

Ausführliche Erläuterung

der

**P a n d e c t e n**

nach

**Hellfeld**

**ein Commentar**

von

**D. Christian Friedrich Glück**

geheimen Hofrathes und ordentlichem Lehrer der Rechte  
auf der Friedrich - Alexanders Universität  
in Erlangen.

---

---

Fünf und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

---

**Erlangen**

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 2 4.

DIG:445773

---

Fortsetzung des Titels  
De iure dotium.

---

§. 1258.

Fortsetzung der Frage, ob ein Brautshatz stillschweigend constituiert werden könne? *Legatum dotis constituendae.*

Man giebt ja selbst zu, daß es bey Festsetzung des Brautshatzes nicht nöthig sey, gerade den Ausdruck *dos* zu gebrauchen<sup>92)</sup>. Dieß heißt doch wohl gewiß nichts anders,

92) So versteht Herr Oberappellat. Rath von Ende a. a. O. §. 8. die *L. 25. D. h. t.* wo Ulpian sagt: *Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adjectio, etiam in datione tantundem ducimus.* Leyser glaubte durch diese Stelle seine Meinung vorzüglich unterstützen zu können. Mit Recht wird aber dieser Grund §. 7. verworfen. Daß dieses freylich ein sehr schlechtes Argument sey, hat schon MEISTER in *Diss. de bonis uxoris ex Rom. iuris praes. non paraphernal. sed dotalib.* §. 9. gezeigt. Denn offenbar ist hier nicht von einer stillschweigenden Constitution der *dos*, sondern davon die Rede, daß bey der *stipulatio dotis* eben so wenig, wie bey der *dotis datio*, die *adjectio conditionis: si nuptiae fuerint secutae*, nöthig sey. Dieses erhellet

als daß es keiner namentlichen Erwähnung des Braut-  
schages, oder der ausdrücklichen Erklärung bedürfe, daß

Nat aus der Verbindung mit *L. 21. D. eodem*, welche eben so, wie die *L. 23.* aus Ulpian's *libro 55. ad Sabinum* genommen ist. In dieser Stelle heißt es: *Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc: si nuptiae fuerint secutae: et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, si nuptiae, constat.* Beyde Stellen standen in einem unmittelbaren Zusammenhange, und sind bloß durch die eingeschobene Stelle aus Pauslus von den Verfassern der Pandecten getrennt worden. Dieses bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 512. wodurch zugleich die Richtigkeit der Lesart *dationem* ausser Zweifel gesetzt wird. Denn die Griechen haben das Wort *παράδοσις* gebraucht. Hiermit fällt also die Vermuthung des Herrn Ober-App. R. von Ende a. a. D. §. 8. S. 120. daß *dationem* ursprünglich *dictionem* geheissen habe, und die Lesart von einem Abschreiber verdorben sey, hinweg. Noch mehr aber wird dieses durch die Paraphrase des griechischen Scholiasten be-  
stärkt, welcher Sch. k. pag. 568. sagt: *ἐπειδὴν τοίνυν ἐν τῇ ἐπερωτήσει τῆς προικὸς οὐκ ἀναγκεία ἐστὶ τῆς αἰρέσεως ἢ προσδήκη, τουτέστιν, οὐκ ἀνάγκη τὴν ἐπερωτηθεῖσαν οὕτως, ὁμολογῶ διδόναι χίλια νομίσματα, προστιθέναι τῇ ἐπερωτήσει καὶ λέγειν, ὁμολογῶ διδόναι χίλια νομίσματα ἐὰν, προβῶσιν οἱ γάμοι. καὶ ταύτης γὰρ ἐκτὸς τῆς προσδήκης. σιωπηρὰν αἰρεσιν ἢ ἐπερωτήσεως ἔχειν δοκεῖ. τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τῶν δεδομένων πραγμάτων λόγῳ προικὸς εἶναι φαμέν. i. e. Quoniam ergo in stipulatione dotis non est necessaria conditionis adjectio, hoc est, non est necesse sic promittenti: promitto dare mille nummos, stipulationi adiicere et dicere, promitto dare mille nummos, SI NUPTIAE SECUTAE FUERINT. Nam et*

daß dem Mann übergebene Vermögen das Heyrathsgut der Frau seyn solle. Wenn man endlich der entgegengesetzten Meinung noch dadurch das Uebergewicht zu verschaffen sucht, daß man sagt, die Vermuthung für die Paraphernalqualität des eingebrachten Vermögens der Frau sey ihr weit vortheilhafter, als die praesumptio pro bonis dotalibus, weil der Mann mehr Recht an der dos, als an den Paraphernalien habe; so hat man nicht bedacht, daß die Frage, von welcher bisher die Rede war, nur hauptsächlich dann zur Sprache komme, wenn über das Vermögen des Mannes ein Concurß entsteht. Hier ist denn aber doch, dünkte ich, der Frau die praesumptio pro bonis dotalibus gewiß ungleich vortheilhafter, als die pro pa-

*citra hanc adjectionem tacitam conditionem videtur habere stipulatio. Idem quoque dicimus IN REBUS DOTIS NOMINE DATIS.* Aus den Basiliken erscheint nun ganz klar, daß alle Schwierigkeit bloß in der Besetzung des Wortes dotis liegt, welches nicht zu adjectio, sondern zu den Worten in stipulatione gehört. Denn daß die Worte so restituirt werden müssen: *Quia autem in stipulatione dotis non est necessaria adjectio sc. conditionis, si nuptiae sequantur*, wovon unmittelbar vorher *L. 21. D. h. t.* die Rede war, hat schon längst *CUSACIUS* in *Comment. in Libr. XVI. Digestor. Salvii Juliani ad L. 7. D. de condict. caus. data, caus. non sec.* (*Opp. a Fabroto editor. Tom. III. pag. 112.*) bemerkt. Zugleich erscheint denn auch hieraus, daß die Erklärung des Freiherrn von Ende a. a. O. S. 122. nämlich die *L. 25. h. t.* verordne bloß, daß bey Festsetzung des Brautschatzes vermittelst der Acceptilation, oder Diction, es eben so wenig nöthig sey, gerade den Ausdruck dos zu gebrauchen, wie bey der Stipulation, offenbar unrichtig sey. Man vergleiche noch die Note 91. S. 164.

raphernalibus, und jene verdient schon darum den Vorzug, weil die Gesetze ausdrücklich wollen, *dotium causam semper et ubique praecipuam esse, quia et publice interest, dotes mulieribus conservari*, und dieses wird in einem Titel<sup>93)</sup> gesagt, wo nicht mehr von der Bestellung, sondern von Restitution des Heyrathsgutes die Rede ist. Die Bestellung einer Brautgabe kann nun endlich auch noch

II. durch eine Handlung von Todes wegen geschehen, wenn nämlich einer Frauensperson, sie sey noch ledig, oder schon verheyrahet, Etwas in einem letzten Willen als ein Heyrathsgut vermacht wird<sup>94)</sup>. Ein solches Vermächtniß wird *legatum dotis constituendae* genannt, und kann eben so, wie die Bestellung eines Heyrathsguts unter den Lebenden, sowohl ausdrücklich, als stillschweigend<sup>95)</sup> geschehen. Ein Mehreres davon §. 1537.

## §. 1239.

*Dos cauta. Exceptio non numeratae dotis.*

Zur Bestellung eines Heyrathsguts ist die darüber errichtete Urkunde (*scriptura dotalis instrumenti*), wie die Kaiser Severus und Antoninus<sup>96)</sup> rescribiren, nicht hinreichend, wenn nicht die wirkliche Auszahlung der dos erfolgt ist. Bey den Römern war dieses noch weniger einigem Zweifel unterworfen, weil es gewöhnlich war, in

93) L. 1. D. *Soluto matrim.*

94) L. 71. §. 3. D. *de condit. et demonstr.* L. 84. §. 6. D. *de legat. I.*

95) L. 48. §. 1. D. *de iure dot.* S. MEISTER cit. Diss. §. 9.

96) L. 1. C. *de dote cauta non numerata.*

den Ehepacten die dos, und deren Betrag als schon empfangen anzugeben, wenn auch gleich dieselbe noch nicht ausbezahlt, sondern nur noch bloß versprochen worden<sup>97)</sup>. Daher konnte auch aus solchen instrumentis dotalibus nicht gleich ein Beweis gegen den Ehemann entstehen, daß er das Heyrathsgut wirklich empfangen habe. Es wurde vielmehr, da die Ehepacten gewöhnlich noch vor geschlossener Ehe errichtet wurden, rechtlich angenommen, daß das enthaltene Bekenntniß des Ehemannes bloß in der Hoffnung künftiger Auszahlung geschehen sey<sup>98)</sup>. Daher wird dem Ehemann, wenn er nach getrennter Ehe daraus belangt wird, die Einrede gestattet, er habe den Brautshatz nicht erhalten. Man nennt dieß eine *dos cauta*, wenn der Ehemann den Empfang des noch nicht ausgezahlten Brautshatzes in einer darüber ausgestellten Urkunde bekannt hat; und das ihm dagegen zustehende Rechtsmittel wird *exceptio*, oder *querela non numeratae dotis* genennt<sup>99)</sup>. Der Gebrauch dieses Rechtsmittels ist jedoch, so wie die *exceptio non numeratae pecuniae* bey der Handschrift über ein Darlehn, an gewisse Zeiten gebunden, vor deren Ablauf das ausgestellte schriftliche Bekenntniß gar nichts gegen den Aussteller beweist, nach deren Ablauf aber dieses Bekenntniß einen so vollständigen Beweis wirkt, daß nach der Strenge des Rechts keine Einrede dagegen mehr

97) L. 3. Cod. de dote cauta non numerata.

98) S. Ant. PEREZ Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 15. nr. 1. et 3. und Frid. Es. a PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 82. §. 4. sqq.

99) Jo. Bern. FRIESEN Diss. de dote confessata seu cauta, von quittirten aber nicht empfangenen Brautshatzgeldern. Jenae 1708.

Statt findet, sondern nun *dos cauta* für *numerata* angenommen wird. Man unterscheide folgende Fälle.

I) Klagt der Ehemann noch während der Ehe auf die Auszahlung des Brautshages, so stand anfangs die *querela non numeratae dotis* demselben mit der Wirkung, daß der Beklagte den Beweis übernehmen mußte, ohne alle Zeiteinschränkung zu, wie Justinian in der Präfation der Novelle 100. sagt. Der Beklagte konnte sich also auf die über den Empfang des Brautshages errichtete oder ausgestellte Urkunde nicht berufen, sondern mußte immer die erfolgte Auszahlung desselben auf andere Art beweisen. Weil nun aber leicht durch die Länge der Zeit dieser Beweis verloren gehen konnte, so hat Justinian für nöthig gehalten, eine kürzere Frist zu bestimmen. Er verordnet nämlich in der Novelle 100. daß nach Ablauf von zehn Jahren der Ehemann mit der *querela non numeratae dotis*, gegen sein schriftliches Bekenntniß, gar nicht mehr gehört werden soll<sup>100)</sup>.

100) Anderer Meinung zwar ist Schwegge im Röm. Privat recht §. 688. Allein in der Präfation der Novelle 100. worauf er sich beruft, wird dieses bloß historisch als älteres Recht angeführt, aber gleich nachher hinzugefügt: Es sey nöthig gewesen, die Zeit der *querelae non solutae dotis* einzuschränken, und die Weiber nach Ablauf einer langen Zeit von dem Beweise der Auszahlung zu befreien. Nun heißt es *Cap. 1. §. 1. Si vero intra decem annos non queratur, ob silentium mariti querelam tollimus, nec permittimas, ut post decem annos queratur.* Und *Cap. 2. pr. Si praeterierint decem anni, tum nec Vir, nec heredes eius querelam habebunt, cum mulieri tempus ad omnia sufficiat.* Ob dieses aber auch auf den Fall einer noch bestehenden Ehe



II) Wird aber nach getrennter Ehe die *dos cauta* zurückgefordert, und der Ehemann oder dessen Erbe setzt dem Kläger die *exceptio non numeratae dotis* entgegen; so war anfangs die Dauer derselben auf ein Jahr beschränkt, die Ehe mochte durch den Tod eines der Ehegatten, oder durch *repudium* aufgehoben worden seyn, von Zeit der Trennung an gerechnet, ohne auf die Dauer der Ehe Rücksicht zu nehmen<sup>1)</sup>. Dieß hat aber

sich beziehe, oder nicht vielmehr auf den Fall einer getrennten Ehe zu beschränken sey? war schon unter den Glossatoren streitig. Ersteres behauptete SALICETUS mit ACCURSIVS, letzteres ALBERICUS *de ROSATE* ad Auth. *Quod locum* Cod. de dote cauta. Dieser stellt den Satz auf, daß während der Ehe die *querela non numeratae dotis* an gar keine Zeit gebunden sey. Allein die erste Meinung ist wohl dem Gesetz gemäßer, wie zuerst MATTH. COLERUS in Tr. de processibus executivis P. III. Cap. 1. nr. 113. pag. 595. zeigte. Ihm stimmt MATTH. STEPHANI Commentar. in Novell. Constitution. Justin. Imp. ad Nov. 100. n. 6. pag. 551. bey, und eben so lehrt auch Ad. Diet. Weber in den Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1259. S. 154. und Derselbe zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 354. Not. (\*) S. 907. f.

- 1) *L. 3. C. de dote cauta non numerata*. Imp. IUSTINIANUS A. Mennae P. P. In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio sed pollicitatio tantum subsequuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere, non solum marito contra uxorem, vel eius heredes, morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium: socero etiam, vel eius heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scri

Justinian in der angeführten Novelle 100. dahin abgeändert, daß wenn 1) die Ehe noch binnen den ersten zwey Jahren wieder getrennt worden, es sey durch den Tod, oder durch Scheidung geschehen, dem Manne sowohl, als seinen Erben, ein Jahr; wäre aber 2) die Ehe erst nach zwey Jahren, jedoch noch binnen den ersten zehen Jahren, wieder aufgehoben worden, denselben nur noch binnen drey Monaten die querela oder exceptio non numeratae dotis zustehen solle. Wären endlich 3) schon zehen Jahre verflossen, so soll dieses Rechtsmittel gar nicht weiter Statt finden, ausser 4) wenn der Ehemann zur Zeit der Ausstellung des Scheins noch minderjährig gewesen. Hier kann er sich gegen den Ablauf der Fristen in integrum restituiren lassen, wenn seit der geschlossenen Ehe noch keine zwölf Jahre verflossen sind. Denn wenn man auch annimmt, der Mann habe im funfzehnten Jahre sich verheyrathet, so hat doch zu der Zeit derselbe die Großjährigkeit längst erreicht, und muß bis dahin schon das sieben und zwanzigste Jahr zurückgelegt haben. 5) Stirbt er aber während dieser Zeit, so können sich desselben Erben noch binnen einem Jahre dieser Querel bedienen. Sind jedoch 6) die Erben noch minderjährig, ihr Erblasser, der Aussteller des Scheins, mag übrigens großjährig, oder noch minderjährig gewesen seyn, so sind diesen noch fünf Jahre Zeit gegeben, binnen welcher sie sich der Querel des nicht ausgezahlten Braut-schatzes bedienen können. Weiter soll ihnen dieses Rechts-

ptum sit: omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, vel eius similiter heredibus, ita tamen, ut *intra annum tantum continuum*, a morte mariti, vel mulieris, vel missione repudii computandum, ea licentia detur.

mittel nicht zustehen, wenn sie auch binnen dieser Zeit die Großjährigkeit noch nicht erreicht hätten, auch wird dabei vorausgesetzt, daß die Ehe noch binnen den ersten zehen Jahren wieder aufgehoben worden, und ihr Erblasser noch während der Zeit gestorben sey, da ihm die *exceptio non numeratae dotis* zustand<sup>2)</sup>. Es dürfte wohl die Novelle 100. des Kaisers Justinian, welche diese Bestimmungen des neuern Rechts enthält, hier einen Platz verdienen. Sie lautet nach Homberg's Uebersetzung folgendermaßen.

*P r a e f a t i o.*

Exceptiones non numeratae pecuniae, quae certis casibus opponuntur, leges nostrae indiscussas non reliquerunt: sed longum et effusum earum tempus contraximus, ne homines negligentia sua, aut forte dolo, ut in negotiationibus, fruantur, aliisque negotia facessant. Neque enim aequaliter probationes semper suppetunt illis, qui eas dare volunt, multas vero tempus quoque repudiat. Quapropter in quibusdam casibus querelas non numeratae pecuniae recte contraximus, ut ex iis, quae a nobis iam scripta sunt, colligere licet. Atque id ipsum impraesentiarum etiam *in dote* facimus. *Quoniam enim toto tempore matrimonii, quamdiu nuptiae constabant, viris de non soluta dote queri concessum est, maiusque additamentum factum, ut etiam post mortem virorum, quemadmodum post repudium, intra annum querela moveretur; propterea brevi et concisa lege que-*

2) S. Jac. Cujacii Exposit. Novellar. ad Nov. C. und  
 Contr. Rittershusii Ius Iustinian. P. V. Cap. 8. nr. 7.

relam non solutae dotis celeriore efficiendam, mulieresque in eiusmodi rebus a probatione post longum tempus liberandas esse existimavimus.

### C a p u t I.

Si quis igitur per duos solum annos, vel etiam breviori tempore uxori iunctus fuerit, et dotem non acceperit, silentio illo neque maritus laedatur, neque heredes mariti, licet etiam ille tacuerit: sed intra alium annum querelam moveat. Brevitas enim matrimonii nos ad hanc legem vocat. Si vero matrimonium ad tempus biennio maius, decennio vero minus duret, marito concedimus ut queratur, et dotem pro parte vel in totum sibi collatam non esse dicat: eoque facto, querelam transmittat, cum maritus semel questus sit, et uxor se eam dedisse non probaverit.

§. 1. Si vero intra decem annos non queratur, ob silentium mariti querelam tollimus, nec permittimus, ut post decem annos queratur, neque heredibus eius annum tribuimus. Et hoc etiam non sit nostra in quosdam poena, sed cura tranquillitatis subditorum. Cui enim per tam longum tempus (decennium scilicet) querelam proponere licet, si silentium eligat, manifestum est, eum, etsi dotem non accepit, heredes tamen suos eam omnino dare voluisse. Atque haec ipsa obtineant, etsi nuptias repudio solvi contingat. *Nec distinguimus, num mulier dotem se dedisse scripserit, an pater, an vero alius quis pro ea: tempore in omnibus eiusmodi speciebus (sicut ante diximus) suos effectus ostendente, et querelam dante, vel tollente.* De de-

nunciatione vero non loquimur, quae verbis solum fit, (saepe enim vel ira quaedam, vel alia incidens occasio efficit, ut vir talia loquatur: vel cum ille nihil dixerit, emti testes id mentiantur), sed denunciationem in scriptis fieri oportet. Si vero quis eam in iudicio forte facere velit, omnino id mulieri, vel illi, qui dotem se dedisse scripsit, innotescere oportet: caeteroquin nihil est, quod prohibeat, quo minus ipse maritus solus hoc faciat et queratur, et mulier, quid agatur, ignoret, sibi vero nullo modo prospicere possit, cum querelam sibi motam esse nesciat.

C a p. II.

Ut igitur generaliter dicamus, si matrimonium *intra biennium*, sive morte, sive repudio solutum est, tam ipsi marito de non numerata pecunia, quam heredi eius *intra alium annum* queri licet. Si *ultra biennium* usque ad decem annos matrimonium duret, marito, eiusque heredi *intra tres menses* querelam damus. Si praeterierint *decem anni*, tum nec vir, nec heredes, eius querelam habebunt, cum mulieri tempus ad omnia sufficiat. Si maritus MINOR sit, et non queratur, ad restitutionem tantum temporis illi damus, ut *duodecim annos* a tempore nuptiarum non excedat. Scimus enim eos, qui celeriter admodum nuptias contrahunt, non minores quindecim annis illas contrahere. Quare et vigesimum quintum annum superabit, et intra vigesimum septimum annum de dote non numerata queri poterit: mortuo vero eo *intra dictum tempus*, heredes annum illum ad querelam movendam habeant.

§. 1. Si minores sint heredes eius, qui questus non est, sive is maior sive minor fuerit, *quinquennium* solum ad movendam querelam non numeratae pecuniae habeant: atque id tempus sufficiat, nec exitum omnium temporum minorum expectet: id quod nos ad hanc legem excitavit. Cum enim mulier quatuordecim annos nupta fuisset, post vigesimum annum a morte parentis, abutens quidam aetate minoris, agebat contra matrem, quarto et trigesimo anno post matrimonium initum pecuniam non numeratam esse opponens: quod nos iudicantes sanavimus, et ob eiusmodi circumstantias tempus etiam minorum *quinquennii* spatio hac lege determinavimus: quo ille scilicet non numeratam esse pecuniam opponat, qui dotem se accepisse scripsit, et causa secundum tempora sua, sive perfectae aetatis quis sit, sive imperfectae, decidatur. Haec igitur lex in matrimoniis postea futuris obtineat.

Es ist hier noch Folgendes zu bemerken. 1) Die querela oder exceptio non numeratae dotis fällt weg, wenn der Ehemann, ausser dem in den Ehepacten enthaltenen Bekenntniß, über den Empfang des Brautschazes noch eine besondere Quittung ausgestellt hat<sup>3)</sup>.

3) L. 14. §. 1. Cod. de non numerata pecun. — Ideoque sancimus, — illis etiam *securitatibus*, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte, vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi. C. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 85. Es fragt sich jedoch, ob die Quit-

2) Wenn die Dotalurkunde erst nach geschlossener Ehe errichtet worden ist. Denn hier fällt die Vermuthung weg, daß der Bräutigam, um nur bald in den Besitz der Braut zu kommen, sich leicht dazu zu verstehen pflege, den Empfang des Brautschatzes in einer solchen Urkunde zu bekennen, ohne ihn wirklich empfangen zu haben<sup>4)</sup>.

tung auch in dem Falle diese Wirkung habe, wenn in der Ehestiftung nur von einem Versprechen der dos, aber nicht von einer erfolgten Auszahlung die Rede ist? Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 107. verneint dieses, weil nur ein zweifaches Bekenntniß die exceptio N. N. D. ausschließe, welches hier nicht vorhanden sey. Allein PUFENDORF c. l. §. 2. ist der entgegengesetzten Meinung, weil es im Grunde gleichviel sey, ob ein Brautshatz bloß versprochen, oder die nicht erfolgte Auszahlung, als wirklich geschehen, simulirt worden sey. Es hat indessen schon MEVIUS Decision. Tom. II. P. VII. Decis. 554. Not. 4. erinnert, daß zwischen einem in den Ehepacten bloß versprochenen, und einem solchen Brautshatz, dessen Empfang der Mann bekannt hat, ein großer Unterschied sey. Von dem ersten ist nirgends die Rede, nur gegen den letztern geben die Gesetze die exceptio N. N. D. L. 3. C. de dote cauta et non numerata, welche aber durch die über den Empfang des Brautschatzes ausgestellte besondere Quittung ausgeschlossen wird.

- 4) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 448. et not. b. Andrer Meinung ist jedoch FRIESEN cit. Diss. Cap. II. §. 7. Allein die L. 4. C. de dotis promissione, worauf er sich beruft, sagt nur, wenn der Ehemann mit Wissen und Willen desjenigen, der ihm den Brautshatz gab, in dem instrumento dotali geschrieben hat, daß ihm mehr übergeben worden sey, als er wirklich empfangen hat; so sey dieses als ein stillschweigender Vertrag

3) Ob nicht der Ehemann nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Fristen noch mit dem Beweise, er habe keinen Brautshatz erhalten, zu hören sey, ist streitig. Voet <sup>5)</sup> beantwortet diese Frage bejahend. Von andern <sup>6)</sup> wird sie hingegen verneinet. Soviel ist gewiß, daß wenn die Ehe zehen Jahre gedauert hat, sie mag übrigens noch bestehen oder getrennt seyn, der Ehemann mit der Einrede des Brautshatzes gar nicht weiter gehört werden soll <sup>7)</sup>. Dieses erscheint ganz deutlich aus den Worten des Cap. 1. der Nov. 100. Cui enim per tam longum tempus (*decennium scilicet*) querelam proponere licet, si silentium eligat, manifestum est, eum, ET SI DOTEM NON ACCEPIT, heredes tamen suos eam omnino dare voluisse. Atque haec ipsa obtineant, et si nuptias repudio solvi contingat. Sind aber noch keine zehen Jahre verstrichen, seitdem die Ehe bestanden hat; und der Mann wird nun nach Ablauf der gesetzlichen Fristen auf die Zurückgabe des Heyrathsguts belangt, so beweist nun zwar die über den Empfang des Brautshatzes ausgestellte

anzusehen, worauf das noch Fehlende gefordert werden könne, welches in den *Basilic. Tom. IV. pag. 551. Const. 84.* noch mit dem beygefügtten Grunde unterstützt wird: *ἐπειδὴν ἀπὸ φιλῆς ἐπαγγελίας ἀπαίτησιν αἱ προῖκες ἔχουσι*, i. e. *quoniam ex nuda pollicitatione dos peti potest.* S. WISSENBACH *Commentat. rep. prael. in Cod. ad h. L. pag. 416.*

5) *Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 17.*

6) Höpfner *Commentar über die Institutionen. §. 854.*  
Schweyße *Röm. Privatrecht. §. 688.*

7) S. PUFENDORF *Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 65. §. 2.*



Urkunde gegen ihn vollständig, allein der Gegenbeweis ist ihm hier nicht so, wie in jenem ersten Falle, benommen <sup>8)</sup>).

4) Der Ehemann kann jedoch dem Ablaufe der gesetzlichen Fristen, und dessen Wirkung durch eine Protestation vor Gericht, wegen des nicht empfangenen Brautshages, oder durch Condition der Urkunde, welche das Bekenntniß der empfangenen Brautgabe enthält, zuvor kommen <sup>9)</sup>).

5) Da das Gesetz bloß von dem Ehemann und dessen Erben redet, so kann den Gläubigern desselben der Ablauf jener Fristen, selbst in dem Falle, da nach zehn Jahren dem Mann die *exceptio non numeratae dotis* schlechterdings versagt wird, nie dergestalt zum Nachtheil gereichen, daß sie nicht noch mit dem Gegenbeweise zu hören wären <sup>10)</sup>. Zwar können auch die Gläubiger nach zehn Jahren von der Ehefrau ihres Schuldners keinen weiteren Beweis wegen des wirklich inserirten Heyrathsguts verlangen. Denn Justinian will ein für allemal die Weiber nach einer so langen Zeit von allem weiteren Beweise befreiet wissen. (*Mulieresque in eiusmodi rebus a probatione post longum tempus liberandas esse existimavimus*, heißt es in *Praefat. Nov. C.*) Unbillig aber wäre es, wenn die Nachlässigkeit des Ehemannes ihnen dergestalt nachtheilig seyn könnte,

8) Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1259. nr. 2. S. 154.

9) S. *Utr. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 9. in fin.*

10) S. *PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 82. §. 8.*

daß sie nun auch so wenig, als der Ehemann, mit dem Gegenbeweise gehört werden sollten <sup>11)</sup>).

Noch ist endlich 6) zu bemerken, daß die *exceptio* oder *querela non numeratae dotis* immer den Fall voraussetzt, wo der Empfang des Brautshages in Hoffnung künftiger Auszahlung bescheiniget worden ist. Ganz verschieden davon ist der Fall, wenn der Ehemann in der Dotalurkunde den Empfang des nicht erhaltenen Brautshages, oder eine größere Summe desselben, als er empfangen hat, in der Absicht zu schenken (*animo donandi*) bekannt hat. Stirbt nun der Mann, ohne diese Schenkung widerrufen zu haben, so kann die Frau von den Erben desselben das Heyrathsgut fordern, dessen Empfang der verstorbene Mann in dem Ehevertrage schriftlich bekannt hat, weil dieses als eine Schenkung angesehen wird, welche durch den Tod des Mannes ihre unwiderriefliche Gültigkeit erhalten hat. Hieher gehört die Constitution des Kaisers Alexander, welche folgendermassen lautet.

*L. 2. Cod. de dote cauta non numerata. Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit: si eandem donationem legitime confectam <sup>12)</sup> non revocavit, qui incremen-*

11) S. VOET cit. loc. MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 355. et P. IX. Decis. 195. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 448. in fin.

12) Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 715. Sch. o. erklärt diese Worte so, wenn die Schenkung nicht die Summe von 500 Solidis übersteigt, sondern eine solche ist, die bloß, der Ehe wegen, bey Lebzeiten des Schenkenden nicht besteht. *εἰ γὰρ τυχὸν ἐπὲρ τὰ*

tum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit: ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest.

## §. 1240.

Paraphernalgüter der Frau, und deren Unterschied vom Brautshaze derselben.

Unterschieden vom Heyrathsgute ist das Paraphernal Vermögen der Frau <sup>13)</sup>. Man bezeichnet nämlich alles übrige Vermögen der Frau, außer dem Brautshaze, mit dem griechischen Namen *Parapherna*. Die Kaiser Theodos und Valentinian <sup>14)</sup> sagen: *quas extra dotem mulier habet, Graeci parapherna dicunt.* Nicht verschieden davon sind die *bona receptitia*, wie sie Gellius <sup>15)</sup> nennt. Denn sie entstanden bey der laxen Ehe gewöhnlich so, daß sich die Frau von dem

φ. νομίματα ἦν δωρεὰ, καὶ χωρὶ ὑπομνήματος ἐγένετο, καὶ ἐτελευτήσεν ἐν σονισταμένοις τοῖς γάμοις, οὐκ ἐβεβαιούτο. ἐκ εἶναι γὰρ αἱ δωρεαὶ βεβαιούνται τῇ τελευτῇ τοῦ δωρησαμένου, αἱ διὰ τὸν γάμον μόνον ἀσδενούσαι. i. e. *Si enim quingentos forte solidos excedat donatio, eaque actis non insinuata fuerit, et decessit constante matrimonio, non fuit confirmata. Illae enim donationes morte donatoris confirmantur, quae propter matrimonium solum infirmantur.*

13) G. Huld. ab EYSEN Disp. de iure paraphernorum. (in eius Scriptis. pag. 307. sqq.) Jo. God. RÜTER Diss. sist. ius mariti circa bona paraphernalia ex Legibus Roman. et patriis illustratum. Gött. 1781.

14) L. 8. Cod. de pactis convent. tam super dote V. 14.

15) Noct. Attic. XVII. 6.

Vermögen, was sie dem Mann als dos überließ, einen Theil zu ihrem freien Eigenthume vorbehielt, weil die dos Eigenthum des Mannes wurde <sup>16)</sup>. Die Gallier nannten, wie Ulpian <sup>17)</sup> bemerkt, ein solches Vermögen der Frau *peculium*, und so nennt es auch Papinian <sup>18)</sup>, und bemerkt dabey, es sey von der dos dadurch unterschieden worden, daß der Mann in einem darüber ausgestellten Scheine bekannt habe, dieses Vermögen gehöre der Frau zu ihrem eigenthümlichen Gebrauche; und auf gleiche Weise bemerkt Ulpian, der Mann habe darüber, was nicht dos seyn sollte, gewöhnlich beym Anfang der Ehe, ein Verzeichniß ausgestellt und unterschrieben, welches denn

16) S. Neues Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung von Carl von Stolzmann u. Egib. von Löhr. 1. B. S. 525 ff.

17) L. 9. §. 3. D. h. t.

18) L. 31. §. 1. D. de donat. *Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas filiae, quae praesens fuit, donatas, et ab ea viro traditas videri respondi: nec matrem offensam repetitionem habere, vel eas recte vindicare, quod vir cavisset, extra dotem usibus puellae sibi traditas; cum ea significatione non modus donationis declaretur, nec ab usu proprietas separetur, sed PECULIUM a DOTE puellae distinguetur: indicem tamen aestimaturum, si mater iure contra filiam offensa, eas revocare velit, et verecundiae maternae congruam, bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam.* Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. VI. pag. 207. Sch. f. hat für *peculium* τὰ ἐξώποικα. Die Stelle des Papinian kommt auch bey Paulus in *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 11. §. 1. vor; wo es heißt: *Species extra dotem a matre in honorem nuptiarum, praesente filia, genero traditae donationem perfecisse videntur.*

der Frau zugleich, als eine Handschrift darüber, zum Beweise gedient habe, daß sie die darin verzeichneten Sachen wirklich in das Haus des Mannes eingebracht habe <sup>19)</sup>. Wozu dieser Unterschied, wenn ohnehin alles Vermögen, welches die Frau zu dem Manne gebracht hat, im Zweifel für Paraphernalgut zu halten ist? Vielmehr erscheint aus beyden Stellen, des Papinians und Ulpian's, daß dasjenige, was nicht dos seyn sollte, einer besondern Bestimmung bedurfte, weil dabey nicht die Absicht Statt fand, dem Mann das Eigenthum zu überlassen, wie Ulpian sagt: *Non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur*. Dahingegen bey der Bestellung der dos sich's von selbst verstand, daß der Mann Eigenthümer wurde <sup>20)</sup>. Auf eine besondere Bestimmung deutet auch wohl der Ausdruck des Scävola <sup>21)</sup> hin: *res uxoris extra dotem constitutae*.

An den Paraphernen der Frau hat nach dem Römischen Rechte der Mann eigentlich gar kein Recht, weder Eigenthum, noch Nießbrauch kommt ihm daran zu, außer in so fern ihm die Frau gewisse Rechte des Gebrauchs oder der Verwaltung in den *pactis dotalibus* eingeräumt hat. Wider den Willen der Frau darf er sich weder das Eine noch das Andere anmaßen, wie die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian <sup>22)</sup> ausspricht: *Hac*

19) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts S. 662. nr. 15. der 3. Aufl.

20) S. Jac. Cujacii Comment. in libr. XII. Responsor. Papin. ad L. 31. §. 1. D. de donat. (Oper. Tom. I. pag. 552.)

21) L. 95. pr. D. ad Leg. Falc.

22) L. 3. C. de pactis convent. sub. dote.

lege decernimus, ut vir in his rebus, *quas extra dotem mulier habet*, quas Graeci *parapherna* dicunt, nullam *uxore prohibente* habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat. Quamvis enim bonum erat, mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pari arbitrio gubernari: attamen quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores, *nullo modo*, ut dictum est, *muliere prohibente*, *virum in paraphernis se volumus immiscere*.

Hat die Frau dem Manne die Verwaltung dieses Vermögens überlassen, so prästirt er, wie ein Verwalter fremder Güter, dolum und culpam, jedoch nur den Fleiß, wie in seinen eigenen Sachen. Er ist denn auch zur Ablegung der Rechnung verbunden. Besteht dieses Vermögen in Kapitalien, welche die Frau dem Manne zur Benutzung anvertraut hat, so kann er zwar die Zinsen davon erheben, und sie zum Besten der Ehe verwenden; allein die Kapitalien verbleiben der Frau. Werden sie heimgezahlt, so muß er sie für die Frau aufbewahren, und die weitere Anlegung derselben ihrer Willensbestimmung überlassen. Sie kann ihm aber auch das Eigenthum der Paraphernen übertragen, wo dann die Frau Gläubigerin ist. Ist der Frau deswegen keine Hypothek in den Ehepacten bestellt worden, so kommt ihr zu ihrer Sicherheit eine gesetzliche Hypothek auf den ganzen Vermögen des Mannes zu, jedoch erst von der Zeit an, da er die Kapitalien erhoben hat<sup>23)</sup>. Denn bis dahin könnte die Frau auch selbst die Gelder erheben, oder auch die Schuldscheine selbst von dem Mann zurückfordern. Klagt

23) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 125 ff.

der Mann gegen die Schuldner der Frau, so stellt er die der Frau zustehenden Klagen, als deren Bevollmächtigter, an, ohne daß eine weitere Cautionsleistung von ihm gefordert werden darf<sup>24)</sup>. Dieß alles setzt folgende Verordnung des Kaisers Justinian außer Zweifel.

*L. ult. Cod. de pactis convent. tam sup. dot.*  
 Si mulier marito suo nomina, id est, foeneratitias cautiones, quae extra dotem sunt, dederit, ut loco paraphernorum apud maritum maneat, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum: utrumne habeat aliquas ex his actiones maritus, sive directas sive utiles, an penes uxorem omnes remaneant, et in quem eventum dandae sint marito actiones, quaerebatur? Sancimus itaque, si quid tale evenerit, actiones quidem omnimodo apud uxorem manere, licentiam autem marito dari, easdem actiones movere apud competentes iudices, nulla ratihabitione ab eo exigenda<sup>25)</sup>: et

24) *§. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 12.*

25) In den *Basilic. Tom. IV. pag. 697. Const. 40.* heißt es: ἐξέστω δὲ τῷ ἀνδρὶ τὰς κινεῖν ὡς προκουράτωρι τῆς γυναικὸς, μηδεμίαν, ἀπαιτουμένω ἰκανοδοσίαν. *liceat autem marito eas (sc. actiones) movere tanquam procuratori mulieris, nulla ab eo praestita satisfactione.* Es wird der Grund hinzugefügt: ἀρκεῖ γὰρ αὐτῷ πρὸς ἀσφάλειαν τὸ ἐπιδειξαι ὅτι γέγραπται ἐν τῷ προικιμαίῳ συμβολαίῳ ἢ τούτων τῶν πραγμάτων ἐν ἐξωπροίκοις ἐπίδοσις. i. e. *Ei enim sufficit ad cautionem, si ostenderit, dotali instrumento adscriptum esse, datas esse has res loco paraphernorum.*

usuras quidem eorum circa se et uxorem expendere: pecunias autem sortis, quas exegerit, servare mulieri, vel in causas, ad quas ipsa voluerit, distribuere: et si quidem in dotali instrumento hypothecae pro his nominatim a marito scriptae sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inveniatur: ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Ante enim habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, sive per maritum, sive per alias personas easdem movere actiones, et suas pecunias percipere, et <sup>26)</sup> ipsas cautiones a marito recipere securitate ei competente facienda <sup>27)</sup>. Dum autem apud ma-

26) *Et* steht hier für *vel*, in welcher Bedeutung es öfters gebraucht wird s. B. L. 19. §. 1. in *fin. D. de legat. I.* S. Jo. STRAUCH Lexicon Particular. iuris. voc. *Et*. Eben so erklärt das Wort *et* hier auch die Glosse. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 40. pag. 698. bestätigen diese Erklärung, wo es heißt: ἡδύνατο δὲ καὶ ἀντὰ τα γραμματεῖα παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ἀναλαβεῖν. *Poterat autem ipsas quoque cautiones recipere a marito.*

27) Die *Basilica* c. 1. pag. 698. haben: ἀποδείξιν ἀντὶ ποιῶσα τῆς ἀποδόσεως. i. e. *securitate seu apocha ei praestanda.* Der griechische Scholiast pag. 712. Sch. h. macht noch bey den Worten *cautiones a marito recipere* die Bemerkung: Da die Frau die dem Mann überlassenen Schuldscheine wieder zurücknehmen könne, so beweise dieses, daß der Mann in Ansehung derselben, wenn sie einlage, nicht als in *rem suam procurator*, sondern nur wie jeder anderer *Procurator* der Frau handle. *ei γὰρ in rem suam procurator*



ritum remanent eadem cautiones: et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere invenitur: ne ex eius malignitate, vel desidia aliqua mulieri accedat iactura. Quod si evenerit, ipse eandem de proprio resarcire compelletur.

Daß die Frau, wenn sie dem Manne die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens überläßt, von demselben Ablegung der Rechnung fordern könne, erhellet noch insonderheit aus folgender Stelle des Scävola, welche aus desselben libro 21. Digestor. <sup>28)</sup> genommen ist: *Maritus uxoris res extra dotem constitutas administravit: eaque decedens ante rationem sibi redditam administrationis, ex asse eundem maritum heredem reliquit, eiusque fidei commisit, ut decem uncias filio communi, cum moreretur, restitueret, duas autem uncias nepoti. Quaesitum est, an id quoque, quod ex administratione rerum apud maritum resedisse constiterit, cum caeteris bonis pro rata decem unciarum filio restitui debeat? Respondit, id quod debuisset hereditati, in rationem venire debere.* Die Frage war hier eigentlich die, ob das Paraphernalvermögen der Frau, welches der Mann bey ihrem Leben verwaltet, darüber aber noch keine Rechnung abgelegt hatte, mit unter dem Fideicommiß

*ἐγένετο, οὐκ ἐξῆν τῇ γυναικὶ ἀνακαλέσασθαι τὰς ἀγωγὰς, d. h. denn wenn er procurator in rem suam wäre, so wäre es der Frau nicht erlaubt, die Klagen zu widerrufen. S. den 5. Th. dieses Commentars §. 588. S. 251.*

28) L. 95. pr. D. ad Leg. Falcid.

begriffen sey, womit sie den Mann, den sie zu ihren Universal-Erben einsetzte, beschwert hat <sup>29)</sup>. Diese Frage entscheidet Scävola mit Recht bejahend. Ohne Einwilligung der Frau darf der Mann von den Paraphernalien der Frau nichts veräußern <sup>30)</sup>, außer in sofern es jedem andern Verwalter fremder Güter erlaubt ist <sup>31)</sup>. Hat sie der Mann consumirt, so hatte sie ihm entweder die

29) Die Lex Papia Poppaea stand hier nicht entgegen. Wegen des gemeinschaftlichen Sohns konnte hier die Frau den Mann zum Erben ex asse ernennen, zumal da die Erbschaft größtentheils an diesen Sohn wieder abgeliefert werden sollte. S. ULPIAN. *Fragm. Tit. XVI.* §. 1. und *L. 16.* §. 15. *D. ad Scutum Trebell.* Vergl. *Jos. Fern. de REBUS Miscellaneor. Lib. I. Cap. 5. nr. 4.* (in *Thes. MBERMAN. Tom. VI. pag. 54.*) und *Opusculor. Lib. IV. ad L. 78.* §. 9. *D. ad Sc. Trebell.* (*ibid. p. 217.*)

30) S. LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXIII. Tit. 5.* §. 7. Einige Rechtsgelehrten behaupten zwar, der Mann könne die Paraphernalgüter der Frau eben so wenig, wie die unbeweglichen Dotalgüter veräußern, wenn es auch mit Einwilligung der Frau geschehe, als STRYK *cit. Disp. Cap. III.* §. 17. Allein nach *L. 8. Cod. de pact. convent.* soll sich der Mann nur gegen den Willen der Frau (*prohibente uxore*) keiner Disposition über ihre Paraphernalien anmassen. Die *L. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* spricht aber ausdrücklich nur von der Veräußerung des Heyrathsguts. Von dieser findet kein Schluß auf die Paraphernalgüter Statt, wie aus §. 16. *cit. L. un.* erhellet. Man sehe Höpfners Commentar über die Institutionen §. 416. Not. 6. und Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 452.

31) *L. 63. D. de procurat.* S. STRYK *Disp. de iure mariti in bonis uxoris. Cap. III.* §. 14.

Frau geschenkt, oder es war gegen ihren Willen geschehen. In jenem Falle kann die Frau gegen den Mann oder dessen Erben nur in sofern klagen, als sie bereichert sind. In dem letztern aber muß der Frau alles wieder ersetzt werden, wie die Kaiser Diocletian und Maximian L. 17. *Cod. de donat. inter virum et uxorem rescribit* haben: *De his, quae extra dotem in domum illata, a marito erogata commemoras: si quidem te donante consumpta sunt, intelligis adversus heredes non nisi, in quantum locupletior fuit, habere te actionem. Si vero contra voluntatem tuam: omnia tibi restitui oportere.*

Ob der Unterschied, den das Röm. Recht zwischen Heyrathsgut, und Paraphernal-Vermögen der Frau macht, noch heut zu Tage Statt finde, ist streitig. Einige<sup>32)</sup> bezweifeln dieses, und stellen den Grundsatz auf, daß nach dem heutigen Recht dem Ehemanne die Verwaltung und Nutznießung an dem ganzen Vermögen der Frau zustehet, was sie demselben zugebracht hat. Man leitet dieses Recht des Ehemannes aus der ihm nach deutschen Rechten zustehenden Vormundschaft über seine Frau her, von welcher es im Sachsenspiegel<sup>33)</sup> heißt: Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er

32) SCHILTER Prax. Jur. Rom. Exerc. XXXVI. §. 8. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCC. medit. 2. et 10. CRAMER Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 531. Car. Guil. GAERTNER Diss. iuris Rom. distinctionem inter dotem et parapherna foris Germaniae non esse accommodandam. Lipsiae 1729. Ernst Christ. Westphal's Rechtsprüche und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts. 1. B. h. t. §. 2. S. 153.

33) Sachsensp. 1. B. Art. 51.

in seine Gewehr alles ihr Gut zu rechter Vormundschaft. Das Wort Vormundschaft sey aber nicht bloß von der Verwaltung, sondern auch von der Nutznießung zu verstehen<sup>34)</sup>. Dieses sey ein so allgemeines Recht in Deutschland, daß der Fall ganz unerhört sey, daß der Mann der Frau über das Paraphernalvermögen Rechnung abgelegt, und die Früchte restituirt habe. Man giebt indessen zu, daß in Rücksicht der hypothekarischen Sicherheitsrechte der Unterschied zwischen Heyrathsgut und Paraphernalvermögen- auch noch jetzt gelte, wo er nicht durch die unter Ehegatten statt findende Gütergemeinschaft verdrängt wird. So lehrt auch Hellfeld. Allein daß man hier particuläres Recht, was bloß in einzelnen deutschen Ländern, und vorzüglich in Sachsen, gilt, irrig für ein gemeines deutsches Recht gehalten, ist schon von andern<sup>35)</sup> dagegen mit vollkommenen Grund erinnert worden. Die vielen in den Schriften der Practiker vorkommenden Erkenntnisse<sup>36)</sup> beweisen vielmehr, daß das Röm. Recht, sofern nicht in einzelnen Ländern besondere Landesgesetze und Observanzen eintreten, durch Deutschland das gemeine Recht ausmache.

34) S. *Jac. Car. SPENER* Diss. de usufructu maritali in bonis uxoris. *Vitemb.* 1726. *Medbach's* Anmerkungen über den *Sachsensp.* S. 188.

35) S. *PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 71. *Struben* rechtliche Bedenken Th. IV. Bd. 7. *RÜTER* Diss. ius mariti circa bona paraphernal. Sect. II. *HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 418. Not. b.

36) *BOEHMER* Consil. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 577. nr. 9. et 10. *WERNHER* Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 136. *CANNGIESSER* Decisiones Hasso - Cas-

Uebrigens sind die Rechte in Ansehung des Heyrathsguts und übrigen Einbringens der Frau, so wie überhaupt in Ansehung des Vermögens der Ehegatten, nach den Gesetzen des Wohnorts zu beurtheilen, welches der Mann zur Zeit der geschlossenen Ehe hatte. Auf den Ort, wo die Ehe selbst geschlossen, oder die Ehestiftung errichtet worden, kommt es eben so wenig, als auf die Lage der Güter an<sup>37)</sup>. Denn durch die Ehe haben sich beyde Ehegatten stillschweigend den zur Zeit der Schließung derselben in ihrem Wohnorte geltenden Gesetzen unterworfen, und da sie in Ansehung ihrer Vermögensrechte selbst keine Norm festgesetzt haben, so ist vernünftiger Weise anzunehmen, daß sie sich in Ansehung desselben, so wie in allen übrigen ihre eheliche Verbindung betreffenden Rechtsverhältnissen, den Gesetzen ihres Wohnorts haben unterwerfen wollen<sup>38)</sup>. Die durch diese Gesetze unter den Ehegatten bey Schließung ihrer Ehe einmal begründeten Rechte beruhen also auf einem stillschweigenden Vertrage. Sie bleiben daher fortdauernd gültig, wenn auch die Ehegatten nach-

sellan. Tom. I. Decis. 20. Gr. Ludw. Böhmers auß-  
erlesene Rechtsfälle 1. B. Nr. 36. S. 271 — 276.

37) PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 121.  
§. 1. LAUTERBACH Diss. de societate bonorum coniugali (Tüb. 1661.) Cap. II. §. 10. Benj. Fried. Pfizer  
Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem  
Eantproceß über das Vermögen ihrer Männer. 1 Th.  
§. 54. — §. 59.

38) G. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 146. und  
Archiv für die civilist. Praxis von Gensler, Mit-  
termaier und Schweiger 5. Bd. Nr. XII. Abschn. 2.  
§. 18. S. 175 — 178.

her ihren Wohnort verändern, und sich an einem solchen Orte niederlassen, wo in Ansehung der Vermögensrechte der Ehegatten andere Gesetze gelten<sup>39)</sup>. Denn so wenig durch Veränderung des Wohnsitzes gültig eingegangene Eheverträge aufgehoben werden; eben so wenig werden die durch stillschweigenden Vertrag einmahl begründeten Rechte hierdurch geändert, weil eine nachherige Willensänderung weder an sich vermuthet wird, noch aus der Veränderung des Wohnorts abgeleitet werden kann<sup>40)</sup>.

39) PUFENDORF c. 1. §. 2. VOET Comment. ad Pand. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 87. LAUTERBACH cit. Diss. Cap. II. §. 17. ROßMANN rechtliche Frage, ob Eheleute ihre Rechte verziehen können? in den Erlang. gelehrt. Anzeigen auf das J. 1750. Nr. I. und in Siebentees Beyträgen zu den deutschen Rechten. 4. Th. S. 58 ff. Jo. Friedr. GILDEMEISTER Specim. de communione bonorum inter coniuges. Goett. 1775. §. 24. Joh. Megib. Klöntrup Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. 3. Abschn. §. 7. S. 98 ff. HORACKER Princ. iur. civ. Tom. I. §. 145. a, E. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber. 1. Th. §. 89. — §. 91. S. 145. — 149. Kunde Grundf. des deutsch. Privatrechts §. 609.

40) Dennoch sind mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung. S. BALEKE Commentat. de iuribus ex mutatione domicilii maxime intuitu coniugum resultantibus §. 14 — 26. Ge. Lud. BOEHMER Diss. de iuribus et obligation. coniugis superstitis ex commun. honor. universali. §. 9. (in Elect. iuris civ. Tom. III. Ex. 17. pag. 15.) Jo. Frid. EISENHART Progr. de natura et indole communion. bonorum inter coniuges tacite initae. (in Opusc. pag. 294.) Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 70. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 770. nr. 2. u. a. m. Allein schon Carl Fried. Elsässer

Alleß dieses bestärkt auch noch eine Stelle Ulpian's aus desselben *libro XXXIV. ad Edictum* <sup>41)</sup> wo gesagt wird: *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.* Eigentlich ist zwar hier vom iudicio dotis repetendae die Rede, wie Conradi <sup>42)</sup> gezeigt hat, es ist aber doch der Satz deutlich ausgesprochen, daß bey dem Rechte in Ansehung der dos nicht der Ort, wo die Ehe geschlossen worden, sondern wo der Mann seinen Wohnsitz hatte, zu berücksichtigen sey <sup>43)</sup>.

