wird jedoch bey diesem Irrthum das Daseyn eines geschriebenen gemeinen Rechts vorausgesetzt.... Denn die Rechtskenntniß von Gewohnheitsrechten und Privilegien wird den error facti bezgezählt<sup>65)</sup>). Der Irrthum in Ansehung des Rechts kann sich nun auch auf sehr verschiedene Art äußern, nämlich 1) wenn man eine Person für fähig hält, ein solches Geschäft zu schließen, als man mit ihr eingehet, welche doch diese gesetzliche Fähigkeit nicht hat. Z. B. wenn ich weiß, daß ich mit einem Pupillen contrahire, glaube aber, es sey bey dem Geschäft die Auctorität des Tutors nicht nöthig<sup>66)</sup>). 2) Wenn man glaubt ein Geschäft habe alle gesetzlich vorgeschriebene Erfordernisse der Gültigkeit, welches doch nach den Gesetzen nichtig ist. Z. B. putavit quis recte factum testamentum, cum inutile erat, wie Ulpian<sup>67)</sup> das Beispiel giebt. 3) Wenn man unterließ sich einer gewissen Rechtswohlthat zu bedienen, weil man sie nicht kannte. Z. B. Man unterließ aus Unwissenheit des Rechts von der Wohlthat des Falcidischen Ge-

64) DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. I. cap. 19.

65) Cap. 1. de constitut. in Vito. verb. quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta (cum sint facti et in facto consistant) potest probabiliter ignorare.

66) L. 2. §. 15. D. pro emtore.

67) L. 25. §. 6. D. de heredit. petit.

seßes<sup>68)</sup>, der Wohlthat der Competenz<sup>69)</sup>, der Wohlthat der Theilung<sup>70)</sup> Gebrauch zu machen; desgleichen wenn man rechtlich erlaubte Maasregeln zur Sicherung des Seinen, oder zur Abwendung eines sonstigen Nachtheils unterließ<sup>71)</sup>. 4) Wenn man eine Handlung gegen Prohibitiv-Gesetze begeht, welche man aus Unkunde derselben für erlaubt hielt<sup>72)</sup>. Die möglichen Folgen dieses Irrthums sind, daß dem Irrrenden entweder ein Vortheil entgeht, oder daß ihn ein Vermögensverlust, oder eine Strafe trifft.

Es giebt jedoch I) Fälle, wo das Wissen oder Nicht-Wissen, das Recht- oder Falsch-Wissen des Handelnden überall nicht in Betrachtung kommt. Dies ist der Fall, wo das Gesetz gewisse Folgen an gewisse Handlungen geknüpft hat, ohne dabei auf ein bestimmtes Wissen oder Nichtwissen desjenigen, den sie treffen, Rücksicht zu nehmen. Dahin gehört, 1) wenn bey einem Geschäft die zur Gültigkeit desselben vorgeschriebene Form vernachlässigt worden ist<sup>73)</sup>. 2) Wenn eine Handlung gegen ein gesetzliches Verbot ist unternommen worden<sup>74)</sup>. In bryden Fällen

68) *L. 9. Cod. ad Leg. Falcid.*

69) *L. 9. D. de conduct. indeb.*

70) *L. 49. §. i. D. de fideiussor.*

71) *L. 6. L. 7. §. 2. D. de damno inf.*

72) *L. 1. Cod. de interdicto matrim.*

73) *L. 29. §. 3. D. de inoff. test. L. 4. L. 15. D. Qui testam. fac. poss. L. 12. Cod. de testam.* Jedoch giebt es ausnahmsweise Milberungen. §. 7. I. de testam. ord. *L. 1. Cod. eodem. Nov. CXXVII. cap. 2.*

74) *L. 5. Cod. de legib. L. 1. L. 6. Cod. de interdicto matrim. inter pupill. et tutor. L. 67. D. de iure dot.*

ist die Handlung wirkungslos und nichtig, ohne daß ein Berufen auf Unwissenheit und Irrthum von dieser Folge befreit, mögen auch andere sonst noch mit einer solchen Handlung gesetzlich verknüpften Nachtheile deswegen nicht Statt finden<sup>75)</sup>). 3) Wenn ein tempus continuum abgelaufen, mit dessen Ablauf Verlust eines Rechts verknüpft ist<sup>76)</sup>). 4) Wenn eine zwar an sich vorhandene, aber gesetzlich eingeschränkte, jedoch nicht völlig aufgehobene Verbindlichkeit, erfüllt worden ist, ohne sich der deshalb gestatteten Einrede oder Rechtswohlthat zu bedienen<sup>77)</sup>). 5) Wenn ein solcher Fall vorhanden ist, wo schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Grund einer Verbindlichkeit von der Einwilligung des Verpflichteten ganz unab-

75) *L. 5. L. 5. C. de his, qui sibi adscribunt. L. 4. C. de incestis nupt.*

76) *L. 8. Cod. de dolo malo. L. 5. in fin. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor. L. 12. in fin. C. de praescript. longi tempor. X. vel XX. annor.* Nur wenn ein factum alienum Grund der Existenz einer obligatio ist, läuft dem Berechtigten, ohne dieses factum zu kennen, keine Verjährung. *L. 6. D. de calumniatoribus.* S. Mühlensbruch angef. Abhand. § 2. S. 366.

77) Was also zur Erfüllung einer obligatio naturalis, es sey aus Irrthum oder mit Wissen geschehen, geleistet worden, kann nicht zurückfordert werden. *L. 13. L. 19. pr. L. 59. L. 64. D. de conduct. indeb. L. 10. D. de obligat. et action.* Das Nämliche gilt in allen den Fällen, wo einem Schuldner wegen einer Rechtswohlthat blos eine Einrede gestattet ist, z. B. des beneficium competentiae, *L. 6. et 9. D. de conduct. indeb.* die exceptio Senatusconsulti Macedoniani. *L. 9. §. 4. et 5. D. de SCto Maced. L. 40. pr. D. de conduct. indeb.* das beneficium divisionis. *L. 49. §. 1. D. de fideiussor.*

hängig ist, sie entstehe nun aus einem Delict oder aus der Billigkeit, (ubi ex re venit obligatio)<sup>78)</sup>.

Es giebt nun aber auch II) Fälle, wo eben so unbedingt eine Berufung auf Irrthum statt findet, der Irrthum sey ein error iuris oder facti, error facti alieni oder proprii. Dahin gehört 1) wenn die Gesetze die Gültigkeit einer Handlung lediglich von der freien Entschließung und Einwilligung der Interessenten abhängig gemacht haben. Hier macht der Irrthum die Handlung ungültig, er sey ein factischer, oder ein Rechtsirrthum, quia nulla voluntas errantis est<sup>79)</sup>. So ist z. B. eine freiwillige Gerichts-Prorogation<sup>80)</sup>, ein Bekennnis<sup>81)</sup>, die Anerkennung eines Testaments<sup>82)</sup>, eine Ueber-

78) *L. 46. D. de obligat. et act.* Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit, nam iudicio communi dividendo obligabuntur. Es versteht sich, daß die aus unerlaubten Handlungen entspringende Verbindlichkeit zwar nicht Concurrenz des Wormundes, aber doch Imputabilität bey dem Urheber der Handlung, also Freiheit der Entschließung, erfordert. S. Weber's syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 271. ff.

79) *L. 20. D. de aqua et aquae pulv. arc. act.* S. DONELLUS c. l. cap. 21. §. De tertio genere und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 2. Th. §. 134.

80) *L. 15. D. de iurisdic.* L. 2. pr. *D. de iudicüs.*

81) *L. 5. Cod. de iuris et facti ignor.* Anders war es zwar bey einer confessio in iure facta, d. i. wenn jemand vor dem ordentlichen und gehörigen Magistrate des Geg-

tragung des Eigenthums<sup>83)</sup>), eine pro herede gestio<sup>84)</sup> wirkungslos, welche sich auf einen Irrthum gründet, er sei von welcher Art er wolle, weil er die Freyheit der Entschließung aufhebt. 2) Wenn die Gesetze, um gewisse nachtheilige Folgen zu entfernen, nur Abwesenheit des Dolus erfordern, so dient jeder Irrthum zur Entschuldigung

ders Forberungen oder das von ihm behauptete Recht selbst, oder die Thatsachen, woraus desselben Annahme rechtlich folgte, ohne Vorschüzung einer Exception als wahr und richtig einräumte. Hiergegen fand der Einwand des Irrthums nicht Statt. *L. 2. et 5. D. de confessis.* Der Grund war, quia confessus in iure pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur, wie Paulus sagt *L. 1. D. eodem.* Eden so *L. un. Cod. eodem.* (VII. 59.) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. IV. 10. S. 77. ff. Es ist jedoch von dieser Vorschrift des Röm. Rechts jetzt kein Gebrauch mehr zu machen, da sie sich auf das Verfahren vor dem Magistratus und dem iudex bezieht, welches schon nach dem neuern Röm. Recht nicht mehr Statt findet. S. Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1798. und Mühlendorf. angef. Abh. §. 2. S. 367. Not. 16. Wer also aus Irrthum etwas Unwahres als Wahr bekannt hat, dem muß es der Regel nach immer noch frey stehen, das Bekennniß, so lange die Streitsache noch nicht rechtkräftig entschieden ist, zu widerufen, wenn er durch Beweis des Gegentheils den behaupteten Irrthum darthun will und kann. *L. 7. C. h. t.* Weber von der Beweisführung a. a. D. S. 87.

83) *L. 4. L. 8. Cod. h. t.*

84) *L. 55. D. de acquir. rer. dom.*

*L. 22. D. de acquir. vel omitt. hered.*

gung, er äußere sich in iure oder in facto<sup>85)</sup>). Dies ist der Fall bey der hereditatis petitio, wenn es darauf ankommt, ob der Besitzer der Erbschaft für einen bona fidei possessor zu halten sey. 3) Wenn jemand aus Irrthum seine Lage sich weniger vortheilhaft vorstellt, als sie in der That ist, so ist ihm sein Irrthum unschädlich, wenn gleich seine Gesinnung dabei nicht redlich war, wofern nur die Wahrheit der Sache sie entschuldigte. Z. B. es meint jemand eine fremde Sache zu kaufen, die doch wirklich des Verkäufers Eigenthum war. Es tritt hier die Regel ein: plus in re est, quam in existimatione mentis<sup>86)</sup>). Endlich ist auch 4) der Irrthum einer Parthen oder ihres Anwalts vor Gericht, er betreffe das Recht selbst, oder Thatsachen, unschädlich, wenn er einen Punct betrifft, welcher rein zur Sphäre der richterlichen Reflexion gehört, und daher vom Richter nach den richtigern Grundsätzen des Rechts oder aus den Acten schon von Amts wegen verbessert werden muß<sup>87)</sup>; oder auch von der Parthen oder deren Anwalte zurückgenommen wird, so lange noch kein rechtskräftiges Urtheil entgegensteht<sup>88)</sup>. Ge-

85) L. 25. §. 6. D. de heredit. petit.

86) L. 9. §. 4. D. h. t.

87) L. un. Cod. Ut quae desunt advocatis partium, index suppleat. (II. 11.) §. 34. I. de action. L. 1. §. 5. Cod. de plus petit. (III. 10.) L. 6. §. 1. D. de officio Praesid. Cap. 6. X. de iudicüs. S. 371. Über die Grenzen des Richteramtes in bürgerlichen Rechtsachen. (Nürnberg 1819. 8) §. 26. u. 27. und Martin's Rechts-gutachten und Entscheidungen des Spruchcollegii der Univ. Heidelberg. 1. Band Nr. X. §. 11. S. 371.

88) Cap. 2. X. de in integr. restitut. in 6to. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in

schieht die Revocation binnen drey Tagen, so wird das, was vor Ablauf derselben zurückgenommen wird, ohne weiteren Beweis des Gegentheils, als nicht vorgebracht angesehen; nach Ablauf dieser Frist hingegen findet die Zurücknahme des Irrthums anders nicht Statt, als wenn man das Gegentheil darthun kann. Kann dieser Beweis geführt werden, so ist selbst ein Geständniß vor Gericht unwirksam, wenn gleich der Gegner den zugestandenen Umstand schon acceptirt haben sollte <sup>89)</sup>.

*L. 2. NERATIUS <sup>90)</sup> libro V. Membranarum.*

facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se iuvare, hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum. — *L. 3. C. h. t. Error facti, neandum finito negotio, nemini nocet: nam causa decisamente velamento tali non instauratur.*

- 89) *L. 1. 2. et 3. Cod. de errore advocator.* Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. IV. 12. S. 88. ff. und den 5. Theil dieses Commentars §. 368.

- 90) *Claud. Chevallon liteset Martianus.* Allein diese Leseart ist offenbar falsch, weil, außer Neratius, keiner der alten Röm. Rechtsglehrten libri membranarum geschrieben hat. Unstreitig ist diese Benennung von der Materie hergenommen, worauf diese Bücher geschrieben waren. Der Inhalt der daraus in die Pandecten aufgenommenen Stellen (WIBLING Iurisprud. restituta pag. 152 — 154.) lehrt, daß sie in vermischten Anmerkungen über rechtliche Gegenstände des gemeinen Lebens ohne eine gewisse Ordnung bestanden haben. S. Christ. GOTTL. RICHTER Exercit. de Neratio Prisco ICto. Lips. 1788. Cap. VIII. pag. 72. sqq.

In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit: cum ius finitum et possit esse, et debeat: facti<sup>91)</sup> interpretatione plerumque etiam prudentissimos fallat.

Neratius giebt hier den Grund an, warum der Rechts- und factische Irrthum nicht überall gleiche Wirkungen haben. Die Verfasser der Basiliken<sup>92)</sup> haben den Sinn dieser Stelle richtiger durch eine Vorsetzung des non ausgedrückt, wenn sie dieselbe auf folgende Art ins Griechische übertragen haben: Οὐχ ἡ αὐτὴ ἐστὶ νόμου καὶ φάκτου ἀγνοία: i. e. Non eodem loco est iuris et facti ignorantia. Es würde also offenbar unrichtig seyn, wenn man mit Cujaz<sup>93)</sup> die Worte des Neratius so verstehen wollte: Ueberall erzeugen Rechts- und factischer Irrthum verschiedene Folgen<sup>94)</sup>. Warum nun der Rechtsirrthum weniger zu entschuldigen ist, als ein factischer, hat seinen Grund darin, weil jener gewöhnlich kein unverschuldeter ist. Denn die Gesetze, welche in dem Lande gelten, wo man wohnt, kann und soll jeder wissen<sup>95)</sup>; und, war sie nicht weiß, kann sich mit leichter Mühe die Rechtsbelehrung verschaffen. Das Recht an sich ist auch

91) Cod. Erlang. hat facti autem interpretatio. Eben so Chevallon, Baudoza und Merlin.

92) Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Const. 2. pag. 95.

93) Commentar. ad h. Tit.

94) S. Mühlenbrück angef. Abhandl. §. 4. S. 385.

95) L. 12. Cod. h. t. Impp. VALENT THEOD. et ARCAD. AAA. Flaviano PF. Illyrici et Italiae. Constitutiones Principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus. Add. L. 48. pr. D. de fideiussor.

leicht verständlich zu machen<sup>96</sup>). Denn es ist, oder könnte und sollte wenigstens seyn, einfach, und bestimmt<sup>97</sup>). Es ist auch für Alle dasselbe. Das Factum ist hingegen seiner Natur nach individuell, und unendlicher Verschiedenheiten fähig, so daß wegen dieser Verschiedenheit der Umstände im einzelnen Falle die richtige Subsumtion desselben unter das Gesetz auch der Gescheideste nicht immer trifft<sup>98</sup>). Überdem läßt sich auch über das, was rein Factisch ist, keine rechtliche Belehrung geben. Sic Divus quoque Pius, sagt Marcian<sup>99</sup>), Tullio Balbo re-

96) ARISTOTELES III. cap. 5. *Leges oportet scire, nec sunt difficiles.* (μη χαλεπά ἔστι). L. 9. Cod. de Legibus. Impp. VALENTINIAN. et MARTIANUS AA. ad Palladium P. P. *Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur.* Man sehe auch QUINTILIAN. Institut. orat. Lib. XII. c. 5.

97) *Basilica* T. I. p. 95. haben: ὁ μὲν γὰρ νόμος ὀρισται.

98) LEYSER Meditation. ad Pandect. Vol. X. Spec. DCXLV. medit. 17. hat wohl nicht Unrecht, wenn er den Ausdruck *facti interpretatio* in unserer L. 2. h. t. von einer iuris ad factum applicatio erklärt. Eben so Wörst über die Erstattung der Prozeßkosten. §. 44. S. 142. Dass das Wort *interpretatio* hier mehr als *scientia* bedeute, wie es die Meisten mit der Glossa verstehen wollen, bewähren auch die *Basilica* T. I. pag. 95. η δὲ τοῦ φάντον ἐρμηνεία καὶ τοὺς φρονίμους ὡς ἐπίταν ἀπατᾶ. Man vergl. auch noch ANT. FABER Iurisprud. Papinian. scientia. Tit. I. Pr. II. Illat. 7. pag. 12.

99) L. 52, pr. D. de Usuris.

scripsit, an *mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris.* Deswegen schrieb auch Pomponius libro XII. *Epistolarum*, wie ebenfalls Marcius bemerkt, difficilem esse huius rei definitionem. Hierzu kommt, daß wenn man auch oft weiß, es sey etwas geschehen, doch die Absicht, warum es geschehe, und die daraus entstandene Folge auch der Klügste nicht errathen hätte. Darum verdient der error facti mehr Entschuldigung<sup>100)</sup>). Es wird aber doch auch bei diesem Irrthume vorausgesetzt, daß er wahrscheinlich sey; und dies ist, wie Neratius an einem andern Orte<sup>1)</sup> sagt, eigentlich nur eine *ignorantia facti alieni: quia in facti alieni ignorantia tolerabilis error est.*

### L. 3. POMPONIUS libro tertio ad Sabinum.

Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret<sup>2)</sup>), an de iure suo ignorat<sup>3)</sup>). Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita acipiendam existimasse refert: non deperditi<sup>4)</sup>, et nimium securi hominis.

100) DONELLUS c. l. Lib. I. cap. 23. und CONRADI Observation. iur. civ. Vol. I. pag. 99.

1) L. ult. §. 1. D. Pro suo.

2) Cod. Erlang. nesciret. Halesand. Miräus, Chevalon, Merlin und Bauboza non sciatis.

3) Cod. Erl. ignoret. Eben so Bauboza, Chevalon, Merlin und Miräus.

4) GUIL. BUDAEUS Annotat. prior. et poster. in Pand. fol. 200 b. will desidia praediti lesen. Allein auch die *Basilica* Tom. I. pag. 95. Const. 3. haben τοῦ ἀπολλυμένου, welches das Lateinische deperditi ausdrückt.

Pomponius handelte in dem dritten Buche seines Commentars über den Sabinus von der Erwerbung einer hereditas, so wie von der admissio bonorum possessionis, desgleichen von der Ablehnung einer Erbschaft und der den suis heredibus zustehenden Rechtswohlthat der Abstinenz, wie aus den daraus in unsern Pandecten aufgenommenen Fragmenten zu ersehen ist<sup>5)</sup>. Er geht daselbst von dem Grundsatz aus, der Erbe muß bei der Untertreibung einer Erbschaft, so wie bey der Repudiation derselben, seines Rechts, und aller Umstände, welche zum ius heredis gehören, gewiß seyn. Befindet er sich deshalb in einer Ungewißheit oder in einem Irrthume, so ist die ganze Handlung wirkungslos<sup>6)</sup>. Dabey zeigt er denn, daß ein großer Unterschied sey, obemand de iure suo im Zweifel ist, oder ob er wegen solcher Umstände in der Unwissenheit sich befindet, welche sich auf die Handlung und Rechtsverhältniß eines Dritten beziehen. Da Pomponius hier von der Untertreibung und Ablehnung einer Erbschaft redet, so muß der von ihm gemachte Unterschied auch eigentlich in dieser Beziehung verstanden werden, zumal da Pomponius in den aus dem libro III.

Es ist also kein Grund zu einer Emendation vorhanden, wie auch Cujacius in Comment. ad h. L. gegen Budäus erinnert hat.

5) *L. 11. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 23. D. ead. L. 9. D. de bonor. poss.* WIELING Jurisprud. restituta. pag. 222. und Henr. Theod. PAGENSTECHER Commentar. in Sexti Pomponii Icti ad Sabinum libros IV. (Lemgoviae 1750. 4.) Cap. VII. pag. 106 seqq.

6) *L. 22. L. 23. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 35. 5. 1. L. 15. L. 16. L. 17. D. eodem.*

*ad Sabinum entlehnten Fragmenten* dieselben Ausdrücke gebraucht. So sagt er z. B. *L. 23. D. de acquir. vel omitt. hered.* In repudianda hereditate vel legato, certus esse debet *de suo iure* is, qui repudiat. Was heißt also hier *de iure suo certum esse*, oder *de iure suo dubitare*? Zum ius heredis gehört zweyarten, welches bey der Antretung oder Repudiation als wesentliche Bedingung vorausgesetzt wird, 1) die Erbschaft muß dem Erben wirklich angefallen seyn, 2) er muß gewiß wissen, daß sie ihm, und auf welche Art sie ihm deserirt seyn. Ist der Erbe darüber in Ungewissheit, so sagt man *de suo iure dubitat*; und die in dieser Ungewissheit geschehene Antretung oder Repudiation der Erbschaft ist ohne Wirkung <sup>7)</sup>. Z. B. der Erbe weiß nicht gewiß, ob der Testator noch lebt oder gestorben sey <sup>8)</sup>, ob ihm die Erbschaft als Testaments- oder als Intestaterben angefallen sey <sup>9)</sup>, ob der Testator die Testamentsfähigkeit gehabt habe, oder nicht <sup>10)</sup>, und ob überhaupt das Testament gültig sei oder nicht <sup>11)</sup>; ob er pure oder unter einer Bedingung eingesetzt worden <sup>12)</sup>. In allen diesen Fällen kann eine Erbschaft weder erworben noch ausgeschlagen werden. Hierher gehört auch noch der Fall, von welchem Ulpian *L. 15. D. de acquir. vel omitt. hered.* redet: *Is qui*

7) *S. Hug. DONELLUS Commentarior. de iure. civili.*  
*Lib. VII. Cap. 4. 5. et 6.*

8) *L. 13. §. 1. L. 19. L. 32. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.*

9) *L. 17. §. 1. L. 22. D. eodem.*

10) *L. 32. §. 2. D. eodem.*

11) *L. 34. pr. D. eodem.*

12) *L. 32. §. 1. L. 34. §. 1. in fin. D. eodem.*

putat se *necessarium*, cum sit *voluntarius*, non poterit repudiare <sup>13)</sup>). Nam plus est in opinione, quam in veritate; und L. 16. eodem. Et e contrario, qui se putat *necessarium*, *voluntarizs existere non potest*, Auch dieser Irrthum betrifft das *ius hereditis*. Glaubte der Erbe, er sey ein *necessarius heres*, so konnte ihm die Erbschaft nach seiner Meinung nicht erst deferirt werden, er müste sie ja schon in dem Augenblick des Todes des Erblassers erworben haben. *Delata enim hereditas intelligitur*, sagt Zerentius Clemens <sup>14)</sup>, quam quis possit *adeundo consequi*. Glaubt nun der Erbe, er sey ein *necessarius heres*, und schlägt dennoch die Erbschaft aus, so steht er mit sich selbst im Widerspruche. Die Repudiation kann also von keiner Wirkung seyn, weil es demjenigen, welcher sich für einen *necessarius heres* hält, unmöglich ein rechter Ernst seyn kann, eine Erbschaft auszuüthagen, welche er als Zwangserbe behalten muß. Iwar ist er wirklich kein Zwangserbe, sondern ein *voluntarius heres*; allein die Meinung, welche er von sich hat, gilt hier mehr als die Wahrheit, wo von der Repudiation einer Erbschaft die Rede ist, welche eine gewisse Wissenschaft der Delation, und den ernstlichen Willen der Entäußerung zu ihrer Gültigkeit er-

13) Westphal im Commentar über die Gesetze von Verlegung und Eröffnung der Testamente, Annahme und Ablehnung der Erbschaft ic. §. 259. meint, daß *necessarium* und *voluntarius* müssen umgeleht, und so gelesen werden: qui putat se *voluntarium*, cum sit *necessarius*, weil sonst die folgende L. 16. nicht passen würde. Allein diese Versetzung ist offenbar unnöthig, alles steht im besten Einklange.

14) L. 151. D. de Verb. Signific.

fordert<sup>15)</sup>). Eben so wenig kann aber auch in dem umgekehrten Falle derjenige, welche sich für einen necessarius heres hält, erst durch die Antretung Erbe werden wollen. Dies soll es heißen, wenn Ulpian sagt: *Et qui e contrario se putat necessarium, voluntarius existere non potest, id est, wie der gründliche Donellus<sup>16)</sup> sagt, non potest adeundo heres fieri.* Es ist also hier von dem entgegengesetzten Falle, nämlich von der Adition, die Rede. Zur Erwerbung der Erbschaft wird aber bey einem voluntarius heres der freie und überlegte Wille, die Erbschaft, welche man hätte ausschlagen können, übernehmen zu wollen, als wesentliche Bedingung, erforderlich, welcher bey demjenigen nicht Statt finden kann, der da glaubt, daß er der Nothwendigkeit unterliege<sup>17)</sup>. Ganz anders verhält es sich nun aber in dem vom Pomponius berührten andern Falle, da der Erratum nicht das ius heredis, sondern *alterius causam et factum* betrifft. Zur Erwerbung einer Erbschaft vom heres voluntarius wird auch erforderlich, daß derjenige, welcher eine Erbschaft antreten will, fähig seyn müsse, sich verbindlich zu machen. Kann er dieses nicht, so kann er die Erbschaft so wenig durch Antretung erwerben, als durch Repudiation verlieren<sup>18)</sup>. Ist also einer Person

15) DONELLUS c. l. cap. 5. §. 1. in fin. Jos. FINESTRES Praelectiones Cervariens. ad Tit. Pand. de acquirenda vel omitt. hereditate. P. II. Cap. 8. §. 12. pag. 562. und POTIER Pandect. Justinian. Tom. II. Lib. XXIX. Tit. 2. P. II. Nr. LXXIV. not. c. pag. 244.

16) L. c. Cap. 5. pag. 295.

17) POTIER c. l. not. d.

18) DONELLUS l. c. Cap. 6.

eine Erbschaft angefallen, welche unter der Vormundschaft steht; so wird, wenn er noch unmündig ist, die Auctorität des Tutors <sup>19)</sup>, und wenn er mündig ist, der Consens des Curators erforderlich <sup>20)</sup>). Ist ferner einer Person eine Erbschaft angefallen, die noch unter der väterlichen Gewalt steht; so wird die Einwilligung des Vaters erforderlich. Nach den Gesetzen der Pandecten ward dem Vater die Erbschaft erworben <sup>21)</sup>). Der Haussohn konnte sie also ohne den Willen des Vaters weder antreten noch ausschlagen <sup>22)</sup>). Ersteres darum nicht, weil der Sohn den Vater nicht wider dessen Willen verbindlich machen konnte <sup>23)</sup>). Letzteres nicht, weil der Sohn dem Recht des Vaters, durch ihn die Erbschaft zu erwerben, nichts vergeben konnte. Daher musste denn auch der Vater von allen Umständen, unter welchen dem Sohne die Erbschaft angefallen war, vollkommen unterrichtet seyn <sup>24)</sup>). Nach dem neuern Recht erwirbt nur

19) §. 1. I. de auctoritate tutor. L. 9. §. 3. D. de auctor. tutor. L. 8. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 5. Cod. de repud. hered.

20) L. 3. C. de in integr. restitut. minor.

21) L. 79. D. de acquir. vel omitt. hered.

22) L. 6. pr. et §. 2. D. eodem. L. 10. §. 1. D. de acquir. rer. dom. L. 18. §. 4. Cod. de iure delib. L. 13. §. 3. L. 14. D. de atquir. vel omitt. heredit. Jos. FINESTRES Praelection. Cervariens. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. II. cap. 5. §. 1. §. 29. et 43.

23) L. 6. pr. cit. Qui in aliena potestate est, non potest invitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur.

24) L. 93. pr. D. de acquir. vel omitt. hered. Pater, quoties filio mandat adire, certus esse debet, an pro Glück's Erläut. d. Pand. 22. Th.

zwar der Vater nicht mehr die dem Sohn angefallene Erbschaft, sondern erhält blos den Niesbrauch. Es wird aber doch die Einwilligung des Vaters sowohl zur Untretung als Repudiation erfordert. Nur dann, wenn der Vater nicht einwilligen will, kann der Sohn die Erbschaft auf seine eigene Gefahr antreten<sup>25)</sup>.

Wie nun aber, wenn derjenige, dem eine Erbschaft angefallen ist, kein Pupill mehr ist, er hält sich aber aus Irrthum noch für einen Pupillen; oder er ist sui iuris, hält sich aber für einen filiusfamilias; hindert dieser Irrthum die Untretung oder Repudiation der Erbschaft? Die Gesetze entscheiden diese Frage verneinend. Hermogenian sagt *libro III. iuris Epitomarum*<sup>26)</sup>: *Qui se pupillum falso existimans, cum esset pubes, pro herede gessit: quo minus heres existat, nihil error talis ei nocebit.* Julian *libro XXXI. Digestorum*<sup>27)</sup>: *Si quis se filiumfamilias existimat, cum sit paterfamilias: poterit adquirere hereditatem.* Eben so Ulpian *libro VIII. ad Sabinum*<sup>28)</sup>: *Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filiusfamilias sit, posse eum adquirere hereditatem, iam dictum est.*

parte an ex asse, et an ex institutione an ex substitutione, et an testamento, an ab intestato filius suus heres existat. Der Irrthum des Vaters macht die Handlung des Sohns wirkunglos.

25) FINESTRES c. l. Cap. V. §. 44.

26) L. 96. D. de acquir. vel omitt. hered. G. Jos. FINESTRES in Hermogeniani Juris Epitomar. libros VI. Commentar. ad h. L. pag. 677. sqq.

27) L. 21. D. de condit. et demonstrat.

28) L. 34. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.

Der Grund ist, weil hier der Irrthum auf das ius hereditatis keinen Einfluß hat. Denn einem Pupillen wird so gut die Erbschaft deferirt, als wenn er schon mündig wäre, und einem filiusfamilias so gut, als wenn er sui iuris wäre, wenn sie zu Erben eingesetzt worden sind. Mag sich also auch der Erbe deshalb in einem Irrthum befinden, non ideo de iure suo dubitat, wenn er nur übrigens von allen denjenigen Umständen vollständig unterrichtet ist, welche das ius delatae hereditatis erfordert. Unwissenheit oder Irrthum aller andern, darauf keinen Einfluß habenden Umstände, ist ihm unschädlich. Nun ist zwar bey einem unmündigen Erben die Auctorität des Vormunds, und bey einem filiusfamilias die Einwilligung des Vaters erforderlich. Allein dieses Erforderniß betrifft nicht das ius hereditatis, sondern ist darum nöthig, damit nicht in jenem Falle dem Pupillen, in diesem aber dem Vater die Erbschaftsantritung nachtheilig sey, dies kann sie aber nicht seyn, wenn der Erbe wirklich mündig, und sui iuris ist<sup>29)</sup>. Der Irrthum betrifft also hier, wie Pomponius in unserm Text sagt, causam alterius. Hieraus erklärt sich zugleich, wenn Ulpian sagt L. 34. pr. D. de acquir. vel omitt. hereditate. Cur autem, si suam ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest, illa ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat: qui de sua, de testamento certus est. Ist also der Erbe wegen der Testamentsfähigkeit des Erblassers in Ungewißheit, so betrifft sein Irrthum das

29) DONELLUS Commentarior. de iure civili Lib. VII. Cap. 6.  
§. Ex hac conditione.

ius delatae hereditatis, darum kann er in dieser Ungewissheit die Erbschaft nicht antreten. Doch konnte zuweilen auch im letztern Falle, wo der Erbe de sua conditione im Irrthum sich befand, die Untretung wegen dieses Irrthums wirkungslos seyn, wenn derjenige, welcher sich aus Irrthum für einen filiusfamilias hielt, die Erbschaft auf Befehl seines Vaters antrat. Diesen Fall hat Ulpian libro VI. ad Sabinum <sup>30)</sup>: Si is, qui putabat se filiumfamilias, patris iussu adierit: eum neque sibi, neque ei, qui iussit, quaesisse hereditatem constat. Natürlich müssen wir uns hier das Recht denken, was zu Ulpians Zeiten galt, wo der Grundsatz noch herrschend war, daß ein filiusfamilias nichts Eignes haben könne <sup>31)</sup>). Hatte nun der Erbe als vermeintlicher Haussohn die Erbschaft auf Befehl seines Vaters angetreten, so wollte er ja nicht sich, sondern seinem Vater die Erbschaft erwerben, seinem Vater konnte er sie aber nicht erwerben, weil er wirklich nicht mehr in desselben Gewalt war <sup>32)</sup>). Nach dem neuern Rechte würde der Irrthum dem Erben nicht nachtheilig seyn, wenn er auch als vermeintlicher Haussohn die Erbschaft mit Einwilligung seines Vaters angetreten hätte, weil er die Erbschaft durch die Untretung sich selbst erwirbt. War der Erbe zwar wegen seines persönlichen Rechtszustandes in Ungewissheit, er hatte aber doch die Erbschaft ohne den Befehl des Vaters angetreten, so zweifelt auch Ulpian nicht, daß er die Erbschaft gültig angetreten habe;

30) L. 6. §. 4. D. de acquir. vel omitt. heredit.

31) ULPIAN. Fragm. Tit. XX. §. 10.

32) L. 50. D. de acquir. vel amitt. possess. FINESTRE  
Praelect. Cervar. P. II. Cap. 8. §. 10.

wie die nachfolgenden Worte des Ulpianus zu erkennen geben. Nam eum, qui dubitat, utrum filiusfamilias an paterfamilias morte patris factus sit, posse adire hereditatem, magis admittit. Ulpian bezieht sich hier auf Julian, welcher in seinen Digesten hauptete, daß auch sogar in dem Falle, da der Vater den Befehl zur Antretung der Erbschaft ertheilt hat, der Sohn die Erbschaft sich erwerbe, wenn der Vater unterdessen gestorben ist, und der Sohn die Erbschaft erst nach dem Tode des Vaters angetreten hat. Es setzt dies aber freylich voraus, daß der Sohn von dem erfolgten Tode des Vaters Wissenschaft gehabt habe, denn jetzt erst kann man annehmen, der Sohn habe nicht auf Befehl seines Vaters, sondern aus eignem Willen die Erbschaft angetreten. Diesen Willen, die Erbschaft sich zu erwerben, gab aber auch der Sohn in dem Falle zu erkennen, wenn er bey Lebzeiten des Vaters, ohne gewiß zu wissen, daß er *sui iuris* sey, die Erbschaft ohne Geheiß des Vaters antrat<sup>33)</sup>.

Noch ein anderes Beispiel, wo die Unwissenheit des Erben die Handlung eines Dritten betrifft, und die Erwerbung der Erbschaft nicht hindert, wenn sie auch auf seine Erbfähigkeit Einfluß hat, giebt Paulus *Libro II. ad Plautium*<sup>34)</sup>: *De eo, qui heres institutus ab aliquo, dubitat, an libertas ei ex testamento domini obtigerit, cum nesciat conditionem libertatis extitisse, vel hereditatem aditam, an adeundo heres fiat videndum?* JULIANUS hunc diceret fieri heredem. Der hier eingesetzte Erbe war eines Andern

33) L. 59. *D. de hered. instit.* FINESTRES Praelect. Cervariens. P. II. Cap. 8. §. 11.

34) L. 74. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. hered.*

Sklave gewesen. Sein Herr hatte ihm aber in seinem Testamente die Freyheit gegeben. Er wußte aber nicht, daß die Bedingung der Freyheit erfüllt, oder die Erbschaft von dem Erben seines vormaligen Herrn angetreten, mit hin seine Freyheit schon gegründet war. In dieser Ungewißheit über seinen Zustand tritt er dennoch die ihm aus dem Testamente eines Dritten angefallene Erbschaft an. Es fragte sich also, ob er durch die Antretung Erbe geworden sei? Ueber das, was zum ius heredis in Unsehung der ihm angefallenen Erbschaft gehörte, waltete keine Ungewißheit ob; also, mit unserm Pomponius zu sprechen, *de iure suo non ignorabat*. Die Ungewißheit betraf causam et factum alterius. Diese hinderte ihn an der Antretung nicht. Mit Recht sagte daher Julian, er sei Erbe geworden<sup>35)</sup>). So, dünkt mir, ist Pomponius im Zusammenhange mit den übrigen aus libro III. ad Sabinum entnommenen Stellen, und in Verbindung mit den angeführten Stellen aus Ulpian und Paulus zu erklären. Cujaz<sup>36)</sup> erklärt unser Fragment von der ignorantia facti, welche von zweyerley Art ist, alieni und proprii. Er findet darin den Unterschied, daß eine ignorantia facti alieni eher zu entschuldigen sei, als eine ignorantia facti proprii. Von letzter versteht er die Worte, *de iure suo ignorat*. Z. B. es weiß jemand nicht, daß er emancipirt sei. Allein so wie die Manumission, wenn sie im Testamente geschehen ist, wie im Falle

35) S. Westphal's syst. Commentar. über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annahmung und Ablehnung der Erbschaft. §. 187.

36) Commentar. in hunc Tit. ad L. nostr. 3. Oper. T. IV. P. I. pag. 950.

der L. 74. §. 4. D. *de acquir. vel omitt. heredit.* dem Manumittirten wohl unbekannt seyn kann, und diese Unwissenheit unstreitig eine ignorantia facti alieni ist, so kann es auch die Emancipation seyn, wenn sie in der Abwesenheit des Haussohns durch Rescript geschehen war, welches man die Anastasianische nennt, weil bey derselben die Einwilligung des Sohns nicht ante preces oblatas nöthig war, sondern auch noch nachher, auch vor einem andern Richter, als bey welchem das Rescript ist insinuirt worden, erklärt werden konnte<sup>37)</sup>. Da jedoch der ursprüngliche Sinn eines Fragments in den Pandecten nicht immer mit dem Sinne übereinstimmt, den die Verfasser der Pandecten demselben in seiner gegenwärtigen Stellung untergelegt haben, wie ich schon bey einer andern Gelegenheit<sup>38)</sup> bemerkt habe; so kann allerdings das Fragment des Pomponius von der zweysachen ignorantia facti mit Euiaz, mit dem auch Boet<sup>39)</sup> übereinstimmt, erklärt werden, und dann hat es wohl keinen Zweifel, daß eine ignorantia facti proprii nicht so leicht Entschuldigung verdient, weil ein Feder gewiß wissen muß, was er gethan oder nicht gethan hat. Sie ist daher gewöhnlich selbst verschuldet, und verräth entweder die äußerste Gedankenlosigkeit und Zerstreutung bey seinen Handlungen, oder ist Betrug und Affectation, und in der Regel nicht zu vermuthen<sup>40)</sup>. Es kann indessen Fälle geben, wo die

37) L. 5. Cod. *de emancipat.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 159.

38) S. den 1. Th. dieses Commentars. §. 35. S. 251. Met. 38.

39) Commentar. ad Pand. h. t. §. 7.

40) L. 6. et 7. D. *ad SCtum Vellejan.*

Unwissenheit eigener Handlungen zur Entschuldigung gereicht, wenn damit keine grobe Nachlässigkeit verbunden, vielmehr solche durch wahrscheinliche Gründe unterstüzt ist<sup>41)</sup>). Dahin gehört, wenn natürliche Schwäche des Gedächtnisses, hohes Alter, oder Krankheit und erlittener Unfall, wodurch man sein Gedächtniß verloren hat, oder wenn eine lange Reihe von Jahren, seit denen etwas geschehen ist<sup>42)</sup>, Ursache sind, daß man sich seiner eignen Handlung nicht mehr erinnern kann, besonders wenn dabei eben keine merkwürdige, einen bleibenden Eindruck machende Umstände, vorgefallen seyn sollten<sup>43)</sup>). Ueberhaupt aber ist die ignorantia facti proprii auch dann immer unschädlich, wenn es dem Verlust von Besitz und Eigenthum gilt, so lang noch kein Dritter Besitz ergriffen und die Sache usucapirt hat<sup>44)</sup>; oder wenn ein Anderer sich auf eine widerrechtliche Art mit dem Schaden des Irrrenden zu bereichern sucht, in welchem Halle dem Irrrenden die condictio indebiti gestattet wird. Ein Beispiel giebt Pomponius libro II. ad Sabinum<sup>45)</sup>: Sed et si me putem Tibi aut Titio promisisse, cum aut neutrum factum sit,

41) Christ. Lud. CRELL Diss. de ignorantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1741. und Joh. Christ. von Duffort rechtliche Bemerkungen; 1. Th. Bemerk. 70.

