

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 Friedrichs Alexanders Universität  
in Erlangen.



---

Sechs und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

---

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 2 4.

Doppel  
15 Ak 35

Max-Planck-Institut  
für europäische Rechtswissenschaften  
Frankfurt am Main

DIG: 115774

STAATSBIBLIOTHEK  
LÜBECK

205/13.

64/3387

---

Fortsetzung des Titels

de donationibus inter virum et uxorem.

---

§. 1255. a.

Schenkungen unter Ehegatten finden auch durch Mittelspersonen nicht Statt.

Ulpian führt noch ein anderes Beyspiel aus Celsus Digesten an. Er sagt nämlich §. 12, derselben *L. 3. h. t.*

Sed si debitorem suum ei (sc. uxori) solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius (sc. mariti) debitorque liberetur? Et CELSUS libro quintodecimo Digestorum scribit, videndum esse <sup>1)</sup>,

1) Die in den Fragmenten der röm. Rechtsgelehrten so häufig vorkommenden Redensarten: *videndum est, ne*, oder *videamus, ne non*, wie z. B. *L. 4. §. 1. D. de Verb. Oblig.* drücken immer einen bejahenden Satz aus. Der Sinn ist also der. Der Schuldner werde durch die Anweisung des Mannes, seines Gläubigers, seiner Verbindlichkeit entlediget, und nicht die Frau, welcher derselben gemäß das Geld bezahlt worden, sondern der Mann werde Eigenthümer des Geldes, nicht anders als

ne dici possit, et debitorem liberatum, et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: *nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari*: ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori: nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere.

Wenn also der Mann seinem Schuldner befiehlt, daß ihm schuldige Geld der Frau zu bezahlen, so ist dieses eben so gut, als ob es der Mann der Frau geschenkt hätte. Denn wäre auch die Schenkung nach dem Civilrecht nicht verboten, so würde doch der natürliche Gang der Sache kein anderer seyn, als der, daß das Geld von dem Schuldner an den Gläubiger, von diesem aber an die Frau gekommen sey. Das Erstere wird nun durch eine  *fictio brevis manus* angenommen<sup>2)</sup>.

ob ihm selbst das Geld bezahlt, und von ihm der Frau ein Geschenk damit gemacht worden sey. Dieser Sinn ist auch in den *Basilicis* T. IV. pag. 755. ausdrückt, wo es heißt: *Εάν επιτρέψω χρεώστη μου παρασχέιν τῇ γυναικί μου, ἐλευθεροῦται μὲν ὁ χρεώστης, ἐμὰ δὲ γίνεται τὰ νομίματα. δοκῶ γὰρ παρ' αὐτοῦ λαβεῖν, καὶ δεδωκέναι τῇ γαμετῇ μου. i. e. Si debitorem meum iussero uxori meae solvere, debitor quidem liberatur, nummi autem mei fiunt: videor enim ab ipso accepisse, et uxori meae dedisse.* Hieraus ergiebt sich zugleich, daß die Redart *an*, statt *non uxoris*, wie z. B. bey *Claud. CHEVALLONIVS*, offenbar irrig sey.

2) Daß *African* in der *L. 38. §. 1. D. de solution.* nicht anderer Meinung sey, wie *Ant. FABER Conjecturar. iur.*



In der folgenden L. 4. h. t. wird aus Julian's *libro XVII. Digestorum* noch folgendes Beyspiel angeführt.

Idemque est, et si *mortis causa* traditurum mihi iusserim uxori tradere: nec referre, convaluerit donator, an mortuus sit: neque existimandum est, si dixerimus valere donationem, non fieri me pauperiorem: quia sive convaluerit donator, conditione tenebor: sive mortuus fuerit, rem, quam habiturus eram in bonis meis, desinam propter donationem habere.

Ganz das Nämliche sagt auch *Scävola libro III. Quaestionum*, woraus die L. 56. h. t. entlehnt ist.

Si, quod mihi *mortis causa* donare vellet<sup>3)</sup>, ego pure uxori donare vellem: non valet, quod uxori iubeo dari; quia illo convallescente, conditione teneor: mortuo autem, nihilominus pauperior sum: non enim habeo, quod habiturus essem.

Der Mann hatte hier dasjenige, was ihm Jemand auf den Todes Fall schenken wollte, seiner Frau zu geben gebeten, um ihr damit ein Geschenk zu machen<sup>4)</sup>. Auch diese Schenkung ist ungültig, der Schenker sey wieder gesund geworden, oder nachher gestorben. Es könnte zwar

civ. Lib. III. cap. 19. und *Ant. SCHULTINGE* in Not. ad Dig. Tom. IV. h. t. ad L. 3. §. 12. pag. 286. meinen, hat *GENTILIS* de donation. inter V. et U. Lib. I. cap. 22. gezeigt.

3) Cod. Erl. und viele alte Ausgaben, welche ich verglichen habe, als Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, Merlinus, lesen donare quis vellet.

4) §. 1. I. de donat.

scheinen, die Schenkung müsse darum gelten, weil der Mann dadurch nicht ärmer werde. Allein bey genauerer Erwägung ergiebt sich das Gegentheil. Denn wird der Schenker wieder gesund, so kann er das Geschenk mit der *condictio causa data, causa non secuta*, zurückfordern <sup>5)</sup>, und mit dieser Klage kann er den Mann selbst in Anspruch nehmen, nicht anders, als ob dieser das Geschenk selbst empfangen hätte, was auf sein Geheiß die Frau empfing <sup>6)</sup>. Stirbt aber der Schenker, so wird nun durch seinen Tod die Schenkung unwiderruflich gültig. Der Mann hat nun also, wegen der Schenkung an seine Frau, die Sache selbst nicht in seinem Vermögen, welche

5) *L. 15. pr. L. 30. L. 35. §. 3. D. de mortis causa donation.* Es ist nämlich hier von einer solchen Art der Schenkung auf den Todes Fall die Rede, wodurch das Eigenthum der geschenkten Sache sogleich auf den Donator übertragen wird, deren *Julian libro XVII. Digestorum* als der zweyten Gattung gedenkt, nämlich *cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis.* *S. L. 2. D. de mortis causa donationibus* und *GENTILIS Tr. cit. Lib. I. cap. 36.*

6) *Jo. ALTAMIRANUS et VELAZQUEZ in Commentar. ad Libr III. Quaestion Scaevolae Tract. III. ad L. 56. D. de donat. inter V. et U. §. 7. (in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 416.)* sagt: *Nam etiam hoc casu ante mihi tradita res fingitur, et a me ad uxorem pervenisse. Ergo si convaluerit donator, recte maritus ipse conditione tenetur, quasi in ipsum dominium translatum sit: unde pauperior efficitur, quia ex bonis suis solvere pretium tenetur, cum rei restituendae facultatem non habeat, uxore domina effecta.* *L. 19. §. ult. L. 59. L. 57. §. 1. D. de mortis causa donat.*

vermöge einer  *fictio brevis manus*  als sein Eigenthum angesehen wurde <sup>7)</sup>. Wie aber, wenn Jemand den Mann in seinem Testament zum Erben einsetzen, oder ihm Etwas vermachen will, und der Mann den Testirer bittet, daß er es lieber seiner Frau hinterlassen solle; ist auch eine solche Schenkung ungültig? Dieser Fall ist jenem nicht gleich. Denn hier kann man nicht fingiren, daß, was der Mann ausgeschlagen, habe er schon erworben gehabt. Zwar wird die Frau durch die  *Repudiation*  des Mannes bereichert; allein da der Mann das, was er ausschlug, noch nicht erworben hatte, so vermindert er auch dadurch sein Vermögen nicht, wie  *Pomponius*  in der schon oben vorgekommenen Stelle <sup>8)</sup> diesen Fall entscheidet. Es ist hier gerade eben so, als wenn der Mann eine ihm angefallene Erbschaft zu Gunsten der Frau ausschlägt, welche ihm auf diesen Fall substituirt war, oder die Erbschaft  *ab-intestato*  erhält; oder wenn der Mann ein Vermächtniß nicht annimmt, damit die Frau solches vermöge der  *Substitution*  erhalte, oder damit sie, als eingesetzte Erbin, es nicht auszuzahlen brauche. In beyden Fällen ist die Schenkung gültig, weil der Mann durch die  *Repudiation*

7)  *ALTAMIRANUS c. l.*  sagt:  *Sin autem donator mortuus fuerit, rem, quam habiturus eram in bonis, quae iuris fictione tradita fingitur, desino propter donationem habere.*  Man sehe auch  *POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. L. Not. b. c. d. e.*

8)  *L. 31. §. 7. D. h. t.*   *S. ALTAMIRANUS cit. loc. §. 5. et 7.*   *Joh. Gottfr. Sammet Hermeneutik des Rechts. 1. Abschn. §. 42. und TRÜTZSCHLER Diss. de donatione inter coniuges per aliam facta prohibita. §. 16 — 20.*

sein Vermögen nicht vermindert<sup>9)</sup>. Denn der Erbe erwirbt die Erbschaft erst durch die Antretung<sup>10)</sup>; und wenn gleich der Legatar das Eigenthum der ihm vermachten Sache gleich nach dem Tode des Erblassers ipso iure erwirbt<sup>11)</sup>, so gilt dieses doch nur unter der Einschränkung, nisi repudietur. Denn schlägt der Legatar das Vermächtniß aus, so wird es so angesehen, als ob er es nie erworben hätte<sup>12)</sup>. Hierher gehört folgende Stelle aus Ulpian's *libro XXXII. ad Sabinum*<sup>13)</sup>.

Si maritus, heres institutus, repudiet hereditatem donationis causa, JULIANUS scripsit *libro XVII. Digestorum*, donationem valere: *neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit*. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura. — Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis, valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam.

9) L. 5. §. 5. D. de iure dot. L. 6. §. 2. et 4. D. Quae in fraud. creditor. L. 134. pr. D. de div. Reg. iur.

10) L. un. §. 5. C. de caduc. toll.

11) L. 80. D. de legat. II.

12) L. 86. §. 2. D. de legat. I. JULIANUS. Nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur. — L. 1. §. 6. D. Si quid in fraudem patroni. ULPIANUS. Quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur: attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est.

13) L. 5. §. 13. et 14. D. h. t.

## Ausnahmen des ältern Rechts.

Die Strenge des ältern Civilrechts wurde jedoch noch vor Antoninus Caracalla theils durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten, theils durch die Constitutionen der Kaiser gemildert. Denn so wurde Erstens die Interpretation durch den aufgestellten Grundsatz, daß nur solche Schenkungen dem Verbote unterworfen wären, wodurch der Schenkende ärmer, der Beschenkte aber reicher wird, auf die ganz natürliche Folge geleitet, daß Schenkungen unter Ehegatten, welche den Geber nicht ärmer, oder doch den Empfänger nicht reicher machen, von dem gesetzlichen Verbote ausgenommen werden müßten. In wie fern aber ein Ehegatte durch die Schenkung ärmer, und in wie fern er reicher wird, haben die römischen Juristen so verstanden, daß Ersteres geschieht, wenn durch die Schenkung das bereits erworbene Vermögen des Schenkenden vermindert, Letzteres aber, wenn das Vermögen des Beschenkten dadurch vermehrt wird. Unterläßt also ein Ehegatte bloß zu Gunsten des andern Etwas zu erwerben, wodurch er sein Vermögen hätte vermehren können, so wird zwar der begünstigte Ehegatte dadurch reicher, allein der begünstigende nicht ärmer, weil er sein Vermögen nicht vermindert. *Neque enim pauperior fit; sagt Ulpian L. 5. §. 13. D. h. t. qui non acquirit; sed qui de patrimonio suo deposuit.* Die Schenkung ist daher in diesem Falle gültig. *Cum igitur, fährt Ulpian §. 16. fort, nihil de bonis erogetur, recte dicitur, valere donationem. Ubicunque igitur non deminuit de facultatibus suis, qui donavit, vel etiamsi deminuat, locupletior tamen non fit, qui*

acceptit, donatio valet. Eben so wird ein Ehegatte, wenn ihm durch die Schenkung Kosten erspart werden, die er sonst hätte aufwenden müssen, zwar nicht ärmer; er wird aber auch nicht reicher, wenn die Sache von der Art ist, daß dadurch sein Vermögen nicht vermehrt wird. Ulpian L. 5. §. 8. h. t. giebt das Beyspiel, wenn die Schenkung zu einem Begräbniß gemacht worden ist. Denn durch die Beysetzung des Leichnamß wird die Sache ein locus religiosus. Gesezt die Frau hätte den Platz kaufen müssen, wenn er ihr von dem Manne nicht zu dem Begräbniß wäre geschenkt worden; so wäre sie zwar dadurch ärmer geworden, deswegen ist sie aber doch nicht reicher geworden, daß sie diese Ausgabe nicht gehabt hat. Ulpian sagt nämlich: *Concessa donatio est sepulturae causa; nam sepulturae causa locum marito ab uxore, vel contra, posse donari, constat: et si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit, quod definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiolem: porro hic non videtur fieri locupletior in ea re, quam religioni dicavit. Nec movit quemquam*<sup>14)</sup>, quod emeret, nisi a marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit. Es muß nur aber der locus durch Beysetzung eines Leichnamß wirklich religiosus geworden seyn, wenn die Schenkung gelten soll. Denn ehe er dieß geworden ist, verbleibt dem

14) *Cod. Erl. nec movet quicquam.* Eben so lesen Ehemallion, und Baudoza. Andere, als Haloander, Miräus und Merlinus, haben: *nec moveat quemquam.*

## De donationibus inter virum et uxorem. 11

Schenker das Eigenthum, und hat die Frau den Platz veräußert, so kann ihn der Mann vindiciren, wie ebenfalls Ulpian §. 9. sagt: *Haec res et illud suadet, si*<sup>15)</sup> *uxori maritus sepulturae causa donaverit, ita demum locum fieri intelligi*<sup>16)</sup> *mulieris, cum corpus humatur: ceterum antequam fiet religiosus, donantis manet: proinde si distraxerit mulier, manet locus donatoris.* Ferner sagt er §. 10. *Secundum haec si uxori suae monumentum purum maritus magni pretii donaverit, valebit donatio: sic tamen, ut, cum sit religiosus, valeat.* Wie aber wenn sich die Frau selbst nach ihrem Tode in dem ihr geschenkten Grabmahl hätte beisetzen lassen? Nach dem strengen Recht wäre die Schenkung ungültig<sup>17)</sup>, weil durch ihren Tod die Ehe getrennt worden ist, und zwar noch bey Lebzeiten des Mannes, der ihr dieses Geschenk gemacht hat<sup>18)</sup>. Allein ob favorem religionis ist die Schenkung gültig<sup>19)</sup>. Ueberdem kommt hier bloß die Eigenschaft der Religiosität

15) Chevallon und Baudoza lesen: *ut, si.*

16) In beyden angeführten Ausgaben heißt es *intelligamus.* Allein Cod. Erlang. liest wie die Taurellia.

17) *L. 52. §. 10. D. h. t. Si prior decesserit, qui donum accepit, veteri iuri statuitur. L. 8. D. de reb. dub. L. 18. C. de donat. int. V. et U.*

18) *G. Noode Comm. ad Dig. h. t. §. Prohibet igitur Oratio.* (Tom. II. *Operum* pag. 513.) und *POTHIER Pandectae Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXVII. Not. c. d. e.*

19) *L. 45. in fin. D. de religiosis. G. Jac. GUTHRIUS de iure manium. Lib. III. cap. 7. und besonders GENTILIS de donat. int. V. et Ux. Lib. II. cap. 7. pag. 176.*

in Betrachtung. Gesezt nun auch die Schenkung wäre an sich ungültig, und das geschenkte Monument Eigenthum des Mannes geblieben; so geschähe ja doch die Beysezung der Frau in demselben mit Einwilligung des Mannes; der Ort mußte also ein *locus religiosus* werden <sup>20</sup>). In dieser Hinsicht sagt daher Ulpian §. 11. *Sed et si ipsa (sc. uxor) fuerit illo (sc. monumento) illata, licet morte ejus finitum est matrimonium, favorabiliter tamen dicetur, locum religiosum fieri.* Ein Gleiches galt in dem Falle, wenn das Geschenk zu dem Zweck gemacht wurde, um es zum gottesdienstlichen Gebrauche zu verwenden, oder um ein öffentliches Gebäude, welches der Beschenkte versprochen hatte, z. B. einen Tempel, errichten zu können. Ulpian fügt daher §. 12. hinzu: *Proinde et si maritus ad oblationem Dei* <sup>21</sup>) *uxori donavit, vel locum, in quo opus publicum, quod promiserat, faceret* <sup>22</sup>), *vel ut aedem publicam*

20) L. 6. §. 4. D. de divis. rer. L. 2. C. de religiosis. Andere Gründe führet de REBUS de donationib. inter V. et Ux. Cap. 5. an.

21) *Oblatio Dei* ist hier so viel als *oblatio, quae Deo fit.* S. BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 21. pag. 60. edit. Heinecc.

22) So lesen Haloander, Chevallon, Miräus, Baudouja und Merlinus statt: *quod promisserat facere,* wie die Taurellia liest. Jene Lesart scheint darum den Vorzug zu verdienen, weil sie mit den *Basilicis* mehr übereinstimmt. Es heißt nämlich daselbst Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 5. §. 8. pag. 757. *Καὶ ἐπὶ τῇ προσαγαγεῖν τῇ θεῷ καλῶς δωροῦμαι τῇ γαμετῇ μου. ἢ τόπον ἐφ' ᾧ ποιῆσαι ἐν αὐτῷ δημόσιον ἔργον, ὅπερ ἐπηγγείλατο, ἢ ναόν. καὶ γίνεται ὁ τόπος ἱερός.* Doch tann auch die taurellische Lesart:



dedicaret, fiet locus sacer<sup>23)</sup>. Sed et si quid ei det<sup>24)</sup>, ut donum Deo detur, vel consecretur, dubium non est, quin debeat valere. Quare et si oleum<sup>25)</sup> pro ea in aede sacra posuerit, valet donatio. Noch ein anderes Beyispiel führt Ulpian §. 17. auß Marcellus Digesten an. MARCELLUS libro septimo Digestorum quaerit, sagt er, si mulier acceptam a marito pecuniam in sportulas pro cognato suo ordini erogaverit, an donatio valeat? et ait, valere: nec videri locupletiolem mulierem

*quod promiserat facere*, mit welcher auch unser Cod. Pand. übereinstimmt, füglich beybehalten werden, wenn man die Worte *vel ut* zusammenzieht, und, wie unser Codex, *velut* (*velud*) liest, so daß die Worte *velut aedem publicam*, nur als Beyispiel von *opus publicum* sind beygefügt worden. So paßt das gebrauchte Wort *dedicare*, und der Nachsatz: *fiet locus sacer*.

23) *Res autem sacrae non sunt in bonis nostris. §. 7. I. de Rer. divis.*

24) *Cod. Erl. detur.*

25) Man bediente sich nämlich des Oels zum Gebrauche der Lampen, welche theils in den Tempeln der Gottheiten bey den Römern aufgehent waren, und beständig brennend unterhalten wurden, theils bey verschiedenen Festen angezündet wurden. Von diesen Lampen handelt ausführlich MONTFAUCON in den griech. und röm. Alterthümern. 5. Bd. 2. Th. 2. Buch Kap. 1. Man sehe auch BYNKERSHOEK not. ad h. L. in *Corp. iur. Rom. Gebauer*. wo die Beweisstellen auß *Julian.* und *Pausan.* angeführt sind. Von dem Gebrauche des Oels sowohl bey den *sacris Gentilium*, als *Christianorum* reden auch die *Canones apostolici*, nämlich can. 70 und 71. so wie sie sich unter den *Appendicib. Corpor. iur. civ.* befinden.

factam, quamvis mutuum pecuniam esset acceptura, et pro adfina<sup>26)</sup> erogatura. Die Frau hatte hier mit dem ihr von ihrem Manne geschenkten Gelde für einen Verwandten von ihr das Honorar bezahlt, welches von demselben wegen eines erhaltenen Decurionats bey dem Antritt dieses Amtes nach dem Herkommen entrichtet werden mußte. Dieses Honorar ist es, welches hier mit dem Ausdruck *Sportulae* bezeichnet wird<sup>27)</sup>. Wegen dieser Verwendung war also die Frau durch das Geschenk ihres Mannes nicht reicher geworden, gesetzt auch sie hätte, um diese Kosten für ihren Verwandten bestreiten zu können, ein Geldanlehn aufnehmen müssen. Nach einer Verordnung des Kaisers Antoninus konnte sogar die Frau dem Mann selbst so viel aus ihrem Vermögen gültig schenken, als nöthig war, um die Kosten bestreiten zu können, welche die Erwerbung und Führung eines Ehrenamtes erforderte. Man nannte dieses eine *donatio honoris causa*, wie folgende Stelle aus *Gajus libro XI. ad Edictum*<sup>28)</sup> bestätigt.

Nuper, ex indulgentia Principis Antonini, recepta est alia causa donationis, quam dicimus *honoris causa*: ut ecce, si uxor viro donet laticlavii

26) Die Ausdrücke *cognatus* und *adfinis* scheinen hier mit einander verwechselt zu seyn. Allein es läßt sich diese Verwechslung leicht dadurch erklären, daß der *cognatus uxoris* auch *adfinis mariti* war. S. BYNKERSHOEK not. ad h. L. in *Corp. iur. Geb.*

27) S. PLINIUS *Lib. X. Epist. 115 et 117.* Ger. NOODT *Comm. ad Dig. h. t. §. Prohibet oratio.* Tom. II. *Oper.* pag. 513. und Jac. GUTHRIUS *de officiis domus Augustae.* *Lib. II. cap. 17. pag. 564. sqq.*

28) *L. 42. D. h. t.*

petendi causa, vel ut equestris ordinis fiat, vel ludorum gratia.

Eben diese Art einer erlaubten Schenkung führt auch Licinius Rufinus *libro VI. Regularum*<sup>29)</sup> an, wo er sagt:

Nam et Imperator Antoninus constituit, ut ad processus viri uxor ei donare possit.

Viele<sup>30)</sup> wollen die Einführung dieser Art einer erlaubten Schenkung unter Ehegatten erst in die Zeiten des Antoninus Caracalla setzen. Dieß sey nämlich der Kaiser Antoninus, dessen hier sowohl Gajus als Rufinus gedenken. Denn beyde Rechtsgelehrten seyen Zeitgenossen dieses Kaisers gewesen. Allein so gewiß es ist, daß Licinius Rufinus unter Antoninus Caracalla und Alexander Severus<sup>31)</sup> gelebt habe; so wenig ist dieses vom Gajus mit Gewißheit zu behaupten, welcher vielmehr ein Zeitgenosse des Pomponius gewesen, der ihn auch citirt<sup>32)</sup>. Es ist daher viel wahrscheinlicher,

29) *L. 41. D. eod.*

30) *Franc. Car. CONRADI Parergor. Lib. II. Cap. 5. §. 5. sqq. pag. 279—292. Zach. RICHTER Disp. de Orat. Antonini de donation. inter V. et U. §. 6. pag. 20. Hugo civilist. Magazin 2. B. Nr. XVI. S. 558—578. Car. Frid. Christ. WENCK Diss. Divus Pius. Spec. I. (Lips. 1804.) pag. 29. Ferd. Kämmerer Beiträge zur Geschichte und Theorie des Röm. Rechts 1. B. S. 152. f. u. a.*

31) *S. Jos. Lud. Ern. PÜTTMANN Diss. de Licinio Rufino ICto. Lipsiae 1791. Cap. 2. und Kämmerer in den angef. Beiträgen. S. 117.*

32) Pomponius nennt den Gajus noster. *L. 39. D. de stipulat. servor.* Man vergleiche damit die Stelle des

daß Gajus in dem angeführten Fragment den Kaiser Divus Pius gemeint habe, wie ohnlängst in einer eigenen Schrift<sup>33)</sup> sehr ausführlich bewiesen worden ist<sup>34)</sup>. Der jüngste Rechtsgelehrte, den Gajus citirt, ist Salvius Julianus. Sollte er seine berühmten Zeitgenossen, einen Papinian, einen Ulpian, einen Paulus nie citirt haben, wenn er unter Caracalla gelebt hätte? Ja er führt nicht einmal einen von den Juristen an, die unter dem Kaiser Marcus blüheten, unter dem er doch gewiß lebte<sup>35)</sup>. Wahrscheinlich schrieb er also seinen Commentar über das Edictum provinciale unter dem Divus Pius<sup>36)</sup>. Hätte Gajus unter Caracalla gelebt, so würde er doch gewiß die oratio desselben de donationibus

Gajus aus demselben libro I. *Fideicommissorum*. L. 7. pr. D. de reb. dub. wo er sagt: *Nostra quidem aetate Serapias, Alexandrina mulier, ad Divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno foetu enixa est.*

35) *Guil. Ant. Henr. DITTMAR* de nomine, aetate, studiis, ac scriptis Gaji Icti Romani Specim. I. *Lipsiae* 1820. 4. Cap. II.

34) Eben dieser Meinung sind auch *BOSSÉCK* in Diss. de donationib. quae fiunt inter conjuges honoris causa: occas. Legis 42. D. h. t. §. X. *Ant. SCHULTING* ad *Ulpiani* fragm. Tit. VII. §. 1. Not. 7. in *Jurisprud. vet. Antejustin.* pag. 587. *Jo. Lud. CONRADI* in iure P. R. civili e Digestis Imp. Justiniani (*Lipsiae* 1759. 8.) h. t. §. 21. und andere, welche *DITTMAR* cit. Diss. Cap. II. §. 3. pag. 91. not. 61. anführt.

35) *S. L. 9. D. ad Sctum Tertyll.* *S.* auch meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 74. (ber 2. Aufl.).

36) *S. DITTMAR* cit. Specim. I. Cap. II. §. 7. pag. 146.

inter virum et uxorem confirmandis nicht unberührt gelassen haben. Allein in sämtlichen Fragmenten, welche aus den Schriften des Gajus in die Pandecten aufgenommen worden sind, findet sich keine Spur von dem neuern Recht, welches sich aus dem Zeitalter der Kaiser Septimius Severus, und Antoninus Caracalla herschreibt. Dennoch ist nicht zu läugnen, daß Licinius Rufinus unter dem *Imperator ANTONINUS* den Kaiser Caracalla versteht. Daraus folgt aber doch noch nicht, daß Gajus unter diesem Kaiser gelebt, oder daß die *donatio inter coniuges honoris causa* zuerst durch eine Constitution dieses Kaisers erlaubt worden sey. Schon die Worte des Rufinus: Nam *et Imperator ANTONINUS constituit*, geben deutlich zu erkennen, daß durch die Constitution des Antoninus nichts Neues eingeführt, sondern das Recht, welches schon eingeführt war, nur bestätigt worden sey. Dahingegen lassen die Worte des Gajus: *NUPER ex indulgentia Principis ANTONINI recepta est alia causa donationis, quam dicimus honoris causa*, nicht den mindesten Zweifel übrig, daß er von einem neuen Rechte spricht. Also Antoninus Caracalla bestätigte durch seine Constitution bloß das Recht, welches der Kaiser Antoninus Pius eingeführt hatte. So läßt sich nun auch erklären, wenn Ulpian <sup>37)</sup> sagt: *Hoc amplius Principalibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab Imperatore lato clavo, vel equo publico, similive honore honoretur*. Offensbar deuten die Worte *principalibus constitutionibus* auf

37) *Fragm. Tit. VII. §. 1. C. Hugo iur. civ. Antejustin. Tom. I. pag. 27.*

verschiedene Kaiser hin, wie sich überhaupt Ulpian aus-  
zudrücken pflegt, wenn das Nämliche von verschiedenen  
Kaisern verordnet worden ist <sup>38)</sup>. Da nun Ulpian  
unter dem Kaiser Caracalla schrieb <sup>39)</sup>, so würde er  
sich gewiß nicht so ausgedrückt, sondern den Kaiser Caracalla  
selbst genannt haben, wenn durch ihn dieses neue  
Recht wäre eingeführt worden. Soviel hiernächst die donatio  
honoris causa selbst anbetrifft, so geschähe dieselbe  
zur Bestreitung der sehr bedeutenden Unkosten, welche sowohl  
die Erwerbung, als die der Würde angemessene Führung  
eines öffentlichen Ehrenamtes erforderte <sup>40)</sup>. Gajus

38) Sehr wahr schreibt daher *Jos. Fern. de REBUS de donationib. inter V. et Ux. Cap. V. §. 15.* bey Anführung jener Stelle Ulpian's: *Referuntur eadem constitutiones forte Antonini Pii, et Antonini Caracallae in L. L. 41. et 42. D. h. t.* Die Beyspiele sind auch gar nicht selten, wo das Nämliche von verschiedenen Kaisern verordnet worden ist. Man vergleiche nur *Rad. FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. I. Cap. 17.* (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 144.*) *Herm. NOORDKERK Observation. Decas. Cap. V. pag. 98. sq.* und *Kämmerer's* angef. Beiträge S. 22. Not. uu.

39) Wie sich aus *Tit. XVII. §. 2. Fragm.* schließen läßt.

40) Man denke nur an die zu diesem Zweck so häufig geschehenen *Pollicitationen*, deren in den Gesetzen der Pandecten Erwähnung geschieht. *L. 19. pr. D. de donat. L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 6. pr. et §. 1. D. de pollicitat.* Man denke ferner an die *Sumtus introitus*, welche nicht bloß in dem Honorar bestanden, das der zu einer Ehrenstelle Beförderte bey dem Antritt derselben an den kaiserlichen Fiscus zu bezahlen hatte, und welches nach dem Grade der Würde verschiedentlich bestimmt war, so daß auch selbst die Priesterwürde nicht verschont wurde;

führt als Beyspiel an, wenn die Frau dem Mann ein Geschenk macht, um demselben die Senators- oder die Ritterwürde zu verschaffen. Jene versteht Gajus unter dem Namen *laticlavus*, oder *latus clavus*, welcher das Ehrenzeichen der Senatoren war. Er bestand, soweit die Nachrichten der lateinischen Classiker reichen, in einer Tunica, die mit einer breiten Purpurstreife besetzt war, welche, um die Schultern eingeschnitten, vorn auf der

(Suetonius *vita Claudii*. Cap. 9. Dio Cassius *Lib. LVIII*. Plinius *Lib. X*. Epist. 113 et 117. Apuleius *Metamorph.* *Lib. VII*. pag. 150. edit. Altenb. Cornel. Fronto *Epist. ad Amicos*. *Lib. II*. Epist. 11. L. 5. §. 17. *D. h. t. L.* 102. §. 2 et 3. *D. de legat. III*. Ueber die nähere Angabe der für den Introitus zu zahlenden Summe vergleiche Jos. AVERANIUS *Interpretation. iuris*. *Lib. II*. Cap. 17. Nr. 16 et 17. pag. 254 sq.) sondern auch in dem Antrittsschmause, den sogar selbst die Pontifices und Augures zu geben pflegten, (Horatius *Carm. Lib. II*. Od. XIV. vers. 28. S. Pet. FABER *Semestrium Lib. I*. Cap. VI. pag. 58 sp.) desgleichen in den an das Volk zu machenden Geschenken, und demselben zu gebenden Schauspielen. L. 5. §. 10. *D. Commod. L. 56. pr. D. de condit et demonstr. L. un. C. de expens. ludor.* §. 46. *J. de Rer. divis. S. Car. Lud.* WESENFELD. *Diatr. de sparsione missilium.* §. IX. (in Ge. OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 155.) und DITTMAR *Diss. cit. Spec. I*. Cap. 2. §. 3. pag. 82 — 85. Gajus gedenkt selbst der *ludorum* ausdrücklich. Von diesen Unkosten, welche bey der Erwerbung der öffentlichen Ehrenämter aufzumenden waren, reden auch noch L. 45. *pr. D. de negot. gest. L. 1.* §. 16. *D. de collation. L. 6.* §. 1. *D. de decurion. L. 102.* §. 2. *D. de legat. III*. Man sehe noch Jos. FINSTERS in Hermogeniano. p. 405.

Brust, und hinten auf den Rücken bis an die Knieen herabgieng <sup>41)</sup>. Von dieser unterscheidenden Ehrenkleidung nannte man denn auch die Senatorwürde selbst *latus clavus* <sup>42)</sup>, wie hier Gajus selbst diesen Ausdruck gebraucht. Gajus gedenkt hier auch noch des *ordo equestris*: Zwar hatten die Ritter auch eine solche Tunica, aber der Purpurstreifen war hier nicht so breit, wie bey den Senatoren. Daher diese Tunica bey den Rittern *angusticlavia*, oder *angustus clavus* genannt wurde <sup>43)</sup>. Das eigentliche Ehrenzeichen der Ritter war ein Pferd, welches sie vom Kaiser erhielten. Ulpian in der oben angeführten Stelle seiner Fragmente gedenkt auch des

41) Man vergleiche *Jac. COJACIUS* Observation. Lib. XII. Cap. 59. *Guid. PANCIROLUS* Thes. variar. Lection. utriusque iuris. Lib. I. Cap. 13. *Pet. FABER* Semestrium Lib. I. Cap. 2. pag. 10. *Jo. Ge. GRAEVIUS* Praefat. Tomi VI. Thes. antiquitat. Rom. *Alb. RUBENIUS* de re vestiaria Lib. I. C. 2. *Jac. GUTHERIUS* de officiis domus Augustae. Lib. II. cap. 5. pag. 277. und *Ant. SCHULTING* Jurisprud. Antejust. pag. 588. Not. 8.

42) *PLINIUS* Lib. II. Epist. 9. *LAMPRIIDIUS* in *Commodo*. Cap. 4. *SUETON.* in *Tiberio*. c. 35.

43) *VELLEJUS PATERCULUS* Lib. II. cap. 88. *PLINIUS SECUNDUS* Histor. natur. Lib. XXXIII. c. 7. *Ael. CAMPRIIDIUS* in *Alexandro Severo*. Cap. 26. *S. Henr. SALMUTH* Comment. ad *Guid. PANCIROLI* Rerum memorabil. s. deperditar. Lib. I. Tit. 44. pag. 105. (*Francof.* 1660. 4.) *Jo. Gottl. HEINECCIUS* Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Syntagm. Append. Lib. I. Cap. 6. §. 139. pag. 349. (edit. *Haubold. Francof.* 1822.) und *Alex. Adam's* Handbuch der Röm. Alterthümer. 1. B. S. 44.



equi publici ausdrücklich<sup>44)</sup>. Mit der donatio honoris causa, so wie sie uns Gajus beschrieben hat, stimmt die donatio ad processum viri, von welcher Licinius Rufinus redet, ganz überein<sup>45)</sup>, obwohl das Wort *processus* verschiedentlich erklärt zu werden pflegt, indem es einige<sup>46)</sup> von *progressus ad honores scilicet et dignitates*, Beförderung zu Ehrenämtern, verstehen, andere<sup>47)</sup> aber solches auf die feierlichen Processionen der römischen Magistratspersonen beziehen wollen, welche nämlich an gewissen Tagen mit großem Pomp im Publicum zu erscheinen, und bey dieser Gelegenheit dem Volke

44) Wenn also Gajus sagt, *ut equestris ordinis fiat*, so ist dieß eben soviel, als wenn Ulpian sagt, *ut equo publico honoretur*. S. auch JUL. CAPITOLINUS *in vita Marci Antonini*. Cap. 4.

45) S. *Jac. RAEVARDUS Conjectaneor. Lib. II. cap. 9. Franc. Car. CONRADI Parergor. Lib. II. Cap. V. §. 8. pag. 287 sqq. Car. Andr. DUKER Opusc. de Latinitate Jctor. veter. pag. 453 sqq. und DITTMAR cit. Specim. I. Cap. 2. §. 5. pag. 69.*

46) De RETES de donat. inter V. et U. Cap. 5. §. 15. *Em. MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 6. PÜRTMANN Miscellaneor. pag. 287. in Nota.*

47) GENTILIS de donat. inter V. et Ux. Lib. II. c. 5. *Guid. PANCIROLUS Commentar. in Notitiam dignitatum Imp. Orient. Cap. XXII. in fin. pag. 41. (Genevae 1623 f.) Jac. GUTHERIUS de Officiis Domus Augustae Lib. II. Cap. 17. Barn. BRISSENIUS de Verbor. iur. Signif. Voc. Processus. WESSENFELD Diss. cit. de Sparsione missilium. §. XVIII. (in OELRICHS Thes. cit. Vol. II. Tom. I. pag. 170 sqq.) und van. BYNKERSHOEK not. ad L. 41. h. t. in Corp. iuris Gebauer.*

Geschenke und Schauspiele zu geben pflegten<sup>48)</sup>. Diese *processus Magistratum Romanorum in publicum* waren mit einem solchen Aufwand verbunden, daß *Martialis*<sup>49)</sup>

48) Diese letzte Erklärung hat nicht nur die Bedeutung des Wortes *processus* für sich, welches recht eigentlich von *magistratibus cum pompa in publicum progredientibus* gebraucht wurde; *CICERO de Divinatione Lib. I. Cap. 52. L. 1. Cod. de sentent. pass. et restitut.* sondern auch die *L. 2 et 4. Cod. de Consulib.* Nach der *Nov. CV. Cap. 1.* waren bey den Consuln sogar sieben *processus* gesetzlich vorgeschrieben, welche *GUTHERIUS c. 1. pag. 366 sq.* und *WESENFELD cit. Diatr. §. XVIII. — XXII.* ausführlich erklärt haben. Indessen ist die Bedeutung des Wortes *processus* für *progressus* auch sehr gewöhnlich. S. *CICERO pro Lege Manilia Cap. 9.* und *de claris Oratorib. Cap. 48. JUVENALIS Satyr. 1. v. 59.* Daher sagt auch *BYNKERSHOEK* in der angeführten Note 85. ob er gleich jener Erklärung Beyfall giebt, *nihil tamen vetat, PROCESSUS hic simpliciter intelligere progressus ad honores scilicet et dignitates.* Die Erklärung des Wortes *processus* für *expeditio* oder *militia*, welche dem *Nic. CATHARINUS Observat. et Conjecturar. Lib. II. Cap. 28.* (in *Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 781.*) und *POTHIER* in *Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXIX. Not. i. pag. 45.* gefallen hat, ist von *TROTZ de Memoria propagata Lib. I. cap. 9.* mit Recht verworfen worden.

49) *Libr. X. Epigr. 41.*

*Mense nono Jani veterem, PROCULEIA, maritum*

*Deseris, atque iubes res sibi habere suas.*

*Quid rogo; quid factum est? subiti quae causa doloris?*

*Nil mihi respondes? dicam ego: Praetor erat.*

*Constatura fuit Megalensis purpura centum*

*Millibus, ut nimium munera parca dares:*

*Et populare sacrum bis millia dena tulisset.*

*Discidium non est hoc, PROCULEIA; lucrum est.*

ein Beyspiel von der Frau eines Prätors anführt, welche sich deswegen von ihrem Mann trennte, um nicht in die Nothwendigkeit zu kommen, ihren Mann zur Bestreitung der Kosten wegen der bevorstehenden Megalensischen Spiele mit ihrem Vermögen unterstützen zu dürfen. Dieses ist auch wohl der Grund, warum Gajus der *Iudorum* noch besonders gedacht hat, weil diese auch zu den Lasten obrigkeitlicher Stellen <sup>50)</sup> gehörten, um die man sich nicht erst bewarb, sondern die man schon erhalten hatte, um sie nämlich mit Würde und auf eine dem Volke gefällige Art zu bekleiden <sup>51)</sup>. Nicht selten geschah es daher, daß die Kaiser, um diesen Aufwand zu bestreiten, den Magisträten das Geld selbst aus ihrem Fiscus vorgeschossen haben <sup>52)</sup>. Kein Wunder also, wenn Kaiser Antoninus

50) Ulpian *L. 1. §. 16. D. de collation.* nennt sie ausdrücklich *onera dignitatis*.