## §. 1241.

Machen die bona receptitia eine dritte Gattung der Güter einer Ehefrau aus?

Es ist schon oben bemerkt worden, daß die bona receptitia bey den Römern zu den Paraphernalvermögen

in den vermischten Beiträgen vorzüglich zum Kanzeiwesen (Erlangen 1785.) Nr. IV. S. 18—31. hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Man vergleiche auch Jo. Frid. GILDEMEISTER Diss. de communione honor. inter coniuges legitima mutatione domicilii non sublata. Duisb. 1777. und Frid. Guil. TITTMANN Diss. de competentia Legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum iuribus coniugum. Halae 1822. 8.

41) L. 65. D. de iudiciis.

42) Parergor. Libr. IV. pag. 493. et pag. 504.

43) S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad h. L. 65. et Ulr. HUBER Praelection. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. §. 53.

der Frau gehörten <sup>44)</sup>. Denn das römische Recht unterscheidet nur zwischen dos und parapherna <sup>45)</sup>. Da aber, nachdem die in manum conventio außer Gebrauch gekommen, und an die Stelle der strengen Ehe die laxer getreten war, die Frau auf mancherley Art mit dem Manne in Rücksicht ihres Vermögens pacisciren konnte, so konnte sie auch bestimmen, was zum Heyrathsgute gehören, und was nicht dos seyn sollte. Sie konnte aber auch dem Manne von ihrem Paraphernen nach ihrem Gefallen Eigenthum, oder Nießbrauch, oder die bloße Verwaltung, oder auch nur die Verwahrung überlassen <sup>46)</sup>. Insofern sie sich nun aber gewisse Güter zur eignen freien Disposition vorbehalten hatte, sie mochte solche nun entweder vom eingebrachten Brautschätze, oder von dem dem Manne ebenfalls überlassenen Paraphernal-Vermögen ausgenommen haben, so wurden diese Güter *bona receptitia* genannt <sup>47)</sup>, von dem Worte *recipere*, welches hier, wie es auch Gellius <sup>48)</sup> erklärt, nichts anders heißt als *excipere*, *retinere*, *sibi que reservare* <sup>49)</sup>. Sie setzten also immer einen besondern Vertrag voraus.

44) C. §. 1237. C. 228 f.

45) L. 9. §. 3. D. h. t. L. 8. L. ult. Cod. de pact. convent.

46) L. 9. §. 3. D. h. t.

47) Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 15. sagt, die Güter, welche ursprünglich *receptitia* waren genannt worden, hätte man nachher mit einem griechischen Namen *parapherna* bezeichnet. Man sehe auch MEISTER Diss. de bonis uxoris. §. 3.

48) Noct. Attic. Lib. XVII. cap. 6.

49) L. 205. D. de Verb. Signif. C. BRISSONIUS de Verb. iur. Significat. voc. *Recipere*.



Allein wo nach den besondern Gesetzen eines Landes dem Manne die Verwaltung und Nutznießung des ganzen Vermögens seiner Frau gehört, werden *bona receptitia* dasjenige Vermögen genennt, welches der Frau durch eine besondere Disposition zur privativen Benutzung und Verfügung ausgesetzt ist<sup>50)</sup>. Nach diesem Begriff unterscheidet man daher ein dreysaches Vermögen der Frau, Heyrathsgut, Paraphernalvermögen, woran dem Manne nach deutschen Particular-Rechten, das Recht der Verwaltung und Nutznießung zusteht, und *bona receptitia*, Spillgüter, Spielgelder, Nadelgelder, Spärhasen, Einshandgüter, Trüffelgelder, welche der Frau zur eignen freien Disposition vorbehalten sind<sup>51)</sup>. Diese werden gewöhnlich in den Ehestiftungen bestimmt, und beruhen also auf besondern Verträgen. Jedoch können sie auch durch eine letzte Willensverordnung bestellt werden, wenn der Ehefrau unter dieser Bestimmung Etwas vermacht worden ist<sup>52)</sup>. Daß dann die Ehefrau darüber nach freyer Willkühr, auch ohne Einwilli-

50) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 418. Höpfner Commentar über die Institutionen. §. 150.

51) Man vergleiche Kreittmahr's Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. 23. S. 302. ff. (München 1791. 8.) Curtius sächsisches Recht 1. Th. S. 130. Haubold Lehrbuch des sächs. Rechts S. 79. u. 32. Welschaar Württembergisches Privatrecht 1. Th. S. 89. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 6. B. §. 593. S. 335.

52) S. Christ. Lud. CRELL Diss. de bonis receptitiis uxori testamento paterno constitutis. Vitemb. 1757.

gung des Ehemanns, sowohl unter den Lebenden, als auf den Todesfall verfügen könne; leidet keinen Zweifel<sup>53)</sup>.

## §. 1242.

Donatio propter nuptias nach dem Begriff des röm. Rechts, und deren Rechte sowohl während der Ehe, als nach deren Aufhebung.

In der genauesten Verbindung mit der *dos* steht die *donatio propter nuptias*. Diese wird der Frau in Rücksicht ihres Heyrathsguts von dem Manne bestellt. Sie läßt sich daher ohne Einbringung einer Brautgabe eben so wenig denken, als eine *dos* ohne die Ehe. Darin sind alle einverstanden. Allein über die Natur und den Zweck dieses römischen Rechtsinstituts herrscht ein großer Widerspruch<sup>54)</sup>. Nicht minder über den Ursprung desselben.

53) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCII. medit. 20. und Ge. Steph. WIESAND Disceptationum iuris Specim. VI. Vitebergae 1801. Nr. I.*

54) *S. Wolfg. Ad. LAUTERBACH Commentat. de donationibus propter nuptias. Tubingae 1653. Christ. God. HOFFMANN Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in doctrina de donationibus propter nuptias. Lipsiae 1727. Tob. Jac. REINHARTH Diss. de uxore in donatione propter nuptias neque dominium neque tacitam hypothecam habente. Erfordiae 1729. Jo. Gottl. HEINECCIUS Diss. qua uxor Romana per propter nuptias donationem de alimentis secuta tantum sistitur. Halae 1740. Jac. RAVE Diss. de vera indole donationis propter nuptias Romanae. Jenae 1762. Christ. Alex. Vivigentz a WINTERFELD Historia iuris civilis Rom. de donationibus propter nuptias. Traj. ad Viadr. 1776. Jac. Frid. KEES Progr. de iuribus uxoris in donatione propter nuptias. Lipsiae 1779. Christ.*

Justinian<sup>55)</sup> sagt davon weiter nichts, als daß diese donatio den alten Rechtsgelehrten unbekannt gewesen, und erst nachher von den spätern Kaisern eingeführt worden sey. Wer nun aber diese iuniores divi Principes sind, hat uns weder Justinian, noch Theophilus<sup>56)</sup> gelehrt. Daher haben denn einige die Kaiser Diocletian und Maximian, andere aber die Kaiser Theodos den jüngern und Valentinian III. für die Urheber dieses Rechtsinstituts halten wollen, obwohl so wenig die eine, als die andere Meinung hinlängliche Gründe für sich hat.

*Frid. Imman. SCHORCH* Disp. de donatione propter nuptias Romana eiusque speciatim origine. *Erfordiae* 1787. *EJUSD.* Progr. I—IV. Jurium donationis propter nuptias Romanae historiae delineatorum. Part. I. — IV. *Ibid.* 1787—1800. *Car. Lud. Frid. GROLMAN* Commentat. de donatione propter nuptias, vidualitio atque dotalitio, praecipue de eorum effectibus, et accurata a se invicem distinctione. Sect. I. de donatione propter nuptias Rom. et praecipue de eius effectibus. *Giessae* 1795. *Aug. Guil. FOERSTER* Diss. de origine atque propagatione donationis ante nuptias apud Romanos. *Vratislaviae* 1812. und *Gustav. KOCH* Diss. de donationibus propter nuptias. Praes. *Car. EINERT* def. *Lipsiae* 1813.

55) §. 3. I. de donat. Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem Prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus divi Principibus introductum est, quod ANTE NUPTIAS vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum, ideoque ANTE NUPTIAS appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat.

56) *Paraphras. graeca* §. 3. I. de donat.

Es scheint vielmehr die *donatio propter nuptias*, wie viele andere Rechtsgeschäfte, ursprünglich mehr durch Gewohnheit entstanden, als von einer bestimmten Legislation ausgegangen zu seyn. Vielleicht gaben die Brautgeschenke, die gewöhnlich der Bräutigam noch vor der Hochzeit der Braut machte, die Veranlassung dazu <sup>57)</sup>. Wenigstens läßt sich daraus erklären, warum man lange Zeit die Namen *donatio ante nuptias* und *sponsalitia largitas* als gleichbedeutend gebrauchte, ja auch noch nachher, nachdem auch schon jene von dieser genau unterschieden wurde <sup>58)</sup>. Gewöhnlich gab die Braut dem Bräutigam die *dos* noch vor der Ehe. Eben so gewöhnlich war es, daß der Bräutigam der Braut Geschenke machte, jedoch anfangs nicht gerade um des Brautschahes willen, sondern aus Liebe und Gegenliebe. Daher war der Fall seltener <sup>59)</sup>, daß die Braut dem Bräutigam dagegen schenkte; desto

57) S. SCHORCH Diss. cit. Sect. II. u. RAVE Diss. cit. §. 8.

58) *L. 2. C. Th. de sponsalib.* *L. 5. C. Iust. de secund. nupt.* verglichen mit der *Novella THEODOSII* selbst, so wie sie in der *Collect. Novellar. Constitut. Imperator. Justiniano anteriorum*, welche RITTER dem Tom. VI. P. II. *Cod. Theod.* beigefügt hat, Lib. I. Tit. 7. befindlich ist. *L. 9. C. de bonis proscriptor.* verglichen mit *Nov. CXXXIV. cap. ult.* Daß nach den Zeiten der Kaiser Theodos und Valentinian die *sponsalitia largitas* schon von der *donatio ante nuptias* unterschieden wurde, ist wohl keinem Zweifel unterworfen; dennoch ward die letztere mit jenem Namen noch belegt, wie aus der Novelle des Kaisers Majorianus erhellet, welche sich in der angeführten Ritterischen Novellen-Sammlung Lib. IV. Tit. 8. befindet. Man sehe SCHORCH Diss. cit. §. 9. et 10.

59) *L. 16. C. de donat. ante nupt.*

häufiger aber geschah es, daß die Braut die ihr gemachten Geschenke dem Manne wieder als Heyrathsgut zubrachte <sup>60)</sup>. So nützte sie der Mann während der Ehe <sup>61)</sup>, und da sie einen Theil der dos ausmachten, so waren sie nach getrennter Ehe ein Gewinn für die Frau <sup>62)</sup>. Erst in der Folge unterschied man zwischen sponsalitia largitas und donatio ante nuptias <sup>63)</sup>. Die letztere wurde nun um des Heyrathsguts willen der Frau gegeben, die erste hingegen hatte darauf keine Beziehung, sondern bloß Bezeugung der Liebe zum Zweck. Es war aber doch auch die donatio ante nuptias noch immer eine wahre Schenkung, denn sie konnte noch nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit gefordert werden, es war auch noch kein gewisses Verhältniß zur dos gesetzlich bestimmt. Zwar verwaltete sie der Mann während der Ehe, und gebrauchte sie, wie das Heyrathsgut der Frau, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Allein so wie vor Justinian die dos adventitia, wenn die Frau starb, dem überlebenden Manne

60) L. 5. *Cod. de secundis nupt.* Hoc observare praecipimus, licet res ante nuptias donatae, ut adsolet fieri, in dotem a muliere redigantur.

61) L. 20. *Cod. de iure dot.*

62) L. 1. *Cod. de donationib. ante nupt.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS. Multum interest, si ea, quae donat vir futurus, tradiderit uxori, et postea in dotem acceperit: an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit: priore enim casu donatio non impeditur, et res, quae in ea causa sunt dotis effectae, iudicio de dote peti possunt: posteriore autem casu nihil actum est donatione, et quod in dotem datum non est, repeti non potest.

63) Man sehe *Nov. XXII. c. 23.*

immer, die dos profectitia aber demselben nur dann verblieb, wenn der Vater nicht mehr am Leben war; so fiel nun auch in diesen Fällen die donatio ante nuptias an die Frau, wenn der Mann vor ihr starb, und sie gewann solche mit dem Heyrathsgute<sup>64)</sup>. Ward jedoch durch Vertrag festgesetzt, daß der Mann die dos, die Frau die donatio ante nuptias erhalten solle, wenn ein Theil vor dem andern in der Ehe verstürbe; so sollte zwar ein solcher Vertrag nach einer Verordnung der Kaiser Leo und Anthemius<sup>65)</sup> nur alsdann gültig seyn, wenn hier beyden Theilen gleiche Vortheile zugesichert wären, gleichviel, ob die dos und donatio ante nuptias von den Eheleuten selbst, oder von ihren Eltern, oder von einem Dritten herrühren. Allein Justinian änderte dieses dahin ab, daß wegen der Ungleichheit der Vertrag nicht ungültig seyn, sondern der größere Theil auf den mindern herabgesetzt werden solle<sup>66)</sup>. Sind jedoch Kinder da, so soll die Mutter nach einer Novelle des Kaisers Severus<sup>67)</sup> verbunden seyn,

64) S. Jac. Cujacius Observation. Lib. V. cap. 4. et Recitat. solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 3. RAVE Diss. cit. §. 12. und PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 39. §. 6.

65) L. 9. Cod. de pactis conventis tam. sup. dote, quam.

66) L. 10. Cod. eodem.

67) In Corp. Novellar. Constitut. Imperator. Justiniano anterior. Lib. V. Tit. 1. (Cod. Theod. a Rittero adj. T. VI. P. II. pag. 160.) Wenn es in der Constitution heißt: Ut post viri obitum sponsalia in usumfructum tantum mater habeat, et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit, sive non venerit; so wird unter sponsalia die donatio ante nuptias verstanden. S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1217. S. 121.

die ihr durch den Tod ihres Mannes angefallene *donatio ante nuptias* ihren Kindern zu erhalten, sie mag zur zweiten Ehe schreiten, oder nicht. Immer konnte jedoch aber die *donatio* vor Justinian nur vor der Ehe der Frau bestellt werden, nach vollzogener Ehe hatte sie nicht Statt, weil Schenkungen unter Ehegatten ungültig waren. Darum wurde diese Schenkung *donatio ante nuptias* genannt, und sie enthielt die stillschweigende Bedingung, daß sie dann erst gültig seyn sollte, wenn die Ehe wirklich erfolgt wäre<sup>68)</sup>. Kaiser Justinus wich zuerst von dieser Strenge des Röm. Rechts darin ab, daß er während der Ehe eine Erhöhung der *donatio ante nuptias* in dem Falle erlaubte, da das Heyrathsgut der Frau eine Vermehrung erhalten hätte<sup>69)</sup>. Justinian gieng aber noch weiter. Er verordnete nämlich, daß eine solche *donatio*

68) §. 3. I. de donat.

69) L. 19. Cod. de donat. ante nupt. Si constante matrimonio consilium augendae dotis inierit vel uxor forte, vel eius nomine quilibet alius: nihilominus marito quoque liceat, seu pro marito cuilibet alii, tanto *donationem ante nuptias* additamento maiorem facere, quanto dotis augetur titulus. Nec obsit in huiusmodi munificentis interdictas esse liberalitates tempore nuptiarum. Indulgendum est namque consensui communi partium: ne, cum negetur augendae potestas donationis, dotis etiam pigrius constituatur augmentum. Idemque licere praecipimus etiam in his matrimoniis, in quibus interdum accidit ante nuptias quidem *donationem* nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse: ut etiam tunc muliere dotem augente, liceat marito quoque *donationem* in uxorem suam eiusdem quantitatis facere, quantum aucta dos continere dignoscitur.

nicht nur während der Ehe vermehrt, sondern auch der Frau bestellt werden könne. Weil nun aber der Name dem Geschäft nicht mehr angemessen war, so gab er ihr den Namen der *donatio propter nuptias*. So wie also das Heyrathsgut während der Ehe nicht nur vermehrt, sondern auch bestellt werden kann, so sollte nun auch die jetzt so genannte *donatio propter nuptias* hierin der *dos* gleichgesetzt seyn, weil sie wegen des Heyrathsgutes der Frau bestellt werde. Denn diese *donatio* sey keine bloße Schenkung, sondern gleichsam eine *antipherna*, eine gegenseitige *dos*, welche im Namen und Wesen von der *dos* nicht unterschieden sey, weil auch die älteren Gesetzgeber die *dots* unter die *donationes* gezählt hätten. Beyde, die *dos* und *donatio propter nuptias*, sind also einander gleichzuachten. Diese sehr merkwürdige Verordnung ist die *L. 20. Cod. de donat. ante nupt.* welche folgenden Inhalts ist.

Imp. JUSTINIANUS A. Joanni P. P. Cum multae nobis interpellationes factae sint adversus maritos, qui decipiendo suas uxores faciebant donationes, quas *ante nuptias* antiquitas nominavit, insinuare autem eas actis intervenientibus superdebant, ut infectae maneant, et ipsi quidem dotis commoda lucrentur, uxores autem sine nuptiali remedio relinquuntur; sancimus, nomine prius emendato, ita rem corrigi, et non ante nuptias donationem eandem vocari, sed *propter nuptias donationem*. Quare enim dotem quidem etiam constante matrimonio mulieri marito dare conceditur: donationem autem marito, nisi ante nuptias, facere non permittatur? et quae huius rei differentia rationalis potest inveniri: cum melius erat



mulieribus propter fragilitatem sexus, quam maribus subveniri? Sicut enim dos propter nuptias fit, et sine nuptiis quidem nulla dos intelligitur, sine dote autem nuptiae possunt celebrari: ita et in donationibus, quas mariti faciunt, vel pro his alii, debet esse aperta licentia, et constante matrimonio talem donationem facere; quia quasi *antipherna* haec possunt intelligi, et non simplex donatio. Ideo enim et antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant. Si igitur *et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*: quare non etiam ea simili modo et matrimonio contracto dabitur? Sancimus itaque omnes licentiam habere, sive prius quam matrimonia contraxerint, sive postea, donationes mulieribus dare propter dotis donationem: ut non simplices donationes intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias factae. Simples etenim donationes non propter nuptias fiunt, sed propter nuptias vetitae sunt, et propter alias causas, et libidines forsitan, vel unius partis egestatem, non propter ipsarum nuptiarum affectionem efficiuntur. Si igitur dote iam praestita, maritus nulla ante nuptias donatione facta, donare mulieri res maluerit, ita tamen, ut dotis quantitatem non excedant, et hoc ipsum significaverit, quod non simplicem faciat donationem, sed propter dotem iam conscriptam, et ipse ad donationem venerit, licebit hoc ei facere, et supponatur pactis dotalibus huiusmodi donatio; et si quidem hoc specialiter fuerit expressum, pacta conventa servari oportet. Sin autem donatio quidem talis facta sit, utpote dotali instrumento ante-

cedente, nulla autem pacta tali donationi post nuptias inserantur, re ipsa videatur hoc esse pactum, ut secundum dotales conventiones intelligantur, et in tali donatione pacta fuisse conventa, ut aequis passibus utraque ambulet, tam dos, quam donatio: ita tamen, ut Leoniana constitutio, quae super exactione pactionum loquitur, non in quantitate, sed in partibus, maneat in his casibus intacta, et non solum ea immutilata custodiatur, sed etiam nostra, quam de interpretatione eius fecimus; ambiguitatem eius tollentes: disparibus etenim pactionibus factis, maiorem lucri partem ad minorem deducendam esse censemus, ut eodem modo uterque minorem partem lucretur.

§. 1. Similique modo, si facta quidem fuerit talis donatio, quae antea quidem *ante nuptias* vocabatur, nunc autem *propter nuptias*, non autem fuerit actis intervenientibus insinuata, licebit etiam constante matrimonio eam insinuare, nullo penitus obstaculo ex nuptiarum interventu faciendo: si enim fieri eas post nuptias concedatur, multo magis insinuari. Similique modo et ea constitutio, quam pro augendis tam dotibus, quam ante nuptias donationibus fecimus, intacta illibataque conservetur: omnibus videlicet, quae de simplicibus donationibus inter maritum et uxorem constante matrimonio, vel a veteribus, vel a nobis statuta sunt, in suo robore duraturis.

So wenig es nun nach diesem Gesetz noch einigem Zweifel unterworfen seyn kann, daß die donatio propter nuptias eine Art von dos sey, welche der Frau in Rücksicht ihres eingebrachten Brautshaßes von dem Ehemann

bestellt wird; so verschieden sind doch die Meinungen der Rechtsgelehrten über den Zweck derselben. Einige<sup>70)</sup> nehmen Sicherung des Brautshazes als den Hauptzweck derselben an, weil die dos vor Justinian durch nichts weiter, als durch ein *privilegium exigendi*, gesichert gewesen sey. Deswegen habe die *donatio ante nuptias* der dos gleich seyn müssen. Ob nun wohl Justinian in seinen neuen Constitutionen für die Sicherheit des Brautshazes besser gesorgt hat, so sey dennoch in dem Wesen der *donatio propter nuptias* nichts verändert worden. Justinian scheine vielmehr jenen Hauptzweck noch mehr verfolgt zu haben, indem er verordnet habe, daß der Mann die der Frau zur *donatio propter nuptias* angewiesenen unbeweglichen Sachen auch nicht einmal mit Einwilligung der Frau veräußern solle, und der Frau auf diesen Fall ein *Vindication*srecht gegeben habe<sup>71)</sup>. Allein dagegen hat schon Heineccius<sup>72)</sup> erinnert, daß auch nicht ein einziges Gesetz im ganzen Civilrecht vorhanden sey, wodurch diese Behauptung unterstützt werden könnte, und Justinian es gewiß erwähnt, und das *privilegium dotis* auch auf die *donatio propter nuptias* übertragen haben würde, wenn der Hauptzweck derselben Sicherheit des Brautshazes wäre. Das Gegentheil erhellet vielmehr aus eben derjenigen Constitution<sup>73)</sup>, wodurch er dem

70) HOFFMANN *Differ. iuris Rom. et Germ. in doctr. de donat. p. N. §. 3. lit. b.* Dabelow *Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 279.* Weber *Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1242.*

71) *L. 29. C. de iure dot. Nov. LXI. Cap. 1. §. 1.*

72) *Cit. Diss. Cap. I. §. 7.* Vergleiche auch KOCK *Diss. cit. Cap. I. §. 4.*

73) *L. 12. §. 2. C. Qui potiores in pignore.*

Brautſchaft der Ehe weiber die mit einem beſondern Vorzugſrechte verſehene Hypothek beſetzte, in welcher es außdrücklich heißt: *Haec autem tantum ad dotem ſancimus, non ad ante nuptias donationem, quam ſuo tempore ſervire diſponimus, et habere inter creditores ſui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, ſed ne damnum patiantur, ſuiſque rebus defraudentur, curamus.* Wie hätte der Geſetzgeber daß ein *lucrum* nennen können, waß der Frau zur Sicherheit ihres Heyrathsgutß beſtellt wird? Oder kann man etwa Hypothek und Capital zugleich fordern? Nun erlaubt aber Juſtinian der Frau in dem Falle, da der Mann verarmt, und ſie ſich und ihre Kinder ſelbſt verſorgen muß, beydeß, ihr Heyrathsgut und die *donatio propter nuptias* in Anſpruch zu nehmen, und ſich aus den Einkünften dieſer Güter den Unterhalt zu verſchaffen<sup>74)</sup>. Andere<sup>75)</sup> verbinden mit dem Zweck der Sicherheit auch noch den der Compensation, oder Vergeltung auf den Fall, da der Brautſchaft zu Grunde geht, oder dem Manne nach dem Geſetz oder vermöge Vertrages zufällt. Noch andere<sup>76)</sup> nehmen den Zweck der Compensation oder Remuneration zum alleinigen Zweck der *donatio propter*

74) *L. 29. C. de iure dot.*

75) LAUTERBACH cit. *Diss.* §. 8. et 17. VINNIUS *Comm.* ad §. 3. I. de donation. VOET *Comm.* ad *Pand.* Tom. II. h. t. §. 21. HOFACKER *Princip. iur. civ. R. G.* Tom. I. §. 475. *Chr. Aug.* GÜNTHER *Princip. iuris Rom. priv. noviss.* Tom. II. §. 420. *Jud. Thadd.* ZAUNER *Introd. in ius Digestor.* P. I. Lib. II. Tit. VI. §. 17.

76) Hug. DONELLUS *Commentar. de iure civ.* Lib. XIV. cap. 9. Franc. BROEUS *Exposit. in Institut. Justin. Imp.* ad §. ult. de donat. pag. 507. Em. MERILLIUS *Comm.* ad §. 3. I. eodem.

nuptias an. Allein wie kann das eine Vergeltung des Heyrathsgutes genennt werden, wenn die Frau, im Falle der Mann vor ihr stirbt, die *donatio propter nuptias* neben ihrer *dos* lucrirt? oder wenn die Frau wegen Ehebruch das Heyrathsgut verwirkt hat, und der Mann in demselben Falle die *donatio propter nuptias* verliert? Wäre dieß nicht eine unerhörte *poenae compensatio*? Eine besondere Meinung hat Fried. Esaias von Pufendorf<sup>77)</sup>. Er sagt, die *donatio propter nuptias* sey ein Gewinn, welchen die Frau nach getrennter Ehe zugleich mit dem Heyrathsgute in dem Falle erhält, da Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, den hingegen die Frau in dem entgegengesetzten Falle anders nicht fordern kann, als wenn ihr solcher in den Ehepacten ausdrücklich ist ausgesetzt worden. Der Zweck derselben soll nach dieser Meinung seyn, theils den Trieb zur Kinderzeugung in der Frau zu vermehren, theils aber auch zugleich dadurch der Willkühr der Ehescheidungen und Repudien ein Ziel zu setzen, weil diese den Verlust der *dos* und *donatio propter nuptias* nach sich ziehen. Abweichend davon ist die Ansicht derjenigen<sup>78)</sup>, welche die *donatio propter nuptias* für eine Freygebigkeit halten, welche der Mann unter derselben suspensiven Bedingung gegen die Frau ausübt, unter welcher sie ihm auf den Todesfall einen Gewinn an ihrem eingebrachten Heyrathsgute ausgesetzt hat. Die meisten Rechtsgelehrten<sup>79)</sup> stimmen endlich darin mit

77) *Observation. iuris Rom. Tom. II. Obs. 59.*

78) *S. Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 393. und a WINTERFELD cit. Diss. histor. iur. civ. de donationib. propter nupt.*

79) *HEINECCIUS cit. Diss. Cap. I. §. 7 — 11. GROLMAN cit. Commentat. Cap. I. §. 2. sqq. Heint. Georg Wit-*

einander überein, daß die *donatio propter nuptias* eben so, wie die *dos*, die Bestreitung der Ehestandslasten zum Zweck habe, und also damit dasjenige angezeigt werde, was der Frau, welche ein Heyrathsgut eingebracht hat, von dem Manne, oder in dessen Namen von einem Andern ausgefegt wird, um im Falle des Unvermögens des Mannes sowohl sich, als ihren Mann und ihre Kinder davon ernähren zu können. Der Hauptbeweis für diese Meinung wird aus der *L. 29. Cod. de iure dotium* genommen, wo Justinian für den Fall, da der Mann während der Ehe verarmt, Folgendes verordnet.

Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, et ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere, non tantum mariti res ei tenenti, et super his ad iudicium vocatae, exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem praestamus: sed etiam si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium, super iisdem hypothecis aliquam actionem secundum legum distinctionem <sup>80)</sup> moveat, non obesse

tich Syst. des heutigen Civilrechts. 2. B. (Frankf. a. M. 1805.) §. 209. S. 69. Thibaut System des Pandectenrechts. 1. B. §. 454. Theob. Maxim. Zacharia Institutionen des römischen Rechts (Breslau 1816.) Lib. II. Tit. 7. S. 448. Alb. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 694. d. 5. Ausg. Car. Einert Diss. de donationib. propter nuptias. Cap. I. §. 2. Rosshirt Grundlinien des Röm. Rechts (Heidelberg 1824.) §. 50. S. 110. f.

80) THALELAEUS erklärt diese Worte in den *Basilic. T. IV. pag. 655. Schol. h.* folgendermaßen: *ei uen γὰρ περὶ*

ei matrimonium adhuc constitutum sancimus, sed ita eam posse easdem res vindicare, vel a creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat: ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito, et matrimonio inter eos constituto: *sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti filiorumque, si quos habet, abutatur.*

Man beruft sich ferner auf die *L. 20. C. de donat. ante nupt.* wo Justinian sagt, es sey öfters geschehen, daß Ehemänner ihre Weiber dadurch hintergangen hätten, daß sie die ihnen bestellten donationes ante nuptias absichtlich nicht hätten gerichtlich insinuiren lassen, damit sie nur nicht gelten möchten, *et ipsi quidem dotis comoda lucrentur, uxores autem sine nuptiali remedio relinquuntur.* Diese letzteren Worte werden so erklärt, daß auf solche Art die Weiber nichts gehabt, wodurch sie in Bestreitung der Ehestandslasten wären unterstützt worden, während die Männer zu diesem Zweck die Vortheile der dos genossen<sup>81)</sup> hätten. Das Wort *remedium* be-

της προικὸς ἐνάγει, προτιμᾶται τῶν ἀρχαιοτέρων καὶ τῶν μεταγενεστέρων δανειστῶν. ἐὰν δὲ περὶ τῆς προγαμιαίας δωρεᾶς, οὐκέτι αὐτῶν προτιμᾶται. i. e. *Nam si quidem de dote agat, praeferatur antiquioribus et posterioribus creditoribus, sin autem agat de donatione ante nuptias, eis non praeferatur.*

81) S. GROLMAN cit. Diss. Cap. I. §. 5.

deute also hier soviel als Beyhülfe, Hülfsmittel<sup>82)</sup>. Noch mehr aber werde diese Meinung dadurch bestärkt, daß die *donatio propter nuptias antipherna*, d. h. dos *contraria* genannt werde, welche dem Namen und der Substanz nach gar nicht von der dos unterschieden sey. Denn deutlicher hätte wohl der Gesetzgeber den Zweck der *donatio propter nuptias* nicht ausdrücken können. Hierzu komme denn noch endlich, daß auch in den neuern Gesetzen des Kaisers Justinian, z. B. in der Novelle XXII. Kap. 20. §. 2. Nov. LXI. Cap. 1. §. 3. und Nov. XCVII. Cap. 1. die *donatio propter nuptias* der dos gleichgesetzt werde, welche doch keinen andern Zweck, als Bestreitung der ehelichen Lasten, habe.

Es ist allerdings aus diesen Gründen nicht zu läugnen, daß die *donatio propter nuptias* der Frau auch dazu diene, um in dem Falle, da der Mann während der Ehe verarmt, und dadurch außer Stand gesetzt wird, die Lasten der Ehe ferner zu bestreiten, sich, den Mann und ihre Kinder davon zu ernähren. In dieser Hinsicht hat diese *donatio* gleichen Zweck mit der dos, und kann also als eine dos *mariti* betrachtet werden. Sie steht der dos *uxoris* gegen über (*antipherna*). Allein daß ihr Hauptzweck sey, der Frau dadurch für die nöthigen Lebensbedürfnisse Gewährung zu verschaffen, wenn sie im Falle der Verarmung ihres Mannes, in die Lage kommen sollte,

82) SCHORCK in Diss. cit. de donat. propter nuptias Rom. §. 5. versteht unter *nuptiale remedium* die der Frau aus dem Ehevertrage zustehende Klage, das *lucrum donationis propter nuptias* zu fordern. Andere verstehen unter *nuptiale remedium* die *donatio propter nuptias* selbst. Z. B. HOFFMANN cit. Diss. pag. 17. welches sich jedoch nicht erweisen läßt:



solche selbst bestreiten zu müssen, läßt sich nicht vollkommen damit vereinigen, wenn die donatio propter nuptias in den Gesetzen überall als ein Gewinn der Ehefrau angesehen wird<sup>83)</sup>. Dieß ist sie nun aber gerade in dem Falle am wenigsten, wo die Gesetze der Frau erlauben, die ihr zur donatio propter nuptias ausgesetzten Güter des Mannes in Anspruch zu nehmen, nämlich wenn der Mann während der Ehe verarmt. Denn sie darf, so lang der Mann lebt, und die Ehe dauert, von diesen Gütern nichts veräußern, sondern hat nur die Nugnießung derselben, welche sie zu ihrem, ihres Mannes, und ihrer Kinder Unterhaltung verwenden muß<sup>84)</sup>. Der Gewinn der donatio propter nuptias tritt erst nach getrennter Ehe ein.

*L. 9. C. de pactis conventis.* Ex morte cuiuscunque personae, sive mariti, sive mulieris, eandem partem, — tam virum ex dote, quam mulierem ex ante nuptias donatione lucrari decernimus. — Hoc tamen observandum est, ut quantam partem mulier stipuletur sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione, si priorem maritum mori contigerit, tantam et maritus ex dote partem — stipuletur sibi, si constante matrimonio prior mulier in fata collapsa fuerit.

*L. 29. in fin. C. de iure dot.* — Ipsis etiam marito et uxore post matrimonii dissolutionem super dote et ante nuptias donatione, pro dotalium instrumentorum tenore, integro suo iure potituris.

83) *L. 12. §. 2. C. Qui potiores in pign.* — non enim pro lucro fovemus mulieres. *Nov. LXI. Cap. I. §. 3.* — et lucrum illi omnino in tuto positum sit.

84) *L. 29. Cod. de iure dotium.*

*Nov. XXII. Cap. 20. pr.* Quare sive morte viri, sive obitu mulieris matrimonium solvatur, dos quidem secundum pactum, quod nuptialibus instrumentis continetur, *lucro viri, donatio vero propter nuptias mulieri cedat*, prout etiam hic ab initio contrahentibus visum fuerit. — §. 1. Matrimonio igitur omnibus solutionibus praecedentibus dissoluto, felix quidem et beatus uterque contrahentium est, si in priori matrimonio maneat, nec sobolem suam, sequentibus forte matrimoniis, tristitia afficiat. Et si hoc faciant, ac in priori matrimonio permaneant, sua habebunt, hoc est, mulier dotem, et vir donationem propter nuptias, — *lucra quoque accipiant*, vir quidem ex dote, *mulier vero ex donatione propter nuptias*: illaque erunt eis *propria*, nec in ullo sepe a reliquis eorum bonis differant. Unde quoad vivent plenam ea alienandi facultatem habebunt, sicut in aliis, quae ab initio propria habuerunt. Si vero moriantur, licet ipsis per legata et fideicommissa res illas ad alios transferre.

Nach diesen Gesetzen scheint also unter der Benennung der *donatio propter nuptias* vielmehr dasjenige Vermögen bezeichnet zu werden, welches der Mann in dem Falle, da er das Heyrathsgut der Frau ganz oder zum Theil lucrirt, oder auch wohl in seinem Namen ein Anderer, der Frau aus seinen Gütern, gleichsam als eine gegenseitige dos, in einem dem eingebrachten Heyrathsgute gleichem Werthe, dergestalt aussetzt, daß sie solches nach getrennter Ehe zugleich mit ihrem Heyrathsgute zum Gewinn haben solle, eben so wie der Ehemann, wenn die Frau vor ihm stirbt, ihr Heyrathsgut lucrirt; welches ihr aber auch zu

gleich den Vortheil gewährt, daß sie dasselbe schon während der Ehe, wenn der Mann verarmt, in Anspruch nehmen kann, um aus den Einkünften desselben die Lasten der Ehe bestreiten zu können.

Außer den bereits angeführten Stellen des römischen Rechts verdienen noch folgende bemerkt zu werden.

*L. 20. pr. C. de donat. ante nupt.* Sancimus itaque, omnes licentiam habere, sive prius, quam matrimonia contraxerint, sive postea, donationes mulieribus dare *propter dotis donationem*: ut non simplices donationes intelligantur, sed *propter dotem, et propter nuptias factae*.

*Nov. II. Cap. 5.* Si matrimonium quidam ineant dotis et donationis ante nuptias instrumentis confectis, ac vir quidem donationem propter nuptias constituat, mulier vero dotem inferat, et vel ipsa eam constituat, vel pater aut extraneus aliquis det, deinde per totum matrimonii tempus marito dotem non solutam esse, ipsum vero matrimonii onera sustinere appareat, *et matrimonium morte viri solvatur, nequaquam iustum erit, mulierem, quae marito dotem non dedit, donationem ante nuptias accipere.* Quodsi totam non dederit, ipsa quoque donationem eatenus petat, quatenus dotem dedit.

*Nov. XCI. cap. 2.* Si mulier dotem debeat, eamque vel ipsa forte, vel qui eam pro ipsa praestat, quicumque ille fuerit, sive propinquus, sive extraneus, dare voluerit, ita ut aut profectitia, aut adventitia sit dos, — vir autem, vel forte pater eius, vel avus eam accipere nolit, mulier

vero denunciaret, eamque solvere parata sit, vel, quod etiam maius est, faciat, et forte offerat, et si mobilis sit, sigillis impositis secundum legem deponat, vel sola iudicium ingressa hoc fieri petat, — attamen et sic ille differat: *non potest soluto matrimonio solutionem donationis ante nuptias, tanquam dote non data declinare.* Qui enim dare voluit, eo, qui accipere rogatur, acceptationem recusante, similis est illi, qui dedit. — *Quemadmodum enim illi, si dotem per dilationem non dederit, donationem ante nuptias denegamus: ita licet dare velit, et ille, qui accepit, de industria accipere recuset, damus illi, matrimonio soluto, donationis ante nuptias petitionem, etsi dotem propter viri culpam non intulerit.*

*Nov CXIX. Cap. 1. Ut donatio propter nuptias specialis contractus sit, et iudicetur, nec reliquis donationibus annumeretur, hac lege sancimus, quoniam pro ea aequalis dos datur.*

Auß allem ergibt sich nun soviel.

1) Die donatio propter nuptias setzt das Einbringen eines Heyrathsguts als nothwendige Bedingung voraus. Eine Frau, welche keine dos inferirt hat, kann daher auch keine donatio propter nuptias verlangen, außer wenn sie ein Heyrathsgut einzubringen bereit war, der Mann aber, oder desselben Vater die angebotene dos anzunehmen verweigerte, und die Frau dieselbe, sofern sie in einer beweglichen Sache besteht, gerichtlich deponirte, oder wenigstens bey Gericht um Deposition bat <sup>85)</sup>.

85) *Nov. 2. cap. 5. Nov. 91. cap. 2.*

2) Die donatio propter nuptias wird der Frau propter donationem dotis, und also in einem solchen Falle bestellt, wo der Mann das Heyrathsgut nach getrennter Ehe lucrirt <sup>86)</sup>. Nur in diesem Falle kann sie die Frau von Rechts wegen fordern <sup>87)</sup>. Sie ist daher keine bloße Schenkung; denn diese gelten unter Ehegatten nicht; sondern eine donatio propter dotem facta, und daher unwiderruflich: quoniam pro ea aequalis dos datur <sup>88)</sup>. In dieser Hinsicht heißt sie *antipherna*, *αντιφέρνη*, dos mutua, a marito uxori data <sup>89)</sup>. Sie muß daher auch

3) den Heyrathsgute am Werthe gleich seyn, auch wenn dasselbe einen Zuwachs erhält, verhältnißmäßig vermehrt werden, darf aber niemals die Größe der dos und des Zuwachses derselben übersteigen <sup>90)</sup>.

Nov. XXII. Cap. 20. Nec prohibitae quidem sint dationes quantitate inaequales, prohibita vero sint inaequalia pacta, quod fortissimus quidem Leo in legibus suis recte scripsit, nos vero id ab eo accipientes clarius adhuc constituimus. Si enim alter quidem plus, alter vero minus *de lucro* paciscatur, incertum est, quid obtinere oporteat, utrum id, quod plus, an quod minus est, re ab utraque parte aequae dubia. Quare nobis omne id, quod modum excedit, aversantibus, visum fuit, quod

86) L. 20. C. de donat. ante nupt.

87) S. MADIHN Princip. iur. Rom. P. III. §. 595.

88) Nov. CXIX. cap. 1.

89) L. 20. C. cit.

90) S. CUVACIUS Exposit. Nov. XCVII.

in pacto plus est, ad minus redigere, ne huic quidem tertiam, illi vero quartam forte lucri partem pacisci liceat, sed si quid tale fiat, in utroque accipiatur, et deinde similiter in partibus, non tamen in conventa utrimque quantitate.

*Nov. XCVII. Cap. 1.* Hoc igitur ante omnia corrigimus, ut in dotibus et donationibus propter nuptias, tam in iis, quae dantur, quam in stipulationibus pacta aequalia sint: et tantam quantitatem vir scribat, quantam mulier, tantum quoque lucri stipuletur, et pro ea parte, quam voluerint: modo aequales sint partes. Alias enim iustitiae et aequalitatis ratio non servabitur, si, ut in commerciis solet, sese mutuo circumscribant, et aequales quidem stipulationes facere videantur, revera tamen inaequalis effectus maneat, non eadem quantitate in illis, quae data sunt, constituta.

*Cap. 2.* Dedimus etiam licentiam — augmenta faciendi, tam viro quam mulieri id permittentes, sive ambo, sive alter horum augmentum facere velint. Primum igitur, ne quae circumscriptio fiat, illud sancimus, ut, si quis dotem vel donationem propter nuptias augere voluerit, non liceat huic quidem id facere, illi vero in prioribus manere, sed uterque omnino augmentum faciat, neque res in voluntate, quemadmodum antea, sed necessitate consistat: semper tamen quantitas aequalis sit.

4) Die donatio propter nuptias läßt sich ohne eine Ehe so wenig, als das Heyrathsgut gedenken; ist sie also vor der Ehe bestellt worden, so enthält sie die still-

schweigende Bedingung, wenn die Ehe wirklich erfolgt<sup>91)</sup>. In dieser Beziehung versteht die Glosse, wenn Justinian sagt, die *donatio propter nuptias* sey der Substanz nach von der *dos* nicht unterschieden<sup>92)</sup>.

5) Die *donatio propter nuptias* kann nicht nur von dem Manne, sondern auch von einem Andern für ihn bestellt werden<sup>93)</sup>. Es kann auch hier eben so, wie bey der *dos*, eine rechtliche Nothwendigkeit zur Bestellung derselben eintreten. Denn so ist der Vater eben so für den Sohn eine *donatio propter nuptias* zu bestellen schuldig, als er der Tochter ein Heyrathsgut zu geben verbunden ist. Die Worte der *L. 7. Cod. de iure dot.* *Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie*, lassen hierüber keinen Zweifel übrig, und die Anfangsworte dieser Constitution: *Si pater — pro filio ante nuptias donationem fecerit, habeat autem filius, vel in potestate constitutus, vel forte emancipatus, res maternas, etc.* berechtigen uns auch hier eben so, wie bey der *dos*<sup>94)</sup>, anzunehmen, daß kein Unterschied sey, ob der Sohn sich noch in der väterlichen Gewalt befindet, oder nicht<sup>95)</sup>. Nach dieser Analogie läßt sich auch be-

91) §. 5. *I. de donat.*

92) *L. 20. C. de donat. ante nupt.*

93) *L. 19. L. 20. C. eodem. Nov. CXIX. Cap. 1.*

94) *G. §. 1231. G. 62. ff.*

95) Daß Gegentheil behaupten jedoch BACHOV. *Not. ad Treutlerum* Vol. II. *Disp. VII. Th. 2. lit. C. verb. Emancipata*, und LAUTERBACH *Disp. de donat. propter nupt.* Th. 25.

haupten, daß die Mutter in dem Falle, wo sie den Töchtern einen Brautſchatz zu geben verpflichtet, auch für den Sohn eine *donatio propter nuptias* zu beſtellen verbunden ſey <sup>96</sup>).

6) Die *donatio propter nuptias* muß zwar gerichtlich inſinuirt werden, wenn ſie die Summe von fünf- hundert Solidis, oder Ducaten, überſteigt; doch nur um des Mannes willen, damit dieſer, wenn die Frau vor ihm ſtirbt, das Heyrathsgut lucriren, ſo wie es ihm auf dieſen Fall in den Ehepacten ausgeſetzt worden iſt. Der Frau hingegen ſchadet die Unterlaßung der gerichtlichen Inſinuation auf keinen Fall, ſondern dieſe erhält, wenn der Mann vor ihr ſtirbt, die ihr auf dieſen Fall ausgeſetzte *donatio* mit ihrer dos, ſie mag gerichtlich inſinuirt worden ſeyn, oder nicht, wie ſich aus der *Nov. CXXVII. Cap. 2.* ergibt, wo Juſtinian ſagt:

*Cum etiam illud correctione aliqua dignum iudicemus, id partem huius legis facimus <sup>97</sup>). Ipsa enim rerum experientia invenientes, necessarium esse mulieribus, ut actis donationes ante nuptias insinuentur, quo, amissis licet instrumentis principalibus, ex actis probatio matrimonii in promptu sit: sancimus, ut ipsis viris, vel qui donationem ante nuptias vel propter nuptias pro illis*

96) S. LAUTERBACH Diss. de donation. propter nupt. §. 28.

97) Nach der *Nov. CXIX. Cap. 1.* war gar keine gerichtliche Inſinuation nöthig, ſondern die *donatio propter nuptias* war ſowohl in Anſehung der Frau, als des Mannes gültig, ſie mochte gerichtlich inſinuirt worden ſeyn, oder nicht. Dieß iſt durch die *Nov. CXXVII. Cap. 2.* bloß in Anſehung des Mannes abgeändert worden.



scribunt, si quingentorum solidorum quantitatem excedat, eam actis confectis insinuare necesse sit: in Regia quidem urbe apud Magistrum census: in provinciis autem apud civitatis cuiusque defensorem, vel apud quos talia monumenta confici possunt. Quod si eas non insinuent, quantum ad mulierem, etiam sic illas valere iubemus: et si tempus venerit exigendae donationis <sup>98)</sup> vel partis eius, non obstet mulieri, donationem iusinatam non esse <sup>99)</sup>. Sin autem pacta dotalia eorumque eventus tribuant viro exactionem dotis, vel etiam partis eius, iubemus, ut nullam is actionem habeat, si donationem actis confectis, sicut dictum est, non insinuaverit <sup>100)</sup>. Nam cum viri potestatem

98) Hombergk übersetzt hier ganz unrichtig, exigendae dotis, im griechischen Text heißt es: τῆς ἀπαιτήσεως ἡμῶν δωρεῶς.

99) Im Griechischen heißt es: τὸ μὴ ἐμφανισθῆναι τὴν δωρεάν. Hombergk übersetzt auch dieses unrichtig: dotem insinatam non esse.

100) Jac. Cujacius Observation, Lib. XXVII. Cap. 40, meint jedoch, die gerichtliche Insinuation werde auch auf Seiten des Mannes, nicht sowohl zur Gültigkeit, als um des Beweises willen erfordert, ut ex monumentorum gestis quasi fide publica probari possit conventio nuptiarum. Könnte also der Beweis auf andere Art geführt werden, so sey die donatio propter nuptias auch in Ansehung des Mannes ohne gerichtliche Insinuation gültig. Allein käme es bloß auf den Beweis an, so wären auch wohl dazu die instrumenta dotalia hinreichend. Das Gegentheil wird nun aber gerade in den Worten gesagt: Εἰ δὲ τὰ τῶν προικῶν σύμφωνα καὶ αἰ τούτων ἀποβάσει τῷ μέρει τοῦ ἀνδρὸς δῆ

insinuandi donationes habeant, *absurdum nobis videtur, si ex eo, quod non insinuatae sint, mulieribus periculum immineat.*

7) Soviel die rechtlichen Wirkungen der donatio propter nuptias anbetrifft, so bestehen sie darin.

a) So lange die Ehe dauert, und der Mann die Lasten dieses Standes selbst trägt, gehört ihm Besitz und Eigenthum der zur donatio der Frau angewiesenen Güter. Er zieht auch die Nutzungen davon, wie von dem Heyrathsgute der Frau, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Einige Rechtsgelehrten <sup>1)</sup> sind zwar der Meinung, daß der Frau während der Ehe eben die Rechte an der donatio propter nuptias zuständen, welche der

*την ἀπαίτησιν τῆς προικῶς, ἢ καὶ μέρος αὐτῆς, οὐδεμίαν αὐτὸν ἔχειν κελεύομεν ἀγωγῆν, εἰ μὴ τὴν δωρεὰν ἐνεφάνισε, πρακτομένων ὑπομνημάτων. Si vero pacta dotalibus instrumentis inserta, et horum eventus, dotis aut etiam partis eius exactio- nem viro concedant, nullam eum actionem habere iubemus, si donationem apud acta non insinuaverit.* Soll also dem Mann keine Klage zustehen, um den ihm auf den Todesfall der Frau in den Ehepacten ausgesetzten Gewinn am Heyrathsgute zu fordern; so kann wohl der bloße Beweis aus der Urkunde derselben den Mangel der gerichtlichen Insinuation auf Seiten des Mannes nicht ersetzen, wie sich noch mehr aus dem am Schluß beigefügten Grunde ergibt.