42) Z. B. es ist schon vor zehn oder mehreren Jahren geschehen. CRELL cit. Diss. §. 8.

43) Arg. Cap. 52. X. de sentent. excommunicat.

44) L. 15. §. 2. D. de contrah. emt. L. 44. pr. D. de acquir. vel omitt. poss. L. 55. D. de acquir. rer. dom. Vobt h. t. §. 7.

45) L. 22. D. de condic. indeb.

aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solvero, repetere a Titio potero.

Auf gleiche Weise entschuldiget auch nicht immer die Unwissenheit fremder Handlungen, wenn von solchen That-sachen die Rede ist, die man wissen konnte und mußte, mithin dem Unwissenden leichtsinnige Unachtsamkeit zur Last fällt. Pomponius fügt daher in unserm Fragment noch die allgemeine Bemerkung hinzu: *ignorantiam ita accipiendam non desperditi et nimium securi hominis.* Das diese Worte blos auf den factischen Irrthum zu beziehen sind, lehren die Basiliken<sup>46)</sup>, welche gerade nur diese letzten Worte unsers Fragments bey behalten haben: Τὴν τοῦ φάκτου ἀγνοιαν, τοῦ ἀπολλυμένου, καὶ τοῦ λιαν αμελοῦς, ὃν προσδεχόμεθα. Eben so wenig ist auch wohl einigem Zweifel unterworfen, daß die angeführten Worte auf jede factische Unwissenheit gehen, sie seien eine Unwissenheit eigener oder fremder Handlungen<sup>47)</sup>. Auch erstere wird verziehen, wenn sie auf wahrscheinlichen Gründen beruht<sup>48)</sup>, so wie letztere dagegen zur Schuld gerechnet wird, wenn sie eine ganz unverzeihliche Sorglosigkeit verräth<sup>49)</sup>. Denn da in diesem Titel von den rechtlichen Folgen des factischen und Rechtsirrthums nur in Beziehung auf solche Nachtheile gehandelt wird, welche den

46) Tom I. pag. 95.

47) VORI Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

48) Werden solche wahrscheinliche Gründe bescheinigt, so kann auf den Erfüllungsbild erkannt werden. S. CRELL Diss. cit. §. 11.

49) CUSACIUS Comm. ad h. L. nostr. Tom. IV. P. I. Oper. pag. 954.

Irrrenden unmittelbar treffen würden, nicht aber in sofern von der Verbindlichkeit, den einem Andern verursachten Schaden zu erstatten, die Rede ist. So wird hier dem Irrrenden nur ein so hoher Grad der Unachtsamkeit zur Last gelegt, wie sie nicht leicht bey einem Menschen, der auch nur mittelmäßige Aufmerksamkeit auf seine Angelegenheiten zu verwenden pflegt, angetroffen werden dürfte<sup>50)</sup>). Eine solche sorglose Vergeessenheit, und träge Unachtsamkeit, die sich um gar nichts bekümmert, und daher da, wo das Wissen überhaupt Pflicht ist, rechtlich nicht berücksichtigt werden kann, verräth unstreitig der error facti proprii, in sofern er durch keine wahrscheinliche Gründe unterstützt ist, weil billig von jedem Bekanntschaft mit seinen eigenen Angelegenheiten erwartet wird. Und so verzeihlich auch das Nichtwissen fremder Handlungen ist<sup>51)</sup>); so wird doch auch bey der ignorantia facti alieni vorausgesetzt, daß ihr keine grobe Nachlässigkeit zum Vorwurf gereiche<sup>52)</sup>). Eine solche Nachlässigkeit würde, wie sie Paulus<sup>53)</sup> sehr treffend schildert, das Nichtwissen desjenigen seyn, was alle wissen, und dieses gränzt beynahc an den Dolus<sup>54)</sup>).

L. 4. IDEM (POMPONIUS) *Libro III. ad Sabinum.*

50) Mühlendruck angef. Abh. §. 4.

51) *L. ult. §. 1. in fin. D. pro suo. L. 42. D. de div. reg. iuris.*

52) *L. 5. pr. D. de SCto Macedon. L. 15. §. 1. D. de contrah. emt. L. 55. D. de aedilit. Edicto. L. 1. §. 17. D. de separationib.*

53) *L. 9. §. 2. D. h. t.*

54) *L. 52. D. Depositū.*

Iuris ignorantiam<sup>55)</sup> in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat.

Pomponius zeigt hier die Verschiedenheit des factischen und Rechtsirrthums in Beziehung auf Usucaption. Der gute Glaube des Besitzers einer fremden Sache, der sich aus irgend einem juristischen Grunde für den Eigentümer hält, diese bekanntlich wesentliche Bedingung der Usucaption, beruhet, nach seiner inneren Natur, d. h. nach den Eigenschaften, die zur Begründung seines Daseyns in der Gesinnung des Besitzers gefordert werden, unstreitig auf einer unrichtigen Vorstellung von der Beschaffenheit seiner Lage, die er sich vortheilhafter denkt, als sie wirklich ist. Dieser Irrthum, in welchem sich der reale Besitzer bey der Usucaption befindet, kann nun entweder auf einer Unbekanntheit mit Rechtsgrundzügen beruhen (*error iuris*), oder er kann Thatumstände betreffen, die mit dem Rechte in Beziehung stehen (*error facti*). Jener kommt dem Besitzer zur Begründung einer Usucaption nie zu Statten. Dies lehrt auch Paulus *libro XXXII. ad Sabinum*<sup>56)</sup>, wo er sagt: *Nunquam in usucacionibus iuris error possessori prodest.* Paulus führt dabei aus Proculus ein Beispiel an, wenn man bey Schließung eines Rechtsgeschäfts mit einem Pupillen aus Irrthum nur beym Anfange desselben, ehe es noch zur Reife gediehen war, den Tutor zuzog, oder erst lange nachher seine Einwilligung nachbrachte: hier findet keine Usucaption statt, *quia iuris error est.* Noch ein ähnliches Beispiel führt

55) *Cod. Erlang.* ignorantia. Eben so Halaander, Eballeon, Miräus, Merlin und Baudoza.

56) *L. 51. pr. D. de usurpat. et usucap.*

Paulus libro *LIV. ad Edictum*<sup>57)</sup> an, wenn jemand von einem Pupillen etwas kauft, ohne alle Auctorität seines Tutors, weil ihm dieses gesetzliche Erforderniß unbekannt ist, nicht aber weil er glaubt, daß sein Verkäufer mindig sei, und nicht mehr unter der Vormundschaft stehe, der kann die Sache nicht usucapiren, wenn dem Pupillen selbst das Eigenthum daran nicht zustand. Er führt den nämlichen Grund an: *quia iuris error nulli prodest*, d. h. weil der Rechtsirrthum nicht zur Entschuldigung gereicht, wenn es um Erlangung eines Rechts oder Vortheils zu thun ist. Pomponius hingegen macht keine richtige Anwendung von dem hier vorgetragenen Rechtsgrundsatze, wenn er denselben libro *XXXII. ad Sabinum*<sup>58)</sup> zu einem Entscheidungsgrunde gebraucht, wo dieser vielmehr in dem Mangel eines wesentlichen Usucapionserfordernisses liegt. *Si quis id, quod possidet, sagt er, non putat, sibi per leges licere usucapere: dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucaptionem: vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio.* Der Besitzer, welcher in der Meinung steht, als ob er aus dem Grunde eines gesetzlichen Verbots nicht usucapiren könne, ist zwar allerdings in einem Rechtsirrthum befangen, indem er ein gesetzliches Usucapionsverbot voraussetzt, wo es nicht vorhanden ist; allein der Hauptgrund, warum er nicht usucapiren kann, liegt vielmehr darin, weil er nicht in gutem Glauben ist, indem er sich nicht bestimmt für den Eigenthümer hält, sondern vielmehr seine Lage für eine solche ansieht, worin er der Usucaption

57) L. 2. §. 15. *D. pro emtore.*

58) L. 32. §. 1. *D. de Usurpat. et usurpat.*

bedürfe. Besindet sich blos der Veräußerer einer fremden Sache in einem Rechtsirrthume, der Erwerber aber nicht, so wird dadurch die Usucaption nicht gehindert. Z. B. der Usufructuar hat sich das Sklavenkind zugeeignet, welches von der ancilla usufructuaria geboren worden ist, weil er meinte, es gehöre zum fructus, wie die Jungen der Thiere<sup>59)</sup>. Eine solche Zueignung kann nicht als eine Entwendung angesehen werden, weil der Rechtsirrthum die Absicht der Veruntreuung ausschließt<sup>60)</sup>. Hat er also das Sklavenkind verkauft oder verschenkt, so kann es der Dritte usucapiren<sup>61)</sup>.

Beruht hingegen der Irrthum des redlichen Besitzers auf einer Unbekanntschaft solcher Thatumstände, die auf das Recht Beziehung haben, so überhebt ihn der gute Glaube nicht blos der Nachtheile seines Zustandes, sondern gewährt ihm auch das Recht der Usucaption, ja sogar die Vortheile des wahren Eigenthümers, so lange sich dieser nicht gemeldet hat; und ihm sonst nicht die Gesetze entgegenstehen<sup>62)</sup>. Ein solcher factischer Irrthum, welcher bey

59) *L. 36. D. de usurpat. et usucap.* CAJUS lib. II. *Re- rum quotidianar.* Potest pluribus modis accidere ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tanquam suam vendat forte aut donet, et ob id a bonae fidei pos- sessore res usucapi possit. Veluti — si is, ad quem ususfructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et foetus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit.

60) *L. 57. pr. D. eodem.*

61) §. 5. *I. de Usucap.*

62) *L. 136. D. de Reg. iur.* PAULUS libro XVIII. ad *Edictum.* Bona tides tantundem possidenti praestat,

der Usucaption dem Besitzer als guter Glaube angerechnet wird, kann sich a) auf das Verhältniß des Auctors zur Sache beziehen. Dahin gehört, wenn er seinen Auctor für den Eigenthümer, oder sonst für eine zur Veräußerung berechtigte Person, z. B. für den Tutor oder Procurator des Eigenthümers hielt <sup>63)</sup>; oder wenn er nicht wußte, daß derjenige, mit welchem er sich in das Geschäft einließ, noch Pupill sey, und deswegen ohne Beystand des Tutors das Geschäft mit ihm schloß <sup>64)</sup>; oder

- quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.  
Zur Erläuterung dieser Regel dienen, §. 55. *I. de rer. divis. L. 11. et 28. D. de noxal. act. L. 48. pr. D. de acquir. rer. domino.* Beispiele der bengesfügten Limitation enthalten *L. 1. §. 1. et 2. D. de SCt. Silan. L. 1. §. 1. D. de servo corrupto. L. 2. §. 1. D. de religiosis. L. 13. §. 9. D. de damno infecto. L. 24. D. de Usucap. §. 2. et 3. I. de Usucap.* S. Jac. GOTTHOFREDI Commentar. in Tit. Pand. de reg. iur. ad L. 156. *D. de reg. iur.*

### 63) *L. 109. D. de Verbor. Signif.*

- 64) *L. 2. §. 15. D. pro emtore.* PAULUS libro *LIV. ad Edictum.* Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus, usucaptionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione. Die letzteren Worte enthalten nur dadurch einen vernünftigen Sinn, wenn sie von einem solchen Falle verstanden werden, da von dem Pupillen eine ihm nicht gehörige Sache veräußert worden ist, weil Sachen eines Pupillen, wie hier Paulus als ganz bekannt voraussetzte, kein Gegenstand der Usucaption seyn können. Da also die Sache in der That kein Pupillengut war, welche der Käufer gleichwohl für das Eigenthum des Verkäufers hielt, so konnte sein Erthum den guten Glauben aller-

wenn er seinen Auctor für einen vernünftigen Menschen hielt, der doch des Vernunftgebrauchs beraubt war<sup>65)</sup>; oder wenn er nicht wußte, daß seinem Auctor die Veräußerung aus einem besondern Grunde von dem Richter untersagt war, dem er gleichwohl das Veräußerungsrecht zutraute<sup>66)</sup>. Der Irrthum kann sich b) auf den Titel des Besitzers beziehen. Ein solcher Irrthum kann vorkommen, wenn der Besitzer einen andern Titel zu haben glaubt, als aus welchem er wirklich besitzt<sup>67)</sup>; oder wenn er aus einem hinlänglichen Grunde einen gerechten Titel zu haben glaubt, obgleich kein wirklicher Titel vorhanden ist<sup>68)</sup>; oder wenn er aus einem gerechten Titel zu be-

dingt begründen. CUSACIUS Observat. L. XXIV. c. 14.  
Unterholzner's Lehre von der Verjährung. §. 20;  
Nr. 2. S. 152. f.

- 65) L. 2. §. 16. *D. pro emtore.* Die Usucaption ist aber hier keine pro emtore, sondern pro suo. S. Unterholzner §. 27. Not. g. S. 200.
- 66) Ein Anders ist es, wenn er von einem gerichtlich erklärtten Verschwender, oder von dem, welchem als einen suspectus heres die Veräußerung erbschaftlicher Sachen untersagt war, wissenschaftlich fauste. L. 12. *D. de usurpat. et usucap.* L. 7. §. 5. *D. pro emtore.* L. 26. *D. de contrah. emt.*
- 67) L. 31. §. 6. *D. de usurpat.* PAULUS libro XXXII. ad Edictum. Si defunctus emit, heres autem putat, eum ex donationis causa possedisse, usu eum capturum, JULIANUS ait.
- 68) L. 5. §. 1. *D. Pro suo.* NERATIUS libro V. Membranarum. Si id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio: quod tamen ita interpretandum est, ut proba-

figen glaubt, während des Geschäft, wodurch er die Sache an sich brachte, ungültig ist, vorausgesetzt, daß dieser Irrthum durch factische Voraussetzungen herbengeführt ward; z. B. wenn man von einem Wahnsinnigen, den man für mächtig des Vernunftgebrauchs hielt, eine Sache kaufte<sup>69)</sup>. Der factische Irrthum des Besitzers kann sich endlich c.) auch auf das Daseyn eines Usucaptionshindernisses beziehen. Hier kommt es darauf an, ob der Irrthum ein solches Hinderniß betrifft, welches vermöge einer allgemeinen gesetzlichen Prohibition der Usucaption entgegensteht, oder nicht, sondern der Besitzer glaubt nur irrigerweise an das Fortbestehen eines speciellen Verhältnisses, welches die Usucaption nicht für immer, sondern nur für jetzt hindern würde. In dem ersten Fall kann dem Besitzer sein Irrthum nicht als guter Glaube angerechnet werden<sup>70)</sup>; es wird sogar die irrite Voraussetzung eines solchen Hinder-

bilis error possidentis usucaptioni non obstet, velut si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. — L. 11. pr. D. pro emtore. AFRICANUS libro VII. Quaestionum. Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere: hactenus verum esse ait, si nullam iustum causam eius erroris emtor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur.

69) L. a. §. 16. D. pro emtore.

70) L. 24. pr. D. de Usurpat. POMPONIUS lib. XXIV. ad Q. Mucium. Ubi lex inhibet usucaptionem, bona fides possidenti nihil prodest.

mifses, da wo es sich wirklich nicht vorfindet, „als böser Glaube angesehen“<sup>71)</sup>). In dem letzten Falle hingegen wird der gute Glaube durch einen solchen Irrthum nicht gefährdet. Es kann daher Usucaption ohne Zweifel Statt finden, wenn der Besitzer, der das Geschäft unter einer Suspensiv-Bedingung schloß, nach der Tradition die schon eingetretene Bedingung für noch nicht eingetreten hält<sup>72)</sup>.

So wie nun der Rechtsirrthum wegen der vorausgesetzten Möglichkeit der nöthigen Rechtsbelehrung in der Regel keine Rechtsvortheile gewährt; so wird dagegen auch bey dem factischen Irrthume vorausgesetzt, daß wenn er dem Besitzer zur Begründung einer Usucaption als guter Glaube soll angerechnet werden können, derselbe keinen besondern Grad von Nachlässigkeit verrathen dürfe<sup>73)</sup>. Er

71) L. 52. §. 1. D. eodem.

72) L. 2. §. 2. D. pro emtore. PAULUS libro LIV. ad Edictum. *Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit. Idemque est, et si putet, conditionem extitisse, quae nondum extitit: similis est enim ei, qui putat se emissum. Contra si extitit, et ignoret, potest dici secundum SABINUM, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum.* S. Car. Aug. MOELLENTHIEL Ueber die Natur des guten Glaubens bey der Verjährung. Erlangen 1820. 8. §. 9.

73) DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. I. cap. 20. §. Non tamen. Sic et in usucapione volumus procedere usucaptionem ei, qui a pupillo emit sine tutoris auctoritate, si puberem putavit in facto errans. L. 2. §. 15. D. pro emtore. Hoc ita erit, nisi sapina ignorantia ei obiiciatur, quod cum vel ab ipso, vel a vicinis et

darf mithin keine solche Thatsache betreffen, die als allgemein bekannt billig vorausgesetzt werden kann, oder welche den Besitzer selbst angeht, weil eine ignorantia facti proprii in der Regel Niemanden zur Entschuldigung gereicht<sup>74)</sup>.

L. 5. TERENTIUS CLEMENS *Libro II. ad Legem Julianam et Papiam*<sup>75)</sup>.

Iniquissimum videtur, cuiquam scientiam alterius quam suam nocere: vel ignorantiam alterius alii profuturam<sup>76)</sup>.

Terentius Clemens, welcher unter den Kaisern Hadrian und Antoninus Pius einen Commentar in

propinquis de aetate eius cognoscere potuisset, non inquisiit, et se in eo errare passus est.

74) L. 7. §. 2. *D. Pro emtore.* In dieser Stelle ist die florentinische Leseart: *nihilominus* servum diutina possessione capere dem offensären Sinne der Worte zuwidder. Richtiger lesen *Haloander*, *Miräus*, *Chevallon*, *Merlin* und *Baudoga* *nihilo* *magis*. Letzterer bemerkt jedoch, daß wenn man das *nihilominus* durch nullo modo erkläre, wie es auch in der L. 15. §. 11. *Cod. de iudiciis* gebraucht werde, die florentinische Leseart beibehalten werde könne. S. UNTERHOLZNER Lehre von der Verjährung. §. 26. not. k. pag. 180. und MÖLLENTHEIL Ueber die Natur des gut. Glaubens §. 9. not. 100.

75) Im Cod. Erlang. folgt dieses Fragment erst nach L. 6. und hat die Inscription *Idem*. Die voranstehende L. 6. aber hat die ganz unrichtige Inscription *Herennius Clemens*. Chevalon hat statt *Terentius Clemens* die eben so unrichtige Inscription *Neratius*.

76) Haloander liest hier: *vel ignorantiam alterius prodesse*. Bey *Miräus* fehlt *alterius*.

20. Büchern über die Lex Julia et Papia Poppaea schrieb, handelte im zweyten Buche desselben, aus welchem unser Fragment genommen ist, von den Strafen der gegen das Verbot dieses Gesetzes eingegangenen Ehen, z. B. wenn ein Senator eine libertina geheyrathet hatte<sup>77)</sup>. Das Kapitel, welches Clemens in dem zweyten Buche seines Commentars erklärte, lautete, wie solches Heinecius<sup>78)</sup> wieder hergestellet hat, folgendermassen: *Si qui scientes, DOLO MALO, adversus hanc legem coierint: nec vir, nec uxor, nec sacer socrusve, nec gener natusve intelliguntur: liberi quae sibi native legitimi et sui heredes ne sunt, neve parentibus prosunto: neve hereditatem, quae eis lege obvenerit, legatumve ipsi conjuges, neque inter se quidquam capiunto: mortuaque muliere dos caduca esto<sup>79)</sup>.* Da das Gesetz, wenn die hier bestimmten Strafen Statt haben sollen, von beyden Seiten Bewusstseyn der Gesetzwidrigkeit der eingegangenen Ehe voraussetzt; so konnte allerdings die Frage entstehen, ob, wenn nur einer von beyden Ehegatten dieses Bewusstseyn hatte, der andere aber die Ehe in dem guten Glauben ihrer Gesetzmässigkeit geschlossen hat, die Wissenschaft des Einen dem Andern schade, oder nicht vielmehr

77) Das Eheverbot der Lex Julia et Papia Poppaea wird aus PAULI libro I. ad Leg. Julianam et Papiam in der L. 44. pr. D. de ritu nuptiar. wörtlich angeführt.

78) Ad Legem Julianam et Pap. Poppaeam, Commentar. Lib. II. cap. 6. §. 1. pag. 188.

79) Em. MERILLIUS Observation. Lib. V. cap. 11. bemerkt, daß die Pönal-Sanction des §. 12. I. de nupt. größtentheils aus der Lex Papia Poppaea genommen sey.

die Unwissenheit des Einem auch dem Andern zu-statten komme? Diese Frage entscheidet nun hier Terentius Clemens dahin, daß es höchst unbillig seyn würde, wenn die Wissenschaft des Einen dem andern Nichtwissenden schaden<sup>80</sup>), oder die Unwissenheit des Einem dem andern Wissenden zum Vortheil gereichen sollte. Man sehe also, ein Senator habe eine libertina geheyrathet, welche er aus Irrthum für eine freygeborne Römische Bürgerin hielt. Hier war er zwar wegen seines Irrthums von der Strafe des Gesetzes frey, und durch den Beweis des Irrthums (*causae probatio*) ward die Ehe seiner Seits ein connubium, er hatte auch die väterliche Gewalt über die in dieser Ehe erzeugten Kinder<sup>81</sup>); allein seine Unwissenheit konnte der Frau, die ihren Zustand besser kannte, und

80) *Franc. RAMOS DEL MANZANO ad Leges Julianam et Papiam Commentar.* Lib. II. cap. 10. nr. 2. (in MEERMANNI *Thes. nov. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 150.) bemerkt hier, daß die Worte *scientiam alterius, quam suam*, einen den Röm. Rechtsgelehrten sehr gewöhnlichen Hellenismus enthalten, indem hier das Wort *potius* oder *magis* zu ergänzen sey, nämlich so: *scientiam alterius potius quam suam.* *Ant. AUGUSTINUS Emendation.* Lib. IV. cap. 8. führt eine Menge Beispiele an.

81) *ULPIANUS Fragm. Tit. VII. §. 4.* In potestate parentum sunt etiam hi liberi, quorum causa probata est per errorem contracto matrimonio inter disparres conditione personas. GAJUS handelt hiervon sehr ausführlich in den neu aufgefundenen Institutionen (GAJI *Institutionum Commentarii* IV. e codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis nunc primum editi. *Berolini* 1820. 8.) Lib. I. §. 66. sqq. in Beziehung auf die Lex Aelia Sentia. Man sehe auch Eduard Gans *Scholien zum Gajus.* Berlin 1821. S. 109. ff.

ihren Mann getäuscht hatte, die Rechte einer rechtmäßigen Ehefrau nicht verschaffen, noch sie von der Strafe des Gesetzes befreien <sup>82)</sup>). Ganz diesem Grundsatz gemäß, re-scribirte daher der Kaiser Antoninus Pius nach dem Zeugniß Marcians <sup>83)</sup>: Si libertina Senatorem deceperit, quasi ingenua, et ei nupta sit, ad exemplum praetoris Edicti, dandam in eam actionem, quia ex dote nullum lucrum habeat, quae nulla est.

Die Aufnahme der Regel des Terentius Clemens in diesem Titel beweist jedoch, daß ihre Unwendbarkeit von größerem Umfange sey, als daß sie mit Osius Aurelius <sup>84)</sup> blos auf die Lex Julia et Papia Poppaea zu beschränken sey. Dieses beweisen auch die Beispiele, wo von der Regel unsers Terentius Clemens Gebrauch gemacht wird. So verordnet z. B. der Prätor in seinem Edict <sup>85)</sup>: Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet, priusquam de ea familia quaestio ex Senatusconsulto habita, suppliciumque de noxiis sumptum fuerit. Hat nun einer unter mehreren Miterben ohne Wissen und Willen der übrigen gegen diese Vorschrift gehandelt, so kann dessen Schuld,

82) S. HEINECCIUS ad L. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 1. §. 5. pag. 117. et Lib. II. cap. 6. §. 2. pag. 189.

83) L. 58. D. de ritu nuptiar.

84) De variantib. Cujacii interpretationib. in libris Digestor. Dispunctiones. Disp. XLIII. (in Thes. iuris Rom. Ottonian. Tom. III. pag. 797.)

85) L. 5. §. 18. D. de SCto Silaniano.

den Unwissenden, die dabei außer Schuld sind, so wenig zum Nachtheil gereichen, als deren Unschuld dem Schuldigen zu statthen kommen kann. Der Fiscus wird daher den Erbtheil des Schuldigen einziehen, während die übrigen ihre Erbantheile erhalten<sup>86)</sup>). Ferner wenn der Vater weiß, daß seinem Sohne die bonorum possessio deferirt seyn, der Sohn selbst aber weiß es nicht, so schadet die Wissenschaft des Vaters dem unwissenden Sohne nicht<sup>87)</sup>. Dem Vater wird zwar die Bittfrist verrinnen, aber nicht dem Sohne, welches in dem Falle in Betrachtung kommt, da der Vater die bonorum possessionem für sich suchen kann, z. B. weil der Sohn noch infans ist<sup>88)</sup>. Wenn hingegen der Vater abwesend ist, und der Sohn, der allein wußte, daß ihm die bonorum possessio deferirt seyn, unterließ, den Vater davon zu benachrichtigen, so wird er nachher, wenn die Zeit abgelaufen ist, den Vater vergeblich um seine Genehmigung wegen der geschehenen Agnition bitten<sup>89)</sup>. Die Unwissenheit des Vaters kann hier dem Sohn nicht zu statthen kommen. Der Sohn ist hier die Hauptperson, ihm wird die bonorum possessio deferirt. Der Hauptperson kann keines Andern Wissenschaft schaden, aber auch keines Andern Unwissenheit zum Vortheil ge-

86) *L. ult. D. eodem.*

87) *L. 3. D. Quis ordo in possession. servet. PAULUS libro XLIV. ad Edictum.* Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignorantis filio non nocet.

88) *L. 7. §. 1. et 2. D. de bonor. possess.* ULPIANUS libro I. ad Sabinam. — Tutor pupillo, et pater infantis filio bonorum possessionem petere possunt. Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet.

89) *L. 5. pr. et §. 1. D. Quis ordo in possession.*

reichen. Noch ein Beyspiel giebt Ulpian *libro 55. ad Edictum*<sup>90)</sup>. Der Prätor gab bekanntlich eine actio in duplum gegen einen freien Menschen, der sich betrügerisch als Sklaven hatte verkaufen lassen<sup>91)</sup>, wenn der Käufer nicht darum wußte. Hatten nun mehrere gekauft, und der Eine hat es gewußt, daß der Gekaufte ein freier Mensch sey, der Andere nicht, so konnte nur der letzte die actio in factum anstellen, der erste nicht; *nec alterius scientia alteri nocebit, vel ignorantia proderit*. Ich übergehe andere Beyspiele, dergleichen Franz Ramos del Manzano<sup>92)</sup> noch mehrere angeführt hat, und bemerke nur noch, daß den Erben ihre eigene Wissenschaft nicht schadet, so wie ihnen aber auch ihre Unwissenheit nichts hilft, es kommt also hier blos auf das Wissen oder Nichtwissen des Erblassers an<sup>93)</sup>. Inwiefern die Wissenschaft oder Unwissenheit des Stellvertreters demjenigen schade oder nütze, für welchen er handelt, entscheidet Ulpian *libro VI. Fideicommissorum*<sup>94)</sup>. Si servus, cum emerit, scit, ignoravit autem dominus, vel contra; videndum est, cuius potius spectanda sit scientia? Et magis est, ut scientia inspicienda sit eius, qui comparavit, non eius, cui acquiretur: et ideo poena litigiosi competit; sic tamen, si non mandatu do-

90) *L. 22. §. 2. D. de liberali causa.*

91) *L. 14. L. 18. L. 19. L. 20. L. 21. D. eodem. Ge. D'ARNAUD Diss. de his, qui pretii participandi causa sese venumdari patiuntur. Cap. 2.*

92) Cit. loc. Cap. 10. et Cap. 11. Man sehe auch Cujacius Commentar. in h. Tit. Pand. ad L. 5.

93) *L. 22. §. 4. D. de liberali causa.*

94) *L. 2. D. de litigiosis.*

mini emit: nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet; et ita JULIANUS in re litigiosa scribit. Ich habe das von schon an einem andern Orte<sup>95)</sup> gehandelt.

Die Scholien der Basiliken<sup>96)</sup> enthalten übrigens zur Erläuterung unsers Fragments wenig. Sie führen folgendes Beispiel an. Λποθανών τις ἔλιπε δύο ἀδελφόντ, ο μὲν ἐμαθε τὸν ἀυτοῦ δάνατον, ο δὲ δυκ ἐμαθεν ἀπελιμπάνετο γάρ· ή τοῦ ἐνὸς τοινον ἐιδησις τὸν ἄλλον δυ βλάπτει· καὶ ή τοῦ ἐτέρου ἄγνοια τὸν ἐτέρον δυκ ὠφελεῖ. i. e. Quidam decebens duos fratres reliquit: et alter quidem mortem illius scivit, alter ignoravit, namque aberat. Alterius igitur scientia alteri non nocet, et alterius ignorantia alteri non prodest.

#### L. 6. ULPIANUS<sup>97)</sup> Libro octavo decimo ad Legem Julianam et Papiam.

Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis: ut<sup>98)</sup> nec scrupulosa inquisitio exi-

95) S. den 20. Th. dieses Commentars. §. 1108. S. 51. ff.

96) Tom. I. pag. 99. Schol. f.

97) Cod. Erl. hat hier die offenbar unrichtige Inscription Herennius Clemens.

98) Das ut ist in der Russardischen und Chardonaischen Ausgabe durch folgende Einschließung ||ut|| verdeckt gemacht. Miranus, Merlin und die Pariser Prachtausgabe von 1576. f. haben es ohne Auszeichnung. Hingegen fehlt es ganz bey Haloander, Chevalier, und Bauboga. Auch Cod. Erlang. hat das ut nicht.

genda. Scientia enim hoc modo aestimanda <sup>99)</sup> est, ut neque neglegentia <sup>100)</sup> crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur <sup>1).</sup>

Auch Ulpian hatte hier, wie Pomponius in dem vorigen Fragment, die *Lex Julia et Papia Poppaea* vor Augen, worüber er commentirte, vielleicht auch, wie Donellus <sup>2)</sup> dafür hält, daß nämliche Kapitel, welches von den Strafen gesetzwidriger Ehen handelt, obwohl Franz Ramos del Manzano <sup>3)</sup> es nach der Ordnung der Bücher und den Worten des Textes für wahrscheinlicher hält, daß unser Fragment zu denjenigen Kapiteln der *Lex Julia et Papia* gehöre, welche *de poenis caelibum et orborum* gehandelt haben. Denn daß Ulpian libro XXIII. ad Legem Julianam et Papiam davon gesprochen habe, sei aus der Vergleichung anderer aus demselben Buche entlehnten Fragmenten <sup>4)</sup> zu schließen. Es kann

99) Cod. Erl. extimanda.

100) Ausser der Florentine, lesen alle übrige Ausgaben, auch Cod. Erlang. negligentia.

1) **BASILICA** Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Const. 6. Επὶ τῆς ἀγνοίας τοῦ φάκτου δύτε τὴν ἀγαν ἀκριβειαν καὶ ἐπιμέλειαν ἀπαιτούμεν, ὅντε τὴν μεγάλην ῥαδυμίαν προσδεχομέδα.

2) Commentarior. de iure civ. Lib. I. Cap. 20. §. Non tamen. Eben dieser Meinung ist auch HEINRICCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 6. §. 2.

3) Commentar. ad Leges Julianam et Papiam. Lib. II. cap. 11. nr. 8. (*Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 155.)

4) L. 83. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 16. D. de iure fisci.

uns jedoch jetzt sehr gleichgültig seyn, bey welcher Gelegenheit Ulpian diesen Satz ausgesprochen, genug jetzt gilt er als ein allgemeiner Rechtsatz für den factischen Irrthum. Soll also dieser Berücksichtigung verdienen, so darf er keine grobe Nachlässigkeit, noch sorglose Vergessenheit zum Grunde haben. Daß der Irrthum durch sorgfältiges Nachforschen hätte vermieden werden können, wird nicht erforderlich. Nur dann fällt er dem Irrrenden zur Last, wenn es ihm leicht möglich war, sich eine richtige Kenntniß von dem zu verschaffen, was er nicht wußte, aber doch wissen konnte und mußte. So wenig also die Gesetze grobe Sorglosigkeit und Unwissenheit dessen verzeihen, was alle wissen; eben so wenig erfordern sie eine mühsame Nachforschung (*scrupulosa inquisitio*). Wenn in unserm Fragment noch der Ausdruck gebraucht wird: *delatoria curiositas*, so bezieht sich dieses auf das Ausspüren der Römischen Delatoren. Es gab deren zweyerley Arten. Einige spürten Entdeckung begangener Verbrechen aus, um der Belohnung der Ankläger theilhaftig zu werden; andere spürten caduca aus, um sie dem Fiscus anzugezeigen<sup>5)</sup>. Da beyde sich den vierten Theil, jene von den confiscaen, letztere von den als Caduc angezeigten Gütern versprechen konnten, wovon sie den Namen der *Quadruplatorum* erhalten, so wandten sie freylich alle Sorgfalt auf die Entdeckung. Daher nennt Ulpian die mögliche Anstrengung etwas auszuspüren, und hinter die Wahrheit zu kommen, *delatoria curiositas*<sup>6)</sup>.

5) *S. Jo. Aug. Bach D. Trajanus. s. de Legg. Trajani Imp. Commentar. Lipsiae 1747. pag. 77. sqq. und HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Commentar. Lib. III. cap. 10.*

6) Die Glossa sagt: *Delatoria, id est, ea maxima dili-*

Zuweilen machen mir aber doch die Gesetze eine sorgfältige Nachforschung zur Pflicht, wenn ich nicht in Schaden gerathen will. Z. B. bey der *actio de in rem verso*<sup>7)</sup>, wie schon an einem andern Orte<sup>8)</sup> vorgekommen ist. So verbinden ferner die Gesetze den Kläger zur fleißigen Erforschung der Wahrheit, ehe er nach den Procesß anfängt, sofern ihm die Beweisführung obliegt<sup>9)</sup>.

Uebrigens gilt Ulpian's Regel für factische Unwissenheit sowohl bey Uebertretung von Strafgesetzen als in der bürgerlichen Rechtsphäre<sup>10)</sup>.

### L. 7. PAPINIANUS *Libro nonodecimo Quæstionum.*

gentia, quam hi habent, qui solliciti sunt semper inquirere de bonis vacantibus, ut ea possint deferre in fiscum.

7) L. 5. §. 9. D. *de in rem verso.*

8) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 916 S. 415.

9) L. 42. D. *de reg. iur.* Qui in alterius locum succidunt, iustum habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur: non etiam, si agat: nam plane, qui agit, certas esse debet: cum sit in potestate eius, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere. S. Weber Ueber die Prozeskosten, deren Vergütung und Compensation. §. 6b. S. 63. ff. und Borst Ueber die Erstattung der Prozeskosten, als Schadensersatz. §. 44. S. 139. f.

10) S. Kleinschrod's syst. Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des petnl. Rechts. 1. Th. §. 145. und Mühlendorff Ueber iuris und facti ignorantia §. 6. Im Archiv für die civ. Praxis. 2. B. S. 399. ff.

Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus: suum vero potentibus non nocet.

Wir müssen mit diesem Fragment wegen des genauen Zusammenhangs das Folgende verbinden.

L. 8. IDEM *libro primo Definitionum.*

Error facti ne<sup>11)</sup> maribus quidem in damnis vel compendiis obest: iuris autem error nec feminis in compendiis prodest: ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

Ueber den wahren Sinn der hier vom Papinian vorgetragenen Regel, haben die Ausleger sehr verschiedene Ansichten. Einige haben denselben blos aus den Wortbegriffen zu bestimmen gesucht, und geglaubt, es komme hier alles auf die richtige Erklärung der Ausdrücke nocere und non nocere, prodesse und non prodesse an. So Euiaz<sup>12)</sup> und Gerh. Noodt<sup>13)</sup>. Zener sagt, die angeführten Ausdrücke hätten hier eine zweyfache Bedeutung. Ignorantia facti prodest heiße, sie gewähre dem Irrenden Vortheile, z. B. wenn man sich darauf berufen kann, um eine Erbschaft zu erwerben, aber eine bonorum possessio zu erhalten, oder um eine fremde Sache zu usucapiren. Non nocet, wenn man mittelst Beru-

11) Cod. Erl. nec.

12) Observat. Lib. V. c. 39. Commentar. in hunc Tit. Dig. ad L. 7. et 8. (*Oper. a FABRO* editor. Tom. IV. P. I. pag. 934.) und am ausführlichsten in Commentar. in Libr. XIX. Quaestion. Papiniani ad L. 7. D. h. t. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 516. sqq.)

13) Commentar. ad Dig. h. t. §. Exposita. *Oper.* Tom. II. pag. 481. sq.

fung auf dieselbe einen Schaden oder Verminderung seines Vermögens abwenden kann. Diese Wirkung habe die Ignorantia facti ohne Unterschied bey Mannspersonen, wie bey Frauenspersonen. Eben so heiße: ignorantia iuris non prodest, wenn sie Niemanden zu statten kommt, um etwas zu erwerben und zu gewinnen, auch selbst den Frauenspersonen nicht. Wenn aber die Frage sey, an noceat? so werde der Ausdruck *nocere* in einer zweysachen Bedeutung genommen; es heiße sowohl in Schaden bringen, als einen Gewinn oder Vortheil entziehen; so wie auch das Wort *prodesse* zweyerley bedeute, einen Gewinn verschaffen und nicht schaden, d. h. keinen Schaden bringen. Wenn nun also die Frage entsteht, an ignorantia iuris noceat? so sey diese Frage mit Stein zu beantworten. Zwar sage Papinian: *ignorantium iuris nocere*, allein *nocere* heiße hier soviel, als *non prodesse*, und so müßten alle die Gesetzstellen<sup>14)</sup> verstanden werden, wo gesagt wird: *ignorantia iuris nocet*. Solchemnach habe also die Regel des Papinian folgenden Sinn: die Rechtsunwissenheit komme Reinem zu statten, welcher etwas erwerben will; sie schade aber nicht, wenn von Erhaltung und Verfolgung des Seinigen die Frage ist. Er bemerkt hierbey noch, daß der Ausdruck *ignorantia iuris* hier nicht sowohl Unkunde der Rechtswissenschaft, als vielmehr Unwissenheit des Rechts bedeute, welches alle kennen, die auch keine Rechtsgelehrten sind, nämlich des natürlichen Rechts, welches einen Jeden die Vernunft lehrt, und der allgemein und öffentlich zu Jedermanns Kenntniß bekannt gemacht.

14) *L. 11. §. ult. D. de his, qui not. infam. L. 29. §. 1. D. Mandati. L. 2. D. de confess. L. 2. Cod. de ius voc.*

Gesetze, deren Kenntniß sich also ein Jeder leicht, allenfalls durch Erkundigung bey Rechtsgelehrten, verschaffen kann. Eine solche Unwissenheit verrathe eine groÙe Nachlässigkeit, und entschuldige Niemanden, auch nicht Frauenspersonen, noch Minderjährige; noch andere völlig ungebildete Menschen, wenn schon das Naturrecht die Handlung als ein Verbrechen darstellt. Nur bey Vergehungen gegen das Civilrecht komme diesen Personen die Unwissenheit des Rechts zu Gute. Außer den Verbrechen hingegen, bey andern Geschäften des gemeinen Lebens, schade die Rechtsunwissenheit Niemanden. Sie gewähre aber auch keinen Gewinn. *Non prodest in lucro, non obest in damno.* Hätte ich also aus Rechtsunwissenheit eine Rechtschuld bezahlt, so könnte ich das Gezahlte nicht zurückfordern<sup>15)</sup>. Und mit Recht. Denn durch die Bezahlung der Rechtschuld habe ich mein Eigenthum verloren. Die Rechtsunwissenheit schützt zwar gegen die Gefahr, daß Seinige zu verlieren, und kommt in diesem Betracht nicht blos den Frauenspersonen, sondern allen zu statten<sup>16)</sup>. Das Suum sey auch nicht blos das, wovon man schon Eigentümer ist, sondern auch, worauf man ein Forderungsrecht hat. *Suum est vel proprietate vel obligatione.* Aber zum Erwerben helfe sie nichts. Sie verschaffe mir daher auch nicht wieder, was ich einmal verloren habe. Denn sonst würde ich dabei gewinnen, dies soll ich aber nicht. Jeder Erwerb einer fremden Sache sey hier Gewinn (lucrum), welcher auf einem lucrativen, also nicht auf einem belästigenden Grunde beruht, übrigens gleichviel, ob man nur wieder erwerben wolle, was man aus Rechtsunwissenheit

15) L. 10. Cod. h. t.