51) Welche ungeheuern Kosten die Consuln auf die Schauspiele im Circus aufgewandt haben, ist aus DIO CASSIUS *Lib. LXVIII.* bekannt. Und was sagt uns AMBROSIIUS *Sermon. LXXXI.* Magistratus in theatris, mimis, et athletic et gladiatoribus, aliisque huiusmodi generibus hominum totum pene patrimonium largitur ac prodigit, ut unius horae favorem vulgi adqairat? Man sehe auch SENECA *de Beneficiis Lib. II. Cap. 21.* TERTULLIAN. *libr. de Spectaculis.* Jac. RABVARDUS *Conjectaneor. Lib. I. cap. 6.* und TROTZ *cit. loc. pag. 591.*

52) Beyspiele vom Trajan erzählt CAPITOLINUS *in vita Hadriani cap. 5.* vom Antoninus Pius CORNELIUS FRONTO *in epist. ad L. Aug. Epist. 6. pag. 166. edit. Niebuhr.* Vom Marcus Antoninus, CAPITOLINUS *in vita Marci. Cap. 2.* Vom Kr. Valerianus, FLAVIUS VOPISCUS *in vita Aureliani. Cap. 12.*

Pius den reichen Weibern erlaubte, ihren Männern honoris causa zu schenken, um einen solchen Aufwand machen zu können, Er, der nicht nur selbst, als Quästor und Prätor, um durch Schauspiele und Geschenke seinen Ehrenstellen einen besondern Glanz und Würde zu geben, keine Kosten sparte<sup>53)</sup>; sondern auch nachher, als Imperator, seine Magisträte, um ein gleiches thun zu können, mit Geld unterstützte<sup>54)</sup>. So dachte zwar nicht der blutdurstige Caracalla, welcher, nicht gewohnt, seine Bürger zu erfreuen, und ihren Wohlstand zu befördern, vielmehr durch Hinrichtungen und Confiscationen ihrer Güter bloß sich zu bereichern suchte<sup>55)</sup>; allein gerade dieser tyrannische Geist bewog ihn vielleicht, die edle Frengigkeit, wodurch sich seine Vorgänger die Liebe und Gunst ihrer Unterthanen zu erwerben wußten, auf die reichen und ehrsuchtigen Eheweiber zu wälzen, und daher die Schenkungen unter Ehegatten honoris causa nochmals ausdrücklich zu erlauben.

Es war indessen eine solche Schenkung doch nur in

53) *Jul. CAPITOLINUS in vita Antonini Pii. Cap. 2. sagt von ihm: Fuit quaestor liberalis, praetor splendidus.*

54) *CAPITOLINUS erzählt von ihm Cap. 8. Multas etiam civitates adiuvit pecunia, ut opera vel nova facerent, vel vetera restituerent: ita ut et Magistratus adiuvaret, et Senatores urbis ad functiones suas. Und Cap. 10. Praefectus suos et locupletavit, et ornamentis consularibus donavit. — Edita munera, in quibus elephantos, et crocutas, et atrepsicerotas, et crocodilos etiam, atque hippopotamos, et omnia ex toto orbe terrarum cum tigrilibus exhibuit.*

55) Man lese nur die Mordscenen dieses Monstrum der Menschheit in *SPARTIANI Antonino Caracalla.*

so weit erlaubt, als es nöthig war, um den mit der Erwerbung oder würdigen Führung eines obrigkeitlichen Amtes verbundenen Aufwand bestreiten zu können. Denn der Mann durfte sich unter diesem Vorwand nicht mit dem Vermögen der Frau bereichern. Daher sagt Ulpian *libro II. Responsorum* <sup>56)</sup>:

*Quod apiscendae* <sup>57)</sup> *dignitatis gratia ab uxore in maritum collatum est, eatenus ratum est, quatenus dignitati supplendae opus est.*

Noch deutlicher haben dieses die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L. 21. Cod. h. t.* bestimmt, wo sie an eine gewisse *Maucalia* folgendermassen rescribirt haben:

*Si propriis habitis contractibus, quam acciperas mutuam pecuniam pro marito donationis causa erogasti: cum haec* <sup>58)</sup> *ad dignitatem profuerit, nec locupletior sit factus: intelligis, nullam tibi contra eum competere actionem.*

Man kann hieraus mit Recht die Folge ableiten, daß wenn in dem vorliegenden Falle der Mann durch die Schenkung der Frau bereichert worden wäre, der *Maucalia* die Klage gewiß nicht wäre abgesprochen wor-

56) *L. 40. D. h. t.*

57) *Cod. Erl. adipiscendae.* Allein *apisci* für *adipisci* ist auch den besten Classikern nicht fremd. S. *CICERO de Legib. Lib. I. cap. 20.* und *TACITUS Annal. Lib. III. c. 27. et VI. 20. et 45.*

58) Die Lesart *nec* statt *haec*, bey *HALOANDER* und in einigen andern alten Ausgaben, deren auch die Glosse gedenkt, ist offenbar unrichtig.

den 59). Es ergibt sich zugleich hieraus, daß diejenigen 60), welche die Stelle Ulpian's von der Ergänzung desjenigen, was an dem zur Erwerbung einer Senators- oder Ritterwürde erforderlichen Censur fehlte, verstehen wollen, sehr irren. Sie haben nicht bedacht, daß durch eine solche Ergänzung das Vermögen des Mannes wäre vermehrt worden, und daß es nicht die Absicht der Kaiser war, bey der *donatio honoris causa* von der Regel des strengen Rechts abzuweichen. Zwar wendet man dagegen ein, die Worte: *ex indulgentia Principis Antonini* bey Gajus deuteten auf eine solche Abweichung hin. Denn wäre der Mann durch eine solche *donatio honoris causa* nicht reicher geworden, so hätte es keiner besondern Constitution bedurft, weil eine Schenkung unter Ehegatten, wodurch der Beschenkte nicht reicher wird, unter dem gesetzlichen Verbote nicht begriffen ist. Allein dieser Einwand widerlegt sich schon aus der Stelle des Gajus von selbst. Gajus gedenkt ja auch der Schenkung, welche die Frau dem Manne *ludorum causa* macht, als einer solchen, welche *honoris causa* geschieht. Hier ist doch

59) Das *argumentum a contrario* und *a consequentia* ist zwar bey den Rescripten im Just. Codex mit vieler Vorsicht zu gebrauchen; S. meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts. S. 66 f. allein hier ist es gewiß unbedenklich. S. THIBAUT Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. B. Abh. XV. S. 556 f. und Desselben Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts S. 58 ff.

60) *Corn. van. Eck ad h. Tit. Pand. §. IV. Nr. 7. Jos. FINESTRES et DE MONSALVO Hermogenian. ad L. 17. §. 1. D. de Munerib. §. 5. in fin. und Fr. Car. CONTRADI Parergor. Lib. II. Cap. V. §. 8. pag. 290 sq.*

wohl offenbar, daß der Mann dadurch nicht reicher wird. Es hätte also doch wenigstens hier keiner besondern Constitution bedurft. Allein da vor dem Antoninus Pius die Schenkung unter Ehegatten nur certis ex causis gültig war, welche Ulpian <sup>61)</sup> aufführt, nämlich mortis causa, divortii causa, und servi manumittendi gratia, wovon noch in der Folge die Rede seyn wird; unter diesen aber die donatio honoris causa nicht befindlich war; so bedurfte es wegen der letztern um so mehr einer besondern Constitution, da sie immer eine Ausnahme von der Regel des strengen Rechts ist, nach welcher Schenkungen unter Ehegatten während der Ehe verboten sind. Daher sagt Ulpian, nachdem er jene Ursachen einer erlaubten Schenkung angeführt hatte: Hoc amplius Principibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab Imperatore lato clavo, vel equo publico, similive honore honoretur <sup>62)</sup>. Und Gajus konnte also mit Recht sagen: ex indulgentia Principis Antonini recepta est illa causa donationis, quam dicimus honoris causa.

Zu den Fällen, wo der beschenkte Ehegatte nicht reicher wird, rechnen die Gesetze dieses Titels noch folgende, in welchen die Schenkung schon nach dem ältern Rechte gültig war. Nämlich

1) wenn ein Ehegatte dem andern einen Sklaven manumissionis causa schenkte <sup>63)</sup>. Nach der Meinung

61) *Fragm. Tit. VII. §. 1.*

62) *G. Fernand. de RETES de donationibus inter V. et Uxor. Cap. V. §. 16. und DITTMAR cit. Specim. I. Cap. II. §. 5. pag. 77 sq.*

63) *ULPIANUS Fragm. Tit. VII. §. 1. Inter virum et uxorem donatio non valet, nisi certis ex causis, mortis*

des Sabinus ward jedoch der Slave nur erst im Augenblick der Manumission Eigenthum des beschenkten Ehegatten <sup>64</sup>). War eine Zeit bestimmt, so mußte die Manumission zur bestimmten Zeit erfolgen, sonst war sie nichtig <sup>65</sup>). Es mußte auch die Manumission noch während der Dauer der Ehe geschehen. Dieß war sogar stillschweigende Bedingung der Schenkung. Die Schenkung war daher ungültig, wenn noch vor erfolgter Manumission die Ehe durch den Tod oder durch Divortium getrennt wurde <sup>66</sup>).

*causa, divortii causa, servi manumittendi gratia.* Man sehe auch *L. 22. C. h. t.*

64) *L. 7. §. 8. D. h. t. ULPIANUS Libro XXXI. ad Sabinum.* — *Cum SABINI sit sententia recepta, qui putat, tunc fieri servum eius, cui donatur, cum coeperit libertas imponi.*

65) *L. 7. §. 9. D. h. t. ULPIAN. libro XXI. od Sabinum.* *Manumissionis causa donatio facta valet: licet non hoc agatur, ut statim ad libertatem, sed quandoque perducat. Proinde si, ut post certum tempus manumittat, uxori suae tradidit, tunc demum eius fiet, quum tempore impleto manumittere coeperit. Quare antea manumittendo nihil agit. (Denn vor dem Eintritt der bestimmten Zeit war der Sklave noch nicht ihr Eigenthum geworden.) Nam (i. e. Sed) et illud sciendum est, si uxori quis suae donaverit, ut intra annum manumittat, deinde non manumiserit ea intra annum, postea manumittendo nihil agi. Denn da die Frau die Bedingung der Schenkung nicht erfüllte, so hatte sie auch das Eigenthum des Sklaven nicht erworben. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXX. Not. l. m. n. et o. pag. 45.*

66) *L. 8. D. h. t. GAJUS lib. XI. ad Edictum provinciale.* *Si antequam servus manumittatur, morte aut divortio*



2) Wenn der Mann seiner Frau die Früchte ihres Heyrathsguts überläßt, um sich und die ihrigen davon zu unterhalten <sup>67)</sup>. Ja hätte ihr der Mann auch nicht gerade zu diesem Zweck die Früchte ihres Heyrathsgutes überlassen, sie hätte sie aber consumirt, ohne durch diese Consumtion reicher geworden zu seyn, so findet kein Widderruf Statt <sup>68)</sup>.

3) Wenn das Geschenk nicht zum Besten des beschenkten Ehegatten, sondern, mit Einwilligung des Schenkers, einer andern Person, z. B. zur Ausstattung ihrer gemeinschaftlichen Tochter, verwendet, oder der beschenkte Ehegatte nur als Mittelsperson gebraucht worden ist, um es einer andern Person zu restituiren.

L. 34. D. h. t. ULPIANUS libro XLIII. ad Sabinum. Sive uxor marito res donasset, isque eas

solutum fuerit matrimonium, resolvitur donatio: inesse enim conditio donationi videtur, ut manente matrimonio manumittatur.

67) L. 21. §. 1. D. h. t. S. de REBUS c. 1. Cap. V. §. 6 et 7.

68) L. 8. C. h. t. Imp. ALEXANDER. Si fructus eorum praediorum, quae in dotem accepisti, matrimonii tempore uxorem tuam percipere passus es, eosque uxor tua consumsit: restitui tibi post divortium oportere, nulla ratione contendis. Sin autem ex his locupletior facta est, in tantum potest conveniri. Add. L. 20. C. de iure dot. Nicht entgegen ist L. un. C. Si dos constante matrim. soluta fuerit. Denn dieses Gesetz kann nur von dem Falle verstanden werden, da die Frau durch den Genuß der Früchte reicher geworden ist. S. GENTILIS Lib. II. c. 17.

in dotem pro communi filia dedisset, sive post donationem; quam in maritum contulit, uxor passa est eum pro filia in dotem dare: benigne dici potest, et si prima donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere dotis donationem.

L. 49. D. eodem. MARCELLUS libro VII. Digestorum. Sulpicius Marcello. Mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mortem restituatur filio. Quaero, an donatio tibi videatur, ut nihil agatur? An valeat quidem, sed mulieri potestas datur <sup>69)</sup>, si noluerit <sup>70)</sup>, eum repetere? Respondit, si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit traditio: id est <sup>71)</sup>, si hoc

69) Mit der flor. Lesart stimmt auch Cod. Pand. Erlang. überein. Allein die meisten alten Ausgaben, die ich verglichen habe, als Haloander, Miräus, Chevallon, Merlinus, Baudoza, und Hugo a Porta lesen *detur*.

70) Alle in der vorigen Note angeführte Ausgaben lesen, *si voluerit*. Cod. Erl. aber stimmt mit der Laurellischen Ausgabe überein. Beyde Lesarten lassen sich jedoch rechtfertigen.

71) *Cod. Erl. idem est*. Allein die taurellische Lesart verdient unstreitig den Vorzug. Mit dieser stimmen auch alle jene verglichene Ausgaben überein. Doch bemerkt Brenkmann in not ad h. L. in der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. daß die florent. Handschrift auch *idem est*, lese, welches aber Laurellius für einen offenbaren Fehler gehalten.

exigit <sup>72)</sup> uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus: alioquin si solo eius ministerio usa est, et id egit <sup>73)</sup>, ut vel revocare sibi liceret, vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est <sup>74)</sup>, extraneo in hunc casum tradidisset? <sup>75)</sup>.

4) Wenn ein Ehegatte dem andern das, was er ihm schuldig ist, vor der Zeit bezahlt, ob er gleich das Geld noch länger hätte nutzen können; oder wenn sich ein Ehegatte seines Pfandrechts begiebt, was ihm auf dem Vermögen des andern zusteht. Es muß nur nicht in fraudem creditorum geschehen.

L. 31. §. 6. D. h. t. POMPONIUS libro XIV. ad Sabinum. Quod vir uxori in diem debet, sine metu donationis praesens solvere potest: quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit.

L. 18. D. Quae in fraudem creditorum. PAPI-

72) Cod. Erl. exegerit. Allein alle vorherin angeführten Ausgaben haben si hoc egit. Dies war auch die gemeine Lesart in den Handschriften der Glossatoren, wie aus der Glosse des Accursius erhellet. Dieser Lesart giebt auch Jac. CURTIUS ΕΙΝΑΙΟΤΩΝ Lib. III. cap. 24. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. V. pag. 212.) mit Recht den Vorzug.

73) Cod. Erl. egerit. Ebenso CHEVALLONIUS.

74) Cod. Erl. ac si extraneo.

75) G. GENTILIS Lib. II. cap. 28. pag. 251.

NIANUS libro XXVI. Quaestionum. Et si pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit: verior sententia est, nullam fieri donationem existimantium<sup>76</sup>). Quod sine dubio, si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur<sup>77</sup>).

5) Wenn das Geschenk zur Wiederherstellung eines verfallenen Gebäudes gegeben worden ist; hier gilt es, so weit es die Wiederaufbauung des Gebäudes erfordert.

L. 14. D. h. t. PAULUS Lib. LXXI. ad Edictum. Quod si vir uxori, cuius aedes incendio consumptae sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit: valet donatio in tantum, in quantum aedificii exstructio postulat<sup>78</sup>).

76) L. 1. §. 1. D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit. L. 11. L. 21. pr. Cod. ad SCtum Vellejan.

77) S. Jac. Cujacius Comment. in Libr. XXVI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (Oper. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 671.)

78) Denn nun bekommt die Frau nicht mehr wieder, als sie versprochen hatte: Daher wird sie durch diese Schenkung nicht reicher, weil dieselbe in einem bloßen Schadensersatz besteht. *Pecunia scilicet*, sagt Cujacius in Comm. in libr. LXXI. Pauli ad Edictum ad h. L. (Oper. Tom. II. pag. 876.) *quae illi donata est a viro in refectionem diruti consumptive aedificii, non auget patrimonium mulieris, sed supplet tantum vel explet lacunam, quae patrimonio mulieris contigerat.* GENTILIS Lib. II. c. 8. führt noch einen andern doppelten Grund an; 1) den der *utilitas publica*, damit der Anblick der Stadt nicht durch Ruinen entstellt werde; und 2) den des Mitleids. Dem Manne würde also die *exceptio doli mali* entgegenstehen, wenn er die Schenkung

6) Wenn ein Ehegatte dem andern an dem Gebrauche derjenigen Sachen Antheil nehmen läßt, die er selbst im täglichen Gebrauche hat, oder ihn durch seine Leute bedienen läßt. Z. B. der Mann hat von seinen Mägden die Wolle spinnen lassen, von welcher sich die Frau ihre Kleider machen ließ, oder er hat der Frau erlaubt, sich bey Verfertigung ihrer Kleider der Dienste seiner Mägde zu bedienen; oder die Ehegatten gestatten sich gegenseitig den Gebrauch solcher Kleidungsstücke, die sich für Mann und Frau schicken. Man betrachtet eine solche Mittheilung als eine gültige Schenkung, und dieses auch noch aus dem Grunde, weil hier die Schenkung nicht aus bloßer Freygebigkeit geschieht, sondern juristisch als nothwendig anzusehen ist, da sie zugleich zum Unterhalt und Bequemlichkeit der Frau gereicht.

L. 18. D. h. t. POMPONIUS Libro IV. ex variis Lectionibus. Si vir uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis <sup>79)</sup> usus vel usa fuerit, vel in aedibus eius gratis habitaverit: valet donatio.

zurückfordern wollte. Denn Paulus handelte in dem Buche, waraus dieses Fragment genommen worden ist, von der *exceptio doli mali*, und führt diese Schenkung unter andern als Beispiel an. Ein anders wäre, wenn das Geld zur Erbauung eines neuen Hauses wäre geschenkt worden. Diese Schenkung war unter dem Verbote begriffen. L. 15. §. 2. *cod.*

79) Es ist dieses von solchen Kleidungsstücken zu verstehen, welche in den Gesetzen *vestimenta communia* genennt werden, quibus promiscue utitur mulier cum viro, wie Ulpian L. 25. §. 2. D. de viro, argento legat. sagt: *veluti si eiusmodi penula palliumve est, et reliqua huiusmodi, quibus sine reprehensione vel vir vel*

L. 28. §. 2. D. eodem. PAULUS libro VII. ad Sabinum. Si quas servi operas viri uxori praestiterint, vel contra: magis placuit, nullam habendam earum rationem. Et sane non amare, nec tanquam inter infestos ius prohibita donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.

L. 31. §. 1. D. eodem. POMPONIUS Libro XIV. ad Sabinum. Si uxor lana sua, operis ancillarum viri, vestimenta suo nomine confecit muliebria; et vestimenta mulieris esse, et pro operis ancillarum viro praestare <sup>80)</sup> nihil debere: sed viri nomine vestimenta confecta virilia, viri esse, ut is lanae pretium uxori praestet. Sed si non virilia vestimenta suo nomine mulier confecit, sed ea viro donavit, non valere donationem: cum illa

*uxor utatur.* PENULA war ein Oberkleid, dessen sich die Römer, sowohl Männer, als Frauenpersonen, gegen die Kälte, und Regen, besonders auf Reisen bedienten, und welches zugleich mit einer Kopfbedeckung (caput, s. capitium) versehen war. ABLIUS LAMPRIIDIUS sagt in *Alexandro Severo* Cap. 26. *Penulis intra urbem frigoris causa ut senes uterentur permisit, quum id vestimenti genus semper itinerarium aut pluviae fuisset.* Matronas tamen intra urbem penulis uti vetuit, in itinere permisit. Man sehe Jac. GOTHOFREDUS Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de habitu, quo uti oportet intra urbem. Tom. V. pag. 254. sq. Besonders aber Sam. PITISCUS in *Lexico Antiquitat. Romanar.* Tom. III. voc. *Paenula.* Verschieden davon war das *pallium.* S. PITISCUS h. v.

80) Cod. Erl. *praestari.* Eben so *Baudoja* und *Chevalon.*

valeat, quum viri nomine confecit: nec umquam operas viri ancillarum aestimari convenit.

Hat der Mann der Frau Sachen gebrauchen lassen, die sie ihm zum Heyrathsgute zugebracht hat, aber, durch die Schätzung, des Mannes Eigenthum geworden sind; so sind diese Sachen der Frau keinesweges geschenkt, sondern nur der Gebrauch derselben ist der Frau Schenkungsweise überlassen worden, und diese Schenkung ist gültig, weil die Frau dadurch nicht reicher geworden ist. Wenn daher auch diese Sachen durch den Gebrauch verschlechtert worden wären, so darf doch der Mann wegen dieser Deterioration der Frau, bey der künftigen Erstattung des taxirten Werths, nichts in Abrechnung bringen. Dagegen darf aber auch die Frau, wenn ihr etwa der Mann dasjenige, was er ihr bey seinem Leben geschenkt hat, in seinem Testamente vermacht haben sollte, diejenigen Sachen nicht mit unter das Legat rechnen, deren Gebrauch ihr der Mann bey seinem Leben erlaubt hat. Denn wegen dieses Gebrauchs konnte sie solche Sachen noch nicht als geschenkt ansehen, sondern diese sind des Mannes Eigenthum geblieben, wie aus folgender Stelle erhellet.

L. 55. §. 1. D. h. t. PAPINIANUS libro IV. Responsorum <sup>81)</sup>. Res in dotem aestimatas, consentiente viro, mulier in usu habuit: usu deteriores si fiant, damni compensatio non admittitur <sup>82)</sup>:

81) Man sehe über dieses Gesetz Jac. CUIACIUS Comm. in Libr. IV. Responsor. Papiniani. Tom. I. Oper. a FABROTO editor. pag. 176. sq. et POTHIER Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XXXV. Not. c. et d. pag. 44.

82) Vergl. L. 51. D. Solutio matrim. HERMOGENIAN. Aestimatae res, usu etiam mulieris, periculo mariti deteriores

easdem res non potest mulier sibi, quasi donatas, defendere ex illis verbis, *quibus donationes ei a viro legatae sunt* <sup>83)</sup>: cum eiusmodi species neque donari <sup>84)</sup> neque auferri <sup>85)</sup> videtur <sup>86)</sup>.

7) Wenn der Mann für die Frau die Reisekosten bezahlt, sofern sie diese Reise entweder um des Mannes willen, oder wenigstens mit seiner Bewilligung machte. Man sehe dieses mehr für eine Bestreitung nöthiger Aus-

efficiuntur. Man vergleiche noch *L. 10. pr. und L. 69. §. 8. D. de iure dot.* welche letztere Stelle ebenfalls aus *PAPIN. lib. IV. Responsor.* genommen ist.

85) Man verbinde hiermit die *L. 109. pr. D. de legat. I.* wo *AFRICANUS libro VI. Quaestionum* sagt: *Si quando quis uxori suae ea, quae vivus donaverat, vulgari modo legat, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his, quae iure valiturae non sunt. Alioquin et frustra legaturus sit: atque si ita exprimat: quae uxori iure donavero, vel ita: quae uxori manumissionis causa donavero, ea ei lego: nam inutile legatum futurum est. Das vulgari modo legare bezieht sich auf die Formel: quae vivus uxori meae dedi, donavi, ea ei lego. Sollte darunter auch das begriffen seyn, wovon der Mann seiner Frau bey seinem Leben bloß den Gebrauch überließ, so mußte ausdrücklich beygefügt seyn: quaeque ei in usum concessi. *L. 53. §. 1. D. de legat. III. L. 13. D. de auro. argento, mundo. etc. legat.**

84) Sc. a viro.

85) Sc. ab uxore.

86) HALOANDER, leset hier: *cum eiusmodi specie neque donari neque auferri videatur. CHEVALLONIUS und MIRAEUS videntur; BAUDOZA und MERLINUS videantur. Cod. Erl. stimmt mit der florentinischen Lesart überein.*



gaben, als für eine Schenkung an. Von einer Bereicherung der Frau konnte also hier keine Rede seyn.

L. 21. pr. D. h. t. ULPIANUS libro XXXII. ad Sabinum. Si quis pro uxore sua vectigal, quod in itinere praestari solet, solvisset, an, quasi locupletior esset ea facta, exactio fiat, an vero nulla sit donatio? Et magis puto, non interdictum hoc: *maxime si ipsius causa profecta est*: nam et PAPINIANUS libro quarto Responsorum scripsit, vecturas uxoris et ministeriorum eius virum itineris sui causa datas repetere non posse, *iter autem fuisse videtur viri causa, et cum uxor ad virum pervenit*: nec interesse, an aliquid de vecturis in contrahendo matrimonio convenerit: non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit: *ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas, et aliquid maritus expensarum nomine ei praestiterit, hoc revocandum non est* 87).

8) Wenn das Geschenk zu einer Sache gegeben wird, welche an sich unnütz und entbehrlich ist, und die der Beschenkte ohne das Geschenk nicht angeschafft haben würde. Es ist hier gleichviel, ob der beschenkte Ehegatte das empfangene Geschenk selbst und unmittelbar dazu verwendet, oder zwar einen nöthigern oder nützlichern Gebrauch von der geschenkten Sache gemacht, nachher aber eben soviel aus seinem Vermögen zur Anschaffung der unnützen Sache verwendet hat.

L. 7. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXI. ad Sabinum. Si maritus pecuniam uxori in unguenta

87) S. GENTILIS lib. II. Cap. 6.

dederit, eaque eam pecuniam creditori suo solverit, mox ea de sua pecunia unguenta emerit: non videri locupletiozem factam, MARCELLUS *libro septimo Digestorum* scribit. Idemque <sup>88)</sup>, et si lancem <sup>89)</sup> ob eandem causam ei dederit, eaque lancem retinuerit <sup>90)</sup>, de sua autem pecunia unguenta emerit, vindicationem <sup>91)</sup> cessare: quia non est locupletior, quae tantundem *in re mortua* <sup>92)</sup> impendit.

88) HALOAND. Idem ait. MIRAEUS und MERLIN. Idemque ait. CHEVALLON und BAUDOZA. *Ideoq.* Cod Erl. wie die florentina.

89) *Lances* vasa escaria erant, quae cuique convivae apponebantur, rotundae aut quadratae, ex argento vel auro factae. *L. 6. D. de rei vindicat. S. Guid. PANCIOLOUS* *Thes. variar. Lection. Lib. I. Cap. 59.* In den *Basilic. Tom. IV. pag. 758.* wird das Wort *δίσκος* gebraucht, welches eben so, wie auch das lateinische *discus*, soviel als eine Schüssel, Schale oder Teller heißt.

90) Cod. Erlang. obtinuerit.

91) *Basil. c. 1. οὐκ ἐκδικῶ τὸν δίσκον.*

92) *Res mortua* heißt hier soviel, als *res inutilis*, et tantum ad perditionem spectans. Es stimmt mit diesen Ausdrück überein, was PLINIUS *Hist. Nat. Lib. XIII. cap. 4.* sagt: *UNGUENTA illico expirant, ac suis moriuntur horis.* Summa commendatio eorum, ut transiente foemina odor invitet etiam aliud agentes: exceduntque quadragenos denarios librae. Tanti emitur voluptas aliena. Etenim odorem qui gerit, ipse non sentit. S. CUJACIUS *Observat. Lib. IX. c. 30.* NOODT *Comm. ad Dig. h. t. §. Prohibet pag. 515.* und RAMOS DEL MANZANO ad *LL. Juliam et Papiam Lib. I. Cap. 15.* (*In Thes. Meerman. Tom. V. pag. 87.*)

Dies sind die Fälle, wo die Schenkung unter Ehegatten schon nach dem ältern Rechte darum gültig war, weil der Beschenkte nicht für reicher gehalten wurde. Auf gleiche Weise waren Schenkungen gültig, wodurch der Beschenkte zwar reicher, der Schenkende aber nicht ärmer wurde. Hieher gehört, außer dem schon oben (S. 7.) vorgekommenen Fall, da ein Ehegatte einen ihm angetragenen Gewinn, z. B. eine ihm angefallene Erbschaft oder Vermächtniß zu Gunsten des andern ausschlägt; wenn ein Ehegatte dem andern eine fremde Sache geschenkt hat, die er selbst nicht usucapiren konnte.

L. 25. D. h. t. TERENTIUS CLEMENS libro V. ad legem Juliam et Papiam. Sed et si, constante matrimonio, *res aliena uxori a marito donata fuerit*, dicendum est, *confestim ad usucapionem eius uxorem admitti: quia et si non* <sup>93)</sup> *mortis causa donaverat* <sup>94)</sup> *ei, non impediretur* <sup>95)</sup> *usucapio: nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex*

93) HALOANDER wirft das NON ganz heraus. CUIACIUS Observation. Lib. XVIII. cap. 15. hingegen versetzt es, und liest in der letztern Periode: *licet mortis causa donatio NON interveniat*. Beydes unrichtig. Man sehe Franc. HOTOMAN. Amicabil. Respons. Lib. I. cap. 8. et Observation. Lib. XVIII. c. 7. Dem Cuias stimmt zwar dennoch VOORDA Theor. Controv. Dec. VII. Th. 6. bey. Allein man sehe Jo. Gottfr. SAMMET Receptar. Lection. ad Jauchium. Cap. 12. (in Opuscul. p. 148. sqq.)

94) Cod. Erl. *donaretur*. Eben so Haloander, Hebballon, Miräus, Baudoza, und Merlinus.

95) JAUCHIUS de Negationib. Pandectarum. pag. 255. will *impedietur* lesen; allein ohne hinreichenden Grund. S. SAMMET c. I.

*quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest.*

Terentius Clemens entscheidet hier zugleich die Frage, ob und in wiefern der beschenkte Ehegatte die Sache selbst usucapiren könne? Da die Worte *Sed et si* etc. einen genauen Zusammenhang dieser Stelle mit der unmittelbar vorhergehenden anzeigen, so muß dieselbe mit der gegenwärtigen verbunden werden. Diese ist nämlich aus des Paulus *libro VII. ad Sabinum* genommen, und lautet L. 24. folgendermassen.

*Si inter extraneos facta sit donatio, et, antequam per tempus legitimum dominium fuerit acquisitum, coierint, vel contra, si inter virum et uxorem facta sit donatio, et ante impletum tempus supra dictum solutum sit matrimonium, nihilominus procedere temporis suffragium constat: quia altero modo sine vitio tradita est possessio, altero, quod fuerit vitium, amotum sit.*

Nach dem Zusammenhange beyder Stellen werden hier folgende Fälle unterschieden.

1) Die Schenkung geschehe noch vor der Ehe. Das heißt hier *inter extraneos*, nämlich zwischen Mann und Frau, ehe sie noch einander geheyrathet hatten. Hier begründet die Schenkung einen gerechten Titel zur Usucapion. Denn sie ist an sich gültig. Das Recht der Usucapion ist daher keinem Zweifel unterworfen, wäre auch zur Zeit der erfolgten Ehe die Usucapionszeit noch nicht vollendet. Nam *sine vitio tradita est possessio.*

2) Die Schenkung ist während der Ehe gemacht worden. Auch hier kommt dem Beschenkten die Usucapion zu statten; denn diese ist es, welche Paulus hier mit dem Ausdruck *temporis suffragium* bezeichnet, wie auch Cujaz <sup>96)</sup> bemerkt hat. Nun könnte man zwar einwenden, es fehle hier an den Erfordernissen der Usucapion. Denn der beschenkte Ehegatte wußte entweder, daß die Sache eine fremde Sache sey, oder er hielt sie für die eigene Sache des Schenkenden. Im ersten Falle ist sein Besitz gleich anfangs eine *malae fidei possessio*, welche die Verjährung hindert <sup>97)</sup>; in dem andern aber kannte der beschenkte Ehegatte entweder das gesetzliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten oder nicht. In dem ersten Falle mußte er auch die Schenkung für rechtswidrig und ungültig halten. Es fehlt ihm also wieder an der *bona fides* <sup>98)</sup>. In dem letztern aber stand er in dem Irrwahn, Schenkungen unter Ehegatten seyen gültig. Es scheint hier also ein Rechtsirrthum die Usucapion zu hindern <sup>99)</sup>. Demungeachtet wird dem Beschenkten das Recht der Usucapion zugestanden. Denn es wird hier vorausgesetzt, 1) daß der Beschenkte nicht gewußt habe, daß die Sache eine *res aliena* sey, 2) daß der Schenkende die

96) Recitation. solemn. ad Tit. 26. libri VII. Cod. de Usucap. pro emtore.

97) L. 2. §. 17. D. pro emtore.

98) L. 52. §. 1. D. de Usurpat. et Usucap. POMPON. Si quis id, quod possidet, non putat sibi per Leges licere usucapere: dicendum est, etiam si erret, non procedere tamen eius usucapionem: vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio.

99) L. 4. D. de iuris et facti ignor.

Sache selbst nicht habe usucapiren können, weil dieser auch nicht einmal ein provisorisches Eigenthum an der Sache hatte, folglich durch die Schenkung nicht ärmer geworden sey <sup>100)</sup>. Ist dieß der Fall, so ist die Schenkung unter Ehegatten gültig, weil hier der ganze Zweck des Schenkungsverbots wegfällt, und die Meinung des Beschenkten muß der Wahrheit weichen. Es tritt hier die Rechtsregel ein, welche die Gesetze besonders bey der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit des Titels berücksichtigt wissen wollen, *plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione* <sup>1)</sup>. Eben dieses bestätigt nun auch noch Pomponius *libro XXIV. ad Quintum Mucium*, woraus die *L. 3. D. pro donato* genommen ist.

*Si vir uxori, vel uxor viro donaverit: verum est, quod TREBATIUS putabat, si* <sup>2)</sup> *pauperior is, qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere.*

Die Usucapion findet auch schon während der Ehe statt, und bleibt gültig, wenn auch die Ehe vor Ablauf

100) S. UNTERHOLZNER'S Lehre von der Verjaehrung durch fortgesetzt. Besitz. §. 27. Nr. 5. S. 204.

1) S. §. 11. *J. de legat. L. 9. §. 4. D. de iuris et facti ignor. L. 4. §. 1. D. de manumiss. vindicta. L. 2. §. 15. D. pro emtore.* S. Ant. FABER *Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. Cap. 13. Hieron. de Oroz de Apicibus iuris civ. (Lugduni 1661. f.) Lib. IV. Cap. 6. nr. 14. et 15. pag. 298. sq. und Fernand. de RETES de donat. inter V. et U. Cap. X. §. 4—6.*

2) Westphal System des R. R. über die Arten der Sachen, Besitz 2c. 2c., §. 639. erklärt hier die Partikel *si* durch *quia*. Allein *si pauperior is — non fieret*, ist hier offenbar die Bedingung der Entscheidung.

der Verjährungszeit wieder getrennt worden wäre, wofern nur der Schenkende die Schenkung nicht widerrufen hat<sup>3)</sup>. Denn wäre auch allenfalls der *titulus donationis* während der Ehe zur *Usucapion* nicht geeignet gewesen<sup>4)</sup>, weil z. B. der Mann selbst hätte *usucapiren* können; so wird, wie Paulus sagt, dieses *vitium* durch Aufhebung der Ehe purgirt, und dem Beschenkten kommt in diesem Falle selbst der Besitz des Schenkenden zu statten, sofern diesem das Recht der *Usucapion* zustand<sup>5)</sup>. Verwickelter

3) *L. 32. §. 10. D. h. t. ULPIAN.* Si divortium post donationem intercessit, — veteri iuri statur: hoc est, si maritus uxori donatam vult, valet donatio, quod si non vult, extinguitur. Add. *L. 1. §. 2. D. pro donato.* PAULUS. Si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem, CASSIUS respondit: quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare, alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLI. Tit. 3. Nr. LXVI. Not. h. pag. 147. und GENTILIS Lib. II. cap. 28. pag. 258. sq.

4) *Ant. SCHULTING* in Notis ad Dig. s. Pandectas. Tom. IV. in h. L. 24. erklärt die Worte des Paulus: quod fuerit vitium, ganz richtig so: si quod fuisset vitium.

5) *L. 13. §. 11. D. de acquir. vel amitt. possess. Dion. Godefr. van der KESSEL* Diss. de usucapione partus et foetus rei furtivae §. IV. not. b. (in OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. p. 588.) will die *L. 24. h. t.* von einer *donatio rei donantis propriae* erklären, und wähnt hier noch Spuren des von Justinian aufgehobenen Unterschieds zwischen *dominium bonitarium* und *quiritarium* gefunden zu haben. Er glaubt, es liege hier der Satz des ältern

aber war noch die Frage, ob auch bey einer *mortis causa donatio* dem Beschenkten die *Usucapion* zu statten kommen, und wenn diese ihren Anfang nehme? Diese Frage entscheidet *Terentius Clemens* in der *L. 25. h. t.* Daß derselbe hier hauptsächlich von der Schenkung von Todes wegen handle, setzen die Worte *etsi non mortis causa donaverat*, und *licet mortis causa donatio interveniat*, außer Zweifel 6). Hier kam nun aber Erstens die *Lex Julia et Papia* in Betrachtung, welche den Ehegatten, wenn sie keine Kinder mit einander erzeugt hatten, nicht über den zehnten Theil des ganzen Vermögens einander auf den Todes Fall zuzuwenden erlaubte 7). Daß

Rechts zum Grunde, nach welchem bey einer *res mancipi a domino tradita* das *dominium legitimum* erst durch die *Usucapion* erworben werde. Allein diese Erklärung widerlegt sich dadurch, daß eine Schenkung unter Ehegatten, wodurch der Schenkende ärmer wird, zur Zeit des *Terentius Clemens* noch streng verboten war. Sie konnte also auch keinen zur *Usucapion* geeigneten Titel gewähren. Es konnte mithin auch das *dominium bonitarium*, welches durch die Tradition von dem beschenkten Ehegatten nicht erworben war, nicht durch *Usucapion* in ein *quiritarium* verwandelt werden. Dem ganz allgemein sagt in diesem Falle *Paulus L. 1. §. 2. D. pro donato*. *Si inter virum et uxorem donatio facta est, cessat usucapio*.

6) *G. GENTILIS* c. 1. pag. 260. *POTHIER* Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXVI. Not. r. pag. 42. und *SAMMET* cit. *Opusc.* pag. 148.

7) *ULPIAN. Fragm. Tit. XV.* *Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt.* Daß Wort *capere* begreift aber im eigentlichen Sinne alle Arten der Erwerbung auf den Todes Fall in sich, und also



Terentius Clemens in seinem Commentar über die Lex Julia et Papia Poppaea die aufgeworfene Frage erörtert habe, lehrt die Inscription 8). Hierzu kam die unterscheidende Natur einer Schenkung von Todes wegen, daß sie bis auf den letzten Lebens Augenblick widerruflich ist. Es schien also hier nicht dasselbe Verhältniß, wie bey einer Schenkung unter den Lebenden, vorhanden zu seyn. Dennoch sagt Terentius Clemens, daß wenn eine res aliena der Frau auch während der Ehe mortis causa von dem Manne wäre geschenkt worden, die Usucapion ohne allen Zweifel, und zwar confestim, das ist sogleich von dem Augenblick der Tradition an eintrete, so wie sie Statt finden würde, wenn auch die Schenkung nicht auf den Todes Fall, sondern unter den Lebenden wäre gemacht worden. Denn das Verbot der Schenkungen unter

auch mortis causa donationes. *S. L. 55. pr. L. 57. L. 58. D. de mortis caus. donation. L. 87. D. de legat. III.* Alle diese Stellen sind aus den Commentaren der Röm. Juristen, des Paulus, Ulpianus, und Marcellus über die Lex Julia et Papia genommen. Man vergleiche hier *Franc. RAMOS DEL MANZANO Comm. ad Leges Jul. et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 54.* (in *Thes. Meerman. Tom. V. pag. 505. sqq.*) und *Jo. Gottl. HEINECCIUS Comm. ad Legem Juliam et Papiam Poppaeam. Lib. II. Cap. 14. pag. 261.* Der Kaiser THEODOSIUS Junior hob jedoch die Lex Papia decimaria auf. *L. 2. Cod. Theod. de iure liberorum. S. Jac. GOTHOFREDUS Comm. ad h. L. (Tom. II. Cod. Theod. pag. 680. sq. edit. Ritter.)*

8) Man sehe noch *L. 72. D. de hered. instit. und L. 53. D. de legat. II.* welche ebenfalls aus Terentius Clemens *lib. IV. ad Leg. Juliam et Papiam* genommen sind.