1) *S. Hug. DONELLUS Commentarior. de iure civili Lib. XIV. cap. 9. und Jos. Fernand. de REYES de donationibus acad. Relectio. Cap. XXII. §. 18. (in Novo Thes. iuris civ. et canon. Ger. MEHRMAN. Tom. VI. pag. 657.)*

Mann an dem Heyrathsgute der Frau hat. So wie daher dem Manne die fructus dotis gehörten, so genieße dagegen die Frau die Einkünfte aus den ihr zur donatio propter nuptias angewiesenen Sachen. Man sagt, dieß bringe die omnimoda aequalitas mit sich, welche nach allen angeführten Constitutionen des Kaisers Justinian zwischen der dos und der donatio propter nuptias Statt haben solle. Dann aber sage ja Justinian ausdrücklich<sup>2)</sup> die donatio propter nuptias sey eine dos reciproca, a dote uxoris neque nomine neque substantia diversa. Nun bestehe aber die Substantia dotis gerade darin, daß der Mann die fructus dotis lucrirt, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Der Frau müsse also auch ein gleiches Recht an der donatio propter nuptias zustehen. Hierzu komme, daß eine solche donatio nach der Verordnung des Kaisers Constantin<sup>3)</sup> von einem noch minderjährigen Ehemann nicht ohne obrigkeitliches Decret und Einwilligung des Curators bestellt werden könne. Wenn nun der Mann den Besitz und Genuß davon während der Ehe behielte, so verlöre er ja nichts dabey. Man müsse also annehmen, der Mann habe die Früchte veräußert. Allein dagegen hat schon Oswald Hilliger<sup>4)</sup> mit Grund erinnert, daß auf solche Art dem Manne, dem doch die Lasten der Ehe obliegen, in der That die fructus dotis vereitelt werden würden, wenn er eben soviel, als er genießt, der Frau dagegen überlassen müßte, ohne daß diese an den Lasten der Ehe

2) L. 20. C. de donat. ante nupt.

3) L. 22. C. de administr. tutor. vel curator.

4) DONELLUS enucleat. Tom. I. Lib. XIV. Cap. 9. litt. C. pag. 1172.

Antheil nehmen darf. Hätte die Frau das ihr von dem Manne zur *donatio propter nuptias* ausgesetzte Vermögen selbst im Besitz und Genuß, wozu war es nöthig, ihr durch ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes, deswegen Sicherheit zu verschaffen<sup>5)</sup>? Es ist auch kein Gesetz vorhanden, welches der Frau während der Ehe eben die Rechte an der *donatio propter nuptias* giebt, die dem Ehemann an dem Heyrathsgute der Frau zustehen. Die *L. 29. pr. C. de iure dotium* erlaubt wenigstens nur in dem Falle der Frau, die *donatio propter nuptias* mit ihrer *dos* schon während der Ehe zu fordern, wenn der Mann verarmt, und sie in die Lage kommt, die Lasten der Ehe selbst übernehmen zu müssen; zum offenbaren Beweise, daß so lange der Mann die Lasten der Ehe trägt, ihm auch die *fructus donationis propter nuptias* gehören. Es folgt auch daraus, daß Justinian sagt, die *donatio propter nuptias* sey weder dem Namen noch der Substanz nach von der *dos* der Frau unterschieden, keinesweges, daß der Frau deswegen die *fructus* gehören müßten, vielmehr das Gegentheil; weil die *donatio* mit der *dos* gleichsam eine Masse ausmacht<sup>6)</sup>. Und die vollkommene Gleichheit, welche zwischen der *dos* und der *donatio propter nuptias* Statt finden soll, geht nur auf den Gewinn, welcher erst nach getrennter Ehe den Ehegatten zu Theil wird. Daß endlich in dem Falle, da der Mann noch minderjährig ist, die Bestellung der *donatio propter nuptias* ein Decret der Obrigkeit und die Einwilligung

5) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 126. f.

6) Nov. XXII. cap. 25. in fin. GROLMAN cit. Diss. Cap. 1. §. 18. EINERT Diss. de donat. propt. nupt. Cap. I. §. 2.

des Curators erfordert, hat gewiß nicht seinen Grund darin, weil die Frau schon während der Ehe die Früchte derselben genießt, sondern weil die Bestellung einer donatio propter nuptias eben so, wie die Bestellung einer dos, überhaupt eine Art der Veräußerung ist 7).

Der Mann darf jedoch die der Frau zur donatio propter nuptias angewiesenen Grundstücke weder veräußern, noch verpfänden. Eine solche Veräußerung oder Verpfändung ist schlechterdings nichtig, wenn sie auch mit Einwilligung der Frau geschehen seyn sollte, es wäre denn, daß sie nach zwey Jahren die geschehene Veräußerung durch wiederholte Genehmigung nochmals bestätigt hätte, und auch selbst in diesem Falle schadet ihr ihre Einwilligung nur alsdann, wenn noch andere Sachen vorhanden sind, aus denen sie wegen der ihr ausgesetzten donatio propter nuptias entschädiget werden kann. Es gehört hierher die *Nov. LXI. Cap. 1.* wo Justinian verordnet.

Et sancimus, si quis donationem ante nuptias, seu propter nuptias conscripserit, (ita enim eam appellandam esse sancivimus) sive ipse pro se hoc faciat, sive alius scribat, vel pater, vel mater, vel cognati, vel etiam forte extranei scribant; si quis igitur hoc fecerit, et donationem scripserit, in qua immobiles quoque res sunt, interdicens ei, ne rem in donationem ante nuptias datam in posterum vel pignori obliget, vel plane alienet. Quod enim semel vinculis donationis ante nuptias constrictum est, alienare non decet: ut mulier, obveniente forte LUCRO, quod illi donatio ante nuptias confert, indi-

7) S. Cujacius Recitat. solem. in Codic. ad Tit. 37.  
Lib. V. a verb. *Hodie ex edicto novo.*

gnetur, si rem non in bonis mariti, sed vel alienatam, vel aliis, iisque potentibus forte obligatam, inveniat, ut propter eiusmodi causas vel ad vindicationem aditus illi plane non pateat, vel ea difficilis sit, et iudicio egeat, unde sibi auxilium quaerat.

§. 1. Quapropter hoc observetur, et qui imposterum contraxerit, sciat, sive emerit, sive hypothecae titulo acceperit, nullam se omnino ex his rebus utilitatem habiturum, *sed pro non scriptis et non dictis habenda esse, quae de hoc scripta vel conventa sunt: et mulieri LUCRUM servetur.* — Neque vias quasdam inveniant illi, qui arte quadam constitutas hypothecas accipiunt, efficientes, ut mulieres consentiant, atque ita iuribus suis excidant. *Consensus enim eiusmodi rebus, vel hypothecae, vel emtioni, vel alii alienationi datus, accipientem nihil plane iuvet, si vel maxime consensus adsit.* Sed quemadmodum de intercessionibus scripsimus, *biennio elapso aliam rursus confessionem scribendam esse, quae consensum confirmet, et tum ratum esse, quod factum sit; ita hic quoque fiat.*

§. 3. Verum tamen neque hoc simpliciter concedimus, sed mulierem damno, quod ex secundo consensu oritur, tum demum subijcimus, *quando aliae res adsunt, ex quibus mulieri satisfieri possit, si res, quae in donatione ante nuptias continetur, vel res immobiles alienationis aut obligationis nomine ab alio detinentur.* Alioquin si nil aliud supersit, ne sic quidem permittimus, ut mulier damnum sustineat. Quin licet bis, aut saepius consenserit,

causa ad rationem intercessionis referatur, et LUCRUM illi omnino in tuto positum sit, si nil aliud superesse appareat, quod ad quantitatem donationis ante nuptias sufficiat. Et haec dicimus non solum ut mulieribus prospiciamus, sed multo magis etiam viris, qui talia faciunt: si quidem in multis et fere plurimis casibus res donationis ante nuptias communibus liberis servantur: ac rursus in substantia viri et successionis eius per hanc observationem maneant, ut lex et viro et mulieri hac ratione utilis sit.

Es ist hier sehr merkwürdig, daß die ganze Absicht des Gesetzgebers bey dem Verbote der Veräußerung bloß dahin gerichtet ist, der Frau den Gewinn zu sichern, welchen sie, ohne Zweifel auf den Fall der Trennung der Ehe, aus der donatio propter nuptias zu hoffen hat. Zugleich aber wird hier auch auf die Kinder Rücksicht genommen, welchen die Eltern doch gewöhnlich das Vermögen zu erhalten suchen; und da durch diese Verfügung die zur donatio p. N. ausgesetzten Güter auch in dem Vermögen des Mannes bleiben, so ist auf solche Art durch dieses Gesetz für Mann und Frau gesorgt. Aus allem ergibt sich nun soviel, daß das Recht der Frau an der donatio propter nuptias während der Ehe ruht, so lange der Mann die Lasten der Ehe trägt. Von einem Eigenthume der Frau während der Ehe kann schon darum nicht die Rede seyn, weil ihr der Gewinn aus der donatio propter nuptias erst nach getrennter Ehe zu Theil wird, dessen Erwerb also noch von der Bedingung abhängt, daß die Frau den Mann überlebt 8). Während

8) Nov. XXII. Cap. 20. Besonders wird §. 1. gesagt: Matrimonio — dissoluto — si in priori matrimonio

der Ehe kann die Frau nur dann auf den Besitz des ihr zur *donatio propter nuptias* ausgesetzten Vermögens Anspruch machen, wenn der Mann verarmt. Sie darf aber nichts davon veräußern, sondern sie muß die daraus zu ziehenden Früchte zu ihrem und ihres Mannes und ihrer Kinder Unterhalt verwenden. In diesem Falle kann sie ihr Pfandrecht auch gegen die Gläubiger ihres Mannes verfolgen, insofern sie der Frau mit ihrer Hypothek nachstehen<sup>9)</sup>. Mit Recht sagte daher die der *L. 20. pr. C. de donat. ante nupt.* beigefügte *Authentica*: *Permissa est et in rem actio pro tali donatione mulieri adversus omnes possessores*; und wenn gleich einige<sup>10)</sup> die gesetzliche Hypothek der Frau in Rücksicht der *donatio propter nuptias* zu bestreiten gesucht haben; so ist dieses doch nur aus ganz unzureichenden Gründen geschehen, welche schon längst an einem andern Orte<sup>11)</sup> widerlegt worden sind. Wie deutlich giebt nicht Justinian in der *L. 12. §. 2. C. Qui potior. in pignore* und in der *Novelle CIX. Kap. 1.* den Unterschied an zwischen der Hypothek, welche er der Frau wegen ihres Heyrathsguts, und derjenigen, die er ihr wegen der *donatio propter*

*permaneant, sua habebunt, (ἐξουσι τὰ οἰκεῖα), hoc est, mulier dotem, et vir donationem propter nuptias, — lucra quoque accipient (λίψονται δὲ τὰ κερδῆ) vir quidem ex dote, mulier vero ex donatione propter nuptias, illaque erunt eis PROPRIA. (καὶ ἐξουσι ταῦτα αὐτοῖς οἰκεῖα).*

9) *L. 29. C. h. t. Basilica Tom. IV. pag. 732.*

10) *J. B. REINHARTH Diss. de uxore in donatione propter nuptias neque dominium neque hypothecam tacitam habente. Erfordiae 1729.*

11) *S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 127.*



nuptias gegeben hat? Daß aber auch die *L. 29. Cod. de iure dotium* nicht von einer ausdrücklichen, sondern von einer stillschweigenden Hypothek der Frau zu verstehen sey, erhellet aus der Erklärung der Griechen. In den Basiliken <sup>12)</sup> heißt es: Γυνή καὶ συνισταμένων ἐπι τῶν γάμων, ἐὰν ἀπορον ὁρᾷ τὸν ἄνδρα, δύναται ὑπὲρ προικὸς καὶ προγαμιαίας δωρεᾶς καὶ ἐξοπλοίων διακρατῆσαι τὴν αὐτοῦ οὐσίαν ὡς ἀπὸ ὑποθήκης. Der Sinn dieser Worte ist: *Mulier, etiam constante matrimonio, si maritum videat ad inopiam deductum, pro dote, et ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis bona eius eodem iure retinere potest, ac si ista ei expresse obligata fuissent hoc nomine* <sup>13)</sup>. Diese Erklärung bestärkt noch mehr der griechische Scholiast Theodor <sup>14)</sup>, welcher zur Erläuterung hinzufügt: ὑποτεδεμένην γὰρ ἔχει (γυνή) τὴν τοῦ ἀνδρὸς οὐσίαν, ἢ ἀπὸ ἰδικοῦ συμφώνου, ἢ σύμερον καὶ σιωπηρῶς. i. e. *Obligata enim habet (mulier sc.) bona mariti, vel ex speciali conventionione, vel hodie etiam tacite*. Besteht die donatio propter nuptias in unbeweglichen Sachen, so kommt ihr auch schon während der Ehe die Reivindicatio zu statten, wenn der Mann sie veräußert haben, und dadurch ausser Stand gesetzt seyn sollte, die Lasten der Ehe ferner zu bestreiten. Denn diese Klage kommt der Frau unstreitig zu, wenn nach getrennter Ehe die donatio propter nuptias ihr Eigenthum wird <sup>15)</sup>. Nun soll sie aber vermöge der

12) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 116. pag. 593.

13) S. HEINECCI Diss. cit. Cap. I. §. 50.

14) Basilic. Tom. IV. pag. 655. Sch. g.

15) Nov. LXI. Cap. 1. verbunden mit der Not. 7. angeführten Nov. XXII. cap. 20.

L. 29. C. de iure dot. in dem Falle, da der Mann verarmt, eben die Rechte verfolgen können, welche ihr zustehen würden, *si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat*<sup>16)</sup>; nur daß sie freylich, so lange der Mann lebt, und die Ehe besteht, nichts davon veräußern darf, welches Recht ihr erst nach erfolgter wirklichen Aufhebung der Ehe zusteht<sup>17)</sup>; sondern sie soll die Früchte zu ihrem und ihres Mannes und ihrer Kinder Unterhalt verbrauchen<sup>18)</sup>. Des vollen Rechts, welches dem Ehemanne an der dos, und der Ehefrau an der donatio propter nuptias in den Ehepacten ist ausgesetzt worden, sollen sie erst nach Trennung der Ehe theilhaftig werden<sup>19)</sup>.

b) Wird die Ehe getrennt, und zwar

a) durch den Tod des Mannes; so tritt nun der Fall ein, auf welchen der Frau die donatio propter

16) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 559. heißt es: ἀλλὰ τέως μὲν λαμβάνει τὰ πράγματα, οὗτος ὥσαντι διελύθη ὁ γάμος, καὶ ἤρρωσεν αὐτῇ ἢ τῆς προικὸς ἀπαίτησις. i. e. *Sed interim res sic accipit, (mulier), quasi solutum esset matrimonium, et dotis actio ei competeret.*

17) *Nov. XXII. Cap. 20. §. 1. in fin.*

18) Die *Basilica* haben c. l. pag. 540. δι' οὐδὲν γὰρ ἕτερον λαμβάνει τὰ πράγματα ἢ γυνή, εἰ μὴ μόνον ἵνα καρποῦται, καὶ ἀποτρέφῃ ἑαυτὴν καὶ τὸν ἄνδρα καὶ τοὺς κοινούς αὐτῶν εἰ ἔχοιεν παῖδας. i. e. *Nam nullam aliam ob causam res eas mulier consequitur, quam ut fructus earum percipiat, et tam se, quam maritum, et liberos communes, si quos habet, exhibeat.*

19) *Nov. XXII. Cap. 20. §. 1.*

nuptias in den Ehepacten ist ausgesetzt worden<sup>20)</sup>. Nun erwirbt sie daran ein vollkommenes Eigenthumsrecht, und sie kann darüber, wie über ihr übriges Vermögen, von dem es nun gar nicht weiter unterschieden ist, nach Gefallen verfügen. Sie hat daher auch die völlige Freyheit die ihr dazu angewiesenen Sachen zu veräußern, oder auf den Todesfall durch Legate oder Fideicommissse Andern zu hinterlassen<sup>21)</sup>. Ob Kinder aus der Ehe vorhanden sind, oder nicht, machte hierin keinen Unterschied. Den Kindern sollte nur das verbleiben, was die Mutter bey ihrem Leben nicht consumirt noch veräußert hatte<sup>22)</sup>. Dieses verblieb ihnen aber auch nach dem Tode der Mutter, als eine Belohnung, (*γέρας ἐξαιρέτων*) wenn sie auch übrigens nicht Erben derselben geworden sind; und sind sie von der Mutter zu Erben eingesetzt, obgleich in ungleichen Theilen, so theilen sie dennoch die zur *donatio propter nuptias* gehörigen Sachen gleichheitlich unter sich<sup>23)</sup>. Dieß hat nun aber Justinian in seinen neuern Verordnungen wieder geändert, und zwar zuerst in der Novelle *XCVIII. Kap. 1.* zu Gunsten der Kinder dahin, daß die Mutter, wenn sie auch gleich im Wittwen-Stande bleibt, doch nur den lebenslänglichen Nießbrauch haben, das Eigenthum aber den Kindern erhalten werden solle. Nachher ist auch dieses wieder in der Novelle *CXXVII. Kap. 3.* dahin abgeändert worden, daß wenn die Mutter

20) *L. 29. in fin. C. de iure dot. L. 9. Cod. de pactis convent. super dote. Nov. XXII. Cap. 20. pr.*

21) *L. 29. in fin. C. de iure dot. Nov. XXII. Cap. 20. §. 1.*

22) *L. 5. §. 2. et L. 6. §. ult. Cod. de secundis nupt.*

23) *Nov. XXII. Cap. 20. §. 2.*

nicht zur andern Ehe schreitet, dieselbe ausser dem Nießbrauche, auch noch an der Proprietät des zur donatio propter nuptias ausgesetzten Vermögens einen Kindestheil erhalten solle. Es versteht sich, daß sie ihr Heyrathsgut daneben unvermindert erhält. Die donatio propter nuptias ist also ein Gewinn, welchen die Frau, ausser ihrem Heyrathsgute, aus dem Vermögen des Mannes erhält <sup>24)</sup>. Daß sich aber die Wittwe nur im Nothfalle an die donatio propter nuptias soll halten können, wenn sie ihr Heyrathsgut aus dem Vermögen des Mannes nicht wieder bekommen kann, wie einige <sup>25)</sup> lehren, ist den angeführten Gesetzen nicht gemäß.

β) Wird die Ehe durch das *divortium* aufgehoben; so erhält die Frau, wenn sie der unschuldige Theil ist, das Heyrathsgut zurück, und lucrirt auch die donatio propter nuptias. Sind aber Kinder aus der Ehe vorhanden, so soll diesen die Proprietät aufbehalten werden, und der Mutter derselben bloß der Nießbrauch zustehen <sup>26)</sup>.

Ob dieses Institut mit dem Röm. Recht auf uns gekommen sey, wird bezweifelt. Fast durchgehends be-

24) Die Griechen nennen diesen Gewinn *hypobolon*. S. HARMENOPULUS *Προχρηρ. vom.* Lib. IV. Tit. 10. und Jo. Gottfr. SAMMET. *Diatr. de hypobolo.* Lips. 1746. (in *Supplemento novi thes. Meermaniani.* pag. 575. 8qq.)

25) S. HOFACKER *Princip. iur. civ.* Tom. I. §. 478. *Martensens* Lehrbuch der Institutionen §. 356. u. a. m. Allein die *L. 18. C. de donat. ante nupt.* und die *Nov. 61. Cap. 1. §. 1.* worauf man sich beruft, sagen kein Wort davon.

26) *Nov. XXII. Cap. 50.*

hauptet man, es sey ganz auffer Gebrauch gekommen, und das Wittthum und Leibgeding an dessen Stelle getreten. Schon Cujaz<sup>27)</sup> sagte: *Donationes propter nuptias hodie sunt penitus ex usu sublatae, multum enim distant ab eo, quod *Dovarium* vocamus, quod Romano iure receptum non est. Est enim *Dovarium* ususfructus dimidiae vel tertiae partis bonorum mariti, qui uxori debetur post mortem mariti.* Und eben so sprechen die meisten deutschen Rechtsgelehrten<sup>28)</sup>. Man soll sogar die römische *donatio propter nuptias* in Deutschland gar nicht kennen, und was sich auf dieselbe bezieht, soll bey uns gar nicht anwendbar seyn<sup>29)</sup>. Doch es fehlt auch nicht an Rechtsgelehrten<sup>30)</sup>, welche behaupten, daß mit der Auf-

27) *Observation. Lib. V. Cap. 4. in fin.*

28) *Phil. Balth. GERDES Diss. de nullo vel exiguo usu donationis propt. nuptias max. iure Iustin. consideratae. Gryph. 1735. HOFFMANN Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in doctr. de donat. pr. nupt. §. 6. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVI. §. 86. HEINECCIUS Diss. de uxore Rom. per propt. N. donat. de alimentis secuta tantum. Cap. II. Exhibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 454. Mackel- den Lehrbuch der Institutionen des R. Privatrechts §. 356. oder §. 395. (der neuern Ausg.) Weber Erläuterung der Pandecten 2. Th. §. 1242. Rosshirt Grundlinien des Röm. Rechts. §. 31. S. 110. u. a.*

29) *Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 84. Schweppe Röm. Privatrecht §. 694. (der dritt. Auflage.)*

30) *Jo. Pet. a LUDEWIG Differentiae iuris. Rom. et German. in dote mariti. Halae 1721. pag. 22. sqq. Eiusdem Differentiae iuris Rom. et Germ. in dote et donatione propter nuptias. Halae 1721. Diff. VI.*

nahme der römischen Lehre von der *dos*, auch die damit in dem genauesten Verhältniß stehende *donatio propter nuptias* zur Anwendung gekommen sey. Für diese Meinung streitet nicht nur die Vermuthung, sondern sie hat auch den deutschen Sprachgebrauch für sich. Die deutschen Benennungen, *Widerlage*, *Gegengeld*, *Gegensteuer*, *Gegenvermächtniß*, *Widergift*<sup>31)</sup>, entspre-

*Jo. Ge. Estor* Observation. de iuribus quibusd. viduarum mulierum equestrum ratione amittendi vitalitii et dotalitii, item de vera ratione vocis *Leibzucht*, de donatione propter nupt. portione statutar. etc. *Marb.* 1748. Obs. VI. §. 25. *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 39. §. 16. sqq. *Jo. Frid. EISENHART* Institut. iuris germ. priv. Lib. I. Tit. 13. §. 11. *Augustinus a LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCV. *Faber.* *Kloß* von *Kreittmayr* Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bayar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. XIV. S. 274. ff. (München 1791. 8.) *Joh. Andr. Hofman* Handbuch des teutschen Eherechts. §. 99. *Car. EINERT* Diss. de donationib. propt. nuptias. Cap. 2. u. a.

- 31) Denn da das *Heyrathsgut* eine *Beylage*, *Witgift* genannt wird, so heißt die *donatio propter nuptias* eine *Widerlage*, *Widergift* und so wie *dos* die *Aussteuer*, oder *Heimsteuer*, so wird *antidos* eine *Gegensteuer* genannt. Auch das Wort *Gegenvermächtniß* setzt ein *Ehebermächtniß* voraus, worunter also hier nicht sowohl eine *dos* verstanden wird, wie *a LUDWIG* Cit. *Diff. de dote mariti.* pag. 26. behauptet, sondern vielmehr dasjenige, was die Ehefrau davon dem Manne auf den Todesfall durch den Ehebertrag aussetzt. Diesem *Ehebermächtniß* entspricht nun das *Gegenvermächtniß* vollkommen, insofern darunter dasjenige verstanden wird, was der

den sie nicht alle dem römischen Ausdruck? und die lateinischen Benennungen des Mittelalters, *antidos*, oder *contrados* sind ja offenbar Ausdrücke, welche dem Griechischen *ἀντιπέφυνη* nachgebildet worden sind. Auch das Canonische Recht kennt die römische *donatio propter nuptias*. Pabst Gregor IX. gedenkt ihrer ausdrücklich *Cap. 8. X. de donation. inter vir. et uxor.* Sane, sagt er daselbst, *soluto matrimonio, sicut dos ad mulierem, sic et donatio propter nuptias redit ad virum; nisi de consuetudine secus obtineat, vel ex pacto de lucranda dote et donatione propter nuptias, quod aequale sit tamen, hinc inde contrarium inducatur.* Und eben so Honorius III. welcher *Cap. 15. X. de foro competente* die *donatio propter nuptias* als gleichbedeutend mit *dotalitium* nimmt. Daß aber die Päbste unter dem *dotalitium* die römische *donatio propter nuptias* verstehen, erhellet noch deutlicher aus dem *cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.* wo P. Clemens III. sagt, die Weiber forderten nach dem Tode ihrer Männer ihr Heyrathsgut mit dem ihnen auf diesen Fall angewiesenen *Dotalitium* zurück; könnten aber beydes nicht zurückfordern, wenn sie durch Ehebruch die Scheidung veranlaßt hätten. Wenn freylich Cornelius Tacitus <sup>32)</sup> von unsern Vorfahren sagt: *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert;* so war diese *dos mariti* wohl keine römische *ἀντιπέφυνη*, denn diese läßt sich ohne das Einbringen einer *dos uxoris*

Mann der Frau aus seinem Vermögen auf den Todesfall eigenthümlich aussetzt. S. allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 425. u. §. 456.

32) *De morib. German. Cap. 18.*

nicht denken. Allein schon Julius Cäsar <sup>33)</sup> schreibt von den Nachbarn derselben, den Galliern: *Viri, quantas pecunias ab uxoribus DOTIS NOMINE acceperunt, tantas ex SUIS BONIS, aestimatione facta, cum dotibus communicant: — uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit*, und drückt in diesen Worten das Wesen der römischen *donatio propter nuptias* so unverkennbar aus, daß man beynahe mit Everh. Otto <sup>34)</sup> glauben sollte, die Römer hätten dieses Institut von den Galliern entlehnt. Man würde wenigstens eben so viel Grund dafür haben, als diejenigen, welche die *donatio propter nuptias* für eine bloß morgenländische Sitte halten wollen <sup>35)</sup>. Soviel ist gewiß, daß aus dem Römischen Rechte dieses Institut in die Gesetze der Westgothen übergegangen sey. In der gegenwärtigen Sammlung derselben, von welcher die beyden Könige Chindaswind und Recceswind, vielleicht in der Zeit ihrer gemeinschaftlichen Regierung (649 — 652.), unstreitig als die Urheber anzusehen sind <sup>36)</sup>, sagt ein Gesetz des Königs Chindaswind <sup>37)</sup>, wenn das Weib eben so viel dem

33) *De bello Gallico Lib. VI. Cap. 19.*

34) *Comment. ad §. 3. I. de donation. Man sehe auch Jo. Th. SZGER Disp. de alimentis viduae indotatae ex feudo debitis. (Lips. 1774.) Nr. III. et IV.*

35) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts S. 718. Z. 10. der 8. Aufl.

36) G. von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. 8. Kap. S. 65 ff. ..

37) G. Pet. GEORGISCH Corp. iuris German. antiqui pag. 1920. und von Savigny a. a. D. S. 73. Not. 67.



Mann von ihrem Brautſchatz zu geben beſchloſſen hat, als ſie von ihm dagegen verlangt; ſo könne in dieſem Falle die von dem Manne zu gebende dos auch den ſonſt geſetzlich beſtimmten zehnten Theil ſeines Vermögens gültig überſteigen. *Aut si forte, iuxta quod EX LEGIBUS ROMANIS* <sup>38)</sup> *recolimus fuisse decretum, tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi dari poposcerit*, ſind die Worte der *L. 5. Lib. III. Tit. 1. de dispositionibus nuptiarum.*

In einem Werke, welches höchſt wahrſcheinlich aus dem erſten Jahrhundert herſtammt, und unter dem Titel *Exceptiones Legum Romanorum* in den darüber vorhandenen Handſchriften einem gewiſſen *Petrus* zugeeignet wird <sup>39)</sup>, findet ſich alles, was ſelbſt das Novellenrecht, nach *Julian's* Epitome, von der *donatio propter nuptias* verordnet. Zwey Stellen ſind aus dieſem für die Geſchichte des Röm. Rechts im Mittelalter ſehr wichtigen Werke für uns beſonders merkwürdig. *Lib. 1.*

38) Der Lindenbrog'sche Codex, ſo wie auch Georgiſch Corp. J. G. A. pag. 1920. leſen zwar *iuxta quod et Legibus Romanis recolimus fuisse decretum*; allein der verſtorbene Canzler von Ludewig in *Diss. de dote mariti* pag. 25. §. 4. Not. †. hat aus einem ſehr alten Codex membranaceus, den er ſelbſt beſaß, bewieſen, daß die Leſart *iuxta quod ex Legibus Romanis*, die richtigere ſey.

39) Nähere Nachrichten von dieſem Werke giebt H. von Savigny in der Geſchichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. S. 150 — 154. Der erſte Abdruck von des *Petri Exceptiones LL. RR.* erſchien zu Straßburg 1500. 4. Es iſt auch in des H. v. Savigny Geſchichte, als Anhang zum 2. Bande, abgedruckt.

Cap. 33. und Cap. 34. In der ersten heißt es unter der Rubric *de acceptione dotis* 40).

Si quis uxorem duxerit, et dotem ab ea acceperit, vivente uxore habeat omnes fructus dotis propter onera matrimonii. Ea vero defuncta, si quidem nullos ex ea habuerit liberos, integro iure dotem retineat, id est, usumfructum et dominium, nisi sub pacto reddendi parentibus vel propinquis aut etiam heredibus dotem acceperit. Si autem ex ea filios habuerit, solum usumfructum habeat; liberi autem, ex eo matrimonio nati, proprietatem, sive ad secundas transierit nuptias, sive non. Sed tamen plus habebit, si non transeat ad alias nuptias, quia totum usumfructum dotis habebit, ut praediximus, et super usumfructum talem partem de proprietate, qualem unus liberorum; quod non habebit, si aliam duxerit uxorem, nisi solum usumfructum dotis. *Propter nuptias* vero *donatio* defuncta uxore in patrimonio mariti revertitur, et inter alias res eius computatur. *Quod diximus de dote et propter nuptias donatione in persona viri, uxore defuncta; eadem intelligenda sunt de donatione propter nuptias et dote in persona mulieris viro defuncto.*

Die andere Stelle Cap. 43. 41), welche *de dotis datione* rubricirt ist, lautet folgendermassen:

Dos potest fieri sine donatione propter nuptias, sed donatio propter nuptias non potest fieri

40) Bey Saligny 2. B. S. 312.

41) Bey Saligny S. 317.

sine dote. Sed tamen, cum dos ab uxore datur, et a viro propter nuptias donatio, et in quantitate et in pactis debent esse pares. Sed si donatio propter nuptias sit maioris quantitatis, quam dos, superfluum infirmatur, et doti coaequatur. Et similiter coaequatur, si maior quantitas in dote, quam propter nuptias donatione,

Das Vaterland dieses Buchs ist Frankreich, und zwar die Gegend von Valence, welches aus Burgundischer Herrschaft unmittelbar in Fränkische gekommen war <sup>42)</sup>. Da nun Valence und die burgundischen Länder überhaupt damals zum deutschen Reiche gehörten, und folglich mit Italien durch das gemeinsame Oberhaupt eben sowohl als von jeher durch die Nachbarschaft in vielfachem Verkehr stehen mußten <sup>43)</sup>; so erklärt sich daraus die Schlussfolge sehr natürlich, daß sogar noch vor der, erst in der Mitte des zwölften Jahrhunderts, erfolgten Wiederbelebung und Verbreitung des Justinianischen Rechts von Bologna aus, das römische Institut der donatio propter nuptias den Deutschen bekannt gewesen sey. Dieß setzen denn auch die Urkunden vollends außer Zweifel, welche Lucas D'Ucheri <sup>44)</sup> aus dem zwölften und dreizehnten Jahrhundert bekannt gemacht hat, in denen der donatio propter nuptias nach dem römischen Begriff namentlich gedacht wird. Die eine Urkunde vom J. 1109, lautet folgendermassen:

42) Denn das Werk ist nach der Vorrede dem Odilo Valentiae civitatis Magistro magifico zugeeignet. S. von Savigny S. 155. Not. 146.

43) S. v. Savigny S. 146.

44) Spicileg. Tom. VIII. pag. 165 et 259.

*Ego* GUILLELMUS *trado filiam meam filio vestro, et dabo filio vestro in* DOTE *cum filia mea centum marcas et ccc. Et ego* BERTRANDUS *et* ADALEIZ *recipimus filiam tuam et post quatuor annos dabimus filio nostro in uxorem, et dabimus filiae tuae in* DONATIONEM PROPTER NUPTIAS *sive in* SPONSALITIO <sup>45)</sup> *suo omnem terram, quam habemus et ccc. Ita nos Deus adiuvet et haec sancta Dei evangelia.*

Die andere Urkunde vom Jahre 1299. ist folgenden Inhalts:

*Ego* SAURA *vos* PETRUM *de Pinosio in legalem maritum habere cupio meque ipsam vobis trado in legalem uxorem. Dono et constituo vobis in* DOTE *quatuor millia librarum etc. Simili modo ego* PETRUS *de Pinosio cupio vos dictam SAURAM in legalem uxorem habere et me ipsum in legalem maritum vobis trado. Confiteor, me recepisse quatuor millia librarum et renuntio exceptioni p. n. n. et dictae dotis non acceptae. Ego vero dono et constituo vobis de meo in* DONATIONEM PROPTER NUPTIAS *quatuor millia librarum. Ego et vos habeamus et teneamus. ET SI VOS DICTA UXOR MIHI SUPERVIXERITIS, HABEBITIS ET DOTE ET DONATIONEM PROPTER NUPTIAS. Actum 1299.*

Wie gewöhnlich dergleichen Eheverträge über Bestellung eines Heyrathsguts und Widerlage unter den Deut-

45) Der Ausdruck *sponsalium* für *donatio propter nuptias*, besonders, wenn letztere noch vor der Ehe bestellt wurde, ist in den Urkunden des Mittelalters sehr gewöhnlich. *E. Car. du FRESNE* Glossar. ad scriptor. mediae et infirmae Latinitat. Tom. II. voc. *Sponsalium*.

ſchen geweſen, beweifen die Beyſpiele bey Myler von Ehrenbach <sup>46)</sup>, Pufendorf <sup>47)</sup>, und Struben <sup>48)</sup>.

Kein Wunder iſt es alſo, wenn dieſes Inſtitut auch in die neuern deutſchen Geſetzgebungen übergegangen iſt. In dem Baieriſchen Landrechte 1. Th. 6. Cap. §. 14. heißt es ganz römisch:

„Was die Ehefrau in Anſehung des Heyrathsguts von ihrem Mann oder ſtatt ſeiner von Andern mit oder auch ohne ſeinem Vorwiſſen erlangt, das iſt und heißt die Wiederlag, oder Gegenvermächtniß, (*Contrados, vel Donatio propter nuptias*) wozu auch nicht nur der Mann ſelbſt, ſondern, da er etwann nicht ſo viel in Vermögen hat, ſein leiblicher Vater, Großvater oder Mutter, jedoch andergeſtalt nicht, als in dem Maaß, wie oben (§. 13.) von dem Heyrathsgute verordnet worden, verbunden iſt.“

Nur darin weicht es von dem römischen Rechte ab, daß die Wiederlage dem Heyrathsgute nicht immer nothwendig gleich ſeyn müſſe, ſondern mehr oder weniger bedungen werden könne, jedoch in Ermanglung förmlicher Ehepacten, der Ehefrau wenigſtens ſoviel, als das Heyrathsgut beträgt, zur *contrados* werden müſſe. Sie kann auch ohne wirklich eingebrachtes Heyrathsgut niemals beſtehen. Wird die Ehe durch den Tod getrennt, ſo nimmt die überlebende Frau das Heyrathsgut wieder zurück, und die Wiederlage genießt ſie lebenslänglich, ſtirbt

46) *Gamolog.* Cap. X. §. 2 — 5.

47) *Observat. iur. univ.* Tom. II. Obs. 39. §. 21.

48) *Nebenſtunden.* 5. Th. Abh. 37.

aber vor dem Mann, so nimmt dieser die Wiederlage zurück, und genießt das Heyrathsgut lebenslänglich gegen Leistung genugsamer Caution.

Nach dem Preussischen Landrechte hingegen wird das Gegenvermächtniß nach dem Tode des Mannes ein freies und unwiederrufliches Eigenthum der Frau, und wird, wenn die Summe desselben im Vertrage nicht bestimmt ist, dem Ehevermächtniß gleichgesetzt, wofern nicht die Absicht der Contrahenten, daß dasselbe mit dem Eingebrachten im Verhältniß stehen solle, aus der Fassung des Vertrags und den Umständen ersichtlich ist, in welchem Falle es auf die Hälfte des Eingebrachten festzusetzen ist<sup>49)</sup>. Uebrigens wird vom Gegenvermächtniß das Leibgeding und Witthum ausdrücklich unterschieden. Was nämlich der Mann der Frau aus seinem Vermögen, in Ansehung desjenigen, was sie ihm aus ihrem Vermögen auf den Todesfall ausgesetzt hat, (Ehevermächtniß) gegenseitig auf diesen Fall eigenthümlich aussetzt, wird das Gegenvermächtniß genennt. Wird der Frau nur der Nießbrauch gewisser Güter oder Capitalien angewiesen, so wird es ein Leibgeding; die jährliche Summe hingegen, die der Frau aus dem Nachlasse des Mannes zu ihrem Unterhalte während des Wittwenstandes ausgesetzt worden, ein Witthum genennt<sup>50)</sup>.

Eben so wird in dem Sächsischen Recht das Gegenvermächtniß vom Leibgedinge unterscheiden<sup>51)</sup>

49) Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 456. 459. 460. und §. 469.

50) Pr. Landrecht §. 456—458.

51) *Const. Elect. Saxon. XXVIII. P. I. S. EINERT*  
Diss. cit. de donat. propt. nupt. Cap. III. §. 17—19.

und der donatio propter nuptias namentlich gedacht <sup>52)</sup>).

Aus allem ergibt sich soviel, daß die Meinungen der heutigen Rechtsgelehrten von der Anwendbarkeit des Röm. Rechts in Ansehung dieses Instituts davon abhängen, was sie sich für einen Begriff von der donatio propter nuptias machen; und da überhaupt dabey alles auf Verträgen beruhet, so ist gar nicht abzusehen, warum das Röm. Recht hier nicht mehr gelten solle, so weit es durch die deutschen Gesetze nicht abgeändert worden ist. Man behauptet jedoch, daß heut zu Tage die donatio propter nuptias nicht mehr mit der dos in gleichem Verhältniß zu stehen brauche, sondern auch mehr oder weniger, als diese, betragen könne <sup>53)</sup>. Der Frau soll auch wegen derselben keine gesetzliche Hypothek mehr zustehen, sie soll auch als Wittwe nur den Nießbrauch davon haben <sup>54)</sup>. Allein nicht alle Rechtsgelehrten stimmen hierin überein <sup>55)</sup>.

#### §. 1243.

Deutsches Wittum, Leibzucht, Leibgeding, *Vidualitium*, *vitalitium*, *dotalitium*.

Verschieden von der römischen donatio propter nuptias, ist das deutsche Wittum, Leibzucht, Leib-

52) *Const. Elect. Saxon.* XVI. P. II. *Einert Diss.* §. 20.

53) BERGER *Oecon. iuris* Lib. I. Tit. 5. Th. 12. et ad *Eundem* HAUBOLD *Not. m.* Tom. I. pag. 148. LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Spec. CCCV. *medit.* 5. PUFENDORF c. 1. §. 25.

54) PUFENDORF T. II. *Obs.* 59. §. 21 et 27. HAUBOLD ad *Bergerum* c. 1.

55) LUDWIG *de dote mariti* pag. 29. §. 9. *Preittmayer* *Anmerkung über den Cod. Maximil. civ.* 1. Th. 6. Kap. §. 14. S. 275 ff.

geding. Dieses leitet seinen Ursprung von der alten *dos germanica* her <sup>56</sup>). Es ist nämlich aus den Nachrichten des Tacitus <sup>57</sup>) bekannt, daß bey den alten Deutschen der Mann die Frau auszustatten pflegte. Diese *dos* bestellte der Bräutigam seiner Braut am Tage der Verhehlung, um ihr dadurch zugleich auf den Fall des künftigen Wittwenstandes eine Versorgung zu verschaffen. Daher hieß dieselbe bey den alten Deutschen *Wit hem*, *Widem*, *Widum*, Benennungen, welche aus dem Angelsächsischen *Wituma* abstammen, und soviel als *dos* bedeuten <sup>58</sup>). Eben diese Bedeutung hat das altdeutsche Wort *Wedem*; so wie die davon abstammenden Wörter *wedemen* oder *bewedemen* soviel als *ausstatten* oder *dotiren* heißen, welche in den alten niedersächsischen und andern Urkunden sehr oft vorkommen <sup>59</sup>). Hierher gehört

56) S. Joh. Ad. Ropp's Proben des deutschen Lehnrechts. Nr. V. S. 187. von Vermidung der Lehngüter. Nic. Hieron. GUNDLING Exerc. de emtione uxorum, dote, et morgengaba. Cap. 2. (in Exercitat. iunctim editis Nr. XII.) und Ge. Christ. GEBAUER de dote vet. Germanor. in Eius vestigiis iuris German. antiquissimi. (Goett. 1766.) Dissertat. VII. pag. 217 sqq.

57) De morib. Germ. Cap. 18. Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert, nicht affert, wie GEBAUER cit. Diss. pag. 259. bemerkt. *Affert enim, qui rem praesentem dat, sed offert maritus dotem, id est, in casum futurum incertum, nimirum viduitatis, pollicetur uxori, unde post eius mortem se exhibere possit.*

58) C. SCHILTER Thes. antiquitat. teutonicar. Tom. III. pag. 881. GRUPEN de Uxore Theodisca pag. 44.

59) S. Phil. Bith. Gerken vermischte Abhandlungen aus dem Lehn- und Teutschen Rechte. 1. Th. Nr. 1. S. 4. S. g. f. und Laur. de WESTENRIEDER Glossarium Germanico-latin. Tom. I. voc. *Widum*, *Witum*.



auch das altdeutsche Wort Wette, welches Theils die Bedeutung von dos, Theils von vinculum matrimonii hat; daher wetten auch soviel heißt, als heyrathen, sich ehelich verbinden <sup>60</sup>). Der Widem, oder Widum, oder Wittum war also die eigentliche und wahre Ausstattung bey den alten Deutschen, es war die dos germanica, welche der Mann seiner Frau gab. Man unterschied davon das Wittemon, worunter man das pretium nuptiale verstand, womit die alten Deutschen ihre Weiber gleichsam von ihren Eltern und Verwandten zu kaufen pflegten <sup>61</sup>). Daher wird in den deutschen Urkunden das Wort kaufen häufig für Heyrathen gebraucht <sup>62</sup>). An der dem deutschen Weibe von dem Manne angewiesenen dos oder Widum erlangte um dasselbe entweder mit dem Besitz ein vollkommenes Eigenthum, so daß die Wittwe darüber nach Gefallen verfügen, und auch solches veräußern konnte; oder sie hatte bloß den Nießbrauch davon, den Widem selbst aber mußte sie nach ihrem Tode den mit dem verstorbenen Ehemanne erzeugten Kindern, oder seinen Verwandten hinterlassen, so wie es in den Ehepacten

60) S. WACHTER Glossar. German. voc. *Wette*, *wetten*, *Widum*. Mit Recht bemerkt Wächter, daß das Wort *Widum* oder *Wittum* nicht von dem Wort *Wittwe* abzuleiten sey. Non enim est viduitas, sagt er pag. 1896. sed revera idem, quod *widum*, dos, quae datur a marito. Daher heißt auch die dos ecclesiae Pfarrwidum. S. WESTENRIEDER c. I. pag. 673.

61) S. WACHTER Glossar. voc. *Wittemon*. und GUNDLING libell. de emtione uxorum. Cap. I. §. 20. sqq.

62) S. Ropp's Proben des deutschen Lehnrchts S. 190.  
Glücks Erläut. d. Pand. 25. Th. F

war festgesetzt worden <sup>63)</sup>. Der Grund, warum der Mann für den standesmäßigen Unterhalt seiner Wittwe sorgen mußte, war, weil die Töchter bey den alten Deutschen an der väterlichen Erbschaft, die gewöhnlich in unbeweglichen Gütern bestand, keinen Antheil nahmen, sondern von den Söhnen oder männlichen Erben ausgeschlossen wurden <sup>64)</sup>. Diese alte deutsche Ausstattungsart oder Verwidmung der Weiber, welche bloß die standesmäßige Versorgung derselben nach der Männer Tode zum Zweck hatte, hat sich lange Zeit, auch noch nach dem Abgange des Carolingischen Mannstammes unter den sächsischen Kaisern in Gebrauche erhalten, wie die von Heineccius <sup>65)</sup> und Kopp <sup>66)</sup> angeführten Beispiele beweisen <sup>67)</sup>. Nachdem aber in der Folge mit Einführung des Röm. en Rechts in Deutschland auch die Grundsätze desselben von der Dotirung und Erbfolge der Töchter den Deutschen bekannt wurden; so verschwand allmählig jenes alte deutsche Widum oder Wittum, weil nun die Wittwe, welche nach getrennter Ehe ihr Heyrathsgut zu

63) S. Kopp von Verwidmung der Lehngüter §. 5. in den Proben des deutschen Lehnrechts S. 200 ff.

64) S. Fried. Christoph. Jonath. Fischer's Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge (Mannheim 1778.) 1. Band 9. Hptst. 1. Abschn. S. 196. ff.

65) Elem. iuris Germ. Tom. I. §. 249. sqq.

66) Angef. Abhandl. §. 6. u. 7. in desselben Proben des teutschen Lehnrechts S. 206 ff.

67) Noch in dem Senkenberg. Kaiserrechte Th. 2. Cap. 98. (in Corp. iuris Germ. publ. et priv. cur. Hoenig de Hoenigsthal Tom. I. S. 67). geschieht des Wedemens Erwähnung.

rückerhielt, sich selbst ihren Unterhalt verschaffen konnte. Romanisirende Rechtsgelehrte mischten nun die Grundsätze von der römischen *donatio propter nuptias* mit ein, wodurch die alten deutschen Sitten eine große Veränderung erlitten. Nun nahm man bey der Bestimmung des Wittums auf das eingebrachte Heyrathsgut Rücksicht, und so trat an die Stelle des alten deutschen Wittums, das *dotalitium*, Leibgeding, Leibzucht<sup>68)</sup>. Es werden darunter diejenigen Einkünfte verstanden, welche einer Wittwe auf den Todesfall ihres Mannes aus denselben Gütern, in Rücksicht ihres eingebrachten Heyrathsguts, welches sie dann nicht wieder zurückerfordern kann, zu ihrem standesmäßigen Unterhalte ausgesetzt sind. Dennoch erhielt sich auch noch nach Einführung des Röm. Rechts in Deutschland der Gebrauch der alten deutschen Ausstattung oder Wittens in den adelichen und fürstlichen Häusern, wie die von Ropp<sup>69)</sup> angeführten Beispiele beweisen. Denn da die Güter derselben größtentheils in Grundstücken bestanden, die nicht außer der Familie veräußert werden durften, und man daher nicht für rathsam hielt, die Töchter an der Erbfolge in die Güter der Eltern Antheil nehmen zu lassen, so mußten die Frauen, wenn sie auch

68) *Christph. Henr. de BERGER Selecta iuris dotalitii capita Vitemb. 1725. Henr. NETTELBLADT lib. sing. de dotalitio e legibus et morib. Germanor. Rostoch. et Wismar. 1746. 4. Phil. Wilh. Gerden vermischte Abhandlungen aus dem Lehn- und deutschen Rechte. 1. Th. Nr. I. Henr. God. BAUER Quaedam de dotalitio eiusque ob adulterium amissione. Lipsiae 1784. und Johann Andr. Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts S. 96.*

69) Proben des teutschen Lehnrechts S. 212 ff.

allenfalls ein geringes Heyrathsgut dem Mann zubrachten, doch hauptsächlich auf die Versorgung rechnen, die sie von ihren Männern aus den Allodial- oder Lehngütern zum standesmäßigen Unterhalte auf den Fall des künftigen Wittwenstandes erhielten<sup>70)</sup>. Dahingegen war bey den Personen bürgerlichen Standes mehr das Römische Recht im Gebrauche. Nun machte man also einen Unterschied zwischen Witthum, *vidualitium*, *vitalitium*, *viduivium*, und Leibgeding, Leibzucht, *dotalitium*. Beydes hat standesmäßige Versorgung der Weiber im Wittwenstande zum Zweck, daher werden auch die Ausdrücke Witthum und Leibgeding, *vidualitium* und *dotalitium* in den Urkunden und deutschen Gesetzen sehr häufig, als gleichbedeutend, genommen. Allein im eigentlichen Sinn unterscheiden sie sich darin von einander, daß das *dotalitium* oder Leibgeding das Einbringen eines Brautschazes voraussetzt, in dessen Rücksicht und zu dessen Vergeltung dasselbe bestellt wird, und nach dessen Verhältnis solches seine Bestimmung erhält. Daher pflegt es auch ein Gegenvermächtniß genannt, und häufig mit der römischen *donatio propter nuptias* verwechselt zu werden; dahingegen der eigentliche Witthum *vidualitium*, ohne Rücksicht eines eingebrachten Heyrathsguts der Frau, zu einem standesmäßigen Unterhalt derselben im Wittwenstande ausgesetzt wird, welches also der Wittwe gebührt, sie mag einen Brautschaz eingebracht haben, oder

70) S. Jo. Th. SEGER Diss. de alimentis viduae indotatae ex feudo debitis. Lips. 1774. Jo. Paul Ferd. SCHROETER Diss. de dote ex feudo praestanda. Vitemb. 1775. und Christ. RAU Comment. de feudo dotalitii Lips. 1776.

nicht<sup>71)</sup>. Hieraus ergibt sich ein zweyter Unterschied; nämlich da der eigentliche Wittthum oder *vidualitium* gar keine Beziehung auf ein eingebrachtes Heyrathsgut hat, so erhält hier immer die Wittwe ihren Brautscatz nach getrennter Ehe zurück, welcher hingegen bey dem eigentlichen Leibgeding oder *dotalitium* in den Gütern des Mannes verbleibt<sup>72)</sup>. Denn es hat, seiner wesentlichen Eigenschaft nach, einen wahren Leibrenten-Kauf zum Grunde. Es tritt hier die bekannte Parömie ein: Leibsgut schwindet Hauptgut, *dotalitium absorbet dotem*<sup>73)</sup>. Ein dritter Unterschied besteht darin, daß der Wittthum bloß auf den Wittwenstand beschränkt ist, und durch Eingehung einer zweyten Ehe verlohren wird<sup>74)</sup>;

71) PUFENDORF *Observation iuris univ.* Tom. I. Obs. 22. HOMMEL *Rhapsod. Quaestion for.* Vol. III. Obs. 479. nr. 7. pag. 131. sq. Hoffmanns *Handbuch des teutschen Eherechts.* §. 97. Danz *Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts.* 6. B. §. 596—599.