16) L. ult. Cod. h. t. L. ult. Cod. Qui potior. in pignore.

bereits verloren hat, oder ob man das, was man jetzt erwerben will, nie vorher gehabt habe. Nach diesem Begriff sey es also ganz consequent, wenn demjenigen, welcher aus einem Rechtsirrthum eine Nichtschuld bezahlt hat, das Zurückforderungsrecht abgesprochen werde. Denn da durch die Zahlung der Gegenstand derselben in das Vermögen des Empfängers übergegangen ist, so würde der Zurückfordernde eine Sache, die zwar sein Eigenthum war, aber jetzt eine fremde Sache ist, sine imperio ullo wieder erwerben wollen. Und nun folgt eine weitläufige Widerlegung des Accursius, welcher dafür hält, daß dem Irrrenden die conductio indebiti gegen den Empfänger, oder die actio mandati gegen denjenigen zustehe, für welchen er aus Irrthum Zahlung geleistet hat. Der Grund sei thörig, den Accursius gebrauche, nämlich damit derjenige keinen Schaden leide, der die Nichtschuld bezahlt hat. Qui enim solvit indebitum, erwiedert Cujaz, versatur in damnō, non damnum timet. Damnum enim iam ipse sibi attulit, solvendo indebitum, — igitur si vult sibi restitui solutum, lucrum captat non per cautionem futuri damni, quia non iam rem suam petit, sed alienam. Solutio species alienationis est. Zuletzt führt nun Cujaz noch drey Ausnahmen an, wo der Rechtsirrthum den Frauenspersonen auch bēym Erwerb nicht nachtheilig sey<sup>17)</sup>.

Ganz damit stimmt Noodt überein, wenn er sagt: Sensus Papiniani est, iuris errorem, neque mares neque foeminas commodo afficere; nam in lucris

17) L. 8. §. 2. D. Qui satisdare cog. L. 2. D. Ut in possession. legator. L. 2. §. 7. D. de iure fisci.

obesse omnibus, tam foeminis, quam maribus: in damnis autem non prodesse omnibus. Itane? non nocere non est prodesse: sed est medium inter nocere et prodesse: ut non velle est medium inter velle et nolle, auctore Cujacio<sup>18)</sup>.

Donellus<sup>19)</sup> legt zwar auf die Unterscheidung der Ausdrücke nocere und non prodesse kein solches Gewicht, weil Paulus<sup>20)</sup> sie zur Bezeichnung der nämlichen Wirkungen gebraucht; seine Theorie führt aber doch, wie die des Cujaz, zu gleichen Resultaten. Er unterscheidet, ob der Rechtsirrthum unverschuldet sey, oder nicht. Erstes res sey er, wenn der Irrende sich in einer Lage befand, in welcher es ihm unmöglich war, Rechtsbelehrung zu erhalten, und dann sey die Rechtsunwissenheit ganz unschädlich. In dem letztern Falle aber unterscheidet er drey Fälle. Es ist dem Irrenden entweder blos ein Gewinn entgangen, den er hätte machen können, oder er hat schon einen wirklichen Schaden, also einen wirklichen Vermögensverlust erlitten, oder er sucht blos einen bevorstehenden Verlust abzuwenden. Für die benden ersten Fälle gelte dieselbe Regel. Wenn blos von Gewinn die Rede sey, so komme der Rechtsirrthum auch selbst den Frauenspersonen nicht zu statten, z. B. bey Usucaptionen, Erbschaften und anderen Erwerbungen. Daß aber auch im Falle einer wirklich schon erlittenen Vermögenseinbuße die Rechtsunwissenheit schade, erhelle daraus, weil eine aus Rechtsunwissenheit bezahlte Nichtschuld nicht zurück gefordert werden könne. Denn da er die Sache in der

<sup>18)</sup> Observat. Lib. V. c. 39.

<sup>19)</sup> Commentar. Lib. I. cap. 21.

<sup>20)</sup> L. 9. pr. et §. 5. D. h. t.

Absicht übergab, das Eigenthum auf den Empfänger zu übertragen, so habe er sein Eigenthum verloren. Man könne also hier nicht sagen: *Suum repetit.* Nein, wer eine gezahlte Nichtschuld zurückfordert, *alienum petit, non suum.* Jedoch finde zwischen diesem und jenem ersten Falle der Unterschied Statt, daß in dem ersten nur Minderjährige und Soldaten, in dem zweyten aber vier Personen von der Regel ausgenommen würden, unter denen auch die Frauenspersonen mit begriffen wären, jedoch werde diesen auch nicht schlechthin, sondern nur in quibus-dam causis propter sexus infirmitatem, wie Pauslus<sup>21)</sup> lehre, die Rechtsunwissenheit zu Gute gehalten. In dem dritten Falle aber finde ohne Unterschied eine Berufung auf Rechtsunwissenheit Statt, um einen noch erst bevorstehenden Schaden abzuwenden. Die Regel des Papian: *omnibus iuris error in damnis rei suaे amittendae non nocet*, habe also den Sinn: Quibus in causis quis quid fecit, quo facto rem suam iure nondum amisit, id si fecit per errorem, quamvis non facti, sed iuris: nunquam hic error, ne iuris quidem, efficiet, ut rem suam amittere debeat: etsi in ea causa res fuerit, ut si sciens fecisset, amittere rem postea deberet. Unde eveniet, ut superius factum huic non noceat, quominus et rem suam petere possit, si abest: et eam, quae de eo petitur, retinere. Ein *damnum rei amittendae* lasse sich nun in 4 Fällen gedenken: 1) wegen falscher Zugeständnisse, daß uns etwas nicht angehöre, was doch das Unsige sey, oder etwas Unser sey, was es doch

21) *L. g. pr. D. de iur. et facti ign.*

nicht ist. 2) Wegen eines aus Irrthum geschehenen Versprechens einer Nichtschuld. 3) Wegen des Besitzes einer fremden Erbschaft, und 4) wegen eines Delicts. In den drey ersten Fällen schade der Rechtsirrthum niemals und Niemanden. Daß ein falsches Zugeständniß nicht schade, wenn man z. B. eingeräumt hat, es röhre eine Sache, die man vom Vater erhalten, aus dem mütterlichen Vermögen her, erhelle aus L. 5. Cod. h. t. Wenn also die Gläubiger der Mutter an dieser Sache, als ihnen verpfändet, Anspruch machen, so schade das Geständniß nichts, wenn der Irrthum erwiesen wird. Jedoch sei der Fall auszunehmen, da die confessio in iure geschehen sei<sup>22)</sup>). Ohne Ausnahme sei hingegen die Regel wahr bey dem Versprechen einer nicht schuldigen Sache, welche man aus einem Rechtsirrthum schuldig zu seyn glaubte. Nach dem strengen Recht sei zwar die Stipulation gültig und begründe eine Klage, allein der Promittent könne sich mit der exceptio doli schützen<sup>23)</sup>). Der Besitz einer fremden Erbschaft mache nach dem Senatusconsult nur dann verantwortlich, wenn der Besitzer weiß, daß er nicht Erbe sei.

22) L. 2. D. de confess. S. oben S. 278. Not. 81.

23) L. 36. D. de verbor. obligat. L. 17. §. 10. D. ad Municipal. Diesem sei L. ult. D. de SCto Macedon. nicht entgegen, wenn man auch hier das argumentum a contrario eintreten lässe. Denn es sei zu erwägen, daß ein filiusfamilias, wenn er gegen das Senatusconsult Geld erborgt; doch wenigstens naturali obligatione verpflichtet sei, wenn gleich der Gläubiger keine Klage gegen ihn hat. Allein wollte sich hier der Schuldner auf Rechtsunwissenheit berufen, so würde er dadurch nur etwas zu behalten, mithin das zu gewinnen suchen, was er einem Andern schuldig ist.

Wer aber aus einem Rechtsirrhum, weil er wähnte, das Testament, worin er eingesetzt worden, sey gültig, ob es wohl wegen eines äußern oder innern Mangels nicht bestehen kann, sich eine Erbschaft anmaßt, dem schade der Rechtsirrhum nichts, denn er suche durch Berufung auf Rechtsunwissenheit nur einen bevorstehenden Schaden abzuwenden<sup>24)</sup>). In den letztern Falle hingegen finde die obige Regel nicht Statt<sup>25)</sup>). Zwar hätten Delicte nicht immer den Verlust des Unfrigen zur Folge, sondern eine Strafe, welche erst erkannt werden müsse. Deren Abwendung stehe nun zwar freilich unter dem Begriff eines damni amittendae rei. Allein hier schade gewöhnlich der Rechtsirrhum. Papinian rede jedoch auch eigentlich von diesem Falle nicht, sondern nur von solchen damnis, quae metuerentur non in delictis, sed in privatarum rerum administratione. Bey Delicten trete ein eigenes Recht ein. Hier komme es darauf an, ob eine Handlung nach dem iure gentium oder nach dem iure civili verboten sey, und in Ansehung des letztern, ob eine Handlung schlechthin verboten sey, oder nur, wenn sie dolo malo geschieht. Dieser Unterschied habe den wichtigsten Einfluß auf die Entschuldigung des Verbrechens. Was das ius gentium allgemein verbietet, mit dessen Unwissenheit könne sich Niemand entschuldigen, welcher den Gebrauch der Vernunft hat, und in dem Alter sich befindet, wo er der Imputation fähig ist, er sey übrigens, welches Geschlechts und Alters er wolle<sup>26)</sup>). Der Strafe könne er

24) L. 25. §. 3. et 6. D. de heredit. petit.

25) Von diesem Falle handelt DONELLUS Lib. I. cap. 22.

26) L. 35. pr. et §. 2. D. ad S. J.l. de adulter.

nicht entgehen. Zu diesem Verbrechen gehöre Blutschande, Thebruch, Mord, Fälschung, Raub, Gewaltthätigkeit und Diebstahl. Zuweilen könne jedoch wegen der Minderjährigkeit Strafmilderung statt finden<sup>27)</sup>. Anders sey es bei den Verbrechen, welche blos das Civilrecht verbietet. Bey diesen komme es auf die Personen an, ob sie zu den privilegierten gehören, welchen die Unwissenheit des Civilrechts nicht zugerechnet wird, wenn von Abwendung eines bevorstehenden Schadens die Rede ist, z. B. Frauenspersonen, Minderjährige, Soldaten<sup>28)</sup>; oder ob sie dieses Privilegium nicht haben. Auf diesen Unterschied komme es jedoch nur dann an, wenn das Civilrecht eine Handlung schlechterdings verbietet. Denn verbietet es die Handlung nur, in sofern sie dolo malo geschehen ist, so entschuldige Rechtsunwissenheit, weil sie den Dolus entfernt. Möge sie denn auch immerhin verschuldet seyn, sie befreye doch von der Strafe des Gesetzes, weil diese den bösen Vorsatz voraussehe.

Alle diese Ansichten hat Mühlensbruch<sup>29)</sup> einer sorgfältigen Critik unterworfen, und das Fehlerhafte in denselben aufgedeckt. Das Wahre lässt sich in folgende Sätze zusammenfassen.

1) Factischer Irrthum, unter der oben (bey L. 6.) ausgeführten Voraussetzung, schadet Niemanden, es sei

27) *L. 7. Cod. de poenis.*

28) *L. 38. §. 2. 4. et 7. D. ad Leg. Jul. de adult. L. 1. §. 10. L. 4. D. ad SCtum Turpill. L. 15. §. 4. D. de Lege Cornel. de falsis L. 5. C. de his, qui sibi adscrib. L. 5. eodem.*

29) Ueber juris und facti ignorantia. §. 7. im 2. B. des Archivs für die cibiliſt. Praxis. S. 408. ff.

von einem Gewinn, oder von einem bevorstehenden oder schon wirklich erlittenen Vermögensverlust die Rede. Er wendet nicht allein positiven, sondern auch negativen Schaden ab<sup>30)</sup>, und schadet auch selbst den Mannspersonen nicht<sup>31)</sup>. Er verschafft sogar Vortheile, welche der Richter irrende hätte entbehren müssen<sup>32)</sup>. Nur für widerrechtliche Schadenszufügungen gilt Papinius Regel nicht<sup>33)</sup>. Diese stehen unter den Regeln von der *praestatio culpae*. Hier wird nach Verschiedenheit der Verhältnisse bald der höchste Grad der Achtsamkeit, so wie man ihn von einem vorsichtigen Haussvater erwartet, bald ein geringerer gefordert, und wohl in den wenigsten Fällen, dürfte der bloße Mangel einer *supina ignorantia*, welcher hier genügt, wo nur von den Folgen des Irrthums, die Rede ist, die sich auf den Irrrenden selbst unmittelbar beziehen, als zureichender Entschuldigungsgrund angesehen werden können. Es gehen daher auch seine Wirkungen nicht so weit, daß er einem Dritten seine Rechte entziehen<sup>34)</sup>, oder nicht vorhan-

30) *L. 32. §. 10. et 12. D. de interrogat. in iur. fac.*

31) *L. 9. Cod. ad Leg. Falcid. Imp. GORDIANUS A. Mestriano.* Error facti quartae ex causa fideicommissione retentae repetitionem non impedit.

32) Beispiele geben *L. 2. §. 2. D. de liberali causa.* *L. 2. §. 15. et 16. D. pro emt.*

33) §. 16. *I. de legat.* *L. 44. pr. D. ad L. Aquil.* *L. 13. pr. D. de act. emti et vend.* *L. 1. §. 2. de aedilit. Edicto.* *L. 25. §. 2. D. ad SCtum Trebell.*

34) Durch den Verkauf einer fremden Sache an einen bona-fidei emtorem verliert daher der Eigenthümer nie sein Recht.

dene Rechtsverhältnisse erzeugen<sup>35)</sup>), oder Fehler aufheben könne, mit welchen einzelne Sachen behaftet sind<sup>36)</sup>.

23) Soviel den Rechtsirrthum anbetrifft, so ist a) soviel gewiß, daß Papinian's Ausspruch auf die Uebertritung von Strafgesetzen keine Anwendung leide. Daß Papinian an Delicta gar nicht dachte, hat Donell<sup>37)</sup> ganz klar bewiesen. Eben so kann b) die Regel als ganz ausgemacht und allgemein anerkannt angenommen werden, daß da, wo es auf Erhaltung eines bloßen Gewinnes ankommt, Rechtsunwissenheit nicht verziehen werde; und c) daß wegen eines vernachlässigten Gewinnes selbst Frauenspersonen sich nicht auf Rechtsunwissenheit berufen können, sofern ihnen nicht etwa die Minderjährigkeit zu statten kommt<sup>38)</sup>. Wer also

34) die agnitus bonorum possessionis binnen der vorgeschriebenen Frist unterläßt, darf sich auf Rechtsunwissenheit nicht berufen, um das Versäumte nachzuholen<sup>39)</sup>.

35) So wird durch die Meinung, man habe ein Rechtsgeschäft geschlossen, nie seine Existenz begründet, man müste denil eine gegebene Ursach, dieses zu glauben, gehabt haben, z. B. weil man den Auftrag dazu gegeben hatte, und der Beauftragte den Gewaltgeber zu überreden wußte, daß das Geschäft geschlossen sei. L. 11. D. pro emtore.

36) §. 2. et 5. J. de Usucaption. L. 24. D. de Usurpat.

37) Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. 22. §. 1.

38) L. 11. Cod. h. t. Imp. CONSTANTINUS A. Valeriano agenti vicar. praefecturam. Quamvis in lucro nec foeminis ius ignorantibus subveniri soleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant.

39) L. 10. D. de bonor. possess. Besonders L. 6. Cod. Qui admitti ad bonor. possess. possunt. Impp. Dio-

2) Der Honorirte, welcher ohne Rechtsnotwendigkeit ein vom Erblasser ihm auferlegtes Vermächtniß, durch einen Rechtsirrthum verleitet, erfüllt, kann das Gegebene nicht zurückfordern<sup>40)</sup>. Eben so wird sich

3) der Erbe vergeblich auf Rechtsunwissenheit berufen, wenn er bey der Auszahlung der Vermächtnisse den Abzug der quarta Falcidia unterließ<sup>41)</sup>. Auch entschuldigt

4) die Rechtsunwissenheit nicht, um eine Verzichtsleistung auf eine Erbschaft wieder rückgängig zu machen; vorausgesetzt, daß derjenige, welcher sich auf seine Nicht-

*elet. et Maximian. AA. Frontinae. Iuris ignorantiam nec mulieribus prodesse in Edicti perpetui cursu de agnoscenda bonorum possessione, manifestum est.*

40) *L. 2. Cod. de fideicommiss. Imp. ANTONINUS A. Eapatio.* Et si inutiliter fideicommissum relictum sit: tamen si heredes, comperta voluntate defuncti, praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt, frustra ab heredibus eius de ea re quaestio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia reliciti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. Dass ein fideicommissum vel legatum indebitum *per errorem facti* solutum zurückgefördert werden könne, rescribiren dieselben Kaiser *L. 7. Cod. de condictione indebiti*. Es muß nur das Testament an sich gültig seyn, mithin der Erbe auch als Testamentserbe zu handeln befugt gewesen seyn, sonst würde ihm das, was er als solcher gethan, ab intestato nicht zum Nachtheil gereichen können. S. Mühlentruß's Abh. §. 5. Not. 76. S. 304.

41) *L. 9. §. 5. D. h. t. L. 9. Cod. ad Leg. Falcid.* — Is autem, qui sciens se posse retinere (sc. quartam) universum restituit, condictionem non habet. *Quin etiamsi ius ignoraverit, cessat repetitio.*

kenntniß beruft, bereits die Großjährigkeit erreicht hatte<sup>42)</sup>. Es steht hiernächst,

auch als Regel fest, daß der Rechtsirrtum unschädlich sey, wenn man sich darauf beruft, um einen bevorstehenden Verlust des Seinigen abzuwenden. Denn der Ausdruck *damnum amittendae rei suae* kann nur durch Gefahr eines Verlusts überzeugt werden. Ein solches *damnum rei amittendae* läßt sich nun allerdings mit Donell annehmen,

1) wegen falscher Zugeständnisse, weil der Irrthum die zur Gültigkeit eines Geständnisses erforderliche Willensäußerung ausschließt. Hierher gehören folgende Gesetzstellen,

*L. 5. Cod. h. t. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et Constantius et Maximianus Nobilissimi Caes. Martiali.* Cum falsa demonstratio mutari substantia veritatis minime possit: respondendo id, quod paternum erat, ex maternis esse bonis, nihil egisti.

*L. 8. IDEM AA. et CC. Dionysiae.* Cum testamentum nullo iure constiterit: ex eius, qui ab intestato successit, professione sola, veluti ex testamento libertos per errorem profitentis, orci vel proprii liberti, si non ipsius accessit iudicium, cum errantis voluntas nulla sit, effici non potuerunt.

42) *L. 2. Cod. h. t. Imp. Gordianus A. Juvenali.* Cum ignorantia iuris facile excusari non possis, si maior annis viginti quinque hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras.

L. 9. IDEM AA. et CC. *Caio et Anthemio.*  
Non idcirco minus, quod a vobis velut a liberis  
debitam accepisse pecuniam Sanus dicitur, *cum*  
*nullus sit errantis consensus,* movere status quae-  
stionem prohibentur eius heredes.

2) Wegen eines aus Rechtsirrthum geschehenen Ver-  
sprechens einer Nichtschuld. Der Irrende kann sich in dies-  
sem Falle der exceptio doli bedienen, wenn er aus dem  
Versprechen belangt wird. Etsi enim nullus dolus  
intercessit stipulantis, sagt Ulpian<sup>43)</sup>, tamen ipsa  
res in se dolum habet; *cum enim quis petat ex ea*  
*stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.* Hier-  
her gehören noch folgende Gesetzstellen.

L. 2. pr. D. Ut in possess. legator. *ULPIANUS*  
*lib. LII. ad Edictum.* Si quis, cum vetitus esset  
satis accipere, acceperit; an repeti satisdatio ista  
possit, ut heres condicat liberationem? Et qui-  
dem si sciens heres indebitum cavit, repetere non  
potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi  
satisfactionem? potest condicere. Si vero hoc non  
potuisse remitti crediderit, numquid condicere  
possit, qui *ijs ignoravit?* adhuc tamen benigne  
quis dixerit satisfactionem condici posse. Quid de-  
inde, si commissa sit stipulatio? fideiussores puta-  
mus exceptione uti posse, an non? et magis est,  
ut utantur exceptione: quia ex ea causa intercessit  
satisfatio, ex qua non debuit.

L. 17. § 10. D. ad Municipalem. *PAPINIANUS*  
*libro I. Responsorum.* Error eius, qui, se munici-  
pem aut colonum existimans, munera civilia

43) L. 36. in fin. D. de Verb. obligat.

suscepturum promisit, defensionem iuris non excludit.

Da nach den für beyde Fälle angeführten Gesetzen derjenige, welcher in der Meinung, dazu rechtlich verpflichtet zu seyn, Rechte aufgibt oder ertheilt, noch nichts verloren hat; so lange die Bedingungen eines Erwerbs oder einer Ausschließungsbefugniß (durch erwerbende oder erlöschende Verjährung) für den Andern noch nicht eingetreten sind; so kann auch wohl billig dem Irrenden die Klage nicht versagt werden; um sein Recht zu verfolgen. Denn es ist ein allgemeiner Grundsatz, was jemand nicht rechtlich erworben hat, das darf er nicht behalten, wenn auch der wahre Inhaber des Rechts, verleitet durch einen Rechtsfeind, es ihm eingeräumt hätte. Hierauf gehen wohl anstreitig die Worte des Papianus: *iuris ignorantia suum petentibus non nocet.* Denn der Ausdruck *suum petere* geht hier auf Alles, was man zu fordern hat, mit hin nicht nur auf das, was man noch in seinem Eigenthume hat, sondern auch auf blos persönliche Forderungen, wie auch oben Enjaz<sup>44)</sup> ganz richtig bemerkt hatte. In den Basiliken<sup>45)</sup> sind daher die Ausdrücke *suum petere*, und *damnum amittendae rei suae* als sich auf einander beziehend erklärt worden. Die Worte Papinianus: *caeterum omnibus iuris error in idemnis rei suae amitten-*

44) Commentar. in libr. XIX. Quaestio. Papiniani. (Oper. a Fabroto editor. Tom. I. pag. 519.) *Suum est,*

*sagt er, non tam quod suum proprietate, sed etiam, quod suum est obligatione;* id est, *sibi debitum.* Et ita saepissime accipitur in iure; et ita sane accipere oportet in h. L. 7. *Suum scilicet proprietate vel obligatione, et rem suam in L. 8.*

45) Tom. I. pag. 96. Const. 8.

dae non nocet, lauten nämlich in den *Basiliken* folgenmaßen: ἐπὶ δὲ ἔημιας ὀνδέρα βλάπτει, θέλοντα τὸ ἴδιον ἀπαιτῆσαι. i. e. in *damno autem nemini* nocet suum petere volenti, gerade so, wie die L. 7.<sup>46)</sup> Η τοῦ νόμου ἄγνοια τὸν μὲν ἀπαιτοῦντας τὰ ἴδια ὁν βλάπτει. Der griechische Scholia<sup>46)</sup> giebt hier zur Erläuterung folgendes Beispiel: Οἰον, ἐπερωτήθη τις οἰκέτην ὅχιον ὅντα νομισμάτων καὶ τούτον δὲ τοῦ οἰκέτου πρὸ μόρας τελοῦτησαντος, νομίζων ἔτει ἐνεχοδαι τῇ εὖ στιπουλάτον, ἀπελθὼν κατεβαλε τῷ ἐπερωτησαντι τὰ καὶ νομίσματα συγγενώσκεται οὗτος; ἐπειδὴν περὶ ἔημιας τῶν καὶ νομισμάτων οὐ καὶ δυναται ταῦτα πετετίθενται. i. e. Verbi gratia, quidam servum dignum aureis viginti sibi dari stipulatus est: servo autem ante moram mortuo, cum promissor existimaret, se adhuc teneri actione ex stipulatu, viginti aureos solvit stipulatori: subvenitur ei; quia damno aureorum viginti sollicitus est, eosque repeterere potest.

Dass ein Rechtsirrtum nicht hindere, das Seinige, wenn man es einzubüßen soll, durch Klage zu verfolgen, lehrt in einer noch bestimmteren Anwendung Papinian.

L. 79. *D. de legatis II.* Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit, juris ignorantia lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt: non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

46) Tom. I. pag. 100. Schol. g.

Der Mann hatte seine Frau in seinem Testamente zur Erbin eingesetzt, und sie gebeten, auf ihren Todesfall gewisse Grundstücke seinen Freigelassenen abzutreten. Die Frau, hier die Erblasserin, hatte aber diese Grundstücke, welche nach dem Willen ihres Ehemannes den Freigelassenen desselben nach ihrem Tode allein zu geben waren, in ihrem Testamente mit einem Missbrauche zu belegen sich untersangen, welchen die Freigelassenen des Mannes und ihre der Erblasserin eigenen Freigelassenen gemeinschaftlich haben sollten. Ob nun gleich die Freigelassenen des Mannes nach dem Tode der Frau die ihnen von demselben vermachten Grundstücke aus dem Testamente ihres verstorbenen Patrons von dem Erben der Frau hätten fordern können; so unterließen sie es dennoch, durch den Rechtsirrthum verleitet, als habe die Erfüllung des ersten Fideicommisses lediglich von dem Willen der Frau abgehängt, so wie es nach dem ältern Römischen Recht auch wirklich der Fall war. Also, stell die Güter selbst abzufordern, hatten die Freigelassenen des Mannes mit den Freigelassenen der Frau blos den Missbrauch derselben aus dem Testament der Frau verlangt. Lange Zeit hatten sie diesen gemeinschaftlichen Genuss mit den Freigelassenen der Frau ihres Patrons gehabt, als sie endlich aus dem Schlummer ihres Irrthums erwachten. Nun entstand die Frage, ob ihnen wegen des ersten Fideicommisses noch ein Klagerrecht zu stehé? Das ihnen der Rechtsirrthum daran nicht hinderlich sey, scheint Papinian hier als ausgemacht vorauszusezen. Dieses konnte er auch nach seinem Grundsatz: *Juris ignorantia suum potentibus non nocet.* Denn *Suum* ist, quodcumque debetur. Der Zweifelsgrund scheint ihm vielmehr der zu seyn, ob den Freigelassenen des Mannes nicht die Verjährung im Wege stehe? Auch

dieses verneint Papinian, weil die Forderung aus dem Fideicommiss durch eine longi temporis praescriptio nicht erlischt<sup>47)</sup>, sondern eine actio perpetua ist, welche freylich, nach einem Ablauf von 30 Jahren, unter dem Vorwände eines Rechtsirrthums nicht wieder hergestellet wird<sup>48)</sup>. Der Hauptentscheidungsgrund ist also hier der Satz, daß Niemand etwas behalten darf, was ihm rechtlich nicht gebührt, ein Satz, den Papinian noch an einem andern Orte<sup>49)</sup>, als der Billigkeit gemäß, empfiehlt, und der sich hier in seiner vollen Anwendung zeigt.

Auf gleichem Grunde beruhet die Entscheidung Ulpian's.

*L. 20. D. Familiae erciscundae.* Si filia nupta, quae dotem conferre debuit, per errorem coheredum ita cavit: ut, quod a marito recuperasset, pro partibus hereditariis solveret: nihilominus arbitrum familiae erciscundae sic arbitraturum PAPINIANUS scribit, ut etiam si constante matrimonio ipsa diem suum obierit, conferatur dos: nam imperitia, inquit, coheredum iurisdictionis formam mutare inquit.

Die verheyrathete Tochter hatte ihr vom Vater erhaltenes Heyrathsgut einzutwerfen. Es war beym Tode des

47) *L. 5. Cod. Quibus non obiicitur longi temp. praescript.* (VII. 55.)

48) *L. 3. in fin. C. de praescript XXX. vel XL. annor.* Man s. CUSACII Commentar. in Lib. XI. Responsor. Papiniani ad *L. 79. D. de legat. II.* (in Oper. a FABRO edit. Tom. I. pag. 495. sq.) und WESTPHAL's Darstellung der Rechte von Vermächtnissen, und Fidei commissen. §. 1096.

49) *L. 66. D. de condic. indeb.* Quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

Vaters, noch vorhanden, befand sich aber in den Händen ihres Chemannes. Die Brüder, ihre Miterben, durch einen Rechtsirrthum verleitet, als seyn die Collation blos auf den Fall des Rückfalls des Heyrathsguts beschränkt, hatten sich daher von ihr wegen der Collation, nur auf den Fall Sicherheit leisten lassen, wenn sie das Heyrathsgut von ihrem Chemann wieder zurück erhalten haben würde. Sie starb aber während der Ehe, und das Heyrathsgut blieb in den Händen des Mannes<sup>50</sup>). Hinderte nun etwa hier der Rechtsirrthum ihre Brüder an der Verfolgung ihrer daran habenden Erbantheile? Keinesweges. Er konnte das Recht nicht ändern, welches die Tochter auch während der Ehe zur Collation verpflichtete, und also auch ihren Chemann nicht berechtigen, etwas zu behalten, wozu er kein Recht hatte<sup>51</sup>).

Daß der Rechtsirrthum auch an der Verfolgung des Eigenthums nicht hindere, hat noch seinen besondern Grund darin, weil ich mein Eigenthum nur mit meinem Willen verlieren kann<sup>52</sup>), und diesen der Irrthum ausschließt<sup>53</sup>). Wenn sich daher meine Sache in fremden Händen befindet,

50) ULPIAN *Fragm. Tit. 6. de dotibus. §. 4.* Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur. — Quod si pater non sit, apud maritum remanet.

51) S. Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. 20. pr. D. Fam. ercisc. und Westphal's System der Lehre von den einzelnen Vermächtnisarten ic §. 736.

52) L. 11. D. de reg. iuris. S. Gesterding's Darstellung der Lehre vom Eigenthume. §. 59. S. 601.

53) L. 55. D. de acquir. rer. dom. Nemo errans rem suam amittit.

und ich habe, aus Unwissenheit, daß die Sache mir gehöre, sogar einem Dritten, der sie als die seinige in Anspruch nahm, bei deren Verfolgung vor Gericht vertreten<sup>54)</sup>, oder ich habe sie von dem Besitzer gemietet, so schadet dieses meinem Eigenthume nichts<sup>55)</sup>). Wenn hierzächst Donellus ein *damnum rei amittendae* auch

5) wegen des Besitzes einer fremden Erbschaft annimmt, so hat er zwar darin vollkommen Recht, daß Rechtsunwissenheit auch hier unschädlich sey; es bedurfte aber hier zur Rechtfertigung der Entscheidung Ulpian's in L. 25. §. 6. *D. de hered. petit*, welche Donellus hier vor Augen hatte, der Regel des Papinians nicht, da dieselbe auf einen viel allgemeinern Grunde beruhet, nämlich dem, weil der Irrthum, er sey ein factischer oder Rechtsirrthum, den Dolus ausschließe. *Non puto hunc esse praedonem*, sagt Ulpian, *qui dolo caret, quamvis in iure erret.*

Bis dahin gelangten Cujaz und Donellus, wenn gleich auf verschiedenen Wegen, zu ganz richtigen Resultaten. Allein ob das *damnum rei amittendae* stillschweigend, und per argumentum a contrario, das *damnum rei amissae* ausschließe, und also der Rechtsirrthum zum Zweck der Wiedererlangung des schen Verlorenen eben so wenig, wie zum Zweck der Erlangung eines Vortheils in Betrachtung komme, und ob also, wie Cujaz und Donellus, und mit ihnen auch die meisten neueren

54) L. 54. *D. de rei vindicat.*

55) L. 18. *Cod. de rei vind.* *Re tua apud alium manente, proprietatis error nihil tibi nocere poterit.* Westphal's System des R. R. über die Arten der Sachen. §. 889.

Rechtsgelehrten<sup>56)</sup> dafür halten, für diese beyden Fälle gleiches Recht als Regel gelte? ist zweifelhafter. Nach einer fast allgemeinen Behauptung der Rechtsgelehrten soll dasjenige, was aus einem Rechtsirrhum indebita geleistet worden, nicht zurückgefördert werden können. Hält man sich blos an die Natur der *condictio indebiti*, wodurch die aus Irrhum bezahlten Nichtschulden zurückgefördert werden sollen, erwägt man, daß diese Klage auf Billigkeit gegründet ist, und ihr Zweck dahin geht, daß Niemand mit dem Schaden eines Andern sich bereichern<sup>57)</sup>; und folglich Niemand etwas behalten dürfe, was er ohne einen rechtlichen Grund besitzt<sup>58)</sup>; bedenkt man ferner, daß es mit diesen Grundsätzen nicht wohl zu vereinigen ist, wenn ein unrechtmäßiger Erwerb blos darum geschützt werden sollte, weil der Verlierende sich in einem Rechtsirrhume befand;

56) *Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts.* 1. B. §. 271.  
Not. a. u. §. 595. Not. b. — *Schweppes Röm. Privatrecht.* §. 96. der 2. Ausgabe. *Weber's Erläuterungen der Pandecten,* herausgegeben von dessen Sohn *Aug. Wilh. Lub. Weber* 2. Th. §. 1186 — 1188. S. 125.

57) *L.* 14. *D. de condic. indeb.* *POMPONIUS lib. XXI. ad Sabinum.* Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detimento fieri locupletiorem. — *L.* 206. *D. de reg. iur.*

58) *L.* 54. *D. de cond. ind.* *PAPINIAN. lib. II. Quaest.* Ex his omibus causis, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit. — *L.* 25. *in fin. D. de acti rer. amotar.* *MARCIAN. Lib. III. Regular.* Nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

so scheint hiervon die Ansicht der neuern Rechtsgelehrten<sup>59)</sup>, daß man müsse berechtigt seyn, eine aus rechtlichem Irrthume gezahlte Nichtschuld zurückzufordern, ein nothwendiges Resultat zu seyn. Denn wollte man mit Cujaz sagen, wer, in der Meinung rechtlicher Verbindlichkeit, eine Nichtschuld bezahlt hat, hat das Seine einmal verloren, die Vergütung dieses Verlusts würde ein Gewinn seyn; so würde man den Ausdruck *lucrum* auf eine offenbar sprachwidrige Weise erklären, weil gewiß derjenige, welcher ohne Rechtsgrund aus dem Seinigen Etwas gegeben hat, eben so gut positiven Schaden leidet, als derjenige, der es erst geben soll. Eine Verschiedenheit läßt sich wenigstens nicht auffinden.

Es fehlt auch nicht an speciellen Entscheidungen, in welchen jene allgemeinen Gründe auf solche Fälle angewendet worden sind, wo die indebita geleistete Zahlung durch Rechtsirrthum veranlaßt war. Es gehören hierher

1) *L. 10. Cod. de conduct. indebiti*, worin Justinian die unter den älteren Röm. Juristen streitig gewesene Frage entscheidet, wem die Wahl zustehe, wenn, im Falle einer alternativen Verbindlichkeit, der Schuldner durch Unwissenheit verleitet (war nach dem Zusammenhang der Worte wohl keine andere, als eine Rechtsunwissenheit), beide Objecte geleistet hat<sup>60)</sup>. Die Frage, ob hier überhaupt ein Zurückforderungsrecht Statt finde, wird also hier als ganz unbestritten vorausgesetzt.

59) Mühlenbruch über iuris und facti ignorantia. §. 8.  
im Archiv für die civilist. Praxis. 2. Bd. S. 416. ff.  
und Herman von den Wirkungen des Irrthums. §. 8.

60) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 828. S. 79. ff.  
Glück's Erläut. d. Pand. 22. Th.

2) L. 16. §. 4. D. *de publicanis*, wo Marcian sagt, daß der per errorem (können auch wohl kein anderer als ein Rechtsirrthum seyn) indebita bezahlte Zoll zurück gefordert werden könne.

3) L. 16. §. 2. D. *de minorib.* wo Ulpian den Fall entscheidet, da einem minor ein Fideicommiss unter der Bedingung hinterlassen worden, daß, im Fall er ohne Kinder sterben würde, es wieder an den Erben zurückfallen solle, und dieser minor nach des Erben Tode den Erben desselben wegen der Restitution Sicherheit bestellt hatte. Es kann hier keinem Zweifel unterliegen, daß der Grund des übereilten Versprechens nicht in einem factischen Irrthume zu suchen sey, sondern in einer falschen Ansicht von der rechtlichen Wirkung dieser testamentarischen Disposition. Dennoch sagt Ulpian, der minor könne hier, ohne einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand benötiget zu seyn, seine Caution geradezu condiciren, indem ein gleiches Recht ja auch den Großjährigen zustehe.

Ich übergehe andere Gründe, die auch schon von ältern Rechtsgelehrten gebraucht, und von mir an einem andern Orte<sup>61)</sup> angeführt worden sind.

Dagegen hat nun aber auch die gemeine Meinung nicht unerhebliche Gründe für sich, welche auch schon oben in dem Titel *de condictione indebiti*<sup>62)</sup> dargestellt, und von den neuern nicht durchaus befriedigend widerlegt worden sind. Einer der wichtigsten Gründe bleibt immer die L. 10. Cod. h. c. wenn man sie mit L. 2. unb L. 9. D. eodem in Verbindung setzt. Allerdings ist diese Verord-

61) S. den 13. Th. dieses Commentars §. 834. S. 138. ff.

62) a. a. D. S. 136 — 151.

nung der Kaiser Diocletian und Maximian ein Rescript, und bekannt ist es, daß die Römischen Kaiser bei ihren Rescripten nicht gesetzgebend, sondern bloß richtend verfuhrten, indem sie eine an sich schon als Gesetz geltende Rechtsregel auf besondere Fälle durch bloßes Urtheil anwandten. Der Grund eines solchen Urtheils ist dann nicht sowohl Grund des Gesetzes (*ratio legis*), sondern ein Entscheidungsgrund (*ratio decidendi*)<sup>63).</sup> Nun ist zwar freylich das den Kaisern zur Entscheidung vorgelegte Factum, worauf sich der hier angeführte Entscheidungsgrund bezieht, weggelassen. Man mag also immerhin annehmen, der Fall habe bezahlte Vermächtnisse, die der Erbe zu erfüllen nicht verpflichtet war, oder wovon er die Quarta Falcidia hätte abziehen können, oder sonst einen Fall betroffen; so stellen sie doch offenbar hier ein als Regel geltendes gemeines Recht zum Entscheidungsgrunde auf, welches denn auch, mit Weglassung des Facti, immer noch als Regel gelten konnte. Vergleicht man nun damit die Gründe, welche Meratius L. s. D. h. t. von dem Unterschiede zwischen erro*r* iuris und facti ignorantia angibt, so verträgt sich damit allerdings die Regel, welche Paulus L. g. pr. D. h. t. anführt, und wovon die Kaiser in der L. 10. bei Entscheidung des ihnen vorgelegten Falles Anwendung gemacht haben. Man kann es also wohl als Regel gelten lassen, schädlich ist der Rechtsirrthum, welcher vermieden werden konnte, und gibt kein Recht, das Gegebene zurückzufordern, wosfern nicht die Gesetze aus besondern Gründen der Billigkeit in einzelnen

63) S. Chibaut-Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts §. 16. der 2. vermehrte Ausgabe. Altona 1806.

Fällen, oder wegen besonderer Begünstigung gewisser Personen eine Ausnahme von der Regel machen.

§. 1187 — 1189.

Erklärung der L. 9. und L. 10. h. t.

L. 9. PAULUS *libro singulari de iuris et facti ignorantia.*

Regula est, *iuris quidem ignorantiam cuique nocere: facti vero ignorantiam non nocere.* Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit: ante<sup>64)</sup> praemisso, quod minoribus viginti quinque annis ius<sup>65)</sup> ignorare permissum est: quod et in feminis in quibusdam causis<sup>66)</sup> propter sexus infirmitatem dicitur<sup>67)</sup>: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione si minor viginti quinque annis filiofamilias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse. §. 1. Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales ius ignorare potest, et ideo ei dies aditionis (non)<sup>68)</sup> cedit. §. 2. Sed<sup>69)</sup> facti ignorantia

64) Cod. Erlang. eo ante praemisso. Eben so Chevalion, Merlin und Baudoza.