Ehegatten, führt er zum Entscheidungs-Grunde an, geht nur auf solche Schenkungen, wodurch das Weib reicher, der Mann aber in seinem Vermögen (in suis rebus) ärmer wird. Hier ist aber von der Schenkung einer fremden Sache die Rede, wodurch der Mann nicht ärmer wird. Eine solche Schenkung unter Ehegatten ist eben so anzusehen, als wäre sie inter extraneas personas, das ist, unter solchen Personen errichtet worden, welche nicht in der Ehe mit einander leben. Weil also bey einer donatio rei alienae unter Ehegatten in Absicht auf Usucapion kein Unterschied Statt findet, die Schenkung sey auf den Todes Fall, oder unter den Lebenden gemacht worden; so haben die Basiliken<sup>9)</sup> beyde Fragmente die L. 24. und L. 25. h. t. folgendermassen ganz richtig zusammengezogen.

Ἐἴτε θανάτου αἰτία, εἴτε ἀπλῶς δωρήσομαι τῇ γαμετῇ μου ἀλλότριον πρᾶγμα, διὰ χρήσεως κυριεύει αὐτοῦ. Τότε γὰρ ἢ δωρεὰ ἐμποδίζεται, ὅτε καὶ ὁ λαμβάνων κερδαίνει, καὶ ὁ δωρησάμενος οἰκοθεν ζημιούται i. e. *Sive mortis causa, sive simpliciter uxori meae REM ALIENAM donavero, eam usucapit: tunc enim impeditur donatio, quum locupletior fit, qui accipit, et in suis rebus fit pauperior, qui donavit.*

Allein nur in Absicht auf Verjährung ist kein Unterschied, die Schenkung der fremden Sache sey unter den Lebenden, oder auf den Todesfall geschehen, wohl aber in Absicht auf Revocabilität. Denn ist die Schenkung der fremden Sache auf den Todes Fall geschehen, so hebt die Usucapion, wenn sie auch schon vollendet ist, das Recht des Schenkenden, die Schenkung bey seinem

9) Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 25. pag. 759. sq.

Leben, wenn sie ihm gereut, zu widerrufen, nicht auf. Dieß bringt nicht nur die Natur einer solchen Schenkung mit sich, sondern dieses ist auch in den Gesetzen deutlich ausgesprochen.

*L. 13. pr. D. de mortis caus. donation. JULIANUS libro XVII. Digestorum. Si alienam rem mortis causa donavero, eaque usucapta fuerit: verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convalvero.*

*L. 33. D. eodem. PAULUS libro IV. ad Plautium. Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cuius res fuisset; sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.*

In beyden Gesetzstellen wird also nur dem Eigenthümer die Klage abgesprochen, nicht dem Donator <sup>10)</sup> Ist hingegen die Schenkung unter den Lebenden geschehen, so ist sie sogleich gültig, und die Usucapion giebt hier dem Beschenkten ein unwiderrufliches Eigenthum, so daß nach Vollendung derselben gegen den Donatar weder von Seiten des Eigenthümers, noch des Schenkenden mehr eine Klage Statt findet. So ist es auch unter Ehegatten. Denn, in Ansehung der Schenkung einer fremden Sache, gilt unter ihnen dasselbe Recht, wie inter personas extraneas <sup>11)</sup>.

Wir haben jetzt alle die Beispiele aus den Gesetzen dargestellt, wo Schenkungen unter Ehegatten schon nach

10) S. POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 6. Nr. XX. not. 1. pag. 43.

11) *L. 1. D. de donat. L. 5. D. de donat. sub modo.* S. vorzüglich *de REYES de donat. inter V. et U. Cap. X. §. 6.* und *VOET Comm. ad Pand. T. II. Lib. XLI. Tit. 6. §. 2.*

dem ältern Recht darum gültig waren, weil entweder der Beschenkte dadurch nicht reicher, oder der Schenkende dadurch nicht ärmer geworden ist. Noch weniger war aber endlich die Gültigkeit solcher Schenkungen unter Ehegatten einigem Zweifel unterworfen, wodurch weder der eine Theil ärmer, noch der andere Theil reicher wurde. Dieß ist der Fall bey gegenseitigen Schenkungen, wenn nämlich der schenkende Ehegatte gerade so viel am Werthe von dem Beschenkten wieder erhält, als er weggegeben hat. Wollte hier der eine Theil gegen den andern auf Zurückgabe des Geschenks klagen, so würde ihm der andere die Compensation entgegensetzen können. Nur in dem einzigen Falle war es zweifelhaft, ob eine Compensation Statt finde, wenn der eine Theil das Geschenk consumirt, der andere aber aufbehalten hat. Allein auch in diesem Falle, da aus einer gegenseitigen Schenkung sich der eine Theil noch reicher befindet, ist die Gültigkeit dieser Schenkungen aus Gründen der Billigkeit durch eine Verordnung des Kaisers Hadrian ausdrücklich bestätigt worden, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 7. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS libro XXXI. ad Sabinum. Si vir et uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit compensationem fieri donationum; et hoc DIVUS HADRIANUS constituit.

L. 67. *D. eodem.* LABEO libro II. Pithanon a Paulo epitomatorum. Si uxor nummis a viro, aut ab eo, qui in eius potestate esset, sibi donatis servum emerit: deinde, cum eius factus fuerit, eum ipsum donationis causa viro tradiderit: rata erit traditio: quamvis ea mente facta fuerit, qua

## De donationibus inter virum et uxorem. 49

ceterae donationes: neque ulla actio eius nomine dari potest <sup>12</sup>).

### §. 1253. c.

Donatio mortis causa: exilii causa, et divortii causa.

Eine zweite Gattung erlaubter Schenkungen machten ferner schon nach dem ältern Rechte diejenigen aus, welche auf eine solche Art geschehen sind, daß deren Wirksamkeit und Gültigkeit erst zur Zeit der Trennung der Ehe eintreten soll. Dahin gehörten

1) Schenkungen von Todes wegen. Ulpian sagt *libro XXXII. ad Sabinum*, woraus die *L. 9. §. 2. D. h. t.* genommen ist.

*Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt.*

Was hier eine Schenkung auf den Todes-Fall sey, erklärt Paulus <sup>13</sup>). *Mortis causa donatio est*, sagt er, *quae impendente metu mortis fit, ut est valetudinis, peregrinationis, navigationis, vel belli.* Den Grund dieser Ausnahme führt Gajus *libro XI. ad Edictum provinciale an.* Er sagt nämlich *L. 10. D. h. t.*

*Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt, oder, wie es in den*

12) Man vergleiche hier vorzüglich GENTILIS *Lib. II. Cap. 20. pag. 225. sqq.* und de REYES *Cap. V. §. 13. pag. 680.*

13) *Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 23. §. 1. (in Ant. SCHULTING Jurisprud. vet. Antejust. pag. 311.).* Paulus handelt baselbst von den Schenkungen unter Ehegatten.

Basiliken <sup>14)</sup> ausgedrückt ist: *εν ᾧ ὁ γάμος παύεται, quo matrimonium desinit.*

Dieser Grund paßt auf jede Schenkung von Todes wegen, der Todesfall mag als eine Resolutiv- oder Suspensiv-Bedingung ausgedrückt worden seyn, wie Ulpian *libro XXXII. ad Sabinum* lehrt. Daselbst heißt es nämlich nach *L. 11. §. 1. D. h. t.*

*Sed quod dicitur, mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum JULIANUM, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio.*

Es erhellet dieses noch deutlicher aus einer andern Stelle Ulpian's, wo er aus Julian's Digesten die verschiedenen Arten der *donationum mortis causa* anführt. Es ist *L. 2. D. de mortis causa donation.* welche aus demselben *Libro XXXII. ad Sabinum* genommen ist. Hier heißt es:

*JULIANUS libro XVII. Digestorum, tres esse species mortis causa donationum, ait. Unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus, non sic det, ut statim faciat accipientis: sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta <sup>15)</sup>.*

14) Tom. IV. pag. 759. Const. 10.

15) Aus der genauen Verbindung dieser beyden Stellen widerlegt sich Anton Faber's Meinung, de Errorib.

In den Basiliken <sup>16)</sup> wird daher der Satz aufgestellt. Πᾶσα δὲ δωρεὰ θανάτου αἰτία μεταξὺ τῶν συνοικούντων ἔρρωται, κἂν μὴ τοιαύτη διαδέσει γενήται, ὥστε μετὰ τὸ τελευτῆσαι τὸν δωρησάμενον γενέσθαι τὸ πρᾶγμα τοῦ ἄλλου. i. e. *Omnis mortis causa donatio valet inter coniuges, etiamsi non eo fiat animo, ut secuta morte donatoris res alterius fiat.*

Diesem nach war es daher unrichtig, wenn Fulcinius zu einer donatio mortis causa inter coniuges schlechterdings eine gegründete Furcht vor einer Todesgefahr erfordern wollte, dessen Meinung Neratius mit Recht verwarf, wie aus folgender Gesetzstelle zu ersehen ist.

L. 43. pr. D. eodem. NERATIUS libro I. Responsorum. FULCINIUS: Inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. NERATIUS: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam iuste nec ne susceperit, non quaerendum. *Quod magis tuendum est* <sup>17)</sup>.

Sehr richtig ist dieses in den Basiliken <sup>18)</sup> ausgedrückt, wenn es daselbst heißt: Μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς θανάτου αἰτία δωρεὰ ἔρρωται, εἴτε δικαίως ὑπονοεῖ τὸν θάνατον, εἴτε μὴ. i. e. *Inter virum et*

Pragmaticor. Decad. XLIV. Err. 8. welcher den ganzen §. 1. der L. 11. h. t. für eine Interpolation des Tribonian's halten will.

16) Tom. IV. Lib. XXX. Tit. 1. Const. 11. §. 1.

17) Der griechische Scholiast hat diese letzten Worte Tom. VI. Basilic. pag. 261. Sch. u. so erklärt: καὶ τὸντο μάλλον ἐκράτησεν. i. e. *et hoc magis obtinuit.*

18) Tom. VI. Lib. XLVII. Tit. 5. Const. 43. pag. 231.

*uxorem mortis causa donatio valet, sive iusta mortis suspicio sit, sive non.*

Das Wesen und die Wirkung einer *mortis causa donatio inter coniuges* bestand nun aber darin, daß sie durch den Tod des Schenkenden ihre vollkommene Gültigkeit erreichte, wenn sie von demselben bey seinem Leben nicht war widerrufen worden <sup>19)</sup>, dahingegen eine Schenkung unter den Lebenden auch selbst durch den Tod des Schenkenden nicht bestätigt wurde. So lang also der schenkende Ehegatte lebte, konnte er die Schenkung, und zwar sowohl während der Ehe, als nach deren erfolgten Trennung, widerrufen; so wie jede andere Schenkung von Todes wegen widerrufen werden kann <sup>20)</sup>; und das Eigenthum gieng beyhm Leben des Schenkenden nicht auf den Beschenkten über, wenn sie auch von dem schenkenden Ehegatten in der Absicht geschehen war, daß die Sache, so gleich von dem Augenblick der Uebergabe an, dem Beschenkten gehören sollte <sup>21)</sup>. Nur *inter extraneos* wurde in diesem Falle das Eigenthum auf den Beschenkten übertragen, obwohl freylich auch hier nur auf eine widerrufliche Art, denn es hörte auf, wenn die Todes-Gefahr vorüber war <sup>22)</sup>. Allein unter Ehegatten konnte, wegen des gesetzlichen Verbots, das Eigenthum auch in diesem Falle nicht transferirt werden <sup>23)</sup>. Der Donator blieb

19) L. 52. *D. de mort. c. donat.* ULP. Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

20) L. 16. L. 50. *D. de. mortis caus. donat.*

21) GENTILIS Lib. III. cap. 36. pag. 594.

22) L. 2. *D. de mort. c. donat.* L. 19. *pr. D. de reb. cred.*

23) Anderer Meinung ist jedoch *de RETES c. I. Cap. VIII. §. 15.* Allein man sehe GENTILIS c. I.



also in jedem Falle Eigenthümer der auf den Todes Fall geschenkten Sache; erst nach desselben Tode gieng das Eigenthum auf den Beschenkten über. So lehrt Ulpian L. 11. pr. D. h. t.

Sed interim res non statim fiunt eius, cui donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insēcuta est: medio igitur tempore dominium remanet apud eum, qui donavit.

Mit Ulpian stimmt auch Papinian überein, wenn dieser libro XV. Quaestionum sagt, wie es L. 76. D. de hered. instit. heißt:

Servus uxori a marito, mortis causa donatus, mariti manet, ut et JULIANO quoque videtur. Idem<sup>24)</sup>, si accipiat libertatem simul et hereditatem, viro necessarius heres erit, nec sine libertate aliquid ei legari potest.

Papinian beweist hier den vorgetragenen Satz, daß der schenkende Ehegatte, so lange er lebt, Eigenthümer der dem andern auf den Todes Fall geschenkten Sache bleibe, an einem Beispiele auf zweyerley Art. Der Mann schenkt seiner Frau einen Sklaven auf den Todes Fall. Daß dieser Sklave nicht Eigenthum der Frau werde, sondern dem Manne, so lange er lebt, verbleibe, beweist er 1) dadurch, weil ihn der Mann zum Erben einsetzen konnte, und der Sklave desselben necessarius heres

24) Cujacius Comment. in libr. XV. Quaestion. Papiniani ad h. L. (Oper. Tom. I. pag. 592.) will id est, statt idem lesen. Andere hingegen unde, welcher Lesart auch die Glosse gedenkt. Allein versteht man unter idem mit der Glosse den Sklaven, von dem das Beispiel hergenommen ist, so ist eine solche Aenderung nicht nöthig.

wurde; 2) weil ihm der Mann, ohne zugleich die Freyheit zu geben, nichts vermachen konnte. Der Mann mußte also noch Eigenthümer seyn. *Servis enim testamento dominorum non data libertate legatum seu fideicommissum relictum non valet.* So rescribirte der Kaiser Antoninus *L. 4. C. de legatis.*

So lang also der schenkende Ehegatte noch lebte, blieb die Gültigkeit der Schenkung im Zweifel. Erst durch den erfolgten Tod des Schenkers war sie zur Vollkommenheit gereift, und zwar dergestalt, daß man vermöge einer rechtlichen Fiction annahm, sie sey schon zu der Zeit gültig gewesen, da sie war gemacht worden. Dieß ist es, was Papinian *Libro XXIX. Quaestionum* <sup>25)</sup> sagt.

*Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta, reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.*

Diesem gemäß sagt Javolen *Lib. XI. Epistolarum* <sup>26)</sup>.

*Si is servus, qui uxori mortis causa donatus est, prius quam vir decederet, stipulatus est, in pendentem puto esse causam obligationis, donec vir aut moriatur, aut suspicione mortis, propter quam donavit, liberetur* <sup>27)</sup>: quidquid autem eorum inciderit, quod donationem aut perimat aut confirmet: *id*

25) *L. 40. D. de mortis caus. donation.*

26) *L. 20. D. h. t.*

27) *D. i.* wenn die Todes-Gefahr vorüber ist, oder der Donator wieder genesen ist.

quoque causam stipulationis aut confirmabit, aut resolvat.<sup>28)</sup>

Vergleichen wir jedoch hiermit, was Ulpian L. 11. §. 9. sagt,

*Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo, alii tradiderit: nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. Plane in quibus casibus placeat retro, agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur;*

welche Stelle aus demselben libro XXXII. ad Sabinum genommen ist; so erscheint daraus, daß die Regel des Papinianus, eine Schenkung von Todeswegen werde durch den erfolgten Tod des Schenkers rückwärts gültig, nicht in allen Fällen Statt finde. Es ist vielmehr, wenn man damit die vorhergehenden Paragraphen von §. 2 — 8. verbindet, ein Unterschied zu machen, ob die Schenkung von Todes wegen auf eine solche Art geschehen ist, daß der Beschenkte gleich Eigenthümer der geschenkten Sache werden, die Sache aber wieder zurückgeben solle, wenn die Todesgefahr verschwunden wäre, oder auf eine solche Art, daß das Eigenthum erst nach dem Tode des Schenkers auf den Beschenkten übergehen solle<sup>29)</sup>. Nur in jenem

28) Ist also die Schenkung durch den Tod des Schenkers bestätigt worden, so wird nun die bey dessen Lebzeiten von dem geschenkten Sklaven eingegangene Stipulation rückwärts gültig, und die daraus entstandene Forderung so angesehen, als wäre sie schon gleich Anfangs begründet gewesen. In dem entgegengesetzten Falle aber ist und bleibt alles nichtig. С. РОТНІВЪ Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXI. Not. e. und f.

29) So unterscheiden auch Jac. Cujacius Comment. in

Falle wird der Schenkung von Todes wegen eine zurückwirkende Kraft beygelegt, nicht in dem letztern; ob wohl auch in jenem erstern Falle das Eigenthum auf den beschenkten Ehegatten während der Ehe nicht übergeht; Hiermach lassen sich folgende Gesetze erklären:

*L. 11. §. 2. D. h. t.* Quando itaque non retro agatur donatio, emergunt vitia, ut MARCELLUS animadvertit in specie huiusmodi. Maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filiumfamilias, qui a marito acciperet, eique <sup>30)</sup> traderet: deinde cum moritur maritus, paterfamilias invenitur: an valeat traditio? Et ait, consequens esse dici, traditionem valere: quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur, id est, cum maritus moriebatur.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wo die Schenkung von Todes wegen nicht zurückwirkt, dessen Ulpian

Libr. XXIX. Quaestion. Papiniani ad L. 40. D. de mort. c. donat. Hubert. GIPHANIUS Comm. ad Tit. Dig. de mortis causa donat. in h. L. (in *Lectur. Altorphin.* pag. 300. sq.) Fernand de RETES de donation. inter V. et U. Cap. VIII. §. 15. GENTILIS Eöh. III. Cap. 36:

- 30) Eigentlich sollte es heißen *sibi*que traderet. Allein diese Verwechslung ist in den Pandecten, und auch selbst bey den besten römischen Classikern nicht ungewöhnlich. Man sehe z. B. *L. 51. pr. D. de pact. L. 27. pr. D. de negot. gest. L. 41. D. Ex quib. caus. maj.* Man vergl. auch OUDENDORP. ad *Sueton.* in *Calligula* Cap. 34. in fin. *Pet. PITHOEUS Adversar. lit. S. in Th. Meerm. T. I. pag. 357.* RYGERBOS *Observation. iur. Rom.* pag. 17. Mit Unrecht sagt daher JENSIUS in *Strictur. ad Pand.* pag. 175. Iterum, ut toties, stulte.

unmittelbar vorher namentlich gedacht hatte, nämlich wenn die Schenkung in der Absicht und auf eine solche Art geschehen ist, daß das Eigenthum der geschenkten Sache erst nach dem Tode des Schenkers auf den beschenkten Ehegatten übergehen soll. Hierdurch erhält nun aber manche Rechtsregel eine Ausnahme. Dies heißt hier *emergunt vitia* <sup>31)</sup>. Eine solche Abweichung hat Marcellus in folgendem Falle bemerkt. Der Mann will seiner Frau auf den Todes Fall ein Geschenk machen; sie stellt aber ihren Sohn, der jedoch noch in väterlicher Gewalt ihres Ehemannes war. Dieser soll das Geschenk empfangen, und ihr solches dann übergeben <sup>32)</sup>. Wenn nun nachher der Sohn das Geschenk seiner Mutter, der Ehefrau des Schenkers, übergibt, ist die Tradition auf eine gültige Art geschehen, so daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers bestätigt wird? Blicke es bey der Regel, daß man bey rechtlichen Geschäften immer auf den Anfang des Contracts sehen müsse <sup>33)</sup>, so würde die Tradition nicht gelten, weil zu der Zeit die *interposita persona* noch in der väterlichen Gewalt war. Allein diese Regel leidet bey einer Schenkung auf den Todes Fall, welche erst nach dem Tode des Schenkenden das Eigenthum überträgt, eine

31) Die Richtigkeit dieser Erklärung ergibt sich aus *L. 1. D. de div. Reg. iuris.* wo Paulus sagt: *Regula, simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.* C. POTHIER PAUD. Justin. Tom. II, h. t. Nr. XXII, Not. i.

32) *Non ut procurator,* sagt Ant. SCHULTING in *Notis ad Dig. 8. Pandectas Tom. IV. ad h. L. pag. 294. sed ut fieret dominus cum onere restituendi.*

33) *L. 144. §. 1. D. de div. Reg. iur. L. 78. pr. D. de Verbor. Obligat. L. 8. pr. D. Mandati.*

Ausnahme. Da nun zu der Zeit, als der Schenker starb, der Sohn *sui iuris* geworden war, so ist die Uebergabe an die Frau auch auf eine gültige Art geschehen, nicht anders, als ob sie jetzt erst geschehen wäre, weil dieselbe, wenn sie auch schon vorher geschehen seyn sollte, auf den Zeitpunkt gezogen wird, da die Schenkung durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit erhielt <sup>34</sup>).

L. 11. §. 3. *D. eodem.* Idem ait, placuisse scio Sabinianis, si filiaefamilias uxori maritus tradet, donationem eius cum omni suo emolumento fieri, si, vivo adhuc marito, sui iuris fuerit effecta: quod et JULIANUS libro septimo decimo Digestorum probat.

Der Fall, den hier auch Marcellus aus demselben Grunde entscheidet, ist der, daß der Mann seiner Frau, die noch in väterlicher Gewalt war, Etwas auf den Todesfall geschenkt hatte. Auch hier wird auf die Zeit gesehen, da die Schenkung durch den Tod des Mannes bestätigt ward. War also die Frau unterdessen *sui iuris* geworden, so erwirbt sie das Eigenthum nach dem Tode ihres Mannes <sup>35</sup>). Ihr Vater konnte das Eigenthum bey dem Leben ihres Mannes durch sie nicht erwerben, weil es während der Ehe die Frau selbst nicht erwerben konnte. Daher sagt Marcellus, das Geschenk werde nun *cum omni suo emolumento*, d. i. mit aller Nutznießung, Eigenthum der Frau, wenn sie nämlich zur Zeit des To-

34) G. GENTILIS de donat. inter V. et Ux. Lib. IV. Cap. 24.

35) G. CUIACIUS Comment. in libr. XVII. Digestor. Salvii Juliani, ad h. L. (*Oper. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 124. sq.*).

des ihres Mannes aus der väterlichen Gewalt gegangen war <sup>36</sup>).

L. 11. §. 4. *eod.* Proinde et si uxor marito filiofamilias mortis causa tradat, et is sui iuris effectus sit, sine dubio dicemus ipsius fieri.

Der Fall ist hier umgekehrt, und der Entscheidungsgrund der nämliche.

§. 5. *eiusd. L.* Per contrarium quoque, si uxor donauerit mortis causa patrifamilias marito, et mortis eius tempore filiusfamilias inueniatur: patri erit nunc emolumentum quaesitum.

Auch in diesem Falle ward zwar durch den Tod der Frau die dem Manne auf den Todesfall gemachte Schenkung bestätigt; allein der Vortheil derselben kam bloß dem Vater zu statten, in dessen Gewalt sich der Mann zur Zeit des Todes seiner Frau befand; weil zur Zeit Ulpian's noch der Vater durch den Sohn erwarb. Jedoch erwarb er diesen Vortheil erst von der Zeit an (nunc), da die donatrix starb, weil jetzt erst das Eigenthum erworben wurde <sup>37</sup>).

§. 6. *eiusd. L.* Consequenter SCAEYOLA apud MARCELLUM notat: si servum interposuit mulier,

36) Man vergleiche GENTILIS c. 1. pag. 517. sq. und POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Nr. XXII. Not. h.

37) Da nach dem neuern Rechte der Vater von den Abbenzigen der Kinder nur den Nießbrauch hat, so kann man unter *emolumentum* auch diesen verstehen. Dahingegen in dem vorigen Falle (§. 5.) der Ausdruck *omne emolumentum* Eigenthum und Nießbrauch in sich begreift.  
S. GENTILIS c. 1. pag. 518.

ut ei tradatur mortis causa, isque adhuc servus dederit mulieri, deinde mortis tempore liber inveniatur: tantundem esse dicendum.

Diese Note des Scävola bey Marcellus scheint sich auf den Fall zu beziehen, da die Frau ihrem Sohne, der noch in väterlicher Gewalt war, die Sache, welche ihr der Mann auf den Todesfall schenken wollte, übergeben ließ, um sie durch ihn zu empfangen <sup>38)</sup>. Denn nun ist gleicher Grund vorhanden; weit zur Zeit dieser Rechtsgelehrten in Absicht auf Acquisition zwischen einem Sklaven und *filiusfamilias* kein Unterschied war. Die der Frau nachher von dem *servo interposito* geschehene Uebergabe ist also, wie bey dem *filiusfamilias interpositus*, gültig, wenn derselbe zur Zeit des Todes des Mannes die Freyheit erlangt hat, wäre er auch noch zu der Zeit, als sie geschah, Sklave gewesen. Denn die Schenkung auf den Todesfall wirkt hier nicht rückwärts, sondern erhält erst durch den Tod des Schenkenden ihre Vollkommenheit.

§. 7. Idem MARCELLUS tractat, si is, qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere: quia debeat <sup>39)</sup> aliquo momento interposito <sup>40)</sup> fieri, et sic ad mulierem transire. Quod

38) GENTILIS c. 1. pag. 518.

39) Die meisten alten Ausgaben als Hal. Chev. Baud. Mir. Merlin, u. a. lesen *debeat*. Cod. Erl. aber hat, wie die Flor. *debeat*.

40) Statt *interposito* will GENTILIS a. a. O. pag. 519. *interpositi* lesen, und bezieht dieses auf die Person desjenigen, qui *interpositus est*. Er meint die folgenden Worte machten diese Emendation nöthig. Ihm stimmt



ita procedit, si ea, cui donabatur, eum interposuit, non is, qui donabat: porro si a marito interpositus est, et res ipsius statim facta est, etsi ante mortem mariti tradiderit et decesserit, traditio eius egit aliquid: ut tamen haec traditio pendeat, donec mors sequatur.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wenn die persona interposita noch bey Lebzeiten des Schenkers stirbt, nachdem sie aber doch schon das Geschenk dem Ehegatten, welchem es auf den Todesfall zugedacht war, übergeben hatte. Unter der *persona interposita* wird auch

auch POTHIER in Pand. Justin. Nr. XXII. not. b. pag. 42. bey. Cod. Erl. stimmt zwar mit der flor. Lesart überein, liest aber *fieri eius*. Auch Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza, und Merlinus lesen aliquo momento *interposito eius fieri*. Gesezt indessen, man wollte auch das *interposito* von der persona, quae interposita est, verstehen, so wäre auch nicht einmal in diesem Falle eine Aenderung der Lesart nöthig; sondern nun wäre das *interposito* der Dativ, und der Sinn: quia debeat, oder *debebat* donatio aliquo momento fieri *interposito*, i. e. ei personae, quae interposita est, et in ea consistere, et sic deinde ad mulierem transire. Dieß ist die sehr natürliche Erklärung des Ant. FABER de erroribus Pragmaticor. P. II. Decad. XLVI. Err. 5. pag. 1023. in fin. (edit. Lugdun. 1604. 4.) Das *fieri* mit dem Dativ, wenn es einen Erfolg anzeigt, ist auch bey den röm. Classikern nicht ungewöhnlich. S. PLAUTUS in Rudent. Act. IV. Sc. 3. v. 16. dominus, cui furtum fiebat. Selbst diejenigen, welche *interpositi* lesen wollen, beziehen das *fieri* auf donatio, nämlich quod donatio debeat saltem aliquo momento fieri *eius, qui interpositus est*. Dann soll donatio soviel als res donata heißen.

hier, wie in den vorhergehenden Fällen, kein bloßer Stellvertreter und Bevollmächtigter, sondern eine solche Mittelsperson verstanden, welche einstweilen das Geschenk für sich erwerben, und das Eigenthum dann auf den Ehegatten übertragen soll, dem eigentlich die Schenkung von Todeswegen gelten sollte; oder kurz, der *is, qui interpositus est*, ist hier ein solcher, der selbst inzwischen donatarius seyn soll. Wie nun, wenn dieser zwar das Geschenk dem Ehegatten, dem es eigentlich zugedacht war, übergeben hatte, aber noch bey Lebzeiten des Schenkers starb, wird die Schenkung dennoch durch den Tod des Schenkenden bestätigt, oder geht sie zu Grunde? Marcellus behauptete das Letztere. Allein Ulpian berichtigt hier diese Meinung, indem er unterscheidet, ob die Mittelsperson von dem Ehegatten bestellt worden, dem eigentlich die Schenkung gemacht werden sollte, oder von dem Schenker selbst. Im ersten Falle hatte Marcellus Recht. Hier konnte das Eigenthum der geschenkten Sache eben so wenig auf die *persona interposita* übergehen, als solches während der Ehe auf den beschenkten Ehegatten übertragen werden konnte. In dem letzten Falle hingegen konnte zwar auch der Schenker das Eigenthum während der Ehe nicht auf den beschenkten Ehegatten übertragen, doch stand hier nichts im Wege, weswegen das Eigenthum der Sache nicht auf diejenige Mittelsperson hätte übertragen werden können, welche nicht von dem Beschenkten, sondern von dem Schenker selbst war interponirt worden. Hatte nun diese Person die auf den Todes Fall geschenkte Sache nachher dem Ehegatten, der eigentlich damit beschenkt seyn sollte, noch bey Lebzeiten des Schenkers tradirt, und sie starb nachher, so hatte sie zwar freylich das Eigenthum dadurch nicht auf den Empfänger übertragen, aber doch damit

so viel bewirkt, daß wenn des Donator die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hatte, das Eigenthum nun mit seinem Tode auf den Beschenkten übergieng <sup>41)</sup>. Wäre die persona interposita nicht als einstweiliger Donatar aufgestellt, sondern von dem beschenkten Ehegatten bloß beauftragt worden, das Geschenk für ihn in Empfang zu nehmen, so käme der eingetretene Todes Fall einer solchen Person in keine Betrachtung, wenn er auch beym Leben des Schenkers erfolgt wäre <sup>42)</sup>. In jenem Fall aber, da die aufgestellte Mittelsperson selbst als einstweiliger Donatar anzusehen ist, muß sie den Schenker, wenn auch nur auf einen Augenblick, überleben, um das Eigenthum zu erwerben, wenn die dem beschenkten Ehegatten auf den Todes Fall übergebene Sache durch den Tod des Schenkers ein Eigenthum des Beschenkten werden soll <sup>43)</sup>. Von einem solchen Falle, wo die persona interposita nicht als Donatar, sondern nur als procurator anzusehen ist, handelt der folgende

§. 8. L. 11. h. t. Si uxor rem Titio dederit, ut is marito *mortis causa* traderet: eaque defuncta, invitis heredibus eius Titius marito dederit, interest, utrum a muliere sit interpositus Titius, an vero a marito, cui donabatur: si a muliere interpositus est, obligabit se conditione, si marito

41) G. GENTILIS cit. loc. pag. 519. sq. und POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Nr. XXII. not. d et e. pag. 42.

42) L. 25. D. de mort. c. donat. Si quasi ministerio eius pater usus sit. Von einem solchen Falle handeln auch L. 5. §. 2. D. h. t. L. 13. D. de donat.

43) L. 11. D. de obligat. et act. G. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. ad L. h. §. 295.

tradiderit: si autem a marito sit interpositus, mortua muliere confestim fundus efficietur eius, quem maritus interposuit, et actionem ipse maritus cum eo habebit.

Die Frau hatte hier die Sache, welche sie dem Manne auf den Todes Fall schenken wollte, dem Titius gegeben, um sie dem Manne einzuhändigen. Titius war also hier nicht Donatar, sondern ein bloßer Beauftragter. Durch einen solchen Stellvertreter kann zwar sonst Besitz und Eigenthum erworben werden<sup>44)</sup>. Allein bey einer Schenkung unter Ehegatten konnte von einer Uebertragung des Eigenthums bey Lebzeiten des Schenkers keine Rede seyn. Es kam also jetzt nur darauf an, ob die Uebergabe der Sache von dem Titius noch bey Lebzeiten der Frau geschehen war, oder erst nach ihrem Tode geschah. In jenem Falle war die Uebergabe auf eine gültige Art geschehen, und wenn die Schenkung bey Lebzeiten der Frau nicht war widerrufen worden, so würde sie durch ihren Tod bestätigt. Hatte aber Titius die Sache erst nach dem Tode der Schenkgeberin dem Ehemanne derselben übergeben, so unterscheidet Ulpian weiter, ob der Titius von der Frau selbst war beauftragt worden, oder von dem Manne, dem sie die Sache auf den Todes Fall schenkte. Im ersten Falle konnte die Uebergabe nach dem Tode der Frau nicht mehr auf eine gültige Art geschehen, weil der Auftrag mit ihrem Tode erloschen war. Er hat sich daher den Erben der Frau verantwortlich gemacht, welchen die actio mandati gegen den Titius zukommt. Dieß ist der Sinn der Worte:

44) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 582. S. 116. Not. 17.

obligabit se *condictione* 45), si marito tradiderit. Ulpian setzt jedoch hierbey voraus, daß die Uebergabe gegen den Willen der Erben von dem Titius geschehen seyn müsse. Denn war demselben der unterdessen erfolgte Tod der Ehefrau nicht bekannt, und die Uebergabe geschah ohne Widerspruch ihrer Erben, so kann dieselbe nicht für ungültig gehalten werden 46). Die Klage wird also den Erben der Frau nur dann gegen den Titius zustehen, wenn er wußte, daß die Frau gestorben sey, oder daß er gegen den Willen ihrer Erben handle 47). In dem letztern Falle hingegen, wenn Titius von dem Manne beauftragt war, die ihm von der Frau auf den Todes Fall geschenkte Sache für ihn in Empfang zu nehmen, wird die Schenkung durch den Tod der Frau bestätigt, und nunmehr Eigenthum des Mannes 48). Er kann daher gegen den Titius klagen, daß er ihm die Sache tradire. Die Klage ist auch hier die *actio mandati* 49).

45) Accursius versteht darunter die *condictio certi*. Nach L. 9. pr. D. de reb. cred. hat er zwar nicht Unrecht, aber eigentlich ist es die *actio mandati*, die hier den Erben der Ehefrau zusteht. S. GENTILIS c. 1. pag. 521.

46) Man vergleiche hier die L. 33. D. de acquir. vel amitt. possess. welche, wie die Stelle Ulpian's, aus des POMPONIUS libro: XXXII. ad Sabinum genommen ist.

47) S. GENTILIS c. 1. pag. 521.

48) S. POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXII. not. h.

49) S. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pandectas. Tom. IV. h. t. ad §. 8. h. L. pag. 295. Jedoch meint GENTILIS c. 1. daß auch die *Rei vindicatio* Statt finde.

§. 9. L. 11. Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit: nihil agitur ea traditione; quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. Plane in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.

Hier zeigt nun noch Ulpian den Unterschied zwischen einer solchen Schenkung von Todes wegen, welche auf die Zeit ihrer Errichtung zurückwirkt, und einer solchen, welche erst durch den Tod des Schenkenden ihre Gültigkeit erhält. Ist in dem letztern Falle die dem Ehegatten geschenkte Sache von demselben beym Leben des Schenkers veräußert worden, so ist eine solche Veräußerung null und nichtig, weil dem Veräußerer bey Lebzeiten des Schenkers noch kein Eigenthum an der Sache zustand. Dem Schenkenden steht daher im Falle des Widerrufs die Reivindicatio zu. Ist hingegen die Schenkung eine solche, welche, wenn sie durch den Tod des Schenkers bestätigt wird, auf die Zeit ihrer Errichtung zurückwirkt; so ist die während der Ehe von dem Beschenkten geschehene Veräußerung nicht schlechterdings ungültig, sondern die Gültigkeit bleibt einstweilen im Zweifel, bis dieser Zweifel durch den Tod des Schenkers gehoben worden ist. Ist nun die Schenkung nicht widerrufen, so erwirbt der beschenkte Ehegatte das Eigenthum der Sache ex tunc, d. i. von der Zeit an, da die Schenkung gemacht wurde, nicht anders, als wenn gleich Anfangs die Schenkung auf eine gültige Art geschehen wäre, und also auch mit allen von jener Zeit an gezogenen Nutzungen, dahingegen das Eigenthum bey einer Schenkung von Todes wegen der andern Gattung ex nunc erworben wurde, welches bey den Römern besonders in dem Falle sehr wichtig war, wenn ein Sklave

De donationibus inter virum et uxorem. 67

war geschenkt worden, und dieser unterdessen acquirirt hatte. Denn dieser erwarb bis zum Tode des Schenkers nur für diesen, nicht für den Beschenkten<sup>50)</sup>. Darin kamen jedoch beyde Arten der Schenkungen überein, daß im Falle des Widerrufs, auch bey einer sonst zurückwirkenden Schenkung von Todes wegen, dem Schenker die Reivindication zustand, weil auch bey dieser das Eigenthum während der Ehe nicht überging. Daher sagt Papinian *libro IX. Quaestionum*<sup>51)</sup>.

*Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curavit: defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur: ut traditio, quae mandante uxore mortis causa facta est: nam quo casu inter externos conditio nascitur, inter maritos*<sup>52)</sup> *nihil agitur.*

50) *L. 20. D. h. t. G. GENTILIS Lib. III. cap. 36. und de REBUS de donat. inter V. et U. Cap. V. §. 9.*

51) *L. 52. §. 1. D. h. t.*

52) *Inter maritos* heißt hier soviel, als *inter coniuges*. *Ev. OTTO* in *Papiniano Cap. VI. §. 4. pag. 97. und Car. And. DUKER Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 402. behaupten, daß man diesen Ausdruck sonst wohl nirgends finden werde. Allenfalls *marita* für *uxor* komme bey *OVID. Lib. II. de arte amandi v. 381. vor.* Es ist nicht zu läugnen, daß der Ausdruck *maritus* in der Bedeutung, daß auch *uxor* darunter begriffen ist, bey den Classikern selten vorkommt; allein daß er sonst nicht, als von unserm Papinian, gebraucht worden sey, läßt sich nicht behaupten. Denn auch *APULBIUS Metamorphos. Lib. VIII. Cap. 2. pag. 145. (edit. Altenburg. 1778. 8.)* spricht von der *futura soboles novorum maritorum*, der Neubevehelichten. Es läßt sich die-*

Der Sinn der letztern Worte ist. Ist eine Schenkung von Todes wegen unter Ehegatten (inter maritos) errichtet worden, und der Beschenkte stirbt vor dem Donator, so ist die Schenkung nichtig eben so, als wenn sie nicht geschehen wäre, (nihil agitur). Der Schenker kann sich daher gegen den Besitzer der geschenkten Sache der Reivindication<sup>53)</sup> bedienen, weil durch die Tradition kein Eigenthum übertragen wurde. Wäre hingegen eine solche Schenkung unter andern Personen, welche in keinem ehelichen Verhältniß zu einander stehen, (inter exteros) gemacht worden, und die Schenkung wäre in der Absicht geschehen, daß die Sache zwar so gleich dem Beschenkten gehören, derselbe aber die Sache zurückgeben solle, wenn die Todes-Gefahr vorüber ist; so würde, wenn der Beschenkte vor dem Donator stirbt, nicht die Reivindication, sondern nur eine *condictio*, nämlich die *condictio causa data, causa non secuta* Statt finden<sup>54)</sup>, weil hier das Eigenthum, wenn auch gleich nur ein widerrufliches, auf den Beschenkten übertragen worden ist<sup>55)</sup>.

Der Ausdruck auch nach der Analogie rechtfertigen. Denn sehr oft wird unter dem Masculinum das Femininum mit begriffen. So werden *adulteri* bey SENECA *Controvers. I. 4. pro adultero et adultera*; ferner *soceri* bey VIRGIL. *Aeneid. II. v. 457. pro socero et socru* genommen. S. HEINECCIUS ad BRISSON. de Verb. iur. Signif. voc. *Maritus*.

53) L. 29. D. de mortis c. donat.

54) L. 35. §. 5. D. eodem. S. de REITS Opusc. Lib. II. Sect. II. Cap. 5. Nr. 5. et 6. (in Th. Meerm. Tom. VI. pag. 129.)

55) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XXI. not. g.



Uebrigens ist zur Wirksamkeit einer Schenkung von Todes wegen nicht genug, daß der Donatar den Donator überlebt habe, die Schenkung darf auch bey dem Leben des Donators nicht widerrufen worden seyn. Ein solcher Widerruf wird auch stillschweigend bey erfolgtem Divortium angenommen, wie ebenfalls Ulpian noch zuletzt §. 10. der L. 11. D. h. t. bemerkt, wo er sagt:

*Si maritus uxori donaverit mortis causa, ea- que diverterit, an dissolvatur donatio? JULIANUS scripsit, infirmari donationem, nec impendere* <sup>56</sup>).