72) Struben's *Nebensünden* 5. Th. Abh. 37. PUFENDORF *Observat. iur. univ.* Tom. III. Obs. 120. NETTELBLADT *de dotalitio* §. 37. Ge. Ludw. Böhmers *auserlesene Rechtsfälle* 1. Bandes 2. Abth. Nr. 53. S. 451. ff. *Runde Grdsf. des deutsch. Privatrechts* §. 596. Danz *a. a. D.* §. 596. S. 548.

73) S. Johann Friedrich Eisenharts *Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern* 2. Abth. Nr. XXIII. S. 143. ff. der vermehrten Ausg. Leipzig. 1792. *Tob. Jac. REINHARTH Select. Observat. ad Christinaei Decision.* Vol. I. Obs. 40. und *Jo. Ad. Th. KIND Prolus. de iurisprudencia Germanorum paroemiaca.* Lips. 1776. §. 14.

74) *Jo. Aug. Hieron. THALWITZER Diss. de vidualitio ad*

dahingegen das Leibgeding sich in der Regel erst mit dem Tode endiget, und daher wegen einer zweyten Ehe nicht aufhört<sup>75)</sup>. Da der Wittum ein reiner Gewinn für die Wittwe ist, weil er mit dem Heyrathsgute in gar keiner Beziehung steht, so kommt ihr wegen desselben eben so wenig ein stillschweigendes Pfandrecht, als sonst ein Vorzugsrecht zu<sup>76)</sup>. Sie kann zu ihrer Sicherheit nur

statum viduitatis adstricto. *Vitemb.* 1791. Danz a. a. D. §. 598. Nr. VII. S. 557. f.

75) Schon der Name Leibgeding spricht dafür. Denn das Wort Leib, oder wie es ehemals ausgesprochen wurde, Lib bedeutet soviel, als Leben. S. SCHILTER Thes. Antiquitat. Teuton. Tom. III. pag. 538. Es ist also Etwas, was zeitlebens gelten soll. Gleichwohl ist ganz anderer Meinung Jo. Ge. ESTOR in libello de dotalitio propter secundas nuptias cessante. Edit. III. auct. et emendat. *Jenae* 1758. 4. Allein schon längst ist diese Meinung widerlegt von GERDEN in den vermischten Abhandlungen aus dem Lehn- u. deutsch. R. 1. Th. Nr. I. und Chr. Henr. BREUNING Progr. de dotalitio ob secundas nuptias non cessante. *Lipsiae* 1754. Man vergleiche auch FISCHERS Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge. 1. B. 9. Hptst. 1. Abschn. S. 199. und HOFFMANN'S Handbuch des teutschen Eherechts. §. 104. Doch kann nach einzelnen Particularrechten oder Verträgen auch zuweilen eine Ausnahme Statt finden, wie die Beyspiele bey ESTOR cit. lib. Cap. 5. beweisen. Verliert aber die Wittwe durch die zweyte Ehe ihr dotalitium, so muß ihr billig auch ihr Heyrathsgut wieder zurückgegeben werden.

76) Danz Handbuch a. a. D. §. 598. Nr. VI. S. 557. Runde Grds. des allgem. deutsch. Privatrechts §. 598. de SELCHOW Elem. iuris Germ. priv. hod. §. 455. Ein Anders ist, wenn das Particularrecht der Wittwe

ein Retentionsrecht an dem Nachlaß ihres Mannes ausüben <sup>77)</sup>; aber auch dieses hilft ihr nichts, wenn nach dem Tode des Mannes über das Vermögen desselben ein Concurß entsteht; der Wittwe bleibt in diesem Falle nichts übrig, als ihr Eingebrahtes zurückzufordern <sup>78)</sup>. Ganz anders verhält sich's mit dem Leibgeding. Dieses ist, als ein Surrogat des Heyrathsguts, mit allen Rechten und Vorzügen desselben verbunden <sup>79)</sup>. Die Größe sowohl in Ansehung des Wittums als Leibgedings hängt entweder von vertragmäßiger Uebereinkunft, oder von gesetzlicher Bestimmung ab; jedoch besteht das

eine Hypothek giebt, oder ihr in den Ehepacten ein Pfandrecht bestellt worden ist. S. a PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 22. §. 5.

77) NETTELBLADT de dotalitio §. 41. SELCHOW c. 1.

78) NETTELBLADT de dotalitio Sect. III. §. 56. *Christ. Gottl. HAUBOLD* Diss. de dotalitio necessario, conturbata re mariti familiari non exigendo. Lipsiae 1797. 4. Nach particulären Rechten kann jedoch zuweilen eine Ausnahme Statt finden. Das sächsische Recht z. B. unterscheidet zwischen dem gesetzlichen oder nothwendigen, und dem vertragmäßigen Leibgeding. Nur der Anspruch auf das erstere fällt weg, wenn der Mann in Concurß verfällt, das letztere aber kann auch aus dem Concurse des Mannes gefordert werden. S. DANZ. Handb. 6. B. 597. Nro. VI. S. 354. f. Auch nach dem Bremischen Ritterrechte wird die Wittwe mit ihrem Leibgeding beim Concurse der Gläubiger an dem ihr angewiesenen Orte locirt. S. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 120. §. 6.

79) MEVIUS P. I. Decis. 175. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 488. Kunde Erbs. des deutschen Privatrechts. §. 596. DANZ Handbuch 6. B. §. 596. Nr. III.

Leibgeding gewöhnlich nach dem durch das Herkommen bestimmten Maßstabe in zweyfachen Zinsen des Heyrathsgutes<sup>80)</sup>. Es kann aber auch wohl der Wittwe noch ein größeres Quantum zum Leibgedinge ausgesetzt werden, wenn nur dadurch das geschliche Erbrecht der Kinder nicht geschmälert wird<sup>81)</sup>.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn der Wittwe zu ihrem Witthum oder Leibgeding der Nießbrauch eines Grundstücks angewiesen worden ist, dieselbe zu einer solchen Sicherheitsleistung, welche sonst ein Usufructuar nach dem römischen Rechte bestellen muß, nach deutschem Rechte nicht verbunden sey, wie auch nach dem Gerichtsgebrauche keinem Zweifel unterworfen ist<sup>82)</sup>. Denn das Recht der

80) Runde Erbs. des deutsch. Privatr. §. 596. Danz Handbuch s. 596. Nr. VII. besonders *Car. Henr. MOELLER* Us. pract. Distinction. feudal. Cap. XXI. Dist. 5.

81) PUFENDORF *Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 81.* Daß auch die Verordnung der *L. 6. C. de secund. nupt.* bey dem einer Stiefmutter verschriebenen Witthum Anwendung finde, und der Betrag desselben den Erbtheil nicht übersteigen dürfe, der dem am mindesten bedachten Kinde erster Ehe zufällt, ist in *Fried. von Bülow* und *Theob. Hagemann's* practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. B. Erört. XXXVIII. S. 227 — 229. gründlich ausgeführt worden. Daß noch weniger der Pflichttheil der Kinder dadurch verkürzt werden dürfe, versteht sich von selbst. Die Praxis giebt den Kindern die *querela inofficiosi vidualitii* oder *dotalitii*. S. von *Kreittmayr's* Anmerkungen über den *Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. XV. Nr. 6.* S. 284. (München 1791. 8.)

82) *Ge. Frid. DEINLIN* *Diss. de vidua vasalli ab usu-*



Wittve ist nicht nach der rechtlichen Natur eines römischen Nießbrauchs, sondern als ein deutsches Leibzuchtörecht zu betrachten<sup>83)</sup>. Jedoch können auch hier die deutschen Particularrechte zuweilen ein Anders verordnen<sup>84)</sup>.

fructuaria cautione intuitu dotalitii immuni. *Altorf.*  
1755. BERGER *Selecta iuris dotalitii capita.* §. 34.  
NETTELBLADT *de dotalitio* §. 42. EISENHART *Institut.*  
*iuris germ. priv. Lib. I. Tit. 16. §. 13.* HOFACKER  
*Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 489.* *Kunde*  
*Grds. des d. PrivatR. §. 599.*

83) *Ern. Mart.* CHLADENIUS *ius viduae doaria an sit merus*  
*ususfructus? Viteb. 1751.*

84) C. von Kreittmayr *Anmerkungen über den Cod.*  
*Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. XV. Nr. 8.*  
*S. 286.*

## Lib. XXIII. Tit. IV.

## De pactis dotalibus.

## §. 1244.

Römischer und heutiger Begriff von Ehepacten? Sind *pacta dotalia* und *nuptialia* unterschieden? Unterschied zwischen den römischen *pacta dotalia* und den deutschen Ehestiftungen.

Vorzüglich wegen der *dos* und der *donatio propter nuptias* pflegten bey den Römern besondere Verträge, gewöhnlich noch vor Schließung der Ehe, errichtet zu werden, wodurch die Rechte, welche in Ansehung derselben sowohl auf den Fall der Eingehung, als künftigen Trennung der Ehe Statt haben sollten, bestimmt wurden<sup>85)</sup>; obwohl

85) L. 17. D. h. t. L. 19. Cod. de donat. ante nupt. L. 9. et L. 10. Cod. de pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias. L. 3. C. de dote cauta. G. Franc. DUARENUS in Tit. Dig. Solutio matrimon. dos quemadm. petat. Commentar. de pactis dotalibus. Opp. pag. 253. und Barn. BRISSONIVS de formulis et solennibus. Pop. Rom. verbis. Lib. VI. cap. 151 — cap. 156.

dieselben auch eben so gut noch nach vollzogener Ehe errichtet werden konnten, wenn gleich deswegen vorher keine Verabredung war getroffen worden <sup>86)</sup>. Solche Verträge werden in den Gesetzen *pacta dotalia*, so wie die darüber errichteten Urkunden, *instrumenta dotalia* oder *nuptialia* genannt <sup>87)</sup>. Mehrere Rechtsgelehrten <sup>88)</sup> wollen davon die *pacta nuptialia* unterscheiden, und darunter entweder diejenigen Verträge verstehen, welche bloß über persönliche Verhältnisse der Ehegatten geschlossen wurden; oder sie glauben wenigstens, *pacta nuptialia* sey der allgemeine Name der Eheverträge, insofern darunter alle Verträge begriffen sind, wodurch die Rechte der Ehegatten, welche sowohl während der Ehe, als nach deren erfolgten Aufhebung Statt finden sollen, bestimmt

86) *L. 1. pr. D. h. t. JAVOLENUS lib. IV. ex Cassio. Pascisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet. Add. L. 12. §. 1. L. 28. D. eodem. L. 22. §. 8. D. Solutio matrimon.*

87) *Jo. Pet. FONTANELLA de pactis nuptialibus seu capitulis matrimonialibus. Genevae 1659. f. Andr. KOHL. Tractationes duae, prior de pactis dotalibus, altera de successione coniugum. Frfti ad Moen. 1731. 4. Jo. Ott. TABOR Paratitl. ad Tit. Dig. de pact. dot. subjecta omnium legum expositione (in Operib.) Abr. a WESEL de connubiali bonor. societate et pactis dotalibus. Colon. Agrip. 1720. 4. Sam. Frid. WILLENBERG Tract. synopt. de pactis antenuptialibus. Gedani 1727. rec. Jenae 1730. 4.*

88) *VINNIUS Comm. ad §. ult. I. de nupt. nr. 4. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 476. Christ. Aug. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 422. Not. a. Madelbey Lehrb. der Institutionen §. 558.*

werden, so daß die *pacta dotalia*, welche bey den Römern den Brautschatz und das Gegenvermächtniß zum Gegenstande hatten, nur als eine Art derselben zu betrachten wären. Allein die Gesetze unterscheiden eben so wenig zwischen *pacta dotalia* und *nuptialia*, als zwischen *instrumenta dotalia* und *nuptialia*<sup>89)</sup>. Diese Eheverträge betrafen nun theils die Bestellung einer *dos* oder *donatio propter nuptias*<sup>90)</sup>, theils die Vermehrung derselben<sup>91)</sup> theils die Restitution<sup>92)</sup>, theils die Retention<sup>93)</sup>. Sie konnten aber

89) §. 13. *I. de nupt.* §. 2. *I. de hereditat. quae ab intest. defer.* L. 65. *D. de iudic.* L. 48. *D. Solutio matrim.* L. 5. L. 10. L. 11. *Cod. de naturalib. lib.* In der *Nov. LXXIV. Cap. 4. §. 1. et 2.* werden die *instrumenta dotis et donationis propter nuptias* ausdrücklich *nuptialia* (γάμων συμβόλαια) genannt. S. Ge. JORDENS Diss. II. de legitimatione (*Traj. ad Rhen.* 1743.) Cap. III. (in *Dan. FELLEBERG Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 422. sqq.) und Schweppe Röm. Pri- vatrecht §. 696. der 5. Ausg.

90) L. 19. *C. de donat. ante nupt.* L. 4. L. 10. L. 11. L. 12. §. 1. et 2. L. 20. §. ult. L. 21. L. 28. *D. h. t.* L. 60. §. 3. *D. Mandati.*

91) L. 19. *C. de donat. ante nupt.*

92) L. 9. L. 14. 15. 16. 17. 18. 19. L. 23. L. 26. §. 2. et 4. L. 32. *D. h. t.* In den römischen Eheverträgen wurde hier auch die Formel *dotem dari* für *dotem reddi* gebraucht. L. 26. §. ult. *D. h. t.* L. 40. L. 56. *D. Solutio matrim.* S. BRISSENIUS de formulis et solenn. P. R. verbis Lib. VI. cap. 31. Auch wurden die Ausdrücke *dotem reddi restituique* mit einander verbunden. L. 45. *D. Solutio matrim.*

93) L. 2. L. 12. L. 24. L. 51. *D. h. t.* L. 48. *D. Solutio matr.* L. 20. *D. de religiosis.* L. 6. *Cod. de pactis convent.* S. BRISSON. c. pag. 152.

auch die Parapherna der Frau zum Gegenstande haben<sup>94)</sup>, so wie sich denn die Ehegatten in den Dotalpacten noch sonst Etwas ausbedingen konnten, soweit es den Gesetzen nicht zuwider war. Die Frau konnte z. B. eine Geldstrafe auf den Fall bedingen, wenn der Mann den Umgang mit seiner gewesenen Concubine noch während der Ehe fortsetzen würde<sup>95)</sup>. Nur über die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten konnte in den Eheverträgen nichts gültig verfügt werden<sup>96)</sup>. Jedoch ist dieses nur so zu verstehen, daß darin keine Universalsuccession unter den Ehegatten bestimmt werden konnte, weil nach dem Röm. Recht überhaupt keine Erbfolge durch Verträge auf eine unwiederrufliche Art festgesetzt werden konnte<sup>97)</sup>. Auf die *dos* und die *donatio*

94) *L. ult. Cod. de pactis convent.*

95) *L. 121. §. 1. D. de Verbor. Obligat.* S. DONELLUS *Comm. ad h. L.* und BRISSONIUS *c. l. cap. 156.*

96) *L. 5. Cod. de pactis convent.* *Impp. DIOCLET. et MAXIM.* *Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata: intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur.* Eben so ungültig war es nach dem Röm. Recht, wenn in dem instrumento dotali war bedungen worden, daß die Tochter durch den ihr mitgegebenen Brautschlag wegen der künftigen väterlichen Erbschaft abgefunden seyn solle. *L. ult. D. de suis et legitim. hered. L. 5 Cod. de collationib.* S. OSII AURELII *Diss. de pacto dotalibus instrumentis adjecto, ne puella, quam pater aut cognatus elocat, patri vel cognato succedat.* (in MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VII. pag. 859. sqq.)

97) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 540.

propter nuptias, als die Hauptgegenstände der römischen Dotalverträge, bezog sich dieses nicht. In Ansehung derselben war der Vertrag gültig, daß dem Manne nach dem Tode der Frau die dos, so wie der Frau, wenn sie den Mann überleben würde, die donatio propter nuptias verbleiben solle <sup>98</sup>). Von weit größerem Umfange ist die Gültigkeit der heutigen Eheverträge. Es werden nämlich darunter diejenigen Verträge verstanden, welche das rechtliche Verhältniß bestimmen, das unter den Eheleuten, sowohl während der Ehe, als nach deren Wiederaufhebung, Statt finden soll <sup>99</sup>). Sie werden Ehepacten, Eheberedungen, Ehestiftungen, Ehezärter <sup>100</sup>), Heyrathsnotel, Hillich, Ehe

98) *L. 12. pr. L. 24. L. 26. pr. et §. 1. D. h. t. L. 6. L. 9. Cod. de pactis convent.* S. PUFENDORF *Observation. iuris univ.* Tom. III. Obs. 116. §. 1. et 2. Die Erwerbung der dos aus den Ehepacten wurde für keine Erbschaft gehalten. *L. 72. D. de iure dot. L. 27. Cod. eodem.*

99) *Aug. de BALTHASAR Diss. I. et II. de praerogativa iuris Germ. prae Romano in materia pactorum dotalium. Gryph. 1759. Franc. Just. KORTHOLT diss. de pactis dotalibus secundum ius commune et statut. Francofurt. Giessae 1768. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCVII — CCCX. Runde Erbf. des allgem. deutschen Privatrechts §. 566. — §. 571. Danz Handb. des deutsch. Privatrechts 6. B. §. 566. ff. S. 168 — 190. Lud. Fried. Griesinger's Commentar über das Wirtemb. Landrecht 2. B. S. 226 — 254.*

100) Von Zarta oder Zarter, welches soviel, als charta heißt, ein Brief; also Ehezärter ein Heyrathsbrief. S. *Laur. de WESTENRIEDER Glossar. Germanico — latinum* Tom. I. voc. *Zarter.* pag. 684.

briefe, Brautlaufsbriefe, Heyrathsbriefe, Ehegeding, Eheberathung genennt. Gewöhnlich gehen auch diese der wirklichen Vollziehung der Ehe voraus <sup>1)</sup>, es hat indessen keinen Zweifel, daß sie auf eine eben so gültige Art auch noch nachher eingegangen werden können <sup>2)</sup>. In diesen deutschen Eheverträgen werden nun nicht nur die Vermögensrechte der Ehegatten, sondern auch die persönlichen Verhältnisse derselben, und wie es insonderheit in Ansehung der Erziehung der Kinder gehalten werden soll, wenn die Ehegatten verschiedener Religion sind, bestimmt. Daß es in diesem Falle in der Gewalt der Eltern stehe, wegen des Religions-Unterrichts der Kinder, als eines Theils der Erziehung, in den Ehepacten Etwas gültig zu bestimmen, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen <sup>3)</sup>. Der Hauptpunct, wodurch sich die

1) S. Hofmann's Handbuch des deutschen Eherechts §. 11. ff.

2) *Hab. BREWER* Diss. an matrimonio iam indefinite contracto adhuc pacta dotalia condi queant? *Bonnae* 1782.

3) Nicht nur in dem von der W. Friedens-Execution's-Deputation am 14. Sept. 1650. gefassten Schlusse, bey *LONDORP* in Act. Public. T. XVII. pag. 457. sondern auch in den *Conclusis Corporis Evangelicorum* bey *SCHAUROTH*. Tom. I. pag. 52 et 318. sq. und Tom. II. pag. 280. et 281. ist die Gültigkeit solcher Ehepacten anerkannt, und auch der Reichshofrath hat darnach gesprochen. S. Reichshofraths *Conclusa* Th. VI. *Concl.* 40. S. 42. Man vergleiche *Frid. Ulr. PRÄTZEL* Diss. Num pacta dotalia, quibus cautum, ut masculi patris foeminae matris religione imbuantur, sint servanda? *Rintel.* 1752. *Franc. Ant. DÜRR* Diss. de potestate patria circa religionem liberorum. *Mogunt* 1755. §. 26. sqq. (in *Ant. SCHMIDT* *Thes. iuris eccles. Germ.*

deutschen Ehestiftungen von den römischen Dotalpacten unterscheiden, besteht nun aber darin, daß in denselben gewöhnlich die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten festgesetzt wird <sup>4)</sup>. Dieser Character ist den deutschen Ehepacten so eigenthümlich, daß man die unter den Ehegatten über die künftige Erbfolge derselben geschlossene Verträge, in recht eigentlichem Sinn Eheverträge, *pacta dotalia*, zu nennen pflegt <sup>5)</sup>.

### §. 1245.

#### Form und Erfordernisse der Ehepacten.

Das Römische Recht erfordert zur Form der Dotalverträge weiter nichts, als die gegenseitige Verabredung der Interessenten. Zwar gedenken die römischen Gesetze gewöhnlich der *instrumentorum dotalium*; allein diese Urkunden dienten nur zum Beweise <sup>6)</sup>. Deswegen waren aber doch die Dotalverträge kein *pacta nuda*. Denn sie wurden entweder bey der Uebergabe des Heyrathsguts we-

Tom. VI. pag. 694. sqq.) und Christ. Jac. von Zwielerlein Nebenstunden. 1. Th. Abh. IX. §. 10. S. 182. f.

- 4) S. *Just. Henn.* BOEHMER Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus. Halae 1754. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. IV. Ex. LXXI. pag. 667 sqq.)
- 5) S. BOEHMER Diss. cit. Cap. I. §. 3. Phil. Jac. GRAU Specim. iurid. sistens mixturam incongruam iuris Rom. et German. in Practicorum distinctione pactorum dotalium in simplicia et mixta. Marburgi 1744. Cap. 1. §. 3. TRIBAUT Syst. des Pandect. Rechts 1. B. §. 476. a. E.
- 6) L. 4. in fin. D. de fide instrumentor. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. P. II. h. t. §. 2.



gen der Vermehrung oder Zurückgabe desselben geschlossen; oder sie hatten die Bestellung einer dos zum Gegenstande. In dem ersten Falle konnte auch ohne die Förmlichkeit einer Stipulation mit der *actio praescriptis verbis* aus dem Vertrage geklagt werden, wie aus einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus erhellet, welche *L. 1. Cod. de pactis conventis* folgendermassen lautet:

*Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet: nec obesse tibi debet, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est conditio* 7).

- 7) Einige Ausgaben und Handschriften lesen hier *conditio*. Auch die Glosse zu *L. 10. C. de pactis* bemerkt diese Verschiedenheit der Lesart. Die Ausgabe des *Claud. CHEVALLONIVS Paris 1526. 8.* liest zwar in der *L. 1. conditio*, allein in der *L. 10. conditio*. Der letztern Lesart giebt *Hug. DONELLVS Com. ad L. 10. Cod. de pactis nr. 3. pag. 47.* den Vorzug, weil die *actio praescriptis verbis* in den Gesetzen nie *conditio* genennt werde. Daß Wort *conditio* aber versteht er von einer *conventio traditioni dotis adiecta*; es sey eben dieselbe, welche im Anfange des Gesetzes *Lex* genennt werde. *Utilis conditio est*, sey also hier eben soviel, als wenn es in den Anfangsworten des Gesetzes heißt: *Legem, quam dixisti, servari oportet*, nämlich der Vertrag sey gültig. Allein daß die Lesart *conditio* die richtige sey, lehrt der griechische Scholiast *Theoborus*, welcher in den *Basilic. Tom. IV. Lib. XXIX. Schol. p. pag. 708.* unser Gesetz *κατὰ νόμας* ins Griechische übertragen hat. Da heißt es: *καὶ τίποτε περὶ τῆς τούτων ἀνα-*

Dasselbige Rescript kommt mit denselben Worten auch L. 10. Cod. de pactis vor. Die Gesetze betrachten das Geschäft in dem Falle, da keine stipulatio de dote reddenda war errichtet worden, als einen ungenannten Contract, do ut reddas. Daher ist die *condictio* hier keine andere Klage, als die *actio praescriptis verbis*. Cujaz<sup>8)</sup> hat dieses nicht nur aus andern Stellen des Codex<sup>9)</sup> klar erwiesen, sondern auch durch die Interpretation des griechischen Scholiasten Thaleläus<sup>10)</sup> noch mehr bestärkt, welcher sagt: τὸ χρησιμὸς ἐστὶν ἡ ἀπαίτησις, διὰ τι δυνάται ὡς δόσεως ἐπὶ αἰτίας γενομένης, τὴν πραεσκριπτοῖς βέρβοις κινῆσαι. i. e. *Utilis est condictio, quoniam potest agere praescriptis verbis, cum ob causam datum sit.* Auch schon der Ausdruck *utilis condictio* deutet auf die *actio praescriptis verbis* hin, *quia omnis actio praescriptis verbis, wie Cujaz<sup>11)</sup> sagt, est utilis, non directa, datur enim ad exemplum directae et civilis actio-*

δόσεως συμφωνεῖται, χρησιμὸς ἐστὶν ὁ κονδικτιτξιος. Mit Recht vermischt daher Charondas die Resart *conditio* in s. Ausgabe des Codex Not. e. Man sehe auch Jo. Jac. WISENBACH Commentar. in Cod. ad L. 10. de pactis. pag. 65. sq.

8) Recitat. solem. in Cod. Lib. V. Tit. 14. de pactis conventis.

9) L. 6. Cod. de iure dot. L. un. §. 13. Cod. de rei uxor. act.

10) Βασιλικῶν Lib. XXIX. Tit. 5. Sch. p. Tom. IV. p. 708. in fin.

11) Recitat. cit. loc.

nis <sup>12)</sup>, obgleich Charondas <sup>13)</sup> den Worten: *utilis est conditio*, vielmehr den Sinn beylegen will: *conditio locum habet, sive competit*. Uebrigens hatte die Gültigkeit das *pacti de dote data, finito matrimonio reddenda*, um so weniger einigen Zweifel, weil es ja ein bekannter Grundsatz ist: *In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere* <sup>14)</sup>.

Auch in dem letzten Falle, wenn in dem instrumento dotali nur noch erst von der Bestellung eines Heyrathsguts die Rede war, erforderte der Vertrag nach dem römischen Recht keine Förmlichkeit. Nach der schon oben vorgekommenen Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian <sup>15)</sup> soll auch schon die *nuda pollicitatio*, ohne alle Förmlichkeit der Worte, eine Klage auf *exactio dotis* begründen. In der That ist aber auch hier, außer der Convention, noch eine *causa* vorhanden, ohne welche auch selbst aus einer Stipulation keine Klage auf die Bestellung einer *dos* entstehen würde. Denn die Bestellung einer Brautgabe setzt immer eine zu schließende Ehe voraus. Diese ist nun entweder erfolgt, oder nicht. In jenem Falle hat der Ehemann die Bedingung erfüllt, unter welcher ihm ein Heyrathsgut war zugesagt worden. Er kann es also fordern, ohne Rück

12) *C. L. 6. Cod. de transact.* und den 18. Th. dieses Commentars §. 1075. *C. 156 ff.*

13) *Not. e. ad L. 1. Cod. de pact. conv.* in derselben Ausgabe des Codex. Antwerpen 1575f.

14) *L. 48. D. de pactis, ex lib. III. GAIJ ad Legem XII. Tabb.*

15) *L. 6. Cod. de dotis promiss.*

sicht, mit welchen Worten das Pactum geschlossen worden ist. Contractum hic est *συνάλλαγμα*, sagt der große Franz Connanus <sup>16)</sup>. Dotis enim promissio speciem eius contractus gerit, qui dicitur, *do ut facias*, do dotem; ut contrahas matrimonium. Igitur subsecuto matrimonio potest ad dotem maritus agere, etiam nudo pacto promissam: quandoquidem ex parte sua causam implevit actionis. Et haec actio dicebatur rei uxoriae. Sed postea *Iustinianus* sancivit, ut in huiusmodi dotis constitutione intelligeretur stipulatio adjecta, et pro ea daretur *ex stipulatu actio*: credo, ut etiam ante matrimonium contractum non esset poenitentiae locus, neque revocari aut imminui posset semel dicta dos: ut si promissem tibi decem pro dote Cajae, non liceat mihi discedere a conventis, si modo eam duxeris in uxorem. Eadem causa *donationis propter nuptias*: ut dote praestita, et conjugio inito, cogatur eam maritus solvere, quocumque eam pacto promiserit: quoniam hic est genus illud conventionis, quae vocatur *do ut des*. Dedit autem dotem mulier, ergo maritus donationem propter nuptias dare cogendus est. Ist aber die Ehe nicht erfolgt, so findet keine Klage, das versprochene Heyrathsgut zu fordern, Statt, wäre auch der Vertrag mit aller Feyerlichkeit einer römischen Stipulation geschlossen worden <sup>17)</sup>.

16) *Commentariorum iuris civ. Tom. I. Lib. V. Cap. 3. Fol. 559 b.*

17) *S. DONELLUS Comm. ad L. 10. Cod. de pactis. nr. 11. pag. 48.*

Auch durch allgemeine deutsche Gesetze oder Herkommen ist keine besondere Form vorgeschrieben, welche bey Errichtung der Ehestiftungen beobachtet werden müßte. Zwar ist es gewöhnlich über die gegenseitigen Verabredungen eine Urkunde zu verabfassen, welche man dann verbriefte Ehegedinge zu nennen pflegt, oder auch dabey Zeugen hinzuzuziehen, oder wohl gar die obrigkeitliche Bestätigung nachzusuchen. Allein, wenn dieses nicht gerade in besondern Landesgesetzen oder Statuten zur Gültigkeit der Eheverträge vorgeschrieben ist, so dient dieses alles nur zu mehrerer Sicherheit, und zur Erleichterung des Beweises<sup>18)</sup>. Sehr häufig ist jedoch in den besondern Landesgesetzen und Stadtrechten eine gewisse Form vorgeschrieben, welche dann zu beobachten ist<sup>19)</sup>.

18) S. Kreittmayer's Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. 6. Kap. §. 29. Nr. 3. S. 525 ff. Kunde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 567. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts §. 567.

19) Nach dem bayerischen Landrechte müssen die Eheverträge, wenn sie gültig seyn sollen, schriftlich errichtet werden. Den regelmässigen Personen ist die eigene schriftliche Fertigung gestattet; bey andern Personen aber wird gerichtliche Insinuation erfordert, welche vor dem Richter geschehen muß, unter welchem beyde, oder wenigstens einer von beyden Pactiscenten seinen persönlichen Gerichtsstand hat. Die Vernachlässigung dieser Form zieht den Verlust der privilegiorum dotis nach sich. S. Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 6. Kap. §. 29. u. Kreittmayer's Anmerkungen 1. Th. ebendas. §. 29. Nr. 3 u. 4. S. 523. Auch nach dem Preuss. Landrecht 2. Th. 1. Tit. 4. Abschn. §. 198. u. 5. Abschn. §. 203 u. 209. 7. Abschn. §. 440 u. 441. müssen Eheverträge gerichtlich vollzogen werden, jedoch nur dann, wenn die Frau dadurch entweder zu Etwas verbindlich

Es kommt jedoch heut zu Tage darauf an, ob die Ehe-  
stiftung in Form eines wirklichen Vertrags, oder in Form  
einer letzten Willensverordnung errichtet wird. Da sich  
jedoch diese Eintheilung nur auf diejenigen Eheverträge  
bezieht, worin die künftige Erbfolge unter den Ehegatten  
bestimmt worden ist, so wird davon §. 1246. gehandelt  
werden.

Die Personen, welche die Ehestiftung schließen, sind  
eigentlich die Ehegatten, sie seyn nun entweder noch künf-  
tige, oder schon durch die erfolgte gesetzmäßige Erklärung  
des Eheconsenses solche geworden. Steht einer von bey-  
den Theilen noch unter der Vormundschaft, so wird auch  
die Einwilligung des Curators erfordert, welcher dann  
seinen Consens mit Genehmigung der Obervormundschaft  
ertheilt <sup>20)</sup>. Auch die Eltern können für ihre Kinder Ehe-

gemacht werden soll, wozu sie die Gesetze nicht verpflich-  
ten, oder wenn sie an den ihr nach den Gesetzen zu-  
kommenden Rechten Etwas verlieren soll.

- 20) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 7. von  
Trüg'schler Anweisung zur vorsicht. u. förm. Abfassung  
rechtl. Aufsätze insonderheit über Handl. der willkührl.  
Gerichtsbarkheit. 1. Th. 2. Hptabth. 3. Hauptst. §. 4.  
Wuchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht  
streitigen bürgerlichen Rechtsachen. 2. Th. §. 208. S. 199.  
Das Gegentheil behaupten jedoch LEYSER Meditat. ad  
Pand. Vol. V. Spec. CCCVII. medit. 2. u. CRAMER Ob-  
servat. iuris univ. Tom. II. P. I. Obs. 440. aus dem  
Grunde, weil Minderjährige auch ohne Consens ihres  
Curators eine gültige Ehe schließen könnten. L. S. C.  
de nupt. L. 75. pr. D. de iure dot. Allein man sehe  
dagegen HOMMEL Fibapsod. quaestion. in foro quotid.  
obvenient. Vol. I. Obs. 25. Wenigstens hält BERGER

verträge schließen, ja sogar Fremde, wenn sie das Heyrathsgut aus ihrem Vermögen gegeben haben. Denn alle, welche das Heyrathsgut dereinst zurückfordern, und von denen es zurückgefordert werden kann, können Eheverträge darüber errichten <sup>21)</sup>. Jedoch ist nach dem römischen Rechte ein Unterschied, ob der Ehevertrag von den Ehegatten selbst, oder von andern Personen eingegangen wird. Erstere können zu jeder Zeit, letztere aber nur vor Schließung der Ehe gleich bey der Bestellung des Heyrathsguts pacisciren, nachher anders nicht, als mit Einwilligung der Frau, weil sie nun das Eigenthum am Heyrathsgute erworben hat, welches ihr wider ihren Willen nicht mehr beschränkt werden kann <sup>22)</sup>.

*L. 7. D. h. t. POMPONIUS libro XV. ad Sabinum.* Cum dos filiae nomine datur, optimum est, pactum conventum cum utroque generum facere: quamquam initio dotis dandae legem, quam velit, etiam *citra personam mulieris*, is, qui dat, dicere possit. Si vero post datam pacisci velit, *utriusque persona in paciscendo necessaria est*: quoniam iam acquisita

in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. III. Th. 11. not. 2. die Beziehung des Curators immer für sicherer. Man sehe auch HAUBOLD ad Bergerum h. l. Not. c. Tit. I. p. 146.

21) *L. 1. §. 1. D. h. t. JAVOLENUS libro IV. ex Cassio.* Pacta, quae de reddenda dote sunt, inter omnes fieri oportet, qui repetere dotem possunt, et a quibus repeti potest: ne ei, qui non interfuit, apud arbitrum cognoscentem pactum non prosit.

22) *S. VOET Comm. h. t. §. 11. WILLENBERG Tr. de pactis antenupt. §. 27. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 525. Hoffmann's Handbuch des teutschen Eherechts. §. 15. S. 44.*

mulieri dos tum esset: quo casu si solus pater pactus esset sine filia, sive solus agat, sive adiuncta filiae persona: ei soli nocebit et proderit pactum conventum: nec si sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei.

L. 20. §. 1. D. eodem. PAULUS libro XXXV. ad Edictum. Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci et ignorante muliere, sicut et stipulari, potest; *legem enim suae rei dicit*: postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet.

Bey Wiedererneuerung einer Ehe werden die vorhin geschlossenen Eheverträge als stillschweigend bestätigt angenommen <sup>23)</sup>.

Ihrem Inhalt nach dürfen die Eheverträge

I. weder den guten Sitten, noch solchen gebietenden oder verbotenden Gesetzen, welche beyde Theile verpflichten, auch nicht den Forderungen der Billigkeit wegen des persönlichen Verhältnisses unter den Ehegatten, entgegen streiten. Daher gilt der Vertrag nicht, daß der Mann der Gewalt seiner Frau unterworfen seyn <sup>24)</sup> oder seinen Wohnsitz nicht ändern <sup>25)</sup> oder die Frau wegen ihrer schlechten Aufführung, oder wegen Entwendungen nicht anklagen solle. Es gehört hierher besonders die Stelle aus Pau

23) L. 30. L. 31. L. 40. L. 64. D. de iure dot. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

24) VOET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 20. HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 4.

25) L. 71. §. 2. D. de condit. et demonstr. VOET Comm. Lib. V. Tit. 1. §. 101. S. auch den 6. Theil dieses Commentars. §. 514. S. 279 ff.



ius *libro VII. ad Sabinum* <sup>26)</sup>, welche folgendermassen lautet:

Illud convenire <sup>27)</sup> non potest, ne de moribus agatur, vel plus, vel minus exigatur: ne publica coercitio privata pactione tollatur <sup>28)</sup>. — Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas, vel amotas ageretur: quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur.

Die Worte: *ne de moribus agatur, vel plus, vel minus exigatur*, beziehen sich auf die vor Justinian bey Ehescheidungen üblich gewesenenen *actio* oder *iudicium de moribus*, und die dabey Statt gehabten *retentiones dotis ob mores*, und *ob liberos*, wovon sich noch mehrere Spuren in den Pandecten finden <sup>29)</sup>; obgleich sie Justinian schon vor seinen Pandecten im Jahr 528, ganz

26) *L. 5. pr. et §. 1. D. h. t.*

27) Statt *convenire* lesen Andere richtiger *conveniri*.

28) Die Worte: *ne de moribus agatur, bis privata pactione tollatur*, fehlen in mehreren alten Handschriften, so wie auch in den Erlanger Pandecten Eder. Sie fehlen auch in mehreren alten Ausgaben, z. B. in der des Claud. CHEVALLONius. Paris 1527. 8. des BAUDOZA CESTIUS 1595. 4. des Guil. MERLINUS. Paris 1559 f. In diesen lautet die *L. 5.* so: *Conveniri non potest, nec illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas etc.* So müssen alle Handschriften der Glossatoren gelesen haben, wie man aus der Glosse sieht.

29) *L. 15. §. 1. L. 59 L. 47. D. Soluta matrim. L. 11. §. 5. D. ad Leg. Jul. de adulter.*

abgeschafft hatte <sup>30)</sup>. Diese Klage stellte der Mann gegen die Frau an, wenn sie sich solcher Vergehungen schuldig gemacht hatte, weshalb sie der Mann nicht behalten konnte, und wobey er anfangs ihr ganzes Heyrathsgut zurückzubehalten; nachher aber, seit der Lex Papia Poppea, nur einen Theil davon, nämlich wenn Kinder da waren, auf jedes ein Sechstheil, doch zusammen nur höchstens die Hälfte, ohne Kinder aber bald ein Sechstheil, nämlich ob mores graviores, d. h. wegen Ehebruchs, bald ein Achttheil, nämlich ob mores leviores, d. i. wegen anderer Vergehungen, wegen welcher der Mann die Frau verstoßen konnte, zu retiniren, d. i. abzuführen befugt war, wie Ulpian <sup>31)</sup> lehrt. Beyde Retentionen in einer und derselben Ehe hatten jedoch nicht Statt. So ist Ulpian <sup>32)</sup> zu verstehen, wenn er gerade hier, wo er von den Retentionen spricht, die Bemerkung macht, *Dos, quae semel functa est, amplius fungi non potest* <sup>33)</sup>. Die Klage war übrigens nur eine Civillklage, jedoch eine actio poenalis, welche daher nicht auf die Erben übergieng <sup>34)</sup>. Die Richter bey dem iudicium morum wa-

30) L. 11. §. 2. C. de Repud. et iudicio de moribus sublato. L. un. §. 5. C. de Rei uxor. act.

31) *Fragm. Tit. VI. §. 9 — 12. de dotibus.* bey SCHULTING in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 583 sqq.

32) *Fragm. loc. cit §. 11.*

33) *Fungi* heißt also hier bey der dos subtil, als, einer Retention unterworfen seyn. Also der Sinn der angeführten Worte ist der: Eine dos, welche einmal einen Abzug erlitten hat, kann bey derselben Ehe keiner weitem Retention unterworfen seyn. S. Hugo *civilist. Magazin.* IV. B. S. 596 ff.

34) L. 15. §. 1. D. Solutio matrim. L. 1. Cod. Theodos.

ren ehemals die Censoren <sup>35)</sup>, und dieses iudicium censorium unterschied sich von dem praetorio darin, quod illud, wie Barro <sup>36)</sup>, sagt, *ad aequum*, ius autem praetorium *ad legem* aestimaretur. Mit der actio de moribus klagte aber der Mann nur die Sitten der Frau an, und behauptete, daß sie die Ursache zur Ehescheidung gegeben habe <sup>37)</sup>. Drang er mit der Klage durch, und es war gegen die Frau gesprochen, so hatten nun die oben angeführten Retentionen Statt <sup>38)</sup>. Auf diese Klage konnte aber der Mann eben so wenig auf eine gültige Art Verzicht leisten, als sich der Retentionen begeben. Es durfte auch die Strafe auf den Fall der Ehescheidung eben so wenig durch Vertrag erhöht als vermindert werden <sup>39)</sup>. Daß die Worte der L. 5. *vel plus, vel minus exigatur*, auf die bey dem iudicio de moribus vorgekommenen Retentionen sich beziehen, leidet kei-

*de dotibus*. Ganz verschieden von dieser Klage war die peinliche Ehebruchsanlage, welche andere Strafen mit sich führte. PAULUS *Sententiar. Recept. Lib. II. Tit. 26. §. 14.*

35) ASCONIUS *ad Orat. Ciceronis contr. Pison.* sagt: *Apud Censores de moribus accusari, et utriusque Censoris sententia cives Romanos solere condemnari.* Man vergleiche Jac. RAEVARDUS *Varior. Lib. IV. Cap. 15.*

36) *De Lingua Lat. Lib. V.*

37) L. 39. *D. Solutio matrimon.*

38) L. 47. *D. eodem.* S. Guido PANCIROLLUS *Rerum memorabil. Lib. I. Tit. 51. pag. 248 seq.* und Jac. GOTHOFREDUS *Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de dotalibus Tom. I. Cod. Theod. pag. 343. edit. Ritt.*

39) S. Ge. Aug. MARCHE *Histor. iuris civ. de divortiiis. (Lipsiac 1764.) §. 11.*

nen Zweifel<sup>40)</sup>. Dieses beweist nicht nur, der beygefügte Grund: *ne publica coercitio privata pactione tollatur*<sup>41)</sup>; sondern auch die Constitution des Kaisers Julian im Theodosianischen Codex<sup>42)</sup>, nach welcher bey der dote reddenda die *retentiones ex iure venientes* unverlezt und unabgeändert beobachtet werden sollen. Unstreitig bezieht sich auch hierauf der Ausspruch des Paulus<sup>43)</sup>: *Functio dotis pacto mutari non potest*<sup>44)</sup>: *quia privata con-*

40) Daß diese Worte auf die Strafe der Retention gehen, hat auch VOORDA Thes. controv. Dec. VI. §. 5. gezeigt.

41) Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 171. will zwar diesen Grund für ganz unpassend, und die Worte: *vel plus exigatur*, für ein von einem Abschreiber herrührendes Emblem halten; allein der Grund wird durch die L. 19. D. de Verbor. Obligat. und L. 27. D. de Reg. iuris vollkommen gerechtfertiget, und die Richtigkeit des Textes bestärken die Basilica Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 5. pag. 687. wo unsere L. 5. folgendermassen lautet: Ὅν ἐρρωμένως συμφωνοῦσι μὴ κινεῖσθαι περὶ κακοτροπίας, ἢ πλεον, ἢ ἥττον ἀπαιτῆσαι. i. e. Non utiliter paciscuntur, ne de moribus agatur, vel PLUS, vel MINUS exigatur.

42) L. 2. Cod. Th. de dotibus. III. 13. Man sehe Jac. GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Cod. Theod. Tom. I. pag. 545. edit. Ritter.

43) Sententiar. Receptar. Lib. I. Tit. 1. §. 6. (in Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejust. pag. 220.)

44) Der Ausdruck *functio dotis* ist hier in eben dem Sinne zu nehmen, wie oben *dos functa* bey ULPIAN. Fragm. VI. 11. genommen wurde, und wie ihn auch Hugo im Civilist. Magazine IV. S. 396. versteht; obwohl Cujas Observation. Lib. VII. c. 26. und bey SCHULTING in Jurispr. Antej. pag. 220. die Stelle des Paulus anders erklärt, wie oben S. 224. bemerkt wurde.

*ventio iuri publico nihil derogat* 45). Ob nun gleich das *iudicium de moribus*, und die damit verbundenen *retentiones dotis* von Justinian gänzlich abgeschafft worden sind; so hat es doch keinen Zweifel, daß der Vertrag, der Mann wolle gegen die Ehefrau auch selbst, wenn sie sich eines Ehebruchs schuldig machen würde, nicht auf Ehescheidung klagen, noch von den Strafen der Ehescheidung gegen sie Gebrauch machen; eben so wenig gelten würde, als der, daß er wegen Entwendungen gegen sie nicht klagen wolle, weil ein solcher Vertrag zur Untreue verleiten würde, wie dieses auch in unserer L. 5. in den Worten: *quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur*, als Grund angegeben wird. Es dürfen aber auch die nach Aufhebung der *retentiones dotis* vom Justinian bestimmten Ehescheidungsstrafen in den *pactis dotalibus* weder erhöht noch vermindert werden. Daher läßt sich erklären, warum diese Stelle des Paulus in die Pandecten aufgenommen worden ist 46). Noch mehr bestärkt diese eine Stelle aus Pomponius *libro XV. ad Sabinum*, wo es heißt: *Si stipulatio facta fuerit: Si culpa tua divortium factum fuerit, dari? nulla stipulatio*

45) Die Bedeutung von *ius publicum* ist schon im 1. Th. §. 15. S. 90. erklärt worden.

46) Der Vorwurf, den hier WISENBACH *Exercitation. ad Pand. Disp. XLVI. Th. 19. pag. 431.* dem Tribonian macht, daß er ein ganz unnützes Fragment in die Pandecten aufgenommen habe, ist also ungegründet, wie auch HUBER *Praelect. iur. civ. h. t. §. 4.* gegen ihn erinnert hat. Man sehe auch *Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad Tit. Cod. de Rei uxor. act. Lib. V. §. Taceat. pag. 417 sq.*

est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis 47): nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta Lege sit comprehensa. So wie jedoch das pactum, *ne dolus praestetur*, oder *ne furti agam*, nur insofern ungültig ist, als es auf die Zukunft geht, wohl aber post admissa haec darüber paciscirt werden kann, wie Paulus 48) lehrt; so findet dieses auch hier Anwendung. Eben dieser Paulus sagt nämlich *libro XXXV. ad Edictum* 49):

Ob res quoque donatas, *vel amotas*, vel impensas factas, *tunc facta pactio valebit*, id est, *post divortium*.

Die Basiliken 50) gedenken auch hier wieder der actio de moribus ausdrücklich, und sind überhaupt hier viel vollständiger, als unsere Pandecten. Es heißt nämlich daselbst: Μετὰ διαξύγιον ισχυρῶς συμφωνοῦσιν περὶ συγχωρήσεως κακοτροπίας, καὶ ῥαθυμίας, καὶ τῶν δωρηθέντων, καὶ κλαπέντων, καὶ τῶν γενομένων δαπανημάτων. i. e. *Post divortium utiliter paciscuntur, ne ob malos mores agatur, vel ob negligentiam, vel ob res donatas, vel amotas, vel impensas factas.*

47) Richtiger lesen andere Ausgaben: *poenis legibus comprehensis*, wie z. B. Chevallon, Merlin, Baudouin u. a. Man sehe über diese Stelle vorzüglich Hug. DONELLUS in Comm. ad Tit. Pand. de Verbor. obligationib. h. L. pag. 85.

48) L. 27. §. 3 et 4. D. de pactis.

49) L. 20. pr. D. h. t.

50) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. περὶ πάντων προικός. Const. 18. pag. 690.

Ungültig ist ferner der Vertrag, daß der Mann bey der Restitution des Heyrathsguts die Wohlthat der Competenz nicht haben solle. Die Entfagung derselben kann die Forderungen der Billigkeit vermöge des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten eben so wenig aufheben, als die Unbilligkeit in der strengen Rechtsverfolgung mindern<sup>51)</sup>. Ulpian sagt *Lib. XXXVI. ad Sabinum*<sup>52)</sup>.

Eleganter quaerit POMPONIUS *libro XV, ex Sabino, si paciscatur maritus: Ne in id, quod facere possit, condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere. Quod quidem et mihi videtur verum: namque contra bonos mores id pactum esse, melius est dicere: quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet*<sup>53)</sup>.

II. Die Eheverträge dürfen auch dem nicht widersprechen, was die Gesetze als Wesen der Ehe ansehen. Solche Verträge sind ungültig, wenn sie auch eidlich wären bestärkt worden. Z. B. der Vertrag, daß die Ehegatten von einander getrennt leben, und sich aller ehelichen Beywohnung enthalten wollten<sup>54)</sup>.

51) S. CARPZOV *Jurispr. for. P. I. Const. XXXII. Def. 19.*  
VOORDA *Thes. controvers. Dec. XIII. §. 1.* und WEBER'S  
*syf. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbind-*  
*lichkeit. §. 85. S. 360 ff.*

52) *L. 14. §. 1. D. Soluto matrimonio.*

53) S. *Basilic. Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Schol. s.*  
*pag. 580.*

54) *Cap. ult. X. de condit. apposit. (IV. 5.) Cap. 24. X.*  
*de iurejur. (II. 24).*

III. Sie dürfen die Rechte des Mannes nicht verletzen, welche ihm nach den Gesetzen an dem Brautschatz der Frau zustehen, und dem Zweck der dos nicht widersprechen. Dahin gehört 1) der Vertrag, daß der Mann während der Ehe die Brautgabe nicht erhalten solle. Von diesem sagt Ulpian libro XXXIV. ad Edictum<sup>55)</sup>:

Cum pater dotem pollicitus fuerit, et paciscatur: *Ne se vivo*<sup>56)</sup> *petatur, neve constante matrimonio dos petatur*<sup>57)</sup>: ita pactum interpretandum Divus SEVERUS constituit, quasi adiectum esset, *se vivo*: hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis, et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur, ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet, quodque indignissimum est, inducat, ut non habuisse dotem existimetur: quo rescripto hoc effectum est, ut si quidem vivo patre decesserit filia, aut sine culpa sua divorterit, omnimodo<sup>58)</sup> dos peti non possit: constante autem matrimonio, mortuo patre, peti possit.

55) L. 11. D. h. t.

56) Haloander, Chevallon, Mirâus und Baudoza lesen *a se vivo*.