65) *Jus* fehlt bey Haloander, und Charondas hat es eingeschlossen.

66) *Causis* fehlt bey Haloander.

67) *h. l.* datur. Eben so Baudoza.

68) Die *Basilica* Tom. I. pag. 96. haben diese Negation nicht. Es ist daselbst die Stelle ganz anders gefasst. Εἰπε δημοσίας στρατιώτης νομίζει μή δυνάσθαι

ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? et recte LABEO definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo, notam habere possit. §. 3. Sed iuris ignorantiam non prodesse, LABEO ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire, ei detrimento<sup>70)</sup> sit iuris ignorantia: quod raro accipendum est. §. 4. Qui ignoravit dominum esse rei

χωρὶς τοῦ πατρὸς κληρονομεῖν τὴν ἐκ διαδήκης κληρονομίαν τοῦ στρατιώτου, νόμον αγνοεῖ· καὶ τρέχει ὁ χρόνος τῆς κληρονομίας. Die Verfasser der Basiliten haben also die Stelle so verstanden, wenn ein filiusfamilias, welcher Soldat ist, glaubte, er könne die ihm von seinen Kriegskameraden hinterlassene Erbschaft des Vaters antreten, so befände er sich in einem Rechtsirrthum, und die dadurch veranlaßte Zeitversäumnis sei ihm nachtheilig. Allein der ganze Zusammenhang unseres Fragments lehrt das Gegentheil. Dennoch mag die Negation auch in der Florentinischen Handschrift gefehlt haben. Taurellius hat sie aus anderen Handschriften ergänzt, und sie daher eingeschlossen. In dem Erläuterer Cober befindet sich das non, und der ganze Zusammenhang der Worte erfordert es nothwendig. S. Rad. FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. II. cap. 14. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. II. pag. 175.) und JAUCHIUS Meditat. crit. de negationib. Pand. Florent. pag. 25. Nr. 25. et pag. 116. Nr. 9.

69) Cod. Erl. Sed et.

70) Cod. Erl. ei detrimentum sit. Eben so Chevallon.

venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur. §. 5. Si quis ius ignorans, Lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola Divi PII. Sed et Imperatores SEVERUS et ANTONINUS in Haec verba rescripserunt: *Quod ex causa fidei-commissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest: quamobrem Curgiliani<sup>71)</sup> heredes, qui cum ex testamento eius pecuniam ad opus aqueductus reipublicae Cirtensium<sup>72)</sup> relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, ut quod amplius cepissent<sup>73)</sup> municipes, quam per Legem Falcidiām licuis-*

71) Cod. Erl. Gargiliani. Dies scheint auch wohl, wie Brentman in der Geb. Ausgabe bemerkt, die wahre Leseart zu seyn. L. 41. §. 5. D. de legat. III. S. Guid. PANCIROLI Thes. variar. Lection. utriusq. iur. Lib. II. cap. 74.

72) Cod. Erlang. Cyrenensium. Eben so Halioander, Chevallon und Baudoza. Dennoch scheint die florentinische Leseart die richtigere zu seyn. Denn *Cirtha* war eine Colonte in Numidien. S. PANCIROLUS c. l. Auf Euseb; Observation. Lib. III. cap. 58. giebt der flor. Leseart den Vorzug. Er sagt *Respublica Cirtensium* fuit olim caput regni Masaesulorum, auctore Livio libro 30. Eben so Lud. CHARONDAS ad h. L. Die flor. Leseart haben auch Merlinus, Hugo a Porta, und Nivellius in der Pariser Ausgabe vom Jahr 1576. beybehalten.

73) Chevallon und Baudoza accepissent.

*set, redderent<sup>74)</sup>: verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converteretur, et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquaeductus impendi: frustra postulant reddi sibi a republica Cirtensium<sup>75)</sup>), quasi plus debito dederint. Cum sit utrumque iniquum: pecuniam<sup>76)</sup>), quae ad opus aquaeductus data est, repeti: et rempublicam ex corpore patrimonii sui impendere: et<sup>77)</sup> in id opus, quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet. Quod si ideo repetitionem eius<sup>78)</sup> pecuniae habere credunt<sup>79)</sup>, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt<sup>80)</sup>): sciant, ignorantiam facti, non iuris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus. Et licet municipum mentio in hac epistola fiat, tamen et*

74) Die Worte: quae interponi solent bis redderent, sind in vielen Ausgaben, als der des Chevallon, Merlinus, Baudoza, Hugo a Porta, Nivellius, durch eine Parenthese eingeschlossen.

75) Cod. Erl. Cyrenensium, auch Hal. und Chev.

76) Viele lesen et pecuniam. Hal. Chev. Merlin. Miraeus, Baud.

77) Cod. Erl. liest mit Hinweglassung des Unterscheidungszeichens nach impendere, und des et, ex corpore patrimonii sui impendere in id opus. Dies ist auch wohl die richtige Leseart, die sich bey Hal. Chev. Merl. Miraeus, und Baudoza findet. Gleichwohl vertheidigt Charondas die flor. Leseart, und meint, das et habe eine besondere Emphasis, und sey nicht wegzustreichen.

78) Hal. se eius.

79) Hal. dicunt.

80) Hal. Chevall. Miraens sint.

in qualibet persona idem observabitur.<sup>81)</sup>: sed nec quod in opere<sup>82)</sup> aquaeduotus relictus esse pecunia proponitur, in hunc solum casum cessare repetitionem dicendum est: nam initium constitutionis generale est: demonstrat enim, si non per errorem<sup>83)</sup> solutum sit fideicommissum, quod indebitum fuit, non posse repeti. Item et illa pars aequae generalis est, ut qui iuris ignorantia legis Falcidiae beneficio usi non sunt (nec)<sup>84)</sup> possint repetere: ut secundum hoc possit dici, etiam si pecunia, quae per fideicommissum relictus est, quaeque soluta est<sup>85)</sup>, non ad aliquid faciendum relictus sit: et licet consumpta non sit, sed exstet apud eum, cui soluta est, cessare repetitionem.

Paulus, welcher in dem Buche, woraus dieses Fragment genommen ist, die Lehre von der iuris und facti

81) *Taurell.* Observavitur. Eben so *Russard.* und *Charondas.*

82) *Merlin.* und *Chevall.* in opus.

83) Cod. Erl. per errorem facti.

84) Das *nec*, was *Taurellus* hier eingeschlossen hat, fehlt in mehreren Ausgaben, als bey *Merlin.* *Baudoza,* und *Miraeus.* Allein das das *nec* nicht weggelassen werden könne, bringt die vom *Paulus* aufgestellte Regel, und das Rescript der Kaiser mit sich, wie auch *Charondas* bemerkt hat. *Halconder* liest daher ganz richtig: *nec possint.* Diese Lesart billigt auch *Jülichius* in *Meditat. critic.* ds *Negationibus Pandect.* *Florentin.* Cap. V. nr. 22. und Cap. VI. nr. 10.

85) Cod. Erl. soluta est quoque.

ignorantia zum Hauptgegenstand gemacht hatte, und des-  
sen Fragment daher das vollständigste über unsern Gege-  
nstand ist, stellt hier die Regel mit ihren Ausnahmen auf.  
Der Rechtsirrthum schadet in der Regel einem Jeden, der  
factische Irrthum hingegen ist unschädlich. Ganz dieser  
Regel gemäß rescribiren daher die Kaiser Diocletian  
und Maximian, L. 10. Cod. h. t. daß das aus einem  
Rechtsirrthum indebte bezahlte Geld nicht zurückgesor-  
dert werden könne, dagegen der factische Irrthum der  
Zurückforderung der Rechtshuld unnachtheitlich sey. Von  
dieser Regel macht nun Paulus verschiedene Ausnahmen:

1) Bey den Minderjährigen. Diesen wird Rechts-  
unwissenheit in allen den Fällen verziehen, wo Großjährige  
sich nur auf factischen Irrthum berufen dürfen, jedoch  
mit dem Unterschiede, daß sie nicht, wie diese, der Ein-  
schränkung, im Betreff eines verschuldeten Irrthums, unter-  
worfen sind. Paulus sagt: Minoribus viginti quin-  
que annis ius ignorare permissum est. Eben so die  
Kaiser Honorius und Theodosius<sup>86)</sup>: Minoribus in  
his, quae vel praetermisserunt, vel ignoraverunt,  
innumeris auctoritatibus constat esse consultum.  
Dieses Vorrecht der Minderjährigen äußert sich in seiner  
Wirksamkeit a) beym Rechtserwerbe, und Gewinn. Ho-  
die certo iure utimur, sagt Ulpian lib. XI. ad  
Edictum<sup>87)</sup>, ut et in lucro minoribus succurratur.  
Auf gleiche Weise der Kaiser Constantin<sup>88)</sup>: Quamvis  
in lucro nec feminis ius ignorantibus subveniri

86) L. 8. Cod. de integr. restitat. minor.

87) L. 7. §. 6. D. de minorib.

88) L. 11. C. h. t.

soleat: attamen *contra aetatem adhuc imperfectam* locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant. Anwendungen enthalten

a) L. 8. §. 2. D. *Qui satisdare cogant.* Wenn ein Minderjähriger aus Rechtsunwissenheit einen unfähigen Bürgen für einen fähigen hielt, und die *cautio iudicatum solvi* im Prozeß durch ihn bestellen ließ, so kann er eine nochmalige Sicherheitsbestellung verlangen.

b) L. 1. C. *de in integr. restit. minor.* L. 1. et 2. C. *Si ut omissam hereditatem L. 2. Cod. de iur. et facti ignor.* L. 10. D. *de bonor. possessionib.* Versäumnisse in Absicht auf Untretung der Erbschaft, oder Ignition der bon. possessio, oder Anstellung der Inofficiositätsklage, oder Entzogung einer Erbschaft aus rechtlichem Irrthum schadet Minderjährigen nichts<sup>89)</sup>.

b) Bey Erfüllung einer obligatio ohne Rechtsnotwendigkeit. Die Anwendung enthält L. 2. Cod. *Si adversus solution.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian folgendermassen rescribiren: *Indebito legato, licet per errorem iuris a minore soluto, repetitionem ei decerni: si necdum tempus, quo restitutionis tribuitur auxilium, excesserit, rationis est.*

c) Bey Begründung einer obligatio, die sonst wegen einer ihr entgegenstehenden Einrede nicht flagbar ist. B. wenn ein Minderjähriger aus Rechtsunwissenheit einem großjährigen filiusfamilias baar Geld creditirt hat, so kann ihm die exceptio SCti Macedoniani nicht ent-

89) G. Jac. GOTHOFREDUS Comment. ad L. 3. Cod. Theod. de integri restitut. Tom. I. Lib. II. Tit. 16. pag. 187. edit. Rütt.

gegengesetzt werden, wie Paulus dieses Beispiel selbst anführt.

d) bei Verbrechen, welche einen Dolus voraussetzen, und nicht schon in dem ius gentium für Verbrechen erklärt sind, wie z. B. Diebstahl, Ehebruch u. dgl., sondern bloß im Civilrecht verboten sind, wie z. B. das Verbrechen des Incests, der Prävarication, der Zolldefraudation u. dgl. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

*L. 9. §. 5. D. de minorib. ULPIANUS libro XI. ad Edictum.* Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus, utputa dolo aliquid minor fecit in re deposita, vel commodata, vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? et placet, *in delictis minoribus non subveniri*: nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur.

*L. 38. §. 4. D. ad Leg. Jul. de adulter.* PAPINIANUS libro XXXVI. Quaestio. Fratres denique Imperatores Claudio<sup>90)</sup> crimen incesti propter aetatem remiserunt: sed distrahi coniunctionem illici-

90) So ist, statt *Claudiae*, zu lesen, wie Cujacius in Commentar. in h. Tit. ad L. 9. dafür hält. Denn daß hier von Mannpersonen die Rede ist, welche propter aetatem entschuldigt werden, lehrt der vorhergehende §. 5. Nonnunquam tamen et *in maribus* incesti crimina, quanquam natura graviora sunt, humanius, quam adulterii, tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.

tam iusserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate<sup>91)</sup>).

L. 1. §. 10. in fin. D. ad SCtum Turp. MARIANUS libro sing. ad SCtum Turp. Merito itaque dicendum est, omnes, excepta muliere et minore, nisi abolitionem petierint, in hoc Senatusconsulto incidere.

L. 9. §. 5. D. de Minorib. Si in commissum incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio. Quod sic erit accipiendum, si non dolus ipsorum interveniat: caeterum cessabit restitutio.

L. 2. Cod. Si advers. delictum. Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Proculae. Licet in delictis aetate neminem excusari constet: matri tamen, quae filiis tutorem aetatis lubrico lapsa non petiit, eorum minime denegari successionem convenit: cum hoc in maioribus matribus tantum obtineat.

Es ist demnach ein ganz allgemeiner Grundsatz für Minderjährige: ohne dolus, das heißt, ohne Bewußtseyn der Gesetzwidrigkeit ihrer Handlung, entsteht für sie kein Nachtheil, es sei von der Verbindlichkeit einen Andern zu entschädigen, oder von einer eigentlichen Strafe die Rede. Daß sie freylich, wenn von einer Imputation die Frage seyn kann, auch in einem solchen Alter stehen müssen, wo sie eines Dolus fähig sind, also puberes, oder pubertati proximi, versteht sich<sup>92)</sup>, und selbst dann noch

91) Man sehe auch L. 4. C. de incest. et inutil. napt.

92) §. 18. I. de obligat. ex delicto. L. 13. §. 1. D. de delo malo. L. 4. §. 26. D. de doli mali et met. except.

bleibt der geringere Grad der Einsicht, so wie er sich von Minderjährigen nur erwarten lässt, nicht ohne Berücksichtigung<sup>93)</sup>.

2) Frauenspersonen scheinen Anfangs in Rücksicht der Rechtsunwissenheit mit den Minderjährigen fast gleiche Rechte gehabt zu haben. Sie standen sogar, wie Unmündige, unter der Tute, wenn sie gleich schon grossjährig waren<sup>94)</sup>, und die Gültigkeit aller Rechtsgeschäfte derselben war an die auctoritas ihrer Tutores gebunden, wie bey den Unmündigen<sup>95)</sup>, weil man beyden keinen vollständigen Willen zuschrieb, und daher ihren Willensäußerungen erst alsdann juristische Bedeutung zugestand, wenn sie durch das Vollwort der Tutores ergänzt waren<sup>96)</sup>. Daher werden Frauenspersonen mit

95) L. 37. §. 1. *D: de minorib.* L. 1. *Cod. Si adversus delictum.* L. 7. *Cod. de poenis.* S. Mühlensbruch angef. Abh. §. 9. S. 440. und Kleinschrod syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 88.

94) CICERO *pro Murena.* Cap. 12. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt. ULPIANUS *Fragm. XI.* 1. Tutores constituantur tam masculis, quam feminis. Sed masculis quidem impuberibus, — feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam.

95) LIVIUS. XXXIV. 2. Maiores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt.

96) S. von Sabigny Beitrag zur Geschichte der Geschlechts tutel (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft). 3. B. 3. H. Nr. X. und von Löhr von der Tute über Weiber, ihrem Zweck,

Minderjährigen auch häufig zusammengestellt. Vorzüglich geschieht dieses bey der Excusation gegen die nachtheiligen Folgen der Verbrechen, welche blos das Civilrecht dafür erklärt. So lehrt Papinian *libro XXXVI. Quaestionum*<sup>97)</sup>, daß beym Incest das Geschlecht so gut, wie das Alter zur Entschuldigung gereichen solle. *Incestum autem*, sagt er, *quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate, vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit: utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit.* Und noch vorher<sup>98)</sup> heißt es: *Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti criminе erit excusata.* Ein Gleiches geschieht vom Marcian bey dem Verbrechen der Prävarication. Frauenspersonen sind hier so gut, als Minderjährige, von den Nachtheilen entbunden, welche das SCtum Turpilianum dem Ankläger drohte, welcher die Anklage ohne Abolition wieder aufgibt<sup>99)</sup>. Eben so soll nach der Lehre des Callistratus<sup>100)</sup> die Tochter, welche auf Geheiß der Mutter für sich selbst ein Legat in dem Testamente derselben schreibt,

ihrer Fortbildung und dem Verschwinden derselben (in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgeg. von Grolman u. Lohr). z. B. 4. St. Nr. XII.

97) *L. 38. §. 7. D. ad L. Jul. de adulter.*

98) *L. 38. cit. §. 2.*

99) *L. 1. §. 10. D. ad SCtum Tarpill.*

100) *L. 15. §. 5. D. de Lege Cornelia de falsis.*

von der Lex Cornelia frey seyn. Da die Kaiser Honorius und Theodosius verordneten sogar ganz allgemein <sup>1)</sup>. Et malieribus et minoribus in his, quae vel praetermisserint, vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum. Daß auch wirklich den Frauenspersonen, wenn sie die Ergreifung gesünder Maasregeln zur Sicherung des Ihrigen versäumt haben, eben so, wie den Minderjährigen, die Rechtsunwissenheit zu statten komme, um dagegen Restitution zu erhalten, behauptete selbst unser Paulus, wenn er libro XIV. ad Edictum <sup>2)</sup> sagt: Si servus inveniatur, qui, antequam iudicium accipiatur, fideiussit iudicatum solvi: succurrendum est actori, ut ex integro caveatur. Minori quoque viginti quinque annis succurrendum est: fortasse et mulieri propter imperitiam. Dennoch läßt sich nicht beweisen, daß eine völlige Rechtsgleichheit zwischen Frauenspersonen und Minderjährigen zu irgend einer Zeit Statt gefunden habe, so nahe sich auch beyde einander gekommen sind. Schon Papinian <sup>3)</sup> sagt, in Fällen, wo es blos darauf abgesehen seyn, einen Gewinn zu machen, gereiche den Frauenspersonen die Unkunde des Rechts zu keiner Entschuldigung. Sie schadet ihnen daher ohne Zweifel, wenn sie die bonorum possessio binnen der gesetzlichen Frist nachzusuchen unterlassen haben <sup>4)</sup>. Da hingegen den Minderjährigen auch in diesen Fällen die Unwissenheit des Rechts ganz unschädlich ist, wie dieser Vorzug der Minderjährigen auch in einer

1) L. 3. Cod. Theod. II. 17. de integri restitut.

2) L. 8. §. 2. D. Qui sadisdare cogant.

3) L. 8. D. h. t.

4) L. 5. Cod. h. t.

schon oben vorgekommenen eignen Constitution des Kaisers Constantinus<sup>5)</sup> ausgezeichnet wird, ob wohl auch hier zuweilen dem weiblichen Geschlechte Nachsicht gestattet wurde, wenn sich z. B. eine Frauensperson aus Irrthum als eine solche Person beym Fiscus angegeben hatte, welche nicht das Ganze aus einem Testamente erhalten könne, wo ihr der Rechtsirrthum unnachtheilig seyn soll<sup>6)</sup>. In dieser Hinsicht sagt also Paulus von Minderjährigen ganz allgemein, daß ihnen die Unwissenheit des Rechts nicht zugerechnet werde, von den Frauenspersonen aber, daß ihnen nicht eben so, sondern nur in gewissen Fällen, (in quibusdam causis) die Rechtsurkunde unnachtheilig sey, jedoch in Ansehung beyder unter der ausdrücklichen Einschränkung, wenn kein Verbrechen dabei obwaltet, sondern sie durch Unwissenheit des Rechts Schaden leiden. In den Basiliken<sup>7)</sup> heißt es: οὐ δέ τοῦ νόμου (οὐ νοία) πατρας (βλάπτει) πλὴν τῶν ἀφηλίκων, καὶ εὐ τοῖ τῶν γυναικῶν, εὐθα μή ἐστιν ἀνάρτημα, ἀλλά νόμου ἄγγεια. Da sie jedoch entschuldigt sind, wenn sie bloß gegen Verbote des Civilrechts gehandelt haben, so können die Worte: *sicubi non est delictum*, nur von solchen Verbrechen verstanden werden, welche schon das natürliche Recht verbietet, wie z. B. Diebstahl, Ehebruch u. dgl. Denn die Unwissenheit des natürlichen Rechts entschuldigt Niemanden<sup>8)</sup>. Hatten nun gleich die Kaiser Honorius und Theodosius in der oben angeführten

5) L. 11. Cod. eodem.

6) L. 2. §. 7. D. de iure fisci.

7) Tom. I. pag. 96. Const. 9. pr.

8) G. Cujacius ad L. 9. pr. D. h. t. in Operib. Tom. IV. P. I. pag. 956.

Constitution aus dem Jahre 414 die Frauenspersonen und Minderjährigen ohne Unterschied in eine Klasse gesetzt, so bestimmten doch die Kaiser Leo und Anthemius in einer Constitution aus dem Jahre 469<sup>9)</sup>), dieses genauer darin, daß den Frauenspersonen, nicht wegen eines jeden Nachtheils, den sie durch Versäumnis oder Rechtsunkunde sich zugezogen haben, sondern nur in den durch frühere Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen, eine Rechtshilfe angedeihen solle. *Ne passim liceat mulieribus,* so lauten die Worte derselben, *omnes suos contractus retractare, in his, quae praetermisericordia vel ignorantia statuimus, si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius, vel substantiam suam patientur, in his tantum casibus, in quibus praeteritum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.* In Gemäßheit dieser Constitution haben daher auch die Verfasser des Justinianischen Codex die Worte *et mulieribus* aus der oben angeführten Verordnung der Kaiser Honorius und Theodosius weggelassen, und sie blos auf minores beschränkt, wie aus L. 8. Cod. de in integr. restitut. minor. erhellet. Zu den Ausnahmen, wo die Rechtsunwissenheit den Frauenspersonen verziehen wird, gehören noch folgende: 1) Es soll einer schwangeren Frau nicht zum Nachtheil gereichen, wenn sie aus Rechtsunkunde die gegen Unterschiebung fremder Kinder, oder zur Verhütung eines sonst möglichen Betrugs gesetzlich angeordneten Maßregeln unterläßt, oder sich ihnen widersezt<sup>10)</sup>.

9) L. ult. Cod. h. t.

10) L. 2. §. 1. D. de inspiciendo ventre. JULIANUS libr. XXIV. Digestor. Sed hoc aliquando remittere Praesul'st Erläut. d. Pand. 22. §. 3.

2) Es soll den Frauenspersonen unschädlich seyn, mithin die deshalb angeordnete Pönalklage gegen sie nicht Statt finden, wenn sie die Edition der Rechnungen und Urkunden verweigern <sup>11)</sup>). Sie können ferner 3) eine nach vorher gegangener Intercession aus Unwissenheit der ihnen deshalb zustehenden Rechtswohlthat geleistete Zahlung zurückfordern <sup>12)</sup>). 4) Sie sind von der Last des Beweises frey, daß die Zahlung einer vermeinten Schuld, die sie als ein indebitum zurückfordern, ohne Verpflichtung geschehen sey <sup>13)</sup>).

3) Soldaten sind in gewisser Hinsicht mehr, in gewisser Hinsicht aber auch weniger privilegiert als Frauenspersonen. Zwar sind in Ansehung derselben die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung <sup>14)</sup>). Das Wahre aber

tor debet, si non malitia, sed *imperitia mulieris* factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custodiretur.

11) *L. 1. §. 5. D. de edendo. ULP. lib. IV. ad Edictum.*  
Eis, qui ob aetatem, vel rusticitatē, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subveniantur. *G. den 4. Th. des Commentars. G. 286. b.*

12) *L. 9. Cod. ad SClum Vellejan. Imp. GORDIANUS.*  
Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen, si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, eius Senatusconsulti beneficio manitam se ignorans, locum habet repetitio.

13) *L. 25. §. 1. D. de probat. G. den 21. Th. dieses Commentars G. 387.*

14) Man s. den 13. Th. dieses Commentars. §. 834. G. 130. und Hufeland's Abhandlungen aus dem Civilrecht. I. B. Nr. V. G. 237.

spricht sich in folgenden Säzen aus. a) Soldaten sind, was den Rechtserwerb anbetrifft, auch in den Fällen privilegiert, wo blos vom Gewinn die Rede ist. Paulus führt das Beispiel an, da ein von seinem Kriegskameraden zum Erben eingesetzter Soldat, der noch unter väterslicher Gewalt steht, nicht weiß, daß ihm die Erbschaftsantritung auch ohne des Vaters Zustimmung freystehe. Hier soll ihm nach den kaiserlichen Verordnungen die Rechtsunkunde nicht schaden. Es ist also für ihn die Zeit der Antritung nicht abgelaufen<sup>15)</sup>). Eine Anwendung davon auf

- 15) Ich habe schon oben Not. 86. S. 341. bemerkt, daß die Negation in den letzten Worten des §. 1. unserer L. 9. welche in der Florentinischen und den Basiliken fehlt, nothwendig sey, und daher: *et ideo ei dies aditionis non cedit*, gelesen werden müsse. Herr Prof. Mühlendorf in der angef. Abhandlung über *iuris und facti ignorantia* §. 9. S. 445. Not. 73. meint jedoch, es ließe sich die florent. Leseart wohl vertheidigen, wenn man den Ausdruck *cedit dies* hier in dem Sinne nimmt, in welchem es freyslich nur bey den Vermächtnissen vorkommt, nach dem gemeinen Sprachgebrauch aber auch auf eine Erbschaft bezogen werden kann. Der Sinn dieser Worte sey also der: daß Recht auf die Erbschaftsantritung ist ihm erworben, er transmittirt es folglich auf seine Erben. Allein schwerlich möchte eine Stelle in unserm corpus iuris aufzuweisen seyn, wo der Ausdruck *cedit dies* auch bey Erbschaften in der Bedeutung, wie bey Vermächtnissen gebraucht worden sey. Was bey Vermächtnissen *cessio dici* heißt, ist bey den Erbschaften die *delatio*. L. 151. D. de Verb. Signif. Cedunt legata (προχωρεῖ τα ληγάτα) sagt THOPHILUS in Paraphr. ad §. 20. I. de legat. cum delata, (κατερεχθῆ) nobis

die bonorum possessio enthält unstreitig folgendes Re-  
script der Kaiser Sever und Antoninus<sup>16)</sup>: Si Valerianus Centurio cohortis duodecimae Alpinorum ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est. Es ist zwar darin von der Rechtsunwissenheit nicht ausdrücklich die Rede, sie wird vielmehr von mehreren Rechtsgelehrten<sup>17)</sup> von dem Falle erklärt, da ein Soldat

fuerint. Cessio autem ( $\piροχθρησις$ ) est legatorum nondum perceptorum ad heredes transmissio. Allein ein Recht auf Erwerbung einer Erbschaft, welches gleich mit dem Tode des Erblassers seinen Anfang nimmt, ist nicht so, wie die cessio diei bey Vermächtnissen, mit dem Uebergange derselben auf die Erben verbunden. Hereditas non adita non transmittitur. L. ur. §. 5. C. de cedac. toll. welche Regel auch bey der Bonorum possessio gilt. S. Koch's Bonorum possessio. §. 6. S. 71. Das Recht auf Erwerbung geht also durch den vor der Amtretung erfolgten Tod eben so, wie durch Versäumniss der zur Ausübung derselben gesetzten Frist verloren. Gegen den Nachtheil dieser Versäumung schützt nun unser Gesetz die Soldaten, weil ihnen die Rechtsunkunde verziehen wird. Auch die Basilica Tom. I. pag. 96. welche die Negation nicht haben, nehmen doch den Ausdruck cedere für currere, καὶ τρέχει ὁ χρόνος τῆς κληρονομίας, so wie ihn unser Paulus L. 1. §. 1. et 3. D. h. t. genommen hat.

16) L. 1. Cod. de restit. milit. S. Jac. Voonka Interpret. et Emendation. iur. Rom. Lib. II. cap. 21.

17) Hub. GYRMANIUS Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad L. 1. cit. pag. 123.

in Dienstsachen abwesend, oder gefangen; und dadurch verhindert worden; allein da das Gesetz ganz allgemein spricht, so kann es auch von einer Rechtsunwissenheit verstanden werden. Aber auch im umgekehrten Falle, wenn Soldaten eine ihnen angefallene Erbschaft aus Unkunde des Rechts angenommen haben, ohne die gesetzliche Vorschrift im Betreff eines zu erreichenden Inventariums beobachtet zu haben, sollen sie gegen allen Nachtheil gesichert seyn. Justinian<sup>18)</sup> sagt ausdrücklich: *scilicet ut milites, etsi propter simplicitatem praesentis legis subtilitatem non observarint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint.* Schon vor Justinian waren Soldaten hierin nach einer Verordnung des Kaisers Gordian gegen die Folgen übereilter Erbschaftsantrittung in soweit gedeckt, daß sie nicht über den Betrag der Erbschaft haften durften. *Sed et veterem constitutionem non ignoramus,* sagt Justinian<sup>19)</sup>, *quam Divus GORDIANUS ad Platonem scripsit de militibus,*<sup>20)</sup> *qui per ignorantiam hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur.* Cuius sensus ad unam praefatarum constitutionum a nobis redactus est. *Arma etenim magis, quam iura scire milites, sacratissimus legislator existimavit*<sup>20)</sup>.

b) In Rücksicht des Prozesses sind Soldaten darin privilegiirt, daß sie Einreden, welche sie während eines

18) *L. ult. §. ult. Cod. de iure delib.*

19) *L. ult. pr. Cod. eodem.*

20) *Jo. Voxt de iure militari. Cap. VI. §. 9.*

Prozeßes aus Rechtsunkunde vorzuschützen unterlassen haben, noch in der Executionsinstanz vorbringen können, sofern sie noch keine Zahlung geleistet haben; denn das schon Bezahlte kann aus diesem Grunde nicht wieder zurückfordert werden. So presribirt Kr. Antoninus an einen gewissen Soldaten Maximus<sup>21)</sup>. Quamvis, cum causam tuam ageres, ignorantia iuris propter simplicitatem armatae militiae allegationes competentes omiseris: tamen si nondum satisfecisti, permitto tibi, si caeperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti. Sie sind ferner bey der condictio indebiti von der Beweislast frey, daß die Zahlung, die sie zurückfordern, ohne eine vorhandene Schuld geschehen sey<sup>22)</sup>.

c) Bey der Uebertretung von Strafgesetzen sollen sie  
 α) der Strafe der Zolldefraudation nicht unterworfen seyn, wenn sie Waaren zu verzollen unterlassen haben. Man nimmt an, es sey aus Unwissenheit geschehen, deswegen soll ihnen von den Publicanis angezeigt werden, wie viel sie an Zoll zu entrichten haben<sup>23)</sup>. β) Ihnen ist ferner die Strafe der Lex Cornelia erlassen, wenn sie aus Unkunde des Rechts im Testament eines Kriegskameraden auf dessen Verlangen sich selbst ein Legat geschrieben haben. Quod adhibitus ad testamentum commilitonis scribendum, so presribirt Kr. Antoninus an einen gewissen Soldaten Gallienus<sup>24)</sup>, iussu eius ser-

21) L. 1. Cod. h. t.

22) L. 25. §. 1. D. de probat.

23) L. 3. Cod. IV. 61. de vectigal. S. Voigt de iure militari c. l.

24) L. 5. Cod. de his, qui sibi adsorib. in testam.

vum tibi adscripsisti, pro non scripto habetur, et ideo id legatum petere non potes: sed secuto tenore indulgentiae meae, poena legis Corneliae tibi remittitur, in quam credo te magis errore quam malitia incidisse. Endlich soll γ) auch den angehenden Soldaten die Unwissenheit der militärischen Disciplinargesetze nicht zum Nachtheil gereichen<sup>25)</sup>). Nur in Ansehung des incestus iuris civilis sind Soldaten weniger begünstigt, als Frauenspersonen<sup>26)</sup>.

Die vom Paulus aufgestellte Regel über den verschiedenen Einfluß des rechtlichen und factischen Irrthums leidet nun aber eine allgemeine Modification, welche der römische Jurist nach §. 2. et 3. noch befügt. Nämlich factische Unwissenheit wird nur in sofern verziehen, als sie keine grobe Unachtsamkeit und sorglosen Leichtsinne verräth; eine solche träge Unachtsamkeit und Sorglosigkeit würde, sagt Paulus sehr treffend, dem zur Last fallen, welcher dasjenige nicht zu wissen vorgiebt, was alle wissen. Die beifügten Worte: scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possunt, erhalten ihre Erläuterung aus dem, was schon bey Erklärung der L. 6. h. t. bemerkt worden ist. Es fragt sich nur noch, wer hier den Beweis zu führen habe? Stellen die Gesetze in Rücksicht auf die Person

25) L. 4. §. 15. D. de re militari.

26) L. 11. §. 1. D. ad Leg. Jul. de adulter. verbunden mit L. 38. §. 1. et 2. D. eodem. S. Cujacius Commentar. in libr. XXXVI. Quaest. PAPINIANI ad L. 38. D. ad L. Jul. de adulter. Oper. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 859.

oder Rechtsverhältnisse irgend eine Vermuthung auf, wie z. B. bei der Zurückforderung einer Rechtschuld<sup>27)</sup>; so hat der zu beweisen, welcher die Vermuthung gegen sich hat. Ist dieses nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, ob derjenige, welcher den Irrthum für sich anführt, daraus ein Recht ableiten, und solches klagend verfolgen will, oder nicht, sondern sich nur von den Ansprüchen eines Andern oder einer Strafe befreien will. Im ersten Falle muß der Kläger den Irrthum, als Grund seiner Klage, nachweisen<sup>28)</sup>. In dem letztern Falle hingegen war entweder Wissenschaft von dem Irrtenden zu erwarten, oder nicht. In dem ersten Falle liegt ihm der Beweis ob<sup>29)</sup>, in dem letztern aber kann er den Beweis der Wissenschaft von seinem Gegner erwarten<sup>30)</sup>, wofern er nicht etwa die Unwissenheit als Entschuldigungsgrund gegen die sonst verwirkte Strafe vor- schützt<sup>31)</sup>. Nach dem Römischen Rechte finden zwar auch zum Beweise des Irrthums nur die ordentlichen Beweismittel Statt; allein da der Beweis in solchen Fällen schwer zu führen ist, so läßt das kanonische Recht die eidliche Bestärkung desjenigen zu, welcher sich geirrt zu haben, behauptet<sup>32)</sup>.

27) L. 25. pr. §. 1. et 4. D. de probat.

28) L. 25. pr. et §. 2. D. cit. Cap. 6. X. Qui matrimon. accusare possunt. Cap. 8. de elect. in Vito.

29) L. 7. (II. 22.) Cod. de in integr. restitut. minor. L. 57. (VII. 16.) Cod. de liberali causa.

30) §. 4. in fin. J. de legat. L. 6. (XII. 34.) Cod. Qui militare poss.

31) Cap. 4. X. de sententia excommunicat.

32) Cap. 4. X. de exception. Cap. 6. X. Qui matrimon. accusare poss. Cap. 4. X. de sentent. excommunicat.

Soviel hiernächst den Rechtsirrthum anbetrifft, so ist die Regel, daß Rechtsunwissenheit nicht entschuldige, nach Labeo nur unter der Einschränkung zu verstehen, wenn der dieselbe Vorschützende eine Rechtsbelehrung hätte erhalten können, oder selbst Rechtsgelehrter ist, so daß also nur dem, welcher das Gesetz kennen konnte, seine Unwissenheit zum Nachtheil gereicht. Denn wäre keiner von beyden Fällen vorhanden, und also dem Irrrenden alle Gelegenheit abgeschnitten gewesen, sich belehren zu lassen, so würde bey dem Rechtsirrthum eben so, wie bey dem factischen, die Berufung auf Unwissenheit unbedingt, und also auch selbst da Statt finden, wo der Nachtheil nur in der Unterbehrung eines Gewinns besteht, den man hätte machen können<sup>33)</sup>). Paulus billiget mit Recht diese vom Labeo aufgestellte Ausnahmen; macht aber freylich die sehr richtige Bemerkung dabey, daß diese Ausnahme selten zur Anwendung kommen werde. So ist §. 3. zu verstehen, wo Paulus sagt: *Sed iuris ignorantiam non prodesse, LABEO ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet, aut sua prudentia instructus sit<sup>34)</sup>,* ut cui facile sit scire, ei detimento sit

*Cap. 8. de electione in Vito.* S. Hermann von den Wirkungen des Irrthums §. 12. Underer Meinung ist zwar Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. Band. Abb. IV. Nr. 6. Allein man sehe, was dagegen von Löhr in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. IV. Bandes. 2. Hefte. Nr. IV. S. 55—56. erinnert hat.

33) Die Anwendungen in den L. 10. D. *de bonor. possess.* und L. 2. §. 4. D. *Quis ordo in bon. poss. servet.* bestätigen dieses ganz deutlich.

34) Der griechische Scholiast in den Basilicis Tom. I. p. 100. Schol. i. fügt bey dem Wort *instructus* hinzu: Ητοι ἐ

iuris ignorantia: *quod raro accipiendum est.* Der ganze Zusammenhang lehrt also, daß die letzten Worte auf die ganze Modification, und nicht blos auf das unmittelbar vorher Gesagte sich beziehen<sup>35)</sup>.

In den folgenden Paragraphen führt nun Paulus noch einige Beispiele sowohl von der *ignorantia facti* als *iuris* an.

§. 4. Es kauft Jemand eine Sache von dem wahren Eigenthümer, den er aus Irrthum für einen Nichteigenthümer hält. Ein solcher factischer Irrthum ist unschädlich, und steht der Erwerbung des Eigenthums nicht im Wege. Es tritt vielmehr hier die Regel ein: *plus in re est, quam in existimatione mentis*<sup>36)</sup>. Diese Regel, daß die Wahrheit mehr gilt, als die falsche Meinung, findet jedoch nur in den Fällen Anwendung, wo die falsche Meinung dem Willen des Handelnden nicht entgegen ist, sondern das Geschäft, des Irrthums ungeachtet, dennoch von Wirkung seyn kann<sup>37)</sup>. Dies ist nun hier der Fall. Denn

*νέος ἔχει τὸν ἐπίτροπον, οὐ ἀσωτος τὸν κορպάτωρα.*  
i. e. vel minor tutorem habet, prodigus curatorem.

35) S. Mühlenbrück Ueber iuris und facti ignorantia.

§. 4. S. 582. Not. 50.

36) Diese Regel wird in mehreren ähnlichen Fällen angewendet. §. 11. *J. de legat.* L. 2. §. 15. *pro emtore.* L. 4. §. 1. *D. de manumiss. vind.*

37) VINNIUS in Commentar. ad §. 11. I. *de legatis* nr. 2. sagt: Regula, *plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione*, locum tantum in iis casibus habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit et possit id, in quo errat. Oder wie Franc. Bauduinus in Commentar. ad eundem §. pag. 55. sagt: Ubi

da der Verkäufer wirklich Eigentümer war, so war zur Erwerbung des Eigenthums eine Usucaption überflüssig. Das Eigenthum gieng also durch die Tradition auf den Käufer über, weil es der Verkäufer übertragen konnte und wollte, und der Käufer, seines Irrwahns ungeachtet, dens noch die Absicht hatte, sich die Sache zuzueignen. Bei solchen Handlungen hingegen, welche einen ernstlichen Willen und feste Entschließung des Handelnden erfordern, die durch die falsche Vorstellung des Handelnden gehindert wird, gilt die entgegengesetzte Regel<sup>38)</sup>, wie z. B. bei der Antritung und Ausschlagung einer Erbschaft. Hier heißt es, wie Ulpian<sup>39)</sup> sagt: *Plus est in opinione, quam in veritate*<sup>40)</sup>.

In den folgenden §. 3. führt Paulus auch ein Beispiel von einem Rechtsirrthum an, um daran die nachtheilige Folge desselben zu zeigen. Nämlich wenn der Erbe aus

non minus suffragari videtur veritati, quam opinioni voluntas: et id quod agitur, veritatis nomine sustinetur, quod alioqui opinionis error subverteret. Man siehe auch Ev. Otto und Jan. a Costa Comm. ad §. eund. Institut.

38) VINNIUS c. l. In iis vero actibus, qui ab animo aestimantur et pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cuiusmodi sunt aditio et repudatio hereditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quam in veritate. L. 15. et 18. juncta L. 19. D. de acquir. heredit. Und BALDUINUS in Comm. ad Inst. c. l. At ubi pugnat cum voluntate opinio, non potest non opinionis errore subverti, quod a certa pendet voluntate.

39) L. 15. D. de acquir. vel omitt. hered.

40) S. die Erklärung der L. 3. D. h. t. oben S. 285. f.