56) *Cod. Erl. nec in pendentē esse.* Dieses hält auch Jo. Guil. HOFFMANN in Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 5. für die richtige Lesart. Matth. ROEYER in Specim. ad loca quaedam iuris civ. depravata. Lugd. Batav. 1759. Cap. V. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. select. in Acad. Belg. habitat. Vol. I. Tom. I. pag. 154.) meint hingegen, es müsse *et impedi* gelesen werden. Allein diese verwegene Emendation hat nirgends Beyfall gefunden. Nic. CATHARINUS Observation. Cap. 16. (in Thes. Otton. Tom. I. pag. 489.) will daher vielmehr: *et minime pendere*; Herm. CANNEGIERER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 10. pag. 290. aber *nec eam pendere* gelesen haben. PÜTTMANN Interpretation. et Observat. Cap. VI. §. 3. hingegen vertheidiget die florentinische Lesart. Die meisten alten Ausgaben, als Haloand, Miräus, Chevallon, Baudoza, Merlinus u. a. lesen indessen: *nec eam in pendentē esse.* Uebrigens geht der Sinn dieser Worte dahin; es sey jetzt keine Ungewißheit mehr vorhanden, ob die Schenkung durch den Tod des Schenkers bestätigt werde; sondern sie sey nun so gut, als widerrufen. S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIII. Not. i. pag. 42.

Aus gleichem Grunde, wie die Schenkung auf den Todes Fall, war auch unter Ehegatten

2) Die Schenkung der Ehescheidung wegen erlaubt. Julian sagt bey Ulpian

L. 11. §. 11. D. h. t. *Si divortii causa facta sit donatio, valere.*

Eben so Hermogenian libro II. *iuris Epitomarum* 57).

*Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt. Saepe enim evenit, uti propter sacerdotium, vel etiam sterilitatem, — et ideo bona gratia matrimonium dissolvatur.*

Und Gajus libro XI. *ad Edictum provinciale* 58) fügt in der hier eingeschobenen Stelle hinzu:

*Vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam satis commode retineri matrimonium non possit.*

Es setzte jedoch eine solche Schenkung, welche *divortii causa* geschähe, eine wahre Ehescheidung, mithin einen festen und dauerhaften Entschluß die Ehe aufzuheben, voraus. Favolen sagt libro VI. *ex Posterioribus Labeonis* 59) mit Berufung auf Proculus und Cäcilius: *Tunc verum esse divortium, et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt, aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret, alterum esse*

57) L. 60. §. 1. L. 62. pr. D. h. t.

58) L. 61. D. h. t.

59) L. 64. D. eodem.

matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram. Ein bloßes frigusculum, d. i. eine bloß zeitige Trennung, wobey man in rascher Leidenschaft gehandelt, und die man sich daher bald wieder hatte gereuen lassen <sup>60)</sup>, konnte hier so wenig ausrichten, als wenn die Scheidung bloß äußerlich vorgegeben worden war, (*divortium simulatum*) <sup>61)</sup>. Die Schenkung selbst, wenn sie als Ausnahme von der Regel gelten sollte, mußte auch gerade zur Zeit der Ehescheidung geschehen. Denn geschähe sie zu einer Zeit, wo noch gar nicht an eine Ehescheidung gedacht war, nämlich auf den Fall, daß dieselbe etwa künftig erfolgen sollte; so galt eine solche Schenkung nicht, weil man sie, als eine in fraudem legis geschehene, betrachtete <sup>62)</sup>. Sie war also so ungültig, wie jede andere Schenkung unter den Ehegatten, wie folgende Gesetzstelle beweist.

*L. 12. D. h. t. PAULUS libro VIII. ad Sabinum. Quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant.*

Es gehörte also der Fall nicht hieher, wenn die Schenkung geschähe, nachdem die Ehe bereits auf eine gesetzmäßige Art war getrennt worden, das heißt, in Gegenwart von sieben Zeugen, welche cives Romani seyn mußten, und einem Freygelassenen aus der Familie, wel-

60) *L. 32. §. 12. et 13. D. eodem. L. 3. et 7. D. de divortiiis.* S. PÜTTMANN de frigusculo, (in *Adversar. iuris universi* Lib. II. Cap. 1. pag. 18. sqq.) und Wächter über Ehescheidungen bey den Römern S. 185. f.

61) *L. 64. D. h. t.*

62) S. GENTILIS de donat. inter. V. et Ux. Lib. II. Cap. 31.

der die Scheidungsformel aussprechen mußte<sup>63)</sup>. War diese Form, wo sie vorgeschrieben war, nicht beobachtet worden, so waren die nach einer solchen Ehescheidung erfolgten Schenkungen nichtig, weil die Ehe für nicht aufgehoben gehalten wurde<sup>64)</sup>.

L. 35. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIV. ad Edictum. Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt: cum non videatur solutum matrimonium.

Man folgert jedoch aus dieser Stelle, daß auch eine solche Schenkung unter Ehegatten, welche divortii causa geschähe, eine Ehescheidung in gesetzlicher Form erfordert habe, wenn sie von Wirkung seyn sollte<sup>65)</sup>. Allein da diese Schenkung, wie Hermogenian lehrt, eine solche Ehescheidung voraussetzte, welche bona gratia, d. h. nach gütlicher Uebereinkunft, mit beyderseitiger Zufriedenheit, aus einer gesetzmäßigen Ursache geschähe, weswegen die Ehe nicht mehr füglich fortgesetzt werden konnte<sup>66)</sup>; so scheint sich jene gesetzliche Ehescheidungsform auf ein solches divortium bona gratia factum nicht bezogen zu

63) L. 9. D. de divortiiis. Diese Form hatte Kr. Augustus durch die Lex Julia de adulteriis eingeführt. L. un. §. 1. in fin. D. Unde vir et uxor: S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 160. f.

64) Man vergl. auch L. 43. D. ad Leg. Jul. de adulter. coercend.

65) S. Fernand. de RETES de donation. inter V. et U. Cap. 5. §. 18. pag. 628.

66) S. Jos. FINESTRES et DE MONSALVO in Hermogeniano ad L. 60. D. h. t. §. 7. sqq. pag. 508. sqq.

haben<sup>67)</sup>, weil es sonst einer näheren Entscheidung der Frage, wenn ehe bey einer Schenkung, welche der Ehescheidung wegen geschehen ist, ein verum divortium anzunehmen sey, und ob in einer lange getrennten Wohnung eine wahre Scheidung liege, wohl nicht bedurft hätte<sup>68)</sup>. Als gewöhnliche Fälle einer hier vorauszusetzenden Ehescheidung bona gratia führt nun Hermogenian<sup>69)</sup> Priesterthum, (*Sacerdotium*) man verstehe solches von einem heidnischen, oder christlichen<sup>70)</sup>, und Unfrucht-

67) S. Joh. Christ. Haffe das Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. 1. B. (Berlin 1824. 8.) Kap. VIII. §. 46. S. 165.

68) L. 64. L. 32. D. h. t.

69) L. 60. §. 1. D. h. t.

70) Hermogenian lebte unter Constantin dem Großen und seinen Söhnen. S. FINESTRES Hermogen. in Diss. praelim. §. 3. sqq. Daher will ihn Jo. BERTRAND de Jurisperit. Lib. I. cap. 38. sogar für einen Christen halten, welchen jedoch MENAGIUS Amoenitat. iur. civ. Cap. XI. GROTIUS de vitis Ictor Lib. II. Cap. ult. und HEINECCIUS Hist. iuris. Lib. I. §. 358. widerlegt haben. Man vergleiche auch FINESTRES c. I. §. 23 et 24. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß die Priester, sowohl die heidnischen als christlichen, sich nicht selten von ihren Weibern bona gratia trennten, um mit desto mehr Heiligkeit und Keuschheit sich ihrem Berufe widmen zu können. S. TERTULLIAN de Monogam. Cap. ult. Derselbe de Exhortat. ad castitatem Cap. ult. u. ad Uxorem lib. I. L. 53. §. 3. et L. 56. C. de Episcop. et Cleric. Nov. CXVII. Cap. 10. Capitular. Caroli M. Lib. VI. cap. 191. Vergl. Jacob. RAEVARDUS Conjectaneor. Lib. I. Cap. 2. und FINESTRES Hermog. c. I. pag. 10 — 12. pag. 510 — 512.

barkeit (*Sterilitas*), oder Impotenz der Frau an, wovon die Röm. Geschichte, außer dem oben schon gelegentlich erwähnten Beispiele des Sp. Carvilius Ruga, mehrere Fälle erzählt<sup>71)</sup>. Gajus<sup>72)</sup> aber fügt noch hohes Alter, (*senectus*) Krankheit (*valetudo*) und Kriegsdienst<sup>73)</sup> (*militia*) hinzu.

Uebrigens mußte auch die Ehescheidung wirklich erfolgt seyn, wenn die derselben wegen geschene Schenkung gelten sollte. Denn wurde die Ehe vor erfolgtem Divortium durch den Tod getrennt, so war die Schenkung ungültig, weil der Fall, auf welchen sie geschehen war, nun nicht eintrat.

L. 13. pr. D. h. t. ULPIANUS libro XXXII. ad Sabinum. Sed si mors sit insecuta, non videntur factas res mulieris, quia donatio in alium casum facta est.

Zu den erlaubten Schenkungen unter Ehegatten der andern Gattung wird endlich noch

3) die *donatio exilii vel deportationis causa* gezählt, von welcher folgende Gesetze handeln<sup>74)</sup>.

71) Vom Nero SUETON. in *Nerone*. Cap. 35. von Marius und Sylla. PLUTARCH in *Mario et Sylla*. S. PANCIOLOUS *Thes. variar. Lection.* Lib. II. cap. 52. Auch Solon hatte es den Ehegatten erlaubt, aus dem Grunde der Sterilität die Ehe *bona gratia* aufzuheben. S. FINESTRES l. c. §. 13. et §. 14.

72) L. 61. D. h. t.

73) Man sehe von diesen Ursachen FINESTRES c. l. §. 15–18. und RYGERBOS *Observation. iuris Rom.* Cap. XII. pag. 106.

74) Man vergleiche GENTILIS Lib. II. Cap. 52. und Nicoius ANTONIUS de *Exilio, seu de exilii poena antiqua et*

L. 13. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXII. ad Sabinum. — Et alias placet, in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in casum divortii.

L. 43. D. eodem. PAULUS libro singulari Regularum. Inter virum et uxorem exilii causa donatio fieri potest.

Ulpian vergleicht hier die donatio in casum deportationis mit der in casum divortii, und gleichwohl sagt er nachher in derselben Stelle: *quod deportatione matrimonium minime dissolvatur*. Dieß ist kein Widerspruch. Man kann sagen, durch Deportation sey die Ehe aufgehoben worden, und sie sey nicht aufgehoben worden. Man unterscheide nur zwischen *matrimonium iuris civilis* und *matrimonium iuris gentium*<sup>75)</sup>. Durch deportatio ging bekanntlich die Civität verloren<sup>76)</sup>; es mußte also auch sowohl die in manum conventio, als die freie Ehe, sofern sie *iuris civilis* war, dadurch aufhören, weil sie *connubium* erforderte, und dieses durch Verlust der Civität zur Strafe mit verloren ging<sup>77)</sup>. Da indes

nova. Lib. II. Cap. 9. (in *Thes. Meerman*. Tom. III. pag. 71. sqq.)

75) S. den 23. Th. dieses Commentars §. 1205. S. 120. und Haffe Güterrecht. der Ehegatten. 1. B. 2. Kap. §. 15.

76) L. 10. §. 6. D. de in ius vocando. L. 6. pr. D. de interdict. et relegat. et deport. L. 1. C. de heredib. instituend.

77) CICERO *Topic*. cap. 4. ULPIAN. *Fragm.* Tit. 5. §. 2—4. L. 56. D. *Solutio matrimonio*. S. Nic. ANTONIUS de

sen der Deportirte doch ein freier Mensch blieb, so war bey ihm nicht so, wie bey der Gefangenschaft, alle Ehe unmöglich, weil ja mit einem non civis ein matrimonium iuris gentium bestehen konnte. Es kam also darauf an, ob der andere Ehegatte die Ehe mit dem Deportirten fortsetzen wollte, oder nicht. In jenem Falle konnte Ulpian mit Recht sagen: *deportatione matrimonium minime dissolvi*; begreiflich ist es aber auch, daß diese fortgesetzte Ehe nicht die Wirkungen einer Civilehe haben durfte<sup>78)</sup>. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus einer andern Stelle Ulpians, welche aus desselben *libro XXXIII. ad Edictum* genommen ist. Es ist

L. 5. §. 1. *D. de bonis damnatorum*. Quod si deportata sit filiafamilias, MARCELLUS ait, quae sententia et vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium: nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet, et virum mariti affectionem, et mulierem uxoris animum retinere.

Wollte hingegen der andere Ehegatte, der eine Civilehe geschlossen hatte, ohne diese das eheliche Verhältniß nicht fortsetzen, so konnte derselbe auf keine Weise dazu genöthiget werden. Die Deportation gab ihm vielmehr eine gerechte Veranlassung, sich von dem Verwiesenen zu trennen<sup>79)</sup>.

Exilio. Lib. II. Cap. 8. §. 6. sqq. und hatte Güterrecht der Ehegatten. 1. B. 9. Kap. §. 56.

78) ULPIAN. *Fragm. Tit. V. §. 8. §. 5. D. ad Scutum Trebellian.* Anderer Meinung ist zwar Ant. FABER. *Conjectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 20.* Allein Franc. de AMAYA *Observation. iuris. Lib. I. cap. 12.* hat diese Meinung gründlich widerlegt.

79) C. ANTONIUS c. 1. Cap. VIII. nr. 21. de AMAYA c. 1.



In dieser Beziehung rescribirte nun auch der Kaiser Alexander an die *Abutiniana*.

*L. 1. Cod. de repudiis.* Matrimonium quidem *deportatione*, vel aquae et ignis interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem. Ideoque dotis exactio ipso iure non competit: sed indotatam eam esse, cuius laudandum propositum est <sup>80)</sup> nec ratio aequitatis, nec exempla permittunt.

Eine solche Scheidung wird nun aber hier vorausgesetzt, wenn eine *donatio exilii causa* gelten soll <sup>81)</sup>; und da man diese Scheidung gleichsam als ein *divortium bona gratia factum* ansah, so erklärt sich daraus, warum *Ulpian* <sup>82)</sup> eine *donatio in casum deportationis facta* für eben so gültig hält, als jene *in causam divortii* <sup>83)</sup>. Eine Schenkung im Falle einer Deportation geschehe nun entweder von dem unschuldigen Ehegatten dem Deportirten, oder sie geschehe von dem letztern. In dem ersten Falle war deren Gültigkeit keinem Zweifel unter-

nr. 19. et 20. pag. 75. *Ant. FABER* Jurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. I. Illat. 3. pag. 556. sq. (*Lugd.* 1607. 8.) und besonders *Jac. CONSTANTINÆUS* *Subtilium Enodation.* Lib. II. Cap. 29. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 624. sq.)

80) Man hielt nämlich die Fortsetzung der Ehe für lobenswürdig. *S. TACITUS* *Annal.* Lib. XV. cap. 71.

81) *POTHIER* *Pandect. Justin.* Tom. II. h. t. Nr. XXIII. Not. h.

82) *L. 15. §. 1. D. h. t.*

83) *S. de AMAYA* *Observation. iuris.* Lib. I. Cap. 12. nr. 20 — 24.

worfen, wenn z. B. die Frau dem deportirten Manne, der seiner Güter beraubt worden, zu seinem Lebensunterhalt ein Geschenk machte. In dem letztern Falle aber schien der Gültigkeit derselben entgegen zu stehen, daß die Strafe der Deportation mit einer Confiscation des Vermögens verbunden war<sup>84)</sup>. Hatte nun der Deportirte kein Vermögen mehr, was konnte er verschenken? Es sollen ja sogar Schenkungen, welche in Erwartung einer Capital-Strafe gemacht worden sind, nicht gelten, wenn die Strafe nachher wirklich erfolgt<sup>85)</sup>. Daß aber die Deportation zu den Capital-Strafen gehört habe, ist außer Zweifel<sup>86)</sup>. Diesem Zweifel ist schon GENTILIUS<sup>87)</sup> entgegengekommen. Es wird allerdings vorausgesetzt, daß der Deportirte noch Vermögen zu verschenken gehabt haben müsse. Dieß war zum Beyspiel der Fall, wenn dem Verurtheilten aus besonderer Gnade sein Vermögen ganz oder zum Theil war gelassen worden<sup>88)</sup>. - Ueberdem trat auch hier noch der Grund hinzu, daß man es für unbillig hielt, der unschuldigen Frau ein solches Geschenk, quod pudicitiae praemio cessit, zu ent-

84) L. 7. §. 5. *D. de bonis damnator.* L. 19. §. 1. *D. de interdict.* L. 8. *Cod. de poenis.* C. ANTONIUS de exilio. Lib. II. cap. 15.

85) L. 7. *D. de mort. causa donat.*

86) L. 14. §. 5. *D. de bonis libertor.*

87) De donation. int. V. et U. Lib. II. cap. 22. pag. 274. sq.

88) Ein solches Beyspiel erzählt TACITUS *Annalium* Lib. III. cap. 25. Mehrere findet man in Nicol. KLOBCKHOFF *Historia iuris Rom. de bonis damnatorum.* (Lugd. Batavor. 1749. 8.) Cap. V. pag. 107. sqq. Man sehe auch Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLVI. Err. 3. in fin.

reißen<sup>89)</sup>. Da die Schenkung *exilii causa* derjenigen gleichgeachtet wurde, welche in *causam divortii* geschehen war; so mußte sie auch *sub ipsum exilii tempus* geschehen seyn, weil sie nun auf die Zeit der getrennten Ehe gemacht zu seyn schien<sup>90)</sup>.

Ulpian<sup>91)</sup> entscheidet bey dieser Gelegenheit noch eine andere Frage. Wie wenn eine Schenkung auf den Todes Fall unter Ehegatten wäre errichtet worden, und der Donator erleidet nachher die Deportation, bleibt die Schenkung gültig? Ulpian sagt, ja! die Schenkung werde durch die erfolgte Deportation eben so, wie durch den Tod des Schenkers, bestätigt. Seine Worte sind.

*Proinde et si mortis causa uxori donaverit, et deportationem passus est, an donatio valeat, videamus*<sup>92)</sup>? *Et alias placet, in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii*<sup>93)</sup>. *Cum igitur deportatione*

89) *S. L. 24. C. h. t.*

90) *S. GENTILIS Lib. II. cap. 52. pag. 272. und NoODT Comm. ad Dig. h. t. §. Praeter haec. Oper. Tom. II. pag. 511.*

91) *L. 13. §. 1. D. h. t.*

92) Einen Zweifelsgrund enthält *L. 7. D. de mort. caus. donat.* wo *ULPIANUS eod. libro 32. ad Sabinum* sagt: *Si aliquis mortis causa donaverit, et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta.*

93) Der Sinn ist: Man hat als Rechtsatz angenommen, daß eine Schenkung unter Ehegatten, welche im Falle einer Deportation gemacht worden, eben so gültig sey, als diejenige, welche der Ehescheidung wegen geschehen ist. Schon hieraus folgt, daß eine Schenkung

*matrimonium minime dissolvatur, et nihil vitium<sup>94)</sup> mulieris incurrit, humanum est, donationem, quae*

unter Ehegatten wegen einer nachher erfolgten Deportation nicht zu Grunde gehen könne, da sie auf diesen Fall hätte gemacht werden können. Es setzt aber freylich, (dies muß hier subintelligirt werden) eine *donatio in casum deportationis* voraus, daß die Deportation eine Scheidung zur Folge gehabt haben müsse. Wird also durch die Deportation die Ehe nicht getrennt, und der Frau fällt überdem keine Schuld zur Last, so ist es der Billigkeit gemäß, die Schenkung eben so bey Kräften zu erhalten, als wenn der Tod erfolgt wäre. Mit Recht bemerkt hier POTIER in Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXIV. Not. m. pag. 42. daß vor den Worten *Cum igitur etc.* Etwas supplirt werden müsse, nämlich. *Quod autem diximus, donationem in casum deportationis factam valere, spectat casum, quo deportatio mutat animum retinendi matrimonii, interdum autem non mutat. Cum igitur etc.* Durch diese Ergänzung hängen nun die Worte: *Cum igitur etc.* wenn man zumal, wie die meisten ältern Ausgaben, Haloander, Miräus, Chevallon, Merlinus, Baudoja u. m. *dissolvitur* statt *dissolvatur* liest, mit den vorhergehenden auf das genaueste zusammen.

- 94) Statt *nihil vitium* lesen die angeführten Ausgaben alle *nihil vitii*. Cod. Erlang. stimmt aber mit der florentinischen Lesart überein. Es läßt sich auch diese Lesart sehr wohl rechtfertigen. Denn der Fall ist gar nicht selten, daß ein Substantivum mit *nihil* in gleichem casu steht, und es heißt alsdann soviel als kein. Z. B. bey PLAUTUS in *Epidico* Actu II. Sc. II. v. 112. kommt vor: *nihil in ea re captio est*. S. TAUBMANN ad h. L. Und Modestinus sagt L. 7. *D. de agnosc. et alend. liber*. *Nihil — ex hoc praeiudicium generare*. Uebrigens heißt *nihil vitium* hier soviel, als *nulla culpa*. Man

*mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari* <sup>95)</sup>, *tamquam si mortuo marito rata habebatur* <sup>96)</sup>.

Nach dem strengen Recht würde freylich die Schenkung auf den Todes Fall zu Grunde gehen, wenn der Donator nachher deportirt worden ist, wie Ulpian <sup>97)</sup> selbst lehrt. Allein die Begünstigung der Ehen hat bey Schenkungen unter Ehegatten eine billige Ausnahme veranlaßt, wenn nämlich die Frau außer aller Schuld ist, und die Ehe fortgesetzt wird <sup>98)</sup>. Die Schenkung, welche Ehegatten auf den Todes Fall unter sich errichtet haben, wird also durch die den Donator betroffene Deportation nicht aufgehoben, sondern das vorige Rechtsverhältniß bleibt fortdauernd, als wenn keine Deportation erfolgt

vergleiche BRISSENIUS de Verbor. iuris signif. voc. *Nihil.* in fin. et voc. *Vitium* nr. 4. ANTONIUS o. l. Lib. II. cap. 9. nr. 10. und POTHIER o. l. not. n.

95) *Confirmari* ist hier soviel, als non *infirmari*. S. POTHIER c. l. not. p. Denn die Schenkung bleibt in *pendenti*, bis sie durch den erfolgten natürlichen Tod des Donators bestätigt worden ist. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLVI. Err. 3. pag. 1014. hält den Ausdruck *confirmari* für unschicklich, und schließt daraus, die Stelle sey von Tribonian interpolirt.

96) Die meisten alten Ausgaben lesen hier *habeatur*. Cod. Erl. stimmt jedoch mit der florent. Lesart überein.

97) L. 7. D. de mort. caus. donat. S. Not. 92.

98) S. Fernand. de RETES de donat. int. V. et U. Cap. VIII. §. 17. ANTON. de Exilio. Lib. II. cap. 9. nr. 9. und Franc. de AMAYA Observat. iuris Lib. I. cap. 12. nr. 25.

wäre. Der Donator behält also die Freyheit, die Schenkung bis an seinen Tod zu widerrufen. Erst durch seinen Tod wird sie bestätigt, und erhält dann ihre vollkommene und unwiderrufliche Gültigkeit. Er mag nun unterdessen zurückgekehrt und restituirt worden, oder im Exilium gestorben seyn. Ulpian sagt dieses selbst in der angeführten Stelle.

*Ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare: quia et mors eius exspectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus: sive reversus, sive adhuc in poena constitutus* 99).

- 99) Mehrere Rechtsgelehrten halten diese ganze Stelle für ein Emblem des Tribonian; Tribonian habe nämlich diese Worte aus einer Verordnung des Kaisers Constantin, nämlich *L. 24. C. h. t.* hinzugefügt. Man s. CUJACIUS *Observat. Lib. III. cap. 10. Ant. FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. XII. Cap. 17. und de Errorib. Pragm. Dec. XLVI. Err. 3. GENTILIS de donat. int. V. et Ux. Lib. II. cap. 52. et Lib. III. cap. 10. Jo. Jac. WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. IV. ad L. 13. §. 1. h. t. pag. 59. und VOORDA Thes. controversar. Decad. VIII. §. 8. Allein Constantin spricht von Schenkungen unter Lebenden. Konnte nun nicht vielmehr Constantin dasjenige, was Ulpian bey Schenkungen unter Ehegatten auf den Todesfall für billig hielt, aus gleichem Grunde im Falle einer Deportation auf Schenkungen unter den Lebenden angewendet haben? Dieses behaupten auch ANTONIUS de exilio. Lib. II. cap. 9. nr. 11. et 12. de RETES c. 1. Cap. VIII. §. 14. NOODT *Comm. ad Pand. h. t. §. Praeter haec.* und Jo. WYBO *Tribonian. ab Emblematis. Wissenbachii liberat. Cap. IV. §. 11. pag. 296. (Halae 1736. 8.)**

## §. 1253. d.

Schluß der Lehre des ältern Rechts.

Noch ist zu bemerken, daß in allen den Fällen, wo Schenkungen unter Ehegatten nach dem ältern Recht erlaubt waren, dieselben auch unter denjenigen Personen galten, unter denen sie sonst, wegen ihres persönlichen Verhältnisses <sup>100)</sup>, eben so, wie unter den Ehegatten selbst, verboten waren, wie z. B. zwischen dem Schwiegervater, und dem Schwiegersohn, oder der Schwiegertochter. Hieher gehören folgende Gesetzstellen.

*L. 26. §. 1. D. h. t. PAULUS libro VII. ad Sabinum.* Ex quibus causis inter virum et uxorem concessae sunt donationes, ex iisdem et inter socerum et generum nurumve concessas NERATIUS ait: ergo socer genero mortis vel divortii causa donabit: sed et gener socero mortis suae vel divortii causa.

*L. 53. pr. D. eodem. PAPINIANUS libro IV. Responsorum.* Mortis suae causa genero vel nurui socerum frustra donare convenit: quia, mortuo socero, nuptiae non solvuntur: nec interest, an pater filium vel filiam exheredaverit. Divortii species, eadem ratione, diversa est.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß der Schwiegervater seiner Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne eben so wenig, wie der Mann seiner Frau, während der Ehe habe schenken können, wenn nämlich der Sohn oder die Tochter, d. h. wenn der Mann oder die Frau noch

100) S. den 26. Th. S. 458 ff. §. 1253. a.

in der väterlichen Gewalt war <sup>1)</sup>. Der Grund ist Einheit der Person, welche aus dem Recht der väterlichen Gewalt entsteht. Was also der Schwiegervater der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohne schenkt, während der Sohn oder die Tochter noch in der väterlichen Gewalt ist, wird eben so angesehen, als ob es der Sohn seiner Frau, oder die Tochter ihrem Manne geschenkt hätte. Aus gleichem Grunde konnte auch der Schwiegersohn, oder die Schwiegertochter dem Schwiegervater nicht schenken, wenn die Frau oder der Mann noch in väterlicher Gewalt war <sup>2)</sup>. Denn was die Schwiegertochter dem Schwiegervater schenkte, während ihr Mann noch in dessen väterlichen Gewalt war, wird rechtlich eben so angesehen, als wenn sie es ihrem Manne selbst geschenkt hätte. Das Recht der väterlichen Gewalt ist also der Grund, warum auch Schenkungen unter den Schwieger-Eltern, und Schwieger-Kindern verboten waren <sup>3)</sup>. So wie nun aber Schenkungen auf den Todesfall, und im Falle der Ehescheidung unter Ehegatten galten, so waren sie auch zwischen Schwieger-Eltern und Schwieger-Kindern in diesen Fällen erlaubt. Daß nun die Schwiegertochter oder der Schwiegersohn auf den Fall ihres ersolgenden Todes dem Schwiegervater schenken könne, hat keinen Zweifel, weil hier die Wirksamkeit der Schenkung auf einen solchen Zeitpunkt verschoben wird, da die Ehe aufhört. Aber es fragt sich, ob auch in dem umgekehrten Falle der Schwiegervater auf den Fall seines Todes

1) L. 5. C. h. t.

2) L. 52. §. 16. D. h. t.

3) S. CUIACIUS in Comment. ad Libr. IV. Responsor. Papiniani in L. 53. D. h. t. (Oper. Tom. I. pag. 176.)



seiner Schwiegertochter oder seinem Schwiegersohne ein Geschenk machen könne? Papinian läugnet dieses aus dem Grunde, weil durch den Tod des Schwiegervaters, wenn solcher während der Ehe erfolgt, die Ehe nicht getrennt wird. Die Schenkung, fügt er hinzu, ist ungültig, wenn auch der Vater seinen Sohn oder seine Tochter enterbt hätte. Der Grund ist, weil durch die Enterbung das Recht der väterlichen Gewalt nicht aufgehoben wird. Mit dieser Entscheidung des Papinianus scheint nun aber der Ausspruch des Paulus nicht übereinzustimmen, wenn dieser ohne allen Unterschied sagt: *Socer genero mortis vel divortii causa donabit.* Um beyde Stellen mit einander zu vereinigen, zeigt uns Ulpian den Weg, wenn er *libro XXXIII. ad Sabinum* 4) sagt: *Mortis causa filii sui pater recte donare poterit, etiam constante matrimonio filii.* Also der Schwiegervater kann auf den Fall, da sein Sohn oder seine Tochter stirbt, der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohne, auch während der Ehe, auf eine gültige Art etwas schenken. Eben dieser Ulpian lehrt uns aber auch aus desselben Papinians *libro IV. Responsorum* 5), aus welchem unsere Stelle genommen ist, daß wenn auch der Schwiegervater auf den Fall seines erfolgenden Todes der Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne ein Geschenk gemacht hat, die Schwiegertochter oder der Schwiegersohn aber noch vor dem Schwiegervater stirbt, die Schenkung gültig sey, wenn nachher der Schwiegervater stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, weil nun die Wirk-

4) L. 11. D. de mortis causa donat.

5) L. 52. §. 16. D. h. t.

samkeit der Schenkung in einen Zeitpunkt fällt, wo die Ehe schon getrennt ist. Da dieses bey dem Divortium allemal der Fall ist, so gilt eine Schenkung der Ehescheidung wegen ohne Unterschied, sie sey unter den Ehegatten, oder zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohne errichtet worden. Dieß ist es, wenn Papinian in unserer Stelle sagt: *Divortii species, eadem ratione, diversa est.* Er will im Zusammenhange der Worte soviel sagen: wenn der Schwiegervater der Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne in dem Falle, da die Ehe des Sohns oder der Tochter durch Scheidung getrennt wird, ein Geschenk macht, so ist dieser Fall von jenem, da der Schwiegervater auf den Fall seines erfolgenden Todes schenkt, ganz verschieden; weil der Grund, aus welchem in diesem Falle die Schenkung nicht gelten würde, wenn der Schwiegervater noch bey Lebzeiten des Sohnes oder der Tochter gestorben wäre, in jenem Falle, da die Schenkung der Scheidung wegen geschehen ist, wegfällt. Papinian hat sich freylich etwas dunkel ausgedrückt, man sieht aber, daß die Worte *eadem ratione* in dem Sinne genommen worden sind, wenn der Grund einer Entscheidung in einem andern verschiedenen Falle wegfällt, welcher, wenn er einträte, ein ganz verschiedenes Recht herbeyführen würde. Nun ist der Grund, aus welchem die Schenkung des Schwiegervaters auf den Fall seines Todes nicht gilt, weil, wenn dieser während der Ehe erfolgt, die Ehe dadurch nicht getrennt wird. Dieser Grund fällt aber weg, wenn der Schwiegervater der Ehescheidung wegen geschenkt hat, weil durch das *divortium* die Ehe getrennt wird. Also derselbe Grund, welcher in jenem Fall die Schenkung ungültig

macht, wird die Schenkung in dem letztern gültig machen, weil er wegfällt 6).

## §. 1254.

Neueres Recht. 1) Durch das Senatusconsultum unter Septimius Severus und Antoninus Caracalla.

L. 52. D. h. t.

So war also der Zustand der Schenkungen unter Ehegatten nach dem ältern Recht beschaffen. Die Strenge desselben war nun zwar schon sowohl durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten, als durch die Constitutionen der Kaiser auf mancherley Art gemildert worden; allein in der Regel waren doch Schenkungen unter Ehegatten verboten, und ipso iure nichtig, so daß sie auch durch den Tod des Schenkers nicht gültig wurden, wenn dieser gleich die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hatte. Sollte der Beschenkte die ihm während der Ehe geschenkten Sachen behalten dürfen, so mußten sie ihm besonders vermacht werden 7). Nun galt die Schenkung als Vermächtniß.

Dieses Verbot des ältern Rechts wurde nun aber unter dem Kaiser Septimius Severus und seinem Sohne Antoninus Caracalla aufgehoben, und durch ein Senatusconsultum im Jahre der Erb. Roms 959. 8)

6) Man vergleiche hier vorzüglich *Ant. FABER de Erroribus Pragmaticorum*. P. II. Decad. XLVI. Err. 1. pag. 104 89.

7) L. 109. D. de legat. I. GENTILIUS Lib. III. Cap. 2.

8) *S. Thi-Jans. ab ALMELOVEEN* Fastror. Rom. Consular. Lib. I. pag. 145. 188. et 193. Allein *Pet. RELANDUS* in *Fastis Consularib.* pag. 109. giebt das Jahr 958 an

oder im Jahr Christi 206. in welchem Fulvius Plautianus und Nummius Albinus Consuln waren, auf die Oratio des Kaisers Antoninus verordnet, daß Schenkungen unter Ehegatten nun zwar erlaubt seyn, jedoch erst durch den Tod des Schenkers ihre vollkommene Gültigkeit erhalten sollen, wenn dieser die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen, und der Beschenkte ihn überlebt hat<sup>9)</sup>. Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind.

L. 32. pr. D. h. t. ULPIANUS<sup>10)</sup> libro XXXIII. ad Sabinum. Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus,

Mit ALMELOVEEN stimmt jedoch ONUPERIUS PANVINIUS Commentar. ad Libr. II. Pastor. pag. 150. überein, wo er zur Bestärkung mehrere Inscriptionen anführt.

- 9) Unrichtig sagt Ger. Noodt Comm. ad Dig. h. t. Princ. (Oper. Tom. II. pag. 509.) durch die Oratio des Kaisers Antoninus Caracalla sey das Verbot des ältern Rechts bestätigt, und nur modificirt worden. Eben so unrichtig nennt Jo. Aug. BACH Histor. iur. prud. Romanae Lib. III. Cap. II. Sect. II. §. 15. p. 451. edit. Stockman. daß auf den Antrag des Antoninus Caracalla gemachte Senatusconsultum de prohibendis donationibus inter virum et uxorem, welches doch Ulpian mit deutlichen Worten Oratio de confirmandis donationibus nennt. Schon Franc. Car. CONRAD Parergor. Lib. II. Cap. 5. §. 9. pag. 292. hat diesen Irrthum gerügt. Dennoch finden wir diesen Irrthum wieder in Jo. Ortow. WESTENBERG Princip. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 2. et 3. Jo. Chr. Fr. MEISTER Jur. Rom. privat. Vol. I. §. 691. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. I. §. 466 et 467. und mehreren neuern Lehrbüchern.

10) Fehlerhaft liest hier Cod. Erlang. Papinianus.

## De donationibus inter virum et uxorem. 89

Imperator noster ANTONINUS Augustus, ante excessum <sup>11)</sup> Divi SEVERI patris sui, Oratiōne in Senatu habita, auctor fuit Senatui censendi, Fulvio <sup>12)</sup> Aemiliano, et Nummio Albino Consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore.

§. 1. Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas: ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis: et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est <sup>13)</sup>.

§. 2. Ait Oratio: FAS ESSE, EUM QUIDEM, QUI DONAVIT, POENITERE: HEREDEM VERO ERIPERE FORSITAN ADVERSUS VOLUNTATEM SUPREMAM EIUS, QUI DONAVERIT, DURUM ET AVARUM ESSE.

§. 3. Poenitentiam accipere debemus SUPREMAM. Proinde si uxori donavit, deinde eum

11) Das Wort *excessus* bedeutet hier soviel als mors. Merkwürdig ist es, daß die Röm. Rechtsgelehrten, wenn sie von Kaisern reden, nie den Ausdruck mors gebrauchen, sondern immer einen solchen wählen, der auf die Apotheose hindeutet. Z. B. *inter homines esse desuit*, oder *ab hominibus ereptus est*. S. L. 56. L. 57. *D. de legat. II.*

12) Cod. Erl. *Flavio*. Allein man s. ALMELOVEEN — c. 1.

13) Man vergleiche hier, außer GENTILIS *Libr. III.* und de RETES *Cap. VIII.* vorzüglich *Zach. RICHTER Diss. de oratione Antonini de donationibus inter virum et uxorem confirmandis. Lipsiae 1759.*

poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium <sup>14)</sup>. Quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, cum de doli exceptione opposita tractamus <sup>15)</sup>, *ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum.*

§. 4. Sed ubi semel donatorem poenituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus, si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem. Quod si in obscuro sit, proclivior esse debet iudex ad comprobendam donationem.

§. 14. Oratio, si ante mors contigerit ei, cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit: — ait enim Oratio, *SI PRIOR VITA DECES- SERIT, QUI DONATUM ACCEPIT.*

§. 23. Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa: potest dici, donationem effectum habituram: ut puta uxori acceptum tulit donationis causa, quod debeat: potest dici, pendere acceptilationem, non ipsam, sed effectum eius. Et generaliter, universae donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.

Es ist dieses Fragment gewiß das vollständigste, was uns die Verfasser der Pandecten über die Oratio des Kaisers Antoninus aufbehalten haben, und zuverlässig hatte auch wohl keiner der römischen Rechtsgelehrten, unter

14) Zur Erläuterung dient L. 4. *D. de adim. vel transferend. legat.* welche aus demselben Lib. 33. *ULP. ad Sabinum* genommen ist.

15) *C. L. 3. §. 11. D. de adim. vel transfer. legat.*

den Zeitgenossen des Caracalla, so ausführlich darüber commentirt, als Ulpian, aus dessen *libro 33. ad Sabinum* unser Fragment genommen ist. Gewiß hat auch keiner der römischen Juristen das ältere Recht so vollständig erläutert, als Ulpian in dem *libro 32. ad Sabinum*, worauf er sich hier selbst beruft. Dennoch ist die Donation des Kaisers Antoninus nicht ganz auf unsere Zeiten gekommen, sondern nur Bruchstücke, so wie wir sie aus Ulpian's Commentaren über den Sabinus kennen lernen. Daß unter dem hier genannten Kaiser Antoninus kein anderer gemeint sey, als Caracalla, oder *Antoninus Bassianus*, der Sohn und Thronfolger des Kaisers Septimius Severus, ist außer Zweifel. Denn er nennt ihn ja *Imperator noster*, und sagt, daß Antonin diese Donation noch vor dem Tode des Kaisers Septimius Severus, den Ulpian hier *Divus* nennt, im Senat gehalten habe. Unter diesem Severus war Ulpian *scriniorum magister*, und unter Caracalla schrieb er seine Commentare <sup>16)</sup>. Doch heißt Antoninus Bassianus bey den Rechtsgelehrten nie Caracalla, welches ohnedem nur ein zufälliger Beyname ist <sup>17)</sup>. Aus

16) Man sehe Jo. BERTRANDI und Guil. GROTII *vita Ulpiani* in *Ant. SCHULTING* *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 545 sqq. und Hugo *Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian.* S. 650 ff. der 8. Aufl.