57) Die Worte *dos petatur*, stehen in den *Basilicis* nicht. Da heißt es Tom. IV. pag. 688. Const. 11. nur *μήτε τοῦ γάμου συνεστῶτος*. Auch Haloander hat sie für überflüssig gehalten. Mein, daß sie es nicht sind, lehrt das Nachfolgende. Cod. Erl. hat sie auch.

58) Cod. Erl. liest *omnino*. Eben so Claud. CHEVALLON. HALOAND. und BAUDOZA. Die *Basilica* Tom. IV. p. 688. haben bloß: *οὐκ ἀπαιτεῖται προῖξ: dos non petitur*.



Wenn also der Vater bey der Bestellung des Heyrathsguts für seine Tochter den Vertrag schließt: Daß bey seinem Leben das Heyrathsgut nicht, auch nicht während der Ehe gefordert werden solle; so ist dieser Vertrag nicht so zu verstehen, als ob das Heyrathsgut während der Ehe gar nicht gefordert werden solle. Denn dieß wäre nicht nur gegen die Natur der dos, welche dazu dienen soll, die Lasten der Ehe zu bestreiten, sondern es würde auch der Frau zur Schande gereichen, daß sie keine dos gehabt habe. Der Billigkeit und der Natur der Sache nach kann also dieses Pactum anders nicht erklärt werden, als so, daß so lange der Vater lebt, das Heyrathsgut nicht während der Ehe gefordert werden solle. Stirbt also der Vater während der Ehe, so ist der Erbe desselben das Heyrathsgut zu geben schuldig, ohne sich mit der *exceptio pacti* schützen zu können. Eben dieses lehrt auch Paulus *libro. XXXV. ad Edictum*<sup>59)</sup>, wo er sagt:

*Si convenerit: Ne a muliere, neve a patre dos petatur, heres non habebit exceptionem. Sed si convenerit, ne manente matrimonio vivo patre petatur, mortuo patre statim exigitur*<sup>60)</sup>.

Aus gleichem Grunde ist der Vertrag ungültig, daß der Mann, die Nutzungen der Brautgabe nicht haben, sondern diese wieder zur dos geschlagen werden sollen. Denn ein Heyrathsgut, dessen Früchte nicht zur Bestreis-

59) *L. 20. §. 2. D. h. t.*

60) *Exigitur* ist hier so viel, als *exigi potest*, wie REITZ bey PÜTTMANN in *Opuscul. iurid. ex Observation. miscellaneis Batav. in unum Volumen collect.* (*Halae 1782. 8.*) pag. 154. bemerkt hat.

tung der ehelichen Lasten verwendet werden sollen, ist so gut, als gar keines. Ein Anders wäre, wenn zwar die Früchte zur dos gerechnet, der Mann aber doch die Zinsen von dem aus dem Verkauf der Früchte gelösten Gelde zu genießen habe solle, und deswegen einen desto ansehnlicheren Brautsehatz bekommen hätte; oder wenn die Frau für die ihr überlassenen Früchte die Lasten der Ehe selbst übernommen hätte, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 4. D. h. t. ULPIANUS libro XXXI. ad Sabium. Si convenerit, ut fructus in dotem converterentur <sup>61)</sup>, an valeat conventio? Et MARCELLUS ait libro octavo Digestorum <sup>62)</sup>, conventionem non valere: prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri. Sed ita distinguit, ut si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum: idemque esse et si usumfructum in dotem hoc pacto dedit. Quod si convenisset de fructibus reddendis, hoc est, ut in dote essent fructus, quosquos percepisset, et fundus vel ususfructus in hoc traditus est, non ut fundus vel fructus <sup>63)</sup> fieret dotalis, sed ut fructus perciperet <sup>64)</sup>, dotis futuros <sup>65)</sup>, cogendum

61) So liest Cod. Erl. statt converteretur, wie die Taurelliana hat. Chevallon, Merlin, Miräus, Baudoja, und Hugo a Porta lesen auch converterentur.

62) Cod. Erl. libro VII. D. Eben so Haloander. Allein die meisten lesen octavo.

63) Richtiger ususfructus. 'So liest auch Cod. Erl.

64) Dieses hier sehr nöthige Unterscheidungszeichen fehlt in allen Ausgaben.

65) Dotis futuros heißt, welche Heyrathsgut werden sollen.

de dote actione fructus <sup>66)</sup> reddere: erunt igitur in dote <sup>67)</sup> fructus, et fruetur iste usuris, quae ex fructibus collectis, et in sortem redactis percipi possunt. Ego utrobique arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data: ut si ob hoc ei maiorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia, quae ex usuris redituum colligitur, posse dici, conventionem valere: nec enim videtur sterilis esse dos. Finge quadragena <sup>68)</sup> annua esse reditus apud eum, qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum <sup>69)</sup>: uti boni consuleret <sup>70)</sup>, tam uberem dotem consecutus. Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret, et mulier se suosque aleret, tuereturve, et universa onera sua expediret: quare non dicas, conventionem valere?

Marcellus, dessen Meinung hier Ulpian berichtet, unterschied zwey Fälle. Erstens wenn die Frau dem

66) Sc. pretium fructuum.

67) Cod. Erl. in dotem. Eben so Haloander, Ehebalion und Baudoja.

68) Cod. Erl. quadringenta.

69) C. E. trecentis.

70) Statt *uti* liest Haloander et. Allein *uti* ist hier so viel als *utique*. Der Sinn ist: gewiß er darf zufrieden seyn (*sibi debet plaudere*), daß er einen so reichen Brautshatz bekommen hat. Das Fragezeichen nach *consecutus*, in der Göttingischen Ausgabe giebt keinen rechten Sinn. S. POTHIER Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. IX. Not. b. pag. 51.

Mann ein Grundstück zum Brautſchaft giebt, und dabey ausbedingt, daß die Früchte reſtituirt, und ein Theil der *dos* werden ſollen. Ein ſolches *pactum* erklärt *Marcellus* ſlechterdings für ungültig, weil hier der Mann vom *Heyrathsgute* ſeiner Frau gar keinen Nutzen haben würde. Eben dieſes gelte auch, wenn ein *ususfructus* unter einer ſolchen Bedingung zur *dos* gegeben worden iſt. Zweytens, wenn ausbedungen worden, daß nicht der *fundus* oder *ususfructus* ſelbſt das *Heyrathsgut* ſeyn, ſondern die *dos* bloß in den Früchten, die der Mann ärndten würde, beſtehen ſolle. Hier erklärt *Marcellus* den Vertrag für gültig. Denn hier iſt das *Heyrathsgut* dem Mann nicht unnütz, weil der Werth der Früchte zu einem Kapital gemacht wird, wovon der Mann die Zinſen zu genießen hat. Soweit *Marcellus*. *Ulpian* hingegen hält auch in jenem erſten Falle den Vertrag nicht für ſlechterdings ungültig, ſondern meint, daß es in beyden Fällen (*utrubique*) auf die Abſicht ankomme, wozu die *dos* gegeben worden iſt. Denn wie wenn die Frau ein deſto größeres *Heyrathsgut* gegeben hätte, weil ſie wollte, daß die Früchte die *dos* vermehren ſollten, damit der Mann aus den Zinſen der zum Kapital gemachten Früchte die Laſten der Ehe vollkommen beſtreiten könnte? Z. B. die Zinſen betragen jährlich 400, ſtatt daß der Mann, wenn er dieſen Vertrag nicht eingegangen wäre, ein *Heyrathsgut* bekommen hätte, was höchſtens 300 rentirt. Oder man ſetze, die Frau übernehme die Laſten der Ehe für die ihr überlaſſenen Früchte; warum ſollte in dieſen Fällen der Vertrag nicht gelten? So erledigen ſich nun alle die Schwierigkeiten, die *Ant. Faber*<sup>71)</sup>

71) *Conjecturar. iuris civ. Lib. VI. cap. 20.*

hier gefunden hat, dessen offenbar unrichtige Interpretation von Just. Meier <sup>72)</sup> ganz klar vor Augen gelegt worden ist. Die Basiliken <sup>73)</sup> haben dieses Fragment auf folgende Art ins Kurze zusammengefaßt:

Ἐἴτε ἀγρὸς, εἴτε χρῆσις ἐν προικί δοθῆ, καλῶς συμφωνεῖται τοὺς καρποὺς εἶναι προικιμαίους, καὶ μόνους τοὺς τόκους αὐτῶν τὸν ἄνδρα καρπίζεσθαι ὡσπερ ἠνίκα μὴ τὸν ἀγρὸν, ἢ τὴν χρῆσιν ἐπιδῶ ἢ γυνὴ ἐν προικί, ἀλλὰ τοὺς καρποὺς τοῦδε τοῦ ἀγροῦ ἐρρωμένως γὰρ συμφωνοῦσιν, ὥστε τὸν ἄνδρα τοὺς καρποὺς τῆς προικὸς ἐνῶσαι τῇ προικί, καὶ τὴν γυναῖκα ἑαυτὴν, καὶ τοὺς αὐτῆς τρέφειν, καὶ τὰ λοιπὰ ἑαυτῆς βαρὴ ὑπέχειν. i. e. *Sive fundus, sive ususfructus in dotem datus sit, recte convenitur, ut fructus dotalis sint, et ut usuris tantum eorum maritus fruatur: sicut cum non fundum, aut usumfructum mulier in dotem dedit, sed fructus huiusce fundi. Utiliter enim paciscuntur, ut maritus fructus in dotem convertat, et mulier se suosque alat, et reliqua onera sua sustineat.*

Daß ein solcher Vertrag, wodurch der Mann seiner Frau die Nutznießung ihres Brautshatzes überläßt, um die Lasten der Ehe selbst zu bestreiten, für keine widerrufliche Schenkung zu halten sey, lehrt eben dieser Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum* <sup>74)</sup>.

Plane si <sup>75)</sup> convenerat, *uti se mulier pasceret,*

72) *Ευδοξῶν Justinianeor. Decad. VII. Cap. 13. p. 1075 sq.*

73) *Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 4. pag. 686.*

74) *L. 21. §. 1. in fin. D. de donat. inter vir. et uxor.*

75) Einige wollen hier: *Plane si cum convenerat*, lesen. *C. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. a Smalldenburgh edit.*

*suosque homines, idcirco passus est eam dote sua frui, ut se suosque aleret: expeditum erit. Puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est.*

Endlich gilt auch der Vertrag nicht, daß der Mann für die auf das Heyrathsgut verwendeten nothwendigen Unkosten und Auslagen keine Vergütung erhalten solle, wie Paulus *libro VII. ad Sabinum*<sup>76)</sup> sagt.

*Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum: quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.*

Der hier angeführte Grund wird in dem Titel *de impensis in res dotales factis* seine nähere Aufklärung erhalten. Hier bemerke ich nur, daß die Verabredung, der Ehemann solle wegen der auf den Brautsehaß verwandten nothwendigen Kosten keine Vergütung fordern, nur insofern nicht gilt, als er noch vor Trennung der Ehe, also vor oder während der Ehe, eingegangen worden ist. Ist die Ehe aufgehoben, und nun von der Restitution des Heyrathsguts die Frage, so hat es keinen Zweifel, daß er sich seines ihm zustehenden Rechts begeben könne. So lehrt auch Paulus *libro XXXV. ad Edictum*<sup>77)</sup>, wo er sagt: *Ob — impensas factas tunc pactio valebit, id est post divortium.* Heut zu Tage behauptet man jedoch, daß sich der Ehemann seines Rechts, wegen

T. IV. pag. 299. Cod. Erl. ließt statt *convenerat*, *convenerit*.

76) L. 5. §. 2. D. h. t.

77) L. 20. pr. D. h. t. S. auch KOHL Tr. de pactis dota- lib. P. I. nr. 80. pag. 51.

der auf den Brautſchafts verwandten nothwendigen Koſten Vergütung zu fordern, in den Ehepacten gültig begeben könne, weil bey uns jeder Vertrag ſeine eigenthümliche verbindende Kraft habe <sup>78)</sup>.

IV. Noch weniger gelten ſolche Beſtimmungen in den Eheverträgen, wodurch die Frau ihr Heyrathsgut verliert, oder in die Gefahr gebracht wird, ſolches zu verlieren, oder wodurch ſonſt die Rechte derſelben in Abſicht auf die Zurückforderung der dos erſchwert werden. Ueberhaupt darf durch die *pacta dotalia* die *conditio mulieris* nicht *deterior* gemacht werden. Daher gilt

1) der Vertrag nicht, daß bey Aufhebung der Ehe das Heyrathsgut der noch lebenden Frau nicht zurückgegeben, ſondern dem Manne oder deſſen Erben verbleiben ſolle.

L. 2. D. h. t. ULPIANUS libro XIX. ad Sabinum. Si convenerit: ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus, dos apud virum remaneret: PAPINIANUS Juniano Praetori respondit, morte mariti finito matrimonio, neque convenisse videri dotem remanere <sup>79)</sup>: et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas <sup>80)</sup> intervenit.

78) S. Weber's ſyſt. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 81. S. 346. u. §. 84. S. 358.

79) Das heißt, es wird im Zweifel nicht vermuthet, daß der Vertrag auf den Fall geſchloſſen worden ſey, da die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt werden würde.

80) Das Wort *mortalitas* für *mors* iſt in den Pandecten nicht ungewöhnlich. S. Car. Andr. DURRER Opusc. de Latinitate ICor. vel. pag. 576.

Hiermit steht folgende Stelle, die aus demselben Buche des Ulpianus genommen ist, in der genauesten Verbindung.

*L. 1. §. 1. D. de dote praelegata. Et ideo, si inter virum et uxorem convenerat, ut morte viri soluto matrimonio, filio communi interveniente, dos apud mariti heredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit: stari pacto non debet ob hoc, quod dos relegata est. Verum et citra relegationem hoc probari debet: nam quod est admissum, posse deteriores conditionem dotis fieri, intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit, vel divortium intervenit.*

Ist zwischen den Ehegatten der Vertrag geschlossen worden, daß wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgehoben werden würde, der Brautschlag der Frau den Erben des Mannes verbleiben solle; so ist ein solches Pactum ungültig, wenn auch Kinder in der Ehe wären erzeugt worden<sup>81)</sup>. Prälegirt nachher der Mann das Heirathsgut seiner Frau, so hat er zwar dadurch schon selbst

81) Daß Kinder in der Ehe erzeugt worden sind, macht keine Ausnahme, wie Burchardi in den Grundzügen des Rechtssystems der Römer §. 25. S. 147 ff. behauptet. Die von ihm angeführten Gesetzstellen *L. 24. D. h. t. L. 48. D. Solutio matrim.* gehören offenbar nicht hierher, sondern reden von dem Falle, da die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wird, worin alle Ausleger einverstanden sind. S. *DUARENUS Comm. ad L. 48. D. Solutio matrim. (Oper. pag. 289.) MERILLIUS ad lib. II. Quaestion. Callistrati in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 628. und POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXVII. pag. 54.*



den Vertrag wieder aufgehoben. Allein der Vertrag würde auch ohne das Prälegat nicht gegolten haben. Denn *conditio dotis* kann in dem Falle, da Kinder vorhanden sind, nur dann *deterior* werden, wenn die Frau vor dem Manne stirbt, oder bey ihrem Leben die Ehe durch ihre Schuld geschieden worden ist<sup>82)</sup>. Alles dieses wird noch mehr durch die *L. 3. Cod. de pactis conventis super dote* bestärkt, wo der Kaiser Gordian rescribirt:

*Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, ut si maritus tuus, superstitibus filiis communibus, in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur: eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeat, proficere non potest.*

Nur der Vertrag ist gültig, daß wenn die Frau vor dem Manne sterben würde, das Heyrathsgut derselben dem Manne verbleiben solle. Dieser Vertrag ist gültig, es mögen Kinder in der Ehe erzeugt seyn oder nicht, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

*L. 12. pr. D. h. t. PAULUS libro XXXV. ad Edictum. Si pater dotem dederit, et pactus sit, ut, mortua in matrimonio filia, dos apud virum remaneret: puto pactum servandum, etiam si liberi non interveniant.*

*L. 24. D. eodem. FLORENTINUS libro III. Institutionum. Si inter virum et uxorem pactum est, ut certa pars dotis vel tota ob unum vel plures libe-*

82) S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. c. pag. 29. und Westphal's System der Lehre von den einzelnen Vermächtniß-Arten. §. 305.

*ros intervenientes retineatur: etiam eorum liberorum nomine, qui ante nati sunt, quam dos daretur, aut ampliatur, conventio rata est. Nam sufficit, eos ex eo matrimonio nasci, in quo dos data est.*

*L. 48. D. Soluta matrimonio. CALLISTRATUS libro II. Quaestionum. Si dotali instrumento ita stipulatio interposita sit: Ut liberorum nomine dos apud maritum resideat: nepotum quoque nomine dos retinebitur.*

Dahingegen gilt 2) der Vertrag nicht, daß der Mann nur dolum prästiren wolle; wohl aber kann ausgemacht werden, daß der Mann nicht für die Gefahr stehen wolle, wenn die Frau durch Delegation ihres Schuldners die dos bestellt hat, wie aus folgender Gesetzstelle zu erschen ist.

*L. 6. D. h. t. ULPIANUS libro IV. ad Edictum. POMPONIUS ait, maritum non posse pacisci: ut dolum solummodo in dotem praestet: videlicet propter utilitatem nubentium: quamvis pacisci possit: ne sit periculo eius nomen debitoris, qui ei dotem promisit<sup>83)</sup>. Nam et ut sit dos periculo mulieris, pacisci eum posse probat; et per contrarium, ut ea dos, quae periculo mulieris est, sit periculo mariti.*

83) Der Ausdruck, *debitor marito dotem promisit*, bezieht sich auf die bey den Römern gewöhnliche Delegation, wenn sie Schuldforderungen dotis causa übertragen wollten. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. V. not. d. u. Haffe Culpa des römischen Rechts. 12. Kap. Nr. IX. S. 576 f.

Eben so kann 3) in dem Ehevertrage zwar verabredet werden, daß das Heyrathsgut früher, aber nicht, daß es später zurückgegeben werden solle, als es die Gesetze erlauben.

*L. 14. D. h. t. PAULUS libro XXXV. ad Edictum.* De die reddendae dotis hoc iuris est, ut liceat pacisci: *qua die reddatur*: dum ne mulieris deterior conditio fiet.

*L. 15. D. eodem. GAJUS libro XI. ad Edictum provinciale.* Id est, ut *citeriore die reddatur*.

*L. 16. D. eodem. PAULUS libro XXXV. ad Edictum.* Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest: non magis, quam ne omnino reddatur.

*L. 17. eod. PROCULUS libro XI. Epistolar. ATILICINUS Proculo suo Salutem.* Cum inter virum et uxorem pactum conventum ante nuptias factum sit: *Ut quibus diebus dos data esset, iisdem, divortio facto, redderetur*: post quinquennium, quam nuptiae factae sunt, uxor viro dotem dedit: divortio facto, quaero, *utrum quinquennii die vir uxori dotem redderet, an statuto Legibus* <sup>84)</sup> *tempore?*

84) *Em. MERILLIUS Observation. Lib. V. cap. 10.* versteht unter den *Legibus* die Lex Julia et Papia. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß in diesem Gesetz die Zeit der Zurückgabe der dos bestimmt war. *S. ULPIAN. Fragm. Tit. VI. §. 8.* und *HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Pappaeam Commentar. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 528 sq.* An dieses tempus *Legibus statutum* dachte nun auch wohl Proculus. Da jedoch Justinian dieses in der *L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act.*

PROCLUSUS respondit: Quod ad diem reddendae dotis attinet, pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse, deteriore non posse. Itaque si cautum est: *ut propiore tempore, quam Legibus constitutum est, reddatur, stari eo debere: si ut longiore, nec valere id pactum conventum.* Cuius sententiae conveniens est dicere, si pacto convento cautum est, *ut quanto serius quaeque et post nuptias data fuerit, tanto post divortium reddatur: si propiore, quam in reddenda dote constitutum est, data sit, valere pactum conventum; si longiore, non valere.*

Was jedoch in den pactis dotalibus nicht gültig geschehen kann, kann nach Trennung der Ehe geschehen, wenn eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden ist, wie Julian *lib. XVIII. Digestorum* in dem folgenden Gesetz lehrt. *Licet manente matrimonio non possit inter virum et uxorem convenire: ut longiore die dos reddatur: post divortium tamen, si iusta causa conventionis fuerit* <sup>85)</sup>, *custodiri id pactum debet.*

geändert hat, so ist hier das neuere Recht um so mehr zu verstehen, da die *L. un.* schon vor den Pandecten gegeben war. Mit GIPHANIUS in *Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. un. cit.*, ein emblema Triboniani hier anzunehmen, ist daher ganz unnöthig, wie schon *Corn. van BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VII. cap. 19.* gezeigt hat.

85) *J. B.* wenn der Mann Unglücksfälle erlitten hat. *C. Cujacius Comm. in libr. XVIII. Dig. Salvii Juliani ad L. 18. h. t. (Oper. a FABROTO editor. Tom. III. p. 152.)*

Aus diesem Allen erklärt sich nun die Stelle des Paulus *libro XXXV. ad Edictum* <sup>86)</sup>.

Ex pactis conventis, quae ante nuptias, vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent: *ut mulier dote promissa se alat* <sup>87)</sup>, *et donec nupta sit, dos ab ea non petatur* <sup>88)</sup>; aut certam summam viro praestet, et ab eo alatur, et his similia: alia ad ius pertinent: veluti *quando dos petatur, quemadmodum reddatur*; in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. Caeterum si convenerit: *Ne omnino dos petatur*, indotata erit mulier.

Die Eheverträge werden hier in Ansehung des Inhalts auf zwey Classen reducirt. Die Bestimmungen derselben sind entweder bloß der Willkühr der Paciscenten überlassen, z. B. daß der Brautsehatz nicht eher, als nach geschlossener Ehe, gefordert werden soll, oder daß die Frau aus ihrer dos ihren Unterhalt selbst bestreiten solle. Oder der Inhalt ist nach den Gesetzen zu beurtheilen, und leidet keine willkührliche Abänderung. Dahin gehört, wenn? und wie das Heyrathsgut zurückgegeben werden soll? Hier entscheidet bloß das Gesetz, nicht der Vertrag, wenn er diesem widersstreitet. Die Worte: *quando dos petatur*, gehen also auf *pacta de die reddendae dotis*. Denn die Worte *peti* und *repeti*, werden hier eben so, wie die Worte *dari* und *reddi*, als gleich bedeu-

86) L. 12. §. 1. D. de pactis dotal.

87) Cod. Erl. ließt: *ut ut mulier de dote promissa se aleret.*

88) C. L. 20. §. 2. h. t.

tend genommen <sup>89)</sup>. Die Worte: *quemadmodum reddatur* gehen hingegen darauf, ob das Heyrathsgut ganz, oder mit Abzug zurückgegeben werden soll. *Respiciunt pacta*, sagt Cujaz <sup>90)</sup>, *quae interponuntur de retentionibus ex dote faciendis, nec tota dote reddenda, aut non faciendis*. Solche Verträge sind bald gültig, bald ungültig, je nachdem sie den Gesetzen gemäß sind oder nicht. Wenn Paulus noch zuletzt sagt: *Caeterum si convenerit, ne omnino dos petatur, indotata erit mulier*; so versteht Cujaz <sup>91)</sup> diese Worte so: *Ceterum, id est, alioquin, hac scilicet conventionem servata, ne omnino dos reddatur, mulier fieret indotata, quod publica utilitas non patitur*. Es kann aber auch der Fall mit darunter begriffen werden, von welchem Ulpian *L. 11. D. h. t.* spricht, wenn nämlich verabredet worden, daß der Brautsegen während der Ehe gar nicht gefordert werden solle <sup>92)</sup>. Ein solcher

89) S. Voorda *Thes. controvers. Decad. VI. §. 1.* In den *Basilic. Tom. IV. pag. 669. init.* heißt es: τὸ πότε δεῖ ἀπαιτῆσθαι τὴν προίκα. *quando dotem repeti oporteat.* Das Wort ἀπαιτέω bedeutet auch im Griechischen sowohl einfordern, als zurückfordern, petere und repetere. S. Schneider's griech. deutsch. Handwörterbuch h. v. Die Glosse des Accursius erklärt auch daß petatur durch *repetatur*.

90) *Comment. in libr. XXXV: Pauli ad Edictum h. L. Tom. II. pag. 586.*

91) *Cit. loc.*

92) Eben dieses scheint auch die Meinung des Ant. Schulting in *Notis ad Dig. a Smalenburg edit. Tom. IV. ad L. 11 et 12. h. t. pag. 269.* und Lhibaut im *Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 479.* zu seyn.

Vertrag gilt nicht, ne, quod indignissimum est, inducat, ut mulier non habuisse dotem existimetur. Diese Erklärung wird nicht nur durch die Basiliken<sup>93)</sup> wahrscheinlich, worin es heißt: ἐπεὶ εὐρίσκεται ἄπροστος ἢ γυνή, i. e. alioquin mulier invenietur indotata; sondern sie wird auch durch den Zusammenhang mit dem §. 2. der L. 12. h. t. bestärkt, wo Paulus folgenden Fall anführt: Si mulier pacta sit, ne amplius, quam pars dimidia dotis a se petatur, et poenam stipulata sit: MELA ait, alterutro eam contentam esse oportere; vel exceptione pacti, et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem<sup>94)</sup>. Pothier<sup>95)</sup> scheint mir daher nicht Unrecht zu haben, wenn er zu den Worten: indotata erit mulier, die Bemerkung macht: Lex autem non patitur, ut mulier, quae dotata fuit, fiat indotata, aut minus dotata: unde concludendum reliquit, tale pactum non valere.

V. Eheverträge dürfen auch endlich den Rechten dritter Personen keinen Eintrag thun, welche weder ausdrücklich noch stillschweigend eingewilliget haben, obwohl einem Dritten dadurch Vortheile erworben werden können.

L. 7. in fin. D. h. t. POMPONIUS libro XV. ad Sabinum: Dicendum est, paciscendo filiam patris conditionem deteriolem facere non posse

93) Tom. IV. pag. 689.

94) Man sehe über diese Stelle HAUBOLD Diss. de Fabio Mela Icto; eiusq. fragmentis. Lips. 1806. §. 13. und SCHULTING Not. ad Dig. Tom. IV. ad h. L. pag. 270.

95) Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. c. pag. 29.

eo casu, quo, mortua ea in matrimonio, dos ad patrem reversura est.

L. 9. D. eodem. POMPONIUS libro XVI. ad Sabinum. Si ita conveniat, ut, si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero, si mortuo, filio eius, si filio quoque defuncto, totum suo heredi reddatur: benigna interpretatione potest defendi, utilem stipulationem esse.

L. 10. D. eod. IDEM libro XXVI. ad Sabinum. Avus pactus est, cum dotem pro nepote suscepisset: Ne a se, neve a filio dos peteretur, ab alio vero, quam filio herede, ut dos peteretur: exceptione conventionis filius tuendus erit: quippe heredi nostro cavere concessum est: nec quicquam obstat, quo minus certae personae, si heres erit sibi, caveri possit: quod non idem et in caeteris heredibus cavetur. Et ita CELSUS scribit<sup>96</sup>).

96) Die Stelle des Celsus, worauf sich hier Pomponius beruft, ist aus desselben libro I. Digestorum, und befindet sich L. 53. D. de pactis. Weil nun Celsus daselbst sagt: Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit, et pactus est, ne a se, neve a filio suo dos peteretur etc., so glaubt Cujacius Observation. Lib. XI. Cap. 29. die Lesart in unserer L. 10. h. t. sey unrichtig, man müsse nämlich statt pro nepote suscepisset, vielmehr pro nepte sua promisisset lesen. Ihm stimmen auch Corn. van Eck Princip. iuris civ. sec. ord. Dig. P. II. h. t. §. 1. pag. 87. und Ant. SCHULTING Not. ad Dig. seu Pand. a SMALLENBURG edit. Tom. IV. ad h. L. 10. pag. 268. bey. Allein die Basilica Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 10. p. 688. bestärken die gemeine Lesart, wo es heißt: Προδεχόμε-



L. 7. Cod. de pactis conventis: Impp. DIOCLETIANUS et MAXIM. AA. et CC. Phileto. Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui: licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio.

Zwar scheint hier die Regel des Römischen Rechts entgegen zu stehen, nach welcher man nur für sich, nicht für Andere pacisciren kann, welche auch wirklich in folgenden Constitutionen zur Entscheidungsnorm gebraucht wird.

L. 26. Cod. de iure dot. Jidem Impp. Demostheni. Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto 97)

νος παππος ὀνόματι τοῦ ἰγγόνου προῖκα, καλῶς συμφωνεῖ μήτε αὐτὸν, μήτε τὸν υἱὸν ἀπαιτηθῆναι τὴν προῖκα: ἄλλον δὲ κληρονόμον ἀπαιτηθῆναι. i. e. Avus, qui NEPOTIS SUI nomine dotem suscepit, recte paciscitur, ne a se, neve a filio suo dos petatur; ab alio vero herede petatur. Die gemeine Lesart vertheidiget auch gegen Cujas; Jo. Jac. WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disp. XLVI. §. 21. p. 482.

- 97) Nämlich per emancipationem. Daß hier von einem filio sui iuris constituto die Rede ist, erhellet sowohl aus den vorhergehenden Worten: pater communis, als aus den Basilicis, wo es Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 115. pag. 538. heißt: ἐπερωτήσῃ τῷ παιδί τῷ αὐτεξουσίῳ τὴν προῖκα ἀναδοθῆναι. i. e. filio sui iuris constituto dotem reddi. Besonders aber bestätigt dieses noch die Interpretation des THALELAEUS Sch. z. pag. 654. wo er sagt: τὸ γὰρ extraneo constituto, ἐντᾶνθα κείμενον, δείκνυσιν ὅτι ἐκεῖνο περὶ

stipulatus est, nec sibi cessante voluntate<sup>98)</sup>, nec tibi prohibente iure<sup>99)</sup>, quaerere potuit actionem.

L. 4. C. de pactis conventis. GORDIANUS A. Agatho. Pactum dotale, quo matrem convenisse cum patre tuo proponis, ut si in matrimonio decessisset, tibi et fratribus tuis dos restitueretur; si stipulatio ex persona vestra, cum in potestate patris constituti non essetis, minus legitima intercessit; defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quaerere non potuit. Sed si obligatione verborum rite intercedente dotis petitionem habere potuisti, maxime<sup>100)</sup> si adhuc vinculis potestatis patriae non attigeris, petitionem exequi non prohiberis.

Allein schon die griechischen Scholiasten<sup>1)</sup> haben hiers bey bemerkt, daß diese Gesetze bloß von dem strengen

*ἐπεξουσίον εἶρηται. i. e. Illud enim, extraneo constituto, quod hic habetur, ostendit, id dictum esse de filio, qui in potestate non est.*

98) Basil. pag. 558. ἐπειδὴν μὴ ἑαυτῷ ἐπηρώτησεν: quia sibi stipulatus non est.

99) Basil. ἐπειδὴν δι' ἐλευθέρου προσώπου ἀγωγὴ οὐ προσπορίζεται. i. e. quia per liberam personam actio non acquiritur.

100) Daß Wort *maxime* scheint hier überflüssig zu seyn, wie auch die Glosse bemerkt. Allein es heißt auch zuweilen so viel, als *utique* oder *ita demum*. S. BRISSONIUS de Verb. iur. Signif. voc. *Maxime*. Diese Bedeutung macht das Wort nicht überflüssig. S. POTHIER Pand. Iustinian. T. II. h. t. Nr. XVIII. Not. i. pag. 52.

1) THALELAEUS in Basilic. Tom. IV. pag. 654. Sch. z. und THEODORUS Schol. t. pag. 709.

Rechte zu verstehen seyen, denn eine *actio utilis* sey demjenigen, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen worden, der Billigkeit wegen nicht zu versagen, womit auch Anton Faber <sup>2)</sup> und Joh. Jac. Wissenbach <sup>3)</sup> übereinstimmen. *Favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est*, sagt Paulus *lib. VI. Quaestionum* <sup>4)</sup>, in einem ähnlichen Falle, wo er auch der Billigkeit wegen die *actio utilis* gestattet. Zwar wendet Gerhard Noodt <sup>5)</sup> dagegen ein, sowohl in dem Rescript des Kaisers Gordian, als in jenem der Kaiser Diocletian und Maximian werde die Klage derjenigen Person schlechthin abgesprochen, zu deren Vortheil das *pactum dotale* war errichtet worden, wenn sie nicht selbst mitstipulirt habe, ohne zwischen der *actio directa* und *utilis* einen Unterschied zu machen. Es liege auch gar nicht in der Art der römischen Kaiser, in ihren Rescripten bloß das strenge Recht zu berühren, und die derselben gegenüberstehende Billigkeit zu übersehen, wenn sie den Gerichtsgebrauch für sich hat. Allein daß die Kaiser in den Fällen, wo das strenge Recht die Klage versagt, die *actio utilis* nicht abgesprochen haben, erhellet nicht nur aus der oben angeführten *L. 7. Cod. de pactis conventis*, sondern auch aus meh-

2) *Coniecturar. iuris civ. Lib. I. Cap. 4.*

3) *Commentation. in libros VII. priores Cod. ad L. 4. de pactis convent. pag. 457.*

4) *L. 45. D. Soluto matrim.* Man vergleiche über diese Stelle *Jac. Cujacii Commentar. in librum VI. Quaestionum Pauli. (Oper. Tom. II. p. 1087.)*

5) *Ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus. Cap. XXV. (Oper. Tom. I. pag. 552. sq.)*

rerer andern Rescripten der Kaiser Diocletian und Maximian <sup>6)</sup> welche Noodt selbst anführt, und die ihm das Geständniß abnöthigen: *quod novo iure aliud placuerit.*

Heut zu Tage hat dieses vollends keinen Zweifel, da das Princip des römischen Rechts, daß man durch einen freien Menschen kein Recht erwerben könne, überhaupt in Deutschland gar nicht angenommen ist <sup>7)</sup>.

Daß durch Eheverträge die Rechte eines Dritten nicht dürfen beeinträchtigt werden, ist zwar aus den oben angeführten Gesetzen klar erwiesen; allein diesen scheint das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian entgegenzustreiten, welches *L. 6. Cod. de pactis conventis* folgendermassen lautet:

*Si convenit, ut in matrimonio uxore defuncta, dos penes maritum remaneret: profectitiae dotis repetitionem huiusmodi pactum inhibuisse, explorati iuris est: cum deteriolem causam dotis, in quem casum soli patri repetitio competit, pacto posse fieri, auctoritate iuris saepissime sit responsum.*

Wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wurde, und der Vater lebte noch, so fiel eigentlich die dos profectitia an den Vater zurück. Von diesem Rück-

6) *L. 8. Cod. ad Exhibendum. L. 3. Cod. de donationib. quae sub modo.*

7) *S. den 4. Th. dieses Commentars §. 543. S. 564.* Man sehe auch *Ferd. Christ. HARPPRECHT Diss. de fideicommisso conventionali §. 16. (in Eius Dissertat. acad. Vol. II. p. 188.)*

forderungsrechte soll der Vater durch das pactum dotale ausgeschlossen werden. Unmöglich kann ein solcher Vertrag zum Nachtheil des Vaters, ohne dessen Einwilligung, zwischen Mann und Frau geschlossen werden. Denn dies wäre ein offenkundiger Verstoß gegen die bekannte Rechtsregel: *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri* <sup>8)</sup>. Es kann daher dieses Rescript wohl anders nicht, als von einem solchem Vertrage verstanden werden, den der Vater selbst mit seinem Schwiegersohne schließt, daß er die dos behalten solle, wenn die Frau in der Ehe sterben würde <sup>9)</sup>. Daß durch den Ehevertrag, worin die Erbfolge unter den Ehegatten bestimmt worden ist, der Pflichttheil der Kinder oder Eltern nicht verletzt werden darf, versteht sich ohnehin. Auch dürfen Ehegatten, welche zur andern Ehe schreiten, in den Ehepacten nichts verfügen, was den zum besten der Kinder der ersten Ehe gemachten gesetzlichen Vorschriften zuwider ist <sup>10)</sup>. Sie dürfen z. B. nicht wider die L. 6. Cod. de secundis nuptiis anstoßen <sup>11)</sup>. Es wäre denn, daß diejenigen, welchen die Ehestiftung zum Nachtheil gereicht, ausdrücklich oder stillschweigend eingewilliget hätten, und auch auf eine

8) L. 74. D. de div. Reg. iuris.

9) So verstehen unsere L. 6. G. de pact. conv. auch Jac. CUIACIUS in Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 14. lib. V. und Jo. Jac. WISSENBACH Commentation. in libros VII. priores Cod. h. L.

10) S. Just. Claprotth's Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge. 1. Th. §. 157.

11) S. Tob. Jac. REINHARTH Select. Observat. ad Christinaeum. Vol. I. Obs. 72. et 75. Smelin's und Elsäfers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 1. B. Nr. XX. S. 153. ff.

rechtsgültige Art einwilligen konnten. Daher können z. B. die Eltern, welche in die Ehepacten ihrer Kinder eingewilliget haben, worin eine allgemeine Gütergemeinschaft, oder gegenseitige Erbfolge unter den Ehegatten ist festgesetzt worden, keinen Pflichttheil fordern, weil ihre Einwilligung als eine stillschweigende Entsagung desselben angesehen wird <sup>12)</sup>.

§. 1246.

Eintheilung der Eheverträge in einfache und gemischte.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß die deutschen Eheverträge sich von den *pactis dotalibus* der Römer vorzüglich darin unterscheiden, daß darin gewöhnlich auch zugleich die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten bestimmt wird. Solche successorische Eheverträge werden nun heut zu Tage in Rücksicht ihrer äußern Form und Wirkung in einfache, *pacta dotalia simplicia*, und gemischte, *pacta dotalia mixta*, eingetheilt. Erstere werden diejenigen genannt, welche in der Form eines Vertrags errichtet worden, und, wie alle andere Verträge, einseitig nicht widerrufen werden können. Letztere aber nennt man diejenigen, welche in der Form eines letzten Willens, einer Schenkung von Todes wegen, errichtet worden, und daher, wie diese, stets einseitig widerrufen werden können. Ursprünglich waren in Deutschland nur die erstern bekannt, und deren unwiderrufliche Gültigkeit

12) *S. Frid. Es. a PUFENDORE* Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 116. *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCIX. medit. 4. *de SELCHOW* Elem. iuris germ. priv. §. 428. *Schott* Einleit. in das Ehe-recht. §. 313.

gar keinem Zweifel unterworfen<sup>13)</sup>. Nachdem aber das Römische Recht in Deutschland war eingeführt worden, fingen die romanisirenden deutschen Juristen an die unwiderrufliche Gültigkeit der successorischen Eheverträge zu bestreiten. Sie behaupteten, daß kein Mensch seinem Rechte, ein Testament zu machen, und seinen Willen in Absicht auf seine künftige Verlassenschaft nach Gefallen zu ändern, gültig entsagen könne. Um nun aber das deutsche Recht mit dem römischen zu verbinden, so wurden die Eheverträge, worin man dem überlebenden Ehegatten auf den Todesfall sein Vermögen hinterlassen wollte, in der Form einer letzten Willensverordnung errichtet, um auf solche Art nicht nur die Freyheit der Willensänderung zusichern, sondern auch die Aufsechtung derselben aus dem röm. Rechte abzuwenden. So offenbar unrichtig nun auch diese Ansicht war, indem ja ein fremdes Recht, welches nur in Ermangelung vorhandener deutscher Rechte und Gewohnheiten zu Hülfe genommen werden sollte, einen von jeher anerkannten alten deutschen Rechtsgrundsatz nicht zu verdrängen vermochte; so drangen doch diese Juristen mit ihrem irrigen Raisonnement in mehreren deutschen Ländern, z. B. in Sachsen, Anhalt, Frankfurt u. m. a.<sup>14)</sup> in so weit durch, daß diese Ehe-

13) *Leges Ripuariorum*. Tit. 57. Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum, seu chartarum instrumenta conscripserit, *perpetualiter inconvulsum permaneat*. Mehrere Beweise aus den alten deutschen Gesetzen und gerichtlichen Formeln führt *Just. Henn. BOEHMER* in *Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus*. Cap. I. §. 8. an.

14) Mehrere Beispiele führen an *de SELCHOW* in *Elem. iuris Germ. priv.* §. 427. Not. 2. und *Kunde* in den *Grundsätzen des gem. deutschen Privatrechts*. §. 571. Not. a.

rie in mehrere deutsche Gesetzgebungen aufgenommen wurde. Indessen vermochte dennoch diese aus einer ganz unschicklichen Vermischung des römischen und deutschen Rechts hervorgegangene Theorie nicht, ein durchgehends in Deutschland althergebrachtes Recht, nach welchem, so wie alle und jede Verträge, also auch insonderheit Erbverträge, und unter diesen die Eheverträge, als deren allergewöhnlichste Gattung, eine vollkommene Verbindlichkeit und unwiderrufliche Gültigkeit behaupten, allenthalben zu verdrängen. Einsichtsvollere deutsche Rechtsgelehrte<sup>15)</sup> blieben daher bey diesem alten deutschen Grundsatz, und mehrere deutsche Gesetzgebungen bestätigten ihn, ja gewiß, im Verhältniß zu jenen, bey weitem die meisten<sup>16)</sup>. Auf diese Art bildete sich die wissenschaftliche Eintheilung der Eheverträge in gemischte und einfache, welche von einigen<sup>17)</sup> vertheidiget wird, andere<sup>18)</sup> aber als eine abentheuerliche Hirnge-

15) S. GALL *Observat. pract. Lib. II. Obs. 126.* SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exerc. VIII. Th. 36—40. et Exerc. XXXVI. Th. 93. in fin.* STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 5.* LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. u. a. m.*

16) Man sehe das große Verzeichniß der deutschen Stadt- und Landrechte bey de SELCHOW in *Elem. iuris Germ. priv. §. 427. Not. 3.* in Vergleichung zur *Not. 2.*

17) S. *Aemil. Lud. HOMBERGK zu Bach Diss. de origine atque indole distinctionis pactorum dotalium in simplicia et mixta, eorumque recta interpretatione. Marburgi 1749. 4.* *Frid. Jes. a PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. I. Obs. 209.* *Lud. Fried. Griesinger's Commentar über das Württemberg. Landrecht. 5. B. §. 61.*

18) S. *Joh. Pet. von Ludewig gelehrte Anzeigen 3. Th. CXX. Stück. Phil. Jac. GRAU Specim. sistens mix-*



burt romanisirender Rechtsgelehrten aus den Schulen und Gerichten verbannt wissen wollen. Da jedoch diese Eintheilung durch die Verschiedenheit der deutschen Gesetzgebungen nun einmal ein practisches Ansehen gewonnen hat; so kann sie nicht geradezu verworfen werden, sondern es muß in vorkommenden Fällen immer sowohl die Intention der Partheyen, als die Vorschrift der Landesgesetze berücksichtigt, und darnach die Sache behandelt werden<sup>19)</sup>. Denn wenn auch als Regel angenommen wird, daß ein Ehevertrag, worin über die künftige Erbfolge der Ehegatten etwas bestimmt wird, in Deutschland eine unwiderrufliche Gültigkeit behauptet; so würde doch der Richter offenbar die Grenzen der richterlichen Gewalt überschreiten, wenn er

turam incongruam iuris Rom. et Germ. in Practicorum distinctione pactorum dotalium in simplicia et mixta, quo discrimen hoc citra omnem tam Rom. quam German. iuris assistentiam purum esse figmentum Practicorum, claris et liquidis evincitur argumentis. *Marburgi 1744. Gosw. Jos. de BUINICK Error Pragmaticorum circa distinctionem pactorum dotalium in simplicia et mixta. Coloniae 1770. B. PÜRTER Elem. iuris Germ. priv. hodierni. §. 288. und Desselben außerlesene Rechtsfälle. 1. B. 2. Th. Resp. XLVI. HOMMEL Rhapsod. Quaest. in foro quotidie obvient. Vol. I. Obs. 205. Mart. Gottl. PAULI Diss. de divisionis pactorum nuptialium in simplicia et mixta origine auctoritateque praesenti. Vitemb. 1771. Kunde Grundf. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 570. und 571.*

19) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 571. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1246.

nach diesem Grundsatz in einem Lande sprechen wollte, nach dessen Gesetzen ein anderes verordnet ist, sofern nicht die Partheyen die unabänderliche Verbindlichkeit des Vertrags ausdrücklich verabredet haben. Ja wenn auch in einem Lande die Gültigkeit der einfachen successorischen Eheverträge durch Gesetze oder Herkommen unbezweifelt anerkannt ist; so kann dieses dennoch die Ehegatten nicht hindern, gemischte Eheverträge unter sich zu errichten. Mehrere Rechtsgelehrten<sup>20)</sup> wollen zwar in diesem Falle die Gültigkeit solcher gemischten Eheverträge aus dem Grunde bezweifeln, weil die Eigenschaft der Widerruflichkeit dem Wesen eines Vertrags geradezu entgegen sey. Allein daß es dem Wesen eines Vertrags nicht zuwider sey, wenn die Paciscenten ausdrücklich unter sich festsetzen, daß der Vertrag erst mit dem Tode des Paciscenten, welcher dem Andern etwas zu leisten verspricht, unwiderruflich seyn solle, beweisen mehrere selbst in dem römischen Recht vorkommende Beispiele<sup>21)</sup>. Eben so wenig ist es einigem Zweifel unterworfen, daß in einem Lande, wo die gemischten Eheverträge durch Gesetze oder Herkommen eingeführt sind, von den Ehegatten auch einfache Eheverträge errichtet werden können, welche unverbrüchlich gehalten

20) S. GRAU Specim. cit. Cap. III. §. 51. *Ge. Henr. AYNER* Progr. de pactorum successoriorum inter coniuges stabilitate legibus firmiter stabilienda. *Goett.* 1760.

21) Z. B. eine Schenkung von Todes wegen, eine Schenkung zwischen Mann und Frau, eine Schenkung, welche der Vater seinem Hauskinde macht, erlangt erst durch den Tod des Schenkenden eine unwiderrufliche Gültigkeit. *S. Griesinger's Commentar über das Württemberg. Landrecht.* 5. B. §. 61. S. 255 — 256.

werden müssen, wosern nicht die Landesgesetze ein anders verordnet haben<sup>22)</sup>).

§. 1247.

Unterschied zwischen einfachen und gemischten Eheverträgen.

Nachdem nun einmal die Eintheilung der Eheverträge in einfache und gemischte durch die Praxis eingeführt worden, so ist auch der Unterschied zwischen beyden von practischer Wichtigkeit. Er besteht darin.

1) Einfache Eheverträge werden bloß nach den Grundsätzen von Verträgen beurtheilt. Sie erfordern daher a) keine äußere Förmlichkeit, sondern die bloße Einwilligung der Interessenten ist zur Errichtung derselben hinreichend. Zwar wollen einige Rechtsgelehrten<sup>23)</sup> die gerichtliche Bestätigung in dem Falle für nothwendig halten, wenn der Ehemann durch den Ehevertrag mehr, als 500 Ducaten, zu erlangen sucht; allein, wosern nicht die besondern Landesgesetze die gerichtliche Insinuation zur Form ausdrücklich vorgeschrieben haben; ist sie zwar wohl anzurathen, allein nothwendig ist sie nicht, wie Pütter<sup>24)</sup> sehr gründlich ausgeführt hat. b) Als wahre Verträge, deren Erfüllung nur bis auf die Zeit des Todes der Contractanten ausgesetzt ist, insofern nämlich von deren gegenseitigen Erbfolge die Rede ist, sind einfache Eheverträge

22) S. Struben's rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. LXIII. S. 244. a. E.

23) MASCOV Electa dotalia. §. 26. Joh. Christ. von QUISTORP rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. XXXVI.

24) Auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Th. Resp. XLVI. S. 457.

sogleich vollkommen gültig und verbindlich. Sie können daher einseitig nicht widerrufen werden, es sind vielmehr Testamente und alle andere Dispositionen, insofern sie denselben zuwider, ohne Einwilligung des andern Theils, errichtet worden sind, für nichtig zu halten <sup>25)</sup>. c) Einfache Eheverträge, wodurch die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten bestimmt worden ist, begründen ein wahres Erbrecht. Der Ehegatte, welcher vermöge derselben succedirt, genießt daher auch alle Rechte und Vortheile eines wahren Erben. Ja er ist der einzige wahre Erbe des Verstorbenen, neben welchem kein anderer successor universalis Statt haben kann, vorausgesetzt, daß dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen des Verstorbenen zugesichert worden <sup>26)</sup>. Durch diese vertragmäßige Erbfolge wird also die gesetzliche Erbfolge eben so ausgeschlossen, als die Ehegatten, welche solche einfache Eheverträge schließen, hierdurch stillschweigend auf die statutarische Portion Verzicht gethan haben <sup>27)</sup>. Wäre hin

25) BOEHMER Diss. de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalib. Cap. II. §. 9. Jo. Christoph. HARTMANN Disp. de pactis dotalibus in vim contractus initis. Erford. 1716. §. 33. sqq. Frid. Gottl. ZOLLER Exercit. iurid. quaestionem continens, an pacta dotalia invita altera parte revocari possint? Lipsiae 1770. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 551. Dan; Handbuch des deutschen Privatrechts. 6. Band. §. 570. von Bülow und Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. IV. B. XXIX. Erört. §. 7. ff.

26) C. BOEHMER Diss. cit. Cap. II. §. 10. sqq.

27) C. LEYSER Vol. V. Specim. CCCVII. medit. 5. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 53. Christoph.

gegen dem überlebenden Ehegatten nur ein Theil der Erbschaft zugewendet worden, so kann zwar in Rücksicht des übrigen Vermögens des Verstorbenen noch eine Intestat- oder Testamentserbschaft Statt finden, weil sich nach deutschen Rechten die vertragmäßige Erbfolge mit beyden verträgt <sup>28)</sup>. Es ist aber denn doch immer der überlebende Ehegatte noch als Miterbe anzusehn, dem daher weder der Intestat- noch der Testamentserbe die Falcidische oder Trebellianische Quarte abziehen darf <sup>29)</sup>. Ja von diesem Abzuge würde der überlebende Ehegatte auch dann frey zu sprechen seyn, wenn ihm auch nicht einmal eine pars quota hereditatis, sondern nur eine Summe Geld ausgesetzt worden wäre, weil dieses wenigstens als eine Schenkung unter den Lebenden anzusehen seyn würde, bey welcher auch selbst nach dem römischen Recht die Falcidia nicht Statt findet <sup>30)</sup>. Der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf die statutarische Portion fällt aber auch hier weg <sup>31)</sup>; wo

*Henr. de BERGER* Disquisit. Utrum et quousque pacta dotalia ex statutis sint interpretanda et supplenda? *Viehb.* 1722. 4. §. 7. *Car. Fcid. WALCH* Exerc. de renunciacione portionis statutariae tacita. (*Jenae* 1760.) §. 7. et 11. (in *Opuscul.* Tom. II. pag. 245. et 250.) *HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 550.