Unwissenheit des Rechts den Abzug der quarta Falcidia unterläßt. Daß hier das Zuvielbezahlte nicht zurückgefordert werden könne, bestärkt er nicht nur durch ein Rescript des Divus Pius, sondern er führt auch noch ein anderes von den Kaisern Severus und Antoninus wörtlich an. Es betrifft folgenden Fall. Ein gewisser Testirer Gargilianus hatte der Stadt Cirtha in Numidien eine gewisse Summe vermacht, zur Anlegung einer Wasserleitung. Ob nun gleich auch legata Republicae relictum dem Abzuge der Falcidie unterworfen sind<sup>41</sup>); so hatten dennoch die Erben desselben aus Unkunde der Rechte das ganze Vermächtniß der Stadt ohne Abzug ausgezahlt, und blos von dem Curator der Stadt sich Caution leisten lassen, daß das Geld zu keinem andern Zweck, als zu dem eines Aqueducts, verwendet werden solle; die sonst gewöhnliche Caution hingegen, welche geleistet zu werden pflegt, wenn es in einem gewissen Falle noch zweifelhaft ist, ob die Falcidie Statt finde, daß nämlich dasjenige, was über die Lex Falcidia bezahlt worden, zurückgegeben werden solle, hatten sie nicht verlangt. Das Geld wurde auch nachher zu einer Wasserleitung wirklich verwendet, und der Name des Erbläfers, als Stifters dieses Werks, zierte die Fronte desselben<sup>42</sup>). Nun entstand die Frage, ob nicht die Erben, welche unterdessen ihren Rechtsirrthum eingesehen hatten, das, was sie über die Falcidie bezahlt hatten, zurückfordern könnten? Die Kaiser rescribiren, eine Zurückforderung finde in dem gegenwärtigen Falle nicht Statt. Warum? Ihr Entscheidungsgrund ist, es sey unbillig, das Geld zurückfordern zu wollen, was doch nach der Absicht des Erbläfers zum

41) L. 1. §. 5. D. ad Leg. Falcid.

42) L. 2. D. de operib. public.

Werk einer öffentlichen Wasserleitung einmal bestimmt war; und daß ein Werk mit fremden Namen prange, und eine fremde Freygebigkeit preise, welches doch mit öffentlichem Gelde erbauet worden seyn. Ueberdem sollen die Erben wissen, daß zwar ein thatfächlicher Irrthum zur Zurückforderung berechtige, aber kein Rechtsirrthum, denn auf einen solchen sich zu berufen, sei Thorheit<sup>43)</sup>. Paulus macht hierbei noch die Bemerkung, daß wenn gleich das Rescript einen besondern Fall entscheide, dennoch die Entscheidung nicht auf diesen zu beschränken sey. Denn der Eingang des Rescripts enthalte den allgemeinen Satz, wenn ein Fideicommiss nicht aus einem factischen Irrthum ohne Rechtsverbindlichkeit bezahlt worden ist, so finde keine Zurückforderung Statt. Auch der Schluß des Rescripts stelle eine ganz allgemeine Rechtsregel auf, daß nur factischer Irrthum, aber nicht Unwissenheit des Rechts unschädlich sey, und wende sie auf den Erben an, der aus Unwissenheit des Rechts sich der Wohlthat des Falcidischen Gesetzes nicht bedient hat, und daher nichts weiter zurückfordern könne<sup>44)</sup>. In Gemäßheit dieser Regel kommt es denn auch gar nicht weiter darauf an, ob das als Vermächtniß ausgezahlte Geld zu einem bestimmten Zweck vermacht worden, oder nicht, und wenn es auch noch nicht ausgegeben, sondern bey dem noch vorhanden seyn sollte, dem es bezahlt worden ist; die Zurückforderung fällt in dem einen, wie in dem

43) S. CUSACIUS in Comment. in h. Tit. Dig. ad h. L. Oper. Tom. IV. P. I. pag. 958.

44) Ein schöner Beleg zu den oben S. 339. gemachten Bemerkung. S. auch DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. Jo. Lud. CONRADI Observation. iuris civ. Vol. I. §. 12. pag. 68.

andern Falle, weg. Es widerlegt sich hierdurch die Behauptung mehrerer älterer Rechtsgelehrten<sup>45)</sup>, daß die Lex Falcidia dem Erben wegen der ihm gebührenden Quarte nur ein Retentionsrecht, aber kein Klagerrecht gestattet habe, und daß letzteres erst durch Justinian demselben gegeben worden sei<sup>46)</sup>. Denn auch davon abgesehen, daß Justinian in der unten angeführten Constitution weder von Legaten, noch von einem neuen Rechtsmittel wegen der Falcidischen Quarte redet, sondern blos das Recht der Falcidie, welches schon längst vorher bey Schenkungen von Todes wegen gegolten hatte, blos auf mortis causa capiones anwendet; so ist in der That nicht zu begreifen, wie hier auf den Unterschied zwischen iuris und facti noch etwas ankommen könnte, wenn dem Erben, außer dem Falle, wo das Interdictum quod legatorum begründet war, kein Zurückforderungsrecht des zu viel Gezahlten zugestanden hätte. Es fehlt auch nicht an deutlichen Gesetzstellen<sup>47)</sup>, welche dem Erben das Vindicationssrecht wegen der Falcidie gestatten. Und so zerfällt denn auch die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten<sup>48)</sup> in ihr

45) Cujacius Observation. Lib. VIII. cap. 2. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 5.

46) L. 18. C. ad Legem Falcidiam.

47) L. 76. §. 1. D. de rei vindicat. L. 1. §. 11. L. 26. pr. D. ad Leg. Falcid. Die Meinung des Cujac ist auch schon längst von Bachovius in Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. XIV. Th. IV. p. 867. und Jac. Voorda in Commentar. ad Legem Falcidiam Cap. XIII. §. 5. widerlegt. Man sehe auch Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1344.—§ 1347.

48) RANCHINUS c. l. und CORN. VAN BRINKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 7.

Nichts, daß Justinian das vom Paulus hier vorgebrachte Recht aufgehoben habe, und nun selbst der Rechtsirrthum den Erben nicht mehr hindere, das über die Falscidie Bezahlte zurückzufordern. Denn wie hätte Justinian die Verordnung des Kaisers Gordian L. 9. Cod. ad Legem Falcidiam, welche in den Worten: *Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit.* Is autem, qui sciens, se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet, *quin etiam si ius ignoraverit, cessat repetitio;* den Unterschied zwischen error facti und iuris in Beziehung auf die Falscidie noch so genau bestimmt, unabgeändert in seinen Codex aufnehmen können, wenn er dieses Gesetz aufgehoben hätte? Gewiß Niemand wird dieses im Ernst glauben, der Justinians Maxime bei Abänderung des ältern Rechts kennt<sup>49)</sup>.

Ich schließe die Erklärung dieses wichtigen Gesetzes mit der Bemerkung, daß in den Fällen, wo der Irrthum dem Irrrenden verziehen wird, ihm, wo nicht deshalb eine ordentliche Klage, wie z. B. die *condictio indebiti*, statt findet, durch eine *restitutio in integrum* geholfen werden kann<sup>50)</sup>.

49) Abr. WIBLING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. und PÜTTMANN Interpretation. et Observation. iuris Rom. Cap. 34.

50) L. 2. D. de in integr. restitut. L. 1. §. 6. et L. 2. D. Quod falso tut. auct. DOMPIERRE de JONQUIERES Specim. de restitutionib. in integrum. pag. 560. sq. von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. 4. Bandes, 1. Hest. S. 53.

L. 10. PAPINIANUS *Libro VI. Responsorum.*

**Impuberis sine tutore agentes, nihil posse<sup>51)</sup> scire intelliguntur.**

Alle Nachtheile, welche Irrthum und Unwissenheit sonst zur Folge haben, fallen bey den Handlungen derselben Personen weg, welche die Gesetze für willenlos erklären, gesetzt auch, daß diese Personen mit vollem Bewußtsein gehandelt hätten. Papinian rechnet dahin Unmündige, welche ohne ihren Wormund handeln. Es kann jedoch hier nur von solchen Handlungen die Rede seyn, welche an sich erlaubt sind. Denn in Beziehung auf unerlaubte Handlungen werden pubertati proximi schon eines Dolus fähig gehalten<sup>52)</sup>. Von diesen gilt, was Paulus<sup>53)</sup> sagt: *Pupillus, ubi ex re actio venit, obligatus etiam sine tutoris auctoritate.*

51) Cod. Erlang. posse de facto vel de iure scire. Eben so Halaander, Miräus, Baudoza, und Merlinus. Russard macht dabei die Bemerkung: Haec verba ex margine in contextum irrepsisse, glossa Accursii indicat. Brenkmann bemerkt ferner in der Göttlinger Ausgabe, daß in den florentinischen Handbüchern nihil posse vel scire gelesen werde. Diese Leseart fand er auch noch in fünf andern von ihm daselbst genannten Manuscripten. Ich bemerkte noch, daß unter meinen Ausgaben, die ich verglichen habe, bloß Claud. Chassalon nihil posse vel scire intelliguntur liest. Diese Leseart bestärken auch die Basilica Tom. I. p. 97. Οι δονβοι χωρὶς τῶν ἐπιτρόπων πράττοντες, οὐδὲ δοκοῦσι δράσσαι, η̄ γινώσκειν.

52) L. 111. D. de reg. iur. L. 13. §. 1. D. de dolo. L. 4. §. 26. D. de doli mali et met. exc.

53) L. 46. D. de obligat. et action.

Papinian scheint nun hier vorzüglich auf diejenigen Handlungen Rücksicht genommen zu haben, bei denen es auf das scire und posse vorzüglich ankommt, und wo die davon vorkommenden Zeitfristen utiliter berechnet werden. Dies ist besonders der Fall bei der crietio oder aditio hereditatis und admissio bonorum possessionis, worauf auch der griechische Scholast<sup>54)</sup> in den Basiliken, und Euiaz<sup>55)</sup> den Ausspruch Papinians anwenden. Denn die feierlichen Worte der Cretion waren: *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus SCIERIS POTERISQUE: nisi ita creveris, exheres esto*<sup>56)</sup>. Eben so sind die Tage, binnen welchen die bonorum possessio zu suchen ist, dies utiles, scilicet *ut per singulos dies et SCIERIT et POTUERIT admittere bonorum possessionem*, wie Ulpian<sup>57)</sup> sagt. Hierauf geht denn auch das Rescript der Kaiser Severus und Antoninus L. s. Cod. *Qui admitti ad bonor. possess. possunt: Si bonorum possessio tibi duntaxat competit proximitatis nomine, habuisti spatium centum dierum utilium; ex quo defunctum scisti, ad bonorum possessionem amplectendam.* Diese Tage können nun einem Pupillen nicht verrinnen, der keinen Tutor zur Seite hat, mit dessen Auctorität er die Erbschaft antreten oder die bonorum possessio suchen kann, quia impo-

54) Tom. I. Lib. II. Tit. 4. Schol. n. pag. 100.

55) Commentar. in Libr. VI. Responsor. Papiniani ad L. ult. D. h. t. *Operum a FABRO editor. Tom. I.* pag. 224.

56) S. UPLIAN. *Fragm. Tit. XXII. §. 27.*

57) L. s. pr. D. *Quis ordo in possess. servetur.*

beres sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur; oder wie sich Paulus libro II. ad Sabinum<sup>58)</sup> ausdrückt: *Neque enim scire neque decernere talis aetas potest.* Eben dieses bestätigt Ulpian, wenn er libro I. ad Sabinum<sup>59)</sup> sagt: *Impubes nec bonorum possessionem admittere, nec iudicium sine tutoris auctoritate accipere potest.* Weil jedoch der Vormund für den Mündel, so wie der Vater für sein Kind, die bonorum possessio bitten kann, so macht die Wissenschaft des Vormunds oder Vaters, daß der Lauf der Tage beginnt, binnen welchen die bonorum possessio gesucht werden muß. Eben dieses lehrt Ulpian, wenn er am angeführten Orte sagt: *Quia tutor pupillo, et pater infra filio bonorum possessionem petere possunt, dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet*<sup>60).</sup> Es fragt sich nur, wie dieses zu verstehen sey? Schadet etwa die Wissenschaft des Vormunds dem Pupillen? Eujaz<sup>61)</sup>

58) L. 9. D. de acquir. vel omitt. hered.

59) L. 7. §. 1. D. de bonor. possess.

60) Die Abtheilung dieser Stelle durch §. 2. scheint mir unrichtig zu seyn. Denn die Worte *Quia tutor etc.* enthalten offenbar den Grund des Nachsages. Das §. Zischen muß also vor den Worten: *quia tutor*, stehen. Diesen Fehler der Interpunction, ber sich ebenso in der Taurellischen, wie in allen übrigen Ausgaben der Pandecten findet, hat auch Em. MERILLIUS Observation. libr. V. cap. 2. gerügt.

61) Commentar. in Libr. XV. Quaestion. Papiniani ad L. 1. D. de bonor. possess. furioso infanti etc. Oper. T. I. pag. 407. et in Libr. VI. Responsor. Papin. ad L. ult. h. t. und Observat. Lib. XIV. cap. 8.

und Corn. vān Ed<sup>62)</sup> glauben es. Ersterer führt folgende Gründe an. Der Tutor steht mit seinem Pupillen in demselben Verhältniß, wie der Actor einer Stadt mit der res publica<sup>63)</sup>). Denn letztere wird in den Gesetzen mit einem Pupillen verglichen<sup>64)</sup>). Nun werde dasjenige, was die Vorsteher einer Stadt wissen, für die eigene Wissenschaft der Bürger derselben gehalten<sup>65)</sup>). Den Bürgern fingen daher die Tage zu laufen an, da die Vorsteher gewußt, daß der Stadt die bonorum possessio deferirt sey. Gerade so verhalte sich's auch mit den Vormündern, deren Wissenschaft auch in mehreren andern Fällen den Pupillen schade<sup>66)</sup>). Edmund Merille<sup>67)</sup> und Ulrich Huber<sup>68)</sup> sind hingegen ganz anderer Meinung. Sie sagen, die Wissenschaft des Vormunds, so wie die des Vaters, schade zwar ihnen selbst, in sofern sie berechtigt sind, die bonorum possessio zu suchen; nur ihnen zum Nachtheil könne die Bittfrist ablaufen, aber dem Papillen sey die Wissenschaft des Vormundes eben so unschädlich, wie die

62) Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. Lib. XXXVII. Tit. 1.  
§. Tempus. pag. 247.

63) L. 78. §. 2. D. de legat. II.

64) L. 3. C. de iure reipubl.

65) L. 14. D. ad municipal.

66) L. 4. D. de trib. act. L. 22. §. ult. D. de liber. causa.  
L. 4. §. 23. D. de doli mali et met. except.

67) Observat. Lib. V. cap. 2. et Variant. ex Cujacio. Lib. I.  
cap. 43. Man sehe jedoch Osias AURELIUS ad Merilium Dispunct. 43. (in Thes. iur. Rom. Ottom. T. III.  
pag. 796.)

68) Praelect. iur. civ. ad Pand. Tom. II. Lib. XXXVII. Tit. 3.

Wissenschaft des Vaters dem Haushlinde. Diese letztere Meinung, welcher auch Voet<sup>69)</sup> bestimmt, verdient wohl unstrittig den Vorzug, und hat sowohl die oben von Terentius Clemens L. 5. h. t. gegebene Regel, als die L. 1. D. *de bonor. possess. furioso, infanti etc. compet.* und die L. 3. D. *Quis ordo in possession. servet.* für sich. Die Gründe des Cujaz sind auch, wenn man sie etwas genauer prüft, so scheinbar sie auch seyn mögen, leicht zu widerlegen. Papinian mag wohl das, was die L. 14. D. *ad municipalem* enthält, in Beziehung auf das Gesuch der bonorum possessio gesagt haben, wie daraus sich abnehmen lässt, daß die L. 1. D. *de bonor. possess. furioso, infanti etc. compet.* aus demselben libro XV Quæstionum PAPINIANI genommen ist. Allein gerade darin liegt der Beweis gegen Cujaz. Papinian stellt darin den Grundsatz auf: *Spatium temporis petendae bonorum possessioni praefinitum, scientibus tantum cedit.* Deswegen verfließe diese Zeitfrist weder einem Wahnsinnigen noch einem Infans, welches noch unter der väterlichen Gewalt steht, obgleich der Curator, und der Vater hätte bonorum possessio bitten können. Gesetzt nun, bey den Städten hätte eine Ausnahme Statt gefunden, so kann doch diese nicht auf Pupillen ausgedehnt werden, weil ja sonst Papinian mit sich selbst im Widerspruch gewesen wäre, welcher in unserer L. ult. h. t. sagt: *Impuberis sine tutore agentes nihil scire intelleguntur.* Weiß nun auch der Wormund, die bonorum possessio sey dem Pupillen deferirt, so kann man

69) Voet Comm. ad Pand. Lib. XXXVII. Tit. 1. §. 5.  
Man sehe auch SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XLI.  
§. 9.

doch unmöglich sagen, impuberes cum tutore agentes scire videntur. Denn es ist ja hier die Frage von einer versäumten Bittfrist, also von einem unterlassenen Gesuch der bonorum possessio! Nach dem Ausspruche des Paulus<sup>70)</sup> soll auch in Ansehung der Zeitfristen bey der bonorum possessio die Wissenschaft des Vaters dem Sohne nicht schaden; warum nun die Wissenschaft des Vormundes dem Pupillen? beyde sezt ja Ulpian<sup>71)</sup> in eine Classe. Unmöglich kann es also auf den Pupillen gehen, wenn letzter sagt: *dies, quibus tutor scit, cedere placet*, denn sonst müste es auch auf den Sohn gehen, weil es heißt, *quibus tutor aut pater scit*. Die Worte *aut pater* aber mit Cujaz<sup>72)</sup> als verba supposititia wegzustreichen, wird wohl Niemand billigen. Es scheint auch damit dem Cujaz kein rechter Ernst gewesen zu seyn. Denn in seinem Commentar über *L. 3. D. Quis ordo in bon. poss.*<sup>73)</sup> sagt er: *Nec obstat Legi 3. L. 7. §. ult. D. de bon. poss. quae ait, dies, quibus pater scit, cedere, neque enim dicit eos cedere filio: fateor eos cedere patri, maxime si filius infans sit, quia infantis nomine pater solus accipere aut repudiare bonorum possessionem potest, non cedunt tamen filio.* Et ideo si filius antequam scierit, se heredem scriptum esse, emancipatus sit, postea cognito testamento petere bonorum possessionem potest, etiamsi 100. dies praeterierint. Wenn nun gleich

70) *L. 3. D. Quis ordo in possess. servet.*

71) *L. 7. §. ult. D. de bonor poss.*

72) Observat. Lib. XIV. cap. 8.

73) Commentar. in Lib. XLIV. *Pauli ad Edictum. Oper. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 666.*

Papinian<sup>74)</sup> an einem andern Orte die Vormünder den Vorgesetzten einer Stadtgemeinde gleichsetzt, wenn letztere sich bei Auszahlung der Vermächtnisse, mit denen die Stadt beauftragt war, einer ungebührlichen Verzögerung schuldig gemacht haben, und zwar die Gemeinde die Folge dieses Verzugs tragen, sich aber der Entschädigung wegen an ihre Vorsteher halten soll; so folgt doch daraus noch nicht, daß die Wissenschaft der Tutores beym Gesuche der bonorum possessio den Pupillen nachtheilig sey. Es würde daraus nur folgen, daß Tutores ihren Pupillen für den Schaden zu haften haben, in welchen ihre Pupillen durch ihre Schuld gesetzt worden sind. Auf jeden Fall aber würde bey Versäumnissen, welche von den Tutores verschuldet worden sind, den Pupillen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommen, ohne erst gegen den Vormund klagen zu dürfen<sup>75).</sup>

74) L. 78. §. 2. *D. de legat. II.*

75) L. 3. *Cod. Si tutor vel curator intervenerit.* S. den S. Th. dieses Commentars §. 456. S. 421.

## Lib. XXIII. Tit. I.

## De sponsalibus.

§. 1190.

Uebersicht der Lehre vom Eherecht. Begrif der Sponsalien.

Das Eherecht, als ein Inbegriff derjenigen Gesetze betrachtet, wodurch die Rechte und Pflichten in Rücksicht der ehelichen Gesellschaft bestimmt werden, verdient nicht nur wegen der verschiedenen und wichtigen Beziehung, den der Ehestand sowohl auf den Staat als auf die Kirche hat<sup>76)</sup>, sondern auch wegen der eigenen Beschaffenheit und Verschiedenheit der in Deutschland geltenden Ehegesetze, als eine besondere Wissenschaft, in ihrem eignen Zusammenhange vorgetragen zu werden. Es würde daher eine ganz fehlerhafte Behandlung dieser wichtigen Materie seyn, sie blos allein nach den Grundsätzen des Römischen Rechts vorzutragen, ohne zugleich auf das Canonische Recht, und die übrigen in Deutschland geltenden Ehegesetze Rücksicht zu nehmen. In diesem Umfange ist auch

76) G. CAR. HÜSTNER Diss. de matrimonio atque ratione, quae ei cum civitate atque ecclesia intercedit, spectato imprimis Codice Napoleoneo. Lipsiae 1810. 4. maj.

das Eherecht schon in verschiedenen Schriften<sup>77)</sup> gründlich abgehandelt worden. Folgt man auch der Ordnung der Titel in den Pandecten, so lässt sich doch die Materie füglich in vier Abschnitte zertheilen, davon der erste von Schließung der Ehe, der andere von den Rechten und Wirkungen einer geschlossenen Ehe, der dritte von der Trennung der Ehe, der vierte von den Folgen und Wirkungen einer getrennten Ehe handelt.

- 77) *Franc. HOTTOMANI Observations de iure connubiorum hoc est, de sponsalibus et matrimonii rite contrahendis ac dissolvendis. Lipsiae 4. Alber. GENTILIS Disputationum de nuptiis libri VII. Hanoviae 1601. 4. Jo. D' AVEZAN Diss. de sponsalibus et matrimonii. Parisiis 1661. 4. et in Thes. Meerman. Tom. IV. pag. 515 — 554. Henr. BROUWER de iure connubiorum libri duo, in quibus iura naturae, divinum, civile, canonicum, prout de nuptiis agunt, referuntur, expenduntur, explicantur. Amstelod. 1665. 4. und editio secunda, emendata et insigniter aucta, Delphis 1714. 4. maj. Christ. Ulr. GRUPEN Tract. de uxore Romana. Hanoverae 1727. 8. Derselbe de uxore Theotisca, von der taufischen Frau. Göttingen 1748. 4. Traité du Contrat de mariage par Mr. POTHIER. Paris 1767. 2. Volum. 12. Code matrimonial, ou recueil complet de toutes les Loix canoniques et civiles etc. avec une notice des Auteurs les plus célèbres sur ces mêmes questions et des recherches sur le naissances tardives. Paris 1770. 2. Vol. in 4. Ge. Henr. AYRER Diss. de iure connubiorum apud Romanos. Goett. 1756. 4. Außerdem sind noch zu bemerken: Jac. CUIJACII in librum IV. Decretalium de sponsalibus et matrimonii recitationes solemnnes. (Oper. postamor. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 295. usq. ad fin.) Eman. GONZALEZ TELLEZ Commentar. in librum IV. Decretal.*

## I.

## Von Schließung der Ehe.

Hier kommt es auf drey Puncte an. 1) Wie wird die Ehe vorbereitet? 2) Wie wird sie geschlossen? 3) Wie wird sie vollzogen?

Vorbereitet wird die Ehe durch das Verlöbniß, welches der Ehe vorauszugehen pflegt. Das Römische Recht versteht darunter den Vertrag zweyer Personen, eine Ehe künftig mit einander eingehen zu wollen. Florentinus sagt *libr. III. Institutionum*<sup>78)</sup>: *Sponsalia sunt mentio et re promissio futurarum nuptiarum;* und Ulpian *libro singulari de sponsalibus*<sup>79)</sup> fügt noch zur Erklärung der Benennung hinzu: *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit Veteribus stipulari, et spondere sibi uxores futuras.* Nach dieser von den Verfassern der Pandecten hier eingeschobenen Stelle, heißt es nun weiter bey Florentin<sup>80)</sup>: *Unde et sponsi sponsaque appellatio nata est.* So wenig die Ableitung des Worts Sponsalia von *spondere*, welches denn theils soviel heißt, als *sponere*, id est, *libere promittere*,

(Tom. IV. Commentarior in singulos Textus V. Libror. Decretal. Gregorii IX.) Hug. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XIII. cap. 18—21. Just. HENN. BOEHMER juris ecclesiast. Protestant. Lib. IV. Tom. III. pag. 1075—1340. et Tom. IV. pag. 77—512. Aug. LUD. SCHOTT Einleitung in das Eherecht. Nürnberg 1786. 8. Ebendas. 1802 8. Joh. ANDR. HOFFMANN Handbuch des deutschen Eherechts. Jena 1785. 8.

78) L. 1. D. h. t.

79) L. 2. D. eod.

80) L. 3. D. h. t.

theils, in Beziehung auf Stipulation, etwas auf eine feierliche Art, einer vorhergegangenen Frage gemäß, versprechen<sup>81)</sup>, einem Zweifel unterworfen ist; so verschieden erklärt man sich den Begriff, welchen Florentinus von Sponsalien giebt, obwohl das Wesen eines Verlöhnisses, als einer getroffenen Uebereinkunft, die der einzige Schließung einer Ehe bezweckend, daraus deutlich genug hervorgeht. Cuja<sup>82)</sup> erklärt das Wort *mentio* durch das griechische Wort *μνηστεία*, welches soviel als *promissio* heißt, und *repromissio* versteht er von einer *nuda cautio sine satisdatione*. *Wesenbecc<sup>83)</sup>* will hingegen das Wort *mentio*, als überflüssig, ganz weggestrichen wissen, und so lesen: *Sponsalia sunt mutua re promissio futurarum nuptiarum*. *Re promissio* aber erklärt er von einer gegenseitigen Stipulation. Allein schon der Ausdruck *re promissio* hätte ihn überzeugen können, daß ein Act vorausgehen müste. Brouwer<sup>84)</sup> vertheidigt zwar mit Recht die Aehlichkeit der Leseart, versteht aber unter *mentio* den Antrag zur Schließung einer Ehe, oder die Unterhandlungen, welche dem Verlöbnis vorauszugehen pflegen, was man *Anwerbung*, oder *Ehewerbung* nennt; *re promissio* aber erklärt er von der erfolgten *Zusage*, welche man auch das *Fawort* nennt.

81) VARRO de lingua Lat. Lib. IV. L. 7. D. de Verb.

Signif. S. Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 1. nr. 2 — 7.

82) Recitat. solemn. ad Tit. 1. Libri XXIII. Dig. de sponsalib. (Oper. Tom. IV. P. I. pag. 959.)

83) Commentar. in Pandect. iuris civ. h. t. nr. 2.

84) Cit. loc. nr. 11. pag. 5.

Die meisten Rechtsgelehrten<sup>85)</sup> sind indessen darin einverstanden, daß die Definition des Florentinus sich auf den bey den Sponsalien ehemals üblich gewesenen mos uxores stipulandi et spondendi beziehe, und mentio die auf die geschehene Frage des Einen erfolgte Zusage der Ehe von Seiten des Andern, und re promissio die darauf erfolgte Restipulation, bedeute. Diese Erklärung hat theils die L. z. D. h. t. theils die Stelle des Gellius<sup>86)</sup> für sich, welcher jenen alten Ritus aus dem Servius Sulpicius auf folgende Art beschreibt. *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit SERVIUS SULPICIUS in libro, quem scripsit de dotibus. Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium ductum iri; cui datus erat, itidem spondebat datum. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia. Tum, quae promissa erat, sponsa<sup>87)</sup> appellabatur, qui sponderat ductum, sponsus. Sed si post eas stipulationes uxor*

85) Franc. DUARENUS in libr. XXIV. Digestor. Commentar. de sponsalibus. cap. 1. Oper. p. 242. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. Oper. Tom. II. pag. 483. Ge. Henr. AYRER de iure connubior. apud Rom. §. 5. Jo. GOTTL. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Lib. III. Tit. 16. §. 20.

86) Noctiam Atticar. Lib. IV. cap. 4.

87) Solang die Geierlichkeit der Stipulationen noch nicht hinzugekommen war, wurde noch nicht der Name Sponsa gebraucht, sondern sperata, oder pacta, wie aus ARNOBIUS IV. adversus gentes, und NONIUS MARCELEUS de nonnullis differentiis dictionum, Jo. D'AVELAN Tr. I. de sponsalibus Cap. 2. erwiesen hat.

*non dabatur, aut non ducebatur; qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Judices cognoscebant. Judex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quarebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat: quantique interfuerut eam uxorem accipi aut dari, eum qui spoponderat, aut qui stipulatus erat, condemnabat.* Gellius bemerkt jedoch aus dem angeführten Werke des Servius, daß dieses Recht der Sponsalien nur in dem Theile Italiens, welcher Latium genennet worden, und auch nur bis auf die Zeit sey beobachtet worden, da durch die *Lex Julia*, (es ist dasjenige Gesetz, welches auf den Vorschlag des Lucius Julius Cäsar gegeben worden ist, der mit dem Publius Rutilius Lupus im Jahr der E. R. 664 das Consulat verwaltete) den Einwohnern des ganzen Latiums die Civität mitgetheilt worden <sup>88)</sup>). Wie gewöhnlich indessen jener alte Gebrauch bey den Römern gewesen sey, beweisen die Beispiele bey Plautus, welche zugleich die Uechtheit der Leseart des römischen Begriffs von Sponsalien bestärken. In der *Aulularia* Act. II. Sc. 2. v. 27. sagt Megadorus: *Credo edepol, ubi mentionem ego fecero de filia, mihi ut despondeat, sese a me derideri rebitur. Neque illo quisquam est alter hodie ex paupertate parcior.* — *Filiam tuam mihi uxorem posco: promitte hoc fore.* Hier ist von noch erst zu schließenden Sponsalien die Rede, und es wird hier der mentio als einer desponsio ausdrücklich gedacht. Die feierliche Schließung selbst erklärt sich aus dem *Poenulus* Act. V. Sc. 3. v. 36 sqq. wo Agorastocles folgendergestalt um die Tochter des Hannibal anhält. *Audin tu patrue? dico, ne dictum neges:*

88) G. EZ. SPANHEMII Orbis Roman. Cap. X. pag. 59.

Tuam mihi maiorem filiam despondeas. Hanns antwortet: Pactam rem habeo. Nun folgte die Sponsio selbst. Spondesne igitur? fragte Ag. und Ha. antwortete: spondeo. Ein ähnliches Beispiel kommt in dem *Trinummus* Act. V. Sc. 2. v. 32. sqq. vor, wo Chremes zum Lysiteles sagt: Filiam meam tibi despontatam esse audio. Lvs. Nisi tu nevis. CHR. Imo haud nolo. Lx. *Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi?* CHR. Spondeo; et mille auri Philippum dotis. Es erhellet zugleich aus diesen Beispiele, daß die Feierlichkeit der Sponsio gewöhnlich zwischen dem Bräutigam und dem Vater der Braut vorging, so wie es denn überhaupt auch noch in den neuern Zeiten, noch unter den christlichen Kaisern, nicht ungewöhnlich war, daß der Vater das Eheverlöbniß für die Tochter schloß<sup>89)</sup>. Denn die Einwilligung der Tochter wurde angenommen, si patris voluntati non repugnaret, wie Ulpian<sup>90)</sup> sagt. Seit der *Lex Julia* hörte zwar jene feierliche Art der Stipulation bey den Sponsalien auf, die gewöhnliche zu seyn, und man hielt die bloße Einwilligung schon zur Schließung derselben für hinreichend, wie der folgende S. lehren wird. Daß aber deswegen alle Stipulation bey Schließung der Sponsalien aufgehört habe, ist nicht wahrscheinlich, wie auch schon Huber<sup>91)</sup> und Gund-

89) L. 4. Cod. h. t. In dieser Hinsicht sagt Jo. D'AVEZAN Tract. I. de Sponsalibus. Cap. 1. §. 2. nicht wahrhaft: Definiri etiam possunt Sponsalia pactum de nuptiis suis vel alienis, ut cum pater nomine liberorum paciscitur.

90) L. 11. et 12. D. de Sponsalib. S. Ulr. HUBER, Eunomia Rom. ad h. L. pag. 795.

91) Praelect. ad Pand. h. t. §. 19. Man sehe auch Car. Sebast. BERARDI Commentar. in ius eccles. univers.

ling<sup>92)</sup>) bemerkt haben. Daher finden sich die Benennungen *spondere* und *despondere* sehr häufig in den Gesetzen<sup>93)</sup> und der Name *Sponsalia* blieb nach wie vor, ob man gleich die Zulassung einer *actio ex stipulatu* als eine Hinderung der Freyheit der Ehen ansah<sup>94).</sup>

Das ältere Canonische Recht stimmt mit dem neuern Römischen Rechte vollkommen überein. Papst Nicolaus I. sagt *can. 3. Caus. XXX. Qu. 5.* *Sponsalia futurarum sunt nuptiarum promissa foedera*<sup>95).</sup>

Tom. III. Diss. II. Cap. 3. pag. 40. (*Venetius* 1778. 4.) und *Jo. Christ. WINCKLER* Diss. *qua disquiritur, quae nam actio a desponsatis ad matrimonium consummandum institui possit?* *Goettingae*, 1783. §. 8.

92) *Gundlingiana*. 10. St. Nr. I. §. 29. u. 30.

93) L. 4. §. 1. *D. h. t.* L. 36. L. 60. §. 5. *D. de rite nupt.* L. ult. §. ult. *D. de divor.* L. 32. §. ult. *D. de donat. inter vir. et ux.* L. 134. *D. de Verbor. obligat.* Ueber die Ausdrücke *Spondere* und *despondere* vergleiche man noch *Hug. Grotii Florum sparsio ad ius Justinian. h. t.* pag. 180. (edit. *Halens.* 1729. 8.) und *BROUWER de iure connubior.* Lib. I. Cap. 1. nr. 7.

94) L. 2. *Cod. de inutilib. stip.* L. 71. §. 1. *D. de condit. et demonstrat.* L. 134. pr. *D. de Verbor. obligat.* L. 14. *C. de nupt.* *G. Ger. Noort de pactis et transact: cap. 20.* in fin.

95) Die gewöhnliche Leseart, welche sich auch in der Böhmerischen Ausgabe findet, ist ganz unrichtig. Die richtige Leseart, so wie sie BERARDUS in seinem trefflichen Werke: *Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc.* P. II. Tom. II. Cap. 77. pag. 266. (der Venetian. Ausgabe) darstellt, lautet so: *Sed post sponsalia,*

Allein das neuere Recht der Decretalen verließ diesen richtigen Begriff, und dehnte den Begriff von Sponsalien so weit aus, daß auch die Ehe selbst darunter begriffen ist, indem es unter *Sponsalia* überhaupt den Vertrag versteht, der unter zwei Personen verschiedenen Geschlechts einer Ehe wegen eingegangen wird, so lange es noch an den zur Vollziehung einer ehelichen Verbindung erforderlichen kirchlichen Formlichkeiten fehlt<sup>96)</sup>). In diesem ausgedehnten Sinne theilt dann das neuere Canonische Recht die Sponsalien ein in *sponsalia de futuro* und *sponsalia de praesenti*, je nachdem der Vertrag entweder die Einigung einer künftigen, oder einer gegenwärtigen

*quae futuraram sunt nuptiarum promissa foedera,*  
*quaeque consensu eorum, qui haec contrahunt, et*  
*eorum, in quorum potestate sunt, celebrantur, et*  
*postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum*  
*fidei a se annulo insignitum desponderit, dotemque*  
*utriusque placitam sponsus ei cum scripto pactum hoc*  
*continente coram invitatis ab utraque parte tradide-*  
*rit, — ambo ad nuptialia foedera perducuntur. Es*  
*erhellet hieraus, daß die Worte *promissa foedera*,*  
*welche in der gemeinen Ausgabe durch ein Komma ge-*  
*trennt sind, zusammen gehören, und daß daher statt*  
**promissa, promissio* zu lesen, wie BROUWER de iure*  
*connubior. Lib. I. Cap. 1. nr. 12. und BOEHMER in edit.*  
*Corp. iur. canon. ad c. 5. C. XXX. Qu. 5. Not. 9a.*  
*wollen, nicht nöthig sey, obwohl wirklich einige Codd.*  
*Msspti. und alte Ausgaben *promissio* lesen. Ich will*  
*nur z. B. eine anführen, die ich selbst besitze. Es ist*  
*diesejenige, welche *Lugduni apud Hugonem & Porta**  
*1560. f. erschienen ist.*

96) G. Franc. Guil. Ant. GAMBSJÄGER Jus eccles. §. 202.  
 und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 723.

Ehe bezweckt<sup>97)</sup>). Von dieser Eintheilung wird §. 1199. ausführlicher gehandelt werden. Hier bemerke ich nur noch, daß es wohl einem Mißverstände des Unterschiedes, den die Alten zwischen einer *virgo sperata*, *pacta* und *desponsata* machten, und des Römischen Rechtssatzes: *Consensus facit nuptias* zuzuschreiben ist, wenn Huber<sup>98)</sup> und Gundling<sup>99)</sup> jenen Unterschied auch schon in dem Römischen Rechte haben gegründet finden wollen, wie Just. Henn. Böhmer<sup>100)</sup> ausführlich gezeigt hat.

Von dem eigentlichen Verlöbniß, oder Sponsalien müssen unterschieden werden

1) die Verlöbnistractaten (*tractatus sponsalitii*). Diese sind bloße Unterhandlungen und Vorschläge, welche gegenseitig gemacht werden, um ein Eheversprechen zu Stande zu bringen. Aus solchen Unterhandlungen entsteht noch keine rechtliche Verbindlichkeit, sondern es steht jedem Theile frey, sie abzubrechen<sup>1).</sup>

2) Das bloße Jawort, *pactum futurorum sponsalium*, oder *sponsio sponsalium*, worunter man den

97) Cap. 22. 31. et 32. X. de sponsal. Cap. 3. et 4. X. de sponsa daor. Cap. 31. X. de praesumt. Cap. 14. X. de convers. conjugat.

98) Digressiones Justinian. Lib. II. cap. 7 — 9.

99) Gundlingiana. Stüd X. Nr. I.

100) Jur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 4 — 8. Man sehe auch Mich. God. WERNHER Diss. de recta sponsaliorum de praesenti et de futuro applicatione. Vitemb. 1795. §. 4. sqq. und Car. Frid. WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. cap. II. Membr. I. §. 1.

1) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 292. §. 205.

Vertrag zweyer Personen versteht, welche einander zu heirathen willens sind, ein rechtsbeständiges Verlöbniss schließen zu wollen<sup>4)</sup>). Durch ein solches Jawort wird also die eigentliche Verlobung erst vorbereitet. Eben dadurch unterscheidet sich das Jawort von den Sponsalien selbst, daß es eine erst künftige Verlobung, das Eheverlöbniss hingegen eine künftige Ehe zum Zweck hat. Das Jawort pflegt vorzüglich in dem Falle der Verlobung vorauszugehen, wenn durch die Landesgesetze eine gewisse Form bey Schließung eines gültigen Eheverlöbnisses vorgeschrieben ist. Ist dieses nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, was unter den Interessenten verabredet worden ist. Sollte dieses zweifelhaft seyn, so streitet die Vermuthung für das, was das Gewöhnlichere ist. Da nun unter dem Jawort sehr häufig auch das Eheverlöbniss selbst verstanden wird, und, wie sich nachher ergeben wird, auch mit Recht.

a) Christ. THOMASUS in Tr. iurid. de pactis futurorum sponsaliorum, vom Jawort. *Halaec rec. 1754. 4. Tom. III. Dissertat. academ. Nr. XCVI.*) vermischt das Jawort mit bloßen Verlöbniss-Tractaten. Jo. Balthasar. WERNHER in Diss. de obligatione ex pacto futurorum sponsaliorum. *Vitemb. 1724. et in Vindiciis huius dissertat. Ibid. 1726. 4.*) unterscheidet zwar das Jawort von bloßen Verlöbniss-Tractaten richtig, vermischt aber das Jawort mit dem Eheverlöbniss selbst, und glaubt beydes sey nur der äußern Form und dem Namen nach unterschieden, übrigens von gleicher Kraft und Wirkung. Man sehe auch Desselben Select. Observat. forens. Tom. III. Part. II. Obs. 251. und P. III. Obs. 1. Eine Berichtigung dieser Begriffe enthält Christ. AUG. GOTTSCHALD. Diss. de sponzionibus sponsalium sive vom Jawort. *Lipsiae 1803. 4.*)

Glück's Erläut. d. Pand. 22. Th.