17) Eigentlich *Caracallus*. S. *Ael. SPARTIANUS* in *Severo. Imp. Cap. 21. in fin.* und *Antonino Caracalla. Cap. 9.* In dieser letzten Stelle heißt es. *Ipse Caracalli nomen accepit a vestimento, quod populo dederat, demisso usque ad talos: quod ante non fuerat.* Man sehe auch Hugo *angef. Lehrbuch der Geschichte des R. R.* S. 527. Z. 25 ff.

dem Namen *Divus*, den Ulpian hier dem Kaiser Sever beygelegt, sieht man, daß zu der Zeit, als Ulpian seine Bücher *ad Sabinum* schrieb, Sever nicht mehr am Leben gewesen sey. Denn der Beyname *Divus* ward nur verstorbenen Kaisern gegeben<sup>18)</sup>. Da Kaiser Septimius Severus mit seinem Sohne Antoninus Bassianus die Regierung theilte<sup>19)</sup>, und letzter, wie Ulpian erzählt, noch bey dem Leben seines Vaters die gedachte Oration im Senat gehalten hat; so ist daher zu erklären, wenn diese Oration auch dem Kaiser Severus zugeeignet wird<sup>20)</sup>. Ja wenn der Kaiser Antoninus in der *L. 3. Cod. h. t.* von einer *donatio mancipiorum*, welche die Frau ihrem Manne Epictetus gemacht, und bey ihrem Leben nicht widerrufen hatte, sagt, sie sey *ex mea et ex Divi SEVERI patris mei constitutione confirmata*, so versteht er unter dieser Constitution zuverlässig keine andere, als die Oration, welche Ulpian seinem Kaiser Antoninus zuschreibt. Denn so wenig es bey den römischen Juristen etwas Ungewöhnliches ist, ein Recht, welches von zwey verschiedenen Kaisern, als Mitregenten, ist eingeführt worden, einem von denselben allein zuzueignen<sup>21)</sup>; eben so wenig darf

18) S. HERODIANUS. IV. 2.

19) S. *Ael. SPARTIANUS* in *Severo Imp.* Cap. 14. und in *Antonino Caracallo.* Cap. 11.

20) *L. 25. D. h. t.* und *L. 10. Cod. eodem.* In jenem Gesetz redet selbst Ulpian, in diesem aber Kaiser Gordian von einer *oratione DIVI SEVERI*. Auch Hugo im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. S. 579. schreibt das *Senatusconsult* von Schenkungen unter Ehegatten der Oration des Septimius Severus zu.

21) Mehrere Beyspiele führt *Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 17. pag. 326. an.*



man sich wundern daß die Senatus-Consulte, welche auf die Dration eines Kaisers gemacht wurden, Constitutiones Principum genennt werden <sup>22)</sup> wenn man zumal weiß, daß die Senatusconsulte auch häufig von den Kaisern durch Edicte bekannt gemacht worden sind <sup>23)</sup>.

Soviel nun aber das durch die Dration des Kaisers Antoninus eingeführte neuere Recht selbst anbetrifft; so besteht dasselbe darin. Schenkungen unter Ehegatten sollen von nun an nicht mehr verboten seyn, sondern gleichsam als letzte Willensverordnungen gelten. So lange also der Donator lebt, können sie, wie ein letzter Wille, widerrufen werden; jedoch nur von ihm, nicht von den Erben. Stirbt also der Donator, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben, so hat nun dieselbe durch seinen Tod eine vollkommene Gültigkeit erhalten, und zwar *ipso iure*, das heißt, *ex Senatusconsulti auctoritate*, ohne daß es eines besondern Vermächtnißes der geschenkten Sache, oder einer besondern Bestätigung der Schenkung im Testament, wie sonst hätte geschehen müssen, weiter bedarf. Geschichte eine solche Bestätigung dennoch, so kann sie zwar wohl von Nutzen seyn <sup>24)</sup>, da sie den unveränderlichen

22) *S. Jo. Ortiv. WESTENBERG Divus Marcus. Diss. II. Cap. II. §. 21. RICHTER Diss. cit. §. 10. und Jo. Aug. BACHII Histor. iurispud. Rom. Lib. III. Cap. II. Sect. II. §. 17.*

23) *S. Pet. BURMANN de vectigalibus Populi Romani. (Leidæ 1754. 4.) Cap. VI. pag. 85 sq. und Jo. Aug. BACH Trajanus. s. de Legib. Trajani Imp. Commentar. (Lipsiæ 1747. 8.) pag. 42.*

24) Von dem mannichfaltigen Nutzen einer solchen Bestätigung handelt ausführlich GENTILIS Lib. III. cap. 2. Man vergleiche auch *de REBUS Cap. IX.*

Willen des Schenkers beurkundet, allein nöthig ist sie nun nicht mehr. Sie verwandelt auch die Schenkung nicht in ein Vermächtniß, wenn nicht diese Absicht des Schenkers aus den Umständen ganz klar hervorgeht.

Es ergibt sich das Letztere, wenn man mit Ulpian's Fragment, eine Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian verbindet. Es ist die

L. 14. Cod. h. t. Ex verbis, quae in postremis iudiciis inseruntur, licet ad fideicommissum, vel legatum utilia sint, non tamen omnino legati vel fideicommissi persecutio datur: sed ita demum, si relinquendi studio huiusmodi verba fuerint adscripta. Unde te voluntatis, non iuris quaestionem in preces tuas contulisse, palam est. Cum igitur testamento lecto animadvertimus, maritum tuum ex praecedente donatione dominium tibi reservasse, securitatisque tuae ad obtinendam proprietatem cavisse: inditorum verborum conceptio non fideicommissum relictum ostendit, sed ex *Senatusconsulti auctoritate* liberalitatem mariti tui, cui custodiendae etiam moriens prospexerit, quatenus firmare potuit dominium, mortis tempore tibi esse addictam.

Vermöge des *Senatusconsults* werden also alle Schenkungen unter Ehegatten, welche nach dem ältern Recht verboten waren, durch den Tod des Donators gültig, eben so, als wenn sie in einem Testament wären bestätigt worden. Ulpian sagt: *quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est*. Denn einer besondern Bestätigung im Testament bedürfen sie nun nicht mehr, weil sie schon das Gesetz selbst bestätigt. Es ist jedoch diese Bestä-

tigung an eine zweifache Bedingung gebunden. Die Schenkung wird nämlich durch den Tod des Schenkenden bestätigt 1) wenn der Donator vor dem Donatar gestorben ist, und 2) wenn er die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hat, gesetzt auch daß sie ihn einmal wieder gereuet hätte, wenn er sich nur nachher mit dem Beschenkten wieder ausgesöhnt hat. Fehlt es an einer dieser Bedingungen, so ist die Schenkung ungültig, oder, wie das Gesetz sagt, sie *convalescirt* nicht. Hierher gehört noch das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, welches folgendermassen lautet:

*L. 18. Cod. h. t. A marito in uxorem donatione collata matrimonii tempore, nec initio dominium transferri potest: nec post, si divortium intercesserit, vel prior persona, quae liberalitatem accepit, rebus humanis fuerit exempta, vel ab eo, qui donavit, fuerit revocata, potest convalescere.*

Es scheinen zwar die Kaiser hier drey Fälle anzuführen, aus welchen Schenkungen unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers nicht gültig werden, allein es ist schon oben bemerkt worden, daß wenn die Ehe durch Divortium getrennt wird, und dieses, wie hier vorauszusetzen ist, nicht *bona gratia*, sondern aus Haß, und Feindschaft geschieht, aus einer solchen Trennung der Ehe ein Widerruf der Schenkung<sup>25)</sup> eben so, wie aus einer zwischen dem Testator und dem Legatar entstandenen Todt-

25) *L. 52. §. 10. D. h. t. G. GENTILIS Lib. III. Cap. 17. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXVIII. not. e. und Jo. Lud. CONRADI ius P. R. civile e Digestis. h. t. §. 20.*

feindschaft, eine Ademption des Vermächtnisses vermuthet wird <sup>26</sup>).

Da also Schenkungen unter Ehegatten in Ansehung ihrer Natur und Wirkung den Vermächtnissen gleichgeachtet werden, so finden auch die allgemeinen Regeln von *legatis* und *fideicommissis*, wie Ulpian lehrt, hier ihre Anwendung. Daher geht 1) nicht nur das Eigenthum der geschenkten Sache mit dem Tode des Donators *ipso iure* auf den beschenkten Ehegatten eben so, wie das Eigenthum einer dem Erblasser eigen gehörigen, und unbedingt vermachten Sache auf den Legatar, über <sup>27</sup>); sondern es tritt auch mit dem Tode des Schenkers die durch Cession dem andern Ehegatten Schenkungsweise übertragene, oder demselben durch Acceptilation erlassene *obligatio civilis* in ihre Wirkung. Dieß ist es, wenn Ulpian sagt: *ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis*. Die letztern Worte wollen zwar viele von einer bloß durch Stipulation versprochenen, aber noch nicht durch Uebergabe vollzogenen Schenkung verstehen, weil nicht aus der Tradition, sondern nur aus der Stipulation eine *obligatio civilis* entstehe, welche die Erben des Donators treffe. Diese könnten nämlich belangt werden, die Schenkung noch nach dem Tode des Donators durch die Uebergabe zu vollziehen <sup>28</sup>). Allein diese Erklärung

26) L. 3. §. ult. D. de adim. et transf. legat. S. de RETES Cap. VIII. §. 5.

27) L. 2. D. de public. in rem act. L. 80. D. de legat. II. de RETES Cap. IX. §. 3.

28) S. RICHTER Diss. de Oratione Antonini. §. 17. auch Casp. SCHIFORDEGHER ad Anton. Fabrum. (Oppenheim 1610 f.) Lib. I. Tr. XI. Qu. 2. pag. 76.

wird durch die ganz bestimmte *L. 25. D. h. t.* widerlegt, wo *Ulpian libro VI. ad Sabinum* sagt. *PAPINIANUS recte putabat, Orationem DIVI SEVERI ad rerum donationem pertinere: denique* <sup>29)</sup> *si stipulanti spondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.* Daß *Ulpian* hier des *Papinians* Meinung bloß historisch angeführt habe, ohne ihr Beyfall zu geben, läßt sich auf keine Weise behaupten, da die Worte: *PAPINIANUS recte putabat* vom Gegentheil zeugen <sup>30)</sup>. Denn es ist ganz ohne Grund, wenn *Anton Faber* <sup>31)</sup> das Wort *recte* für einen unächten Zusatz irgend eines Interpreten halten, und solches geradezu aus dem Text werfen will; eine kritische Kühnheit, die mit Recht vom *Franziskus De Amara* <sup>32)</sup> gerügt worden ist. Und eben so thörig ist der Einfall anderer Rechtsgelehrten <sup>33)</sup>,

29) Das Wort *denique* wird auch hier, so wie überall in unsern Pandecten, in der Bedeutung genommen, wo es den Uebergang von der Regel zur Anwendung bezeichnen soll. Es heißt also soviel, als *ideoque*. S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. Not. 55.

30) S. *Christ. Gottl. HAUBOLD Specim. iur. Rom. de adlegationibus, quae veterib. Ictis in usu fuerunt. Lipsiae 1820. 4.)* Cap. III. §. 2.

31) *Conjecturar. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 55. und de Errorib. Pragmaticor. Decade XLII. Err. 5.*

32) *Observation. iuris Lib. II. Cap. 10. nr. 19. pag. 204.*

33) *Franc. DUARENUS de donatione inter vir. et uxor. (Oper. pag. 254.) Jo. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XLVII. Th. 11. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. T. IV. h. t. ad L. 52. §. 1. pag. 504. Henr. BRENCMANN. Disp. de Legum Inscriptionibus. (Lugd.*

die *Oratio Divi SEVERI*, von welcher Papinian spricht, sey von der *Oratio ANTONINI*, deren Ulpian gedenkt, verschieden. Eine Meinung, welche Cornelius van Bynkershöf <sup>34)</sup> und Everh. Otto <sup>35)</sup> längst widerlegt haben. Eine andere Erklärung nimmt die Glosse an. Accursius nämlich erklärt die Worte *et obligatio sit civilis* von solchen Fällen, da entweder ein Ehegatte dem andern schenkungsweise Forderungen cedirt, oder ihm wegen der geschenkten Sache Evictionsleistung versprochen, oder ihm durch Acceptilation eine Schuld erlassen hat. In Ansehung des ersten und andern Falles stimmen Arn. Binnius <sup>37)</sup> und Pothier <sup>38)</sup> dieser Erklärung bey. Nur nicht in Ansehung des dritten Falles. Sed hoc quomodo huc applicari queat, non video, sagt Binnius. Allein es läßt sich dieses wohl erklären. Erstens gedenkt Ulpian <sup>39)</sup> selbst dieses Falles: *si maritus uxori acceptum tulerit donationis causa, quod debeat, ausdrücklich*, indem er die *Oratio* des Antoninus gleichsam auf zwey Hauptfälle reducirt, nämlich 1) *si res fuit, quae donata est*; 2) *si obligatio remissa*. In beyden Fällen, sagt er, werde die Schenkung vermöge der *Oratio* durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit

*Batav.* 1705.) §. 22. (in *Abr. WIELING Jurisprud. Restituta*. Tom. II. pag. 168.) VOET *Comm. ad Pand.* T. II. h. t. §. 5. u. a. m.

34) *Observation. iuris Rom. Lib. V. Cap. 18.*

35) PAPINIANUS *Cap. XII. §. 9. pag. 419.*

36) S. AMAYA c. 1. p. 208. nr. 38.

37) *Selectar. iuris Quaestionum Lib. II. cap. 15.*

38) *Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXVI. Not. c. pag. 52.*

erhalten. Zwar laſſe ſich die Acceptilation an ſich, als ein *actus legitimus*, nicht auf Zeit- und Bedingung beſchränken <sup>39)</sup>; aber da Schenkungen unter Ehegatten erſt durch den Tod des Schenkers beſtätigt werden, ſo ſey nach der Natur ſolcher Schenkungen die Wirkung der Acceptilation bis auf dieſen Zeitpunkt ausgeſetzt <sup>40)</sup>. Hierauf ſagt Ulpian, wenn der Donator die Schenkung bey ſeinem Leben nicht widerrufen hat; ſo ſey nun das Geſchenk eben ſo gültig, als ſey es in einem Teſtament beſtätigt worden, und vergleicht ſolche Schenkungen nachher mit Vermächtniſſen und Fideicommiſſen, ſo daß, wie bey dieſen, eben ſo auch bey Schenkungen unter Ehegatten die *exceptio doli* vorgeschützt werden kann. Nach dieſer Anſicht Ulpian's treten alſo, wenn ein Ehegatte dem Andern während der Ehe ſchenkungsweiſe Forderungen cedirt, oder Forderungen, die er ſelbſt an ihn hatte, erläßt, die Grundſätze vom *legato nominis* und *legato liberationis* ein. In beyden Fällen aber wird eine *obligatio civilis*, das iſt, wie Juſtinian <sup>41)</sup> ſagt, eine *obligatio certo iure civili comprobata* begründet, welche durch Klage und Einrede geltend gemacht werden kann. Denn ſo wie in jenem erſten Falle der beſchenkte Ehegatte nach dem Tode des Donators von dem Erben deſſelben die Ceſſion der Klage gegen den Schuldner des Erblassers verlangen <sup>42)</sup>, oder auch ſelbſt ohne Mandat im eignen Namen *actione utili* gegen den Schuldner

39) L. 77. D. de div. regulis iur.

40) L. 32. §. 25. D. h. t.

41) §. 1. I. de obligationibus.

42) L. 44. §. 6. L. 105. D. de legat. I. L. 59. D. de legat. III.

klagen kann <sup>43)</sup>; so kann sich in dem andern Falle der Ehegatte, dem der Verstorbene die Schuld schenkungsweise erlassen hat, gegen den Erben des verstorbenen Donators mit der *exceptione doli* schützen, wenn es diesem einfallen sollte, die erlassene Schuld dennoch einzuklagen <sup>44)</sup>. Es giebt aber noch eine dritte Erklärung, nach welcher die Worte: *et obligatio sit civilis* bloß auf den Erben des Donators bezogen werden, so daß dieser nun *civiliter* verpflichtet sey, die Schenkung als gültig anzuerkennen, und solche nicht mehr widerrufen könne <sup>45)</sup>. Man sagt, die Schenkung, welche der Donator bey seinem Leben nicht widerrufen, sondern durch seinen Tod bestätigt hat, sey nun gleichsam als ein Fideicommiß zu betrachten, wodurch der Donator seinen Erben auferlegt habe, nicht gegen seinen letzten Willen zu handeln, und daß, was er dem überlebenden Ehegatten bey seinem Leben geschenkt hat, demselben wieder zu entreißen <sup>46)</sup>. Für diese Erklärung spricht theils der Zusammenhang mit dem folgenden §. 2. wo die Worte der Oratio angeführt werden: *heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse*; theils die Vergleichung der Schenkungen unter Ehegatten mit Fideicommissen in dem §. 3. besonders wenn man erwägt, daß Kaiser Augustus den Fideicommiss-

43) L. 18. Cod. de legat.

44) L. 22. D. de liberat. legata L. 17. Cod. de fideicomm.

45) So AMAYA Observation. iuris Lib. II. cap. 10. nr. 38. pag. 208.

46) S. Jac. VOORDA Commentar. ad Legem Falcidiam. Cap. VI. §. 8.



sen eine auctoritatem iuris<sup>47)</sup>, oder wie sich Everh. Otto<sup>48)</sup> ausdrückt, eine obligatio civilis beygelegt hat. Da den Schenkungen die Natur und Wirkung letzter Willensverordnungen ist beygelegt worden, so kann

2) der beschenkte Ehegatte auch mit einem Fideicommiss beschwert werden, nämlich das Geschenk einer andern benannten Person ganz oder zum Theil wieder abzugeben<sup>49)</sup>. Bey einer gültigen Schenkung unter den Lebenden kann zwar dem Donator eine solche letzte Willens-Verfügung nicht gestattet werden. Allein da die Schenkung unter Ehegatten erst durch den Tod des Schenkers bestätigt wird, und also bis dahin widerrufen werden konnte, so kann der Beschenkte in Ansehung dessen, was ihm geschenkt worden ist, ohne allen Zweifel mit einem Fideicommiss beschwert werden. Eben dieses lehrt auch Paulus libro XI. Quaestionum<sup>50)</sup>, wo er folgende Frage entscheidet.

Sequens quaestio est, an etiam, quae vivus per donationem in uxorem contulit, in fideicommissi petitionem veniant? Respondi, ea extra causam bonorum defuncti computari debere, et propterea fideicommisso non contineri: quia ea habitura esset, etiam alio herede existente. *Plane nominatim maritus uxoris fidei committere potest, ut ea restituat.*

47) §. 1. I. de fideicommiss. hereditat. II. 25.

48) Commentar. ad cit. §. 1. Inst.

49) G. GENTILIS Lib. III. cap. 29. und de RUTRO c. I. Cap. X. §. 9. pag. 698.

50) L. 68. D. de legatis II.

Hätte der Mann die Frau zum Erben eingesetzt, und sie mit einem Universal-Fideicommiss beschwert, so ist unter demselben dasjenige im Zweifel nicht mit begriffen, was ihr der Mann bey seinem Leben geschenkt hat, ausser wenn es ausdrücklich verordnet worden ist.

3) Schenkungen unter Ehegatten sind, wie Vermächtnisse und Fideicommiss, auch dem Abzuge der Falcidie unterworfen. Nicht nur Ulpian<sup>51)</sup> sagt dieses ausdrücklich, sondern eben dieses wird auch noch mehr durch ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian bekräftigt, welche in der L. 12. Cod. ad Leg. Falcidiam sagen:

In donationibus inter virum et uxorem factis, legem Falcidiam habere locum; quando fideicommissi partibus funguntur, nonnullis iuris placitis comprehensum est.

Wenn jedoch Ulpian sagt: et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum sit; so erscheint daraus, daß die Lex Falcidia nicht ohne Unterschied bey den Schenkungen unter Ehegatten Statt finde, sondern nur bey denen, von welchen die Oratio Antonini redet, nämlich die erst durch den Tod des Schenkgebers ihre Gültigkeit erhalten. Also solche Schenkungen, welche der Bestätigung durch den Tod des Donators nicht bedürfen, sondern gleich Anfangs gültig sind, sind der Falcidie nicht unterworfen<sup>52)</sup>. Franz Hüb-

51) L. 52. §. 1. D. h. t.

52) G. REYES de donation. inter V. et Ux. Cap. X. §. 1. pag. 696.

man<sup>53)</sup> ist zwar anderer Meinung. Er glaubt, daß der Abzug der Falcidie nur dann bey Schenkungen unter Ehegatten Statt finde, wenn sie von dem Donator in einem letzten Willen ausdrücklich wären bestätigt worden. Allein diese Erklärung beruhet auf einem offenbaren Mißverständniß. Vermöge der Oratio des Kaisers Antoninus sind die Schenkungen unter den Ehegatten schon an sich in Ansehung der Wirkung den Vermächtnissen und Fideicommissen gleichgesetzt. Sie mußten also der Falcidie, eben so, wie andere letzte Willensverordnungen, um so mehr unterworfen werden, damit nicht auf diesem Wege der Beschenkte zum Nachtheil des Erben, gleichviel ob der Donator mit oder ohne Testament verstorben wäre, mehr erhalte, als die Lex Falcidia erlaubte<sup>54)</sup>. Husman hat zwar darin vollkommen Recht, wenn er die Worte der *L. 12. C. ad Legem Falcidiam: quando fideicommissi partibus funguntur*, so versteht, daß sie eine Beschränkung des vorhergegangenen Rechtsaktes, und nicht, wie sie die Glosse erklärt, den Grund desselben ausdrücken. Denn das Wort *quando* ist hier nicht für *quia* zu nehmen, wenn gleich *Gentilius*<sup>55)</sup> dieser Erklärung Beyfall giebt, sondern bedeutet soviel als *si*. Deswegen hat aber doch Husman Unrecht, wenn er die angeführten Worte so erklärt, *quando maritus id, quod uxori dedit, voluerit eidem praestari verbis fideicommissi*. Der Sinn ist vielmehr, wie ihn *Fernandez De Retes*<sup>56)</sup>

53) *Paradoxa ad Legem Falcidiam. Parad. XV. (in Thes. iur. Rom. Ottonian. Tom. IV. pag. 1730. sqq.)*

54) *S. VOORDA c. I. pag. 96.*

55) *Cit. loc. pag. 367.*

56) *Cit. loc. Man sehe auch DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. VIII. cap. 24.*

richtiger getroffen hat; quando ab initio non valuerunt, sed morte confirmantur. Es giebt jedoch einen Fall, wo auch nicht einmal die Falcidie bey einer solchen Schenkung Statt findet, welche erst durch den Tod des Schenkers gültig wird, nämlich wenn die Sachen der Frau wegen von dem Manne angeschafft worden sind. Diesen Fall hat die Lex Falcidia selbst, wie Gajus libro XVIII. ad Edictum provinciale<sup>57)</sup> bemerkt, ausdrücklich ausgenommen.

Es kommt hiernächst auf die Frage an, welche Schenkungen unter Ehegatten die Oratio des Kaisers Antoninus zum Gegenstande habe? Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß diese Oratio nur solche Schenkungen betrifft, wodurch der schenkende Ehegatte ärmer, der beschenkte aber reicher wird. Denn diese waren nach dem ältern Recht verboten. Daher sagt Ulpian L. 32. §. 23. D. h. t. Et generaliter universae donationes, quas IMPEDIRI diximus, ex Oratione valebant. Diejenigen Schenkungen also, die schon vor Antoninus Caracalla ausnahmsweise gleich anfangs galten, oder sonst nicht unter dem Verbote begriffen waren, bedürfen also auch nach der Oratio des Antoninus keiner weitem Bestätigung durch den Tod des Donators, als etwa die Schenkung von Todes wegen, welche nun aber darum keine Ausnahme mehr macht, weil alle Schenkungen unter Ehegatten, welche vor Antonin verboten waren, jetzt durch den Tod des Donators ihre Gültigkeit erhalten, wenn sie bey Lebzeiten desselben nicht widerrufen worden sind. Allein die Frage ist sehr bestritten, ob sich das Convalesciren der Schenkung durch den Tod des Schenkers nur auf den Fall

57) L. 81. §. 2. D. ad Leg. Falcid.

erstrecke, wenn die Schenkung bey Lebzeiten des Schenkers durch die Uebergabe wirklich erfüllt war, oder auch eine solche Schenkung betreffe, welche nur bloß versprochen, aber bey Lebzeiten des Donators noch nicht vollzogen war. Viele Rechtsgelehrten<sup>58)</sup> behaupten das Letztere. Sie glauben ihre Meinung durch folgende Gesetzstellen begründen zu können.

L. 32. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIII. ad Sabinum. Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad OMNES donationes inter virum et uxorem factas: ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et OBLIGATIO sit CIVILIS,

Diese letzteren Worte erklärt man so, daß jene, nämlich *res fiant eius* etc., sich auf eine solche Schenkung beziehen sollen, welche durch die Uebergabe vollzogen worden ist, weil sie sonst nicht mit dem erfolgten Tode des Donators das Eigenthum der geschenkten Sache, und zwar *ipso iure*, geben könnte; diese aber, nämlich *et obligatio sit civilis* eine solche Schenkung andeuten sollen, welche bloß durch Stipulation versprochen, aber noch nicht voll

58) Ant. FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 8. et Lib. XIX. cap. 3. und de errorib. Pragmaticor. Dec. XLII. Err. 5. Casp. SCHIFFORDGHER ad Anton. Fabrum Lib. I. Tr. XI. Franc. DUARENUS Comm. ad Tit. Dig. Solutio matrimonio. Cap. de donat. inter vir. et Ux. Oper. pag. 254. Jo. CORASIVS Miscellaneor. iuris civ. Lib. V. cap. 1. Everh. BRONHORST *Εναντιοφάτων*. Cent. III. Assert. 75. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Exposito*. T. II. Oper. pag. 517. und Zach. RICHTER Diss. de Oratione Antonini cit. §. 17.

zogen worden ist, weil nicht aus der Tradition, sondern nur aus einer Stipulation eine obligatio civilis entstehe. Ulpian bestärke dieses noch mehr, wenn er

§. 23. Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa: potest dici, donationem effectum habituram. — Et generaliter UNIVERSAE donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.

L. 33. pr. D. eodem. ULPIANUS libro XXXVI. ad Sabinum. Si stipulata fuerit mulier annuum, 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.

— §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex Oratione donationem convalescere.

L. 2. C. de dote cauta. Imp. ALEXANDER A. Papiniana. Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit: si eandem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit: ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest.

Allein dieser Meinung steht die oben angeführte ganz bestimmte Stelle aus Ulpian's libro VI. ad Sabinum<sup>98)</sup> offenbar entgegen, wo es heißt:

98) L. 23. D. h. t.

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.

Man hat diesen Widerspruch auf einen zweyfachen Wege zu lösen gesucht. Auf dem einen Wege nimmt man an, daß zwar nach den Worten der *Oration* nur eigentlich solche Schenkungen unter den Ehegatten durch den Tod des Schenkenden ihre Gültigkeit erhalten sollen, welche bereits bey Lebzeiten desselben durch die Uebergabe wären vollzogen worden, (*rerum donationes*) und in dieser Hinsicht habe Ulpian dem Papinian Recht gegeben. Allein nach ihrer wahren Absicht gehe die *Oration* auf alle Schenkungen, welche das ältere Recht verbot, mithin auch auf diejenigen, welche bloß versprochen, aber durch die Uebergabe noch nicht vollzogen worden sind. Denn auch auf diese habe sich das Verbot erstreckt; wie Ulpian selbst *libro XXXII. ad Sabinum* <sup>59)</sup> sage: *Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet.* Was nun Papinian nach den Worten des *Senatusconsulti* ganz richtig behauptet hatte, habe dennoch dem Ulpian der Absicht des Gesetzes nicht gemäß zu seyn geschienen. Diese sey nach seiner Meinung weiter gegangen, als die Worte der *Oration* ausgedruckt hätten, und diese habe vorzüglich Ulpian berücksichtigt, und sey in sofern von

Papinian's Meinung abgewichen. Dieß ist Gerh. Noodt's <sup>60)</sup> Ansicht, welcher hier, ohne ihn zu nennen, Anton. Faber's <sup>61)</sup> Meinung zu der seinigen gemacht hat. Auf dem andern Wege wird angenommen, die oratio *Didi Severi*, von welcher Papinian spricht, sey von der Oratio des Antoninus, deren Ulpian gedenkt, ganz verschieden. Jene sey bloß auf Schenkungen eingeschränkt gewesen, welche bereits durch die Uebergabe vollzogen waren, auf *donationes rerum*, wie Ulpian sage, und zwar nicht einmal auf alle, sondern nur auf Schenkungen von Sachen, die der Mann um der Frau willen angeschafft hat; diese aber habe einen ausgebehntern Wirkungskreis gehabt, denn sie habe alle, und auch solche Schenkungen bestätigt, die bloß durch Stipulation versprochen waren, und den Erben des Donators die Verbindlichkeit zur Vollziehung derselben auferlegt. Allein diesem Irrwahn des Duarenus <sup>62)</sup>, wodurch auch Wippenbach <sup>63)</sup>, Heinrich Brenckman <sup>64)</sup>, und mehrere andere verführt wurden, ist schon oben begegnet worden. Es ist ein und dieselbe Oratio, welche bald dem Kaiser Severus bald dem Kaiser Antoninus zugeschrieben wird, und da diese Oratio noch vor dem Tode des Kaisers Severus war gehalten worden, den bekanntlich Papinian über-

60) Comm. ad Dig. h. t. §. *Exposito* pag. 517. sq.

61) *Conjectur. iuris civ. Lib. II. cap. 8.*

62) Comm. in Tit. *Soluto matrimonio. Cap. de donat inter V. et U. pag. 254.*

63) *Exercitation. ad L. Pandect. libros. P. I. Disp. XLVII. Th. 11.*

64) *Disp. de Legum inscriptionibus. §. 22. (in WIBLING Iurispr. restit. Tom. II. p. 168. sq.)*



lebt hat, so war ihm gewiß dieselbe, eben so gut, wie dem Ulpian bekannt. Denn die Donation wurde 959. gehalten. Der Kaiser Severus aber starb in Britannien 963. der Erb. Roms, und erst nachher ließ Caracalla den Papinian hinrichten, weil er den an dem Geta verübten Brudermord des Kaisers vor dem Senat und Volke zu entschuldigen sich weigerte<sup>65</sup>). Wie konnte also Ulpian dem Papinian Recht geben, wenn er eine Meinung behauptet hätte, die der wahren Absicht des Gesetzes zuwider gewesen wäre? Aus voller Ueberzeugung stimme ich daher denen<sup>66</sup>) bey, welche behaupten, daß die Donation des Kaisers Antoninus Schenkungen unter Ehegatten, die während der Ehe errichtet worden; nur in dem Falle bestätigt habe, da sie bey Lebzeiten des Schenkers bereits durch die Uebergabe vollzogen worden sind, und mit vollem Recht stimmte Ulpian dem Papinian bey, wenn er daraus die Folge ableitete, daß wenn der Ehemann bloß durch Stipulation der Frau ein Geschenk versprochen hatte, ohne das Versprechen durch die Uebergabe zu erfüllen, die Frau nach dem Tode des Mannes gegen die Erben desselben keine Klage habe, wenn auch der Mann bey seinem Leben das Versprechen nicht widerrufen hätte. Diese Meinung steht auch mit dem Recht der damaligen Zeit in dem genauesten inneren Zusammenhange. Denn damals galt die Regel noch, die

65) S. SPARTIANUS in *Severo Imperat.* cap. 19. et 21. und Derselbe in *Antonino Caracallo.* Cap. 8.

66) GENTILIS Lib. III. cap. 38. VINNIUS *Select. iuris Quaest.* Lib. II. cap. 15. CONNANUS *Commentarior. iur. civ.* Lib. VIII. cap. 11. *de RETES de donation. inter V. et U.* cap. ult. *Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom.* Lib. V. Cap. 13. *Franc. de*

Justinian<sup>67)</sup> erst aufhob, daß eine Klage, welche gegen den Erblasser nicht Statt hatte, auch gegen die Erben nicht erhoben werden konnte<sup>68)</sup>. Sodann aber galt auch zu den Zeiten der Kaiser Severus und Antoninus die Lex Cincia noch, vermöge welcher Schenkungen von bedeutendem Werthe, also, wie hier, solche, wodurch der Schenkende ärmer, der Beschenkte aber reicher wird; nur durch Mancipation, in iure cessio, oder Tradition Gültigkeit erlangen konnten<sup>69)</sup>. Nur Schenkungen unter nahen Verwandten waren dieser Form nicht unterworfen. Und da die lex Cincia dazu dienen sollte, leichtsinnige, übereilte Schenkungen zu verhüten, so mußte die Stipulation, d. h. ein bloßes Versprechen ohne gegenwärtige Erfüllung, um so mehr ausgeschlossen werden, je mehr Gefahr bey dieser Handlung, welche in einem Augenblick, mit wenigen Worten, ohne Vorbereitung, und ohne Zeugen geschlossen wurde, für den Unbesonnenen zu befürchten war. Nur bey kleinen Schenkungen, die schon vor Antoninus Caracalla ohnehin unter Ehegatten zugelassen waren, und daher nach der Oratio desselben keiner weiteren Bestätigung bedurften, war die bloße Stipulation gültig,

AMAYA Observation. iuris. Lib. II. cap. 10. Ev. Otto in Papiniano. Cap. XII. §. 9. POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXIII. Not. 1. p. 51. God. Lud. MENCKEN Diss. de donationibus inter vir. et uxorem non ipso inre nullis. §. 23—29.

67) *L. un. C. ut actiones ab heredibus et contra heredes incipiant.* (IV. 11.)

68) §. 12. et 14. *I. de inutilib. stipulat.*

69) S. von Savigny Ueber die Lex Cincia de donis et muneribus. (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. Band Nro. 1. S. 6.) Es

und begründete eine Klage<sup>70)</sup>. Außerdem galt, was Pomponius *libro XXXIII. ad Sabinum*<sup>71)</sup> sagt: Donari non potest, nisi quod eius sit, cui donatur, welcher Ausspruch, mögen ihn auch die Verfasser der Pandecten in einem andern Sinn genommen haben, offenbar nur in Beziehung auf die positiven Modificationen der lex Cincia, sich richtig erklären läßt, nach welcher die Schenkung ungültig seyn sollte, wenn sie nicht durch unmittelbare gegenwärtige Uebertragung des quiritarischen Eigenthums vollzogen wurde<sup>72)</sup>. Noch Justinian<sup>73)</sup>

werden daselbst noch Verordnungen von den Kaisern Diocletian u. Maximian, von Constantin und seinen Söhnen, so wie vom Theodos II. angeführt, nach welchen die Mancipation oder Traditio für alle Schenkungen gefordert wird, die nicht von den nächsten Verwandten herrühren. Die Summe, bis zu welcher die Lex Cincia eine Schenkung auch ohne Mancipation, oder Traditio, oder in iure cessio zuließ, betrug, wie schon Cujacius *Observat. Lib. VI. cap. 18.* annahm, höchst wahrscheinlich 200. aureos oder solidos. H. von Savigny hat S. 9. der angef. Abhandlung diese Meinung des Cujacius mit den einleuchtendsten Gründen unterstügt.

70) *L. 21. §. 1. L. 24. D. de donat. L. 19. §. 1. L. 50. D. de re iudicata. L. 12. L. 53. pr. et §. 3. D. de donat.* S. von Savigny angef. *Abh. §. 2. et 4.*

71) *L. 9. §. 3. de donat.*

72) So erklärt auch diese Stelle H. von Savigny in der angeführten *Abhandl. §. 10. S. 140.* Nicht minder wird daselbst *S. 51.* auch die von mir an einem andern Orte erklärte *L. 9. §. 1. D. de iure dot.* aus der Lex Cincia aufgeklärt.

73) *Nov. LXII. cap. 1. S. den 25. Th. S. 435.*

deutet auf die ehemalige Nothwendigkeit der Tradition bey Schenkungen hin, und schreibt diese Vorschrift der *lex Cincia* zu. Indem er nun daselbst die unter den Advocaten der illyrischen Gerichte entstandene Streitfrage entscheidet, ob seine Verordnung<sup>74)</sup>, nach welcher, mit Aufhebung der Nothwendigkeit der alten Form, auch schon das bloße Versprechen einer Schenkung, ohne Stipulation, eine Klage begründen sollte, ebenfalls auf Schenkungen unter Ehegatten anzuwenden sey, so daß der Acceptant, nach dem Tode des Promittenten, gegen die Erben desselben auf Erfüllung des Versprechens klagen könne? so geht ja nun daraus ganz klar hervor, daß die Oratio des Kaisers Antoninus ein solches Schenkungsversprechen nicht schon bestätigt haben könne. Dieses wird aber noch mehr dadurch bestärkt, daß es nach den von Ulpian angeführten Worten der Oratio für Unrecht gehalten wird, *heredem ERIPERE forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donavit*. Wie kann man Einem etwas entreißen, was er nicht schon in den Händen hatte<sup>75)</sup>? Ja wie konnte die Frage entstehen, ob Zinsen und Früchte bey erfolgtem Widerruf der Schenkung zu restituiren sind, wenn keine Uebergabe der geschenkten Sache erfolgt wäre<sup>76)</sup>? Prüft man nun noch die für die entgegengesetzte Meinung angeführten Gesetzstellen, so wird man sich volkends überzeugen, wie schwach dieselbe begründet sey. Denn daß die Worte Ulpian's in der *L. 32. §. 1. D. h. t. et obligatio sit civilis* keinesweges von einer durch

74) *L. 35. §. 5. L. 37. Cod. de donat. VIII. 54.*

75) *ERIPERE*, sagt Paulus *L. 4. D. Ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat, est de manibus auferre.*

76) *L. 15. §. 1. L. 17. pr. D. h. t.*

Stipulation versprochenen Schenkung zu verstehen sind, sondern einen ganz andern Sinn haben, ist schon oben gezeigt worden. Es folgt auch nicht, weil das ältere Recht eine durch Stipulation versprochene Schenkung so gut, wie eine durch die Uebergabe vollzogene verboten, und für nichtig erklärt hatte, daß jene nun eben so, wie diese, vermöge der Dration bestätigt werde, da Papinian <sup>77)</sup>, dem auch Ulpian beistimmt, gerade das Gegentheil behauptet. Einen scheinbar wichtigeren Grund für die entgegengesetzte Meinung enthält die *L. 33. D. h. t.* wo Ulpian sagt, eine *stipulatio annui* werde vermöge des *Senatus Consultus* durch den Tod des Promittenten bestätigt, *quia in annuo quoque donatio vertitur*. Diese Schenkung *convalescire*, wenn der Promittent während der Ehe stirbt, und könne nun *ex stipulatu* gefordert werden. Allein mit dem *annuum* hat es eine besondere Bewandniß, welche Ulpian deutlich genug bezeichnet hat. Ist die Schenkung unter den Ehegatten eine solche, daß der Beschenkte vermöge derselben alle Jahr für die Dauer der Ehe etwas Gewisses, es bestehe in Gelde oder anderen Sachen, erhalten soll, so ist diese Schenkung nicht eine einzige, sondern sie besteht, wie ein *legatum annuum*, aus mehreren von Zeit zu Zeit während der Ehe wiederkehrenden Prästationen <sup>78)</sup>. Die Schenkung eines *annui* begreift also so viele einzelne Schenkungen in sich, als Jahre in der Ehe verfließen, so daß mit dem Anfange eines jeden Jahres auch eine neue Schenkung ihren Anfang nimmt <sup>79)</sup>. Nach der Natur einer solchen Schenkung

77) *L. 25. D. eodem.*

78) *L. 4. D. de annuis legatis. L. 1. §. 16. D. ad Leg. Falcid.*

79) *L. 12. pr. D. Quando dies legator.* wo Ulpian sagt:

*Nec semel diem eius cedere, sed per singulos annos.*

fung kann daher auch die Uebergabe nicht auf einmal geschehen, sondern sie geschieht mit dem Anfange eines Jahres, und ist durch den Umstand bedingt, wenn der Beschenkte noch lebt. Stirbt der Schenkende, so wird eine solche Schenkung durch den Tod desselben eben so, wie jede andere Schenkung unter Ehegatten, dergestalt bestätigt, daß die bereits entrichteten jährlichen Prästationen nun nicht wieder zurückgefordert werden können<sup>80)</sup>. Wäre das Versprechen bey Lebzeiten des Schenkenden noch gar nicht erfüllt, so würde auch nach dem Tode desselben so wenig eine *actio ex stipulatu* vermöge der Rede des Antoninus Statt finden, wie bey dessen Leben. Zwar ließe sich einwenden, Ulpian sage ja ausdrücklich, *posse dici, STIPULATIONEM confirmari ex Senatusconsulto*. Also sey doch bey einer versprochenen Jahresleistung die Stipulation allein hinreichend, so wie bey der Erlasung einer Schuldforderung die bloße Acceptisatio. Dieses sage Ulpian selbst L. 32. §. 25. *D. h. t.* Es sey also bey *annuo* wenigstens eine Ausnahme zu

Eben dieses zeigt in der *L. 33. pr. D. h. t.* auch Ulpian nicht undeutlich mit den Worten an, welche den Grund der Entscheidung enthalten: *quia in annuo quoque donatio vertitur*. Denn das Wort *quoque* ist hier nicht die Conjunction, sondern das Pronomen, wie schon *Henr. KELLINGHUSEN* in *Diss. de legibus nonnullis Romanorum. Cap. XIV.* (in *OELRICHS Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. V. J. II. Tom. II. pag. 41.*) bemerkt hat. Der Sinn der angeführten Worte ist also der, in einer jeden Jahresleistung sey eine Schenkung enthalten. Ich bemerke noch, daß *Cod. Erlang.* in *anno quoque* liest.