28) *S. BOEHMER* Diss. cit. Cap. II. §. 11.

29) *Jo. God. BAUER* Diss. de quarta Trebellianica in pacto nuptiali exule. *Lips.* 1751. §. 11. et 16. sqq. (in *Opusc.* T. I. Nr. VII.)

30) *L. 27. D. de mortis causa donation.* *Danz* Handb. des deutschen Privatrechts. 6. Band. §. 570. S. 187.

31) *S. Christ. Gottl. HAUBOLD* ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. Lib. I. Tit. III. Th. 11. not. b. pag. 146. und *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCVII. Medit. 5.

fern er sich nicht solche ausdrücklich vorbehalten hat <sup>32)</sup>, vorausgesetzt, daß es demselben bekannt war, daß ihm diese Portion zukomme, oder dieses wissen konnte <sup>33)</sup>. Von ganz anderer Art sind

2) Die gemischten Eheverträge. Diese werden nach den Grundsätzen letzter Willensverordnungen beurtheilt, und zwar hat man die Grundsätze des römischen Rechts von Schenkungen von Todes wegen auf sie übertragen <sup>34)</sup>. Sie müssen daher a) entweder gerichtlich oder vor fünf Zeugen errichtet werden <sup>35)</sup>. b) Ihre vollkommene Gültigkeit erhalten sie erst durch den eintretenden Todesfall eines der Ehegatten. Sie können daher bis dahin einseitig widerrufen werden; jedoch steht dieses Recht nur den Ehegatten selbst, nicht aber deren Eltern zu, wenn diese gleich den Ehevertrag Namens der Kinder geschlossen haben sollten <sup>36)</sup>. c) Gemischte Eheverträge, wenn auch dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen des verstorbenen wäre vermacht worden, begründen nur eine *successio singularis*, neben welcher also ein

32) Danz a. a. O. §. 570. Nr. V. S. 186.

33) *Iuri ignoto renunciari haud potest.* S. WALCH cit. Diss. de renunciacione portionis statutariae tacita. §. 8.

34) S. BOEHMER Diss. de success. hereditar. coniugum ex pactis dotalib. Cap. II. §. 4.

35) BERGER in *Oecon. iuris.* Lib. I. Tit. III. Th. XI. Not. 5. hält die gleichzeitige Gegenwart der 5 Zeugen so wenig, als eine Rogation derselben für nöthig. Allein es sind hier die Grundsätze des röm. Rechts zu befolgen. *L. ult. §. ult. Cod. de codicillis. L. ult. Cod. de mortis causa donat.*

36) S. HOFACKER *Princ. iur. civ.* T. I. §. 532. a. S.

anderer Intestat: oder Testamentserbe vorausgesetzt wird<sup>37)</sup>.  
 d) Bey gemischten Eheverträgen findet daher, wie bey Schenkungen von Todes wegen, der Abzug der Falcidischen Quarte Statt<sup>38)</sup>. Von einer Enterbung, oder Substitution aber, kann hier darum keine Rede seyn, weil dergleichen Verfügungen nur in Testamenten, nicht aber in Schenkungen von Todes wegen angeordnet werden können<sup>39)</sup>. Jedoch kann eine fideicommissarische Substitution darin geschehen<sup>40)</sup>.

## §. 1243.

Für welche Art der Eheverträge streitet im Zweifel die Vermuthung?

Entsteht in einem vorkommenden Falle die Frage, ob die errichtete Ehestiftung für eine einfache oder für eine gemischte zu halten sey, so haben die Interessenten entweder ihre Absicht, unwiderruflich oder widerruflich disponiren zu wollen, deutlich ausgedrückt, oder nicht. In jenem Falle fällt aber Zweifel weg. Haben also die Parscipienten ausdrücklich erklärt, daß sie unwiderrufliche Ehepacten haben errichten wollen, so kommt es auf die Worte, wie sie die Erbfolge unter sich festgesetzt haben, nicht weiter an, wenn diese auch auf einen letzten Willen hindeuten sollten<sup>41)</sup>. In dem letztern Falle aber streitet die rechtliche

37) BOEHMER Diss. cit. loc. cit. Thibaut Syst. des Pandektenrechts. 1. B. §. 480.

38) L. 2. C. de mort. caus. donat. Claproth's Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge. 1. Th. §. 160. S. 466. Danz a. a. D. S. 187.

39) Claproth a. a. D.

40) L. 1. C. de mort. c. donat. Claproth a. a. D.

41) S. WERNHER select. Observation. for. Tom. II. P. X. Obs. 555. et Tom. III. P. 1. Obs. 101.

Vermuthung im Zweifel immer dafür, daß die Ehestiftung, als eine einfache und unwiderrufliche, sey errichtet worden, weil diese der Natur der Verträge mehr entspricht, von welcher aber die Eigenschaft der Widerruflichkeit offenbar abweicht, die als irregulär nie vermuthet werden kann<sup>42)</sup>. Daher können auch weder die gebrauchten Ausdrücke erben, succediren, vermachen, als welche ebenfalls auf eine vertragmäßige Erbfolge passen, noch die Zuziehung von Zeugen, wenn deren gleich an der Zahl fünf seyn sollten, da solches auch wohl bey einfachen Eheverträgen der Fall seyn kann; noch die Beyfügung der Codicillar-Clausel, als welche hier offenbar vergeblich angebracht wird, da sie nur bey unförmlichfehlerhaften Testamenten von Wirkung seyn kann, für sich allein eine Vermuthung für gemischte Ehestiftungen begründen<sup>43)</sup>. Könnten freylich nach den besondern Gesetzen oder nach einem unbestrittenen Herkommen an einem Orte einfache successoriſche Eheverträge nicht gültig errichtet werden; so müßte der Richter gegen die Gültigkeit der einfachen Ehestiftungen bloß für die gemischten sprechen.

## §. 1249.

Fälle, wo Eheverträge ihre Gültigkeit verlieren.

Eheverträge verlieren ihre Gültigkeit, 1) wenn die Ehe gar nicht erfolgt, oder 2) durch Ehescheidung getrennt wird.

42) Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bd. 63. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 209. Clarroth angef. Rechtswissenschaft. 1. Th. §. 160. S. 466.

43) HOMBERG zu Bach Diss. de origine et indole distinctionis pactor. dotal. in simplicia et mixta. Cap. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 553. Danja a. a. D. §. 570. S. 184.



Denn sie sind immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen, wenn die Ehe wirklich erfolgt, und bis an den Tod fort dauern wird. 3) Wenn sie mit beyderseitiger Einwilligung, vorausgesetzt, daß dadurch das Recht eines Dritten nicht verletzt wird <sup>44)</sup>, oder, sofern es gemischte Eheverträge sind, durch einseitigen Widerruf sind aufgehoben worden. 4) Durch Kinderzeugung, wenn nämlich in der Ehebedingung, bey der darin bestimmten Erbfolge der Ehegatten, die Kinder, die in der Ehe erzeugt werden könnten, entweder gar nicht bedacht, oder die Ehepacten nur auf den Fall errichtet worden sind, wenn keine Kinder in der Ehe erzeugt werden würden. Es tritt hier die deutsche Parömie ein: Kinderzeugen bricht Ehefestigung <sup>45)</sup>, welche jedoch nur so zu verstehen ist, daß die Ehefestigung bloß in Rücksicht der darin verabredeten Erbfolge der Ehegatten durch die Geburt der Kinder aufgehoben wird, vorausgesetzt, daß die Kinder auch noch zu der Zeit am Leben sind, da von der Erbfolge die Rede seyn kann. In Ansehung alles übrigen, was sonst noch in den Eheverträgen, ausser der Erbfolge, bestimmt worden ist, behalten

44) S. Pütter's auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Th. Resp. XLV.

45) S. Jo. Heinr. EVERHARD Exercit. acad. de pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum tollendis. *Herbornae* 1766. Joh. Fried. Eisenhart's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. Nr. XXV. S. 145. und Ernst Lud. Aug. Eisenhart in der Anmerk. 1. zur neuen Ausgabe. (Leipz. 1792.) Pütter's auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 2. Th. Decis. LXVI. n. 32 — 34. S. 555. Christ. Aug. Günther's rechtliche Bemerkungen. 1. Th. (Helmstädt 1802.) Nr. V. S. 24. ff.

dieselben ihre verbindliche Kraft, auch wenn der Kinder darin gar nicht gedacht worden ist, gerade so, wie nach der Nov. CXV. Cap. 3. das Testament, ausser der Erbeinsetzung, in allen übrigen Puncten gültig bleibt, wenn darin Kinder, denen der Pflichttheil gebührt, von den Eltern übergangen worden sind. Die Grundsätze des röm. Rechts von den Rechten der Notherben finden hier ihre vollkommene Anwendung. Denn sie beruhen auf solchen Gründen, welche sich nicht bloß auf Testamente beschränken, sondern bey allen andern Dispositionen, wodurch Notherben in ihrem Pflichttheil verletzt worden sind, eben sowohl Anwendung finden <sup>46)</sup>. Sehr richtig sagt daher Pufendorf <sup>47)</sup>: Quibus hereditas per praeteritionem vel exheredationem testamento auferri non potest, iis nec pacto auferri, iuris utique ratio exigit. Neque intelligitur, cur parentibus pacto successorio, quam testamento, plus in liberos liceat, adeoque cum in testamento praeterire liberos non possint, cur pacto possint? Certe utique semper idem liberorum favor intelligitur. — Omnino igitur huiusmodi pacta successoria vel nulla seu irrita declaranda, vel ut inofficiosa rescindenda sunt, nec sufficit, si legitimam portionem heres liberis offerat, quod tum demum admitti potest, si titulum honorabilem heredis liberi consequantur. Es sind jedoch nicht alle Rechtsgelehrten

46) S. Jo. Henr. MAYER Diss. An et quatenus principia iuris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint? Goettingae 1805.

47) Observation. iuris univ. Tom. II. Qbs. 173.

dieser Meinung. Mehrere <sup>48)</sup> bestreiten die Gültigkeit des Schlußes von Testamenten auf Verträge; sie läugnen, daß den Kindern das Recht zustehe, einen solchen Ehevertrag anzufechten, worin sie übergangen worden sind, und wollen ihnen weiter nichts, als das Recht einräumen, den Pflichttheil zu fordern. Allein der Irrthum dieser Rechtsgelehrten leuchtet in die Augen. Erbverträge sind nach deutschen Rechten ein eben so gesetzmäßiger modus, über sein Vermögen auf den Todesfall zu disponiren, wie bey den Römern die Testamente. Wer also über sein Vermögen einen Erbvertrag errichten will, muß die Rechte der Notherben nicht minder respectiren, als wenn er ein Testament gemacht hätte <sup>49)</sup>. Denn daß diese Rechte nicht bloß auf Testamente beschränkt sind, sieht man schon daraus, weil sie die römischen Gesetze selbst bey Schenkungen unter den Lebenden, ja selbst bey der Bestellung einer Brautgabe zur Anwendung bringen <sup>50)</sup>. Das Römische Recht ist nun in Deutschland in seinem ganzen Umfange recipirt, so weit es anwendbar ist. Das Recht der Kinder auf den Pflichttheil ist aber nach diesem Recht unverletzbar <sup>51)</sup>. Diesem Rechtsfage wird auch von den Gegnern nicht widersprochen. Den Pflichttheil wollen sie frey-

48) *Car. Ferd. HOMMEL* Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs. 205. nr. 5. *Jo. Christ. REINHARD* Diss. de pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum haud tollendis praes. *Jo. Frid. EISENHART* def. Helmstadii 1764. 4.

49) *S. MAYER* Diss. cit. Cap. 1. §. 5 — 7.

50) Vid. Tit. Cod. de inofficiosis donationibus (III. 29.) et Tit. de inofficiosis dotibus. (III. 50.)

51) L. 32. C. de inoff. testam. Nov. XVIII. cap. 3.

lich den Kindern lassen, welche in dem elterlichen Erbvertrage übergangen worden sind; sie sollen nur den Vertrag nicht anfechten dürfen. Allein sie hätten nicht vergessen sollen, daß es nach den neuesten Verordnungen des Kaisers Justinian nicht genug sey, wenn die Kinder ihren Pflichttheil der Quantität nach bekommen. Sie sollen ihn auch in der gehörigen Qualität, das heißt, als Erbtheil, folglich *titulo universali* erhalten. Haben sie ihn in dieser gesetzlichen Eigenschaft, als Erben, nicht erhalten, so können sie auf Rescission der ihnen nachtheiligen Disposition klagen, und verlangen, daß ihnen die Erbschaft, als Intestat-Erben, zuerkannt werde <sup>52)</sup>. Nun spricht zwar freylich Justinian gerade in dieser seiner neuesten Verordnung nur von Testamenten. Allein was die Gesetze von Erbeinsetzung der Notherben, vom Pflichttheil, und von dem Rechtstitel desselben bey Testamenten verordnen; das muß auch bey Erbverträgen gelten. Denn der Grund der Gesetze ist der nämliche. Ihre Absicht ist, die nächsten Blutsfreunde gegen das Unrecht der Ausschließung von der Erbschaft zu schützen, und diesen Notherben ihr Recht auf den Pflichttheil zu versichern <sup>53)</sup>. So wenig nun durch Testamente das Recht eines Notherben an Quantität und Qualität verletzt werden darf; eben so wenig darf es durch Erbverträge geschehen <sup>54)</sup>.

52) *Nov. CXV. Cap. 3.* Man vergleiche hier den Commentar Th. 7. §. 548. S. 112. und §. 551. S. 321 ff.

53) *Nov. CXV. Cap. 5.*

54) Man sehe hier vorzüglich Nic. Thad. Gönner, über den Begriff eines Notherben, und die Erlösung dieser Eigenschaft in besonderer Anwendung auf teutsche Erbverträge. Landshut 1812. 8.

Denn Erbverträge haben im Gegensatz der Intestaterbfolge dieses mit Testamenten gemein, daß sie eine Erbschaft vermöge des erklärten Willens des Erblassers übertragen. Sie unterscheiden sich von Testamenten nur darin, daß sie nicht auf der einseitigen Willenserklärung beruhen, und daher keiner Abänderung unterliegen, sondern als Handlung unter den Lebenden, als Vertrag, sogleich für beyde Theile verbindlich und unwiderruflich sind. Wer also eine Erbschaft vermöge eines Erbvertrags erhält, ist eben so anzusehen, als wäre er in einem Testamente als Erbe eingesetzt worden. Er ist also sogut wahrer Erbe, als der Testamentserbe, und hat alle Rechte der Testamentserben. Daher kann auch der Pflichttheil *titulo universali* in einem Erbvertrage gegeben, und der Motherbe, welcher ihn als Erbe durch Vertrag erhält, muß eben so angesehen werden, als ob er in einem Testamente als Erbe wäre eingesetzt worden<sup>55)</sup>. Sind also die Kinder in dem Ehevertrage ihrer Eltern sogut, wie der überlebende Ehegatte, in Rücksicht auf die Erbfolge, bedacht; so ist die Ehestiftung nicht ungültig, wenn auch das, was sie erben sollen, den ihnen gebührenden Pflichttheil, der Quantität nach, nicht erschöpfen sollte. Sie können in diesem Falle nur auf Ergänzung klagen<sup>56)</sup>.

Da bey gemischten Eheverträgen der überlebende Ehegatte nur wie ein *mortis causa donatarius*, und also als ein *successor singularis* betrachtet wird; so sind hier die Kinder die eigentlichen Intestaterben des verstorbenen Gatten. Sind sie also auch nicht bedacht,

55) S. Gönner's angef. Schrift. S. 95 ff.

56) S. Günther's angef. rechtl. Bemerkungen. 1. Th. S. 24.

so können sie dennoch den Vertrag nicht als ungültig anfechten, weil hier, außer ihnen, kein Erbe vorhanden ist, durch den sie wären ausgeschlossen worden. Sie können also in diesem Falle eben so, als wären sie übermäßig mit Vermächtnissen beschwert worden, den ihnen gebührenden Pflichttheil, als Surrogat der Falcidie, fordern, weshalb ihnen denn auch diejenigen Rechtsmittel zu Gebote stehen, deren sich der Erbe wegen der Falcidischen Quarte bedienen kann<sup>57)</sup>.

57) S. den 7. Th. des Commentars. §. 550. S. 180 ff.

## Lib. XXIII. Tit. V.

## De fundo dotali.

## §. 1250.

## Veräußerungsverbot unbeweglicher Dotalgüter.

Wie weit sich das Veräußerungsrecht des Ehemannes in Ansehung des Heyrathsguts der Ehefrau erstreckt, ist schon oben (§. 1256.) erörtert worden. Es ist auch schon oben bemerkt worden, daß das Justinianische Recht jede Art der Veräußerung unbeweglicher Dotalgüter dem Ehemann untersagt, wenn sie auch mit Einwilligung der Frau geschähe<sup>58)</sup>. Eben so ist auch schon oben die

58) *Pardulph. PRATEIUS* ad Legem Juliam de fundo dotali. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. V. p. 521. sq.) *Jos. Fernand. de RETES* succisiva selectio ad Legem Juliam de fundo dotali. (in *Thes Meerman.* Tom. VI. pag. 471. sq.) *Jac. CUJACIUS* Observation. Lib. VII. Cap. 23. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* Paratitla ad Tit. Dig. et Cod. de fundo dotali. *Tubingae* 1656. *Car. Em. BADER* Diss. de iure mariti circa alienationem dotis, praes. *Rud. Christoph. HENNE*, *Erfordiae* 1779. def. 4. *Jo. Phil. El. FRESENII* Diss. de alienatione bonorum uxiorum partim valida partim in-

ausgedehnte Bedeutung des Ausdrucks *alienatio*, Veräußerung, erklärt worden. Hier bemerke ich nur noch, daß das Veräußerungsverbot den Bräutigam eben so wohl, wie den Ehemann, angeht<sup>59)</sup>. Da jedoch die Universal-Succession, als solche, dem Veräußerungsverbote nicht unterworfen ist, so geht zwar nach dem Tode des Mannes der fundus dotalis mit der Universal-Erbchaft auf den Erben desselben über, aber doch nur mit dem Rechte der Unveräußerlichkeit<sup>60)</sup>. Denn das Grundstück hört auch

*valida ex iure praecipue Francofurtano, praes. Jo. Christoph. Koch. Giessae 1775. 4.) Steph. LUZAC Specim. exhibens observationes nonnullas ad Legem Juliam de fundo dotali. Lugd. Batavor. 1781. 4. Rud. HOMMEL Diss. de fundo dotali eiusque ex iure Romano, Germanico, et Saxonico alienatione, praes. Christ. Gottl. BIENERO, Lipsiae 1786. 4. und Gottfr. Henr. BOETTCHER Specim. quo vicissitudines iuris Rom. circa obligationem et alienationem fundi dotalis proponuntur. Goettingae 1797. 8. welche letztere Schrift jedoch ein fast wörtlicher Abdruck des ganzen ersten Kapitels der vorhergehenden Dissertation ist.*

59) *L. 4. D. h. t.*

60) *L. 1. §. 1. D. eodem. PAULUS libr. XXXVI. ad Edictum. Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti: cum suo tamen iure, ut alienari non possit. Man sehe auch L. 62. D. de acquir. rer. dom. S. Jac. CUIACIUS Commentar. in libr. XXXVI. Pauli ad Edictum ad L. 1. D. h. t. Oper. Tom. II. pag. 590 sq. und Haffse über Universitas iuris und rerum, in dem Archiv für die Civilist. Praxis von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 5. B. Nr. I. S. 41.*



nach getrennter Ehe nicht auf Dotalgut zu seyn <sup>61)</sup>. Des Schwiegervaters Einwilligung bey der Veräußerung des praedii dotalis gilt übrigens so wenig, als die Einwilligung der Frau <sup>62)</sup>. Denn hat der Vater einmal das Heyrathsgut für die Tochter bestellt, so hat sie es nun als Frau erworben. Der Vater kann also durch seine Einwilligung nur sich, nicht aber seiner Tochter, schaden <sup>63)</sup>. Die Frau selbst aber kann darum keine verbindliche Einwilligung ertheilen, weil das Gesetz besorgt, der Mann möchte sie durch Drohungen oder Schmeicheleyen dazu verleitet haben, oder, wie das Gesetz <sup>64)</sup> sagt: ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam.

61) *L. 12. pr. D. h. t. PAPINIANUS libr. I. de adulteriis* (ober vielmehr *libro II. C. HOFFMANN ad L. Jul. de adult. coerc. Cap. VIII. §. 7.*). *Etiam si dirempto matrimonio, dotale praedium esse intelligitur. Statt etiam si* lesen die meisten Ausgaben: *etiam mit Weglassung des si.* Z. B. Haloander, Cheballon, Baudoua, Miräus, Merlinus, u. a. m. In den *Basilic. Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 6. Const. 12. p. 715.* heißt es: *Καὶ μετὰ λύσειν τοῦ γάμου μένει προικιατὸς ὁ ἀγρός.* *Cod. Erl.* ließt jedoch *Etiam si.*

62) *L. 12. §. 1. D. eodem. SOCERI voluntas in distrahendo dotali praedio nulla est. Soceri, id est, patris mulieris.* Desselben wird hier nur darum allein gedacht, weil die Einwilligung der Frau bey der Veräußerung des fundus dotalis nach der Lex Julia gültig war. *C. CUCIACIUS Observat. Lib. XI. cap. 28.*

63) *L. 7. D. de pactis dotal.*

64) *I. un. §. 15. C. de rei uxor. act.*

## §. 1251.

Wirkung einer gegen das Verbot unternommenen  
Veräußerung.

Daß die dem gesetzlichen Verbote zuwider unternommene Veräußerung eines unbeweglichen Dotalguts nichtig sey, ist schon der allgemeinen Vorschrift gemäß, welche Handlungen gegen gesetzliche Verbote für wirkungslos und nicht geschehen gehalten wissen will, wenn auch diese Folge in dem Verbote selbst nicht angedrohet worden ist <sup>65)</sup>. Es lehrt dieses aber auch Papinian ausdrücklich, wenn er *libro 3. Quaestionum* <sup>66)</sup> sagt: *Cum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse: venditio non valet.* Nach der *Lex Julia* galt zwar die Veräußerung nur dann nicht, wenn sie ohne Einwilligung der Frau geschehen war; allein nach der Verordnung des Kaisers Justinian <sup>67)</sup> ist sie schlechterdings ungültig, sie mag mit oder ohne Einwilligung der Frau geschehen seyn. Und zwar tritt diese Folge der Nichtigkeit sogleich, und also schon während der Ehe ein, nicht erst nach deren erfolgten Trennung, wie Matth. Wesenbec <sup>68)</sup> lehrt, welcher behauptet, die Veräußerung gelte, so lange die Ehe besteht, *ex iure mariti*; die Folge der Ungültigkeit trete erst nach Aufhebung derselben ein. Denn die Regel *soluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* findet hier keine Anwendung. Daß die

65) *L. 5. C. de Legibus.* S. LAUTERBACH Diss. cit. de fundo dotali. §. 36.

66) *L. 42. D. de Usurpat. et Usucap.*

67) *L. un. §. 15. C. de rei ux. act.*

68) *Comment. in Pand. iuris civ. h. t. in fine.*

Wirkung der Nichtigkeit sich nicht erst nach getrennter Ehe äußere, giebt Papinian in der vorhin angeführten Stelle selbst nicht undeutlich zu verstehen, wenn er daselbst sagt, die Veräußerung werde gültig, wenn die Frau in der Ehe gestorben, und der Mann nach ihrem Tode das ganze Heyrathsgut lucrirt. Seine Worte sind: *quam defuncta postea muliere in matrimonio, confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit.* Zuweilen kann jedoch die Folge der Alienation während der Ehe in *suspensio* bleiben. African führet hiervon *libro VIII. Quaestionum* <sup>69)</sup> folgenden Fall an:

*Si marito debitori fundi, id quod debet, doti mulier promiserit, dotalem fundum effici. — §. 3. His consequens esse ait, ut si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti, id quod debet, doti promissum sit, utrum eorum dotalem esse malit* <sup>70)</sup>: *plane* <sup>71)</sup> *utrum velit alienaturum, alte-*

69) *L. 9. p. et §. 3. D. h. t.*

70) *Cod. Erl.* hat: *hunc dotis esse.* Eben-so Haloander, Chevallon, Merlinus, Baudoza u. a. Allein Guil. Best Ratio emendandi Leges Cap. I. §. 10. nr. 2. glaubt durch Versetzung der Worte könne, ohne diesen Zusatz, der Dunkelheit abgeholfen werden. Er liest nämlich: *Utrum eorum dotalem malit, esse.* Noch besser liest Christfr. WAECHTLER in *Opuscul. iurid. philologic. rariorib. a Chr. Henr. TROTZ edit. Trai. ad Rhen. 1735. 8. pag. 455. et 489.* — *Utrum eorum malit, dotalem esse.* So ist der Sinn vollkommen deutlich.

71) *Cod. Erl.* liest: *Plane si fundum Cornelianum aut Sempronianum mulieri debuit, et, quod debebat, in dotem promissum sit, utrum velit alienaturum.* Eben

rum alienari <sup>72)</sup> non posse: si tamen alienum <sup>73)</sup> rursus redimat, adhuc in eius potestate est, an eum, quem retinuisset, alienari <sup>74)</sup> velit.

Der Fall ist also folgender. A. ist der B. aus einem Testamente ein Grundstück als Vermächtniß zu geben schuldig, und zwar soll es seiner Willkühr überlassen seyn, ob er ihr den fundus Cornelianus oder Sempronianus

so hat auch *Claud. Chevallon*. In anderen alten Ausgaben, z. B. der des *Baudouza*, *Merlinus* u. a. m. heißt es: *Plane, si fundum illum, aut illum mulier debuit, et, quod deberet, in dotem promissum sit: utrum velit alienaturum*. Allein dieser Zusatz scheint ein Glossem zu seyn, denn er ist ganz unnütz. Der Sinn der Worte: *Plane, utrum velit, alienaturum* ist der: Er mag also von beyden Grundstücken veräußern, welches er will, dieses kann er ohne Bedenken. Zur Erläuterung können auch hier die *Basilica* dienen, wo *Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 6. Const. 9. in fin. p. 715.* unser Fragment folgendermassen lautet: *εἰ δὲ δύο ἀγροὶ ἦσαν, ὃν ἂν θέλω γίνεται προῖξ. Καὶ εἰ ἐκποιήσω τὸν ἕνα, ὁ ἄλλος γίνεται ἀδιατίμητος προικιμαῖος. καὶ εἰ ἀνταγοράσω τὸν ἐκποιηθέντα, δυνατόν τὸν μείναντα ἐκποιῆσαι. i. e. Si vero erant duo fundi, is, quem velim, in dote est: et si unum alienavero, alter dotalis efficitur: et si alienatum redemero, potest eum, qui remanserat, alienare.*

72) So liest auch *Cod. Erl.* Eben so *Miräus* und die übrigen Ausgaben.

73) *Cod. Erl.* hat *alienatum*, und eben so *Haloander*, *Chevallon*, *Miräus* und *Merlinus*. Diese Lesart bestätigen auch die *Basilica* c. l. *ἐκποιηθέντα*.

74) *Cod. Erl.* *alienare*. Eben so alle übrige angeführte Ausgaben. *Basilica* *ἐκποιῆσαι*. Allerdings richtiger.

geben will. Die B. heyrathet nachher den A. und verspricht ihm das Grundstück zum Heyrathsgute. Hier steht dem Mann, als Schuldner, die Wahl zu, welches von beyden Grundstücken er zum Dotalgut machen will. Es steht also auch in seinem Willen, welches von beyden er veräußern möge. Hat er aber eins derselben veräußert; so ist nun das andere das Dotalgut, und er darf es nicht veräußern. Allein gesetzt, er bringt das veräußerte Grundstück wieder an sich; so kann er nun noch immer wieder seinen Willen ändern, und das Grundstück, was er als das zurückbehalten hatte, gültig veräußern. Wie aber, wenn der Mann das andere Grundstück auch veräußert hätte, ohne das zuerst veräußerte vorher wieder eingelöst zu haben? Diese Frage beantwortet Paulus *libro V. Quaestionum* 75) auf folgende Art.

Erit ergo potestas legis ambulatoria: quia dotalis fuit obligatio 76). Numquid ergo, etiam illo

75) L. 10. D. h. t.

76) Richtiger ließt hier Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 28. *quia dotis talis fuit obligatio*. Der Sinn ist nämlich der: *ut dotis obligatio, ita potestas Legis Juliae est ambulatoria*. Und in Comm. ad Africanum Tract. VIII. ad L. 9. h. t. sagt er: *Et ambulatoria dicitur, a Graecis περιπατητική, inconstans et incerta voluntas, quae mutari subinde potest*. Ad eam voluntatem necesse est accommodare legem Juliam, et consequenter ambulatoriam quoque esse legis Juliae potestatem, ut prout ille voluerit, aut noluerit, modo possit fundus idem alienari, modo non possit. Die Emendation des Cujas billiget auch Pet. Isaac. de FREMERY Diss. Exercitation. quaedam de rationibus veterum Jurisconsultorum. (Lugd. Bat. 1801.) Cap. IV.

nondum redempto, alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere? an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? Certe ex post facto videbitur recte alienatus, illo postea redempto<sup>77)</sup>.

Noch immer kann man nicht behaupten, die Veräußerung sey ungültig. Denn, so lange die Ehe dauert, kann ja der Mann noch immer das erstere Grundstück wieder einlösen. Thut er dieses, so ist die Veräußerung des andern gültig. So wie also bey einer alternativa dotis obligatio der Mann, so lange die Ehe dauert, seinen Willen ändern kann; so richtet sich auch hier das Gesetz nach seinem Willen. Bis also eins von beyden Grundstücken wieder eingelöst worden ist, bleibt die Gültigkeit der letztern Veräußerung in pendentia. Erfolgt die Wiedereinlösung während der Ehe nicht, so ist die Veräußerung des andern Grundstücks nichtig<sup>78)</sup>.

Ist nun die Veräußerung nichtig, so geht das Eigenthum des Dotalguts nicht auf den Empfänger über. Er

§. 6. pag. 110. Allein Luzac Specim. cit. pag. 28. Not. will lieber mit Hülfe der Gemination lesen: *quia dotalis talis fuit obligatio.*

77) Die *Basilica* Tom. IV. pag. 715. haben die Stelle des Paulus auf folgende Art ins Kurze zusammengefaßt. *Εἰ δὲ καὶ πρὶν ἢ ἀνταγοράσω τὸν ἐκπωηθέντα, πωλήσω καὶ τὸν ἄλλον, ὅντω τὸν πρῶτον αγοράσω, βεβαιῶται ἢ τοῦ δευτέρου πρᾶσις. i. e. Quod si etiam, priusquam fundum alienatum redemero, alium quoque vendidero, deinde primum redemero, confirmatur secundi venditio.*

78) S. Jac. Cuzacii Commentar. in Lib. V. Quaest. Pauli ad L. 10. h. t. (Oper a Fabroto editor. Tom. II. pag. 1079.)

wird auch, ob es ihm gleich übergeben worden ist, und derselbe es in gutem Glauben in Besiß genommen hat, bey Lebzeiten der Frau nicht in die Lage versetzt, das Grundstück usucapiren zu können <sup>79)</sup> Nam *Lex Julia*, sagt *Tryphonin libro XI. Disputationum* <sup>80)</sup>, quae vetat fundum dotalem alienari, pertinet etiam ad huiusmodi acquisitionem. Daß aber dem Erwerber, wo ihm ein gesetzliches Verbot entgegen steht, die bona fides nichts hilft, lehrt *Pomponius libro XXIV. ad Quintum Mucium* <sup>81)</sup>, wo er sagt: Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. Das veräußerte Dotalgrundstück ist also mit einem Fehler behaftet, welcher die Verjährung hindert, bis es wieder in die Gewalt der Frau zurückkehrt, oder die Frau in der Ehe stirbt, und der Mann das ganze Heyrathsgut lucrirt <sup>82)</sup>. Erst hierdurch wird der Fehler gehoben, und die Sache verjährbar <sup>83)</sup>. Hat der Ehemann eine dem Dotalgute der Frau zustehende Real-Servitut auszuüben unterlassen, so ist auch diese Unterlassung ohne Wirkung.

79) *S. Ger. Noone Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc reliqua* (Oper. Tom. II. pag. 507. in fin.)

80) *L. 16. D. h. t.* Nur einer bereits vor der Ehe angefangenen Verjährung steht die *Lex Julia* nicht entgegen, wie bereits oben bemerkt wurde. *S. §. 1255. S. 124.*

81) *L. 24. D. de Usurpat. et Usucap.*

82) *L. 42. D. eodem.* wo *Papinian* sagt: *Venditionem, defuncta postea muliere in matrimonio, confirmari, convenit, si tota dos lucro mariti cessit.*

83) *S. Jos. Fernand. de REBUS Succisiv. Selection. ad L. Jul. de fundo dot. §. 28.* (in *Thes. Meerm. Tom. VI. pag. 471.*)

Das dienende Grundstück erlangt dadurch keine Befreyung, wenn auch der Ehemann von der dem Dotalgute der Frau zustehenden Servitut während der ganzen Ehe keinen Gebrauch gemacht, oder dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine dem Rechte der Servitut nachtheilige Handlung ohne Widerspruch gestattet hätte <sup>84)</sup>. Hat der Mann dem fundus dotalis eine Servitut aufgelegt, so kann *actione negatoria* geklagt werden.

Da die Veräußerung nichtig ist, so kann die veräußerte Sache von einem jeden Besitzer derselben zurückgefordert werden. Es fragt sich aber, wer die Sache vindiciren, und wenn ehe sie vindicirt werden könne? Daß der Frau so wie deren Erben das Vindicationrecht des gesetzwidrig veräußerten Dotalguts zustehe, hat keinen Zweifel. Von dem Erben sagt Ulpian *lib. V. de adulteriis* <sup>85)</sup> ausdrücklich: *Heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur*. Jedoch kann die Frau sich dieses Rechts eigentlich erst nach getrennter Ehe bedienen, wenn das Heyrathsgut wieder an sie zurückgekehrt ist. Dieß sagt auch Justinian *L. 30. C. de iure dot.* ausdrücklich: *In rebus dotalibus vindicandis mulierem omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam iubemus*. Sollte jedoch der Mann während der Ehe verarmen, wodurch die Frau in die Nothwendigkeit gesetzt wird, ihr Heyrathsgut zurückzufordern, so kann sie das veräußerte Grundstück auch schon *constante matrimonio* vindiciren, wie

84) *L. 5. et L. 6. D. h. t.* C. POTHIER Pandect. Justinian. T. II. h. t. Nr. VIII. Not. a et b. pag. 36. Man vergleiche auch §. 1234. C. 157. Not. 75.

85) *L. 13. §. 5. D. h. t.*



Justinian am Ende der angeführten Verordnung selbst sagt <sup>86)</sup>. Auf keinen Fall kann aber ihrer Klage die Einsrede der Verjährung entgegengesetzt werden, wenn auch seit der geschehenen Veräußerung ein noch so langer Zeitraum verstrichen seyn sollte. *Omnis autem temporalis exceptio, sagt Justinian in der angeführten Constitution, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta, vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore, vel minore, sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possunt actiones movere, id est, opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium: minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit: cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere, iam nostra lege humanitatis intuitu definitum sit <sup>87)</sup>. Es läßt sich aus dieser Verordnung nicht ohne Grund schließen, daß der Frau das Vindicationsrecht*

86) *C. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 6. pag. 286. Jo. Ortow. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 8. Mich. God. WERNHER lectissim. Comment. ad Pand. P. II. h. t. §. 8. Auf jeden Fall, meint jedoch Weber in den Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1251. könne die Frau während der Ehe wenigstens darauf antragen, 1) daß die geschene Veräußerung von Gerichtswegen für nichtig erklärt, und 2) daß die Sache, ihrem Zweck gemäß, ad sustinenda matrimonii onera, an den Ehemann wieder zurückgeliefert werde.*

87) *L. 29. Cod. de iure dot.*

zustehen, wenn sie auch wegen des Werths aus dem Vermögen des Mannes hinlänglich entschädiget werden könnte<sup>88)</sup>. Uebrigens muß die Restitution des Grundstücks, wie bey jeder Reivindication, unentgeltlich und cum omni causa geschehen, wosfern nicht der Besitzer beweisen kann, daß das dafür bezahlte Geld zum Nutzen der Frau verwendet worden sey<sup>89)</sup>. Ob auch der Ehemann selbst das veräußerte Dotalgut vindiciren könne? ist streitig. Hellfeld läugnet dieses schlechterdings; er soll nicht einmal der Frau bey der Vindication assistiren dürfen. Dieser Meinung sind auch mehrere Rechtsgelehrten<sup>90)</sup>. Ihr Grund ist, weil Niemand befugt sey, seine eigne Handlungen als widerrechtlich anzufechten; der Mann überdem dem Käufer zur Evictionsleistung verpflichtet sey. Ihm würde also die Einrede des Dolus, die exceptio rei venditae et traditae entgegen stehen. Soviel ist gewiß, daß wenn der Mann nach getrennter Ehe das von ihm veräußerte Dotalgut der Frau in einem solchen Falle vindiciren wollte, wo er die dos lucrirt, derselbe mit der Klage abgewiesen werden müßte. Dieß ist es auch, was Ulpius Marcellus *libro VII. Digestorum*<sup>91)</sup> sagt: Fundum do-

88) LEYSER *Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. Medit. 12.*

89) LEYSER *ibid. Medit. 4. et 5.* WERNHER *lectiss. Comm. ad Pand. h. t. §. 8.* HOFACKER *Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 435.*

90) STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 7.* GER. NOODT *Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc reliqua videamus, in fin.* LEYSER *Medit. ad Pand. Specim. cit. Medit. 6. et 7.* TRIBAUT *Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 448. a. E.*

91) *L. 17. D. h. t.* Die gemeine Ueberschrift *MARCIANUS lib. VII. Digestorum* ist schon darum unrichtig, weil

talem maritus vendidit, et tradidit: si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti ceciderit, fundus emptori avelli non potest. Wie aber, wenn dieser Fall nicht vorhanden ist, sondern der Mann während der Ehe den widerrechtlich veräußerten fundus dotalis zum Besten der Frau vindicirt? Hier steht ihm kein Gesetz entgegen, wohl aber die Rechts-Analogie zur

nicht zu glauben ist, daß die Verfasser der Pandecten mehr nicht, als dieses einzige Fragment, aus Marcian's Digesten, wenn Marcian wirklich Digesten geschrieben hätte, excerptirt haben sollten, während sie so viel aus denselben Institutionen excerptirt haben. S. Ger. OELRICHS Diss. de vita, studiis, honoribus, et scriptis Aelii Marciani, Icti apud Rom. praestantissimi. Trajecti ad Rhen. 1754. 4. Sect. II. Cap. 3. §. 1. Daß aber ULPUS MARCELLUS *Digestorum libros XXXIX.* geschrieben, erhellet aus den Inscriptionen der Fragmente in den Pandecten. Aus dessen Digesten ist nun wohl unstreitig unsere *L. 17. de fundo dotali* entnommen. Denn daß Marcellus im siebenten Buche hauptsächlich de dote und de donationibus inter Vir. et Uxor. gehandelt habe, erhellet aus den daraus entlehnten Fragmenten. *L. 59. D. de iure dot. L. 7. §. 2. L. 45. L. 49. D. de donat. inter vir. et uxor.* S. Meinard. TYDEMANN Diss. de Lucii Ulpii Marcelli Icti vita et scriptis. (Traj. ad Rhen. 1762.) Sect. I. Cap. 8. §. 4. und Sect. II. Cap. 1. §. 3. (in Ger. OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 59. et pag. 64.) Ant. SCHULTING *Notae ad Digesta*, a Smalenburg edit. Tom. IV. ad h. *L. 17.* pag. 280. und Greg. MAJANSIUS *Disputation. iuris civ.* Tom. I. Disp. XXIV. §. 33. pag. 579. Haloander liest auch wirklich MARCELLUS. Allein die *Basilica* Tom. IV. pag. 717. haben *Маркиан.*

Seite 92). Daher gestatten die meisten Rechtsgelehrten dem Mann die Vindication während der Ehe 93).

§. 1252.

Ausnahmen des Verbots. Erläuterung der *L. ult. D. de iure dot.*

Folgende Fälle sind unter dem Veräußerungsverbote nicht mit begriffen.

1) Wenn das Dotalgrundstück geschätzt, und dem Mann käuflich überlassen worden ist. Denn hierdurch hört der fundus an sich auf dotalis zu seyn, weil der Schätzungswerth an dessen Stelle tritt. Eigenthum des fundus und die Gefahr ist hier auf Seite des Ehemannes, wie Justinian 94) sagt. Diese Ausnahme ist schon oben (§. 1256. S. 153.) näher erörtert worden.

2) Wenn die Veräußerung vermöge rechtlicher Nothwendigkeit geschehe. Denn das Gesetz verbietet nur eine freywillige Veräußerung. Paulus giebt *libro XXXVI.*

92) *L. 16. C. de praed. et aliis rebus minor. sine decreto non alienand. L. 1. C. de bonis matern. Nov. VII. Cap. 5. pr. et §. 2. Extrav. unica. de rebus eccles. non aliend. Cap. 6. X. eod. tit. Cap. 35. X. de iurejur.*

93) VOET Comm. ad Pand. Tom. I. Lib. VI. Tit. 1. §. 19. besonders LAUTERBACH Diss. de fundo dotali. Th. 37—39. STRYK Disp. de iure mariti in bonis uxoris. Cap. II. §. 67 et 68. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 455. MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. II. Sect. ult. §. 650. pag. 692.

94) *L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.*

ad Edictum<sup>95)</sup> das Beyispiel. Der Nachbar befürchtet von dem praedium dotale Gefahr oder Schaden, und fordert deswegen von dem Themanne die cautio damni infecti. Der Mann leistet diese Caution nicht, daher erhält der Nachbar ex primo decreto die Einweisung, und nachher ex secundo decreto Besitz und Eigenthum<sup>96)</sup>. Da hier die Veräußerung vermöge obrigkeitlichen Decrets geschieht, so kann sie nicht, als dem gesetzlichen Verbote zuwider, angefochten werden<sup>97)</sup>. Ein anderes Beyispiel führt der Kaiser Gordian L. 2. C. h. t. an, nämlich wenn der fundus dotalis ein solcher ist, den die Frau mit einem Andern in Gemeinschaft hat, und der Miteigenthümer auf Theilung dringt. Diese muß sich der Mann gefallen lassen. • Er selbst hingegen kann nicht auf Theilung provociren. Denn jenes ist eine nothwendige, letzteres aber wäre eine freywillige Alienation. Ob auch wegen factischer Nothwendigkeit, z. B. wegen dringender Schulden, die Veräußerung erlaubt sey, ist ausdrücklich in den Gesetzen nicht entschieden. Soviel ist wohl gewiß, daß wegen der Schulden des Mannes, wenn sie auch noch so drückend seyn sollten, die Veräußerung nicht geschehen dürfe. Allein wegen dringender Schulden der Frau läßt sich die Veräußerung vollkommen rechtfertigen<sup>98)</sup>. Denn

95) L. 1. pr. D. h. t. Interdum Lex Julia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde iussus sit possidere: hic enim dominus vicinus fit: quia haec alienatio non est voluntaria.

96) L. 15. §. 16. D. de damno inf.

97) S. Jac. CUJACII Comment. in libr. XXXVI. Pauli ad Edictum ad L. 1. h. t. Oper. T. II. pag. 590.

98) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 13 et 14.

deswegen können auch unbewegliche Güter der Minderjährigen veräußert werden, nämlich si urgeat aes alienum<sup>99)</sup>. Nun stimmte die Lex Julia in vielen Stücken mit der Oratio Severi von der Veräußerung der Grundstücke der Minderjährigen überein<sup>100)</sup>.

3) Wenn die Veräußerung zum offenbaren Nutzen der Frau geschehen ist. Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, sagt Modest in *libro I. Regularum*<sup>1)</sup>, si hoc mulieri utile sit. Man pflegt für diese Ausnahme auch noch eine Stelle aus *Scävola libro VIII. Digestorum* anzuführen. Es ist *L. ult. D. de iure dotium*, welche folgendermassen lautet.

Fundum filiae nomine pater in dotem dederat: huius heredi filiae ex asse, creditoribus urgentibus patris, utilius videtur potius fundum, qui dotalis est, distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore reditu retinere: maritus consentit, si nulla in ea re captio sit futura. Quaero, an ea pars dotis, quae in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur? Respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum.

Hier ist nun zwar wohl von dem Falle die Rede, da das Dotalgut der Frau veräußert wurde, um statt desselben ein besseres zu erhalten; allein die Frage war nicht,

99) *L. 5. §. 14. D. de reb. eor. quae sub tut. vel cura sunt.*

100) *S. CUJACIUS Observation. Lib. VII. cap. 23. und HOMMEL cit. Diss. §. 5. pag. 18.*

1) *L. 26. D. de iure dot.*

ob deswegen die Veräußerung gültig sey? weil hierüber zur Zeit des Scävola kein Zweifel entstehen konnte. Genug, daß es die Frau wollte und der Mann damit zufrieden war. Nur die Einwilligung der Frau, sonst nichts, erforderte die Lex Julia zur Veräußerung des fundus dotalis. Die Frage, welche Scävola hier entscheidet, war also eigentlich die, ob sich der Fall, von welchem er hier spricht, zu denjenigen eigne, wo der Mann während der Ehe der Frau die dos zurückgeben konnte, ohne gegen das gesetzliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten zu handeln. Denn Scävola lebte zu den Zeiten des Marcus Antoninus und Commodus, und also noch vor der *Oratio Antonini Caracallae de donationibus inter virum et uxorem confirmandis* 2). Wenn nun der Mann seiner Frau das Heyrathsgut während der Ehe ohne eine rechtlich begründete Ursache restituirte, so wurde diese vor der Zeit geschehene Zurückgabe der dos als eine Art von Schenkung angesehen 3). Sie war daher unter dem gesetzlichen Verbot begriffen. Nur wenige Fälle waren ausgenommen, welche Paulus *libro II. Sententiarum* 4) anführt. Der Fall, welchen Scävola entscheidet, war nun folgender. Ein Vater hatte für seine Tochter unter andern auch ein

2) S. Jo. Lud. CONRADI Diss. de vita et scriptis Q. Cervidii Scaevolae Icti. Lips. 1755. Cap. 2. und Ge. D'ARNAUD Vitae Scaevolarum Diss. postuma. Traj. ad Rhen. 1767. 8. §. IV. pag. 12.

3) L. un. C. Si dos constante matrimonio soluta fuerit. Nov. XXII. cap. 59.

4) L. 75. §. 1. D. de iure dot. Ebenderselbe lib. 7. ad Sabinum, L. 20. D. Solutio matrimon.

Grundstück zum Brautschatz gegeben. Der Vater starb, und die Tochter ward seine Universal-Erbin. Da die Gläubiger des Vaters auf ihre Bezahlung drangen, so hielt es die verheyrathete Tochter für rathsamer, das ihr zum Heyrathsgute gegebene Grundstück zu verkaufen, als eins von den erbenschaftlichen Gütern des Vaters, um die Gläubiger daraus zu befriedigen; weil jenes viel weniger eintrug, als die übrigen zur Erbschaft des Vaters gehörigen Grundstücke, welche alle viel einträglicher waren. Der Mann gab seine Einwilligung dazu, und gab ihr den fundus dotalis auf ihr Verlangen zurück, aber unter der ausdrücklichen Bedingung, daß er keinen Schaden dadurch leide, sondern statt des veräußerten fundus dotalis ein anderes Grundstück zum Brautschatz von seiner Frau erhalte. (*Maritus consentit, si nulla in ea re captio<sup>5)</sup> sit futura*). Ein Nothfall war also freylich hier nicht vorhanden; allein der offenbare Nutzen der Frau rechtfertigte die Zurückgabe der dos von Seiten des Mannes, dem ja auch eine Vertauschung des Heyrathsguts erlaubt war, wenn sie der Frau zum Nutzen gereichte<sup>6)</sup>. Warum hätte also die Erhaltung der viel einträglicheren väterlichen Güter durch den Verkauf des weniger einträglichen fundus dotalis nicht auch eine rechtmäßige Ursache seyn sollen, daß Dotalgut der Frau zurückzugeben, zumal da es unter der Bedingung eines dagegen zu erhaltenden bessern geschähe? Gleichwohl respondirt Scävola, der fundus dotalis sey nur dann auf eine rechtmäßige Art von dem

5) *Captio* für *damnum* ist bey den Röm. Rechtsgelehrten sehr gewöhnlich. L. 59. D. de Verb. obligat.

6) L. 25. L. 26. L. 27. L. 50. pr. L. 61. §. 1. D. de jure dot. L. 21. D. de pact. dotal.