B b

verstanden werden kann, so ist im Zweifel eher ein wirklich geschlossenes Eheverlöbnis, als ein bloßes pactum de sponsalibus aliquando contrahendis anzunehmen<sup>3)</sup>. Von dem Fawort ist jedoch

3) eine denselben gewöhnlich vorausgehende Anwerbung zu unterscheiden, worunter man den bloßen Antrag einer Person an eine andere versteht, welcher in der Absicht geschieht, ein Eheverlöbnis mit ihr zu schließen<sup>4)</sup>. Dieselbe kann entweder von der Person selbst geschehen, welche sich mit der andern verloben will, oder von einem Dritten im Namen derselben. Ein solcher Unterhändler wird dann ein Freywerber, Pronubus, genannt. So lang nun die Person, um welche die Anwerbung geschehen ist, ihre Einwilligung noch nicht erklärt hat, ist noch keine Verbindlichkeit vorhanden. Der den Antrag gemacht hat, hat daher noch immer die Freiheit, seinen Antrag zurück zu nehmen. Daher das deutsche Sprichwort: Anwer-

3) Anderer Meinung ist zwar Car. Ferd. Hommel in Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs: 71. nr. 3. Allein diese Meinung beruhet auf der unrichtigen Auskht, die Sponsalien hätten nach den Sitten der Deutschen die Natur eines röm. Constitutum, und erforderten zu ihrer vollkommenen Verbindlichkeit und Gültigkeit immer ein wiederholtes Versprechen. Daß aber hier eine falsche Auslegung des röm. Begriffs vom Sponsalien zum Grunde liege, ist in der angef. Diss. des GOTTSCHALD Cap. I. §. 4. pag. 21 — 29. gezeigt, und Cap. II. §. 4. richtiger behauptet worden: nomina des Faworts pactum sponsalium intelligi non debere, nisi evidenter probatioibus id actum esse doceatur.

4) S. Joh. Andr. Hofmanns Handbuch des deutschen Eherechts. Zweit. Hauptst. §. 4.

bung macht keine Verbindung<sup>5)</sup>. Es kann aber auch die andere Person, um welche geworben worden ist, den Antrag ausschlagen, und dieses kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend, durch Vorenthalten einer Antwort, geschehen. Ein solches Stillschweigen wird als eine abschlägliche Antwort angesehen; nach dem deutschen Sprichwort: Keine Antwort ist auch eine Antwort<sup>6)</sup>. Erfolgt hingegen auf die Anwerbung eine beifällige Erklärung, so nennt man dieselbe überhaupt das Jawort. Enthält dieses Jawort eine freie, ernstliche, und unbedingte Annahme des gemachten Heyrathsantrags, so daß hierdurch die Intention beider Theile vollkommen erreicht, und auch von Seiten der Gesetze nichts weiter zu beobachten übrig ist, so kann man sagen, durch das erfolgte Jawort ist das Eheverlöbnis selbst geschlossen<sup>7)</sup>, und es entsteht daraus dieselbe Verbindlichkeit, wie

5) Joh. Fried. Eisenharts Grundsäze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. IV. I. S. 96. (Der neuen Auslage Leipzig 1792.) S. auch BERGER Oecon. iur. Lib. I. Tit. 3. Th. 14.

6) Eisenharter's Sprüchwörter. 2. Abth. IV. II. S. 97.

7) LEXICA Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCXC. med. i. MÜLLER Observat. pract. ad Eundem. Tom. III. Fasc. I. Obs. 509. Ge. Lad. BÖHMER Princip. iur. canon. §. 364. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts.

6. B. §. 562. Thibaut Syst. des Pandectenrechts I. B. §. 413. Von dieser Seite betrachtet, hätten Pet. Müller in Diss. de annulo pronubo, vulgo vom Jawort, und CARPOV Respons. iur. Lib. V. Tit. 10. Resp. 108. nr. 29. nicht Unrecht, wenn sie sagen: Jawort est congrua responsio, quam in ipsis sponsalibus alter alteri interroganti ita reddit, ut consensum significet, verbo; re promissio mentionem inservita.

aus einem gültigen Eheverlöbnis. Allein nicht immer ist dieses der Fall. Gewöhnlich kommt es nun erst noch zu Unterhandlungen über Berichtigung gewisser vorläufiger Puncte der Eheberedung. Daraus entstehen denn die Verlöbniss-Tractaten, welche in Unterhandlungen wegen der künftig zu schließenden Ehe und deren Bedingungen bestehen, und das noch erst künftig zu schließende Eheverlöbniss vorbereiten. Können nun beyde Theile wegen der Puncte der Eheberedung sich nicht vereinigen, so wird das ganze Geschäft als eine bloße Unterhandlung angesehen, welche keine Verbindlichkeit hat <sup>8)</sup>. Das Jawort enthält also in diesem Falle die stillschweigende Bedingung in sich, wosfern man sich über die Puncte der Eheberedung vereinigen werde. Sind aber beyde Theile über alle diese Puncte einverstanden, so erfolgt nun erst das förmliche Eheversprechen, und es kommt jetzt darauf an, ob durch die Gesetze des Landes, wo die Handlung vorgeht, zur gültigen Schließung eines Eheverlöbnisses eine gewisse Form vorgeschrieben worden ist, oder nicht. Im ersten Falle entsteht aus dem bloßen, wenn gleich unbedingt erfolgten Jawort weder eine obligatio noch actio, so lange diese Förmlichkeit noch nicht hinzugekommen ist <sup>9)</sup>. Eine Klage, den andern Theil zur förmlichen Vollziehung des Jaworts zu nöthigen, findet auch nicht

8) Hofmann's Handb. des deutschen Eherechts. §. 8.

9) Beispiele davon geben das allgemeine Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. 2. Abschn. §. 82. das königlich Baierische Edict vom 2. May 1806. S. Krüll's Handbuch des Baier. bürgerl. Rechts 1. B. §. 154. Sächs. Kirchenordnung Tit. von Eheverlöbnissen im Cod. Aug. Tom. I. pag. 537. u. a. m.

Statt. Denn was würde dies anders, als eine Hinter-  
gehung des Gesetzes, seyn, welches aus einem bloßen Ehe-  
versprechen, ohne die gesetzliche Form, keine Klage gestat-  
tet wissen will<sup>10)</sup>? In dem letztern Falle hingegen, da  
ausdrücklich bei dem erfolgten Jawort war ausbedungen  
worden, erst noch künftig eine rechtsbeständige Verlobung  
schließen zu wollen, glauben zwar viele mit Werphar<sup>11)</sup>,  
dass wenn gleich dieser Vertrag als wirkliche Verlobung  
noch nicht betrachtet werden könne, derselbe doch wenig-  
stens in dem Falle, da ein Theil jetzt wieder zurückgetreten  
will, für den andern eine Interessenforderung begründe<sup>12)</sup>.  
Allein dieser Meinung steht entgegen, dass hier die Interessenten  
die Wirksamkeit des Jaworts von einer künf-  
tigen rechtsbeständigen Verlobung abhängig gemacht haben.  
So lange also diese nicht erfolgt ist, kann das bloße Jawort  
nur die Eigenschaft unverbindlicher Verlobnis-Trac-  
taten haben. Das heyl der Anwerbung erhaltene  
Jawort ist also in diesem Falle noch kein Ver-  
lobnis. Nach jener Meinung würde aber das pactum  
de futuris sponsalibus die sponsalia selbst enthalten;  
dies, kann aber wohl nicht die Meinung der Interessenten

10) G. GOTTSCHALD Diss. cit. Cap. II. s. 5. pag. 56.

11) Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Observ. 251. et

12) Tobi. Jac. REINHARTH Diss. de distinctione sponsaliorum in publica et clandestina. Erf. 1729. s. 2. Salom.

DIXLINE Institut. prudentiae pastoralis. P. III. Cap. VI.

s. 6. Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland

üblichen Kirchenrechts. 2. Th. s. 268. Not. 1. HAUSSOLD

ad Bergeri Econ. juris. Lib. I. Tit. 3. Th. 4. not. d.

Tom. I. pag. 104; Ad. Dige. Weber Erläuterungen

der Handbeken. 2. Th. s. 1190.

sehn. Denn wer eine Handlung erst fünftig vorzunehmen erklärt, hat doch mit dieser Erklärung die Handlung selbst noch nicht vollzogen. Es kann also auch noch nicht diesjenige Verbindlichkeit vorhanden sehn, welche aus einem gültig geschlossenen Eheverlöbnis entsteht<sup>13)</sup>). Non enim, qui sponsalia futura spondent, nec tamen constituunt, sagt Brouwer<sup>14)</sup>, hoc ipso habere creduntur animum se ipsos ullo modo obligandi, verum altius deliberandi sibi super gravissimo sponsalium eonstituendorum negotio, pere tempus; nemo vero dum deliberat, ad id, quod partis interest petitum sequi obligatur.

## S. 1191.

Unterschied zwischen *consensus sponsalitius* und *consensus matrimonialis*. *Actio de sponsu*.

Bei Schließung einer ehelichen Gesellschaft lässt sich eine zweifache Einwilligung unterscheiden, die welche wegen einer fünftig einzugehenden Ehe erklärt wird, und diejenige, wodurch zu erkennen gegeben wird, eine Ehe jetzt miteinander eingehen zu wollen. Jene Einwilligung wird *consensus sponsalitius*, diese *consensus matrimonialis* genannt<sup>15)</sup>). Durch jenen wird die Ehe vorbereitet.

13) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 582. RURKE Grunds. des allgem. deutscher Privatrechts. §. 562. GOTTSCHALD cit. Diss. Cap. II. §. 5.

14) De iure connubior. Lib. I. cap. 2. pag. 11.

15) Ad. Balh. WERNER Diss. disceptans, an *consensus sponsalitius* a *matrimoniali* differat? Altdorf 1694. und Guili. Hier. BRÜCKNER Pr. de differentia *consensus sponsalitii et matrimonialis*; indeque resultantibus effectibus praecipuis. Jenae 1705. 4.

Da nun der Vertrag, wodurch sich zwey Personen verschieden Geschlechts zur Eingehung einer künftigen Ehe verpflichten, *Sponsalia*, ein Verlöbnis oder Ehegelöbnis genannt wird; so sagt van Espen<sup>16)</sup> ganz recht, *Sponsalia tamquam praeambula, et quasi initialia matrimonii sunt.* Durch die gesetzmäßige Erklärung des Eheconsenses hingegen wird die Ehe wirklich geschlossen. Der Eheconsens geht also auf etwas Gegenwärtiges. Die Verlöbniseinwilligung hingegen schließt ein Versprechen in sich, was theils auf die Zukunft, theils auf die Gegenwart gerichtet ist. Zwey Personen geloben einander eine künftige Ehe. Daher werden die Sponsalien in den Gesetzen<sup>17)</sup> eine *spes nuptiarum* genannt, und überall werden *Sponsalia* und *Nuptiae* scharf unterschieden. *Sponsalia, sicut nuptiae,* sagt Julian L. 11. D. h. t. *consensu contrahentium fiunt,* und L. 7. D. eodem sagt Paulus: *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur.* Beydes mußte auch um so mehr genau unterschieden werden, je wichtiger die von diesem Unterschiede abhangenden Folgen sind<sup>18)</sup>. Man denke sich den Fall, daß die Ehe einer Person zur Bedingung bei irgend einem Vertrage oder Vermächtnis wäre gemacht worden, und nun die Frage entsteht, ob diese Bedingung erfüllt sei? Eine Frage, welche Justinian L. 24. C. *de nuptiis* auf folgende Art entscheidet: *Sancimus, si quis nuptiarum*

16) Jur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 12. Cap. 1. §. 4.

17) L. 6. D. h. t. L. 15. §. 5. D. ad Leg. Jul. de adult. coercendi.

18) S. vorzüglich Just. Heinr. BOGHMERI Diss. de diverso sponsalium et matrimonii iure. Halae 1737. 4. Cap. 1.

fecerit mentionem in qualicunque pacto, quod ad dandum, vel ad faciendum, vel non dandum, vel non faciendum concipitur, et sive *nuptiarum tempus* dixerit, sive *nuptias* nominaverit: non aliter intelligi conditionem esse adimplendam, vel non extenuandam, nisi ipsa *nuptiarum accedit festivitas*: et non esse tempus inspiciendum, in quo *nuptiarum aetas*, vel foeminis post duodecimum annum accesserit, vel maribus post quartum decimum annum completum, sed ex quo vota *nuptiarum* ipsa processerint. Bloße Sponsalien sind also noch nicht hinreichend. Denn Bräutleute sind noch keine Eheleute, und ein matrimonium per sponsalia tantum initiatum, ist noch kein matrimonium perfectum, Bielmehr unterscheiden die Gesetze genau matrimonia futura et iam contracta<sup>19)</sup>. Zwar stellt Ulpian L. 30. D. de div. reg. iur. die Regel auf: Consensus facit nuptias; allein deswegen erforderte man doch ein gewisses äusseres Merkmal, woran man erkennen konnte, daß der Eheconsens erklärt sei. In den Gesetzen der Pandecten geschieht vorzüglich der deductio in mariti dominum Erwähnung, welche sogar in Abwesenheit des Bräutigams auch durch einen Stellvertreter geschehen konnte, wenn er zugleich durch einen Brief oder sonst einen Bevollmächtigten seinen Willen, die Ehe nun wirklich einzugehen, erklärt hatte. So ist unstreitig die Stelle des Pomponius zu verstehen, wenn er L. 5. D. de ritu nuptiar. sagt: Mulierem absenti per litteras eius, vel per nuncium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero, quae abesset,

<sup>19)</sup> L. 134. pr. in fin. D. de Verbor. obligat.

ex literis vel nuncio suo duci a marito non posset.  
*Deductione*, enim, opus esse in mariti, non in uxoris,<sup>20)</sup> domum, quasi in domicilium matrimonii. Eben dieses bestätigen *Paulus*,<sup>21)</sup> und *Papinius*.<sup>22)</sup> Daß eine solche Ehe, welche in der Abwesenheit des Bräutigams mit dessen Wissen geschlossen worden, vollkommen wirksam gewesen, lehrt *Ulpian* L. 6. *D. de ritu nupt.* Denique *Cinna* scribit: eum, qui absentem<sup>23)</sup> accepit uxorem, deinde rediens a coena, iuxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum, responsum est, und *Paulus* zieht daraus L. 7. *D. eodem* die weitere Folge: Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo<sup>24)</sup> et dotem et de dote habeat factio-

20) *Henr. Theod. PAGENSTECHER*, in *S. Pomponii JCti ad Sabinum Commentar.* ad h. L. not. h. pag. 140. will die Worte: *non in uxoris* für einen unächten Zusatz halten; allein da sie mit dem Vorhergehenden in genauer Verbindung stehen, so ist dazu kein hinreichender Grund vorhanden.

21) *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 19. §. 8.

22) L. 69. §. 3. *D. de iure dot.*

23) *PAGENSTECHER* cit. loc. not. g. will statt *absentem* besser *absens* lesen. Eben so *Godeffroi*, auch *Pet. FABER Semestrium* Lib. II. cap. 25. pag. 549. Es läßt sich aber die florentinische Lesart ohne alle Aenderung sehr gut erklären. *G. WERNER Diss.* cit. §. 12. pag. 19.

24) Es wird hier nämlich der Fall vorausgesetzt, daß die Ehe in der Abwesenheit des Bräutigams geschlossen, und durch den Tod des Legisten getrennt worden, ehe doch die eheliche Bewohnung erfolgt war. *Nuptias enim non concubitus, sed consensus* facit. L. 30. *D. de reg. iur.* Dennoch sollte auch in diesem Falle die Oblittie

Herrn? I. Swarz war die deductio in domum nicht den gestalt nothwendig; daß nicht auch ohne dieselbe eine Ehe gültig hätte geschlossen werden können<sup>25)</sup>; besonders nach den neuern Verordnungen der Röm. Kaiser, nach welchen, auch ohne alle weitere Feierlichkeit, die bloße Erklärung des Checonsenses in Gegenwart einiger guten Freunde für hinreichend gehalten wurde<sup>26)</sup>; man betrachtete sie aber

den Mann betrauern, wie die L. 6. D. de R. N. sagt, obwohl hier keine turbatio sanguinis nach L. 11. Secr. s. 1. D. de his, qui mortali. infam. pri besorgen gewesen seien. Daher lehrt noch HARMONIUS in Προχειρονύμων Lib. IV. Tit. 7. s. 9. Καὶ ἡ μη συναφδεῖσα ἀνδρί, αλλ ἔτι παρέδεος σύνα, πεντεῖν χρεωτεῖ τὸν ἀνδρα. i. e. Et ea, quae nondum a viro cognita est, sed adhuc est virgo, virum lugere debet. Es könnte also hier wohl kein anderer Grund Statt finden, als ratio reverentiae, memoriae mariti defuncti debitae, L. 1. C. de secund. nupt. L. 4. C. ad Secr. Tertyll. Nov. XXII. cap. 40. S. Franc. Ramos del MANZANO Commentar. ad Leges Júliam et Papiam. Lib. II. Cap. 12. nr. 13. et 14. (in MEERMAN. Thes. nov. iuris civ. et canon. Tom. V., pag. 158.)

25) Das Gegenthell behaupten zwar FRANC. HOTOMAN Observat. Lib. IV. c. 26. und HEINECCIUS Antiquitatum Rom. jurisprud. illustrant. Syntagma. Lib. I. Tit. 10. §. 4. Allein ULR. GRUPPEN Tr. de uxore Rom. in Praefat. §. Deductionem hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Man sehe auch ALB. GENTILIS de nuptiis. Lib. II. cap. 5.

26) L. 9. L. 15. L. 23. L. 22. Cod. de nupt. L. 11. pr. Cod. de repud. Nov. XXII. c. 2. et Nov. LXXIV. cap. 4. S. AYRA Diss. de iure connubiorum apud Rom. §. 18.

doch in solchen Fällen, wo es an einem andern Beweise einer wirklich geschlossenen Ehe fehlt) als ein etlatantes Merkmal einer erklärten ehelichen Affection, vorzüglich, wenn ein Gesetz in einem gewissen Falle die Schließung einer Ehe unter gewissen Personen als Bedingung voraus setzte, oder unter der Bedingung derselben etwas vermaßt oder versprochen worden, oder selbst das Präjudiz eines Dritten dabei in Betracht kam; ob eine Ehe unter gewissen Personen geschlossen sey, oder nicht<sup>27)</sup>). Daher geschieht der deductio in dominum sowohl in den Parteien als im Codex sehr häufig Erwähnung<sup>28)</sup>).

Vorzüglich gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 15. D. de condit. et demonstrat. ULPIANUS Libro XXXV. ad Sabinum. Cui fuerit sub haec conditione legatum; Si in familia nupsisset; videtur impleta conditio, statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit<sup>29)</sup>).

27) Jac. GOTHORASPIUS in Commentar. ad L. 6. Cod. Theodos. de tironib[us] (Tom. II. Cod. Theod. pag. 379. edit. Ritter.) sagt: Si de voluntate ipsorum tantum contrahentium agitur, et de affectu aliande constet, deductione nil opus est. Si vero de explenda voluntate aut legis aut tertii alicuius, deductio omnino requiritur: ne alioquin fraudibus sit locus. Man vergleiche auch Ant. SCHULTING Jurisprud. Antejustin. pag. 501. not. 20. und Jo. D'AVRZAN Tract. II. de nuptiis. Cap. 12. (in Thes. Meerman. Tom. IV. p. 332.)

28) G. Barn. BRITTONUS Selectar. ex iure civ. Antiquitatum Lib. I. cap. 18.

29) Diese Regel enthält auch die L. 30. D. de reg. iur. und da die Überschrift derselben so lautet: ULPIANUS

§. 66. *D. de donat. inter vir. et uxor. Sode-  
vola Libro IX. Digestorum.* Seja Sempronio, cum  
certa die nuptura esset, *antequam domum deduc-  
retur, tabulæque doctis signarentur*, donavit tot au-  
reos, Quaero an ea donatio rata sit<sup>30)</sup>? Non at-  
tinuisse tempus, an, *antequam domum deducere-  
tur*, donatio facta esset, aut *tabularum consi-  
gnatarum, quae plerunque et post contractum matri-  
monium fierent, in quaerendo exprimi*<sup>31)</sup>; itaque  
nisi ante matrimonium contractum, *quod con-  
sensu*<sup>32)</sup> intelligitur, donatio facta esset, non  
valere.

libro XXXVI. ad Sabinam; so hält Aug. AUGUSTINUS  
Emendation. Lib. I. cap. 7. und nach ihm Jac. LABIT-  
TUS in Usu indicis Pandect. Cap. VI. §. 10. Diese In-  
scription für fehlerhaft. Allein da Ulpian in Libro 55  
et 36. ad Sabinum von den Klagen handelte, welche  
nach getrennter Ehe unter den Ehegatten gegenseitig  
Statt finden, wie aus der Vergleichung heraus ent-  
lehnten Fragmente bey WIELING in Jurispr. restituta  
pag. 512. erhellt; so konnte Ulpian die angeführte Re-  
gel wohl in beiden Büchern gebraucht haben, wie auch  
Jac. GOTHOFREDUS in Comm. in Tit. Pand. de divers.  
Regulis iuris pag. 173. sehr richtig bemerkt hat.

30) Cod. Erlang. hat hier *Respondi non attinuisse*. Eben  
so CHEVALLONIUS, MERLINUS. und BAUDOZA CESTIUS.

31) CHEVALLON. MERLIN. und BAUDOZA lesen, *an ante tem-  
pus, quam domum deduceretur.*

32) Cod. Erl. in quaerendo exprimit. HALOANDER inqui-  
rere exprimit. BAUDOZA inquirendo exprimi.

33) Cod. Erlang. *quod de consensu quidem* intelligitur.  
De consensu lesen auf HALOANDER, CHEVALLON, BAU-  
DOZA und MIRABUS.

q. 1. Virginis in hortos deductae ante diem tertium, quam ibi nuptiae fierent; cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua et igni acciperetur, id est, nuptiae celebrentur, obtulit decem aureos dono. Quaesitum est, post nuptias contractas divertio facto, an summa donata repeti possit? Respondit, id quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci<sup>34)</sup>.

Das Interesse des Unterschiedes zwischen Verlobnis und Ehe zeigte sich vorzüglich in dem Falle, von welchem hier Scavola handelt, in seiner ganzen Wichtigkeit, nämlich wenn über die Rechtsbeständigkeit einer Schenkung unter den Lebenden Zweifel entstand. Scavola entscheidet hier die Frage, ob die Schenkung gültig sey, welche ein Bräutigam seiner Braut am Hochzeitstage gemacht hat, jedoch noch vor der feierlichen Heimführung in sein Haus, und noch vor Errichtung der schriftlichen Ehespaten. Die Heimführung der Braut geschehe am Hochzeitstage nach Sonnenuntergang gewöhnlich zur Nachtzeit beym Fakelscheine, in Begleitung von Verwandten, Freunden und Nachbaren, nebst andern Feierlichkeiten, welche Hottemann<sup>35)</sup> und Ayer<sup>36)</sup> ausführlich beschrie-

34) Ueber diese schwierige Gesetzstelle hat vorzüglich Will. Cornel. TERELL in Disput. ad Leg. LXVI. π. de donat. int. vir. et uxor. *Traj. ad Rhen.* 1736. (in Ger. OELRICHS Thes. *Dissertat. iurid. selectiss. in acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIII.) commentirt.

35) *De vetere ritu nuptiar.* Cap. 19.

36) Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 15.

ben haben. Durch die dōs unterschied sich besonders die materfamilias von der Concubine<sup>37)</sup>. Ueber die Bestellung derselben wurde eine Urkunde errichtet, diese vor den Parthenen untersiegelt<sup>38)</sup>, und bey den aruspices oder in dem Tempel einer Gottheit hinterlegt<sup>39)</sup>. Daher die häufige Erwähnung der *tabulae nuptiales*<sup>40)</sup>, *tabulae dotales*<sup>41)</sup>, *instrumentum dotale*<sup>42)</sup>, *nuptiale*

37) PLAUTUS in *Trinummo* Act. III. Sc. II. v. 62. und Sc. III.

v. 1—5. Hierauf bezieht sich auch, was PAULUS L. 2.  
D. de iure dot. sagt: Republicae interest, mulieres  
dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.  
S. Jo. GOTT. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp.  
Commentar. Lib. II. cap. 15. §. 2. pag. 255. sq.

38) JUVENALIS *Satyr.* X. v. 533. Et ritu decies centena  
dabantur antiquo, venit cum signatoribus aruspex.  
SUETONIUS in *Claudio*. Cap. 29. n. 6. TACITUS *Annal.*  
Lib. XI. cap. 27. nr. 1. Der Ausdruck *signare tabulas*  
hieß aber nach Festus sobiel als annulo signa imprime  
re tabulis, testandi et confirmandi causa. CICERO  
Orat. pro Quint. cap. 6. S. FRANC. DUARENUS Dispu  
tat. anniversär. Lib. I. cap. 30. und Ann. ROBERTUS  
Lib. I. Rerum judicatar. cap. 2. und BRISONIUS de for  
mulis et solenn. pop. Rom. verbis Lib. VI. Cap. 124.

39) SUETONIUS in *Claudio*. cap. 26. nr. 3. CICERO de divi  
nat. Lib. I. cap. 16. RAD. FORNERIUS Rerum quoti  
dianar. Lib. VI. cap. 4. (in Thes. iur. Rom. OTTON.  
Tom. II. pag. 286.)

40) L. g. Cod. de nupt. APULIUS Apolog. 3.

41) L. 39. D. de pact. dotal. L. 12. D. de dote praeleg.

42) L. ult. D. de suis et legit. her. L. 15. C. de pactis.  
L. 3. C. de collat. L. 45. L. 48. D. Solat. matrim.

*instrumentum* <sup>43)</sup>). Wurde der Brautschatz dem Ehemann haar übergeben, so wurde das Geld gewöhnlich einen Tag vor der feierlichen Vollziehung der Ehe bey den auspices deponirt, und erst den andern Tag nach den erfolgten nuptiis dem Manne eingehändigt. Denn gewöhnlich waren drey Tage der Feier des Hochzeitsfestes gewidmet <sup>44)</sup>. So klären sich also die ersten Worte unsers Scavola von selbst auf. Er sagt nun, es komme nicht nothwendig darauf an, ob die Schenkung noch vor der deductio in domum, oder vor der consignatio tabularum dotis geschehen sey, um ihre Rechtsgültigkeit zu beurtheilen. Denn diese erfolgten gewöhnlich erst nach Schließung der Ehe, wie hier Scavola bemerkt <sup>45)</sup>. Es sey genug, wenn die Schenkung post matrimonium contractum gemacht sey. Zur Schließung der Ehe sey aber die bloße Erklärung der Einwilligung hinreichend. Man unterschied also zwischen der Schließung der Ehe, und den darauf erfolgenden hochzeitlichen Feierlichkeiten, welche *nuptiae* im eigentlichen Sinn zum Unterschiede vom matrimonium genannt wurden, wie man nicht nur aus unserm Fragment ganz deutlich sieht, sondern auch aus mehreren Stellen des Röm. Gesetzbuchs <sup>46)</sup> ganz klar her-

43) L. 1. C. de dot. prōmiss.

44) S. Em. MERILLIUS Observation. Lib. IV. cap. 25.

45) Eben dieses bestätigt auch eine Stelle bei JUVENAL. Satyr. II. v. 119. *Signatae tabulae: dictum. feliciter. Ingens caena sedet: gremio iacuit nova nupta, mariti.*

46) S. 12. I. de nuptiis. L. 27. D. de donat. inter vir. et ux. L. 13. C. de nupt. Nov. LXXIV. cap. 4. ARER Diss. de iure connubior. apud Rom. s. 18.

vorgeht. Eben dieses bestärkt auch Quintilian<sup>47)</sup>, wenn er sagt: *Uxor est, cuius cum viro matrimonium factum est; — illud quoque nuptiis collata, efficit uxorem: sed non hoc solummodo erit. Fingamus enim, nuptias quidem fecisse nullas, coisse autem liberorum creandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collata.*<sup>48)</sup> Und an einem andern Ort<sup>49)</sup>: *Vis scire, quid sint nuptiae?* Adspice illam virginem, quam pater tradidit, euntēm die celebri, comitanite populo. Auch Caius<sup>50)</sup> bezeichnet diesen Unterschied nicht unbedeutlich, wenn er sagt: *Legitimae sunt nuptiae, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus, vel consensu ducat uxorem.* So bestätigt also Statola zugleich den Satz, daß die deductio in domum so wenig, als die übrigen hochzeitlichen Feierlichkeiten zur Schließung einer gültigen Ehe wesentlich nothwendig wären, wenn nur die eheliche Einwilligung und Affection zur Genüge erklärt war. Eben davon überzeugt uns auch Quintilian<sup>51)</sup>, wenn er sagt: *Nihil obstat, quo minus iustum matrimonium sit mente coēuntium, etiam si tabulae signatae non fuerint.* Nihil enim proderit signasse tabulas, si mentem matrimonii non fuisse constabit. In Beziehung auf die Beurtheilung der Gültigkeit der Schenkungen, ob sie wirklich unter Eheleuten gemacht worden

47) *Declamat. CCXLVII.*

48) *Declamat. CCCVI.*

49) *Institut. Lib. I. Tit. 4. §. 1.*

50) *Institut. Oratoriā. Lib. V. cap. 11.*

sind, sagt daher Papinianus<sup>51)</sup>): An autem maritatis honor et affectio quidem praecesserit, personis comparatis, vitae conjunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium. Gleichwohl scheint Scavola in dem letzten Theile unsers Fragments mit sich selbst im Widerspruche zu seyn, wo er die der Braut am Hochzeitstage, jedoch noch vor der deductio in domum, gemachte Schenkung für ein Geschenk ante nuptias erklärt, was, nach getrennter Ehe, vom Heyrathsgute nicht abgezogen werden könne. Petrus Perrenonius<sup>52)</sup>) hält dieses Widerspruchs wegen unser Gesetz für das schwerste, ja fast für unerklärbar. Es ist jedoch, um diese Stelle zu verstehen, vor allen Dingen der alte römische Ritus bey der deductio in domum noch etwas näher zu erklären. Wenn Scavola sagt: *Virgini in hortos deductae ante diem tertium, quam ibi nuptiae fierent, cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua et igne acciperetur, id est, nuptiae celebrentur, obtulit decem aureos dono;* so bezieht sich dies darauf. Zurweilen pflegte zur Erhöhung der hochzeitlichen Festivität der deductio in domum eine deductio in hortos vorauszugehen.<sup>53)</sup> In solchen Gärten waren gewöhnlich

51) L. 31. pr. D. de donation. S. Jac. Cujacius Commentar. in Lib. XII. Responsor. Papiniani. Operum Tom. I. pag. 529.

52) Animadversion. et variar. Lection. Lib. I. cap. 6. (in Thes. iur. Rom. Ottor. Tom. I. pag. 599.)

53) Spuren einer solchen deductio in hortos finden sich auch bey TERENTIUS in Adelph. Act. V. Sc. V. v. 10. und Glücks Eclärt. d. Pand. 22. §.

Gebäude zum Vergnügen errichtet, welche auch bewohnt werden konnten, und häufig auch zur Wohnung dienten<sup>54</sup>). Solche Lustwohnungen hießen *Diaetae*, obwohl man im ursprünglichen Sinne vorzüglich die Speisezimmer mit diesem Namen zu bezeichnen pflegte<sup>55</sup>). In dem Falle, von welchem Scavola redet, war die deductio in hortos drey Tage vor der Hochzeitsfeier geschehen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß zur feierlichen Vollziehung einer Ehe gewöhnlich drey Tage bestimmt waren, welche man durch die griechischen Benennungen προάνυα, ἀπαράλια, und ἐπάνυα unterschied<sup>56</sup>). In diesen Gärten,

bey JUVENAL. *Satyr.* X. v. 55. S. GRUPEN Tract. de uxore Rom. in Praefat. §. Sed eandem. Ge. D'ARNAUD Váriar. Conjecturar. iur. civ. Lib. I. c. 26. pag. 185. und AYER Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 14. Die Gründe dieser Deduction untersuchen *Ferand. ADUENSIS* Explication. Lib. I. cap. 22. (Tom. II. *Thes. iur. Rom.* Otton. pag. 530. sqq.) und *Rad. FORNERIUS Rer. quotidian.* Lib. III. cap. 29. (in *Thes. cit.* Tom. II. pag. 224.)

54) *L.* 5. §. 3. *D. de iniur.* TACITUS *Annal.* Lib. XVI. cap. 54. Barn. BRISONIUS Antiquitat. ex iure civ. selectar. Lib. III. cap. 15. et TRECKEL ad Eundem not. pag. 111.

55) PLINIUS *Lib. V. Epist.* 6. et *Lib. II. Ep.* 17. *L.* 45. §. 1. *D. de legat.* I. *L.* 55. §. 3. *D. de legat.* III. *L.* 41. §. 1. *D. eodem.* *L.* 13. §. 8. *D. de Usufr.* S. Jo. WUNDERLICH de usu inscription. Romanor. veter. max. sepulchral. in iure lib. sing. Obs. II. Sect. I. de Diaeta pag. 53. sqq.

56) Em. MERILLIUS Observat. Lib. IV. cap. 25. Franc. HOROMANUS Observation. ad veterem nuptiar. ritum libr. sing. Cap. XIV. beschreibt diese drey Tage aus Julius Pollux auf folgende Art: Primo die sponsus

welche dem Vater der Braut gehören, oder auch der legtern Brautgabe seyn könnten<sup>57)</sup>), erwartete nun die Braut den Bräutigam, und von da aus geschah dann die feierliche deductio in domum. Noch ehe diese erfolgt war, et priusquam aqua et igni acciperetur, id est, nuptiae celebrentur, wie Scavola sagt, machte ihr der Bräutigam ein Geschenk in Gelde. Was hier Scavola von der aqua und ignis erwähnt, erläutert sich aus Festus und Varro<sup>58)</sup>. Feuer und Wasser fahen die Alten

visitabat sponsam apud eius patrem, et hic dies προαὐλία dicebatur. Nocte vero sequente apud sacerum manebat sponsus: quo fit, ut dies secundus ἀπάλλια dictus sit: quia eo die pernoctaverat sponsus apud sacerum, non tamen sponsae conditione usus erat, sed in separata diaeta fuerat. Luce itaque oriente circiter primam aut secundam horam diei, (hae enim horae, inquit Festus, sponsalibus dedicatae erant,) Sponsa e domo patris egrediebatur, et hic proprie Nuptiarum dies dictus est. Tertius vero dies, quia vir maritas factus erat, ἀπάλλια nuncupabatur, et postridie Nuptiarum dicebatur. — Erat enim dies ille, in quo primum sponsa in aedibus sponsi pernoctaverat. Neque vero praetereundum est, tertio die, qui Postridie Nuptiarum, sive crastinus erat, novam nuptiam ad patris domum redire, ubi repotia fierbant, et dona ab amicis offerebantur. Man sete jedoch AVREA Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 9.

57) L. 43. §. 1. D. de legat. I.

58) Man vergleiche hier Jac. CUSACIUS Observation. Lib. XI. cap. 2. Ferand. ADDUENSIS Explication. Lib. XI. Cap. 22. (in Thes. OTTO. Tom. II. pag. 550. sq.) und Franc. HOTOMANUS Observat. cit. ad vel. rit. nuptiar. Cap. 18.

als die beiden nothwendigsten Elemente an, quae humanam vitam maxime continent, wie Festus voc. aqua sagt. Man brauchte dieselben, als Symbole, nicht blos bey den nuptiae confarreatae, sondern bey jeder feierlichen Schließung einer Ehe, wie Gruppen<sup>59)</sup> gezeigt hat. Mit Wasser, aus reiner Quelle geschöpft, wurde nicht nur die Brant besprengt, sive ut casta puraque ad virum veniret, wie ebenfalls Festus voc. Facem sagt, sive ut ignem atque aquam cum viro communicaret; sondern es pflegten ihr auch die Füße gewaschen zu werden. Letzteres bemerkt Barro bey Servius<sup>60)</sup>, welcher mit des erstern Worten sagt: *Aqua et igni mariti uxores accipiebant.* Unde et hodie facies praelucent, et aqua petita de puro fonte per puerum felicissimum vel puellam, quae interest nuptiis, *de qua solebant nubentibus pedes lavari.* Es pflegte auch der Bräutigam der Braut bey dem Eintritt in sein Haus einen Feuerbrand vom Heerde entgegen zu tragen, den die junge Ehefrau mit der Hand berühren musste, wie Nonius Marcellus in voc. Titionem noch bemerkt. Von dem Gebrauche der aqua und ignis bey den Ehen der Römer sind noch folgende Stellen der Alten merkwürdig. Lactantius Firmianus<sup>61)</sup> erklärt die aqua et ignis folgendermaßen. *Alterum quasi masculinum elementum est, alterum quasi femininum; alterum activum, alterum patibile; ideoque a Veteribus institutum est, ut sacramento ignis et aquae nuptiarum foedera sancirentur, quod foetus*

59) Tr. de uxore Rom. Cap. IV. §. 11.

60) In libr. IV. Aeneid.

61) Libr. de origine erroris. Cap. 10.

*animantium calore et humore corporentur atque animentur ad vitam. — Exulibus quoque ignis et aqua interdici solebat: adhuc enim videbatur nefas; quamvis malos, tamen homines, suppicio capitinis afficere. Interdicto igitur usu earum rerum, quibus vita constat hominum, perinde habebatur, acsi esset, qui eam sententiam exceperat, morte mulctatus: adeo ista elementa prima sunt habita, ut nec ortum hominis, nec sine his vitam crediderint posse constare.*

Und Plutarck<sup>62)</sup> assert sibi fact eben so darüber: Δια τὶ τὴν γαμονμένην ἀπτεσθαι πυρὸς καὶ ὑδάτος κελευούσι, πότερον τούτων ὡς ἐν στοιχείοις καὶ ἀρχαῖς τὸ μὲν ἄρρεν ἔστι, τὸ δὲ θῆλυ, καὶ τὸ μὲν ἀρχὰς κινήσεως, ἐνίστι, τὸ δὲ ὑποκειμένου, καὶ ὅλης δύναμιν, η διότι τὸ πῦρ καθαίρει καὶ τὸ ὑδωρ ἀγνίξει. δεῖ δὲ καδαρὰν καὶ ἀγνήν διαμένειν τὴν γαμηδεῖσαν, η ὅτι καθάπερ τὸ πῦρ χωρὶς ὑγρότητος ἀτρῶφον ἔστι καὶ ἔνροδον, τὸ δὲ ὑδωρ ἀνευ θερμότητος ἀγονον καὶ ἀργὸν, ὄντω καὶ ἄρρεν ἀδρανὲς, καὶ τὸ θῆλυ χωρὶς ἀλλήλων η δὲ σύνοδος ἀμφοῖν ἐπιτελεῖ τοῖς γήμασι τὴν συμβίωσιν. η δυκ ἀπολειπτέον καὶ κοινωνητέον ἀπάσης τύχης, η ἀν καλοῦ μηδενὸς η πυρὸς καὶ ὑδατος μέλλωσι κοινοεῖν ἀλλήλοις. i. e. Cur mulierem nubentem ignem et aquam tangere iubent? an quod horum, sicut in elementis et principiis, alterum mas est, alterum femina; alterumque principium motus injicit, alterum rei subjectae et materiae vim habet? An quoniām ignis purgat, aqua vero lustrat? Oportet enim uxorem puram et castam permanere. An, quod quemadmodum ignis

*sine humore non alit, et aridus est, et aqua sine calore sterilis atque ignava est; sic mas et femina separati imbecilles sunt, nihilque generantes; quorum congressus per nuptias convictum perficit: qui non est deserendus, sed omnis fortuna participanda, licet nullius boni, nisi ignis et aquae, participes sint futuri.*

Wenn nun also Scavola die der Braut gemachte Schenkung für gültig erklärt, so daß sie bey der nachher erfolgten Trennung der Ehe vom Henrathsgute nicht abgezogen werden sollte, so sieht er, wie auch Perronus<sup>63)</sup>, ganz richtig bemerkt hat, einen solchen Fall voraus, wo der Checonsens nicht, wie in dem im erstern Theile unsers Fragments entschiedenen Falle, vor der deductio in domum, sondern erst bey derselben, und während der übrigen vorhin bemerkten hochzeitlichen Feierlichkeiten, welche hier unter dem Ausdruck *nuptiae* verstanden werden, war erklärt worden. Und so konnte denn die Schenkung der Braut zwar am Hochzeitstage, aber doch noch ante nuptias celebratas gemacht, und also unwiderruflich gültig seyn; weil hier nicht, wie sonst gewöhnlich, der dies-coeptus pro completo gehalten, sondern der Zeitpunkt genau berücksichtigt wurde, wo die nova nupta in das Haus des Mannes war eingeführt worden, und hierdurch den Namen einer uxori erhalten hatte<sup>64).</sup>

63) *Var. Loction.* Lib. I. cap. 6. Man sehe auch WERNER Diss. cit. an consens, sponsalit, a matrimoniali differat? §. 18.