80) *G. POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr. LXXIII. Not. 1.*

machen <sup>81)</sup>. Allein es ist Erstens noch die Frage, ob auch die Lesart *stipulationem confirmari*, die richtige sey. Alle meine alten Ausgaben <sup>82)</sup> lesen *donationem confirmari*. Wollte man aber auch die florentinische Lesart für die richtigere halten, und die Stelle so verstehen, daß annuum sollte dem Beschenkten erst von dem Todes-Tage des Schenkenden an geleistet werden, so daß also die Leistung in einen Zeitpunkt fällt, wo die Ehe aufgehört hat; so wäre ja eine solche Schenkung schon nach dem ältern Rechte gültig, und bedürfte der Confirmation des Senatusconsults nicht. Hätte der Mann schon einige Jahre sein Versprechen erfüllt, er wäre aber nachher in Rückstand geblieben, und darüber gestorben; so meint *Vinnius* <sup>83)</sup>, der schuldige Rückstand der übrigen Jahre könne von den Erben des Donators gefordert werden, weil der Promittent durch den Anfang der Erfüllung seinen Willen *ipso facto* hinlänglich erklärt habe. Allein *van Bynkershök* <sup>84)</sup> spricht über diese Meinung das strenge Urtheil, sie sey *nullius assis*. Man könnte freylich auch die nachherige Unterlassung der fernern Leistung für einen stillschweigenden Widerruf halten. Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß das stipulirte annuum ein wahres Geschenk sey. Denn wäre eine solche jährliche

81) So *van Bynkershök* *Observation. iur. Rom. Lib. V. cap. 18. pag. 65.*

82) So *Haloander, Chevallon, Miräus, Merlinus* und *Baudoja Cestius*. Diejenigen, welche den florentinischen Text enthalten, als *Ruffard, Charondas, Pacius*, und *Gebauer* lesen freylich *stipulationem*. Eben so *Cod. Erlang.*

83) *Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 15. §. Tertio.*

84) *H. a. D.*

Leistung der Frau von dem Manne dazu ausgesetzt worden, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten; so würde selbst von Seiten des Mannes keine Zurückforderung Statt finden, sondern die Frau auf solchen Fall durch eine Einrede gesichert seyn. Hieher gehört die Stelle aus Julian's *libro 2. ad Urseium Ferocem* <sup>85)</sup>, wo folgender Fall entschieden ist.

Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat, interque eos convenerat: *Ut meredes eius fundi vir uxori, ANNUI NOMINE, daret*: deinde eum fundum vir matri mulieris certa pensione colendum locaverat: eaque, cum mercedes eius fundi deberet, decesserat, et filiam suam solam heredem reliquerat: et divortium factum erat: vir deinde petebat a muliere mercedes, quas mater debuerat. Placuit exceptionem mulieri dari non debere: *ac si inter se et virum non convenisset, ut hae mercedes sibi alimentorum nomine darentur*: cum futuram sit, ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmentur. *Nam quod ANNUI nomine datur, species est donationis.*

Der Mann hatte hier seiner Frau die Pachtgelder von ihrem Dotalgute als ein annuum geschenkt. Der Mann hatte nämlich das Grundstück der Mutter seiner Frau verpachtet. Die Mutter starb, gerade wie die Pachtgelder fällig waren, und hinterließ die Tochter zu ihrer alleinigen Erbin. Die Ehe war unterdessen geschieden worden; der Mann verlangte daher von der Frau, als Erbin, das Pachtgeld, welches die Mutter schuldig

85) L. 22. D. de pactis dotalib.



geblieben war. Die Frau setzte dem Manne die Einrede entgegen, es sey zwischen ihr und ihrem Manne ausgemacht worden, daß ihr die Pachtgelder zu ihrem Unterhalt gegeben werden sollten. Dieß ist der Sinn der Worte: *ac si inter se et virum non convenisset, ut hae mercedes sibi alimentorum nomine darentur*. Diese Worte drücken nämlich die Exceptions-Formel aus<sup>86)</sup>. Es fragte sich also, ob diese Exception Statt finde? Julian entscheidet die Frage verneinend. *Placuit*<sup>87)</sup>, sagt er,

86) Eben deswegen hält *Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 8.* die Partikel *ac* für einen unächten Zusatz eines unverständigen Abschreibers, und streicht sie weg, weil sie sich zur Formel der Exception nicht schickt. Ihm stimmen auch *Jo. VAN DE WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 17. pag. 209.* und *Ant. SCHULTING in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. 22. D. de pact. dotal. pag. 271.* bey. Nun ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß sich die römische Exceptionsformel gewöhnlich mit *Si non* anfängt. Man sehe *B. BRISSONIUS de Formulis et solennib. P. R. verbis Lib. V. cap. 75.* Allein der Anfang der Formel mit *ac si*, wie in unserer Stelle, ist ebenfalls nicht ungewöhnlich. Man findet dergleichen Beyspiele *L. 2. D. de except. rei iudicat.* und *L. 15. D. de obligat. et act.* Schon längst haben dieses auch *Jac. CUIACIUS Observation. Lib. V. cap. 34.* und *BRISSONIUS de Formulis Lib. V. Cap. 77.* bemerkt.

87) Der Ausdruck *placuit* wird nicht immer, wie man gewöhnlich annimmt, in dem Sinn gebraucht, um dadurch anzuzeigen, es sey ein Satz einstimmig von den römischen Rechtsgelehrten für Recht erkannt; sondern wenn das Wort *placuit* bey einem besondern Rechtsfalle, wie hier, vorkommt, so heißt es auch soviel als, es ist in diesem Falle ehemals so erkannt, so entschieden worden.

*exceptionem mulieri dari non debere.* Der Entscheidungsgrund ist, weil man, wenn dieser Einrede wäre Statt gegeben worden, auf gewisse Art Schenkungen unter den Ehegatten begünstiget haben würde, die doch nach dem Recht der damaligen Zeit noch verboten waren. Die Anweisung eines annui aber ist eine Art von Schenkung. Wäre die Einrede, die Pachtgelder seyen der Frau zu ihrem Unterhalt angewiesen, und auch dazu verwendet worden, gegründet gewesen, so würde wohl der Mann mit der Klage gegen die Frau abgewiesen worden seyn<sup>88)</sup>, wie Ulpian *libro 32. ad Sabinum*<sup>89)</sup> bestätigt, wo er sagt: *Puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est.* Wenn Cornelius van Bynkershöf<sup>90)</sup> behauptet, die bloße *stipulatio annui*, auch ohne Erfüllung, sey schon allein hinreichend, so wie bey Erlassung einer Schuld die *Acceptilation*; so muß ich noch bemerken, daß das Rechtsverhältniß zwischen *Stipulation* und *Acceptilation* nicht dasselbe sey. Denn bey der letztern hat ja der Beschenkte schon in Händen, was ihm erlassen worden ist. Es wird eine tradi-

*L. 50. D. de pactis dotal. L. 69. pr. D. de legat. II. L. 50. §. 1. D. de excusat.* Zuweilen drückt sogar das Wort *placet*, im Präsens, nur die Meinung des Redenden selbst aus, wie z. B. bey GAIUS *Institution. Commentar. I. §. 172. et III. §. 166.* Man vergleiche *Frid. HAENEL Commentat. de Verborum formulis, quibus Jurisconsulti veteres simul et affirmare, et affirmandi rationem significare soliti sunt. Lipsiae 1831. 8. §. 7.*

88) *C. Just. MEIER Ενδοξων Justinianeor. Decad. VII. Csp. 14. pag. 1079 sq.*

89) *L. 21. §. 1. in fin. D. h. t.*

90) *Loc. cit.*

tio *brevi manu* angenommen; d. h. es wird fingirt, der Beschenkte habe die schuldige Summe bezahlt, sie sey ihm aber, als ein Geschenk, zurückgegeben worden<sup>91)</sup>. Hier ist also keine Abweichung von der Regel, wie bey der *stipulatio annui* angenommen wird.

Eine ähnliche Bewandniß hat es mit der für die entgegen gesetzte Meinung oben angeführten letzten Gesetzstelle, L. 2. C. de dote cauta. Vergeblich hat sich Schifordegher<sup>92)</sup> bemüht zu beweisen, daß in dem Falle dieses Rescripts keine Schenkung, sondern nur eine Stipulation geschehen sey, wodurch sich der Mann, in der Absicht zu schenken, verbindlich gemacht habe, dereinst der Frau eine größere Summe zurückzuerstatten, als sie ihm zum Braut schatz zugebracht hat. Denn schon die Worte: *si eandem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit*, hätten ihn überzeugen können, daß hier von keiner Stipulation, sondern von einer durch die Uebergabe vollzogenen Schenkung die Rede sey<sup>93)</sup>.

91) L. 45. §. 1. D. de iure dot. L. 10. D. de condict. causa data, causa non secut. L. 6. D. de manumiss.

92) Ad Anton. FABRUM Lib. I. Tract. XI. Quaest. 5.

93) Eben dieß war schon längst die Ansicht der Griechen. In den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 712. Sch. m. wird unter dem Namen THEODORUS der Fall unserß Gesetzes folgendermassen gestellt. Ο ὁμολογήσας ἔχειν ἐν προικί ἃ ἐδώρησατο, καὶ ἐτραδίτουσεν τῇ ἰδία γυναικί, εἰ μέχρι τελευτῆς ἐπιμείνη τῇ αὐτῇ βουλήσει. ἀπαιτοῦνται οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ παρὰ τῆς γυναικὸς, ἃ αὐτῇ ζῶν ὁμολόγησε. i. e. Qui confessus est, se in dotem habere ea, quae donavit, et TRADI-

Der Mann hatte die 600. aurei, welche ihm die Frau zum Heyrathsgute zugebracht, noch durch eine Zulage von 300 vermehrt, in der Absicht, ihr damit ein Geschenk zu machen. Eine solche donatio, wenn sie sollte *legitime confecta* seyn, wie doch hier das Gesetz voraussetzt, erforderte nach dem Rechte des damaligen Zeitalters vermöge der Lex Cincia wenigstens die Tradition<sup>94)</sup>. Diese ge-

*dit uxori suae, si quidem usque ad mortem perseve-*  
*raverit, in eadem voluntate: mulier ab eius heredibus*  
*ea exigit, quae vivus ei promisit.*

- 94) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 713. Schol. o. bemerkt, daß THALELAEUS die Worte: *donationem legitime confectam non revocavit*, folgende Art und Weise erklärt habe. Er sage nämlich. *Εἰ γὰρ τυχὸν ὑπὲρ τὰ φ'. νομίσματα ἢ δωρεὰ, καὶ χωρὶς ἐπομνήματος ἐγένετο, καὶ ἐτελευτήσεν ἐν συνισταμένοις τοῖς γάμοις, ὅτι ἐβεβαιώθη. ἐκεῖναι γὰρ αἱ δωρεαὶ βεβαιοῦνται τῇ τελευτῇ τοῦ δωρησαμένου, αἱ διὰ τὸν γάμον μόνον ἀσθενοῦσαι. 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.* Man kann es wohl einem Mitarbeiter an dem Justinianischen Codex, wie Thaleläus war, glauben, daß man zu Justinians Zeiten, nachdem nun die lex Cincia durch Justinians Constitutionen L. 55. §. 5. C. de donation. et L. 57. C. eodem. antiquirt war, die Verordnung des Kaisers Alexander anders nicht verstanden habe, als wie es dem Rechte des damaligen Zeitalters angemessen war. Allein so ungewiß auch der Ursprung der gerichtlichen Insinuation bey den Schenkungen ist, so ist doch soviel außer allem Zweifel, daß diese Form zur Zeit des Kaisers Alexander noch

nügte bey den *res nec mancipi*, zu denen man das baare Geld zählte<sup>95)</sup>. Daher heißt es auch in unserm Gesetz: *qui incrementum doti dedit*, und dare ist doch wohl mehr, als *stipulari*. Ueberdem spricht ja das Gesetz ausdrücklich von einer *liberalitas interposita*, wie läßt sich diese denken, wenn sie sich nicht im Leben geäußert hat<sup>96)</sup>? Da indessen das Heyrathsgut während der Ehe dem Ehemann gehört, dem also auch die Vermehrung desselben zukommt; so kann hier die Uebergabe auch, als *brevi manu* geschehen, angenommen werden, welches bey Schenkungen unter den Ehegatten für hinreichend gehalten wird<sup>97)</sup>. Hat nun also der Ehemann diese Schenkung nicht widerrufen, vielmehr in den Ehepacten, oder sonst in einer der Frau ausgestellten Handschrift (*cautio*) die ganze Summe des vermehrten Heyrathsguts als empfangen bekannt; so wird die Schenkung durch den Tod des Mannes bestätigt, und die Frau kann solche von den Erben des Man-

nicht eingeführt war. Die frühesten Constitutionen, die wir darüber haben, datiren sich von Constantin dem Großen, und erfordern auch nur die *Insinuation* bey solchen Schenkungen, welche wenigstens 200 *Solidos* betragen. Erst Justinian erhöhet die Summe der Schenkungen. Man sehe von Savigny über die *lex Cincia de donis et muneribus*. §. VIII. in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 4. B. S. 31 ff.

- 95) S. von Savigny angef. Abh. über die *lex Cincia* §. II. in d. Zeitschrift 4. B. S. 8.  
 96) Man vergleiche nur die *L. 1. D. de donat. L. 35. §. 5. C. de donat.* und *SENeca de vita beata. Cap. 24.*  
 97) S. *L. 5. §. 12. et 15. D. h. t.* S. VINNIUS *Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 15. in fin. pag. 189.*

nes fordern. Dieß ist der Sinn der letztern Worte: ab heredibus mariti, *quatenus liberalitas interposita munita est*, wie sie auch Amaya<sup>98)</sup> ganz richtig erklärt hat. So glaube ich nun die von vielen unrichtig verstandene Oratio des Kaisers Antoninus Caracalla, ihrem wahren Inhalte nach, richtig dargestellt zu haben, und ich will zur Uebersicht nur noch einen Versuch machen, die Oratio des Kaisers, so weit es aus Ulpian's Fragmenten möglich ist, zu restituiren.

## §. 1254. a.

Versuch einer wörtlichen Restitution der Oratio des Kaisers Antoninus.

So viel sich aus Ulpian's *libro 32 und 33. ad Sabinum* schließen läßt, bestand die Oratio des Kaisers aus zwey Theilen. Der erstere, oder der Eingang der Oratio, enthält eine Darstellung des ältern Rechts nebst dessen Gründen, der andere Theil aber den Antrag

98) Observat. iur. Lib. II. cap. 11. nr. 43. pag. 210. Diese Erklärung bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 42. pag. 698. wo es heißt: ἐνάγονται οἱ κληρονόμοι ἀναγκαζόμενοι παρασχεῖν ἄπερ ὁ ἀνὴρ ἐδώρησατο. ἴσχυσε γὰρ τῷ θανάτῳ τοῦ ἀνδρός ἢ θωρεὰ. i. e. *conveniuntur heredes, necesse habentes praestare, quae maritus donavit: morte enim mariti donatio convaluit.* Es erscheint zugleich aus dieser Stelle, daß die Lesart: *quatenus liberalitas interposita munita est*, d. i. *morte confirmata est*, die richtige, und derjenigen, welcher die Glosse gedenkt, nämlich *minuta*, d. i. in Beziehung auf die Falcidie, welcher Schenkungen unter den Ehegatten unterworfen sind, vorzuziehen sey.

des Kaisers zur Milderung desselben, welcher durch das darauf gemachte Senatusconsult genehmiget wurde. Es scheint demnach die Oration des Kaisers folgendermassen gelautet zu haben.

MAJORES NOSTRI INTER VIRUM ET UXOREM DONATIONES PROHIBUERUNT, PATRES CONSCRIPTI, AMOREM HONESTUM SOLIS ANIMIS AESTIMANTES, FAMAE ETIAM CONJUNCTORUM CONSULENTES, NE CONCORDIA PRETIO CONCILIARI VIDERETUR, NEVE MELIOR IN PAUPERIATEM INCIDERET, DETERIOR DITIOR FIERET<sup>99</sup>).

SED DISPICITE, PATRES CONSCRIPTI, NUNQUID SIT AEQUIUS<sup>100</sup>), ALIQUID EX ISTIUS JURIS RIGORE RELAXARE, ET DONATIONES INTER VIRUM ET UXOREM QUODAMMODO CONFIRMARE. PLACET IGITUR, DONATIONES INTER VIRUM ET UXOREM, ET QUIDEM NON SOLUM QUOD AD EA PERTINET, QUAE NOMINE UXORIS A VIRO COMPARATA SUNT, SED OMNES OMNINO DONATIONES, INTER VIRUM ET UXOREM FACTAS, QUAS A MAJORIBUS NOSTRIS IMPEDIRI DIXIMUS, ITA CONFIRMARE, UT SI DONATOR PRIOR DECESSERIT, ET IN EADEM VOLUNTATE DONATIONIS USQUE AD ULTIMUM DIEM VITAE PERSEVERAVERIT, IPSO JURE RES FIANTE EJUS, CUI DONATAE SUNT, ET OBLIGATIO SIT CIVILIS<sup>1)</sup>).

99) *L. 5. pr. D. h. t.*

100) Dieser Formel bedient sich auch Hadrian in seiner Oration de petitione hereditatis. *L. 22. D. de heredit. petit.*

1) *L. 32. §. 1. D. h. t. L. 5. C. h. t.*

FAS ENIM ESSE, EUM QUIDEM, QUI DONAVIT, POENITERE: HEREDEM VERO ERIPERE FORSITAN ADVERSUS VOLUNTATEM SUPREMAM EJUS, QUI DONAVERIT, DURUM ET AVARUM ESSE <sup>2)</sup>).

SED UBI SEMEL DONATOREM POENITUIT, ETIAM HEREDI REVOCANDI POTESTATEM TRIBUIMUS, SI APPAREAT, DEFUNCTUM EVIDENTER REVOCASSE VOLUNTATEM <sup>3)</sup>. REVOCANDI AUTEM POTESTATEM EATENUS SOLUM CONCEDIMUS, QUATENUS IS, QUI DONUM ACCEPIT, ID HAUD CONSUMPSISSE REPERIATUR <sup>4)</sup>.

QUOD SI PRIOR VITA DECESSERIT IS, QUI DONATUM ACCEPIT, NULLIUS MOMENTI DONATIONEM ESSE VOLUMUS <sup>5)</sup>. ET ITA QUOQUE, SI DIVORTIUM POST DONATIONEM INTERCESSIT, VETERI JURI STANDUM, SIC TAMEN, UT, SI MARITUS UXORI DONATUM VELIT, VALEAT DONATIO: QUOD SI NON VELIT, EXSTINGUATUR <sup>6)</sup>.

### §. 1254. b.

Erläuterung einiger Stellen der Dration aus Ulpian's *libro 35. ad Sabinum* nämlich der *L. 32. §. 16 — 22. D. h. t.*

Zur Erläuterung dieser Dration sind hier noch folgende Bemerkungen aus der *L. 32. h. t.* nachzuholen.

2) *L. 32. §. 2. eodem.*

3) *L. 32. §. 4. D. eod.*

4) *L. 32. §. 9. D. eod.*

5) *L. 32. §. 14. D. eodem.*

6) *L. 32. §. 10. D. eodem.*



1) Wenn gleich die Oratio in den Worten nur der Schenkungen unter Ehegatten gedenkt; so ist doch die Absicht derselben auch auf die übrigen Personen gerichtet, unter denen das ältere Recht die Schenkungen der Ehe wegen verboten hatte<sup>7)</sup>. Ulpian bemerkt dieses §. 16. wo er sagt: *Oratio non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam ceteros, qui propter matrimonium donare prohibentur: utputa 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 PAPINIUS libro quarto Responsorum sensit, sic enim scribit: Socer nurui, vel genero donavit: postea filius eius, vel filia, constante matrimonio, vita decessit: quamquam vitium donationis perseveret, tamen, si socer nullam quaestionem donationibus<sup>8)</sup> intulit, post mortem eius contra heredes orationis sententia videtur intervenire<sup>9)</sup>: nam quae ratio<sup>10)</sup> donationem prohibuit,*

7) S. oben in dem 25. Th. §. 1253. a. S. 458 ff.

8) Cod. Erl. *donationi*. CHEVALLON. und BAUDOZA de donationibus.

9) Cod. Erl. *post mortem eius contra heredes distrahere donationes volentes orationis sententia videatur intervenire*. CHEVALLON und BAUDOZA: *post mortem eius heredes distrahere donationes non possunt, quoniam orationis sententia videatur intervenire*. BRENNMANN hat Unrecht, wenn er diese nur in einigen Ausgaben befindliche Lesart, als entschiedene lectio vulgata, ansieht, wie auch schon DIRKSEN in den civilistischen Abhandlungen 1. B. S. 409. erinnert hat.

*eadem beneficium datum* <sup>11)</sup> *imploravit* <sup>12)</sup>. Ut igitur valeat donatio ista, PAPINIANUS exigit, ut et

10) CHEVALLON und BAUDOZA lesen *oratio*, statt *ratio*, wohl offenbar unrichtig.

11) HALOAND. und MIRÆUS haben *ratum*, statt *datum*; ohne allen Sinn.

12) Die florentinische Ausgabe hat *implorabit*. Allein Brenkmann bemerkt, daß in der florent. Handschrift über das *b* ein *u* geschrieben stehe, aber doch die Lesart *implorabit*, ohne das große *B* vorzuziehen sey. Der Lesart *implorabit* giebt auch *J. Ger. Christ. Rückker* in *Diss. de L. VI. §. 1. π. Quemadm. servitut. amitt. etc. Lugd. Bat. 1751.* (in *Thes. Diss. iurid. in acad. Belgic. habitat. Vol. I. Tom. I. Nr. VI.*) *Cap. I. Sect. III. not. b. p. 281 sq.* den Vorzug. Allein alle Ausgaben lesen jetzt *imploravit*. Eben so unser *Cod. Erl.* auch *Cod. Regiom.* wie *Ditkfen a. a. D.* bemerkt. *Jo. Guil. Hoffmann* hingegen stellt in seinen *Observation. var. ad Pandect. Diss. XXII. §. 4.* die Vermuthung auf, es sey *improbavit*, anstatt *imploravit* zu lesen, nämlich in dem Sinne: *Quae ratio donationem* (sc. *inter virum et uxorem*) *prohibuit, eadem beneficium* (sc. *a socero genero*) *datum improbat*. So wie also, fügt er noch hinzu, wenn dieser Grund aus dem Wege geräumt ist, die Schenkungen unter den Ehegatten gelten, so werden sie nun auch zwischen dem Schwiegervater oder Schwiegersohn gültig seyn, nämlich wenn deren Wirksamkeit in einen Zeitpunkt fällt, wo die Ehe durch den Tod getrennt worden ist. Allein ist dem scharfsinnigen Critiker je eine Conjectur mißlungen, so ist es gewiß diese. Die Schenkung, deren Papinian hier gedenkt, ist keine Schenkung zwischen Mann und Frau, sondern es ist von eben derselben die Rede, von welcher Ulpian handelte, nämlich welche der Schwie-

filius eius, qui donavit, ante decesserit, et socer postea, durante voluntate.

gerbater mit der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohn errichtet hatte. Das *beneficium datum* aber ist nicht dieses Geschenk, was der Schwiegervater der Schwiegertochter oder dem Schwiegersohne gemacht hat, denn das Geschenk selbst wird nie *beneficium* genannt, sondern *donum*. *Beneficium datum* ist vielmehr das *beneficium Orationis*, wie es Ulpian auch schon vorher in derselben L. 52. §. 9. h. t. genannt hatte, nämlich die Wohlthat, welche durch die Oration dem beschenkten Ehegatten zu Theil wird, vermöge welcher demselben nun nicht mehr das Geschenk von den Erben des Schenkenden nach dessen Tode entzogen werden kann, wenn dieser selbst die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen hat. Offenbar wird also hier dieses *beneficium* dem Verbote des ältern Rechts entgegengesetzt. Ueberdem ist auch hier gar nicht von einer solchen Schenkung die Rede, deren Erfüllung auf einen Zeitpunkt verschoben worden ist, wo die Ehe aufgehört hat. Nein! es bedurfte die Schenkung in dem vom Papinian vorgetragenen Falle der Bestätigung der Oration. Denn die Schenkung, welche der Schwiegervater seiner Schwiegertochter gemacht hatte, während ihr Mann noch in der väterlichen Gewalt desselben war, war wegen der Einheit dieser Personen eben so anzusehen, als wenn der Sohn selbst das Geschenk seiner Frau gegeben hätte. Es stand der Convalescenz noch ein Hinderniß im Wege, welches erst noch weggeräumt werden mußte. Wäre hingegen die Schenkung eine solche gewesen, wie sich Hoffmann dieselbe gedacht hat, so hätte sie, als gleich anfangs ipso iure gültig, einer Bestätigung gar nicht weiter bedurft. Es ist also die gemeine Lesart *imploravit*, oder auch die Laurellische *implorabit* um so mehr beizubehalten, da sie auf *beneficium datum* vollkom-

Um zu zeigen, daß die Oratio ANTONINI, wenn gleich nicht in den Worten, doch in der Absicht, und ihrem wahren Sinne nach, den Fall begreife, da die Schenkung nicht unmittelbar unter den Ehegatten selbst, sondern von einer solchen Person oder an eine solche Person geschehen ist, in deren väterlichen Gewalt sich die Ehegatten befinden, führt Ulpian den Fall an, wenn der Schwiegervater der Schwiegertochter, oder dem Schwiegersohn, und umgekehrt, die Schwiegertochter, oder der Schwiegersohn dem Schwiegervater ein Geschenk giebt. Nach der Strenge des ältern Rechts war diese Schenkung eben so ungültig, wie die zwischen Mann und Frau. Allein da die Oratio alle die Schenkungen erlaubt, welche das ältere Recht der Ehe wegen verboten hatte; so muß nun auch diesen Personen ex mente Orationis auf den Fall zu schenken erlaubt seyn, auf welchen die Schenkung zwischen Mann und Frau erlaubt ist; nämlich so, daß wie nach den Worten der Oratio die Schenkung zwischen Mann und Frau convalescirt, wenn derjenige, welcher geschenkt hat, stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, nun auch nothwendig nach dem Geiste und dem wahren Sinne der Oratio die Schenkung auf gleiche Weise unter den oben genannten Personen convalescirt, wenn, nach erfolgter Trennung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten, der Donator stirbt, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben. Ulpian beruft sich nun noch, zur Bestärkung seiner Meinung, auf Papinian, und führt aus dem vierten

men paßt, und besonders für jene erste die Uebereinstimmung aller bekannten Handschriften und Ausgaben spricht.

Buche seiner Gutachten eine ganze Stelle wörtlich an, wo derselbe eben diesen Fall nach der *sententia Orationis* entschieden hat. Wenn also, sagt Papinian, der Schwiegervater seiner Schwiegertochter oder seinem Schwiegersohne ein Geschenk gemacht hat, und der Sohn oder die Tochter des Schenkgebers während der Ehe stirbt; so ist zwar, so lange der Donator lebt, das Hinderniß der Schenkung noch nicht gehoben; aber stirbt nachher auch der Schwiegervater, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben; so scheint nun die Analogie der *Oratio* dem beschenkten Theile gegen die Erben des Donators zu statten zu kommen, wenn diese sich einfallen ließen, die Schenkung aus dem Grunde widerrufen zu wollen, weil die *Oratio* nur von Schenkungen zwischen Mann und Frau spreche. Denn so weit sich das Verbot des ältern Rechts erstreckt, so weit erstreckt sich auch natürlich die Wohlthat der *Oratio*. So wie also das ältere Recht die Schenkung zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter, wenn der Sohn oder die Tochter noch in der väterlichen Gewalt war, eben so gut verbot, wie die Schenkung zwischen dem Manne und der Frau; und zwar wegen der Ehe, weil das, was der Schwiegervater der Schwiegertochter geschenkt hatte, eben so angesehen wurde, als ob es der Ehemann, der noch in väterlicher Gewalt war, seiner Frau selbst geschenkt hätte; so wird nun derselbe Grund machen, daß die beschenkte Schwiegertochter die Wohlthat der *Oratio* gegen die Erben des verstorbenen Schwiegervaters in Anspruch nehmen kann<sup>13)</sup>. Soll also die Schenkung

13) Man sieht hieraus, daß das Wort *implorare* zu *beneficium* (so. *Oratione*) *datum* sehr gut paßt, und nicht Glücks Erläut. d. Pand. 26. Th. 3

fung, welche der Schwiegervater seiner Schwiegertochter gemacht hat, convalesciren, so erfordert Papinian, daß nicht nur der Sohn während der Ehe, sondern auch nach ihm der Vater gestorben seye, und die Schenkung bey seinem Leben nicht widerrufen haben müsse. Wäre der Schwiegervater gestorben, während sein Sohn noch lebte, so kann nun die Schenkung nicht convalesciren, weil das Hinderniß der Ehe, durch den Tod des Donators, nicht gehoben ist, welches, fortdauernd, der Gültigkeit der Schenkung entgegensteht<sup>14)</sup>:

Befindet sich der Ehemann zwar noch in väterlicher Gewalt, er besitzt aber ein Vermögen, worüber er, gleich einem paterfamilias, disponiren kann, und macht davon seiner Frau ein Geschenk, so wird nur auf seine Person allein Rücksicht genommen; der Vater, in dessen Gewalt er noch ist, kommt in keine Betrachtung. Stirbt also der Ehemann, so convalescirt die Schenkung durch seinen Tod, auch wenn sein Vater noch lebt; wie ebenfalls Ulpian sagt.

L. 32. §. 17. h. t. Si filiusfamilias, qui castrense peculium habet, vel quasi castrense<sup>15)</sup>

geändert werden darf. Es ist auch die Art, wie sich Papinian hier ausdrückt, nicht ungewöhnlich. Denn Paulus sagt L. 87. §. 3. D. de legatis II. auf ähnliche Weise *ratio deposcit*. Mehrere Beispiele dieser Art findet man bey BRISSEAU. de Verbor. iuris Significat. voc. *Ratio* nr. 1. Auch so ist der Ausdruck *beneficium implorare, implorare auxilium*, für *petere, poscere* sehr gewöhnlich. Eine Menge Stellen führt ebenfalls BRISSEAU voc. *Implorare* an.

14) S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XC. not. e.

15) POTHIER Pand. Justin. c. I. not. g. hält die Worte: *vel quasi castrense* für einen Tribonianismus. Allein

uxori donat: *fili personam et mortem* <sup>16)</sup> spectabimus <sup>17)</sup>).

Hätte er die Schenkung von einem solchen Vermögen der Frau gemacht, worüber er ohne des Vaters Einwilligung nicht disponiren konnte, so würde es eben so anzusehen seyn, als ob der Vater selbst das Geschenk der Frau gemacht hätte, mithin auch auf seine Person und seinen Tod Rücksicht zu nehmen seyn <sup>18)</sup>).

Hat die Schwiegertochter dem Schwiegervater ein Geschenk gemacht, so kommt es auf den Tod der Schenkgeberin, und darauf an, daß sie die Schenkung bey ihrem Leben nicht widerrufen habe. Stirbt der Schwiegervater vor ihr, so lebt entweder ihr Mann noch, oder er ist schon vorher gestorben. Im letztem Falle geht die Schenkung zu Grunde. In dem erstern Falle aber ist wieder zu unterscheiden. Der Mann war entweder der alleinige Erbe seines Vaters, oder nicht. In jenem Falle ist nun die dem Schwiegervater gemachte Schenkung als eine neue Schenkung anzusehen, welche die Frau dem Manne gemacht hat. Denn die dem Schwiegervater gemachte Schenkung ist eigentlich mit seinem Tode erloschen. Er konnte sie auch, da er sie noch nicht erworben hatte, nicht auf seinen Erben transmittiren. Die Frau, oder die Schwiegertochter konnte sie also wi-

mit Unrecht. Man vergleiche den 2. Th. dieses Commentars §. 136. S. 250. f.

16) Cod. Erl. et mortem eius.

17) Mehrere alte Ausgaben lesen *spectamus*, z. B. Ehevallon, und Baudoja.

18) S. POTIER c. l. not. f. pag. 54.

derrufen. Hat sie es aber nicht gethan, sondern das Geschenk in den Händen ihres Mannes, als des alleinigen Erben ihres Schwiegervaters, gelassen, so wird dieß als eine neue Schenkung angesehen, die die Frau jetzt ihrem Ehemanne gemacht hat. Hat nun der Mann die Frau überlebt, ohne daß dieselbe die Schenkung widerrufen hat, so wird sie nun durch ihren Tod gültig. Wäre hingegen der Mann nicht Erbe seines Vaters geworden, so geht mit dem Tode des Schwiegervaters die ganze Schenkung zu Grunde, denn hier tritt ein neues Verhältniß ein. Die Person des fremden Erben steht mit der gewesenen Schwiegertochter des Erblassers nicht in einem solchen Verhältniß, wie ihr Ehemann, daß auch bey ihm eine neue Schenkung präsumirt werden könnte. So ist folgende Stelle zu verstehen.

L. 32. §. 18. D. h. t. Si nurus socero donaverit; mortem nurus et perseverantem in supremam diem <sup>19)</sup> voluntatem spectare <sup>20)</sup> nos oportet. Quod si socer ante decesserit, dicemus extinctam <sup>21)</sup> donationem? an, quia maritus vivit, si uxori suae supervixit <sup>22)</sup>, admittimus vim habere donationem? Et <sup>23)</sup> si quidem maritus solus socero heres exstitit <sup>24)</sup>, quasi nova donatio potest servari in maritum collata: ut illa finita sit, alia

19) Cod. Erl. in *suprema die*.

20) C. E. *expectare*.

21) C. E. *extinctam esse donationem*.

22) C. E. *supervixerit*.

23) C. E. *Ut*.

24) C. E. *extiterit*.



coeperit: sin vero filius heres patri non est, finita erit donatio <sup>25)</sup>, *ratione nova* <sup>26)</sup>).

- 25) Nach dem Wort donatio, hat *Cod. Erl.* ein Unterscheidungszeichen.
- 26) Die Worte *nova ratione* sind den größten Rechtsgelehrten ein Stein des Anstoßes gewesen. *CUJACIUS* Observation. Lib. XXV. Cap. 9. glaubt, diese Worte gehörten zum folgenden §. 19., wo *Ulpian* auf den Fall kommt, wenn der Schwiegervater der Schwiegertochter die Ehescheidung angekündigt hat. Hier wird gesagt: *dónatio erit irrita* nämlich die Schenkung, von welcher vorher die Rede war, welche dem Schwiegervater von der Schwiegertochter war gemacht worden, werde dadurch unwirksam. Zwar könne durch ein solches *Repudium* vermöge eines Rescripts des Kaisers *Antoninus*, die Ehe zwischen den Ehegatten selbst, wider deren Willen, nicht aufgehoben werden, aber das *Repudium* gelte wenigstens zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter, und hebe die Schenkung unter ihnen auf. Der Grund hiervon, sagt nun *Cujaz*, liege nicht in der *Oratio*, sondern sey ein neuer Grund, den hier *Ulpian* annimmt, nämlich die Schenkung werde in diesem Falle darum aufgehoben, weil durch das *Repudium* die Ehe wenigstens im Verhältniß des Schwiegervaters zur Schwiegertochter für aufgehoben zu halten sey. Man müsse also, meint *Cujaz*, im §. 19. so lesen: *donatio erit irrita, ratione nova*. Allein mag immerhin *Ant. SCHULTING* ad *PAULI Sentent. Recept. Lib. V. Tit. 15. not. 80.* (in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 463.) diese Versehung der Worte eine *probabilis conjectura* nennen; so scheint sie mir doch höchst erzwungen, und unwahrscheinlich, auch ganz unnöthig zu seyn. Denn das ist ja gar nichts Neues, daß durch Aufhebung der Ehe, welche hier zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter angenommen wird, auch die Schen-

Wie aber wenn der Sohn und ein Fremder zugleich den Schwiegervater beerbt hätten? den Fall berührt Ulpian

unter ihnen zu Grunde geht. Da hier von keinem *Divortium bona gratia* die Rede seyn kann, so müssen sich ja wohl unter solchen Umständen die Gesinnungen ändern; und was ist denn also auch wohl natürlicher, als die Schenkung von Seite der beleidigten Schwiegertochter für widerrufen zu halten? Dies hat auch schon GENTILIS *de donation. inter V. et U. Lib. III. cap. 22. p. 349.* gegen Euzaz erinnert. Ich muß also hier mit dem Prätor sagen: *Quominus verba, ratione nova, loco suo moveantur, et in alium transferantur, vim fieri veto.* Allein nicht viel besser ist die Emendation des GENTILIS, welcher *Lib. III. cap. 26. pag. 360.* glaubt, daß *Oratione nova* gelesen werden müsse, nämlich, durch Semination des letztern Buchstabens von dem vorhergehenden Worte *donatio*. So, sagt er, scheine auch Accursius gelesen zu haben, wenn er bey diesen Worten die Bemerkung macht: *Divi Severi, quae fuit, ut, si prius decederet, qui donatum accepit, quod donatio extingatur.* Gerade aus diesem Grunde giebt auch Ant. FABER *Conjecturar. iuris civ. Lib. V. Cap. 17.* dieser Lesart Beyfall. Er fügt noch hinzu, Ulpian habe die Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus mit Recht eine *oratio nova* nennen können, weil sie zu seinen Zeiten noch etwas Neues war, so wie derselbe Ulpian auch in eben dem Sinne *L. 1. §. 15. D. de ventre in possessionem mitt.* von einem *edicto novo* spricht. Allein diese Meinung widerlegt sich dadurch von selbst, daß Ulpian hier von einem solchen Falle redet, wo die Schwiegertochter dem Schwiegervater ein Geschenk gemacht hat. Von Schenkungen zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern redete aber die *Oratio* nicht, sondern bloß von Schenkungen zwischen Mann und Frau. Jene subsumirte bloß die In-

pian nicht. Accursius meint, die Schenkung werde in diesem Falle durch den Tod der Frau, wenn der Mann sie überlebt hat, nach dem Verhältniß seines Erbtheils bestätigt, und ihm stimmt auch Gentilis<sup>27)</sup> bey. Eben so Anton Faber<sup>28)</sup>. Nach der Billigkeit könnte man auch dieser Meinung beystimmen. Allein ob dieses gerade Ulpian's Meinung sey, steht dahin. Denn warum sagt er denn so bestimmt: *Et si quidem maritus solus socero heres exstitit, quasi nova donatio potest servari in maritum collata, ut illa finita sit, alia coeperit?* Der Gegensatz hievon ist nun: *Sin vero filius heres non est.* Als Gegensatz von *solus heres*, kann also dieses wohl nichts anders heißen, als

terpretation unter das Gesetz *ex mente eius et sententia*, wie aus *L. 52. §. 16. h. t.* deutlich zu sehen ist. *Ger. Noodr Comment. ad Dig. h. t. §.* *Inde quaeritur.* (*Oper. Tom. II. pag. 520.*) glaubt endlich, die Worte: *ratione nova* seyen nicht gerade auf den unmittelbar vorhergehenden letzten Fall zu beziehen, wo gesagt wird,  *finita erit donatio*, sondern sie gingen auch auf den erstern, und also auf beyde Fälle zugleich. Ihm sind auch POTHIER in *Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXXII. not. f. pag. 55.* *P. J. de FREMBERT. Diss. de Rationibus veter. Ictor. p. 39.* und andere beygetreten. Ich kann aber auch dieser Meinung nicht beystimmen. Denn daß die Worte *ratione nova* sich bloß auf den letzten Fall beschränken, ist sichtbar. Sie wolten offenbar weiter nichts sagen, als soviel, nämlich in dem letztern Falle trete ein ganz anderes Verhältniß ein. *Nova ratione* ist hier also eben soviel, als wenn CICERO *Lib. X. ad Divers. Epist. 5.* sagt: *Nunc alia ratio est.*

27) *Lib. III. Cap. 26. pag. 360.*

28) *Conjectur. Lib. V. cap. 17.*

wenn der Sohn nicht der alleinige Erbe seines Vaters ist, er sey nun von seinem Vater entweder mit Andern zum Erben eingesetzt, oder enterbt. Nach dieser Ansicht müßte also von Seiten der Frau eine deutlichere Erklärung erfolgen, daß das dem Schwiegervater gemachte Geschenk auf den Ehemann übergehen solle. Z. B. es ist eine individuelle Sache von bedeutendem Werth. Sie ist in der Erbtheilung dem Mann zugewallen. Der Mann hat also die Sache im Besitz. Dieses weiß die Frau, läßt sie aber dem Manne, ohne sie zurückzufordern, und stirbt vor ihm.