Manne der Frau zurückgegeben, wenn mit dem aus dem Verkaufe desselben gelösten Gelde die Gläubiger des Vaters wirklich befriediget worden wären. Diese Entscheidung entspricht ganz der Bedingung, unter welcher der Mann in den Verkauf des fundus dotalis eingewilliget hatte. Der Mann wollte dadurch keinen Schaden leiden. Er wollte also der Frau den fundus dotalis nicht schenken, sondern suchte sich dadurch ein besseres Heyrathsgut zu verschaffen. Diesen Zweck konnte er nur dadurch erreichen, wenn die Gläubiger des Vaters aus dem durch den Verkauf des Dotalguts gelösten Gelde ihre Bezahlung erhielten. Denn ist dieses geschehen, so war nicht nur die Frau von den Ansprüchen der Gläubiger hierdurch frei geworden, und nun in den Stand gesetzt, von den dadurch geretteten väterlichen Gütern dem Manne ein besseres Heyrathsgut zu bestellen; sondern sie ist auch nun gegen die Ansprüche des Käufers, so wie der Käufer gegen die Ansprüche des Mannes gesichert, denen beyde ausgesetzt seyn würden, wenn die Gläubiger aus dem Kaufgelde ihre Befriedigung nicht erhalten hätten. Denn so wie diese nun die väterlichen Erbgüter zu ihrer Befriedigung angreifen würden, so würde der Mann wegen nicht erfüllter Bedingung seiner in den Verkauf gegebenen Einwilligung den fundus dotalis vindiciren<sup>7)</sup>, und der Käufer, der Entwährung wegen, seinen Regreß gegen die Frau nehmen. Mit Recht respondirte also Scävola, der fundus dotalis sey anders nicht

7) Denn geschieht die Uebertragung des Eigenthums unter einer Bedingung, so geht das Eigenthum anders nicht auf den Erwerber über, als wenn der Bedingung ein Genüge geschehen ist. L. 38. §. 1. in fin. D. de acquirenda possess. L. 7. §. ult. D. de iure dot. L. 2. §. 5. D. de donat.

der Frau von dem Manne auf eine rechtsgültige Art zurückgegeben worden, als wenn das aus dem Verkaufe desselben gelöste Geld zur Bezahlung der väterlichen Schulden wirklich verwendet worden ist. So läßt sich das Gesetz ganz natürlich erklären, ohne das kritische Messer zur Hülfe nehmen zu dürfen. Wenn daher Anton Faber<sup>8)</sup> in der gemeinen Lesart einen doppelten Fehler gefunden zu haben glaubt, den einen in den Worten: *an ea pars dotis*, wofür er an *pretium dotis* lesen will: den andern in den Worten, *si pretium creditori solvatur*, wo er das Wort *creditori* mit *venditori* vertauschen will; so rührt dieß bloß daher, weil Faber wähnte, die Frage bey Scävola habe nicht die Rechtmäßigkeit der Zurückgabe des Heyrathsguts während der Ehe betroffen, sondern sey vielmehr die gewesen, an Wen der Käufer das Kaufgeld zu bezahlen gehabt? nicht an die Gläubiger, mit denen derselbe keinen Contract geschlossen gehabt, noch an den Mann, der nur zu dem Verkaufe des *fundus dotalis* seine Einwilligung gegeben, sondern an die Frau, welche ihm das Grundstück verkauft habe. Daß aber diese Ansicht offenbar irrig, und die Faberische Critic ganz unnützlich sey, hat Justus Meier<sup>9)</sup> ganz klar vor Augen gelegt. Es scheint zwar freylich auffallend zu seyn, daß anfangs nur von einem *fundus in dotem datus*, und am Ende bey der Frage von einer *pars dotis* die Rede ist, *quae in hoc fundo est*; allein das Räthsel hat schon Accursius aufgelöst. Der *fundus*, von dessen Veräußerung die Rede war, machte nicht den ganzen Brautshatz aus, es waren mit demselben noch andere Sachen zum Heyrathsgute ge-

8) Conjecturar. iuris civ. Lib. VIII. cap. 10.

9) *Ενδοξων* Justinianeor. Decad. VII. Cap. 12. (adj. Tomo III. Collegii Argentorat. pag. 1070. sqq.)

geben worden. Wer kennt nicht die oft allzugroße Kürze der Römischen Juristen beim Vortrage des Factums, dessen einzelne Umstände sich sehr oft erst aus dem Rechtsgutachten selbst ergeben, und daraus ergänzt werden müssen? Auch darf uns nicht irre machen, daß anfangs von *creditoribus urgentibus patris* die Rede war, und am Ende gesagt wird: *si pretium creditori solvatur*. Denn diese Verschiedenheit im Numerus hat auf die Entscheidung selbst gar keinen Einfluß. Ueberdem aber ist noch die Frage, ob es nicht auch am Ende, nach einer richtigeren Lesart, *creditoribus solvatur* heißen müsse? So liest wenigstens unser Erlanger Pandecten-Codex, und mehrere alte Ausgaben<sup>10)</sup>. Diese Lesart bestärken auch die Basiliken<sup>11)</sup>, welche hier wieder ein treffliches Mittel sind, sich gegen unnütze Critiken zu waffnen. Es heißt nämlich daselbst:

*Εν συνεστῶτι τῷ γάμῳ, καλῶς ὁ προικιμιαῖος ἀγρὸς καταβάλλεται τῇ γυναικὶ ἐφ' ᾧ πραδῆναι, καὶ δοδῆναι τὸ τίμημα τοῖς δανεισταῖς τοῦ πατρὸς τῆς γυναικὸς, καὶ ἄλλον ευπορώτερον παρ' αὐτῆς κληρονομουμένης τοῦ πατρὸς ἀντεισαχθῆναι τῇ γυναικί. i. e. Manente matrimonio fundus dotalis mulieri recte solvitur in hoc, ut distrahatur, et pretium creditoribus patris eius solvatur, et alius fructuosior in eius locum mulieri detur, quae patri heres existit.*

War nun nach diesem Gesetz die Einwilligung des Ehemannes zur Herausgabe und Verkaufe des fundus dotalis während der Ehe gültig, wenn sie unter der Be-

10) Z. B. die Ausgabe des Haloander, des Miräus u. a.

11) Tom. IV. Lib. XXXIX. Tit. 1. Const. 80. p. 530.

dingung war ertheilt worden, dafür ein besseres Grundstück zu erhalten, ohne dadurch gegen das Verbot der Schenkungen unter den Ehegatten zu handeln; nämlich wenn diese Bedingung wirklich war erfüllt worden; so ist nach dem neuern Rechte auch die Veräußerung des fundus dotalis nicht für gesetzwidrig zu halten, wenn sie mit Einwilligung der Frau in der Absicht geschah, ihr an dessen Stelle ein besseres Dotalgut zu verschaffen, und diese Absicht auch wirklich erreicht worden ist <sup>12)</sup>).

§. 1252. a.

Fortsetzung. Wiederholte Einwilligung der Frau nach zwey Jahren. Die *Nov. LXI. Cap. 1.* derogirt weder der *L. un. §. 15. C. de rei uxor. act.* noch ist dieselbe durch die *Nov. CXXXIV. Cap. 8.* abgeändert worden.

Es giebt nun auch Fälle, wo die anfangs ungültig geschene Veräußerung des fundus dotalis durch nachher eintretende gesetzlich gebilligte Thatumstände gültig wird. Hellfeld und viele andere sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten <sup>13)</sup> rechnen dahin, wenn die Frau nach zwey

12) So läßt sich LAUTERBACH in *Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 17.* und *Mich. God. WERNER Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 3.* mit MÜLLER in *Observation. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. II. Obs. 552.* bereinigen.

13) *Jo. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. Contr. RITTERS-HUSIUS Jur. Justinian. P. V. Cap. IX. §. 10. Franc. BALDUINUS Comm. in libros IV. Institution. Lib. II. Tit. 8. Pr. ad verba Utrique remedium. pag. 242. Matth. STEPHANI Commentar. in Novellas Constitution. Justiniani. ad Nov. 61. nr. 20 — 22. Aug. a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 3.*

Jahren ihre Einwilligung wiederholt hat. Man glaubt, dieß sey in der Novelle LXI. Cap. 1. klar entschieden. In dieser Novelle verbietet nämlich Justinian die Veräußerung der zur donatio propter nuptias der Frau angewiesenen unbeweglichen Güter, wenn auch die Einwilligung der Ehefrau hinzugekommen wäre. Diese soll weder dem Käufer, noch dem Gläubiger, welchem darauf ein Pfandrecht bestellt worden ist, etwas nützen, ausgenommen, wenn die Frau ihre gleich Anfangs ertheilte Einwilligung nach zwey Jahren wiederholt hätte<sup>14)</sup>. Hier soll nun die Veräußerung eben so gültig seyn, als eine weibliche Bürgschaft, welche nach Verlauf von zwey Jahren durch eine neue Einwilligung bekräftiget worden ist<sup>15)</sup>. Und nun fügt Justinian noch die merkwürdigen Worte hinzu:

Atque haec multo magis in dote obtineant, si quaedam de dote alienaverit. Satis enim haec iam elaborata et sancita sunt.

Aus diesen Worten, sagt man, gehe nun klar hervor, daß durch die nach zwey Jahren wiederholte Einwilligung der Frau die Veräußerung eines Dotalgrundstücks eben so gültig werde, als die Veräußerung eines unter der donatio propter nuptias begriffenen Grundstücks. Nach dieser Novelle sey nun also in Ansehung der Alienation zwischen dos und donatio propter nuptias kein Unterschied mehr.

BADER Diss. de iure mariti circa alienationem dotis. §. 14. Gottl. HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 925. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 681. der 3. Aufl. u. a. m.

14) C. oben §. 1242. C. 301. ff.

15) L. 22. Cod. ad Sctum Vellejan.

Sie seyen nur in Ansehung der Privilegien unterschieden. Denn diese sollten nur bey der dos Statt finden. Jedoch gelte auch die Veräußerung wegen wiederholter Einwilligung nur unter der Voraussetzung, wenn noch anderes Vermögen ihres Mannes vorhanden ist, aus dem sich die Frau wegen des Schadens erholen kann. Diese Erklärung, sagt man, werde auch durch Julian's Epitome Novellarum Const. 51. bestärkt <sup>16)</sup>.

Dagegen haben nun aber andere <sup>17)</sup> eingewendet, die Verordnung der Novelle 61. gründe sich auf die Analogie der L. 22. C. ad Sctum Vellejan. welche aber durch die Nov. CXXXIV. Cap. 8. wieder aufgehoben worden sey, nach welcher bey einer Intercession der Frau für ihren noch lebenden Mann auch nicht einmal die wiederholte Genehmigung derselben von Wirkung seyn solle. Allein mit dieser Einwendung ist nichts gewonnen, denn daraus würde folgen, daß auch bey der Veräußerung einer unter der donatio propter nuptias begriffenen unbeweglichen Sache die wenn gleich nach zwey Jahren wiederholte Einwilligung der Frau ohne rechtliche Wirkung sey, da doch die Novelle CXXXIV. Cap. 8. davon gar nichts sagt, und die Einwilligung der Ehefrau in die

16) Man sehe hier noch besonders Jac. Cujacii Novellar. Constitut. Justiniani expositio ad Nov. 61.

17) Mich. Gottofr. WERNHER Lectissim. commentation. in Pandect. P. II. h. t. §. 4. Jo. Thadd. MÜLLER Syst. Pandectar. P. II. Sect. I. Tit. III. §. 606. Not. d. Jo. Ern. Just. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. II. Obs. 550. Jul. Frid. MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. ult. §. 650. pag. 692.

Veräußerung eines zur dos oder donatio propter nuptias gehörigen Grundstücks keine Intercession ist. Nach der richtigeren Ansicht kann die Veräußerung eines fundi dotalis non aestimati wohl niemals gültig werden, wenn schon die Ehefrau gleich anfangs dazu ihre Einwilligung gegeben, und diese nach zwey Jahren wiederholt hat. Denn Justinian wollte eben dadurch die Lex Julia de fundo dotali verbessern und erweitern, ut fundum dotalem non aestimatum, qui et dotalis proprie nuncupatur, non solum hypothecae titulo dare, nec consentiente muliere, maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam<sup>18)</sup>. Dieses Verbot hat Justinian durch die Novelle LXI. Kap. 1. weder aufheben noch einschränken wollen. Denn hätte er diese Absicht gehabt, so hätte er sich ja nicht auf seine früheren Verordnungen wegen der dos beziehen, und deren fortdauernde Gültigkeit bestätigen können, wie §. 3. und §. 4. geschieht. Die Vorschrift dieser Novelle geht also offenbar nur auf die Veräußerung einer zur donatio propter nuptias gehörigen unbeweglichen Sache. Denn hätte er gewollt, daß die nach zwey Jahren wiederholte Einwilligung der Frau auch die Veräußerung eines fundus dotalis gültig machen sollte; so hätte er ja dadurch die Lex Julia nicht verbessert, sondern nur mit einer neuen Solennität vermehrt. Eine so wichtige Abänderung seiner frühern Verordnung hätte Justinian deutlicher und bestimmter ausdrücken müssen. Die Worte:

Atque haec multo magis in dote obtineant, si quaedam de dote alienaverit. Satis enim haec iam elaborata et sancita sunt;

18) L. un. §. 15. Cod. de rei uxor. act.

können also, nach einer richtigen Interpretation, dahin nicht gedeutet werden, sondern sie beziehen sich auf seine früheren Verordnungen, und müssen also daraus erklärt werden. Wenn nun Justinian der in dem §. 1. enthaltenen Verordnung, daß die Veräußerung der zur *donatio propter nuptias* gehörigen unbeweglichen Güter alsdann erlaubt und gültig seyn solle, wenn die Ehefrau ihre Einwilligung dazu gegeben, und diese nach zwey Jahren wiederholt hätte, im §. 3. die Ausnahme beifügt, daß ihr auch diese wiederholte Einwilligung nicht schaden solle, *si nihil aliud superesse appareat*, (nämlich in dem Vermögen des Mannes) *quod ad quantitatem donationis ante nuptias sufficiat*; so erinnerte er sich an seine Verordnung, vermöge welcher der Ehefrau in Ansehung aller Dotalsachen, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, geschätzt oder nicht geschätzt, das *Revindicationis* recht nach getrennter Ehe zustehen soll, wenn diese Sachen noch vorhanden sind, und sich in diesem Falle kein Gläubiger des Mannes in Ansehung derselben ein Vorzugsrecht soll anmassen dürfen<sup>19)</sup>. Darum fügte er die Worte hinzu: *atque haec multo magis in dote obtineant etc.* oder wie es in dem griechischen Text heißt: *καὶ πόλλῳ μᾶλλον ταῦτα ἐπὶ τῆς προικὸς κρατεῖν*<sup>20)</sup>, *εἴπερ τινὰ τῆς προικὸς ἢ ἐκποιήσειεν ἢ ὑπόδοιτο*<sup>21)</sup>. *ἤδη γὰρ τὰ τοιαῦτα*

19) L. 50. C. de iure dot.

20) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 731. heißt es: *κρατεῖν*. Allein die Lesart *κρατεῖν* ist unstreitig richtiger.

21) Die Worte: *ἢ ὑπόδοιτο*, *vel pignori obligaverit*, hat Hombergk gar nicht übersetzt.



*ικανῶς περιεργασται καὶ νενομοδέτηται.* Der Sinn, in Verbindung mit den unmittelbar vorhergehenden Worten ist also der. So wie die *donatio propter nuptias*, ob sie schon nur ein bloßer Gewinn für die Frau ist, derselben dennoch auf alle mögliche Art erhalten und gesichert werden muß, selbst um des Mannes Willen, weil, wenn sie in dessen Vermögen bleibt, dieselbe auch in den meisten Fällen den gemeinschaftlichen Kindern zu statten kommt, so muß dieses noch um so mehr bey der *dos* gelten, welche kein Gewinn, sondern eignes Vermögen der Frau ist, wenn der Mann Etwas davon veräußert. Dafür ist aber, sagt er, in früheren Gesetzen gesorgt worden. So muß also Justinian aus sich selbst erklärt werden, und es ist ganz offenbar, daß er in Ansehung der *dos* nichts Neues hat verordnen wollen<sup>22)</sup>. Der Gerichtsgebrauch scheint indessen mehr die entgegengesetzte Meinung zu begünstigen, und die Veräußerung eines unbeweglichen Dotalguts wegen wiederholter Einwilligung der Frau für gültig zu erklären, wenn sie aus dem übrigen Vermögen des Mannes entschädiget

22) Hietin stimmen überein LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Vol. II. h. t. §. 16. BACHOV ad Treutlerum Vol. II. Disp. VII. Th. IX. lit. D. pag. 371. sq. BERGER Resolution. Legg. obstant. h. t. Qu. 3. HOMMEL Diss. de fundo dotali. Cap. I. pag. 21 — 24. HOPACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 435. in fin. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 448. Klüber's kleine jurist. Bibliothek. 1. Band S. 408. ff. Bucher System der Pandecten. (3. Ausg. Erlangen 1822.) §. 78. Not. 3. S. 126. Dabelow Handbuch des gemeinen Röm. Deutsch. Privatrechts. 1. Th. §. 512. Not. x. Gebrüder Oberbeck Meditationen über versch. Rechtsmaterien. IV. Band. Meditatio. 201. u. a.

werden kann, weil die Absicht des Gesetzes, daß sie bey der Veräußerung keinen Schaden leiden solle, hierdurch erreicht wird<sup>23)</sup>.

Die anfangs widerrechtlich und ungültig geschehene Alienation des fundus dotalis convalescirt hingegen, wenn die Frau Erbin des Mannes geworden, oder der Mann nach dem Tode der Frau das Heyrathsgut derselben lucrirt<sup>24)</sup>. Jedoch wird auch im ersten Falle vorausgesetzt, daß die Frau wegen ihrer Los durch die Erbschaft des Mannes hinlänglich entschädiget werde, sonst kann sie das veräußerte Heyrathsgut, wo nicht ganz, doch zum Theil vindiciren<sup>25)</sup>.

23) S. STRYK Disputat. de iure mariti in bonis uxoris Cap. II. §. 57. et §. 58. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXI. medit. 3. Ge. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 1. B. Decis. IV. Höpfner's theoret. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 848. Not. 1. S. 901. u. Just. Claprotch's theoretisch pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen (5. Aufl.) §. 177. Not. d. S. 351.

24) L. 17. D. h. t. L. 42. D. de usurpat. et usucap.

25) L. 13. §. 4. D. de fundo dotali. ULPIAN lib. 5. de Adulteriis. Si uxore herede instituta, fundus dotalis fuerit legatus, si quidem deductis legatis mulier quantitatem dotis in hereditatem habitura est, valet legatum: si minus, an non valeat, quaeritur? SCAEVOLA, et si non totus, sed vel aliqua pars ex eo vindicari possit, si modo aliqua pars ad dotem supplendam desit, id dumtaxat ex eo remanere apud mulierem sit, quod quantitati dotis deest. S. LAUTERBACH Diss. cit. §. 46.

## §. 1252. b.

Ausnahmen nach dem cano.nischen und deutschen Rechte.

Es giebt nun noch Fälle, wo die Veräußerung unbeweglicher Dotalgüter mit Einwilligung der Frau gleich Anfangs gültig ist. Dahin gehört

1) nach dem Canonischen Recht, wenn die Frau ihre Einwilligung mit einem Eide bestärkt hat. Der Pabst Innocenz III. schreibt deshalb an den Bischof von Bauvais im Jahr 1206 folgendermassen<sup>26)</sup>:

Cum contingat interdum, quod constante matrimonio mulieres alienationibus super rebus dotalibus et donationibus propter nuptias consentiant, ne ulterius contraveniant proprio sacramento firmando, ac soluto processu temporis matrimonio contravenire nitantur, utrum hoc eis liceat, a nobis tua fraternitas requisivit. Nos autem frat. tuae taliter respondemus, quod etsi mulierum consensus in talibus non videatur obligatorius secundum legitimas sanctiones, ne tali tamen praetextu viam contingat periuriis aperiri, mulieres ipsae servare debent huiusmodi iuramenta, si sine vi et dolo, sponte ac provide praestita sint: cum in alterius praeiudicium non redundant, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae.

Wenn nun gleich einige Rechtsgelehrten<sup>27)</sup> dem Rö-

26) *Cap. 28. X. de iureiur.*

27) *§. B. Jac. Frid. Ludovici Diss. de genuino intellectu brocardici, omne iuramentum servandum esse, quod salva salute aeterna servari possit. §. J. H. BOEHMER Not. 56. ad Cap. 28. X. de iureiur.*

mischen Recht den Vorzug einräumen wollen; so ist doch der Gebrauch des Canonischen Rechts in der Lehre vom Eide schon längst durch die tägliche Praxis ausser Zweifel gesetzt <sup>28)</sup>).

2) Nach dem deutschen Recht.

a) Wenn die Ehegatten in der Gütergemeinschaft leben. Hier haben beyde Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen gleiches Recht. Kein Ehegatte hat an dem, was er eingebracht hat, mehr ein Privateigenthum. Es kann daher weder von einem Brautscatz noch von Paraphernalien die Rede weiter seyn. Hier ist also die bloße Einwilligung der Ehefrau hinreichend, welche auch sogar aus einem langwierigen Stillschweigen vermuthet wird <sup>29)</sup>).

b) Wenn die Veräußerung mit Zustimmung der Obrigkeit geschehen ist <sup>30)</sup>).

Ganz ungegründet hingegen ist es, wenn einige Rechtsgelehrten <sup>31)</sup> der Meinung sind, als ob das Röm. Recht

28) Man sehe hier vorzüglich Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24.

29) S. BADER Diss. de iure mariti circa alienationem dotis §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom I. §. 459. Scherer Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 55. Klöntrup Beytrag zur Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. IV. Abschn. §. 5. Man vergleiche auch STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

30) S. Claproth's theot. practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 180. Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXX. Th. 22.

31) Jo. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXXVI. §. 95 sqq.

in dieser Lehre gar nicht in Deutschland angenommen, und daher nach deutschen Rechten jede vom Manne mit Einwilligung der Frau geschene Veräußerung unbeweglicher Dotalgüter unwiderruflich gültig sey; eine Meinung, welche schon Joh. Balth. von Bernher<sup>32)</sup> gründlich widerlegt hat.

32) Select. Observation. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 457.

---

## Lib. XXIV. Tit. I.

## De donationibus inter virum et uxorem.

## §. 1253.

I. Rechtliches Verhältniß der Schenkungen unter Ehegatten vor den Zeiten des Kaisers Antoninus Caracalla. Welche Schenkungen sind hier gemeint?

Es gehört zu den gemeinschaftlichen Wirkungen einer gültigen Ehe in Absicht auf das Vermögen der Ehegatten, daß während derselben Schenkungen unter Ehegatten nicht gültig sind<sup>33)</sup>. Es wird also eine wirklich ge-

33) Die vorzüglichsten Schriften sind *Scip. GENTILIS de donationibus inter virum et uxorem libri IV. Hano-viae 1604. Jos Fernand. de REYES de donationibus inter virum et uxorem liber singularis. (in novo Thes. iuris civ. et canon. Meerman. Tom. VI. pag. 663—702. Benjam. Gottl. BOSSECK Diss. de donationibus, quae fiunt inter coniuges honoris causa. Lipsiae 1703. Just. Henn. BOEHMER Diss. de statu donationum inter virum et uxorem antiquo et hodierno. Halae Magdeb. 1727. (in Exercitationib. ad Pand. Tom. IV. pag. 717—776.) God. Lud. MÜNCKEN Diss. de donationibus inter virum et uxorem non ipso iure nullis.*

schlossene, gültige Ehe vorausgesetzt<sup>34)</sup>. Denn ist die Ehe an sich nichtig, so ist die Schenkung unter solchen Ehegatten eben so gültig, wie unter Verlobten. Ulpian sagt *libro XXXII. ad Sabinum*<sup>35)</sup>.

Videamus, *inter quos sint prohibitae donationes. Et quidem, si matrimonium moribus Legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit. Ergo si Senatoris filia libertino contra Senatusconsultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui ibi meret*<sup>36)</sup>, con-

*Helmst. 1752. Ge. Henr. AYRER Diss. de donationibus inter virum et uxorem ad Lib. I. Tit. VI. Art. 1. et 2. Jur. Lubec. Goettingae 1768. Zach. RICHTER Disp. de Oratione Antonini de donationibus inter virum et uxorem confirmandis. Lipsiae 1759. Henr. Jo. Otto KOENIG Disp. de vicissitudinibus iuris Rom. circa donationes inter virum et uxorem. Halae 1771. Frid. Car. Adolph a TRÜTZSCHLER Diss. de donatione inter coniuges per alium facta prohibita. Jenae 1771. Jul. Ge. Paul du ROI Diss. de donatione inter coniuges remuneratoria absque insinuatione valida. Helmst. 1777. Aug. Corn. STOCKMANN Diss. de donationum inter coniuges celebratarum revocatione iuris Romani et Saxonici Observationes. Lipsiae 1805.*

34) Wie viel hier auf den Anfang der Ehe ankommt, lehrt L. 66. D. h. t. welche Gesetzesstelle im 22. Th. dieses Commentars §. 1191. S. 596. ausführlich erläutert worden ist.

35) L. 3. §. 1. D. h. t.

36) So liest die Taurellia. Allein die Vedart ist zweifelhaft. Die Glosse liest *maneret* statt *meret*, bemerkt auch, daß Einige *manet* lesen, und versteht darunter, *qui*

tra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. Sed fas non est, eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum, qui deliquerunt. Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini Senatoris contra statuit: quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.

Merkwürdig sind hier die Worte: *Sed fas non est* etc. insofern also die Ehe gegen ein gesetzliches Verbot ist eingegangen worden, wäre es der Billigkeit zuwider, eine solche Schenkung bey Kräften zu erhalten, weil

habet iurisdictionem. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 3. pag. 753. haben: ἡ ἐπαρχιώτις γυνὴ τῷ διοικοῦντι τὴν ἐπαρχίαν. i. e. *vel provincialis mulier ei (sc. nupserit), qui provinciam administrat.* Im Vertrauen auf die Basiliken meint daher Jo. Guil. HOFFMANN in Meletemat. s. Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 2. es müsse: qui ibi imperet, gelesen werden. Allein man hat nicht nöthig, die florentinische Lesart zu verlassen. Denn das Wort *merere* wird nicht nur von Soldaten gebraucht, welche Kriegsdienste thun L. 25. §. ult. *D. ad municipalem*, sondern auch von allen denen, welche öffentliche Ämter in der Provinz verwalten. L. 38. L. 65. *D. de ritu nuptiar. L. 2. D. de his, quae ut indignis* G. BRISSONIUS de Verbor. iuris Significat. voc. *Merere* nr. 4. et 5. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. V. not. i. pag. 38. Daß aber auch Soldaten in der Provinz, worin sie ihren Dienst verrichten, keine Frauensperson aus derselben heyrathen dürfen, lehren L. 63. et L. 65. *D. de ritu nupt.* Aus diesem Grunde vertheidiget daher die florentinische Lesart auch Ant. AUGUSTINUS Emen-dation. et Opin. Lib. III. Cap. 7. (in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* Tom. IV. pag. 1516.)



sonst diesen Ehegatten ihr Verbrechen zum Gewinn gereichen würde<sup>37)</sup>. Hier tritt also der Fiscus ein, und entreißt dem Beschenkten, der Unwürdigkeit wegen, das Geschenk, und es ist dann auch kein Unterschied zwischen Ehe und Verlöbniß, denn das Eine ist eben so gut verboten, als das Andere, wie Ulpian *libro XXXIII. ad Sabinum*<sup>38)</sup> lehrt.

*Sed si Senator libertinam desponderit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? Et putem, etiam sponsalia improbanda, et quasi ab indignis ea, quae donata sunt, ablata, fisco vindicari.*

Da der Fiscus nur solche Güter einziehen kann, welche der Unwürdige schon wirklich erworben hat, so dient diese Stelle zugleich zum Beweise, daß die Schenkung an sich nach dem strengen Recht nicht ungültig sey. Es darf nur der Beschenkte das Geschenk nicht behalten, weil es ihm der Fiscus wieder entreißt, wie Marcian *Lib. XI. Institutionum*<sup>39)</sup> sagt. Man sieht dieses aber noch deutlicher aus einem Rescripte des Kaisers Alexander an eine gewisse Theodata. Es ist die *L. 7. Cod. h. t.* welche folgendermassen lautet:

*Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso iure irrita est.*

37) *L. 154. §. 1. D. de div. reg. iuris. Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.*

38) *L. 32. §. 28. D. h. t. S. auch L. 60. §. 5. D. de ritu nuptiar.*

39) *L. 2. §. 1. D. de his, quae ut indignis.*

Sed si matrimonium iure non valuit, licet ipso iure donatio tenuerit: quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici: utiles actiones super revocandis his tibi competunt.

Hatte also die Theodata den Sohn ihres Vormundes nach dem Willen ihres Vaters geheyrathet, so war die ihrem Manne gemachte Schenkung ipso iure nichtig, weil die Ehe in diesem Falle gültig war<sup>40)</sup>. In dem entgegengesetzten Falle aber war die Ehe derselben dem gesetzlichen Verbote zuwider, und daher die Schenkung nach dem strengen Rechte gültig. Allein da die Frau noch minderjährig war, so konnte der Fiscus hier nicht eintreten<sup>41)</sup>, sondern ihr selbst wird zur Revocation der Schenkung die actio in rem utilis gestattet. Wäre auch hier die Schenkung ipso iure nichtig gewesen, so wäre kein Grund vorhanden, warum sie die verschenkte Sache nicht hätte direct vindiciren können<sup>42)</sup>.

Noch ist vorläufig die Frage zu erörtern, was hier unter einer Schenkung unter Ehegatten verstanden wird, wenn von deren Ungültigkeit die Rede ist? Nicht jede Freygebigkeit, die ein Ehegatte gegen den andern ausübt, nicht jede Bereicherung des einen Ehegatten aus

40) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1216. e. S. 68.

41) L. 5. §. 9. D. de his, quae ut indignis. L. 6. Cod. de his, quibus ut indignis.

42) Man sehe hier vorzüglich Franc. RAMOS DEL MANZANO ad Leges Juliam et Papiam Commentar. Lib. II. Cap. 14. (in Thes. juris civ. et canon. Meerman. Tom. V. pag. 165—168.) und Ant. SCHULTING Notae ad Digesta a Smalenburg edit. Eiusq. animadversion. locupletatae. Tom. IV. ad L. 52. §. ult. D. h. t. pag. 311 sq.

den Gütern des andern ist schon an sich für eine solche Schenkung zu halten, welche die Gesetze für ungültig erklären. Nein so bitter, so gehässig sind die Gesetze nicht zu nehmen, welche die Schenkungen unter Ehegatten verbieten, daß sie unter Personen, welche durch das engste Band der Liebe und Treue mit einander vereinigt sind, gerade das Mittel hätten verbannen sollen, wodurch man der geliebten Person seine innigste Liebe ganz vorzüglich zu erkennen giebt. Mit Recht sagt vielmehr Paulus *Lib. VII. ad Sabinum*<sup>43)</sup>. *Et sane non amare, nec tanquam inter infestos ius prohibita donationis tractandum est; sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.* Nur Unmäßigkeit, welche Armuth des Schenkenden befürchten läßt, soll vermieden werden. Schenkung unter Ehegatten, welche die Gesetze für ungültig erklären, ist also hier die Handlung, wodurch eine Sache von nicht unbedeutendem Werthe aus bloßer Freigebigkeit von dem einen Ehegatten dergestalt auf den andern übertragen wird, daß der Schenkende dadurch ärmer, der Beschenkte aber dadurch bereichert wird. Ulpian selbst giebt uns diesen Begriff, wenn er *Libro XXXII. ad Edictum*<sup>44)</sup> sagt: *Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiozem.* Es ist also hier nur von donis nicht von muneribus die Rede, nach dem Unterschiede, welchen Ulpian *libro XLIII. ad Edictum*<sup>45)</sup> angiebt, wenn er sagt: *Inter donum et munus hoc*

43) L. 28. §. 2. D. h. t.

44) L. 5. §. 8. D. eodem.

45) L. 194. D. de Verbor. Signif.

interest, quod inter genus et speciem: nam genus esse *donum* LABEO ait, a donando dictum, *munus* speciem. Nam *munus* esse donum cum causa, utputa natalitium, nuptalitium. Eben so drücken sich die *glossae nomicae* aus: *Munus*, quod ob causam donatur: *Μούνονος τὸ μετ' αἰτίας δῶρον*; und Cornelius Fronto<sup>46)</sup> sagt: *Munus*, quod amicus, vel cliens, vel libertus *officii causa* mittunt. 3. B. donationes natalitiae, nuptiales, lustricae, Saturnales, ac similes. *Dona* autem proprie sunt, sagt Marcian *Libro I. Publicor. iudicior.*<sup>47)</sup> quae *nulla necessitate iuris*, officii, sed *sponte* praestantur, quae si non praestentur, nulla reprehensio est, et si praestentur, plerumque laus inest. Es kann aber auch ein *munus* in eine *donatio* ausarten, wenn das Geburtstagsgeschenk unmäßig ist. Pomponius sagt dieses ausdrücklich *libro XIV. ad Sabinum*<sup>48)</sup>: *Si vir uxori munus immodicum Kalendis Martiis*<sup>49)</sup> aut

46) *Differentiis Verbor.* pag. 2196. edit. Patsch. Man sehe über den Unterschied zwischen *donum* und *munus* noch vorzüglich *Car. Andr. DUCKER* Opusc. de Latinitate Ictor. Vet. Cap. 39. pag. 39. — 52.

47) *L. 214. D. de Verbor. Signif.*

48) *L. 31. §. 8. D. h. t.*

49) Die *Calendae Martiae* waren bey den Römern ein Festtag, wo die Weiber von ihren Männern Geschenke erhielten. Man nannte dieses Fest *Matronalia*, weil es von den Matronen zum Andenken des zwischen den Römern und Sabinern gestifteten Friedens gefeiert wurde. *OVIDIUS Fastor. III. 170. MARTIALIS Epigrammat. Lib. V. Epigr. LXXXIV. v. 10—12. PLAUTUS Miles glorios. Sc. III. Act. I. v. 96. SUTTONIUS in Ve-*

natali die dedisset, *donatio est*. Eben so sagt Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum*<sup>50)</sup>: *Ex annuo vel menstruo, quod uxori maritus praestat, tunc, quod superest, revocabitur, si satis immodicum est, id est, supra vires dotis*. Es erhellet zugleich hieraus, daß die Lex Cincia, welche unstreitig zur Zeit dieser Rechtsgelehrten noch galt, hier nicht zur Norm diente, wo es auf die Frage ankam, ob eine Schenkung unter Ehegatten für mäßig oder für unmäßig zu halten sey, obwohl dieselbe bey erlaubten Schenkungen ein gewisses Maaß bestimmt hatte, wovon selbst noch in den Pandecten deutliche Zeugnisse vorhanden sind<sup>51)</sup>. Denn die Schenkung konnte immerhin der Lex Cincia gemäß, und doch nach der Beschaffenheit des Vermögens des Schenkenden unmäßig seyn<sup>52)</sup>. Ueberdem rescindirte die Lex Cincia selbst große Schenkungen nicht, wenn sie in der gesetzlichen Form waren

*spasiano*. Cap. 19. Daher nennt JUVENAL. *Satyr. IX. v. 55.* den ersten März *Kalendae femineae*. Dagegen waren die Saturnalia das Fest, an welchen die Weiber den Männern Geschenke machten. S. *Guid. PANCIOLOUS Thesaur. variar. Lection. Lib. II. Cap. 54 Sam.* PITISCUUS ad Sueton. in *Vespas. c. 1. Tom. II. pag. 501* und POTHIER *Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. XXXVII. Not. h.*

50) *L. 15. D. h. t.*

51) *L. 21. §. 1. L. 24. D. donat. L. 5. §. 5. de doli mali et metus except.* S. von Savigny Ueber die Lex Cincia de donis et muneribus. §. III. et IX. (in der Zeit-  
Schrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 4. B. S. 11. und S. 36. ff.)

52) S. MENCKEN *Diss. cit. de donationib. inter V. et U.*  
§. 18.

vollzogen worden<sup>53)</sup>. Da also auch munera durch Unmäßigkeit in donationes ausarten konnten; so hat wohl Fried. Brummer<sup>54)</sup> nicht Unrecht, wenn er den Unterschied zwischen dona und munera darin setzt, daß unter den ersteren Geschenke von großem Werthe, also große unmäßige Geschenke, unter den letztern aber mäßige Geschenke von geringerem Werthe verstanden werden, sie bestehen nun in Gelde oder Geldeswerthe, sie mögen cum causa, oder sine causa, und also aus bloßer Freygebigkeit, gegeben worden seyn.

Uebrigens wird zu einer Schenkung unter Ehegatten, wenn sie dem gesetzlichen Ausspruche der Nichtigkeit unterworfen seyn soll, das übereinstimmende Bewußtseyn beyder Ehegatten, mithin von Seiten des Einen Uebergabe der geschenkten Sache, von Seiten des Andern aber Annehmung vorausgesetzt. Denn nur dieses ist eine wahre Schenkung, sagt Julian *libro XVII. Digestorum*<sup>55)</sup>, cum aliquis ea mente dat, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam *donationem* valere, propria appellatione utimur, et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit. Diese

53) S. von Savigny angef. Schrift. §. IV. S. 16. ff.

54) Commentar. ad Leg. Cinciam Cap. II. §. 17. pag. 27. (edit. Ge. BEYER Lipsiae 1716. 8.)

55) L. 1. D. de donationibus. S. Hub. GIPHANIUS Lectur. Altorphin. ad L. 1. pag. 100.

Stelle gehört um so mehr hierher, weil Julian im 17. Buche seiner Digesten gerade von Schenkungen unter Ehegatten handelte <sup>56)</sup>, und daher für nöthig hielt, den Begriff einer eigentlichen Schenkung selbst erst näher zu bestimmen <sup>57)</sup>. Ob ein bloßes Schenkungsversprechen, welches bey Lebzeiten des Promittenten durch die Uebergabe nicht vollzogen ward, demselben Rechte, wie die Schenkung unter Ehegatten selbst, unterworfen sey, ist zweifelhaft. Papinian läugnete es, und Ulpian giebt ihm Recht. Legter schreibt nämlich *libro VI. ad Sabinum* <sup>58)</sup>: *PAPINIANUS recte putabat, orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.* Diesem scheint nun aber geradezu zu widersprechen, was Ulpian *libro XXXVI. ad Sabinum* <sup>59)</sup> sagt: *Si stipulata fuerit mulier annum, id ex stipulatu petere, constante matrimonio, non potest. Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem confirmari ex Senatusconsulto. §. 1. Si uxor marito annum versa vice praestiterit, restituetur ei hoc, et poterit vindicare id quod*

56) Man vergleiche *L. 4. L. 5. §. 1. 4. et 13. et L. 57. D. h. t.*

57) *©. Jac. Cujacii Commentar. in Libr. XVII. Digestor. Salvii Juliani ad L. 1. D. de donation. (Oper. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 126.) und Ger. NoODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Hactenus. Oper. T. II. pag. 512.*

58) *L. 25. D. h. t.*

59) *L. 55. D. h. t.*

exstat: credo <sup>60)</sup> poterit et condicere, in quantum locupletior factus est: quia non tam sollemne <sup>61)</sup> est annum, quod maritus uxori pendit, et <sup>62)</sup> quod uxor marito praestat, immo incongruens est, et contra sexus naturam. §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex Oratione donationem conualescere. Man hat sich viel Mühe gegeben, den Ulpian mit sich selbst zu vereinigen <sup>63)</sup>. Es ist indessen hier der Ort noch nicht, den Knoten aufzulösen, weil sich jene Frage eigentlich auf das durch das Senatusconsultum ad orationem Antonini Caracallae de donationibus inter virum et uxorem

60) Im *Cod. Erl.* steht credo nicht.

61) Jo. CANNegiETER ad ULPiani *Fragm.* Tit. VII. §. 1. pag. 45. substitutit *insolens*. BEST Ratio emendandi LL. Cap. XV. Nr. 5. *insolemne*. Allein man sehe den 15. Th. dieses Commentars §. 836. S. 197. Not. 56.

62) *Cod. Erl.* quam quod. So lesen auch mehrere alte Ausgaben, z. B. die des Claud. Chevallon, und Baudoza Cestius.

63) Man sehe *Franc. de AMAJA* Observation. iuris. Lib. II. cap. 10. *Corn. van BYNKERSHOEK* Observation. iuris Rom. Lib. V. Cap. 18. *Ev. Otto* Papinian. Cap. XII. §. 9. *Ger. NoODT* Commentar. ad Dig. h. t. §. Exposito (Tom. II. *Oper.* pag. 517.) *POTHIER* Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXIII. Not. 1. *VOORDA* Thesium controversarum. Decad. VIII. §. 3 — 5. *Henr. HELLINGHUSEN* Diss. de Legibus nonnullis Romanorum. (*Franequerac* 1744.) Cap. XIV. (in *Gerh. OBLRICHS* *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 40 — 42) und *MENKEN* Diss. cit. de donationib. inter V. et U. §. 23. — §. 28.



confirmandis gemilderte Recht bezieht, wovon erst in der Folge die Rede seyn wird. Es wird sich dann auch von selbst ergeben, daß der Grund der Entscheidung in der Natur des *annuum* beruht, *quod quidem non unam donationem, sed per singulos annos repetitam continet*, welchen Grund Ulpian in den angeführten Worten *quia in annuo quoque* (i. e. in singulis annuis) *donatio vertitur*, deutlich genug ausgedrückt hat. Ohne hin aber hat die ganze Streitfrage nun ihr Interesse verloren, nachdem Justinian die Lex Cincia, welche überhaupt keine Stipulation für Schenkungen großer Summen zuließ, sondern die gegenwärtige Erfüllung durch Uebergabe in gesetzlicher Form zu deren Gültigkeit erforderte <sup>64)</sup>, vollends aufgehoben <sup>65)</sup>, und namentlich den Streit über die aufgeworfene Frage entschieden hat <sup>66)</sup>.

64) S. von Savigny über die Lex Cincia. §. IV. (in der Zeitschrift IV. B. S. 16—19.)

65) L. 35. §. 5. L. 37. C. de donat. §. 2. I. de donat. Justinian hob nämlich nicht nur die Nothwendigkeit der Tradition bey großen Schenkungen auf, sondern er begünstigte die Schenkungen vor andern Verträgen noch darin, daß auch das bloße Versprechen ohne Stipulation schon eine Klage begründen sollte. S. von Savigny §. VIII. S. 35 ff.

66) Nov. CLXII. Cap. 1. Mulier quaedam in his rebus, quae ipsi a marito donatae, non vero traditae erant, mortuo marito, et de donatione tacente, res vindicare voluit, velut earum domina tam ex donatione, quam silentio mariti facta. Opponebatur a detentoribus, habere illam in ius vocatam solam exceptionem, si possideat: non autem ab alio eas vindicare posse. De quo igitur controversia erat, id ita se habuit. Nos vero recordati sumus constitutionis nostrae, quae de-

Ich habe oben gesagt, daß eine Schenkung unter Ehegatten, wenn sie dem Gesetz unterworfen seyn soll, daß übereinstimmende Bewußtseyn beyder Ehegatten voraussetze. Hieraus erklärt sich die schwierige Stelle des *Meratius libro V. Membranarum* <sup>67)</sup>.

Si extraneus rem viri, ignorans eius esse, ignorantia uxori, ac ne viro quidem sciente, eam suam esse, donaverit: mulier recte eam usucapiet. — Sed si vir rescierit suam rem esse prius quam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur

*natori, etsi non stipuletur traditionem, necessitatem tradendi rem donatam incumbere dicit.* — Meminimus insuper veterem legem *Cinciam* (nicht *Sentiam*, wie *Hombert* hat, denn es muß *τοῦ κεντίου νόμου* gelesen werden, wie auch *Cujacius* *Lib. VI. Observation. Cap. 18.* bemerkt hat,) latam esse, quam recte e legibus suis olim *Respublica* ejecit, ea sancientem, de quibus nunc controversia movetur. §. 1. Sancimus igitur, si (ut ante dictum est) donatio per omnia perfecta sit, tum quantum ad quantitatem, tum quantum ad insinuationem, ut illa statim ab initio, ex quo facta est, secundum constitutionem nostram ex silentio viri omni modo valeat: adeo ut si maritus postea rem hypothecae det, vel pignori obligaverit, non tamen is, qui, quamdiu superstes fuit, quievit, alienasse videatur: et traditio, si facta fuit, exceptionem illi det, vel si non facta est, praebeat etiam exactionem, et si quidem stipulatio intervenit, *ex stipulatu*, sin minus, *conditionem ex lege*, ad consequendum id quod donatum est. Man sehe auch *Guliel. RANCHINUS* *Variar. Lection. Lib. II. Cap. 7.*

possessio: quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia<sup>68)</sup> propius est, ut nullum acquisitioni domini eius adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibita sunt.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wenn ein Fremder einer Ehefrau die Sache ihres Mannes schenkt, und die Frage, welche hier Neratius entscheidet ist die, ob Usucapion gelte? Nach der richtigen Interpunction werden hier eigentlich drey Fälle unterschieden.

1) Wenn alle drey Personen, der Schenkende, der Ehemann, und die beschenkte Frau die Beschaffenheit des Eigenthums nicht kannten. Hier ist die Usucapion außer Zweifel. Diesen Fall enthalten die Worte: *Si extraneus rem viri — mulier recte eam usucapiet.*

68) Nach der gewöhnlichen Interpunction sind die Worte *ipsius mulieris scientia* mit den vorhergehenden Worten: *quia transiit in causam ab eo factae donationis*, in einem Satze verbunden. Denn in der Laurellischen, und allen übrigen Ausgaben steht nach den Worten *mulieris scientia* ein Punctum. Eben so in unserm Erlang. Cod. Mit den Worten *propius est*, fängt eine neue Periode an. Daß aber diese Interpunction unrichtig sey, und dadurch der Sinn verdunkelt, ja offenbar entstellt werde, hat H. von Savigny in einem trefflichen Aufsatz über die L. 44. D. h. t. in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1. B. Nr. X. S. 270 — 280. gezeigt, und hiermit aller Schwierigkeit abgeholfen, welche die Rechtsgelehrten bey der Erklärung dieser Gesetzstelle gefunden haben.

2) Wenn vor vollendeter Usucapion beyde Ehegatten die wahre Lage des Eigenthums erfahren, und alles absichtlich ungeändert lassen. Hier wird der Usucapionsbesitz unterbrochen, weil nun die Schenkung als eine von dem Manne selbst gemachte zu betrachten ist. — *Sed si vir rescierit suam rem esse, — quia transit in causam ab eo factae donationis.*

3) Wenn nur die Frau allein, und nicht auch zugleich der Mann, erfahren hat, daß die ihr von dem Dritten geschenkte Sache des Mannes Eigenthum sey. Hier stößt die Wissenschaft der Frau die Usucapion nicht. Zwar bereichert sich auch hier die Frau wesentlich aus dem Vermögen des Mannes; allein es ist schon oben bemerkt worden, daß nicht jede Bereicherung dieser Art verboten sey, sondern nur diejenige, welche eine Schenkung ist. Diese kann aber ohne übereinstimmendes Bewußtseyn beyder Ehegatten nicht gedacht werden. — *Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum acquisitioni dominii eius adferat impedimentum: — sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibita sunt.*

Uebrigens sind nur Schenkungen unter Ehegatten ungültig; sonst gelten alle andere Verträge und Rechtsgeschäfte auch unter Ehegatten, sofern dieselben nur nicht etwa bloß zum Schein geschlossen worden sind, um eine Schenkung damit zu bemänteln<sup>69)</sup>. War es wirklich die Absicht der Ehegatten, einen onerosen Contract unter sich zu schließen, so daß auf keine Weise die Absicht zu schenken

69) S. Ger. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *sequens locus.* pag. 511 sq. Scip. GENTILIS de donationibus inter vir. et uxor. Lib. I. Cap. 14 — 26. und Ge. Henr. AYRES Diss. de donat. inter vir. et uxor. Sect. I. §. 4.

obwaltete; es hat aber nachher ein Theil dem andern die Gegenleistung ganz oder zum Theil erlassen; so ist und bleibt das Geschäft dennoch gültig, und nur der Erlaß gilt nicht, und muß restituirt werden, so weit der andere Theil dadurch bereichert worden ist. Ist keine Absicht zu schenken vorhanden, so kann auch ein Ehegatte dem andern eine Sache wohlfeiler verkaufen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. 5. D. h. t. ULPIANUS libro XXXII. ad Sabinum. Circa venditionem quoque, Julianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: Neratius autem, cuius opinionem Pomponius non improbat, venditionem, donationis causa inter virum et uxorem factam, nullius esse momenti: si modo cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit, ut donaret: enimvero, si cum animum vendendi haberet<sup>70)</sup>, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior. Itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt: quia in hoc locupletior videtur facta.

L. 7. §. 6. D. eodem. ULPIANUS libro XXXI. ad Sabinum. Si uxor a marito suo praedia, quae ob dotem pignori acceperat, emerit, eaque emtio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti,

70) Dieses wird im Zweifel angenommen. S. Ant. SCHULING Notae ad Dig. a Smalenburg edit. Tom. IV. ad h. L. pag. 288. und VOORDA Thes. controversar. Decad. VII. §. 4.

pignoris tamen obligationem durare, Imperator noster cum patre suo rescripsit: cuius rescripti verba ideo retuli, ut appareat, venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari. *Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data, non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum: at si titulus donationis<sup>71)</sup> quaesitus ostenditur, atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico<sup>72)</sup> causam pignorum integram obtinebis.*

L. 31. §. 3. D. h. t. POMPONIUS libro XIV. ad Sabinum. Si duo mancipia fuerint, singula quinis digna, sed utrumque unis quinque<sup>73)</sup> donationis causa a viro mulieri, vel contra venierint: melius dicetur, communia ea esse pro portione pretii: nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum. *Sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi.*

§. 4. eiusd. L. Si vir uxori, vel contra, quid vendiderit vero pretio, et donationis causa pacis-

71) Ant. SCHULTING Not. ad Dig. Tom. IV. ad h. §. L. 7. h. t. will *donationi* lesen. Eben so lesen Haloander und Miräus.

72) Daß Schenkungen unter Ehegatten ungültig sind, wird als ein Grundsatz des *ius publicum* angesehen. Denn die Röm. Juristen stellen uns das gemeine Beste als dabey interessirt vor. Es kann daher auch durch Vertrag nicht aufgegeben werden. S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 27. S. 161. f.

73) Cod. Erlang. unis quinis.

cantur, ne quid venditor ob eam rem praestet: videndum est, quid de ea venditione agatur: utrum res venierit, et totum negotium valeat: an vero ut ea sola pactio irrita sit, quemadmodum irrita esset, si post contractam emtionem novo consilio inito id pacti fuisset actum? Et verius est, *pactum dumtaxat irritum esse.*

L. 32. §. 24. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIII. ad Sabinum. Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, *iure vulgato* <sup>74)</sup> nulla est: nec post decretum Senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constitutur, habere poterit: *quae tamen in commune tenuerunt, sine praestituto revocanda non sunt* <sup>75)</sup>. Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros: et propter hoc nec inter virum et uxorem.