64) Man vergleiche hier vorzüglich Jo. WUNDERLICH de usu inscription. Rom. vet. in iure lib. sing. Obs. II. §. 9. pag. 52 — 60.

Denn erst von diesem Zeitmoment an konnten keine Schenkungen unter ihnen mehr Statt finden.

So steht denn nun auch Scävola's Entscheidung mit dem Ausspruch des Modestinus im vollkommenen Einklange, wenn dieser *libro VII. Regularum*<sup>65)</sup> sagt: *Inter eos, qui matrimonio coituri sunt*<sup>66)</sup>, *ante nuptias donatio facta, iure consistit: etiam si eodem die nuptiae fuerint consecutae.* So erklärt sich nun auch der Unterschied, welchen Kr. Aurelian<sup>67)</sup> in seinem Rescript an die Donata macht: *Cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum, et in ambiguum possit venire, utrum a sponso, an a marito donatum sit: sic distinguendum est, ut, si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio: quod si penes se dedit sponsus, retrahi possit: uxor enim fuisti.*

Daß heut zu Tage auf diesen Unterschied nicht mehr gesehen werden könne, da die Form der heutigen Eheschließung von jener bey den Römern üblich gewesenen ganz verschieden ist, versteht sich, und wird davon in dem folgenden Titel gehandelt werden. Indessen gedenken doch noch die Kirchenväter des vierten Jahrhunderts der deductio in domum als noch zu ihrer Zeit gebräuchlich. Ich will unter andern hier nur den Johann Chrysostomus anführen, welcher in seinem Commentar über

65) *L. 27. D. de donat. int. vir. et uxor.*

66) So lesen mit der Torellischen Ausgabe alle übrige, welche ich verglichen habe. Nur Chevallonius hat: *qui matrimonio conjuncti sunt*, welche Lesart aber offenbar unrichtig ist.

Matthäus, so wie die daraus entlehnte Stelle bey Gratian<sup>68)</sup> lautet, bey den Worten des Evangelisten Kap. 1. *Priusquam convenienter*, die Bemerkung macht: *Non dixit: priusquam in sponsi adduceretur domum*<sup>69)</sup>. Hunc quippe morem servabat antiquitas, ut sponsae in-sponsorum domibus haberentur. *Quod nunc quoque fieri interdum videmus.* Ut enim generi Loth apud sacerum leguntur habitasse cum sponsis nondum sibi copulatis lege conjugii: sic habitabat etiam Maria cum sponso. Ja noch zu Ende des fünften Jahrhunderts schreibt Bischof Apollinaris Sidonius in seinen Briefen<sup>70)</sup>: *Nondum cuncta thalamorum pompa defremuit, quia nec dum ad mariti domum nova nupta migravit.*

Aus allem ergiebt sich also die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen der Verlobungseinwilligung und dem Eheconsense hinlänglich. Ich übergehe die Ausführung des weitern Unterschiedes zwischen Ehe und Verlobniß, welcher sich bey dem folgenden Titel besser entwickeln lassen wird. Nach den neuern Rechten kommen

67) L. 6. Cod. de donation. ante nupt.

68) Can. 42. Caus. XXVII. Qu. 2. Dass diese Stelle ächt seyn, zeigt Car. Sebast. BERARDUS in Gratiani canones Comm. Tom. II. P. III. Cap. 13. pag. 190.

69) Eigentlich lauten die Worte bey Chrysostomus Homilia IV. in cap. I. Matthaei folgendermassen: *Non dixit, antequam duceretur in domum sponsi, intus enim iam erat. Nam mos priscis erat, sponsas ut plurimum domi habere.* S. BERARDUS c. l.

70) Lib. I. Ep. 5. S. Jos. BINGHAM Origines s. Anti. quitat. ecclesiast. Vol. IX. Lib. XXII. cap. 4. §. 7.

jedoch beyde darin überein, daß zur Schließung derselben weiter nichts, als die bloße Erklärung der Einwilligung, ohne alle weitere Feierlichkeit, erforderlich wird<sup>71)</sup>). Eine Klage auf Vollziehung der Ehe gestattet aber das römische Recht nicht. Selbst die *actio ex sponsu*, welche aus einem durch Stipulation geschlossenen Verlöbniß angestellt werden konnte, gieng nur, wie uns Gellius in der oben angeführten Stelle<sup>72)</sup> lehrt, auf das Interesse, oder eine Conventional-Strafe<sup>73)</sup>; und nach dem neuern römischen Rechte ist auch diese Klage unwirksam, weil man sie für unanständig und der Ehefremheit zuwider hält<sup>74)</sup>). Sie konnte daher durch die *exceptio doli mali* entkräftet werden<sup>75)</sup>). Hieraus läßt sich denn auch erklären, warum sich keine *stipulatio sponsalitia* in der Reihe der Contracte findet<sup>76)</sup>). Ob und inwiefern nach dem heutigen Rechte aus Sponsalien eine flagbare Verbindlichkeit entsteht, wird §. 1198. lehren.

71) *L. 11. D. h. t.*

72) *Noct. Atticar. Lib. IV. cap. 4.*

73) *VARRO de lingua Latina. Lib. V. pag. 41.*

74) *L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstrat. L. 1. Cod. de Sponsal. L. 2. Cod. de repad. L. 2. Cod. de inutil. stipulat.*

75) *L. 134. pr. D. de Verb. obligat. Ger. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc age. pag. 484. und Jo. D'AVRAZAN Tract. I. de sponsalib. Cap. 3.*

76) *HEINECCIUS Antiquitat. Rom. Syntagm. Lib. III. Tit. 20. §. 22.*

## §. 1192.

Wer kann ein Eheverlöbnis schließen?

Ein gültiges Eheverlöbnis können nur solche Personen eingehen, welche eine Ehe zu schließen gesetzlich nicht gehindert sind<sup>77)</sup>. Doch finden Ausnahmen Statt. Denn so können

1) Wittwen schon während des Trauerjahrs sich wieder verloben. Paulus sagt L. 10. §. 1. *D. de his, qui not. infam.* Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet<sup>78)</sup>. Zwar scheint eine solche Verlobung der Ehrbarkeit; ja der Achtung zuwider zu seyn, welche eine Wittwe dem Andenken ihres verstorbenen Mannes schuldig ist, worauf die Gesetze bei dem Trauerjahre der Wittwen zugleich mit Rücksicht genommen haben<sup>79)</sup>. Man hat indessen wegen der Begünstigung der Ehen hierin um so mehr nachzugeben kein Bedenken gefunden, da hier doch der Hauptgrund des Ehehindernisses, nämlich die Beſorgniß einer turbatio sanguinis, wie Ulpian<sup>80)</sup> sich ausdrückt, wegfällt, und selbst die Ehe der Wittwe erlaubt

77) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 2. und Car. Seb. BERARDI Commentar. in ius eccles. univers. Tom. III. Cap. 3. pag. 40. sqq. (edit. Venet. 1778. 4.)

78) G. PÜTTMANN de sponsalibus intra tempus luctus initis, in *Adversar. iuris universi* Lib. I. Cap. 10.

79) G. die Note 24. des §. 1191. G. 393. f. Anderer Meinung sind jedoch CORN. van BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 12. und JO. BERN. KOEHLER Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 8.

80) L. 11. §. 1. *D. de his, qui not. infam.*

wird, wenn sie während des Trauerjahrs das Kind, mit dem sie schwanger gieng, geboren hat<sup>81</sup>).

2) Auch Unmündige, wenn sie über sieben Jahre alt sind, und der Vater oder Wormund darein williget, können in sofern gültig sich verloben, daß die Sponsalien während der Usmündigkeit von seinem Theile einseitig aufgehoben werden können, jedoch erst dann ihre vollkommene Gültigkeit erhalten, wenn sie nach eingetretener Mannbarkeit nochmals bestätigt worden sind. *Herennius Modestinus* setzt hierin einen besondern Unterschied zwischen Ehe und Verlöbniß, wenn er *L. 14. D. h. t.* sagt<sup>82</sup>): *In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimonii: quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem annis<sup>83</sup>*). Viele<sup>84</sup>) wollen zwar die letzten Worte für einen Zusatz vom Tribus

81) *L. 11. §. 2. D. eodem.*

82) Es ist diese Stelle aus *Modestini libro IV. Differentiarum* genommen.

83) In dieser Leseart stimmen fast alle Ausgaben mit den Florentinischen überein, nur H. A. L. setzt, *quam septem annorum*, und *Chevallon*: *si non sint minores septem annis.*

84) *Jac. Gothofredus* in Commentar. ad *L. 8. Cod. Theod. de maternis bonis.* *Henr. Brouwer* de iure connubiorum Lib. I. cap. 5. nr. 3. pag. 21. und *Jo. van Nijpen* Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini IX libris Differentiarum supersunt.* (*Lugd. Bat. 1750.*) Cap. 5. (in *Ger. Oelrichs Thes. Dissertat. iuridic. select. in acad. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. I.* pag. 55.)

rian halten, weil zuerst der Kaiser Arcadius das vollen-  
dete siebente Jahr als feste Grenze der infantia bestimmt  
habe<sup>85)</sup>, von dessen Verordnung Modestin natürlich  
nichts habe wissen können. In den Gesetzen der Pandecten<sup>86)</sup> werde daher infans blos durch: qui fare non  
potest, umschrieben, ohne ein gewisses Alter anzugeben.  
Allein es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, ein sol-  
ches emblema anzunehmen, weil Modestin offenbar  
von einem solchen Zeitabschnitt der Unmündigkeit redet,  
wo der Mündel nicht nur eine vollkommen ausgebildete  
Sprachfähigkeit hat, sondern auch das, was er vornimmt,  
schon versteht, wie aus den Worten: *si modo id fieri  
ab utraque persona intelligatur*, ganz klar hervorgeht.  
Nun hatte schon das Zeitalter der Pandectenschriftsteller  
ganz allgemein angenommen, daß ein Unmündiger nach  
vollendetem siebenten Jahre diejenige Haltung und  
Fähigkeit erworben habe, wo er selbst handeln könne, und  
wo es daher dem Tutor zur Pflicht gemacht war, den  
Mündel selbst handeln zu lassen, und blos seinen Beystand  
zu gewähren, wie aus der ganz entscheidenden Stelle Ulpianus L. 1. § 2. D. de administrat. et peric. tutor.  
et curator. erhellt<sup>87)</sup>. Man könnte jedoch glauben, die

85) L. 8. C. Th. de bonis matern. L. 18. C. de iure delib.

86) L. 30. §. 2. 4. et 6. D. de fid. libert. L. 65. §. 3. D.  
ad SCt. Treb. L. 70. D. de Verb. obl. L. 217. D.  
de Verb. Signif. L. 5. D. de reg. iuris.

87) S. Unterholzner's Berichtigung der Begriffe von  
infans und infantiae proximus; (in der Zeitschrift  
für gesetzliche Rechtswissenschaft, heraus-  
gegeb. von Savigny, Eichhorn u. Götschen 1. B.  
Nr. III. S. 44—55.) und die Heidelberg. Jahrbücher  
d. Litteratur. 8. Jahrg. Heft 7. S. 664—683.

Lex Papia Poppaea habe bey den Sponsalien ein gewisses Alter bestimmt. Denn das 5. Kapitel dieses Gesetzes, so wie solches Heinemann<sup>88)</sup> aus den Classikern wieder hergestellt hat, lautete folgendermassen: *Sponsam post hanc legem DECENNI MINOREM nemo habeto, despousam intra biennium domum ducito: ni duxerit, praemiis maritorum ne fruitor.* Allein dies bezieht sich blos auf die in der Lex Papia Poppaea bestimmten Strafen des Ehebuchs, und Belohnungen der Ehe. Von jenen hatte die Lex Iulia de maritandis ordinibus den Bräutigam wie den Ehemann freigesprochen, und beyde ohne Unterschied der Belohnungen einer ehelichen Verbindung theilhaftig gemacht. Um nun die Ehe so weit als möglich hinauszuschieben, verlobten sich die Römer nicht selten mit jungen Mägden, die kaum die Jahre der Kindheit zurückgelegt hatten, und hatten sie ihren Zweck erreicht, d. h. die Belohnungen des Ehemannes erhalten, so ließen sie nun die Braut sitzen. Da Kaiser August diese eben so arglistige als unverschämte Bereitstellung seiner Absicht gewahr wurde, beschrankte er, wie Sueton<sup>89)</sup> sagt, das tempus sponsas habendi, und verordnete, wie Dio Cassius<sup>90)</sup> uns vollständiger berichtet, es sollten keine Sponsalien gelten, auf welche nicht nach zwey Jahren die Ehe erfolgt wäre. Es müsse also die Braut wenigstens zehn Jahre alt seyn, wenn der Bräutigam die damit gesetzlich verknüpften Belohnungen genießen solle. Denit

88) Ad Leg. Julianam et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 5. §. 2. pag. 177.

89) August. cap. 34.

90) Hist. Rom. Lib. LIV. pag. 531.

eine Frauensperson ward im zwölften Jahre für mannbar und ehemündig gehalten. Das Absehen der Lex Papia Poppaea gieng also blos dahin, daß Sponsalien nicht über zwey Jahre verzögert werden sollten. Hiermit wurde aber ein Alter von zehn Jahren eben so wenig zur Schließung der Sponsalien vorgeschrieben, als verboten, sich unter zehn Jahren zu verloben, sondern dieses Alter hatte blos darauf seine Beziehung, wenn ein Römer von den Strafen des Celibats frey, und der Belohnungen der Ehemänner theilhaftig werden wollte <sup>91)</sup>). Es ist daher auch gar nicht nöthig, mit einigen Rechtsgelehrten <sup>92)</sup> anzunehmen, es habe zu den Zeiten des Modestinus ein anderes Recht gegolten. Sponsalien, auch vor dem vollendeten zehnten Jahre, waren zwar gesetzmäßig, aber erst von dem zurückgelegten zehnten Jahre an privilegiert, wie sich Jac. Godefroi <sup>93)</sup> sehr richtig ausgedrückt hat. Um jedoch auf die Gültigkeit der Verlöbnisse der Unmündigen wieder zurückzukommen, so können zwar solche Sponsalien,

91) *S. Jac. Cusacius Recitation. solenn. in Codicem Lib. V. Tit. 1. Verb. Falsum autem est etc.* besonders *Franc. Ramos Del MANZANO ad Leges Julianam et Papiam Commentar. Lib. IV. Reliquat. 4. (Thes. Meermann. Tom. V. pag. 445. sq.)* und *Henr. Brouwer de iure connubior. c. I. pag. 25.*

92) *Franc. BALDWINUS de Lege Julia et Pap. Poppaea, in Eiusd. Commentar. ad Leges de iure civ. pag. 56.* (edit. *Gandling. Halae 1730. 8.*) und *Jo. D'AVEZAN Tr. I. de sponsalibus. Cap. 9. (Th. Meerm. Tom. IV. pag. 324.)*

93) *Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. de sponsalibus. Tom. I. pag. 506. edit. Ritter. S. auch van NISPERN cit. Diss. Cap. V. pag. 57.*

wenn der Unmündige die mannaren Jahre erreicht hat, von demselben willkührlich und ohne alle Angabe weiterer Ursachen aufgehoben werden; allein während der Unmündigkeit ist er an sein Versprechen dergestalt gebunden, daß ein zweytes während derselben geschlossenes Eheverlöbniß null und nichtig ist. Da es können solche Sponsalien vor eingetretener Pubertät nicht einmal mit beyder Theile Einwilligung wieder aufgehoben werden. Sie sind also als bedingte Sponsalien anzusehen, welche erst auf den Fall unwiderruflich werden, wenn nach eingetretener Mannbarkeit davon nicht abgegangen wird. Hat ein Unmündiger mit einem Mündigen das Verlöbniß geschlossen, so kann der Letztere von seinem Versprechen nicht abgehen, wenn dem Unmündigen nach erreichter Mannbarkeit an der Vollziehung des Eheversprechens gelegen ist. Es ist aber auch der Unmündige, der nun die Pubertät erreicht hat, an sein Eheversprechen gebunden, wenn es zum Beyschlag gekommen ist<sup>94)</sup>. Haben jedoch beyde Theile in der Unmündigkeit Sponsalien geschlossen, und der eine Theil will nach erreichter Pubertät von dem Verlöbniß abgehen, so muß sich's der andere Theil gefallen lassen. Ueberdem aber entsteht auch noch aus den Verlöbnissen der Unmündigen, wenn sie gleich nach erreichter Pubertät aufgehoben worden sind, nach dem kanonischen Rechte das Ehehinderniß der öffentlichen Wohlstandständigkeit. Alles dieses bestätigen folgende Texte des kanonischen Rechts.

94) Da diese Einschränkung offenbar eine Folge der sponsalium de praesenti ist, so sollte man sie jetzt gar nicht mehr berücksichtigen, nachdem die sponsalia de praesenti des kanonischen Rechts zur Antiquität geworden sind. (§. 1199.) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 412. a. E.

*Cap. 7. X. de despensat. impuber. ALEXANDER III. Bathoniensi episcopo (anno 1170.) De illis, qui intra annos, aptos matrimonii contrahendis, sponsalia contrahunt, sive uterque, sive alter reclamet, antequam ad annos, aptos matrimonii contrahendis, pervenerint, et postulent separari, non sunt ulla tenus audiendi. Si vero alteruter istorum ad annos pubertatis pervenerit, infra eosdem annos altero existente, cum eadem sponsalia contrahuntur: si is, qui minoris aetatis est, cum ad annos illos pervenerit, reclamaverit, nec in alterum voluerit consentire, iudicio Ecclesiae poterunt ab invicem separari<sup>95)</sup>). Utrum au-*

95) Diesem scheint jedoch das *Cap. 1. X. eodem* zu widersprechen, wo gesagt wird: *Impuberem a patre matrimonio traditum, postquam pervenerit ad perfectam aetatem, omnino debere hoc adimplere.* Man hat mancherley Erklärungen versucht, um diesen Widerspruch zu heben, wie man aus GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad h. cap. *Franc. FLORENS Oper. juridicor. Tom. II,* pag. 175. sq. (edit. Norimberg. 1756. 4.) J. H. BOENMERR ad cit. cap. not. 6. edit. Corp. iur. can. und Zeg. *Bern. van ESPEN Commentar. in Decretum Gratiani P. II. Caus. XXXI. Oper. Tom. VIII.* pag 102. (edit. Gibert. Venetius 1782.f.) ersieht; allein sie sind gröstentheils erzwungen. Man hat wohl mehr Grund zu glauben, daß der ganze Text unächt. sey, wie van ESPEN c. l. und besonders BERARDI in seinem trefflichen Werke: *Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc.* P. II. Tom. I. Cap. 49. pag. 384. auch dafür halten. Denn in Gratians *Decrete can. 2. Caus. XXXI. Qu. 2.* steht dieser Text als Palea; und wird dem Papst Hormisdas zugeschrieben. In den *Decretalen. Gregors IX.* wird er dem Papst Honorius zugeeignet,

tem mulier, quae, postquam annos nubiles attigerit, ei, qui nondum ad annos, aptos matrimoniis contrahendis venerat, nupsit, ab eo; si quaerat discidium, debeat separari? consultationi tuae taliter respondemus, quia cum in eum semel consenserit, amplius non poterit dissentire vel divertere, nisi forte ipse, cui nupsit, postquam ad legitimam aetatem pervenerit, in eam suum omnino negaverit praestare consensum<sup>96)</sup>.

*Cap. 8. X. eodem. Idem ALEXANDER III. eidem.*  
 A nobis tua discretio requisivit, utrum iis, qui intra annos nubiles matrimonii nomine conjuguntur, vel eorum alteri, antequam ad annos, aptos matrimonio, perveniant, liceat a matrimonio tali discedere. Ad quod inquisitioni tuae taliter respondemus, quod pro eo, quod ante nubiles annos conjugalem consensum de sanctorum patrum auctoritate non habent, usque ad

ohne zu bestimmen, welchem? Nun hat sich betgleichen Decretale bis jetzt weder unter den Decretalschreiben des Papstes Hormisdas noch eines Honorius gefunden. Es steht auch dieser Text blos in einer einzigen der ältern Sammlungen, nämlich in dem Breviarium Extravagantium Bernardi Circae, unter dem Namen des Papstes Hormisdas. Ueberdem stimmt auch der Inhalt mit andern Texten des Gratianischen Decretes nicht überein. - S. Can. un. C. XXX. Qu. 2.

96) Diese Dekrete befindet sich in der Sammlung der Decretale des Papstes Alexандеr's III. welche BOERNER seiner Ausgabe des Corp. iur. can. Tom. II. beigefügt hat, und zwar pag. 523.

legitimam aetatem exspectare tenentur: et tunc aut confirmetur matrimonium, aut, si simul esse noluerint, separentur; nisi forte carnalis commixtio ante intervenierit: cum interdum illa tempus anticipare soleat pubertatis.

*Cap. un. §. 2. de despousat. impub. in VIto. BONIFACIUS VIII. ann. 1293.* Porro ex sponsalibus, quae parentes pro filiis puberibus vel impu-  
beribus plerumque contrahunt, ipsi filii, si ex-  
presse consenserint, vel tacite, ut si praesentes  
fuerint, nec contradixerint, obligantur, et ex eis  
oritur iustitia publicae honestatis.

Das letztere hatte auch schon vorher Papst Alexander III. verordnet, wie aus dem *Cap. 11. de despousat. impub. in Breviario extravagantum BERNARDI CIRCAE* erhellet, wo es heißt: Sponsa autem si nubili aetati proxima est, nullus consanguineorum sponsi potest eam sibi matrimonio copulare <sup>97)</sup>. Beson-  
ders aber gehört hierher

*Cap. 4. X. eodem. ALEXANDER III. Herfor- diensi Episcopo.* Verum si postquam praefata puella septimum annum complevit, praedictus vir matrem in uxorem accepit, cum sponsalia ex tunc placere consueverint, inter eos sententiam divorii non differas promulgare, nec ipsum seu filiam seu matrem uxorem habere permittas.

Aus allen wird man sich überzeugen, daß es un-

<sup>97)</sup> G. GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretales Gregorii IX. Tom. IV. pag. 88. und BROUWER de iure connubior. Lib. I. Cap. 3. nr. 19.

richtig sey, wenn behauptet werden wollen, daß die Verlöbnisse der Unmündigen während der Unmündigkeit keine verbindliche Kraft hätten<sup>98)</sup>.

5) Der Gouverneur einer Provinz konnte zwar während seiner Amtsverwaltung keine Provinzialin heirathen, allein sich mit ihr zu verloben war ihm nicht verboten<sup>99)</sup>, ob wohl letztere nach ihrem Gefallen wieder zurücktreten konnte, wenn sie den Mahlschlag zurückgab. Nach einer Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos soll sie sogar diesen behalten dürfen<sup>100)</sup>, welches vermutlich darin seinen Grund hatte, weil die Prä-

98) Man sehe z. B. Schott's Einleitung in das Eherecht, §. 146. und vergleiche dagegen Franz Jof. Hartleben's allgemeine Bibliothek der neuesten jurist. Literatur 1. B. 2. St. für das Jahr 1786. Mainz und Frankf. 1787. 8.) Ferner Jos. Jo. Nep. HEM Praelection. in ius ecclesiast. univ. P. II. (Viennae 1791. 8.) §. 414. Maurus SCHENKL Institution. iuris eccles. Germaniae. P. II. §. 641. Ant. SCHMIDT Institution. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 74. und BEARDI e. l. pag. 39. sq.

99) *L. 38. pr. D. de ritu nuptiar.*

100) *L. un. Cod. Si rector provinciae, vel ad eum pertinent. sponsalitia dederint. Ant. SCHULTING in Jurisprud. vet. Antejustin. ad PAULI Sentent. recept. Lib. II. Tit. 19. §. 9. not. 30. pag. 303. glaubt zwar, dieses Gesetz sey durch die L. 5. C. de Sponsalib. welches jünger sey, wieder aufgehoben worden, und Tribonian habe nach dieser neuern Verordnung die L. 38. D. cit. interpolirt. Allein dies ist höchst unwahrscheinlich. Cf. Jac. GOTHOFREDI Commentar. ad L. un. Cod. Theod. eod. tit. Tom. I. pag. 516: edit. Ritter.*

sides gewöhnlich durch sehr reiche Geschenke sich ihre Bräute zu verbinden suchten, deren Zurückgabe nachher die Freiheit der Neue erschwerete <sup>1)</sup>). Ueberhaupt ist

4) ein Verlöbniß während eines vorhandenen Ehehindernisses erlaubt, wenn dieses blos temporell ist <sup>2)</sup>). Es muß nur in Anschung der erfolgenden Ehe die Zeit abgewartet werden <sup>3)</sup>.

Da Sponsalien unter den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen stehen, und eine künstige Ehe zum Zweck haben; so müssen auch diejenigen, welche sich gültig verloben wollen, nicht nur die Fähigkeit, sich verbindlich zu machen, sondern auch die körperliche Tüchtigkeit zur Erfüllung der künstigen Ehezwecke haben. Daher können

1) Kinder unter 7 Jahren auch nicht mit Einwilligung ihres Vaters oder Vormundes <sup>4)</sup>), Wahnsinnige <sup>5)</sup>

1) BERARDI Commentar. in ius eccles. univ. T. III. Diss. II. Cap. 2. pag. 39.

2) Eine Ausnahme findet beym Vormunde statt, welcher vor Ablegung der Rechnung mit seiner Mündel eben so wenig ein Verlöbniß als eine Ehe schließen kann. Daselbe gilt auch von seinem Sohne. L. 15. D. h. t. L. 60. §. 5. D. de rita napt. S. BERARDI c. l. pag. 58.

3) Schott's Eherecht. § 145.

4) §. 9. I. de inutil. stipulat. Can. 1. Caus. XXX. Qu. 2. Cap. 4. et 5. X. de sponsat.. impub. Cap. 1. eodem in Vito. S. Jo. Hern, FRIESB. Diss. de intempestivis desponsationibus. Jen. 1711. Th. 3. und BROUWER de iure connubior. Lib. I. cap. 5. nr. 1—6.

5) L. 8. D. h. t. Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est: sed postea interve-

und höchst Betrunkene <sup>6)</sup> in diesem Zustande kein gültiges Eheverlöbniß schließen.

2) Personen, die wegen eines körperlichen Fehlers zur Ehe auf immer untüchtig sind <sup>7).</sup>

Sind Personen noch in väterlicher Gewalt, so wird nach dem römischen Rechte die Einwilligung des Vaters zur gültigen Schließung ihrer Verlöbnisse eben so, wie zur Eingehung der Ehe erforderlich <sup>8).</sup> In Absicht auf die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung macht jedoch das Röm. Recht zwischen Söhnen und Töchtern einen Unterschied. Bey den erstern war die ausdrückliche Einwilligung des Vaters nöthig, welche in den Gesetzen mit dem Ausdruck *iussus* bezeichnet <sup>9)</sup> wird, bey den letzteren aber schon hinreichend, wenn der Vater nur nicht

niens sponsalia non infirmat. *L. 16. §. 2. D. de ritu nupt.* Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit. BROUWER c. l. Cap. 4. nr. 1 — 10.

6) BROUWER c. l. nr. 12. sqq.

7) *Cap. 1. et 5. X. de frigid.*

8) *L. 7. §. 1. D. h. t.* In Sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intelligi tamen semper *filiae* patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit. Man verbinde damit die *L. 2. D. de ritu nupt.* Jo. D'AVRZAN Tr. II. de matrimonii. Cap. 15.

9) *Pr. J. de nupt.*

ausdrücklich dissentirte<sup>10)</sup>: Ein Gleiches gilt bey den Verlöbnissen der Enkel, deren Vater noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters sich befindet<sup>11)</sup>. Hier wird außer der Einwilligung des Vaters, auch die des Großvaters erfordert, weil sie ebenfalls unter der väterlichen Gewalt ihres Großvaters sind<sup>12)</sup>. Zwar hatte der Vater, der selbst noch in väterlicher Gewalt war, keine Gewalt über seine Kinder<sup>13)</sup>; allein der Grundsatz, nemini invito heredem agnosci<sup>14)</sup> machte bey den Enkeln eine Ausnahme nöthig, welcher Grund hingegen bey den Enkelinnen wegfällt, weil sie durch ihre Verheyrathung in eine fremde Familie übergehen<sup>15)</sup>. Daher war bey die-

10) *L. 12. et 25. Cod. eodem.*

11) *Ge. Lud. BOEHMER Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum. Cap. I. §. 17. in Elect. iur. civ. Tom. I. pag. 585. sq.*

12) *L. 16. §. 1. D. de ritu nupt. Nepote uxorem ducente, et filias consentire debet. Man verbinde damit §. 5. J. de patria pot.*

13) *L. 21. D. ad Leg. Jul. de adult. coercend.*

14) §. 7. *J. de adopt. Jo. D'AVEZAN cit. loc. cap. 16. VINNIUS Comm. ad pr. I. de nupt. nr. 4. BOEHMER cit. Diss. §. 14.*

15) *L. 196. §. 1. D. de Verbor. Signif.* Hieraus folgt, daß wenn der Enkel von dem einen Sohne die Enkelin von einem andern Sohne, die beide noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters sind, heyrathet, die Einwilligung des Letztern allein genüge. *L. 5. D. de ritu nupt. G. D'AVEZAN o. l. Cap. 16. §. Quid dicemus, wo er den Grund anführt: quia eo casu avus nullam novam personam inserit familiae, sed nepoti ex familia sua dat uxorem.*

sen die Einwilligung des Großvaters, allein hinreichend<sup>16)</sup>. Auf keinen Fall aber wird die Einwilligung des mütterlichen Großvaters erfordert, weil er über die Enkel seiner Tochter keine väterliche Gewalt hat<sup>17)</sup>). Emancipirte Kinder haben die Einwilligung des Vaters nach dem Röm. Recht nicht nöthig<sup>18)</sup>). Nur bei einer emancipirten Tochter, welche noch minderjährig ist, machen die Gesetze eine Ausnahme<sup>19)</sup>). Die Einwilligung der Mutter erfordert zwar das Römische Recht nicht nothwendig zur Gültigkeit des Eheverlöbnisses ihrer Kinder, weil sie nicht in ihrer Gewalt sind, wie letzteres Justinian<sup>20)</sup> lehrt, und schon längst vorher auch Gaius<sup>21)</sup> und Ulpian<sup>22)</sup> gelehrt haben. Da indessen die Römischen Gesetzgeber diejenige Gewalt der Mutter nie abgesprochen haben, welche das Naturrecht den Eltern über ihre Kinder einräumt<sup>23)</sup>, und daher auch die Kinder zu derselben Ehrfurcht gegen die Mutter verpflichten, welche sie dem Vater schuldig sind<sup>24)</sup>,

16) L. 16. §. 1. *in fin. D. de rit. nupt.* Neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet.

17) §. 5. *in fin. J. de patr. pot.* BOHMER cit. Diss. §. 15.

18) L. 25. *D. de ritu nupt.*

19) L. 18. L. 20. *Cod. de nupt.*

20) §. 10. *J. de adopt.*

21) *Commentar. Instit. L. I.* §. 104.

22) *Fragn. Tit. VIII.* §. 8.

23) Daher sagt Ulpian L. 4. *D. de curat. furios.* Pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur. S. PÜTTMANN *Probabil. iuris civ.* Lib. I. Cap. 10.

24) L. 2. §. 2. *D. de obsequiis parentib. et patrono praestandis.* L. 4. *G. de patr. potest.*

so pflegten humane Ehemänner ihre Töchter nicht leicht ohne Zustimmung ihrer Ehefrauen zu verheyrathen<sup>25)</sup>, und wir finden auch selbst in dem Römischen Gesetzbuche mehrere Beispiele solcher Ehen, welche mit Einwilligung der Mutter geschlossen worden sind<sup>26)</sup>. Nach deutschen Rechten hat dieses vollends keinen Zweifel. Sehr richtig sagt Riccius<sup>27)</sup>: *Apud Germanos parentum potestas eadem semper fuit in liberos, quae naturalis ratio dictat; hinc eandem quoque in Germania utriusque parenti fuisse communem, in aprico est.* Daher ist auch die Einwilligung der Mutter bei den Heyrathen ihrer Kinder nöthig<sup>28)</sup>, und auf dieses Erforderniß der mütterlichen Einwilligung scheint sich auch das deutsche Sprichwort zu beziehen: Wer die Tochter will haben, muß die Mutter fragen; fragt er die Mutter nicht, bekommt er die Tochter nicht<sup>29)</sup>. Verweigern die Eltern ihre Einwilligung ohne

25) BROUWER de iure connubior. Lib. I. cap. 8. hat dieses aus mehreren Stellen der römischen Klassiker erwiesen.

26) L. 57. §. 1. *D. de ritu nupt.* L. 20. *Cod. de ineff. testam.* L. 20. *Cod. de nupt.*

27) Spicileg. iuris Germanici Lib. I. Tit. XI. Membr. I. §. 295. pag. 431. Man sehe auch JO. JAC. ROTTHAUS Diss. de materna potestate in liberos Germanor. legi. quis et more. Gottl. 1772. §. 2: sqq.

28) Christ. GOTTL. RICCIUS Spicileg. cit. §. 299. pag. 445. ERN. JO. FRID. MANTZEL Diss. de aequali utriusque parentis iure, qua consensum in sponsalia liberorum. Rostochii 1760. 4. BOHIMIA cit. Diss. Cap. II. §. 55. §. 55. HOFMANN teutsches Eherecht. §. 10.

29) GE. TOBIAS PISTORIUS Thes. paroem. iuris germ. Centur. VI. Paroem. 53. HOFMANN a. a. D. S. 28.

gerechten Grund, so kann von Seiten desjenigen Theils, dessen Eltern ihre Bestimmung verweigern; Beschwerde geführt; und die versagte Einwilligung durch die Obrigkeit ergänzt werden<sup>30)</sup>). Ein mehreres hieron zu sagen, wird §. 1196. Gelegenheit geben.

Minderjährige, welche die Mündigkeit schon erreicht haben, können sich nach dem Römischen Rechte ohne Zustimmung ihres Curators gültig verloben<sup>31)</sup>). Ob es nach deutschen Rechten anders seyn, wird der §. 1197. lehren.

### §. 1193.

Inwiefern steht Betrug, Zwang und Irrthum der Gültigkeit der Sponsalien entgegen?

Sponsalien, als Verträge, erfordern die freye Einwilligung der sich Verlobenden. Diese Einwilligung darf also 1) nicht durch Betrug erschlichen seyn. Ob der Betrogene durch falsche Vorstreuungen zur Einwilligung verleitet, oder durch das betrügerische Schweigen des andern Theils in einen solchen Irrthum versezt worden ist, welcher die Einwilligung schlechterdings ausschließt, ist gleichviel. Der Betrug macht das Verlöbniss ungültig, er mög von dem andern Contrahenten oder von einem

30) *Ern. TENZELL* Diss. de parentum consensus per magistratum circa liberorum sponsalia suppletione. Erf. 1710. rec. 1713. *Frid. GAERTNER* Diss. de supplendo consensu in sponsalibus secund. ius comm. et Hassia. cum. Marb. 1789. *BOHMER* cit. Diss. §. 27. et 28.

31) *L. 20. D.* de ritu nupt.

Dritten begangen worden seyn<sup>32)</sup>). Dass aber in diesem Falle nicht dem Betrüger, sondern nur dem Betrogenen das Recht zustehen könne, von dem Eheversprechen abzugehen, und dass daher ersterer an sein Versprechen gebunden sey, wenn dem Letztern daran liegt, dass es bey dem Eheversprechen bleibe, lehrt schon die Vernünft, weil Jener aus seinem Dolus keinen Vortheil ziehen kann<sup>33)</sup>, diesem aber freystehen muss, sich seines Rechts zu begeben<sup>34)</sup>. Es ist demnach eine höchst abgeschmackte und nicht zu billigende Entscheidung des Pabstes Innocenz III. wenn er in dem Cap. 26. X. *de sponsalib.* einem Betrüger, welcher, um ein Mädgen zum Bey schlaf zu bewegen, sich mit ihr verlobt, und, um an sein Versprechen nicht gebunden zu seyn, sich sogar einen falschen Namen belegt hatte, darum gestattet, von dem Eheversprechen, auf dessen Erfüllung die betrogene Braut flagte, wieder abzugehen, weil er nicht die Absicht gehabt habe, sie zu heirathen, wie auch Böhmer<sup>35)</sup>, wenn gleich Alteserra<sup>36)</sup> sie zu vertheidigen sucht, sehr richtig erinnert hat.

32) Baouwer *de iure connubior.* Lib. I. cap. 19. und Schott's Eherecht. §. 90.

33) L. i. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* L. 154. §. 1. *D. de diw. reg. iur.* Voet Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 3. §. 7. und Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 268. S. 598.

34) Arg. L. 29. C. *de pact.*

35) Ad Cap. 26. X. h. t. Not. 72. vorzüglich aber in iure eccl. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 142. pag. 1195. sqq.

36) Innocentius III. ad cap. cit. 26. pag. 506.

Die Einwilligung darf ferner 2) nicht widerrechtlich erzwungen seyn<sup>37)</sup>, sonst ist das Eheverlöbniß nichtig, und es ist gleichviel, ob der Zwang durch eine wirkliche Zufügung oder bloße Androhung von Uebeln verübt worden ist, wenn nur, wie die Gesetze sagen, der metus illatus ein solcher war, qui posset in virum constantem cadere<sup>38)</sup>. Dies muß, wie schon an einem andern Orte<sup>39)</sup> ausgeführt worden ist, aus den Umständen beurtheilt werden, und es kommt hierbei zugleich auf die körperliche Beschaffenheit des in Furcht gesetzten an<sup>40)</sup>. Eine bloß eingebildete Furcht, welche durch keine, oder wenigstens keine gefährliche Drohungen erweckt wurde, vernichtet ein Eheversprechen nicht. Für eine solche Furcht hält man gewöhnlich den metus reverentialis, welche bloß aus Scheu und Chrfurcht gegen eine gewisse Person, ohne alle Drohungen, entstand<sup>41)</sup>, jedoch kommt es auch hierbei, wie Böhmer<sup>42)</sup> sehr richtig bemerkt, auf die Umstände an. Auch selbst dem Vater giebt die väterliche Gewalt kein Recht, seine Kinder wider ihren Willen zur Ehe zu zwingen<sup>43)</sup>. Nach dem ältern Rom. Recht hing

37) L. 14. C. de nupt.

38) Cap. 15. et 28. X. h. t. BROUWER Lib. I. cap. 17.  
BOEHMUS Jus Eccles. Prot. Vol. III. Lib. IV. Tit. u.  
§. 153.

39) S. den 4. Th. §. 3000. f. und den 5. Th. dieses Commentars. §. 445. u. 446.

40) Cap. 6. X. h. t.

41) L. 6. C. de his, quae vi metusve causa.

42) Jur. eccles. Protest. c. l. §: 153.

43) L. 12. Cod. de nupt. Imp. Dioclet. et MAXIMIAN.  
Nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducen-

zwar die Berechung der Kinder lediglich von der Willkür und dem Befehle des Vaters ab; der Vater schloß für seine Kinder die Ehen, und konnte sie auch wieder nach Gefallen aufheben, den Kindern blieb nichts als der Gehorsam übrig<sup>44).</sup> Allein das neuere Recht hat diese Härte gemildert, und erfordert bey der Verheyrathung der Kinder zwar die Einwilligung des Vaters, aber auch die Einwilligung der Kinder, ohne welche so wenig ein Verlöbniß als eine Ehe bestehen kann. So war es zu den Zeiten des Julianus und Paulus. Ersterer sagt *Lib. XVI. Digestor.* woraus die *L. 11. D. h. t.* entlehnt ist: *Sponsalia, sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo, sicut nuptiis, ita sponsalibus filiamfamilias consentire oportet.* Letzterer sagt noch bestimmter *L. 2. D. de ritu nupt.* welche aus derselben *Lib. XXXV. ad Edictum* genommen ist; *Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes: id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt.* Es blieb jedoch ein Unterschied zwischen dem Sohn und der Tochter. Erster konnte dissentiren, wenn ihm die von dem Vater angetragene Braut nicht gefiel. Der letztern hingegen war dies nur in dem Falle erlaubt, wenn der vom Vater für sie außersehene Bräutigam ein unmoralischer schändlicher Mensch war. Folgende Stellen des Röm. Gesetzbuchs bestätigen diesen Unterschied.

dam cogi, legum disciplina permittit. Igitur, sicut desideras, observatis iuris praeceptis sociare conjugio tuo quam volueris, non impedieris: ita tamen, ut contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat.