Sind beyde Ehegatten noch in väterlicher Gewalt, und der eine Schwiegervater derselben hat dem andern Schwiegervater ein Geschenk gemacht; so erfordert auch diese Schenkung, daß sie durch den, ohne Widerruf derselben, erfolgten Tod des Donators bestätigt werde. Denn auch die Schenkungen unter den Schwiegervätern gelten um der Ehe der Kinder willen nicht, die noch in ihrer väterlichen Gewalt sind. Der Tod des Schenkgebers muß aber freylich erfolgt seyn, während die Ehe des Sohns oder der Tochter desselben noch bestand, und die väterliche Gewalt durch Emancipation nicht aufgehoben war. Ulpian sagt dieses ausdrücklich.

*L. 32. §. 20. D. h. t. In hac autem donatione, inter soceros facta, mors desideranda est eius, qui donavit, constante matrimonio, et iure potestatis durante. Idemque et in his, qui sunt in eorum potestate.*

Wenn Pothier <sup>29)</sup> diese Stelle so versteht, daß die Schenkung der Bestätigung durch den Tod des Donators

29) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXX. not. d. pag. 51.

nur dann bedürfe, wenn sie geschähe, während die Ehe und das Recht der väterlichen Gewalt noch bestand; so beruht diese Erklärung auf einer unrichtigen Interpunction. Es muß nämlich, wie auch Gentilis<sup>30)</sup> erinnert hat, nach den Worten: qui donaverit, ein Komma<sup>31)</sup> gemacht werden, welches in der Laurellischen Ausgabe und allen denen fehlt, welche ihr gefolgt sind<sup>32)</sup>, und so auch in der Gebauerisch-Spangenbergischen, in welcher auch sogar das Komma, welches in der Laurellischen Ausgabe nach constante matrimonio steht, weggelassen worden ist. Nach dieser berichtigten Interpunction sind also die Worte, constante matrimonio, offenbar nicht auf die Zeit der gemachten Schenkung, sondern auf die Zeit des Todes des Donators zu beziehen. Denn jene Zeitbestimmung wäre überflüssig ja ungereimt gewesen, weil ja die Schenkung, wenn sie nicht während der Ehe gemacht worden ist, schon ipso iure gelten, und keiner weitem Bestätigung bedürfen würde. Darüber aber konnte Zweifel entstehen, ob der Tod des Schenkers noch während der Ehe des Sohns oder der Tochter erfolgt seyn müsse, damit die dem andern Schwiegervater gemachte Schenkung dadurch bestätigt werde. Und dieses behauptet Ulpian, weil wenn die Ehe zu der Zeit unter den Kindern wäre

30) Lib. III. cap. 22. pag. 349.

31) Dieses Komma steht auch nach den Worten, qui donavit, in vielen alten Ausgaben, die ich verglichen habe, nämlich bey Haloander, Chevallon, Miräus, Merlinus, und Baudoja.

32) So fehlt das Komma bey Ruffard, Hugo a Porta, Contius, Charondas, Paclius und in den Gothofredischen Ausgaben.

getrennt worden, die Schenkung ohne Zweifel für wider-  
rufen zu halten seyn würde. Daher geht auch die Schen-  
kung zu Grunde, wenn einer oder beyde Schwiegerväter  
den Kindern wider ihren Willen die Ehescheidung ankün-  
digen, oder einer oder beyde Schwiegerväter die verhey-  
ratheten Kinder emancipiren. Nun kann die Schenkung  
durch den Tod des Schenkenden keine Gültigkeit mehr er-  
langen, und die Oration findet in diesen Fällen keine  
Anwendung<sup>33)</sup>. In folgenden Worten hat dieses Ulpian  
ganz bestimmt ausgedrückt.

L. 32. §. 20. *D. h. t.* Proinde et si duo con-  
soceri invicem donaverint, idem erit dicendum:  
*si invitis filiis nuncium remiserint, inter ipsos irri-  
tam esse donationem.*

§ 21. *Si consocer consocero donaverit, et  
alter eorum, vel uterque copulatos emancipaverit:  
debet dici, donationem ad Orationem non per-  
tinere, et ideo infirmari*<sup>34)</sup> *donationem.*

Eben dieß gilt auch in dem Falle, wenn der Schwie-  
gervater dem Schwiegersohn ein Geschenk giebt, und  
zwar der Schwiegervater noch während der Ehe gestorben  
ist, seine Tochter aber, die noch in der väterlichen Ge-  
walt war, sich nachher von ihrem Manne getrennt hat.  
Auch hierdurch geht die Schenkung zu Grunde, wie aus  
folgendem Rescript des Kaisers Alexander erhellet.

L. 5. *C. h. t.* Si, ut proponis, pater tuus,  
in cuius potestate fuisti, marito tuo, genero suo,

33) S. GENTILIS de donation. inter V. et U. Lib. III.  
Cap. 22. et 23.

34) Dieß heißt hier soviel, als non confirmari. S. POTHIER  
Pand. Justin. T. II. Nr. XCI. not. i.

## De donationibus inter virum et uxorem. 139

instrumentum debitoris donationis causa dedit, isque matrimonio durante vita functus est, ac postea a marito divertisti: quod gestum est, non valet.

Von einem solchen Falle sind die Worte am Ende des §. 20. zu verstehen, wo Ulpian sagt: *Idemque et in his, qui sunt in eorum potestate.*

Ist die Schenkung zwischen dem Bräutigam und der Braut errichtet, aber die Vollziehung derselben bis zur Zeit der geschlossenen Ehe verschoben worden, so ist zwar auch dieser Fall in den Worten der Oration nicht begriffen; allein die Interpretation hat den Sinn der Oration mit Recht auch auf diesen Fall erstreckt. Wird also die Schenkung während der Ehe nicht widerrufen, so convalescirt sie durch den Tod des Donators, wie der folgende §. 22. lehrt, wo Ulpian sagt:

*Si sponsus sponsae donaverit, in tempus matrimonii collata donatione: quamvis inter virum et uxorem donatio non videatur facta, et verba Orationis minus sufficiant, tamen donationem dicendum est ad sententiam Orationis pertinere, ut, si duraverit voluntas usque ad mortem, valeat donatio.*

### §. 1254. c.

Fälle, in welchen die Schenkungen unter den Ehegatten durch den Tod des Donators nicht convalesciren. 1) Wegen erfolgten Divortium. L. 52. §. 10. 11. 12. 15. D. h. t.

L. 62. §. 1. eod.

Bermöge der Oration des Kaisers Antoninus convalesciren also Schenkungen unter Ehegatten, wenn der

Schenkgeber während der Ehe stirbt, ohne die Schenkung bey seinem Leben widerrufen zu haben, und der Beschenkte ihn überlebt hat. Sie erlöschen also 1) wenn die Ehe durch ein Divortium getrennt worden, oder 2) der Beschenkte vor dem Donator verstorben ist, oder 3) der Donator die Schenkung widerrufen hat <sup>35)</sup>. Von dem dritten Falle wird §. 1255. handeln. Das Convalesciren einer Schenkung zwischen Mann und Frau wird also

1) durch das Divortium gehindert. Man unterscheide davon den oben <sup>36)</sup> erörterten Fall, wenn die Schenkung *divortii causa* geschieht, wo sie gerade durch die erfolgte Ehescheidung bestätigt wird. Hier ist von einer Schenkung die Rede, welche nur durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit erhält. Eine solche erlischt in der Regel durch die Ehescheidung <sup>37)</sup>. Es wird aber hier ein wahres Divortium vorausgesetzt, welches einen ernsten, festen und dauerhaften Entschluß zum Grunde hat, die Ehe für immer aufzuheben, wo also die Ehegatten nicht in Frieden von einander scheiden, sondern sich aus Haß und Feindschaft trennen <sup>38)</sup>. Ein bloßes *frigusculum* oder *fribusculum*, das ist, ein zwischen den Ehegatten in der Hitze der Leidenschaft entstandener, aber vorübergehender Zwist, gesetzt auch, daß er mit kurzer Trennung verbunden war, hebt eine Schenkung unter

35) L. 18. *Cod. h. t.*

36) C. §. 1253. c. C. 70. ff.

37) C. GENTILIS Lib. III. cap. 17 — 20.

38) L. 3. *D. de divort.* In diesem Falle wird der Mann ein *inimicus uxoris* genannt. L. 78. §. 2. *in fin. D. de iure dot.* L. 59. *D. de poenis.* TERTULLIANUS *de Monogam.* Cap. 10.



denselben nicht auf, ja nicht einmal ein *divortium bona gratia factum*. Selbst wenn nach einem wirklichen mit aller Feierlichkeit geschehenen *Divortium* die Ehe von neuem wieder hergestellt wird, und eine völlige Ausöhnung erfolgt ist, tritt auch die Schenkung wieder in ihre Rechte ein, und convalescirt mit dem Tode des Donators. Ulpian sagt:

L. 32. §. 10. *D. h. t. Si divortium post donationem intercessit, aut prior decesserit, qui donum accepit, veteri iuri statutor<sup>39</sup>: hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio: quod si non vult, exstinguitur: plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi, et offensa.*

39) *D. h.* die Schenkung convalescirt hier durch den Tod des Donators eigentlich nicht, wenn er sie nicht in seinem letzten Willen bestätigt hat. Allein sie kann doch zuweilen convalesciren. Es kommt nämlich darauf an, wie die Ehescheidung erfolgt ist. Geschahe sie *bona gratia*, so wird der Wille des Schenkenden für unverändert, im Falle eines im Unfrieden erfolgten *Divortiums* aber die Schenkung für aufgehoben und widerrufen gehalten, so wie es auch bey einem Vermächtniß ist. L. 49. §. 5. et 6. *D. de legat. III.* Doch findet auch ein Gegenbeweis statt. L. 3. *D. de auro et argento leg.* Die Frage, ob die Schenkung im Falle eines erfolgten *Divortiums* convalesciren, oder nicht, ist also eigentlich factisch. S. NoODT *Comm. ad Dig. h. t. §. Convalescit igitur.* (*Oper. T. II. pag. 519.*) FINESTRES *et DE MONSALVO* Hermogenianus ad L. 60. *D. h. t. §. 6. pag. 508.* und POTHIER *Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. LXXIX. not. i. et k.*

§. 11. Quid ergo, si divortium factum est, deinde matrimonium restauratur: et in divortio vel mutata est voluntas, vel eadem duravit: restaurato tamen matrimonio, et voluntate donatoris reconciliata, an donatio duret, si constante matrimonio donator decesserit? et potest defendi, valere <sup>40</sup>).

§. 12. Quod si divortium non intercesserit, sed *fribusculum* <sup>41</sup>), profecto valebit donatio, si *fribusculum* quievit.

40) Auch schon ein neues Eheverlöbniß wird für hinreichend gehalten. L. 38. D. Soluto matrim. §. Ant. SCHULTING Not. ad Dig. Tom. IV. ad L. 32. §. 11. D. h. t. pag. 307.

41) Cod. Erl. ließt *frivusculum*. Diese Lesart hält BRISSONIUS de Verb. iuris Signif. voc. *fribusculum* für die richtigere, und glaubt die florentinische Lesart sey bloß durch die in dieser Handschrift so gewöhnliche Verwechslung der Buchstaben B. und V. entstanden. Er unterstüzt seine Meinung besonders mit einer Stelle aus ISIDORUS Lib. IX. Origin. cap. ult. wo er sagt; FRIVOLUM est, cum eo animo separantur coniuges, ut ad se invicem revertantur. CHEVALLON. hat *frivisculum*. HALLOAND. und MIRAEUS *frigusculum*. Diese Lesart hält PÜTTMANN Adversarior. iuris univ. Lib. II. Cap. 1. pag. 6. für die allein richtige. MERLINUS und BAUDOZA *friviculum*. NICOL. CATHARINUS Observation. et Conjecturar. Lib. III. cap. 3. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 784.) *jurgiusculum*. Die florentinische Lesart hat die wenigsten Vertheidiger gefunden. Die meisten hingegen geben der Lesart *frigusculum*, als der passendsten, den Vorzug. Diese vertheidigen noch insonderheit DECKER de Latinitate Ictor. vet. pag. 403. und HEINECIUS ad Brisson. voc. *fribusculum*.

Haben Standesverhältnisse, oder andere zufällige Umstände eine abgesonderte Wohnung eine Zeit lang unter den Ehegatten veranlaßt, die Ehegatten haben sich aber während dieser Zeit einander mit Liebe und Achtung begegnet, auch einander Geschenke gemacht; so wird eine solche abgesonderte Wohnung für keine Ehescheidung gehalten. Die Schenkungen, die sie einander während dieser Zeit gemacht haben, sind daher wahre Schenkungen unter Ehegatten, und also, so lange der Donator lebt, noch nicht unwiderruflich gültig, sondern erhalten diese Gültigkeit erst durch den Tod desselben.

L. 32. §. 13. *D. h. t.* Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant, quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum<sup>42)</sup>, puto, donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit.

Noch ist eine Stelle aus Hermogenian's *libro II. iuris Epitomarum* merkwürdig.

L. 62. §. 1. *D. h. t.* Divortio facto, nec instaurato matrimonio, non confirmabitur inter virum et uxorem facta donatio: nec inter patronum et libertam. Si ab eo invito divertere non licet,

42) Daß eine abgesonderte Wohnung der Ehegatten bey den Römern nicht ungewöhnlich gewesen, erhellet auch aus L. 15. *D. de act. rer. amotar.* Man s. FORNERIUS *Rer. Quotidian. Lib. III. cap. 5.* (in *Thes. I. R. Otton. Tom. II. pag. 199.*) und NOODT *Comm. ad Dig. h. t. §. Convalescit. pag. 519.*

facta donatio separatur, cum inter hos divortium intercedat: perinde enim id, quod donatum est, habetur divortio intercedente, ac si donatum non fuisset.

Zur Erläuterung dieser, von vielen für sehr schwierig gehaltenen, und daher auf mancherley Art verbesserten Stelle <sup>43)</sup>, bemerke ich vor allen Dingen, daß eine Liberta, welche ihren Patron geheyrathet hatte, sich von demselben nicht ohne seinen Willen scheiden durfte <sup>44)</sup>. Dieses Verbot war in der Lex Julia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus enthalten, durch welches Gesetz den Freygebornen, jedoch mit Ausnahme der Senatoren, erlaubt worden war, Freygelassene zu heyrathen, wie wir aus Celsus Digesten <sup>45)</sup> wissen. Die Worte jenes Verbots hat uns Ulpian <sup>46)</sup> aufbehalten. Sie lauten so.

DIVORTII FACIENDI POTESTAS LIBERTAE, QUAE NUPTA EST PATRONO, NE ESTO, QUAMDIU PATRONUS EAM UXOREM ESSE VOLET.

Eben hierauf deutet auch Hermogenian selbst hin, wenn er sagt: si ab eo invito divertere non

43) *S. Ant.* SCHULTING Not. ad Pand. s. Dig. a Nic. SMALLENBURG, animadversion. suis adjectis, editas Tom. IV. ad h. L. pag. 522.

44) L. 45. D. de ritu nuptiar. L. 10. D. de divort.

45) L. 23. D. de ritu nuptiar.

46) L. 11. pr. et §. 1. D. de divortiis. Man sehe HEINECCIUS ad Legem Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 12. und Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 143. ff.

licet. Hatte nun der Patron der Freygelassenen, seiner Frau, ein Geschenk gemacht, und die Ehe wurde nachher wider den Willen des Patrons geschieden, ohne bey dessen Leben wiederhergestellt worden zu seyn; so hob auch diese Ehescheidung, wie jede andere unter den Ehegatten, die Schenkung unter ihnen auf. Sie machte, daß die Schenkung nun durch den Tod des Patrons, ihres Ehemanns, eben so wenig, wie jede andere unter Ehegatten, wegen eines erfolgten Divortiums, bestätigt werden konnte. Die Schenkung ging also zu Grunde, und wurde nun eben so angesehen, als ob sie nie wäre gemacht worden. So ist der Sinn dieser Stelle, wie ich glaube, richtig dargestellt, bey deren Erklärung man soviel Schwierigkeiten gefunden hat. Diese Schwierigkeit liegt aber bloß darin, daß in der florentinischen Ausgabe die Interpunction ganz unrichtig ist, und diese Unrichtigkeit ist in alle neueren Ausgaben, welche ihr gefolgt sind <sup>47)</sup>, und so auch in die neueste Gebauerische Ausgabe, übergegangen. Es ist nämlich das Punctum nach *libertam* wegzustreichen <sup>48)</sup>, und so zu lesen: *nec inter patronum et libertam, si ab eo invito divertere non licet, facta donatio seperatur* <sup>49)</sup>; so daß also der Sinn dieser Worte dahin

47) Nur in der Ausgabe des *Julius PACIUS Atrebatii* 1580 f. in welcher übrigens auch der florentinische Text zum Grunde liegt, findet sich die richtige Interpunction, und die unrichtige florentinische ist nur am Rande bemerkt worden.

48) So emendirte schon, durch Aenderung der Interpunction, diese Stelle *GENTILIS* Lib. III. cap. 17. pag. 337. Man sehe auch *HASSE* Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. Kap. 8. §. 46. Not. 240. S. 163.

49) Gerade so lesen *HEVALLO*n, *MERLIN*, und *BAUDOZA*, und mit dieser Lesart stimmt auch *COD. ERLANG.* über Glück's Erläut. d. Pand. 26. Th. R

geht. Eine Schenkung zwischen dem Patron und der Freigelassenen, welche sich einander geheyrathet haben, macht selbst in dem Falle, da sich die *Liberta* von ihrem Patron nicht ohne seinen Willen scheiden darf, keine Ausnahme von der Regel<sup>50)</sup>, wenn dennoch ein *Divortium* unter ihnen wider den Willen des Patrons erfolgt wäre. Die Schenkung wird also hier so wenig, wie eine andere unter den Ehegatten, welche durch ein *Divortium*

ein. Zwar in etwas abweichend sind Halsander und Miräus. Sie lesen nämlich: *sed nec inter patronum et libertam (et si ab eo invito divertere non licet) facta donatio separatur*, doch ist auch hier die Interpunction richtig.

- 50) Dieß ist hier die Bedeutung des Wortes *separatur*, und die Lesart *confirmatur*, welche von Ruffard, und Charondas bemerkt worden, ist offenbar unrichtig. Eben so unnöthig ist auch die von Joseph. FINASTRES et DE MONSALVO in Hermogeniano ad h. L. 62. p. 522. vorgeschlagene Vertauschung des Wortes *separatur* mit *speratur*. In der Lesart *SEPARATUR* vereinigen sich alle bis jetzt bekannte Handschriften und Ausgaben. *Separatur* ist aber hier soviel, als *distinguitur*, und POTHIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXXIX. not. h. hat sehr richtig den Sinn getroffen, wenn er sagt: *Donatio inter patronum et libertam, quae a patrono invito divertit, non separatur, seu excipitur ab hac regula, quae statuit, non confirmari donationes, quum intercessit divortium.* Die Lesart *ET SI* für *SI* ab eo invito etc. welche auch GENTILIS Lib. III. cap. 17. pag. 338. billiget, hat eben so wenig, wie die übrigen, einige Auctorität für sich, wenn gleich Accursius das Wort *SI* durch *quamvis* erklärt. GENTILIS selbst sagt: *potest tamen vulgata lectio retineri.*

von einander getrennt worden sind, durch den Tod des Schenkers gültig. So weit wäre nun zwar alles im Reinen, man könnte auch sagen, es sey kein Grund vorhanden gewesen, warum eine Liberta, die sich von dem Patron wider dessen Willen trennt, gelinder hätte behandelt werden sollen, als eine freygebohrne Ehefrau, welche die Ehe gegen den Willen ihres Mannes aufhebt. Wenn nur nicht eine Schwierigkeit uns hier in den Weg träte. Ulpian sagt nämlich L. 1. D. *Unde vir et uxor*.

*Liberta ab invito patrono divortit, Lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono.*

Es scheint also die gegen das gesetzliche Verbot unternommene Ehescheidung nichtig zu seyn, und daher die sich gegen den Willen des Patrons scheidende Liberta desselben Ehefrau zu bleiben. Und dennoch lehrt uns eben derselbe Ulpian 51):

Quod ait lex: DIVORTII FACIENDI POTESTAS LIBERTAE, QUAE NUPTA EST PATRONO, NE ESTO, non infectum videtur effecisse divortium, quod iure civili dissolvere solet matrimonium: quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum. Denique scribit JULIANUS, de dote hanc actionem non habere: merito igitur, quamdiu patronus eius eam uxorem suam esse vult, cum nullo alio connubium ei est: nam quia intellexit legislator, facto libertae quasi diremptum matrimonium, detraxit ei cum alio connubium. Quare cuicumque nupserit, pro non nupta habe-

51) L. 11. pr. D. de divort.

bitur. JULIANUS quidem amplius putat, nec in concubinato eam alterius patroni esse posse.

Man sieht hieraus, daß wenn gleich die lex Julia einer Freigelassenen die Ehescheidung ohne den Willen ihres Patronus, und die Eingehung einer zweiten Ehe mit einem Andern verbot, dieselbe dennoch weder das eine noch das andere für nichtig erklärte, sondern nur in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen wurde die Ehe bald für aufgehoben, bald für noch fortdauernd gehalten, je nachdem ersteres dem Patron vortheilhaft, letzteres aber der Liberta nachtheilig war, weil es unbillig zu seyn schien, daß das Divortium dem Patron hätte zum Nachtheil, der Freigelassenen aber zum Vortheil gereichen sollen<sup>52)</sup>. Daher finden gegen die Liberta, die sich von ihrem Patron ohne seinen Willen geschieden hatte, nun alle die Klagen Statt, welche die Gesetze sonst während der Ehe gegen die Frau nicht gestatten, z. B. die actio rerum amotarum, ferner die actiones poenales, und actiones famosae<sup>53)</sup>. Der Liberta kam auch nach dem Tode des Patronus die honorum possessio ex Edicto unde vir et uxor nicht zu statten<sup>54)</sup>. In Ansehung dieser Wirkungen wurde also die Ehescheidung für gültig gehalten. Der Frau hingegen wurde die actio de dote gegen ihren Mann versagt, welche ihr nur dann zustand, wenn sie sich mit des Patronus Einwilligung von ihm ge-

52) Man sehe vorzüglich Franc. RAMOS DEL MANZANO Comm. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XXVIII. (in Thes. Meerman. Tom. V. pag. 490. sqq.)

53) L. 25. D. de act. rer. amotar. L. 2. Cod. Rer. amotar.

54) L. 1. §. 1. D. Unde vir. et uxor.



trennt hatte<sup>55)</sup>, und die Ehe, die sie nachher mit einem Andern schloß, war zwar keine richtige Ehe, aber auch kein *justum matrimonium*<sup>56)</sup>,

§. 1254. d.

2) Wegen erfolgten Todes des Donators. Fälle, wo nach dem Rechte der Pandecten auch selbst durch den Tod des Donators die Schenkung unter Ehegatten nicht gültig wird. Erläuterung; der L. 32. §. 14. und §. 6. u. 7. h. t.

Die Convalescenz der Schenkung unter Ehegatten wird ferner 2) durch den erfolgten Tod des Beschenkten verhindert. Ulpian sagt L. 32. §. 14. *D. h. t.*

*Oratio, si ante mors contigerit ei, cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit.*

Schenkungen unter Ehegatten haben auch hierin eine Aehnlichkeit mit Vermächtnissen, als welche für nicht geschrieben gehalten werden, wenn der Legatar vor dem Erblasser gestorben ist<sup>57)</sup>. Bey Schenkungen unter Ehegatten tritt nun noch der Grund hinzu, daß die Schenkung in diesem Falle für widerrufen gehalten wird<sup>58)</sup>. Daher sagt Paulus *libro II. Sententiarum*<sup>59)</sup>.

*Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit, priore defuncto, cui donatum est, ad eum res redit, qui donaverat.*

55) L. 35. *D. Soluta matrim.*

56) L. 8. *Cod. de operis libertor. VI. 3.*

57) L. un. §. 3. *C. de caducis toll.*

58) G. GENTILIS de donationib. inter V. et Ux. Lib. III. Cap. 5.

59) L. 8. *D. de rebus dubiis.*

Dies setzt nun aber freylich voraus, daß das Ueberleben des schenkenden Ehegatten erwiesen sey. Wie aber, wenn dieses nicht erwiesen werden kann, sondern es ungewiß ist, wer den andern überlebt habe? Man stelle sich den Fall vor, daß beyde Ehegatten in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr, z. B. durch Schiffbruch, Einsturz eines Gebäudes, oder bey einer entstandenen Feuersbrunst, oder bey einer Ueberschwemmung umgekommen wären. Ist hier die Schenkung für gültig oder für ungültig zu halten? In den Worten der Dation war diese Frage nicht entschieden. Sie mußte also durch eine der Absicht des Gesetzgebers gemäße Interpretation entschieden werden. Ulpian glaubt nun, daß nach der Absicht des Gesetzes die Frage zu bejahen sey. Sein Grund ist, in den Worten der Dation werde gesagt, wenn der Beschenkte vor dem Donator stirbt, so werde dadurch die Schenkung aufgehoben; sind nun aber beyde zugleich umgekommen, so könne man nicht sagen, der Beschenkte sey vor dem Schenker gestorben. Es könne also gar keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Schenkung durch den Tod des Schenkers gültig geworden sey. Denn wer sollte nun die Schenkung widerrufen, da das Gesetz das Reu- und Rückfallsrecht bloß an die Person des Schenkers geknüpft hat<sup>60)</sup>?

Wir wollen jedoch den Ulpian selbst reden lassen. Er fährt nämlich in der oben angeführten Stelle fort.

*Ergo si ambo decesserint, quid dicemus, naufragio forte, vel ruina, vel incendio? Et si qui-*

60) S. Mühlenbruch über die Priorität des Todes, in dem Archiv für die civilistische Praxis von Gensler, Mittermaier, und Schweiger. 4. Band Nr. XXVII. S. 411. ff.

dem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio: sin vero non appareat, difficilis quaestio est: et magis puto, donationem valuisse, et his <sup>61)</sup> ex verbis Orationis defendimus: ait enim Oratio, SI PRIOR VITA DECESSERIT, QUI DONATUM ACCEPIT: non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, *cum simul decesserint*. Proinde rectissime dicetur, utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis, simul decesserint: *quia neuter alteri supervixerit: licet de commorientibus Oratio non senserit*. Sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt: nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere, neutri datam conditionem.

Man nahm diese der Absicht des Gesetzgebers vollkommen gemäße Interpretation in den Gerichtsgebrauch auf, wie aus folgender Stelle des Paulus erhellet <sup>62)</sup>.

Quod si simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donaverit, (sc. decesserint): quaestionis decidendae gratia, magis placuit valere donationem: *eo maxime, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit*.

Eben dieses zur Entscheidung angenommene Princip gilt denn auch bey wechselseitigen Schenkungen. Hier gelten beyde Schenkungen, weil keiner den andern überlebt hat, wenn sie zugleich ums Leben gekommen sind, wie

61) Statt his liest unser Cod. Pand. richtiger id. Eben so auch CHEVALLON, BAUDOZA, MERLIN u. a. m.

62) L. cit. §. D. de rebus dubiis.

nicht nur Ulpian, sondern auch Marcian *libro II, Regularum* <sup>63)</sup> behauptet, wo er sagt:

*Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetet: quia neuter alteri supervixit. Idem iuris est, si pariter maritus et uxor sibi donaverunt.*

Da die Claveren in dem römischen Recht dem Tode gleichgeachtet wird, und diese durch feindliche Gefangenschaft entsteht, so wird nun von jenem Grundsatz eine consequente Anwendung auf den Fall gemacht, wenn beyde Ehegatten zu gleicher Zeit in Feindes Gewalt gerathen sind.

Secundum haec, sagt Ulpian, si ambo ab hostibus simul capti sint, amboque ibi decesserint, non simul: utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint: an neutram <sup>64)</sup>, quia vivis eis finitum est matrimonium: an spectamus, uter prius decesserit, ut in eius persona non valeat donatio: an uter rediit, ut eius valeat? Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit

63) *L. 26. D. de mortis caus. donat.*

64) *Cod. Erl. neutrum.* Eben so Cheballon, Baudouza, u. a. Es lassen sich jedoch beyde Lesarten, *neutram* und *neutrum* vertheidigen, denn nach der ersten, oder florentinischen Lesart, ist *donationem*, und nach der letztern, *id quod vel uxor marito, vel quod maritus uxori donavit*, zu verstehen, wie auch die Glosse das *neutrum* erklärt.

captivitatis, quasi tunc defecerint<sup>65)</sup>: quod si alter redierit, eum<sup>66)</sup> videri supervixisse, quia<sup>67)</sup> rediit.

Ulpian denkt sich hier den Fall, daß unter den Ehegatten, welche in feindliche Gefangenschaft gerathen sind, gegenseitige Schenkungen sind gemacht worden. Er giebt verschiedene mögliche Ansichten an, nach welchen entweder beyde Schenkungen unbedingt gültig, oder unbedingt ungültig sind; oder nur die Schenkung für den einen der Ehegatten besteht. Sieht man nämlich auf die Zeit der Captivität, so gelten beyde Schenkungen. Denn da vermöge der Fiction der lex Cornelia angenommen wurde, daß der Gefangene, wenn er beym Feinde verstorbt, schon gleich bey der Gefangennehmung, und also noch als Civis, verstorben sey<sup>68)</sup>; so ist es hier eben so, als wenn beyde Eheleute in einer gemeinschaftlichen Gefahr zugleich umgekommen wären. Erwägt man aber dagegen, daß in jener Zeit, wo noch jedes Volk seine Gefangenen als Sklaven ansah, die Ehe vermöge factischer Nothwendigkeit aufgehoben wurde; wenn ein verheyratheter Römer, oder eine verheyrathete Römerin in feindliche Gefangenschaft gerieth, weil der Sklave eines fremden feindlichen Volks nicht

65) Cod. Erl. *decesserint*. So auch Chevallon, und Baudoza.

66) Cod. Erl. *eum solum*.

67) C. E. *qui rediit*. Eben so Haloander, Chevallon, und Baudoza.

68) L. 44. §. ult. *D. de usurpat. et usucap.*, wo Justinian sagt: quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti iungerentur. S. Schwegge römische Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 645. S. 572.

mit dem in Rom zurückgebliebenen Ehegatten die Ehe fortsetzen konnte, wenn auch derselbe in der Ehe bleiben wollte<sup>69)</sup>; so möchte es scheinen, daß die gegenseitige Schenkung aufgehoben sey, wenn zumal beyde Ehegatten in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, weil die Ehe bey deren Leben aufgehoben war. Allein gesetzt, man wollte auch hier, da beyde Ehegatten in der feindlichen Gefangenschaft gestorben sind, die Fiction des Cornelischen Gesetzes eintreten lassen, sollte es nicht auch jetzt noch auf die Zeit des erfolgten natürlichen Todes ankommen? Ulpian giebt der ersteren Ansicht den Vorzug, die auch allerdings mit der Rechtsanalogie am meisten übereinstimmt. Zwar schützte anfangs die von Sulla herrührende Lex Cornelia de falsis oder testamentaria, woraus jene Fiction ihren Ursprung herleitet<sup>70)</sup>, nur die Testamente der in Gefangenschaft gerathenen Römer, wenn sie nicht wieder zurückgekehrt waren, als wären sie gleich bey der Gefangennehmung gestorben. Man dehnte aber nachher diese Fiction auf alle letzte Willensverordnungen, mit welchen Schenkungen unter Ehegatten verglichen werden, ja sogar auf legitimae tutelae und hereditates aus<sup>71)</sup>, und veranlaßte dadurch den allgemeinen Satz,

69) L. 1. D. de divorc. L. 12. §. 4. D. de captivis. S. Haffse Güterrecht der Ehegatten. §. 55.

70) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 530. der 8ten Aufl.

71) L. 52. §. 1. et 3. D. h. t.

72) S. PAULUS Sentent. Secept, Lib. III. Tit. 4. A. §. 8. (in SCHULTING Jurispr. vet. Antej. pag. 542.) und JULIANUS L. 22. D. de captivis. Hugo a. a. D. Not. 1. S. 541.

welchen Ulpian *libro XXXV. ad Sabinum*<sup>73)</sup> aufstellt. In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. Nun setzte zwar freylich diese Fiction voraus, daß die Ehegatten in der Gefangenschaft wirklich verstorben waren; aber es konnte jetzt darauf nicht weiter ankommen, wer von beyden zuerst gestorben war, weil man vermöge derselben annahm, daß sie beyde gleich bey der Gefangennehmung eben so, als ob sie nicht in feindliche Gewalt gekommen, gestorben wären. Daß die Ehe durch Captivität aufgehoben ward, konnte nun auch um so weniger in Betrachtung kommen, weil in juristischer Beziehung, so lange beyde Ehegatten noch lebten, die Ehe noch für fortdauernd gehalten wurde<sup>74)</sup>. Denn war gleich selbst in dem Falle, da die Ehegatten aus der Gefangenschaft zurückgekommen waren, kein *postliminium* möglich<sup>75)</sup>; so konnte doch die zerstörte Ehe durch neuen Consens wieder hervorgebracht werden<sup>76)</sup>. Kam Einer von beyden Ehegatten wieder zurück, der andere aber war in der Gefangenschaft geblieben, so sagt Ulpian, jener werde für den Ueberlebenden gehalten. Ist also derjenige Ehegatte zurückgekehrt, welcher die Schenkung gemacht hat; so ist hiermit die dem Zurückgebliebenen gemachte Schenkung aufgehoben, wenn

73) L. 18. *D. de captivis*. Man vergleiche auch *Jac. Cujacius Comment. in Lib. LXII. Digestor. Salvii Iuliani ad L. 23. D. de captiv.* (*Oper. a Fabrota edita, T. III. pag. 448. sqq.*) und *Schweppe a. a. D.*

74) L. 6. *D. de divortis*. L. 7. *Cod. de repudiis*.

75) L. 8. *D. de captivis*.

76) L. 14. §. 1. *D. de captivis*. *S. Haffe a. a. D.*

dieser in der Gefangenschaft starb, gesetzt auch, daß er den Donator überlebt hätte. Denn es wird angenommen, der in der Gefangenschaft Gestorbene sey gleich bey seiner Gefangennehmung gestorben. Ist aber der beschenkte Ehegatte zurückgekehrt, so ist die Schenkung gültig 77).

Da Ulpian bloß den Fall entscheidet, da beyde Ehegatten zugleich in feindliche Gefangenschaft geräthen, so blieb die Frage noch zu entscheiden übrig, wenn nur einer von beyden in Feindes Gewalt gekommen ist, ob in diesem Falle die Schenkung gültig oder ungültig sey? Diese Frage hat Kr. Justinian in einer eigenen Constitution entschieden. Es ist die *L. ult. Cod. de donat. inter vir. et uxor.* vom J. 530.

Si unus ex his, qui matrimonio fuerant copulati, in alium donatione facta, ab hostibus captus esset, et in servitutem deductus, et postea ibi morte peremptus: quaerebatur, an huiusmodi liberalitas, quam ante fecit, ex hoc roborari videretur, an vacillare? et iterum, si donator quidem in civitate Romana constitutus decessisset, mortis autem eius tempore is, qui donationem accepisset, in captivitate degeret, et post reversus esset, an videretur et tunc donatio rata haberi? Cum itaque in utroque casu oporteat Augusto remedio causam dirimi: cum nihil tam peculiare sit imperialis maiestatis, quam humanitas, per quam solum Dei servatur imitatio, in ambobus casibus firmam esse donationem censemus.

Es sind hier zwey Fälle, welche Justinian entscheidet. 1) Der schenkende Ehegatte ist in die Gefangen-



schaft gerathen, und darin gestorben. 2) Der beschenkte Ehegatte befand sich zu der Zeit, als der Donator in Rom starb, in der Gefangenschaft, ist aber nachher zurückgekehrt. In beyden Fällen soll die Schenkung gültig seyn. In dem ersten Falle wurde die Schenkung durch die Captivität bestätigt, weil die Zeit des wirklich erfolgten Todes, vermöge der Fiction des Cornelischen Gesetzes, auf jenen Zeitpunkt zurückgezogen wurde. In dem letztern aber war nicht, wie Gentilis<sup>78)</sup> meint, der Grund der Convalescenz ein auf diesen Fall angewandtes *ius postliminii*. Denn eine durch das Factum der Captivität einmal aufgehobene Ehe konnte, wie bereits bemerkt worden, *iure postliminii* nicht wieder hergestellt werden, und dieses Recht hat hier Justinian nicht aufheben wollen; sondern weil die Ehe, wenn der Ehegatte aus der Gefangenschaft zurückkam, mit dem Zurückgebliebenen hätte erneuert werden müssen, wosfern nicht der sich ohne eine *causa probata* weigernde Ehegatte die Nachteile verschuldeter Scheidung sich zuziehen wollte, in welcher Beziehung es dann juristisch so angesehen wurde, als habe die Ehe noch fortgedauert<sup>79)</sup>.

78) Cit. loc. pag. 502.