§. 25. Idem erit dicendum, et si emtio contracta sit donationis causa: nam nulla erit.

74) Id est, iure communi, quod iam ante Orationem Antonini moribus obtinuit. Dieses erhellet aus dem Nachsatz: *nec post decretum Senatus.*

75) Eine wahre Societät, die einen bestimmten Zweck hat, (dies heißt hier *finis praestitutus*) kann, wenn sie auch auf das ganze Vermögen der Ehegatten geht, allerdings unter ihnen bestehen. L. 17. §. 1. D. Soluto matrimo. L. 16. §. 3. D. de alimentis. S. Scip. GENTILIS cit. Tr. de donationib. inter V. et U. Lib. I. Cap. 15. und Zach. RICHTER cit. Diss. de oratione Antonini de donationib. inter V. et U. confirmand. §. 15.

§. 26. Plane si minoris res venierit donationis causa, vel postea pretium sit remissum, admitteremus donationem valere ad Senatusconsultum<sup>76)</sup>,

§. 1253. a.

Darstellung des ältern Rechts. Gründe desselben.

Das Recht in Ansehung der Schenkungen unter Ehegatten hat jedoch mancherley Veränderungen erlitten. Man hat daher in dieser Rechtslehre das ältere Recht, welches vor Antoninus Caracalla galt, von dem neuern Rechte sorgfältig zu unterscheiden, um die Irrthümer zu vermeiden, in welche Hellfeld, und schon vor ihm Roodt und andere gerathen sind<sup>77)</sup>. Das neuere Recht ist aber das:

- 76) Unser *Cod. Erlang.* liest hier, wie die *Laurellia*. Mehrere alte Ausgaben aber lesen *pertinere* statt *valere*. Z. B. die des Claud. Chevallon, Merlinus, und Baudouin Cestius. Offenbar aber geht der Sinn dahin, eine solche Schenkung werde vermöge des Senatus-Consults durch den Tod des Schenkenden bestätigt. So erklären diese Stelle auch Detlev. LANGEBEK in *Leges aliquod perdifficiles et nond. satis intellectas Annotation. Cap. III.* (in *Thes. iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 548.*) und GENTILIS de *donation. inter Vir. et Uxor. Lib. I. cap. 16.* Und diese Erklärung wird besonders durch die *Basilica* bestätigt. In diesen heißt es *Lib. XXX. Tit. I. Const. 52. §. 19. pag. 740.* Ἡ κατὰ δωρεὰν πρᾶσις ἀνεπὶς ἐστίν. εἰ μὲν τοι ἤτρονος ἠγόρασεν ἢ τὸ τιμημα, μετὰ ταῦτα ἐρρώται ἢ δωρεά. i. e. *Donationis causa facta venditio irrita est. Quod si quis minoris emit, quam esset pretium, rata est postea donatio.*

- 77) C. RICHTER *Diss. cit. §. 11.*



jenige, welches durch das Senatusconsult auf die Donation des gedachten Kaisers eingeführt, und von Justinian erweitert worden ist.

Schenkungen unter Ehegatten waren zwar schon von den ältesten Zeiten an ungültig, aber vor Antoninus Caracalla dergestalt verboten, daß sie auf keine Weise, auch nicht durch den Tod des Schenkenden, gültig werden konnten <sup>78)</sup>. Auf diese Zeiten bezieht sich unstreitig, wenn Ulpian L. 3. §. 10. *D. h. t.* sagt: *Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod donationis causa actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet. Ipso enim iure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.* Denn diese Stelle ist aus Ulpian's *libro XXXII. ad Sabinum* genommen, worin er das ältere Recht von Schenkungen unter Ehegatten erklärt hat, wie sowohl aus der Verbindung mit L. 1. *D. h. t.* welche aus eben dem *libro XXXII. Ulpiani ad Sabinum* genommen ist, als insonderheit aus L. 32. *pr. D. h. t.* welche aus desselben *libro XXXIII. ad Sabinum* entlehnt ist, ganz klar erscheint, wo Ulpian sagt: *Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem ANTEA, (id est, superiore libro) retulimus, Imperator noster ANTO-*

78) Sollte das Geschenk gelten, so mußte es der schenkende Ehegatte in seinem Testamente bestätigen. Dann galt es als ein Vermächtniß. L. 109. *pr. D. de legat. I.* S. Westphal's Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 156.

NINUS Augustus etc., Ulpian schreibt dieses ältere Recht den *moribus* zu. Er sagt nämlich *L. 1. D. h. t. MORIBUS apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent*. Und nach Ulpian's Relation *L. 3. pr. D. h. t.* scheint sich auch die *oratio Imperatoris Antonini* mit den Worten angefangen zu haben: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt*. Daß durch die *mores maiorum* die ältesten Zeiten der Römer bezeichnet werden sollen, ist wohl ausser Zweifel; allein man ist darüber nicht einig, welcher römischen Rechtsquelle dieses Verbot zuzuschreiben sey. Der griechische Scholiast<sup>79)</sup> meint, es sey die *auctoritas Prudentum*. Er sagt nämlich: *Ἐκ τῆς ἀγραφῆς συναίνεσεως τῶν σοφῶν. τοῦτο γάρ ἐστι ἐξ μορίβους. ἐδέχθη παρ' ἡμῖν τοῖς Ῥωμαίοις μὴ ἐπρωσθαι μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς δωρεάς* i. e. *Ex non scripto Prudentum consensu (hoc enim est, quod hic dicitur ex MORIBUS) apud nos Romanos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valeant*. Es sind auch wirklich mehrere neuere Rechtsgelehrten<sup>80)</sup> derselben Meinung, weil das nicht geschriebene *Civilrecht* vorzüglich der Interpretation der römischen Rechtsgelehrten zugeeignet wird<sup>81)</sup>. Dagegen hat nun aber

79) *Basilica* Tom. IV. Lib. XXX. Tit. I. Sch. a. pag. 743.

80) *Rad. FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. V. cap. 3.* (in *Thes. Ottor. Tom. II. pag. 257.*) *Jac. RAEVARDUS de auctoritate Prudentum. Cap. 14 et 16.* (*Oper. T. II. pag. 919. und p. 929.*) *Ev. ORTO Comment. ad §. 9. l. de iure nat. gent. et civ. u. a. m.*

81) *L. 2. §. 5. et 12. D. de Orig. iuris.*

freylich Joh. Gottfr. Richter <sup>82)</sup> nicht ohne Grund erinnert, daß diese Meinung großen Schwierigkeiten unterworfen sey, weil Cicero <sup>83)</sup> die Auctorität der Rechtsgelehrten als eine von den moribus maiorum ganz unterschiedene Rechtsquelle anführe. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so scheint soviel gewiß zu seyn, daß es ursprünglich gar keines Verbots bedurfte. Denn so lange die Ehen bey den Römern durch die in manum conventio geschlossen wurden, war eine Schenkung unter Ehegatten gar nicht denkbar, weil diese eheliche Form zwischen Mann und Frau ein Verhältniß hervorbrachte, welches der patria Romanorum potestas vollkommen gleich war. Denn Dionys <sup>84)</sup> erzählt, Romulus habe ein Gesetz gegeben, nach welchem die Frau, die unter Beobachtung gewisser religiöser Förmlichkeiten in die Gewalt ihres Mannes gekommen wäre, aller seiner Güter und der sacrorum theilhaftig geworden sey, und ihn nach seinem Tode, wie eine Tochter, beerbt habe <sup>85)</sup>. Das Nämliche, was das

82) Diss. de moribus maiorum tanquam antiquissimo iuris Romani fonte. Lipsiae 1744. Cap. V. pag. 59.

83) Topic. cap. 5.

84) DIONYS. HALIC. Antiquitt. Rom. Lib. II. cap. 25. p. 95. edit. Sylburg.

85) Dionys sagt: Lex autem haec erat ROMULI: Mulierem nuptam, quae ex sacratis Legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium et bonorum et sacrorum participem esse. — Uxor enim erat familiae domina, aequae atque ipse vir; et in eius defuncti bona, ut filia in patris, heres succedebat. S. Heint. Ed. Dirksen Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. 6. Abh. Kap. 4. S. 293 ff.

Gesetz des Romulus bey der Ehe durch Confarreation bestimmt hatte, galt auch von der in manum conventio durch coemptio und usus, obgleich diese Formen erst durch die Gesetze der zwölf Tafeln in Gebrauch kamen<sup>86)</sup>. Da nun eine solche Ehefrau, welche sich in manu mariti befand, eben so wenig, wie die Kinder während der väterlichen Gewalt, ein eignes Vermögen besitzen konnte, vielmehr alles, was sie dem Manne zubrachte, und während der Ehe erwarb, dem Manne erwarb, in dessen Gewalt sie war<sup>87)</sup>; so konnte unter Ehegatten, wegen der in manum conventio, eine Schenkung eben so wenig Statt finden, als zwischen dem Vater und den Kindern<sup>88)</sup>. Auf solche Art waren also Schenkungen unter Ehegatten schon längst vor den Gesetzen der zwölf Tafeln, und zu den Zeiten der römischen Könige, an sich nichtig. Und da man dasjenige, was aus den Gesetzen der Könige sich noch nach deren Vertreibung im Gebrauch erhalten hatte, und in die Gesetze der zwölf Tafeln übergegangen war, den moribus zuzuschreiben pflegte<sup>89)</sup>, so läßt sich daraus gar wohl erklären, wenn Ulpian sagt: *Moribus apud nos receptum est: ne inter virum et uxorem donationes vale-*

86) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1220.

87) S. den 23. Th. des Commentars. §. 1205. S. 131 f.

88) L. 1. §. 1. et 2. D. pro donato. Zach. Richter Diss. de oratione Antonini. §. 3. und Koenig Vicissitud. iur. Rom. de donationib. inter V. et Ux. §. 1.

89) S. Boehmer Diss. cit. §. 7. et 17. Gruppen Tr. de Uxore Rom. Cap. III. §. 10.

90) L. 8. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. S. Ev. Otto in Praefat. Tom. IV. Thes. iuris Rom. pag. 13. und Mencken Diss. cit. §. VIII — XI.

rent. Es ist daher ungegründet, wenn einige Rechtsgelehrten<sup>91)</sup> den Ursprung dieses ältern Rechts aus einem Gesetz des Solons haben herleiten wollen, welches in die Gesetze der zwölf Tafeln aufgenommen worden seyn soll. Denn daß die mores älter, als die Gesetze der zwölf Tafeln sind, erhellet schon daraus, weil diese Gesetze nach dem Bericht des Dionys von Halicarnas<sup>92)</sup> ἐκ τε τῶν Ἑλληνικῶν νόμων καὶ παρὰ τῶν σφίσιν αὐτοῖς, ἀγράφων ἐδισμῶν, i. e. tum ex Graecorum iure, tum e patriis consuetudinibus zusammengetragen wurden<sup>93)</sup>.

Allein nicht alle Ehen wurden durch die in manum conventio geschlossen. Es gab daneben noch eine andere Form der Ehe, bey welcher die Frau nicht in die Gewalt des Mannes kam. Schon das Gesetz der zwölf Tafeln, wodurch die Ehe durch den Usus war eingeführt worden<sup>94)</sup>, setzte daneben die Gültigkeit einer Ehe voraus, die auch ohne eine in manum conventio Statt finden konnte, wenn nämlich die Frau nicht ein volles Jahr mit ihrem

91) Jac. CUJACIUS Paratitl. ad Dig. h. t. Dionys. GOTHOFREDUS not. ad L. 1. D. h. t. Will. CORN. TERPELL Disp. ad L. LXVI. π. de donat. inter vir. et uxor. §. 2. (in OELRICHS *Thes. Dissertation. iuridic. Belgar. Vol. I. Tom. II. pag. 127.*)

92) *Antiquitat. Rom. Lib. X. pag. 661. edit. Sylburg.*

93) S. GENTILIS cit. Tract. Lib. I. cap. 3. und RICHTER Diss. cit. de Oratione Antonini. §. 4.

94) S. HEINR. ED. DIRKSEN Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824.) Kap. XII. Tab. VI. Frag. 4. S. 418 ff.

Ehemanne zusammen gelebt, sondern sich drey Nächte lang von dessen Bette geschieden hatte. Lange Zeit haben diese beyden Formen der Ehe neben einander bestanden. Nicht nur Cicero<sup>95)</sup> sagt: *Uxorū duae formae sunt, una matrumfamilias, earum, quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur*; sondern auch Quinctilian<sup>96)</sup> gedenkt dieser beyden Formen, die auch noch lange nachher, noch zu Gajus<sup>97)</sup> und Ulpian's<sup>98)</sup> Zeiten im Gange waren, bis endlich die freie Ehe, ohne die *in manum conventio*, die allein herrschende wurde<sup>99)</sup>.

Da bey der freyen Ehe jenes strenge, von dem Manne abhängige Rechtsverhältniß der Frau wegfiel, welches bey der *in manum conventio* Statt fand, indem sie hier nicht so, wie bey der strengen Ehe, als eine *filiafamilias* angesehen wurde, sondern ihr Vermögen für sich behielt, und nur dem Manne eine *dos* bestellte, übrigens aber auch während der Ehe für sich erwarb<sup>100)</sup>; so schien nun zwar die Ursache gehoben zu seyn, weshalb Schenkungen unter Ehegatten nicht bestehen konnten, denn noch aber waren sie auch bey der freyen Ehe nicht erlaubt. Dieses Verbot haben alle diejenigen Rechtsgelehrten vor Augen gehabt, welche vor Antoninus Caracalla gelebt

95) *Topica. Cap. 3.*

96) *Instit. Orator. Lib. V. cap. 10.*

97) *Institut. Comment. Lib. I. §. 111 — 113.*

98) *Fragm. Tit. IX. §. 1.*

99) S. den 24. Th. dieses Commentars. §. 1220.

100) S. GRUPEN *de Uxore Rom. Cap. VII. §. 7.* und ARREN *Diss. de iure connubiorum apud Rom. §. 31.*

haben. Es würde gegen alle Regeln der Hermeneutic streiten, wenn wir uns durch die Anfangsworte der L. 32. *D. h. t.* Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, Imperator noster Antonius Augustus etc. wollten täuschen lassen, zu glauben, daß alle vorhergehende Gesetze dieses Titels von den ältern Rechte handelten. Das Gegentheil lehrt L. 23. *D. h. t.* welche das neuere Recht enthält. Hierzu kommt, daß die meisten Fragmente nach der L. 32. *h. t.* aus den Schriften solcher Rechtsgelehrten genommen worden sind, welche das Zeitalter der Kaiser Sever und Antoninus nicht erreicht haben. Es kommt also vielmehr auf das Alter eines jeden einzelnen Rechtsgelehrten an, aus deren Schriften dieser Titel geschöpft ist. Die Rechtsgelehrten, die vor Antonin gelebt haben, sind folgende 11. Labeo, L. 65. et L. 67. Alfenuß Varus, L. 38. Neratius, L. 44. Celsus, L. 47. et L. 48. Javolenus, L. 20. L. 50. L. 64. Julianus, L. 4. L. 37. L. 39. Terentius Clemens, L. 25. Pomponius, L. 18. L. 29. L. 31. L. 51. Cajus, L. 6. L. 8. L. 10. L. 30. L. 42. et L. 61. Marcellus, L. 49. und Scaevola L. 56. L. 58. L. 66. *h. t.* Die übrigen 7 Rechtsgelehrten Papinian, Tryphonin, Ulpian, Paulus, Licinius Rufinus, Herennius Modestinus und Hermogenian lebten theils unter Severus und Caracalla, theils unter ihren Nachfolgern. Deren Fragmente enthalten theils das ältere, theils das neuere Recht. Auf einem ausdrücklichen Gesetz beruhte nun zwar jenes Verbot nicht, sondern auf einem ius, quod voluntate omnium, wie Cicero <sup>1)</sup> sagt, sine lege vetustas comprobavit, oder, wie

1) *De inventione* Lib. II. cap. 22.

Ulpian<sup>2)</sup>) sagt, auf einem tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus. Denn so definiert er die *mores*. Allein die römischen Rechtsgelehrten, und diese waren ursprünglich bloß die Patrizier<sup>3)</sup>, glaubten Gründe genug zu haben, warum Schenkungen unter Ehegatten, auch ohne eine *in manum conventio*, rechtlich nicht gestattet werden könnten, wenn auch übrigens die Form dieser Ehen Schenkungen selbst nicht hinderlich war. Denn deren Auctorität kann wohl ohne Bedenken dieses *ius moribus receptum* zugeschrieben werden<sup>4)</sup>, wenn gleich Cicero<sup>5)</sup> zu seinen Zeiten *Jurisperitorum auctoritas*, und *mos* von einander unterscheidet. Die Gründe werden von Ulpian<sup>6)</sup> und Paulus<sup>7)</sup> folgendermassen angegeben. *Hoc autem receptum est*, sagt Ulpian, *ne mutuato amore<sup>8)</sup> invicem spoliarentur, donationibus non*

2) *Fragm. Tit. 1. §. 4. S. auch §. 9. I. de iure nat. gent. et civ.*

3) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 74.

4) Schon der Ausdruck *receptum* scheint dahin zu deuten. *Receptum enim id dicitur, quod a plerisque prudentium approbatum est*, sagt Guil. BUDARUS Annotat. in Pand. ad L. 11. D. de dolo malo. Man sehe auch BRISSONIUS de Verbor. iur. Signific. h. voc. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte. §. 77.

5) *Top. cap. 5.*

6) *L. 1. D. h. t.*

7) *L. 2. D. eodem.*

8) Die meisten alten Ausgaben, Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoja, Merlinus u. a. lesen *mutuo amore*. Mit dieser Lesart stimmt auch der griechische Scholiast in *Basilic. Tom. IV. pag. 745.* überein,



temperantes<sup>9)</sup>, sed profusa erga se facilitate<sup>10)</sup>. Einen ähnlichen Grund führt Pomponius aus Proculus an, wenn er *libro XIV. ad Sabinum*<sup>11)</sup> sagt:

welcher diesen Verbotungsgrund so ausdrückt: *ἵνα μὴ τῷ πρὸς ἀλλήλους ἀμοιβαδὸν ἔρωτι γυμνῶνται.*  
i. e. *ne mutuo amore invicem spoliarentur.*

- 9) Die Lesart *obtemperantes* bey Haloander ist offenbar unrichtig. Der griechische Scholiast hat: *ἀφειδῶς ἀλλήλοις δωρόνμενοι. profuse sibi invicem donantes.*
- 10) Diese Worte scheinen vielen einen abgebrochenen und unvollständigen Sinn zu haben. Sie haben sie daher in ihren Ausgaben auf mancherley Art zu ergänzen gesucht. Einige setzen nämlich *utentes* hinzu, wie Haloander und Miräus; andere *abutentes*, wie Heballon, Merlin und Baudoza; noch andere *agentes*, wie Baptista de Tortis. *Desider. HERALDUS* hingegen glaubt *Observation. et Emendation lib. Cap. XVII. (in Thes. iuris Rom. Otton. Tom. II. pag. 1550.)* durch Weglassung der Partikel *Sed* lasse sich der Zusammenhang der Worte vollkommen wiederherstellen. *Jo. Guil. HOFFMANN* aber in *Meletemat. et Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 1.* hält dieses Wegstreichen eines Wortes für bedenklich, und meint, wenn ja geändert werden soll, so sey durch Aenderung eines Buchstabens alles abgethan, nämlich wenn man *profusi* statt *profusa* liest. Doch dünkt ihm das Beste zu seyn, gar nichts zu ändern, weil eine solche abgebrochene Rede bey den Röm. Juristen nichts Ungewöhnliches sey. Der griechische Scholiast hat: *καὶ μὴ συγκρίνοντες τὸ πρᾶγμα διὰ τὴν ἐκκεχυμένην περὶ ἀλλήλους ἐνχέριαν.* i. e. *nec ad rem satis attendentes propter profusam erga se facilitatem.* Auf den Grund dieses Scholions wollte *SALMASIUS ad ius Atticum et Rom. Cap. XVI. pag. 576.* die Lesart folgendermassen emendiren: *spoliarentur*

Quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relictorus es, potes rogatus a me uxori meae relinquere, et non videtur ea esse donatio: quia nihil ex bonis meis deminuitur: in quo maxime maiores donanti succurrisse PROCULUS ait, ne amore alterius alter despoliaretur.

Der Sinn des ersten Verbotungsgrundes geht also dahin, damit sich die Ehegatten nicht aus gegenseitiger Liebe durch übermäßige Schenkungen einander leichtsinnig um ihr Vermögen bringen möchten<sup>12)</sup>. Einen andern Grund enthält die folgende Gesetzstelle aus Paulus<sup>13)</sup>.

*donationibus, non temperantes a profusa erga se facilitate; Jo. Bern. KOEHLER* aber Interpretation. et Emendation. Juris Rom. Lib. I. Cap. 12. §. 6. pag. 111. will *donationibus non temperantes ex profusa erga se facilitate* lesen. Allein genauer erwogen schien ihm doch die Emendation: *donationibus non temperantes, et profusae erga se facilitati* vorzüglicher zu seyn. Ich würde, wenn emendirt werden soll, der Lesart: *ex profusa erga se facilitate*, den Vorzug geben. *Jo. Guil. MARCKART* Probabil. receptar. Lection. iuris civ. Lib. II. pag. 10. streitet jedoch für die florentinische Lesart.

11) L. 31. §. 7. D. h. t.

12) Justinian führt *Nov. LXXIV. Cap. 4. in fin. princ.* denselben Grund an. Er sagt daselbst nach der Hombergischen Uebersetzung: *Quam ob rem anteriores etiam legislatores nostri eiusmodi animorum constitutiones adeo cognitae habuerunt, ut et donationes constante matrimonio prohiberent, ne coniuges magnitudine concupiscentiae victi, latenter se ipsos substantia sua paulatim privarent.*

13) L. 2. D. h. t.

*Nec esset eis studium liberos potius educendi.* Ueber die Lesart dieser Stelle sind jedoch die Ausleger nicht einverstanden. Ayrer<sup>14)</sup> wirft das Wörtchen *nec* heraus, und verbindet die Worte des Paulus mit den vorhergehenden Worten des Ulpianus auf folgende Art: *Sed profusa erga se facilitate, esset eis studium liberos potius educandi.* Allein daß durch diese gewaltsame Kritik der Sinn entstellt werde, leuchtet in die Augen. Zacharias Richter<sup>15)</sup> vertheidiget zwar die Lesart *educendi*, weil schon Donat zu Terenz bemerke, *Quod nos educare dicimus, educere Veteres dicebant*, und dieses Wort vom Paulus auch noch an einem andern Orte<sup>16)</sup> gebraucht worden sey. Allein die ersten Worte scheinen ihm doch einer Emendation zu bedürfen. Statt *nec esset*, will er lieber *ne cesset* lesen, weil dann ein besserer und leichter Sinn gewonnen werde. Eine solche unrichtige Trennung eines Buchstaben habe durch die Nachlässigkeit der Abschreiber leicht geschehen können. Allein auch diese Emendation verdient keinen Beyfall, weil theils die Redensart *cessat mihi studium* ganz ungewöhnlich ist, theils auch nach den Scholien der Basiliken<sup>17)</sup> verworfen werden muß. Denn da heißt es eben so: *καὶ μηκέτι πονοσπουδάσωσι παιδοποιεῖν*. i. e. *nec amplius esse eis studium liberorum quaerendorum.* Auffallend aber scheint überhaupt dieser Grund des Verbots zu seyn, damit durch Schenkungen unter Ehegatten nicht die Erziehung der Kinder verhindert werde. Sollte nicht vielmehr durch die

14) Diss. de donat. inter Vir. et Ux. Sect. I. §. 2. Not. e.

15) Diss. de Orat. Antonini. §. V. pag. 13.

16) L. 28. §. 1. D. h. t.

17) Tom. IV. pag. 743.

gegenseitige Liebe, welche die Schenkungen veranlaßt, der Eifer für Kinder=Erzeugung und Erziehung noch vermehrt werden? Wie kann Paulus das Gegentheil behaupten? Und doch hat Paulus nicht Unrecht. Denn schlecht denkende und habfüchtige Männer mißbrauchten oft die Liebe ihrer Weiber, und suchten durch verstellte Gegenliebe und Schmeicheleyen sie zu unmäßigen Geschenken zu verleiten, und verließen sie dann, wenn sie auf diese Art ihr Vermögen an sich gebracht hatten. Die auf solche Art um ihr Vermögen gebrachte Frau bekam nun nicht leicht eine Gelegenheit wieder, sich anderweit zu verheyrathen, weil sie dem zweyten Mann kein Heyrathsgut zubringen konnte<sup>18)</sup>. Man könnte aber auch diesen Grund so verstehen, daß der durch Schenkungen reich gewordene Ehegatte sich leicht der Schwelgeren ergeben, und darüber die Erziehung der Kinder vernachlässigen könnte<sup>19)</sup>. Paulus führt noch einen Verbotungsgrund an, den Sextus Cäcilius hinzufügte. Er sagt: *Sextus Caecilius*<sup>20)</sup>

18) S. RICHTER Diss. cit. §. 5. pag. 13.

19) S. TRPPEL Diss. ad L. 66. π. de donat. int. V. et U. §. 2.

20) Die Lesart bey Baudoza, Senneton, und anderen, *Sextus Aelius* ist eben so falsch, als die bey Baptista de Tortis *Sextus Coelius*. Der griechische Scholiast T. IV. Basilic. pag. 743. nennt ihn Σέξτος Κεκιλιος. Es ist eben der *Sextus Caecilius*, dessen GELLIIUS Noct. Atticar. Lib. XX. Cap. I. bey Gelegenheit eines Streits mit dem Favorinus über die XII. Tafel-Gesetze gedenkt, und dem er das Lob beylegt: *eum in disciplina iuris, atque in legibus Populi Romani noscendis interpretandisque, scientia, usu, auctoritateque illustri fuisse.* Aegid. MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. Cap. XXIII. will jedoch bezweifeln, daß es der *Sextus Cae-*

et illam causam adjiciebat: *quia saepe futurum esset, ut discuterentur*<sup>21)</sup> *matrimonia, si non donaret is, qui posset; atque ea ratione eventurum, ut venalicia*<sup>22)</sup> *essent matrimonia.* Wären Schenkungen unter Ehegatten erlaubt, will Cäcilius sagen, so würde dieses häufige Gelegenhait zu Ehescheidungen geben, wenn der vermögende den unvermögenden nichts schenkte, und so würde die eheliche Liebe erkaufte werden müssen. Mit Unrecht wird dem Cäcilius der Vorwurf gemacht, daß er einen Grund angegeben habe, welcher den moribus, woraus das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten herkommt, durchaus nicht angehöre<sup>23)</sup>. Man sagt, nach den übereinstimmenden Nachrichten der Alten<sup>24)</sup> seyen 500 Jahre lang in Rom und Italien gar keine Ehe-

*cilius Africanus* sey. Allein man sehe CUIACIUS *Observat.* Lib. VII. c. 2. und REINOLD *Diss. ad L. 25. D. de Regul. iuris.* (in *Opusc.* pag. 312. sqq.) Er lebte unter Hadrian und Antoninus Pius.

- 21) *Discutere* ist hier soviel, als *dissolvere, distrahere*, in welcher Bedeutung es auch *L. 2. D. de divort. ge-*braucht wird. Darum ist aber nicht nöthig, die Lesart zu ändern, und mit Haloander *distraherentur matrimonia* zu lesen. S. HOFFMANN *Meletem. et Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 1.*
- 22) Die meisten alten Ausgaben lesen hier *venalia*, als Haloander, Miräus, Merlinus, Baudouja, u. a. m. Allein die Ausdrücke *venale* und *venalitium* werden in den Gesetzen für gleichbedeutend genommen S. BRISSONIUS *de Verbor. Signif. hh. vv.*
- 23) S. MENCKEN *Diss. de donation. int. V. et U. §. XVI.*
- 24) DIONYS. HALICARN. Lib. II. pag. 96. (edit. Sylb.). VALERIUS MAXIM. Lib. II. Cap. 1. nr. 4. GELLIUS *Noct. Atticar. Lib. IV. Cap. 3. und XVII. 21.*

scheidungen erhört gewesen. Von allen werde Spurius Carvilius Ruga als der erste Römer genannt, der sich ums Jahr 520. von seiner Frau getrennt habe, weil sie unfruchtbar gewesen, und das Volk habe die Handlung des Carvilius sehr mißbilliget. Nun seyen zwar nachher Ehescheidungen häufiger geworden, allein Kaiser Augustus habe der Willkühr derselben durch die Lex Julia de maritandis ordinibus ein Ziel gesetzt, und Strafen gegen den bestimmt, durch dessen Schuld die Ehescheidung verursacht worden ist<sup>25)</sup>. Wer diesen entgehen wollte, mußte also eine rechtmäßige Ursache der Scheidung haben<sup>26)</sup>. Verweigerung einer Schenkung habe aber keine rechtmäßige Ursache seyn können, weil Schenkungen unter Ehegatten verboten waren. Allein diese Gründe sind unbedeutend. Denn Erstens scheint jene Carvilianische Ehescheidung keinesweges die erste gewesen zu seyn, weil die Geschichte schon Beispiele früherer Ehescheidungen darbietet<sup>27)</sup>. Es ist auch, da schon in den Gesetzen der Könige, so wie in den XII Tafeln Bestimmungen über Ehescheidungen enthalten waren, die namentlich dem Manne die Trennung erlaubten<sup>28)</sup>, ganz undenkbar, daß bis in das sechste Jahrhundert kein Beispiel ehelicher Trennung vorgekommen seyn

25) Suetonius in Aug. Cap. 54. fin. Ulpian. Fragm. Tit. VI. §. 10.

26) L. 60. §. 1. L. 61. D. h. t.

27) S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 79. — 87. und Neustetel und Zimmermann römische rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung 1. B. Nr. XIV. S. 352 — 355.

28) Plutarch Romul. c. 22 et 42. Dionys. Halic. Lib. II. pag. 95. Cicero Orat. Philipp. II. 23. et de Oratore Lib. I. cap. 40. L. 45. D. ad Leg. Jul. de adulter.

sollte. Und Zweitens, wie häufig die Ehescheidungen in der Zeitperiode gewesen sind, in welcher Sextus Cäcilius lebte, beweisen die Zeugnisse der Schriftsteller dieser Zeit<sup>29)</sup>. Insonderheit bey der nichtstrengen Ehe ohne *in manum conventio*, welche damahls bey weiten die häufigste war, konnte sich jeder Ehegatte wegen jeder Ursache trennen, z. B. wegen Kränklichkeit, hohen Alters, ja selbst des ungegründetsten Verdachts wegen, und noch aus weit geringeren Ursachen<sup>30)</sup>. Gerade dieser letztere Grund schien auch dem Kaiser Antoninus Caracalla der wichtigste zu seyn, daher er ihn im Eingange seiner Rede an den Senat, wo er zuerst des ältern Rechts gedenkt, auch vorzüglich anführt. Diesen Theil der Rede hat uns Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum*<sup>31)</sup> aufbehalten. Er sagt daselbst: *Haec ratio et Oratione Imperatoris nostri Antonini Augusti electa est; nam ita ait: Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum suis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur; neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Zwar hat man dagegen eingewendet, Ulpian könne den Grund, wodurch Sextus Cäcilius das Verbot der Schenkungen

29) Man sehe nur einmal die kaiserlichen Ehescheidungsfälle, so wie sie uns Wächter im angef. Buche S. 136. ff. aus Suetonius und Dio Cassius zusammen gestellt hat. Und was sagt nicht Juvenal von der Verworfenheit seines Zeitalters *Satyra VI.* besonders v. 228. et 229.

*Sic crescit numerus, sic fiunt octo mariti,*

*Quinque per autumnos; titulo res digna sepulcri.?*

30) L. 60. §. 1. L. 61. D. h. t. S. Wächter S. 157. ff.

31) L. 5. D. h. t.

unter Ehegatten unterstützte, darum nicht gemeint haben, weil diesen Grund nicht Ulpian, sondern Paulus angeführt hat, aus dessen *Lib. VII. ad Sabinum* die unmittelbar vorhergehende *L. 2. D. h. t.* genommen ist. Die *L. 3.* beziehe sich vielmehr auf die *L. 1. h. t.* welche beyde aus Ulpian's *libro XXXII. ad Sabinum* entlehnt sind<sup>32)</sup>. Allein da doch der in der Oration des Antoninus angeführte Grund mit dem des Sextus Cäcilius genau übereinstimmt, indem in den Worten: *ne concordia pretio conciliari videretur* in der That dasselbe enthalten ist, was Cäcilius mit den Worten ausgedrückt hat: *ne venalitia essent matrimonia*; so ist es mir sehr glaublich, daß Ulpian so gut, wie Paulus, diesen Grund angeführt hatte. Weil indeßen Paulus noch einen zweyten Grund anführt, den vermuthlich Ulpian nicht hatte, so haben die Verfasser der Pandecten die Stelle aus Paulus eingeschoben, und den von Ulpian ebenfalls höchst wahrscheinlich angeführten Grund des Sextus Cäcilius aus den excerptirten Fragment des Ulpian's darum weggelassen, weil er auch vom Paulus angeführt war. Nun konnten auch die Worte: *Haec ratio et Oratione Imperatoris nostri ANTONINI electa est*, unverändert stehen bleiben. Denn alles blieb im Zusammenhange<sup>33)</sup>. Der Sinn des vom Antonin im Eingange seiner Oration angeführten Grundes geht also dahin: die Alten hätten

32) S. MENCKEN Diss. cit. de donation. inter V. et U. §. XVI. in fin. und RICHTER Diss. cit. de Oratione Antonini. §. V. pag. 15.

33) Auch der griechische Scholiast *Basilic. Tom. IV.* pag. 743. sagt: τοῦτον τὸν λογισμὸν καὶ ἡ ὀρατίων Ἀντωνίνου τοῦ βασιλέως ἡμῶν ἐδέξατο. i. e. *Hanc rationem probavit et Oratio ANTONINI Imperatoris nostri.*



ten Schenkungen unter Ehegatten zur Schonung ihrer Ehre verboten, damit es nicht scheine, als ob die eheliche Eintracht, die nur reine Liebe und Aufrichtigkeit der Gesinnungen zum Grunde haben muß, durch Geschenke erkauft werde, und der bessere Ehegatte, welcher den andern aufrichtig liebt, und daher leicht zu Schenkungen zu bewegen ist <sup>34)</sup>, durch eine verstellte Liebe des andern <sup>35)</sup> zu unmäßigen Geschenken verleitet werden möchte, wodurch jener in Armuth gerieth, dieser aber reicher würde. Auf diesen Grund bezieht sich auch, was Papi- nian *libro I. Definitionum* <sup>36)</sup> sagt: Si liberis sublati- reversa post iurgium <sup>37)</sup> per dissimulationem

34) So erklärt der griechische Scholiast in *Basilic. Tom. IV. pag. 743.* den Ausdruck *melior*: καὶ ἵνα μὴ ὁ ἐν αὐτοῖς βελτίων τουτέστι πλέον ἀγαπῶν τὸν ἕτερον, καὶ ἐτοίμως δωροῦμενος εἰς περιὰν ἐκπίπτει, id est, *neve MELIOR, id est, qui alium impensius amaret, et facilius donaret, in paupertatem incideret.*

35) Der griechische Scholiast c. l. ὁ δὲ χείρων τουτέστιν ὁ ἐποκρινόμενος ἀγαπῶν, καὶ διὰ τοῦτο λαμβάνων τὰς δωρεὰς, πλουσιώτερος γένηται. i. e. *DETERIOR autem, id est, qui amare simularet, et ideo donationes consequeretur, ditior fieret.*

36) *L. 27. D. de pactis dotalib.*

37) *Iurgium* heißt hier eine Uneinigkeit unter Ehegatten, die zwar eine zeitige Entfernung, aber keine Ehescheidung zur Folge hatte. Ein solches wurde vermuthet, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden waren. Die Frau aber simulirte hier ein *Divortium*, oder drohete damit, und bewog den Mann, um sie wieder gut zu machen, zu einem Vertrage, wodurch er sich seiner Ansprüche auf das ihm versprochene Heirathsgut begab. *S. POTHIER Pand. Iust. T. II. h. t. nr. IV. Not. c.* Man sehe auch, was von diesem *iurgium* oben *S. 254.* gesagt worden ist.

mulier, veluti venali concordio<sup>38)</sup>, Ne dotata sit<sup>39)</sup>, conveniat, conventio secundum ordinem rei gestae moribus improbanda est.

Das Verbot gieng aber nicht bloß die Ehegatten selbst an, wenn sie sich einander beschenkten, sondern auch die

38) Cod. Erl. *concordia*: Eben so Haloander, Heballon, Miräus, Baudoza, Merlinus, u. a. S. auch DUCKER de Latinitate Ictor. Veter. pag. 559.

39) Der griechische Scholiast Cyrillus *Basilic.* Tom. IV. pag. 702. Sch. t. führt zur Erläuterung an: Θεὸς γὰρ ὅτι ἐπερωτήθη μὲν ὑπὲρ αὐτῆς ἢ γυνὴ προῖκα δίδοναι, γενομένων δὲ ἤδη τῶν γάμων, καὶ παιδῶν τεχθέντων, ὑπὸ ταύτην κατέβαλε. i. e. *Pone enim mulierem pro se dotem promississe, factis autem iam nuptiis, et natis liberis, eam nondum solvisse.* Man kann aber auch die Worte *ne dotata sit*, mit *Ant. SCHULTING* in *Not. ad Dig.* Tom. IV. pag. 275. so verstehen, daß der Mann das inferirte Heyrathsgut der Frau herausgeben solle. Die *Basilica* verstehen indessen diese Stelle T. IV. pag. 695. von einem pacto de dote non petenda, (μὴ ἀπαιτῆσαι αὐτὴν τὴν προῖκα.) Der Grund ist wohl nicht der, welchen PÜTTMANN *Adversariorum iuris univ.* Lib. I. cap. 1. pag. 21. aus *L. 2. D. de iure dot.* und *L. 1. D. Soluta matrim.* entlehnt, quia publice interest, dotes mulieribus conservari; sondern weil ein solcher Vertrag als eine Schenkung angesehen wird, wodurch der eheliche Friede wieder erkaufet werden soll, dergleichen nach den Gesetzen verboten ist. Denn die Worte: *conventio moribus improbanda*, gehen ohne Zweifel auf das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. S. *Ev. Otto* in *Papiniano.* Cap. VI. §. 5. *POTHIER Pand. Justin.* Tom. II. h. t. Nr. IV. *Not. f.* pag. 53. und *Ant. SCHULTING Notae ad Dig.* Tom. IV. ad h. L. 27. pag. 275.

Mittelspersonen, durch die sie beschenkt wurden. Ulpian sagt L. 3. §. 9. *D. h. t.*, Non tantum autem per se maritus et uxor caeteraeque personae dare non possunt. Alle halten diese Worte für verstümmelt, und glauben es seyen hier die Worte zu ergänzen, *sed nec per alios*, oder auch *sed nec per alias interpositas personas*, wie nicht nur viele alte Handschriften<sup>40)</sup> und Ausgaben<sup>41)</sup> lesen, sondern auch die Basiliken<sup>42)</sup> zu bestärken scheinen. Dieser Lesart geben auch Anton Schulting<sup>43)</sup>, Pothier<sup>44)</sup>, und Joh. Wilh. Hoffmann<sup>45)</sup> Beyfall. Sie sagen die Nothwendigkeit dieser Ergänzung ergebe sich auch aus andern Stellen dieses Titels<sup>46)</sup>. Allein der Zusammenhang lehrt, daß die *ceterae perso-*

40) S. BRENKMANN in nota 30. ad h. L. 3. §. 9. h. t. in der Gebauerischen Ausgabe des Corp. iur. civ. T. I. pag. 415. Die meisten Manuscripte lesen jedoch, wie Haloander, *sed nec per alios*.

41) Z. B. Chevallon, Merlinus, Baudoza.

42) Tom. IV. Lib. XXX, Const. 3. §. 5. pag. 734. τὰ κεκωλυμένα πρόσωπα ὄντε διὰ παρενδέτου δυνάτται δωρεῖσθαι. i. e. *Personae, quibus donatione interdictum est, nec per interpositam personam donare possunt*. Da hier der Ausdruck *δωρεῖσθαι* gebraucht wird, so glaubt Brenkman in der Gebauerischen Ausgabe, es müsse statt *dare* vielmehr *donare* gelesen werden, wie auch mehrere Handschriften lesen sollen. Eben so lesen auch mehrere alte Ausgaben, Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, Baudoza.

43) Jurisprud. vet. Antejustin. pag. 311. not. 7.

44) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVI. pag. 40.

45) Meletem. et Observat. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 2.

46) L. 5. §. 2. L. 11. §. 6. et 7. *D. h. t.*

nae keine andern sind, als von denen vorher die Rede war. Vergleichen wir nun mit dieser Stelle die L. 32. §. 16. D. h. t. so ist höchst wahrscheinlich, daß Ulpian statt *ceteraeque* sagen wollte: *SED ET ceterae personae*, nämlich von denen er vorher gehandelt hatte, wie auch Gerh. Nooßdt<sup>47)</sup>, und Joh. Cannegieser<sup>48)</sup> dafür halten. Wer sind also diese *ceterae personae*? Es werden darunter, wie aus den vorhergehenden §. §. 2 — 8. erhellet, diejenigen verstanden, welche wegen der Potestas, in der sie sich mit einem der Ehegatten befinden, mit dem Schenkenden oder Beschenkten rechtlich für eine Person gehalten werden. Von Seiten des Mannes gehört dahin desselben Vater, in dessen Gewalt er noch ist. Nur in so fern kann der Schwiegervater der Schwiegertochter keine Schenkung machen. *Prohibetur igitur et uxori et nurui donare etiam is*, sagt Ulpian §. 5. der L. 3. h. t. *qui est in soceri potestate, si modo maritus sit in patris potestate*. Ferner des Mannes Bruder, wenn beyde noch in derselben väterlichen Gewalt sind. Daß des Mannes Bruder seines Bruders Frau in diesem Falle keine Schenkung machen könne, sagt ebenfalls Ulpian in der angeführten Stelle §. 2. *Qui in eiusdem potestate sunt, prohibentur sibi*<sup>49)</sup> *donare: utputa frater mariti,*

47) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Prohibet igitur oratio*. Oper. T. II. pag. 511.

48) Comm. ad Ulpiani Fragm. Tit. VII. §. 1. pag. 44.

49) POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. not. b. pag. 39. will mit Budäus für *sibi* vielmehr *ipsi sc. uxori* lesen. Man sehe jedoch GENTILIS de donation. inter vir. et Ux. Lib. I. cap. 10. pag. 25.

qui est in soceri potestate. Eben so wenig kann der Mann dem Bruder der Frau ein Geschenk machen, wenn die beyden letztern noch in derselben väterlichen Gewalt sind. Von Seiten der Frau ist zu bemerken, daß sie weder dem Vater ihres Mannes, wenn letzter noch unter väterlicher Gewalt ist, noch dem Großvater ihres Mannes, wenn beyde der Mann, und Schwiegervater in desselben väterlichen Gewalt sind, schenken dürfe. Eben so wenig soll der Bruder der Frau, dem Manne, noch die Frau dem Bruder des Mannes schenken dürfen, wenn beyde Mann und Bruder noch in derselben väterlichen Gewalt sich befinden. Ist der Mann nicht in derselben väterlichen Gewalt, z. B. er ist in einer andern Familie adoptirt, so steht der Schenkung der Frau an ihren Schwiegervater kein Verbot entgegen. Aus gleichem Grunde kann denn auch die Schwiegertochter der Schwiegermutter, so wie diese jener schenken, weil zwischen diesen kein Hinderniß aus dem Grunde einer Potestas Statt finden kann, wie aus folgenden Worten Ulpian's erhellet.

§. 6. L. 3. h. t. Ab uxoris, nurusve parte <sup>50)</sup> prohibitum est donari viro, vel genero. Sed et his, qui sunt in eorum potestate, si fuerit do-

50) Die Lesart. *patre*, welcher *Dionys. Gothofredus* in not. ad h. L. und *POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. VIII. not. a.* Beyfall geben, ist offenbar unrichtig, wie auch *VOORDA Thes. controversar. Decad. VII. §. 2.* gezeigt hat. In den *Basil. Tom. IV. pag. 734.* heißt es: §. 3. Ούτε η γυνή δωρεται τω ανδρι, ουτε ο πενθερος τῷ γαμβρῷ, ουτε τοις υπεξουσις αυτων, η τοις εχουσιν αυτου υπεξουσιους. i. e. *Nec uxor viro donat, nec socer genero, nec eorum potestati sub-* *jectis, vel his, qui eos in potestate habent.*

natum, vel in quorum sunt potestate, non valebit donatio: si modo<sup>51)</sup> vir, et socer in eiusdem sunt potestate, vel vir in soceri. Caeterum si in alia familia est maritus, neque ei, qui est in eius potestate, neque ei, in cuius est, donatione interdictum est.

§. 7. Socruī a nuru, vel contra, donari non est prohibitum: quia hic ius potestatis non vertitur<sup>52)</sup>.

Eben so erklärt derselbe Ulpian die *ceteras personas* nachher bey der Interpretation der *oratio Antonini Caracallae libro XXXIII. ad Sabinum*, jedoch mit dem Beysatz, daß die Schenkung durch den Tod des Ehemanns nur dann gültig werde, wenn auch desselben Vater, in dessen Gewalt er war, die vom ihm der Schwiegertochter gemachte Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hat.

L. 32. §. 16. *D. h. t.* Oratio non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam CAETEROS, qui propter matrimonium donare prohibentur: utputa

51) Die offenbar unrichtige Lesart des Budäus in Annotat. ad Pand. Si non, statt modo, ist schon längst von HOTOMANN. Observation. Lib. VIII. cap. 12. und GENTILIS de Donation. inter V. et U. Lib. I. cap. 10. pag. 25. verworfen worden. Man sehe auch Ant. SCHULTING Not. ad Dig. ad h. L. Tom. IV. pag. 285. In den *Basilic.* T. IV. pag. 734. heißt es: *εἰ μὴ ἐστὶν ὁ πενθερὸς συνυπεζούσιος τῷ ἀνδρὶ, ἢ μὴ ἔχει αὐτὸν ὑπεζούσιον.* i. e. Si socer cum viro non est in eiusdem potestate, vel ipsum in potestate non habet.

52) *Rasil.* οὐ γὰρ ἔπεται λόγος ὑπεζουσιότητος. i. e. non enim hic potestatis ratio subest.

donat socer nurui, vel contra; vel socer genero, vel contra; vel consocer consocero, qui copulatos matrimonio in potestate habent: nam, ex mente Orationis, his quoque omnibus permissum est in eundem casum donare: et ita et PAPINIANUS libro IV. Responsorum sentit. Sic enim scribit: *Socer nurui, vel genero donavit: postea filius eius, filia, constante matrimonio, vita decessit: quamquam vitium donationis perseveret, tamen, si socer nullam quaestionem donationibus intulit, post mortem eius contra heredes Orationis sententia videtur intervenire, nam quae ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum imploravit.* Ut igitur valeat donatio ista, PAPINIANUS exigit, ut et filius eius, qui donavit, ante decesserit, et socer postea, durante voluntate.

Bisher war also nur eigentlich von solchen Personen die Rede, unter denen die Schenkung darum nicht bestehen kann, weil sie mit dem Manne oder der Frau propter ius potestatis, und dem davon abhängenden Acquisitionsrechte, als eine Person anzusehen sind<sup>53)</sup>. Allein auch nicht durch Mittelspersonen kann ein Ehegatte dem andern schenken. Dahin gehört, wenn ich demjenigen, der mir ein Geschenk machen wollte, den Auftrag gebe, es meiner Frau zu machen. Ulpian führt dieses Beispiel aus Julian an. Er sagt nämlich L. 3. §. ult. D. h. t. *Huic sententiae consequens est, quod JULIANUS libro septimo decimo Digestorum scripsit, si donaturum mihi iussero uxori meae dare: ait enim JULIANUS, nullius esse momenti<sup>54)</sup>: perinde enim*

53) G. GENTILIS Tr. cit. Lib. I. Cap. 11.

54) NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Prohibitus*. glaubt, es sey hier eine Versetzung der Worte nöthig. Man müsse

habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem, Quae sententia vera est. Man sollte denken, der Grund des Verbots falle hier weg, weil hier ein Dritter die Freygebigkeit ausübt, der auch ohne meinen Auftrag die Schenkung auf eine gültige Art der Frau hätte machen können. Dennoch hat Julian Recht. Denn der Dritte, welcher das Geschenk, welches er mir machen wollte, auf meinen Auftrag meiner Frau giebt, vollzieht bloß meinen Willens-Entschluß. Was er auf mein Geheiß und in meinem Namen that, ist eben so anzusehen, als ob es von mir selbst geschehen wäre. Ich hätte es aber selbst nicht geben können, wenn ich es nicht erst selbst erworben hätte. Mit Recht sagt daher Julian, es sey eben so anzusehen, als ob ich das Geschenk angenommen, und solches, als mein erworbenes Eigenthum, der Frau selbst gegeben hätte.

nämlich lesen. Si donaturum mihi iussero uxori meae dare, nullius esse momenti, ait enim JULIANUS, perinde habendum etc. Allein diese Critik ist ganz unnöthig. S. TRÜTZSCHLER Diss. cit. de donatione inter conjuges per alium facta prohibita. §. XIII.

### Berichtigungen.

§. 119. Not. 87. ist noch zu ergänzen. Ge. D'ARNAUD Vitae Scaevolarum (*Traj. ad Rhén. 1767. 8.*) will in der L. 66. D. Sol. matr. statt nam is in Licioia, vielmehr nam id in Licioia lesen. Allein Henr. Jo. ARNTZENIUS, der diese Schrift mit seinen Anmerkungen edirt hat, zieht die Lesart vor, welche in der editio veneta de anno MCCCCXCI. apud Baptistam de Tortis befindlich ist: nam is in Licioia Grachi uxore statuit, quod res — periissent; ut, quia Grachi culpa ea seditio facta esset, praestari oporteret.

§. 155. Not. 25. ist bey AMARA Observation. hinzuzufügen Lib. II. Cap. 4. nr. 39. pag. 151.

§. 237. und 238. sind die Noten 80 und 81. verwechselt. Die Not. 81. gehört zu 80. §. 257. und die Note 80. zu §. 238.