• 44) BROUWER Lib. I. sap. 7.

L. 12 D. h. t. ULPIANUS libro singul. de sponsalib. Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur.

§ 3. Tunc autem solum dissentendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat.

L. 13. D. eodem. PAULUS Libro V. ad Editum. Filiofamilias dissentiente, sponsalia nomine eius fieri non possunt.

In Ansehung der Töchter wurde also das ältere Recht nur modifizirt, dem Vater aber bei der Verheyrathung derselben noch immer viel Gewalt gelassen. Was daher die Hermione beym Euripides<sup>45)</sup> sagt:

Νομφευμάτων δὲ τῶν ἐμῶν πατήρ ἐμὸς  
Μέριμναν ἔξει, καὶ δυν ἐμόν κρίνειν τάδε,

*Curabit parens nuptias meas, quippe quae non sunt arbitrii mei;* eben dasselbe verordneten auch noch die Kaiser Honor und Theodosius L. 20. Cod. de nupt. In conjunctione filiarum in sacris positarum patris expectetur arbitrium. Und es blieb also wahr, was Donatus<sup>46)</sup> sagt: *Summa potestus nuptiarum in patre puellae est.* Das kanonische Recht kennt aber diesen Unterschied nicht, und will durchaus nicht, daß Eltern ihre

45) *Androm.* 987. sq.

46) *In Andr.* IV. 4. v. 2. Vergl. auch Plautus in Sticha Act. I. Sc. I. v. 52. S. BOHMER cit. Diss. Cap. II. §. 11. und Jo. Conr. STIEGLITZ Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi. *Halae* 1757. §. 3. et 5.

Kinder wider ihren Willen zur Ehe zwingen<sup>47)</sup>. Es erhellte zugleich hieraus, daß nichts darauf ankommt, ob der Zwang von dem andern Contrahenten oder von einem Dritten geschehen ist. Man nimmt jedoch den Fall aus, wenn der Gezwungene durch eigne unerlaubte Handlung sich der nicht ungerechten Gewalt des Zwingenden ausgesetzt hat<sup>48)</sup>. Daher kann sich derjenige, welcher ein unbescholtenes Mägdchen beschlafen hat, und von dem Vater genötigt worden ist, sich mit ihr ehelich zu versprechen, über seine ungerechte Gewalt beschweren<sup>49)</sup>. Ungestüme und zudringliche Ueberredungen werden dem Zwange gleichgeachtet, und haben Nichtigkeit des Eheversprechens zur Folge<sup>50)</sup>. Ein widerrechtlich erzwungenes Eheverlöbniß ist nun an sich nichtig, wenn auch ein Eid hinzugekommen wäre<sup>51)</sup>. Endlich

47) *Can. 3. Caus. XXXI. Qu. 2. Cap. 14. et 17. X. de sponsal. Cap. 11. X. de desponsat. impub. Guil. RANCHINUS Variar. Lection. Lib. II. cap. 4. und BEZARDI in Gratiani canones. P. II. Tom. II. Cap. 85. pag. 567.*

48) BOEHMER iur. eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 1. §. 155.

49) Schott's Eherecht. §. 88. Mot. \*\*\*\*. Jedoch sind die von ihm angeführten Terte noch vielen Zweifel unterworfen. Denn daß cap. 1. et 2. X. de adult. et stupro werden h. z. t. blos von einer alternativen Verbindlichkeit erklärt. van ESPEN ius eccles. un. P. III. Tit. 4, §. 55. und gegen das cap. 15. X. h. t. dürfte sich noch viel einwenden lassen.

50) BOEHMER c. 1. §. 134. und Jo. God. KRAUSE Diss. de eo, quod iustum est, circa persuasiones intuitu sponsaliorum. Vitemb. 1724.

51) *Cap. 2. X. de eo, qui duxit in matrim. Der Can. 22. Caus. XXII. Qu. 4. den man hierbei noch zu citiren*

53) darf die Verlöbnis-Einwilligung auch keinen wesentlichen Irrthum zum Grunde haben. Dahin gehört a) Irrthum in der Person des Andern<sup>52)</sup>, b) Irrthum in Ansehung solcher Eigenschaften des Andern, welche der Irrende entweder zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, oder wenigstens als stillschweigende Bedingung voraussehen konnte. Z. B. Irrthum in Ansehung des Vernunftgebrauchs<sup>53)</sup>, der Fähigkeit zum Beyschlafe<sup>54)</sup> des freyen und unbescholtene[n] Zustandes<sup>55)</sup>; mithin auch Irrthum in Ansehung der Jungfberschaft. Das deshalb ein Ehenverlöbnis aufgehoben werden könne, hat wohl weniger Zweifel, als die Frage, ob deshalb eine schon vollzogene Ehe getrennt werden könne. Denn das Erstern geben alle zu<sup>56)</sup>,

pflegt, ist unächt. S. BERARDI in Gratiani canones. Tom. IV. Cap. 19. pag. 545.

52) GRATIANUS *can. un. §. 2. C. XXIX. Qu. 1.* Error personae coniugii consensum non admittit. S. van ESPEN iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 4. (*Oper. a GIBERTO editor. Tom. II. pag. 141.*) Sollte es jedoch zum Beyschlafe gekommen seyn, so meint BROUWER de iure connub. Lib. I. cap. 18. nr. 10. pag. 175. das Verlöbnis könne der Willigkeit wegen für gültig erklärt werden, wenn der Braut, in deren Person sich der Bräutigam irre, kein Dolus zur Last fällt.

53) *Cap. 24. X. h. t.*

54) *Cap. 5 — 7. X. de frigid. Plac. BOECKHN Comm. in Decretal. Lib. IV. Tit. 1. nr. 45.* Schott's Eherecht. §. 89. Not. \*\*).

55) *Can. un. §. 2. C. XXIX. Qu. 1. Cap. 4. X. de coniugio servor.* Schott a. a. D. Not. \*).

56) *Ben. CARPOV. Jurisprud. ecclesiast. s. consistor.* Lib. II. Tit. 10. Def. 187..

weil die Jungfräuschaft bey dem hohen Werthe, den der Mann bey cultivirten Nationen darauf setzt, eine solche Eigenschaft ist, welche jeder Bräutigam, der sich nicht mit einer Witwe verlobt, bey seiner Braut billig, als stillschweigende Bedingung, voraussetzt. Es ist also mit Grund anzunehmen, daß der Bräutigam, wenn er den Mangel derselben gewußt, einer schon von Andern entehrten Braut die Ehe gewiß nicht versprochen haben würde. Da die bewährtesten Practiker behaupten sogar, daß auch die Braut berechtigt sei, ihrem Bräutigam, den sie für einen unbescholtenden Junggesellen gehalten, den Abschied zu geben, wenn sie nachher das Gegentheil erfährt<sup>57)</sup>). Viel mehreren Zweifeln ist hingegen die Frage unterworfen, ob der Mangel der Jungfräuschaft auch eine rechtmäßige Ursache

57) CARPOV c. 1. Def. 188. BROUWER de iare coniubior. Lib. I. cap. 18. nr. 37. pag. 189. u. 190. NICOLAI Tr. de repudius et divort. Cap. 2. nr. 66. STRYK de dissensu sponsalitio. Sect. II. §. 34. Nic. Hier. GUNDLING Comm. qua doctrina vulgaris, maiorem a feminis, quam a viris requirens castitatem, sub examen revocatur. §. 21 — 28. Es lassen sich für diese Meinung auch Stellen in dem kanonischen Recht finden. So sagt Ambrosius in Gratian's Decrete can. 4 Caus. XXXII. Qu. 4. Eadem a viro, quae ab uxore, debetur castimonia, und Augustinus sagt ebendaselbst can. 2. Caus. XXXII. Qu. 6. Si ducturi estis uxores, servate vos uxoribus vestris. Quales vultis eas inveniri, tales et ipsae inveniant vos. *Quis iuvenis est, qui non castam velit dacere uxorem?* Et si accepturus est virginem, *quis non intactam desideret?* Intactam quaeris? *intactus esto: puram quaeris?* *noli esse impurus.* Non enim illa potest, quae tu non potes.

zur Trennung einer bereits vollzogenen Ehe gebe, quia turpis eiicitur, quam non admittitur hospes, wie Papst Innocenz III. sagt<sup>58)</sup>? Es ist hier vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der Mangel der Jungfräulichkeit mit einer wirklichen Schwangerschaft der Braut verbunden ist, oder nicht. Im ersten Falle sind Katholiken und Protestanten einverstanden, daß die Ehe nichtig sey. Hier tritt auf Seiten des Mannes der absolute Mangel seiner Einwilligung, auf Seiten der Frau aber, die schon vor der Ehe von einer andern Mannsperson schwanger war, ein offensichtlicher Betrug ein, und beide vereint wirken zu einem Ziele, Nichtigkeit der Ehe, wenn das Weib dem Manne vor der Ehe ihren Zustand nicht entdeckte<sup>59)</sup>. Zwar läge sich im allgemeinen nicht behaupten, daß eine Weibsperson schuldig sey, ihre Schwachheiten zu eröffnen, man kann daher auch nicht sagen, daß eine Frauensperson betrügerisch handle, welche nicht um ihre Jungfräulichkeit befragt worden, und den Mangel derselben verschweigt. Über dann ist ihr Schweigen ein offensichtlicher Dolus, wenn dem andern Theile daraus ein Nachtheil erwächst. Dies ist nun aber unstreitig hier der Fall, wenn die Frau von einem andern Manne schwanger ist, und eine fremde Geburt in die

58) Cap. 25. §. 1. X. de iure iur.

59) S. von Gönnier auserlesene Rechtsfälle. 3. Band, Nr. XXVIII. §. 9. S. 25. ff. Ant. Michl's Kirchenrecht für Katholiken u. Protestanten. §. 70. S. 318—320. Jds. Jo. Nep. Pfeiffer Praelection. in ius eccles. univ. Tom. II. §. 496. Ben. Carrizov Jurisprud. eccles. a. consistor. Lib. II. Tit. XI. Definit. 193. und Georg Ludwig Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes, 2. Abth. Nr. 63. S. 490—494.

Glück's Erläut. d. Band. 22. Th. Et

Familie des Mannes bringt. In dem andern Falle hingegen, da von keiner Schwangerschaft der Braut die Rede ist, sondern wo blos der Mann erfährt, seine Frau habe schon ledigen Standes ein Kind gehabt, oder habe sonst mit einer Mannsperson in Unzucht gelebt, kurz sie sei nicht die unbescholtene Jungfer gewesen, wofür er sie gehalten habe, weichen die Grundsätze der katholischen und protestantischen Kirchenrechtslehrer von einander ab. Erstere läugnen, daß nach dem kanonischen Rechte und nach katholischen Grundsätzen wegen eines solchen Mangels der Jungfräuschaft die Ehe für null und nichtig zu erklären sey<sup>60)</sup>. Das kanonische Recht, welches ihnen hierin zur Norm dient, verordnet nämlich *can. un. §. 5. in fin. Caus. XXIX. Qu. 1.* Qui dicit in uxorem meretricem, vel corruptam, quam putat esse castam, vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere, und in dent *cap. 25. X. de iure iur.* heißt es: Si vir mulieri iurasset, quando contraxit cum illa, quod eam semper pro legitima uxore teneret, pro fornicatione, quam mulier antea commisisset, non potest eam dimittere. In Gemäßheit dieser Stellen des kanonischen Rechts machen daher alle katholische Kirchenrechtslehrer<sup>61)</sup> inter errorem circa ipsam

60) *Ant. Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 94. Not. von Gönnner in den angef. Rechtsfällen. 3. B. S. 23—25. Michl's Kirchenrecht. S. 319.*

61) *Lud. ENGEL Colleg. univ. iuris canonici Lib. IV. Tit. 1. §. 4. Zeg. Bern. van ESPEN iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 4. Oper. a Giberto editor. Tom. II., pag. 141. Ant. Schmidt Institut. iur. eccl. Germ. c. l. Jos. Jo. Nep. Praetor Praelect. in ius*

*substantiam matrimonii, ipsam nimurum personam alterius contrahentis, und qui tantum versatur circa qualitatem personae, einen Unterschied, und halten zwar jenen zur Annulirung der Ehe für hinreichend, nicht aber diesen, zu welchem sie dann den Irrthum in Unsehung der Jungfertshaft rechnen.* Da jedoch die angeführten Geseze blos von dem Mangel der Jungfrauschaft handeln, den Fall einer vorhandenen Schwangerschaft aber nicht berühren; so zeigen sie nun noch, daß zwischen bey den Fällen ein zu wesentlicher Unterschied sey, als daß die Gründe der Legislation des canonischen Rechts in dem einem Falle, auch in dem andern Falle Statt hätten. Eine gewisse Begünstigung und Nachsicht, welche das kanonische Recht<sup>62)</sup> gegen gefallene Personen trägt, um sie von ihrem Fehler wieder auf bessere Wege zu bringen; die Erwägung, daß nach der Natur der Sache die Jungfertshaft eine solche Eigenschaft sey, ohne welche auch eben so gut der Zweck der Ehe erreicht werden kann, und daß ein Mann mit einer gefallenen Person bey ihren sonstigen guten Eigenschaften eben so vergnügt und glücklich leben könne; - die Voraussetzung, daß der gemeine Mann, bey

*eccles. nniv. P. II. §. 496. Maur. SCHENKL, Institut. iur. eccles. Germ. P. II. §. 628. u. a. m.*

- 62) *Cap. 20. X. h. t. Inter opera charitatis non minimum est, errantem ab erroris sui semita revocare, ac praesertim mulieres voluptuose viventes, ut caste vivant, ad legitimum tori consortium invitare. Haec igitur attendentes statuimus, ut omnibus, qui publicas mulieres de lupanari extraxerint, et duxerint in uxores, quod agunt, in remissionem proficiat peccatorum.*

allen dem hohen Werthe, welches der Jungfräuschaft mit Recht beigelegt wird, auf dieselbe doch der Erfahrung nach nicht immer einen so hohen Werth setze, daß diese Eigenschaft als conditio sine qua non von jedem Manne stillschweigend angenommen werden könne; die Erfahrung, daß öfters eine gefallene Person durch gutes Verhalten ihren längst vergessenen Fehler verbessert, und sich zur Würde eines moralisch guten Weibes wieder emporgeschwungen habe, so wie die Hoffnung, daß sie ihrem Manne um so treuer seyn werde, je mehr sie den vergangenen Fehler wieder gut zu machen habe; und endlich die Besorgniß, daß zum Nachtheil des gemeinen Wesens Ehen nur gar zu häufig als nichtig aufgelöst werden müßten, wenn ein solcher Irrthum circa qualitatem personae für eine dazu hinreichende Ursache gehalten werden sollte, dies sind die Gründe, weswegen der bloße Mangel der Jungfräuschaft als keine hinreichende Ursache zur Unnullirung einer bereits vollzogenen Ehe von dem kanonischen Rechte angesehen wurde. Allein alle diese Gründe, so wie die angeführten Gesetze selbst, setzen doch nur den Fall eines bloßen Irrthums voraus, nicht aber den, wo das Weib gegen ihren Mann betrügerisch gehandelt hat. Dies ist nun aber der Fall, wenn sie sich zur Zeit des geschlossenen Ehevertrags von einem andern Manne schwanger befindet. Hier bringt sie nicht blos, wie eine ehemals geschwächte Person, dem Manne ihre Jungfräuschaft nicht mit, sondern dringt ihm noch überdem eine fremde Geburt auf; und wenn bey jener durch gutes Verhalten, oder Länge der Zeit der Fehler längst vergessen, ja dieselbe in den Augen der Welt und in der öffentlichen Meinung als eine unbescholtene und tugendhafte Person geachtet seyn kann; so ist dagegen die Schwangerschaft einer

Frau, welche nicht lange nach der Ehe mit einem erburtenen Kinde niederkommt, für die Ehre des Mannes zu schimpflich, und ihre Niederkunft mit einem so öffentlichen Aufsehen verknüpft, daß seine Ehre anders nicht, als durch die Annulirung einer solchen Ehe wieder hergestellt werden kann. Wenn nun aber gleich die katholischen Kirchenrechtslehrer wegen des bloßen Irrthums in Ansehung der Jungfräuschaft nach ihren Grundsätzen die Aufhebung der Ehe nicht zulassen wollen; so nehmen sie doch den Fall aus, wenn bei dem Eheversprechen die Jungfräuschaft zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden ist. Denn hier handelte die Frau ebenfalls dolos, daß sie, wohl wissend den Mangel der zur Bedingung gemachten Qualität, dennoch ein solches Eheversprechen einging, und gänzlicher Mangel an Einwilligung auf Seiten des Mannes, wegen nicht existirender Bedingung, sind hier die Gründe, aus welchen auch Katholiken eine solche Ehe für nichtig zu erklären kein Bedenken finden<sup>63)</sup>). Diese Ausnahme bekräftigt aber die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen um so mehr, als nach ihren Grundsätzen die Heiligkeit des Sacraments, so viel möglich, aufrecht erhalten werden muß.

Die protestantischen Theologen und Rechtsgelehrten weichen hierin von den Grundsätzen der Katholiken ganz ab<sup>64)</sup>). Sed merito, sagt der um das Kirchenrecht un-

63) G. Schmidt cit. Institut. iur. eccl. Tom. II. S. 94. und Michl's Kirchenrecht. S. 318.

64) CARPOV Jurispr. eccles. Lib. II. Tit. 21. Definit. 193. Just. Henn. BOEHMER Jur. eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 5. §. 2. SAM. STARK diss. de nullitate matrimonii. §. 25. BRÜCKNER Decision. matrimonial. Cap. 20. - CAR. CHRIST. HOFACKER Princip. iur. civ.

sterblich verdiente Böhmer<sup>65)</sup>), ab hac sententia nos strates secessum fecerunt, non quidem ex ea ratione, quasi hic subsit *error substantialis* (nam in quo ille latitet, doceri nequit, quamvis ad hunc provocet CARPOV<sup>66)</sup>), sed potius, quod *conditio tacita deficiat*, qua subintellecta matrimonium vel sponsalia cum sponsa iniit. Sie erklären daher den entdeckten Mangel der Jungfräschafft für ein impedimentum dirimens, ohne Unterschied, ob sie mit einer Schwangerschaft verbunden oder nicht, die Jungfräuschafft sei bei Schließung des Ehevertrags zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden oder nicht. Diese Meinung und Praxis der Protestanten hat nicht nur das Mosaische Recht für sich, nach welchem die Frau, wenn der Mann bei der ersten Bewohnung sie nicht als Jungfrau fand, verstoßen werden konnte<sup>67)</sup>, sondern man hat auch gezeigt, daß sie selbst dem Ausspruch Christi über Ehescheidung gemäß seien. Denn Christus erlaubt die Ehescheidung wegen Hureny<sup>68)</sup>. Das Wort Hureny, πορνεια, bezeichnet aber nicht bloß Unzucht während des Ehestandes, denn

Rom. Germ. Tom. I, §. 474. Schott's Eherecht, §. 89.  
und Chr. Henr. BREUNING Quaest. iur. controv. an defectus virginitatis declarationi nullitatis matrimonii concedat locum? Lipsiae 1776. von Theologen Sal. DARYNG Institut. prudentiae pastoral. P. III. Cap. 6, §. 59. Jo. Laur. a MOSHEM Diss. de divortio. §. 10. Joh. David Michaelis Mosaisches Recht. 2. Th. §. 92. u. §. 93.

65) Cit. loc. Tom. III, pag. 1315.-

66) Jurispr. eccles. Lib. II. Def. 187, nr. 7. et def. 193.

67) 5. Moses Kap. XXII. v. 13. ff.

68) Matthäus Kap. V. v. 32. und Kap. XIX. v. 7.

Christus redet nicht blos vom Ehebruche, *μορχεία*, sondern gebraucht einen Ausdruck, welcher auch sehr wohl von einer schon vor der Ehe begangenen Unzucht verstanden werden kann. Da nun nach Moses Gesetzen ein Mann seine Frau, bey der er kein Zeichen der Jungfräulichkeit fand, für eine Hure zu halten berechtigt war, und sie sogar, wenn er streng seyn wollte, peinlich anklagen konnte, so ist klar, daß die Juden, welche Christus über die Rechtmäßigkeit der Ehescheidung belehrte, ihn nicht anders verstehen konnten, als so, daß es dem Manne erlaubt sey, seiner Frau den Scheidebrief zu geben, wenn sie entweder vor der Ehe Unzucht getrieben, und bey Schließung der Ehe ihren Mann betrogen, oder wenn sie nachher die eheliche Treue gebrochen hat<sup>69)</sup>). So ist es denn also selbst nach dem Ausspruch Christi, vor dem Richterstuhl Gottes und des Gewissens, dem Mann erlaubt, sich von seiner Frau sogleich wieder scheiden zu lassen, wenn er sie in der ersten Nacht nicht als Jungfer fand, und wir haben nun nicht weiter nöthig, mit Gerh. Noodt<sup>70)</sup> die Gründe für die Lehre der Protestantenten in dem römischen Rechte<sup>71)</sup> aufzusuchen, da der Unterschied zwischen der Schließung einer Ehe und dem Kaufe einer römischen Skavin zu auffallend ist, als daß sich von dem letztern auf die erstere ein gültiger Schluß machen ließe.

Irrthum in Ansehung der Vermögensumstände, so wie der Standesgleichheit, und des Charakters des andern

69) Man vergleiche hier vorzüglich Michælis a. a. D. §. 93.

70) Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. s. Tertium. Tom. II. Oper. pag. 489.

71) L. 11. §. 5. D. de act. emti vend.

Theils werden für irrelevant gehalten. *Error fortunae et qualitatis coniugii consensum non excludit*; sagt Gratian *can. un. §. 2. Caus. XXIX. Qu. 1.* und erklärt sich darüber folgendermassen: *Error fortunae est, quando hic putatur esse dives, qui est pauper, vel e converso. Error qualitatis, quando putatur esse bonus; qui malus est.* So lehren auch die meisten sowohl katholische als protestantische Rechtsgelehrten<sup>72)</sup>. *Ratio iuris est*, sagt Brouwer<sup>73)</sup>, *quod bonorum vel dignitatis consideratio non pertineat ad matrimonii substantiam, quod personarum coniunctio, non rerum est,* und Anton Schmidt<sup>74)</sup> fügt noch den Grund hinzu, *quod, cum errores eiusmodi circa personarum affectiones, dotes, indolem, fortunas etc. sint frequentissimi, inextricabili quadam difficultate plurima matrimonia ex eiusmodi capite tanquam nulla impeterentur.* Da es indessen doch immer leichter ist, Sponsalien wieder aufzuheben, als eine schon wirklich vollzogene Ehe, *cum multo facilius contrahentes sponsalia, suspendere soleant suum consensum ab aliqua qualitate personae aut rei, quam contrahentes matrimonium, wie van Espen<sup>75)</sup> sehr*

72) *Zeg. Bern. van ESPEN Jur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 13. Cap. 4. §. 4. Henr. BROUWER de iure connub. Lib. I. cap. 18. nr. 16. p. 177. Ant. SCHMIDT Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 94. Maur. SCHENKL Institut. iur. eccles. P. II. §. 628. not.\*). Schott's Eherecht. §. 89. Scheppe Röm. Privatrecht. §. 709.*

73) Cit. loc.

74) Cit. loc. in nota pag. 132.

75) Cit. loc. Cap. 4. §. 6. pag. 142.

richtig sagt; so behaupten mehrere nicht ohne Grund, daß bey Sponsalien der Eirthum auch in Ansehung solcher Umstände, welche in Rücksicht einer schon geschlossenen Ehe nur als Nebenumstände betrachtet werden, alsdann nicht für irrelevant zu halten sey, wenn der Mangel dessen, mit dessen Vorhandenseyn der eine Theil sich täuschte, eine üble Ehe befürchten läßt<sup>76)</sup>). Denn es verdient allerdings Beherzigung, was Franz Duaren<sup>77)</sup> sagt: *Quoties iusta aliqua ratio suadet, e re ipsorum contrahentium non fore coniunctionem, veluti quia periculum est forte, ne perpetuum inter eos odium atque dissidium sit, iudex ad dissolvenda sponsalia, quam ad eos matrimonio iungendos, propensior esse debet.* Daher hält es Wernher<sup>78)</sup> nicht ohne Grund für eine rechtmäßige Ursache von einem Eheverlöbnisse wieder abzugehen, wenn sich die Braut, dem Sprüchwort trauend: *alle Freyer reich*<sup>79)</sup>, in Ansehung der Vermögensumstände ihres Bräutigams geirrt, und dessen gänzliches Unvermögen, eine Frau zu ernähren, nachher in Erfahrung gebracht hat. Ja ist ein solcher error fortunae et qualitatis mit einem Dolus des andern Theils verbunden, oder ist ein solcher sogenannter bloßer Nebenumstand bey dem Eheversprechen zur aus-

76) G. Steph. WIBAND Opuscula iurid. p. 243. sqq.

77) Commentar. ad Tit. Dig. Soluto matrimon. dos quemadmod. pet. Cap. de Sponsalib. §. 4. in fin. Oper. pag. 245.

78) Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 224.

79) Eisenhart's Grunds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. S. 104. ff. und PÜTTMANN Adversarior. iur. univ. Lib. I. Cap. 8.

drittelichen Bedingung gemacht worden; so behaupten selbst katholische Kirchenrechtslehrer<sup>80)</sup>, daß wegen Mangels einer solchen Eigenschaft sogar eine schon geschlossene Ehe aufgehoben werden könne.

Uebrigens kann die durch Betrug, oder Zwang oder Irrthum entstandene Nichtigkeit der ehelichen Verbindung in der Folge durch Ratifikation geheilzt werden, welche sich denn auch der schuldige Theil billig gefallen lassen muß<sup>81)</sup>, weil die Gesetze blos zu Gunsten desjenigen Theils den Vertrag für richtig erklären, dessen Einwilligung durch den Betrug, Zwang, oder Irrthum ausgeschlossen wurde. Sie hat überdies rückwirkende Kraft<sup>82)</sup>. Sie setzt aber freilich voraus, daß der betroffene Theil auch wisse, daß er ein Klagerrecht gehabt habe. Es muß also der Betrug oder Irrthum entdeckt seyn, und der Zwang aufgehört haben. Unter diesen Umständen kann denn auch die Genehmigung stillschweigend geschehen, nämlich durch solche Handlungen, wodurch der benachtheiligte Ehegatte den andern als seinen Ehegatten erkannt und behandelt hat<sup>83)</sup>.

80) *Lud. ENGEL*, Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 1. §. 4. nr. 2. *Ant. SCHMIDT* Institut, iur. eccl. T. II. §. 94. *Maur. SCHENKL* Institut, iuris eccles. Tom. II. §. 628, not. \*\*\*). *Michl's Kirchenrecht*. §. 70.

81) *J. H. BOEHMER* iur. eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 142. *Schott's Eherecht*, §. 91.

82) Denn wo ein Geschäft blos wegen mangelnder Einwilligung ungültig ist, da wird die erfolgte Genehmigung immer auf den Anfang derselben zurückgezogen. *S. Goettl. Hufe Land* über die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung von Geschäften, in Derselben Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. B. Nr. IV. S. 222.

83) *Schott* a. a. O. Note \*\*\*).

Eine solche Handlung ist nun zwar vorzüglich der nach gehobenem Fehler freywilling vollzogene Beyschlag<sup>84)</sup>; doch kann man auch noch den Fall hierher rechnen, wenn der benachtheiligte Ehegatte wissenschaftlich die Zeit verstreichen ließ, binnen welcher er nach Vorschrift der Geseze die Nichtigkeitsklage hätte anstellen sollen<sup>85)</sup>.

## §. 1194.

Perschiedene Art, die Verlobnis-Einwilligung zu erklären.

Zur gültigen Schließung eines Eheverlöbnisses wird also nach dem gemeinen Rechte weiter nichts, als die bestimmte freie und wechselseitige Willenserklärung der sich Verlobenden erforderl<sup>86)</sup>. Zwar können Zeugen hinzugezogen, auch kann ein schriftlicher Aufsatz errichtet werden; allein zur Gültigkeit eines Eheversprechens wird dieses nach gemeinem Rechte nicht erforderl<sup>87)</sup>. Ein Mahlschag, arrha sponsalitia, ist zwar gewöhnlich, aber auch nicht nothwendig. Es wird davon §. 1226. gehandelt werden, Es muß nur 1) die Verlobnis-einwilligung bestimmt erklärt, das heißt, sie muß auf ein gewisses Individuum gerichtet seyn. Es wäre daher kein gültiges Eheversprechen ge-

84) Cap. 21, X. h. t. Cap. 4. X. Qui matrim. accus. poss.

85) S. Handbuch des Bayerischen Kirchenrechts. 2. Th. §. 158. und Preuß. Landrecht. 1. Th. 4. Tit. §. 45.

86) L. 4. D. h. t. Ulp. lib. 55. ad Sabinum. Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. S. BROWER de iure coniug. Lib. I. cap. 20. und STRUV. Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXIX. Th. 4.

87) L. 7. D. h. t. PAULUS lib. 55. ad Edictum. In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur; an aliquis sine scriptura spondeat. S. Paul. Jos. a RIEGGER Institut. iurisprud. ecclesiast. P. IV. S. 9.

schehen, wenn jemand zu drey Schwestern gesagt hätte, eine von euch will ich einst heyrathen, gesetzt auch, daß alle drey Ja gesagt hätten. Denn da auf einen solchen unbestimmten Heyrathsantrag keine von allen dreyen ein bestimmtes Gegenversprechen machen kann, so kann auch für keine derselben ein rechtlicher Anspruch entstehen <sup>88</sup>). Ich kann daher denen <sup>89</sup>) nicht hentreten, welche auch ein solches unbestimmtes Eheversprechen in so weit für gültig hasten wollen, daß der Promittent eine von den drey Schwestern, unter welchen ihm jedoch die Wahl freystehe, zu heyrathen schuldig sey, und nur dann, wenn die gewählte die Ehe mit ihm nicht eingehen will, von seiner Verbindlichkeit gegen die übrigen frey sey.

2) Die Erklärung der Verlobnißeinwilligung kann sowohl persönlich, als unter Abwesenden durch Briefe, oder durch einen Boten, oder Unterhändler, oder einen besonders dazu Bevollmächtigten geschehen. Ulpian sagt L. 18. D. h. c. welche aus desselben lib. IV. ad Edictum genommen ist: In sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram, an per internuncium <sup>90</sup>),

<sup>88)</sup> Plac. BOZKHN Commentar. in Decretal. Lib. IV. Tit. 1. nr. 68. Jos. Val. EISERL Introduc. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 345. not. a. pag. 259. Jos. Jo. Nepom. REHMI Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 415. Ant. MICHLS Kirchenrecht für Katholiken und Protest. §. 61. S. 277.

<sup>89)</sup> Ant. SCHMIDT Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 74. Not. \*) pag. 93. und Maur. SCHENKL Institut. iuris eccles. Germ. Part. II. §. 642. Not. \*). (Ingolstadt 1791.)

<sup>90)</sup> Cod. Erl. liest per nuntium. Eben so Halsander, der griechische Scholast, welcher in den Basiliken

vel per epistolam, an per alium<sup>91)</sup> hoc factum est: et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur. Es ist ein sehr gewöhnlicher Fall, daß Sponsalien durch Mittelpersonen geschlossen werden, welche dann entweder als bloße Boten die ihnen durch den Absendenden eröffnete Willenserklärung mündlich ausrichten, oder als Unterhändler, proxenetae, conciliatores nuptiarum<sup>92)</sup>, oder als Bevollmächtigte ers-

Tom. IV. pag. 232. not. n. diese ganze Stelle Ulpian's wörtlich übersetzt hat, liest auch ἡ δι ἀγγέλον τέρος, an per nantium aliquem.

- 91) Ger. Noodt Commentar. ad Dig. h.t. Princ. (Tom. II. Oper. pag. 488.) meint, die Worte: *an per aliam* seien auszustreichen, denn sie seyen entweder einer Ver- gessenheit des Auctors, oder dem Emblem eines Glossatōrs zuzuschreiben, welcher vielleicht hierdurch die Worte *an per internuncium* zu erklären gesucht habe. Allein wenn gleich diese Worte auch in den Baslilicis Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 1. Const. 14. pag. 215. fehlen, wo es blos heißt: καὶ διὰ μέσον, i.e. et per medium per- sonam, so hat doch der griechische Scholiast Tom. IV. pag. 222. Sch. n. diese Worte: ἡ ἐτέρον *an per alium* heißt es daselbst ausdrücklich. Ich trage daher nach der Meinung, welche ich von den Erklärungen der griechischen Scholiasten schon an einem andern Orte (Ch. 21. S. 239) geäußert habe, um so mehr Bedenken, der Noodtischen Emendation meinen Verfall zu geben, da die übereinstimmende Leseart der Handschriften und Aus- gaben eine solche Aenderung nicht füglich gestattet.

- 92) Von diesen Unterhändlern, welche man hier Freywer- ber zu nennen pflegt, versteht man auch die Worte Ulpian's L. 5. D. de proxenetic. si quis forte con- ditionis, vel amicitiae — proxeneta fuit, welche auch mit den legten Worten unserer L. 18. D. h. c. überein- stimmen. Denn conditiones sind hier Anwerbungen, Freyereien, oder wie es Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 18. erklärt, conditiones nuptiarum sive sponsalia. Ant. FABER Jurisprud. Papinianeae scientia. Tit. IX. Princ. V. Illat. 6. erklärt diesen Ausdruck in seiner Lan- desSprache durch les parties. Dem Freywerber ist auch eine Belohnung, proxeneticum, φιλάρδησις, ἐμπ- νευτικόν, id est, interpretativum; seu interpretis ho-

scheinen. Es wird jedoch in diesem Falle eine Specialvollmacht erforderlich, welche nicht nur auf die Schließung des Eheverlöbnisses namentlich gerichtet ist, sondern auch eine genaue Beschreibung der Person enthält, mit welcher das Verlöbnis geschlossen werden soll. Eine andere Vollmacht ist nicht hinreichend<sup>23)</sup>. Es muß nur die Vollmacht nicht vor Abschließung des Eheverlöbnisses widerufen werden seyn, sonst ist das ganze Geschäft nichtig, wenn auch

*advarium*, zu fordern erlaubt. *L. 1. L. 3. D. de proxenet.* Verbindet man jedoch mit *L. 3. cit. die L. 1. D. de extraord. cognit.* welche beyde aus Ulpianis libro VIII. de omnibus Tribunalibus genommen sind, so dürfte wohl hier die Regel eintreten, welche Ulpian *L. 1. §. 5. D. de extraord. cognit.* giebt: *Quaedam tametsi honeste accipientur, inhoneste tamen petuntur*, wie auch Pet. PERRENONIUS Animadversion. et variar. Lection. Lib. II. cap. 15. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. I. pag. 644.) bemerkt hat. In einer griechischen Constitution, welche CUSACIUS Observation. Lib. II. cap. 18. aus den Basiliken wieder hergestellt hat, und die *L. ult. Cod. h. t.* ist, ist dem Proxeneticum der Freywerber eine gewisse Grenze gesetzt; als ein nicht glocktes Gesetz gilt es jedoch h. z. L. nicht. S. Jo. Guil. HOFFMANN Selectar. quae ad usum fori spectant, Observation. Syllog. Diss. VI. Obs. 49. Man sehe noch Christ. Th. REINHARD Diss. de conciliatoribus nuptiar. Vitemb. 1755. und Horst. Diss. de proxeneticō nuptiali, vulgo Kuppelpelz.

- 23) *L. 34. pr. D. de rito nupt.* PAPINIAN. *Lib. IV. Responsor.* Generali mandato quaerendi mariti filiae-familias, non fieri nuptias rationis est. Itaque personam eius patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiae contrahantur, necesse est. De Vater, hatte hier der Sohn ein mandatum generale gegeben, sich einen Mann auszuwählen. Dieses Mandat berechtigte sie nicht, sogleich mit demjenigen, welchen sie sich aussersehen hatte, eine Ehe zu schließen, sondern sie mußte die Person derselben dem Vater erst naher bekannt machen, wenn die Ehe mit demselben alsltig seyn sollte. So verstehten auch die Basilica Tom. IV. p. 243. Const. 16. diese Stelle. Man sehe noch Jac. CUSACIUS Commentar. in *Lib. IV. Responsor.* Papin. Oper. postumor. a Fabroto editor. Tom. I. pag. 154.

die Contrahenten vor dem geschehenen Widerrufe keine Wissenschaft erhalten hatten<sup>94)</sup>). Eine Substitution findet auch hier nicht statt, wenn sie dem Bevollmächtigten nicht namentlich erlaubt worden ist<sup>95)</sup>). Handelt jemand als Freywerber für einen Andern ohne Auftrag, so gilt das Verlöbniß nur dann, wenn der Abwesende die Handlung des Freywerbers genehmigt<sup>96)</sup>.

3) Unter Gegenwärtigen kann die Verlöbniß-Gewissligung sowohl mit jeden dieselbe kategorisch ausdrückenden Worten, als durch Handlungen erklärt werden<sup>97)</sup>. Jedoch werden dazu concludente Handlungen erforderlich. Ein bloßer Kuß, oder die bloße Gebung und Annahme eines Ringes ist also dazu nicht hinreichend, wenn nicht solches in der Absicht geschehe, um ein Eheverlöbniß dadurch gewiß zu machen<sup>98)</sup>. Nur unter dieser Einschränkung

94) Cap. ult. de procurator. in Vito. wo Papst Bonifacius VIII. prescribit: *Procurator non aliter censemur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale.* Et quamvis alias sit, qui constituitur ad negotia procurator, alium dare possit: in hoc tamen casu, propter magnum, quod ex facto tam arduo posset periculum imminere, non poterit deputare alium; nisi hoc eidem specialiter sit commissum. Sane, si procurator, antequam contraixerit, a domino fuerit revocatus, contractum postmodum matrimonium ab eodem, licet tam ipse, quam ea, cum qua contraxerit, revocationem hancmodi penitus ignorarent, nullius momenti existit: cum illius consensus defecerit, sine quo firmitatem habere nequivit. S. Jos. Val. EXBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 345.

95) Cap. ult. cit. de proc in 6to.

96) L. 4. §. 1. L. 5. D. h. t.

97) Die Worte sollen nach Cap. 7. X. h. t. in dem Sinne genommen werden, welchen sie nach dem gemeinen Sprachgebrauche haben, und in welchem sie einem jeden verständlich sind. S. Ant. Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 74. Not. \*\*).

98) Cap. 7. §. 5. Caus. XXX. Qu. 5. BROWER de iure connub. Lib. I. cap. 20. nr. 12 — 15. BOHMER iur.

gilt jetzt <sup>99)</sup> das Sprichwort: Ist der Finger beringt, so ist die Jungfer bedingt <sup>100)</sup>. Ein bloßes Stillschweigen gilt jedoch noch nicht für eine Einwilligung, besonders bei der Frauensperson, weil ungewiß ist, ob sie nicht entweder aus weiblicher Schamhaftigkeit, oder aus kindlicher Furcht, oder weil ihr die angetragene Parthei nicht gefiel, ihre Willenserklärung zurückgehalten habe, überhaupt auch im Zweifel nicht vermutet werden kann, daßemand sich zu einer für die ganze künftige Lebenszeit so einflußreichen Verbindung, wie die künftige Ehe ist, stillschweigend habe verbinden wollen <sup>1)</sup>.

4) Auch Taube und Stumme können sich verloben, wenn sie durch Zeichen ihre Einwilligung deutlich zu erklären im Stande sind <sup>2)</sup>.

eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. i. §. 102. Paul. Jos. a RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 9.

69) Ich sage jetzt. Denn ehemals galt der Ring den Frauenspersonen bloß als Symbol ehelicher Verbindung L. 36. §. i. D. de donat. inter virum et uxorem. JUVENAL. Sat. VI. v. 25. sqq. TERTULLIAN. Apologet. cap. 6. CLEMENS. ALEXANDRIN. Paedagogi Lib. III. cap. 11. S. Joach. HILDEBRAND de nuptiis veter. Christianor. pag. 35. und Pet. MÜLLER Diss. de annulo pronubo. Th. 3. sqq.

100) Eisenhart's Grunds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. IV. 3. §. 99. f.

1) ENGEL Colleg. univ. iur. canon. Lib. IV. Tit. i. nr. 8. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 9. und Michl's Kirchenrecht. §. 61. §. 275.

2) L. 73. pr. D. de iure dot. Cap. 23. et 25. X. h. t. BROUWER c. 1. pag. 201. D'AVEZAN de sponsed. cap. 5.