79) *L. 8. D. de captivis. PAULUS libro III. ad Legem Juliam et Papiam. Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest: sed tunc, cum et volaverit mulier, et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est: quod si noluerit, nulla causa probabili interveniente, poenis dissidii tenebitur.* Die florentinische Ausgabe liest zwar: *quod si volaverit*, und eben so alle diejenigen Ausgaben, welche ihr gefolgt sind, und also auch die neueste Gebauer-Spangenbergische. Allein alle sind jetzt darin einverstanden,

Eine andere Bewandniß hatte es, wenn der schenkende oder beschenkte Ehegatte in die Sklaverey einer Privatperson gerath. Hier gieng immer die Schenkung zu Grunde. Zwar wird auch diese Sklaverey dem Tode gleichgeachtet; allein die Ehe wurde hier nicht, wie bey der Gefangenschaft, durch ein äußerlich nothwendiges Factum, sondern durch eine verschuldete rechtliche Nothwendigkeit getrennt.<sup>80)</sup> Denn ein freier Mensch konnte auf mancherley Art in die Sklaverey einer Privatperson gerathen. Hiers her gehören besonders die zwey Fälle, welche Justinian<sup>81)</sup> als Beispiele einer maxima capitis deminutio anführt, nämlich wenn ein Libertus wegen der Undankbarkeit gegen seinen Patron wieder in die Sklaverey zurückfiel<sup>82)</sup>, oder ein freier Römer, der über zwanzig

daß diese Besart unrichtig, und daß die Worte: *post constitutum tempus nupta*, so wie das in der *L. 6. D. de divortio* von Julian angegebene *Quinquennium* aus dem neuern Rechte interpolirt seyen. S. *Jac. Cujacius Comment. in Libr. LXII. Digestor. Salvii Iuliani ad L. 6. D. cit.* (*Oper. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 445.*) und *Exposit. Nov. XXII. c. 7.* *HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam Comment. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 531. sq.* *ECKHARD Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. 6. §. 256. u. WALCH ad Eundem p. 422. sqq.* *Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 159.* *Noluerit* lesen auch *Eheballon, Haloander, Miräus, Baudouza* und *Merlin.*

80) §. 1. *I. de capit. deminut.*

81) S. *Hafse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 55. S. 199.*

82) *SUTTON. in Claudio. Cap. 25. DIO CASSIUS Hist. Rom. Lib. LX. pag. 683. MARCIAN. L. 5. pr. D. de iure patron. et L. 4. D. de obsequ. parent. et patron. praest. MODESTINUS L. 6. §. 1. D. de agnoscend. et*

Jahre alt war, sich auf eine betrügerische Art verkaufen ließ, um mit dem Verkäufer das Kaufgeld zu theilen, in welchem Falle er sich auch nicht einmal nach erfolgter Manumission auf seine freie Geburt berufen konnte, sondern als ein Freygelassener angesehen wurde <sup>83</sup>). Beyde Fälle konnten nicht nur bey Mannspersonen, sondern auch bey Frauenspersonen vorkommen <sup>84</sup>). Sie konnten also auch wohl bey Berehelichten Statt finden <sup>85</sup>). Da in dem ersten Falle der Patron, in dessen Gewalt der undankbare Freygelassene zurückgefallen war, das von demselben erworbene Vermögen in Anspruch nehmen, in dem letztern aber der Berheyrrathete, welcher sich an einen Unwissenden als einen Sklaven ad pretium participandum hatte verkaufen lassen, nun als Sklave, kein eigenes Vermögen mehr besitzen konnte, sondern alles dem Käufer, seinem Herrn, er

*alend. liber. ULPIAN. L. 1. §. 2. et 10. D. de officio Praef. urbis. CONSTANTINUS M. L. 2. Cod. de libertis et eor. lib. S. Jac. Henr. BORN D. de poenis libertorum ingrator. apud Romanos. Lipsiae 1738. und Götschen Bemerkungen in Beziehung auf das ältere Recht der Freylassungen bey den Römern. §. VII. (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny. 3. B. S. 273. ff.)*

83) *L. 7. pr. et §. 2. D. de liberali caus. L. 21. D. de statu hominum. L. 40. D. de liberali caus. S. Ge. D'ARNAUD Diss. iur. civ. de his, qui pretii participandi causa sese venundari patiuntur. (Adj. Eiusd. Var. Conjectur. iur. civ.)*

84) *L. 3. D. Quib. ad libertatem proclamare non liceat. S. D'ARNAUD cit. Diss. Cap. IX.*

85) *S. GENTILIS lib. III. Cap. 9. pag. 505. sq.*

warb <sup>86)</sup>; so konnte nun in jenem Falle der Patron, in diesem aber der Herr die von dem einen Ehegatten dem andern vorher gemachte Schenkung, aus welcher ohnehin der Beschenkte noch kein Recht erworben hatte, um so mehr zurückfordern, da durch den eingetretenen Zustand der Sklaverey die Ehe aufgehoben worden war, und also hier gleichsam *casus mortem praeoccupat*, wie Gajus <sup>87)</sup> sagt. Alles dieses bestätigt nun Ulpian, wenn er sagt:

*L. 32. §. 6. D. h. t. Si donator servus fuerit effectus privati* <sup>88)</sup>, *dicendum est, non impletam, sed peremptam donationem: quamvis morti servitus comparetur: proinde et si ipsa in servitutum redigatur, cui donatum est, extincta erit donatio.*

Weslor der Donator durch Deportation bloß die Civität, so wurde die Schenkung durch seinen Tod bestätigt. Denn wenn gleich die Ehe, sofern sie *iuris civilis* war,

86) D'ARNAUD cit. Diss. Cap. VIII.

87) *L. 29. D. de poenis.*

88) GENTILIS c. 1. pag. 307. ist der Meinung, daß Ulpian eher von einer *servitus poenae*, als *privati*, geredet zu haben scheine, und daß es vielleicht bloß durch einen Irrthum des Abschreibers geschehen sey, daß *privati* statt *poenae* geschrieben ist. Und Ant. FABER in *Iurisprud. Papinianae scientia. Tit. XI. Princ. V. Illat. 3. pag. 557.* meint, daß das Wort *privati*, als ein unächter Zusatz ganz weggestrichen werden müsse. Allein daß zu einer solchen Critik kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, ergiebt sich daraus, was bereits gesagt worden ist, von selbst. Die Faber'sche Critik hat auch schon Ant. SCHULTING in *Notis ad Dig. Tom. IV. pag. 306.* mit Recht verworfen.

und Connubium erforderte, hierdurch aufhörte; so blieb sie doch als ein matrimonium iuris gentium fort dauernd, wenn der Beschenkte sie fortsetzen wollte<sup>89)</sup>. Eben dieses hatte Kr. Constantin der Große auch auf den Fall erstreckt, wenn der schenkende Ehegatte sogar zu einer Todes- oder einer solchen Capital-Strafe war verurtheilt worden, wodurch er ein servus poenae geworden war. Z. B. er war auf immer ad metalla verurtheilt worden<sup>90)</sup>. Die Constitution ist die L. 24. C. h. t.<sup>91)</sup> vom Jahre 521. und folgenden Inhalts:

Res uxoris, quae vel successione qualibet, vel emtione, vel etiam largitione viri, in eam ante reatum, iure pervenerant, damnato, ac mortuo ex poena marito, vel in servilem conditionem ex poenae qualitate deducto<sup>92)</sup> illibatas esse praecipio, nec alieni criminis infortunio adstringi<sup>93)</sup> uxorem: cum paternis, maternisque, ac propriis bonis frui

89) L. 13. §. 1. D. h. t. L. 56. D. Soluto matrim. L. 5. §. 1. D. de bonis damnator. S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. Th. §. 56. S. 200. f.

90) §. 3. I. Quibus modis ius patr. pot. solvit. L. 8. §. 8. L. 36 D. de poenis. S. Frid. Christ. HEYNER Exerc. iur. crim. de damnatione ad metalla. (Lips. 1794.) P. I. §. 3.

91) Diese Constitution ist die L. 1. Cod. Theod. de bonis proscriptor. Tom. III. Lib. IX. Tit. 42. pag. 353. sq. edit. Ritter.

92) Die hier durch Curstbschrift unterschiedenen Worte stehen nicht im Theodos. Codex, sondern sind ein Zusatz der Verfasser des Just. Codex.

93) Cod. Theod. hat infortunio stringi.

eam integro legum statuto <sup>94)</sup> religiosum sit: et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda sit, tanquam si maritum eius natura, non poena subduxerit <sup>95)</sup>. Sin autem aqua et igni ei interdictum erit, vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta: donationes a viro in uxorem collatae, adhuc in pendenti maneat: quia nec matrimonium in huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmantur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.

Wenn hier gleich nur von einer Schenkung die Rede ist, welche der Mann noch vor begangenen Verbrechen der Frau gemacht hat, die jedoch an diesem Verbrechen keinen Antheil genommen; so ist es doch wohl keinem Zweifel unterworfen, daß das Gesetz auch auf den umgekehrten Fall anzuwenden sey, wenn die Schenkung von der Frau dem Manne gemacht worden, und die Frau nachher wegen eines begangenen Verbrechens in eine Capitalstrafe verurtheilt worden ist, woran der Mann keinen Antheil genommen hat. Dieses Falles ist vielleicht nur darum nicht gedacht worden, weil die proscriptio mulierum zu den seltenen Fällen gehörte, wie auch Gothofredus <sup>96)</sup> be-

94) Cod. Theod. liest statu, so lesen auch die meisten und besten Handschriften, wie Contius und Charondas bemerkt haben. Eben so Claud. CHEVALLONIVS.

95) Eben dieses bestätigt eine Verordnung der Kaiser ARCADIVS et HONORIVS L. 9. C. de bonis proscriptor.

96) Comment. ad L. 1. Cod. Theodos. de bonis proscri-

merkt hat. Die Servitus poenae fällt nach dem Recht der Novellen<sup>97)</sup> ohnehin weg.

Es giebt jedoch zwey Fälle, wo die Schenkung auch durch den Tod des Schenkgebers nicht gültig wird, nämlich wenn er sich selbst aus Bewußtseyn eines begangenen Verbrechens das Leben genommen, oder sein Andenken noch nach seinem Tode vertilgt worden ist. Diese beyden Fälle berührt ebenfalls Ulpian L. 32. §. 7. D. h. t.

*Si maritus uxori donaverit, et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit, vel etiam post mortem memoria eius damnata sit, revocabitur donatio: quamvis ea, quae aliis donaverit, valeant, si non mortis causa donavit.*

Auf diese beyden Fälle findet also die angeführte Verordnung des Kaisers Constantin keine Anwendung<sup>98)</sup>. Die Selbstentleibung muß aber aus dem Bewußtseyn eines begangenen Verbrechens geschehen seyn, welches die Strafe des natürlichen oder bürgerlichen Todes zur Folge gehabt haben würde, wenn der Verbrecher wäre verurtheilt worden, und welches daher mit einer Confiscation des ganzen Vermögens verbunden ist. Hier kann der Fiscus die Schenkung revociren, welcher alles dasjenige einziehen kann, was erst durch den Tod des Verbrechers seine Gültigkeit erhalten haben würde<sup>99)</sup>. Eben so bey der damnatio

ptorum. Tom. III. pag. 356. edit. Ritter. Anderer Meinung ist jedoch GENTILIS Lib. III. cap. 10. pag. 311.

97) Nov. XXII. Cap. 8.

98) S. GENTILIS Lib. III. Cap. 10. pag. 310.

99) L. 5. D. de bonis eor. qui ante sentent mortem sibi consciv. S. Christ. Lud. CRELL Observationes ad

memoriae, welche ein begangenes Majestäts-Verbrechen voraussetzte. Hier konnte die Anklage auch noch nach dem Tode des Verbrechers Statt finden, und sein Andenken vertilgt werden<sup>100)</sup>. Natürlich erloschen denn auch alle Verfügungen desselben über sein Vermögen, Testamente und Schenkungen, denn alles zog der Fiscus ein<sup>1)</sup>.

## §. 1255.

3) Wegen Widerrufs, ausdrücklich und stillschweigend. L. 32. §. 2—5. und §. 15. D. h. t.

Der Convalescenz der Schenkung steht endlich 3) entgegen, wenn sie der Schenker bey seinem Leben widerruft, d. h. durch irgend eine Willensäußerung zu erkennen giebt, daß ihn die Schenkung gereue<sup>2)</sup>. Diese Reue steht dem Donator, eben so wie bey einer letzten Willensverordnung, bis an seinen Tod zu. Die Dration

h. L. 3. Vitemb. 1731. und Jo. Sam. Frid. de BOEMER Meditationes in Constitut. crim. Carolin. ad Art. CXXXV. §. 2.

100) §. 3. I. de public. ind. L. 6. L. 7. et 8. Cod. ad Leg. Jul. Maiest.

1) L. 6. §. 11. D. de iniusto rupto et irrit. testam. L. 15. D. Qui et a quibus manumissi. L. 31. §. 4. D. de donat. L. 20. D. de accusat.

2) Man vergleiche hierüber GENTILIS Lib. III. cap. 10—16. pag. 313. sq. Aug. Corn. STOCKMANN de Donationum inter coniuges celebratarum revocatione iuris Romani et Saxonici Observationes. Lipsiae 1805. 4. und Ern. Theod. WADBACK Specim. de revocandis donationibus coniugum inter vivos secundum praecepta iuris Romani antiqui et recentioris. Goetting. 1807. 4.



sagt ausdrücklich: *FAS ESSE EUM, QUI DONAVIT, POENITERE* 3); und Ulpian, welcher von dieser Reue am ausführlichsten gehandelt hat, vergleicht in dieser Hinsicht die Schenkungen unter Ehegatten mit Vermächtnissen und Fideicommissen, *ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum*. Es muß nur die Reue deutlich erklärt seyn, und bis an den Tod des Donators fortgedauert haben. Entstand daher Feindschaft zwischen den Ehegatten, welche den Widerruf der Schenkung veranlaßte, der Schenker hat sich aber nachher mit dem beschenkten Ehegatten wieder ausgesöhnt; so erlischt dadurch der Widerruf, eben so wie bey Vermächtnissen und Fideicommissen. Ulpian sagt dieses selbst *L. 32. §. 3. D. h. t.*

*Poenitentiam accipere debemus supremam*. Proinde si uxori donavit, deinde eum poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium. Quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, cum *de doli exceptione opposita tractamus*;

wenn man damit noch eine andere Stelle verbindet, welche aus demselben *libro XXXIII. ULPIANI ad Sabinum* 4) entlehnt ist, und ohne Zweifel hierher gehört:

*Quod si iterum in amicitiam redierunt, et poenituit testatorem prioris offensae: legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*

Alle Wahrscheinlichkeit nach folgten diese Worte nach *tractamus*, welche hier von den Verfassern der Pandecten

3) *L. 52. §. 2. D. h. t.*

4) *L. 4. D. de adimend. vel transferend. legatis.*

getrennt, und unter einen andern Titel sind gebracht worden<sup>5)</sup>. Ist der Widerruf zweifelhaft, so ist in diesem Zweifel für die Gültigkeit der Schenkung zu sprechen, wie ebenfalls Ulpian sagt L. 32. §. 4. h. t.

Quod si in obscuro sit, proclivior esse debet iudex ad comprobendam donationem.

Deswegen braucht aber doch dieser Widerruf nicht immer ausdrücklich zu geschehen, er kann auch stillschweigend eben so, wie die ademptio legati, durch concludente Handlungen geschehen, ja zuweilen vermuthet werden. Stillschweigend geschieht die Revocation der Schenkung sowohl durch Verpfändung, als freywillige Veräußerung der geschenkten Sache. Von dem ersten Falle spricht Ulpian §. 5.

Si maritus ea, quae donaverit<sup>6)</sup>, pignori dederit<sup>7)</sup>: utique eum poenituisse dicemus, licet dominium retinuit. Quid tamen, si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? finge in possessionem precariam mulierem remansisse, paratamque esse satisfacere creditori: dicendum est, donationem valere: nam si ab initio ei rem obligatam hoc animo donasset, dicerem, vim habere donationem<sup>8)</sup>, ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem: quinimmo et si satisfacisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones.

5) *S. Fernand. de Retra de donation. inter vir. et uxor. Cap. VIII. §. 5. (in Thes. Meerm. Tom. VI. pag. 690.)*

6) *Cod. Erl. donaverat.*

7) *C. E. dedit.*

8) *C. E. valere donationem.*

Von beyden Fällen spricht aber der Kaiser Gordian, welcher an eine gewisse Frau *Secundina* folgendermaßen rescribirt.

*L. 12. C. h. t. Si maritus tuus creditores sortitus, post factam in te donationem, fundum, quem ex donatione iuri tuo vindicas, iisdem specialiter obligavit: eandem obligationem defensionis tuae firmitatem irrumpere* 9), intelligere debes: cum sit manifestum, non solum huiusmodi obligatione, sed etiam donatione, vel venditione, vel alio quolibet modo rebus alienatis, revocatam esse a viro in mulierem factam donationem.

Ulpian macht jedoch bey dem Falle der Verpfändung die Ausnahme, wenn der Donator erklärt, daß es seine Absicht nicht gewesen sey, durch die Verpfändung der Sache die Schenkung aufzuheben. Ist hier die beschenkte Frau im Besitz geblieben, und sie ist bereit den Gläubiger zu befriedigen, so wird die Schenkung durch den Tod des Mannes dergestalt gültig, daß sich die Frau nicht nur gegen den Erben des Donators der *exceptio doli* bedienen kann, wenn dieser vor oder nach der Befriedigung des Gläubigers die Sache vindiciren wollte, sondern daß sie diese Einrede selbst dem Gläubiger entgegensetzen kann, wenn dieser etwa auf die Abtretung des Pfandes klagt,

9) Die meisten Ausgaben des Codex lesen zwar *interrumpere*. Allein Ruffard in seiner Ausgabe des Just. Codex bemerkt, daß in den besten Handschriften *irrumperere* gelesen werde, und daß dieser Ausdruck auch dem Sinne der Rede mehr angemessen sey, als das Wort *interrumpere*. Die richtigere Lesart *irrumperere* habe ich auch in der Ausgabe gefunden, welche *ex officina CLAUDII CHEVALLONII Parisiis 1526. 8.* erschienen ist.

und mittelst dieser Exception denselben nöthigen kann, daß er ihm die Klage gegen den Erben des Schenkgebers *cedere*<sup>10)</sup>,

Ein Gleiches gilt in dem Falle, wenn die Sache schon vor der Schenkung verpfändet war. Ulpian gedenkt dieses Falles ausdrücklich. Jedoch gilt dieses nur von einer solchen Schenkung, welche erst durch den Tod des Schenkers ihre Gültigkeit erhält, nicht von derjenigen, welche gleich Anfangs gültig ist. Von dieser handelt ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian. Es ist die L. 13. *Cod. eodem*, folgenden Inhalts.

*Si quidem ante donationem possessionis in te iure, ut dicis, a marito collatam, praedium ab eodem creditori obligatum fuerit: alienationem eius salvo iure debiti, si tamen iuris ratio actionem eius creditoris non excludit, factam esse non dubium est. Quod si donatione iure celebrata, eo, quod vel ante nuptias facta est, vel in iisdem casibus, in quibus etiam constante matrimonio donatio procedere potest, obligatio insecuta est: factum mariti, quem diem suum obiisse memorasti, iuri tuo officere non posse certum est.*

Weil jedoch zwischen einer Verpfändung und Veräußerung ein großer Unterschied ist, indem bey der erstern der Donator das Eigenthum behält, wie auch Ulpian in den Worten: *licet dominium retinuit*, selbst zu erkennen giebt, welches er bey einer wirklichen Veräußerung auf einen Un-

10) Man vergleiche L. 12. §. 1. *D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit.* und L. 19. *D. Qui potior. in pign.* und sehe *Ant. FABER de erroribus Pragmaticorum Decad. XLVI. Err. 7.* und *GRANTILIS Lib. III. Cap. XII. et XIII. pag. 315. sqq.*

dem überträgt, mithin zwar nicht letztere, wohl aber die Verpfändung neben einer Schenkung gar wohl bestehen kann, wie aus den angeführten Gesetzen selbst erhellet, nach welchen ein Ehegatte auch eine verpfändete Sache dem andern gültig schenken kann; so hat sich R. Justinian bewogen gefunden, jenes Recht der Pandecten und des Codex durch ein neueres Gesetz aufzuheben. Es ist die *Nov. CLXII.*, dessen *Cap. 1.* nach der *Homburgischen* Ausgabe folgendermaßen lautet:

Primum igitur caput hoc erat. *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 donatori, etsi non stipuletur traditionem, necessitatem tradendi rem donatam incumbere dicit. Neque enim ad deceptionem, nec ut nudae sint literae, instrumentum conficere oportet. Meminimus insuper veterem legem *Cinciam* latam esse, quam recte e legibus suis olim respublica eiecit, 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, si quidem stipulatio intervenerit, etiam exactionem per actionem ex stipulatu: sin vero non intervenerit, per actionem ex condictitia lege praebeat, ut rem donatam accipiat.

Vermöge dieser Novelle soll also durch Verpfändung der Sache die Schenkung nicht mehr für stillschweigend widerrufen, und die bloße Verpfändung einer wirklichen Veräußerung der Sache nicht gleichgehalten werden. Allein da diese Novelle zu den un glossirten gehört<sup>11)</sup>, so kann freylich auf dieselbe, als solche, wenn von deren heutigen Anwendung in den Gerichten die Rede ist, keine Rücksicht genommen werden<sup>12)</sup>. Dennoch hat der Gerichtsgebrauch dasjenige, was hier die Novelle in Absicht auf Verpfändung der geschenkten Sache verordnet hat, aus einem andern Grunde angenommen<sup>13)</sup>, nämlich aus dem, weil

11) S. von Savigny Beitrag zur Geschichte des latein. Novellentextes, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 2. B. S. 121. die Nov. CLXII. hat auch selbst Julian in s. *Epitome Novellarum* nicht. S. Haubold's Beitrag zur Literatur-Geschichte des Novellen Auszugs von Julian, in der angef. Zeitschrift. B. 4. S. 170. u. S. 188. Man sehe auch *Conr. RITTERSHUSIUS* Jur. Justinian. P. V. Cap. XII. nr. 6. et 7.

12) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. S. 274.

13) S. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. P. II. h. t. §. 15. PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr. 15. GENTILIS

Bermächtnisse, mit denen die Schenkungen unter Ehegatten in den Gesetzen verglichen werden, zwar durch eine freywillige Veräußerung, aber nicht durch eine Verpfändung, für aufgehoben gehalten werden, sondern der Erbe das Legat einlösen muß <sup>14</sup>). Eine freywillige Veräußerung der geschenkten Sache enthält also unstreitig einen stillschweigenden Widerruf der Schenkung unter Ehegatten, und darunter versteht man denn jede Art, wodurch das Eigenthum auf einen Andern unter den Lebenden, oder auf den Todesfall übertragen wird, als Verkauf, Schenkung, Bermächtniß <sup>15</sup>). Hierbey entsteht die Frage, wenn der Mann seiner Frau von den ihr geschenkten Sachen einige vermacht hat, andere nicht, ob in Ansehung der nicht legirten Sachen die Schenkung für stillschweigend wieder aufgehoben zu halten sey? Ulpian entscheidet diese Frage verneinend. Er sagt nämlich §. 15. der *L. 32. h. t.*

Qui quasdam res ex his, quas donaverat, legasset, quasdam non, non videbitur caeteras noluisse ad uxorem pertinere: plerumque enim antea legat, postea donat: vel alia causa fuit legandi.

Lib. III. c. 12. pag. 319. GÜBELINUS de iure noviss. Lib. I. cap. 8. §. *Sed utrum.* in fin. pag. 17. STEPHANI Commentar. in Novellas ad Nov. CLXII. nr. 8. et 9. pag. 810. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 474. not. d. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. novissimi. Tom. II. §. 419. not. n.

14) *L. 11. §. 12. D. de legat. III. L. 3. Cod. de legatis.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. et HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

15) *L. 12. C. h. t.* GENTILIS Lib. III. cap. 13. 14. et 15.

Gentilius <sup>16)</sup> hält zwar diese Stelle für sehr schwer, allein sie ist es gewiß nicht, wie sich gleich ergeben wird. Es ist hier nicht von dem Falle die Rede, welchen Accursius unterlegt, daß nämlich von den der Frau geschenkten Sachen einem Dritten welche vermacht worden wären, obwohl die Entscheidung die nämliche seyn würde. Nein sie waren der beschenkten Frau selbst vermacht, wie Gentilius diese Stelle ganz richtig versteht. Die Frage war nun, ob ihr hiermit die übrigen geschenkten Sachen, welche ihr der Mann nicht auch vermacht hat, stillschweigend wieder genommen sind? Nun findet sich zwar hier eine Verschiedenheit der Lesart. Denn Haloander, Chevallon und Baudouza lesen, mit Weglassung der Negation: *videbitur caeteras voluisse ad uxorem pertinere* <sup>17)</sup>, mit welcher Lesart auch unser Erlanger Pandecten-Codex übereinstimmt; der Sinn bleibt indessen unverändert. Er geht nämlich dahin, die nicht legitimen Sachen seyen der Frau hierdurch nicht genommen. Ulpian führt zwey Gründe für diese Entscheidung an. Erstens kann

16) De donat. inter vir. et ux. Lib. III. cap. 27. pag. 365.

17) Es ist unrichtig, wenn Jaucx in Meditat. crit. de Negationibus Pandectar. pag. 144. sagt, die Vulgata, und so auch Baudouza läsen: *videbitur ceteras noluisse*. Ich habe auch nicht eine einzige Ausgabe, weder glossirte noch un glossirte, gefunden, welche mit Weglassung der Negation *noluisse* läse. Die glossirten Ausgaben von Merlinus und Hugo a Porta lesen, wie die florentinische, auch so die un glossirte von Miräus. Nur bey Ruffard, Charondas, Pacius und in den Gothofredischen Ausgaben ist das *non* mit dem Ruffardischen Zeichen eingeschlossen. (S. den 1. Th. des Commentars §. 52. Not. 26. S. 526.)



ja der Mann diejenigen Sachen, welche nicht vermacht worden sind, erst nachher der Frau geschenkt haben, nachdem er ihr die früher geschenkten, wie zuweilen, oder öfters (plerumque) <sup>18)</sup> zu geschehen pflegte, in seinem Testament schon vermacht hatte <sup>19)</sup>. Zweytens kann ja auch der Mann seine Gründe gehabt haben, warum er von den der Frau geschenkten Sachen ihr gerade einige besonders vermacht hat. Ueberdem hat uns ja Ulpian die Regel gegeben, daß im Zweifel die Schenkung eher für bestätigt, als für widerrufen gehalten werden soll. Pothier <sup>20)</sup> meint zwar, man müsse nach den Worten *noluisse ad uxorem pertinere*; ergänzen: *immo interdum nec ipsas res, quas legasset*. Hierdurch bekäme die ganze Rede einen bessern Zusammenhang mit den fol-

18) *Plerumque* heißt nicht immer soviel als gewöhnlich oder insgemein, sondern häufig sowohl in den Pandecten, als bey den Classikern, soviel als zuweilen, oder oft. S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Plerumque*, und Schellers lat. deutsches Lexicon voc. *Plerusque*.

19) Ohne Noth versetzt hier GENTILIS c. I. pag. 565. die Worte *legat* und *donat*, indem er folgendermaßen gelesen haben will: *Plerumque enim antea donat, postea legat*. Sein Grund ist, weil die Ehemänner gewöhnlich ihren Weibern dasjenige nachher vermachten, was sie ihnen geschenkt hatten. L. 109. pr. D. de legat. I. und L. 35. §. 1. D. de legat. III. Er hat aber nicht bedacht, daß Ulpian hier mit der Erklärung der Oratio des Kaisers Antoninus Caracalla beschäftigt ist, nach welcher eine Bestätigung des Geschenke durch Vermächtniß nicht mehr nöthig war.

20) Pandectae Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXXXVI. no. 1. pag. 53.

genden Worten: *Plerumque enim antea legat, postea donat* nämlich *uxori res, quas legavit*. In diesem Falle, sagt er, werde dann das frühere Vermächtniß dieser Sachen, die Bestätigung der nachher erfolgten Schenkung durch den Tod des Donators nicht hindern. Denn da die der Frau gemachte Schenkung der spätere Wille des Donators ist, so scheine vielmehr das Vermächtniß durch die Schenkung aufgehoben, als die Schenkung durch das Legat vernichtet zu werden. Ja wenn auch der Mann die Sache, welche er vorher der Frau geschenkt hatte, einem Andern nachher vermacht, so werde auch selbst in diesem Falle die Schenkung durch den Tod des Mannes bestätigt, *si alia causa fuit legandi*, das heiße, wenn sonst aus den Umständen erscheint, daß er dabey nicht die Absicht gehabt habe, die Schenkung zu widerrufen, in welchem Falle dann dem Legatar der Werth der Sache vergütet werden müsse. Allein daß dieses Alles nur gedacht, von Ulpian aber nicht gesagt worden ist, leuchtet in die Augen. Man bleibe also bey den Worten stehen, so wie sie lauten, denn sie sind deutlich und verständlich.

Zuweilen wird der Widerruf vermuthet, wenn nach der Schenkung die Ehe durch ein Divortium im Zorn und Unfrieden wirklich getrennt worden<sup>21)</sup>, oder sonst eine große ja tödliche Feindschaft zwischen den Eheleuten entstanden ist<sup>22)</sup>, oder der beschenkte Ehegatte den Schenker ums Leben gebracht hat<sup>23)</sup>. Denn es treten hier die

21) L. 52. §. 10. 11. 12. 13. 19. et 20. D. h. t. L. 5. et 18. C. eodem.

22) L. 5. §. ult. D. de adim. vel transfer. legat. L. 9. pr. D. de his, quae ut indignis.

23) L. 10. §. 1. D. Solutio matrim. L. 5. D. de his, quae ut indignis.

Grundsätze von der Ademption der Vermächtnisse ein<sup>24)</sup>. Uebrigens findet die Revocation Statt, die Schenkung mag unmittelbar oder durch Mittelspersonen geschehen seyn<sup>25)</sup>.

## §. 1256.

Zuweilen können auch die Erben des Donators die Schenkung revociren. Auch hat zuweilen ein Dritter das Recht, auf Rescission der Schenkung zu klagen.

Das Recht, die Schenkung zu revociren, steht eigentlich nur dem Schenkgeber zu, wenn dieser auch gar keine andere Ursach haben sollte, als die, daß ihn die Schenkung gereuet. Dieses Reurecht ist aber an die Person des Schenkers geknüpft, und erlischt also mit seinem Tode, als wodurch die Schenkung nun ihre Gültigkeit erhält. Der Erbe kann also kein Reurecht ausüben, wenn auch der Schenkgeber die gerechteste Ursach gehabt hätte, die Schenkung zu widerrufen<sup>26)</sup>. In der Oratio des Kaisers Caracalla heißt es ausdrücklich<sup>27)</sup>: HEREDEM VERO ERIPERE FORSITAN ADVERSUS VOLUNTATEM SUPREMAM EIUS, QUI DONAVERIT, DURUM ET AVARUM ESSE. Nur in dem einzigen Falle findet eine Ausnahme Statt, wenn der Schenker noch bey seinem Leben bestimmt erklärt hatte, daß ihn die Schenkung gereue, und bloß durch den Tod

24) S. VOLT Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 12. Cod. h. t.

25) L. 3. §. 2. 9. 12. 13. L. 4. L. 5. L. 52. §. 16. D. h. t. Alle diese Gesetzstellen sind schon oben vorgekommen, und erklärt worden.

26) S. WADSACK Diss. cit. §. 12.

27) L. 52. §. 2. D. h. t.

war übereilt worden, um seinen Willen vollziehen zu können. Ulpian sagt nämlich L. 32. §. 4. D. h. t.

Sed ubi semel donatorem poenituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus, si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem.

Noch weniger kommt das Revocationsrecht einem Dritten zu, selbst dem Fiscus nicht, wenn dieser das Vermögen des Donators eingezogen hat<sup>28)</sup>, sofern ihm nicht etwa auf dem ganzen Vermögen desselben eine gesetzliche Hypothek zusteht. Nur in diesem Falle kann der Fiscus auch die von dem Schuldner der Frau gemachte Schenkung in Anspruch nehmen, wenn solche gleich durch den Tod desselben bestätigt worden ist<sup>29)</sup>.

Eben so können auch die Gläubiger des Donators die geschenkte Sache mit Recht abfordern, wenn ihnen auf der geschenkten Sache schon vor der gemachten Schenkung eine Hypothek zustand. Denn die Schenkung konnte hier nicht anders, als salvo iure debiti, geschehen, wie die Kaiser Diocletian und Maximian<sup>30)</sup> rescribiren. Jedoch kann sich der beschenkte Ehegatte durch Befriedigung des Gläubigers in dem Besitz erhalten<sup>31)</sup>. Außerdem haben die Gläubiger keinen Anspruch, wenn auch nach dem Tode des Donators der Concurß über seinen Nachlaß ausbrechen sollte<sup>32)</sup>. Nur insofern, als der Concurß noch

28) L. 1. L. 24. C. h. t.

29) L. 15. Cod. eodem. S. WADSACK cit. Diss. §. 12. pag. 21.

30) L. 13. C. h. t.

31) L. 12. §. 1. D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.

32) Anderer Meinung ist zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXII. medit. 8. et 9. Allein wo

vor dem Tode des Schenkers eröffnet wird, können die Gläubiger, vermöge der activen Repräsentation, statt seiner das Revocationsrecht um so mehr ausüben, da die Sache noch sein Eigenthum ist<sup>33</sup>). Wenn jedoch die Gläubiger eine Schenkung unter Ehegatten widerrufen, so muß erwiesen seyn, daß sie ihnen zum Nachtheil gereiche<sup>34</sup>).

## §. 1256. a.

Wirkung der Schenkungen unter Ehegatten nach der Dration des Kr's Caracalla, insonderheit Wirkung der Revocations-, Rechtsmittel.

Wenn gleich Schenkungen unter Ehegatten, so lange der Schenker lebt, dem willkürlichen Reurechte desselben unterworfen sind, und erst durch den Tod desselben, wenn dieser während der Ehe, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, erfolgt, ihre Perfection und Gültigkeit erhalten; so sind sie doch schon während der Ehe nicht dergestalt

die Creditoren nicht vermöge eignen Rechts, sondern als Stellvertreter handeln, können sie keine andern Rechte haben, als der Erbar. Da nun hier das Revocationsrecht bloß auf die Lebzeit der Donators beschränkt ist; so können sie solches nach dem Tode desselben eben so wenig, als der Erbe, ausüben. S. Schweppe System des Concurseß der Gläubiger (Kiel 1812. 8.) §. 55 und 57. und WADsACK Diss. cit. §. 12. pag. 22.

33) Man vergleiche Thibaut Syst. des Pandectenrechts 1. B. §. 435. der 4. Ausg. und Aug. Siegm. Kori System des Concurseßprocesses (Leipzig 1807. 8.) Lib. I. §. 44. S. 55.

34) L. 18. D. Quae in fraud. creditor. S. WADsACK Diss. §. 14. und Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1256.

ungültig, daß der Beschenkte gar kein Recht an der geschenkten Sache hat. Denn geht gleich das Eigenthum der geschenkten Sache nicht auf den Beschenkten über, so hat er doch, so lange der Schenker die Schenkung nicht widerruft, einen wahren juristischen Besitz, welcher ihm auch ein Recht zu Interdicten giebt<sup>35)</sup>; und da der Beschenkte mit Willen des Schenkers besitzt, so kann er nicht für einen *malae fidei possessor* gehalten werden<sup>36)</sup>. Ein Verbot der Schenkung steht nun auch dem Beschenkten nicht mehr entgegen, nachdem Antoninus Caracalla dieses Verbot aufgehoben, und Schenkungen unter Ehegatten durch seine *Oratio* erlaubt hat. Mit Recht konnte daher Paulus *libro LIV. ad Edictum*<sup>37)</sup> sagen:

*Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?*

Vielleicht waren damals nicht alle römische Juristen über die Possession des Beschenkten gleicher Meinung, wie auch das *plerique putant*, anzudeuten scheint. Diesen setzt nun Paulus den völlig durchgreifenden Grund entgegen. Es ist vergeblich zu sagen, die beschenkte Frau besitze nicht. Denn wenn der Mann nicht mehr besitzen will, wer mag ihm verwehren, sich seines Besitzes zu entäußern? Damit giebt er denn zugleich zu erkennen,

35) *L. 1. §. 4. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 1. §. 2. in fin. D. Pro donato L. 1. §. 10. D. de vi. S. von Savigny Recht des Besitzes. §. 7.*

36) *GENTILIUS Lib. II. cap. 17. S. 214.*

37) *L. 1. §. 4. D. de acquir. possess.*

daß nun auch eben so wenig der Frau verwehrt werden könne, den Besitz, wie jeder Andere, zu erwerben. Ein Civil-Besitz entsteht freylich durch die Schenkung nicht. Ulpian nennt deswegen den Besitz des beschenkten Ehegatten ausdrücklich nur eine *naturalis possessio*, ist aber doch zu Interdicten wirksam.

Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat: so sagt Ulpian *libro LXIX. ad Edictum* <sup>38)</sup>: nam et *naturalis possessio ad hoc interdictum (de vi) pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit: poterit interdicto uti.*

Und *libro LXXIII. ad Edictum* <sup>39)</sup> sagt er: Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, *pro possessore possidetur.*

Hieraus erklärt sich denn auch ohne Schwierigkeit die aus desselben Ulpian's *libro LXXII. ad Edictum* <sup>40)</sup> genommene Stelle, wo Ulpian sagt:

*Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.*

welche den vorhin angeführten Stellen keinesweges widerspricht. Denn es wird damit nicht der Besitz selbst geläugnet, sondern nur die Gültigkeit der Schenkung. Es wird also nur behauptet, der Beschenkte besitze nicht *pro donato*, sondern nur *pro possessore* <sup>41)</sup>. Daher

38) L. 1. §. 10. D. de vi.

39) L. 16. D. de acquir. vel amitt. possess.

40) L. 46. D. h. t.

41) S. von Savigny a. a. D. §. 7. S. 51. Not. 2. und Thibaut civilist. Abhandlungen Nr. XV. S. 337 — 344.

giebt denn auch freylich die Schenkung keinen Verjährungstitel, weder gegen den Schenker, noch wider den Dritten, wenn nämlich der Schenker, der eine fremde Sache schenkte, in der Lage ist dieselbe usucapiren zu können. In dieser Hinsicht sagt Paulus *libro IV. ad Edictum* <sup>42)</sup> ganz allgemein: *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio.* Nur dann, sagt Pomponius *libro XXIV. ad Quintum Mucium* <sup>43)</sup> findet Usucapion Statt, wenn durch die Schenkung einer fremden Sache der Donator nicht ärmer geworden ist, weil er sie selbst nicht usucapiren konnte.

2) Wird die Schenkung widerrufen, so restituirt der Beschenkte nur, soweit er dadurch noch bereichert ist. Diese Bestimmung war auch in den Worten der Oratio ausdrücklich enthalten. Dieß sagt uns Ulpian *L. 32. §. 9. D. h. t.*

*Quod ait Oratio CONSUMPSISSE, sic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus sit: caeterum si factus est, Orationis beneficium locum habebit.*

Um dieseß zu beurtheilen, wird auf die Zeit der erhobenen Klage gesehen. Ulpian sagt nämlich *libro XXXI. ad Sabinum* <sup>44)</sup>:

*Quod autem spectetur tempus, an locupletiores sint facti: utrum tempus litis contestatae,*

Man vergleiche auch *ПОПЫВ Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XII. not. i. pag. 39.*

42) *L. 1. §. 2. D. Pro donato.*

43) *L. 3. D. eodem. S. oben S. 39 ff.*

44) *L. 7. pr. D. h. t.*



an rei iudicatae? Et verum est, *litis contestatae tempus spectari oportere*, idque Imperator noster cum Patre rescripsit.

Und die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren *L. 17. Cod. h. t.*

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.

Was daher zu Grunde gegangen, oder consumirt ist, ohne daß der Beschenkte dadurch reicher geworden, braucht er nicht zu vergüten, sondern dieser Schade trifft den Donator, weil er Eigenthümer der Sache bleibt<sup>45)</sup>, wäre auch die zu Grunde gegangene Sache mit dem geschenkten Gelde angeschafft worden.

*L. 28. pr. D. h. t. PAULUS libro VII. ad Sabinum.* Si id, quod donatum sit, perierit, vel consumptum sit: *eius, qui dedit, est detrimentum*: merito, quia manet res eius, qui dedit, suamque rem perdit.

*L. 29. pr. D. eodem. POMPONIUS libro XIV. ad Sabinum.* Si mulier ex pecunia donata emptum servum vendidisset, et alium emisset: posteriorem periculo mulieris esse FULCINIUS scripsit. Quod non est verum, licet non ex re mariti emptus sit.

45) Es muß nur dem Beschenkten kein Dolus zur Last fallen, sonst findet gegen ihn die *actio ad exhibendum* oder *Legis Aquiliae* Statt. *L. 37. D. h. t.*

L. 50. §. 1. D. eodem. JAVOLENUS libro XIII. *Epistolarum*. Quod si mulier non emerat servum, sed ut emeret, a viro pecuniam accepit: tum vel mortuo vel deteriore facto servo, damnum ad virum pertinebit: quia quod aliter emptura non fuit, nisi pecuniam a viro accepisset, hoc consumptum ei periit, qui donavit: si modo in rerum natura esse desiit: nec videtur mulier locupletior esse, quae neque a creditore suo liberata est, neque id possidet, quod ex pecunia viri emerat.

3) Besteht das Geschenk in Gelde, und die Frau hat das Geld auf Zinsen ausgeliehen, so darf sie, wenn die Schenkung widerrufen wird, nur das Capital zurückzuzahlen. Die davon erhobenen Zinsen lucrirt sie. Ja wenn auch ein Theil des Capitals verloren gegangen wäre, die Frau hätte aber durch die bereits davon genossenen Zinsen soviel gewonnen, daß der Verlust dadurch vollkommen ersetzt werden könnte; so darf sie dennoch für diesen Verlust nichts vergüten, sondern sie giebt das Capital zurück, soviel es nach Abzug dieses Verlusts noch beträgt, und die davon erhobenen Zinsen gehören ihr.

L. 15. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXII. *ad Sabinum*. Si maritus pecuniam uxori donaverit, eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur: haec ita JULIANUS in marito libro octavo-decimo *Digestorum* scribit.

L. 16. D. eodem. TRYPHONINUS libro X. *Disputationum*. Quid ergo, si ex centum, quae vir uxori donavit, quinquaginta apud debitorem ex his perierint, et alia quinquaginta duplicata

usuris <sup>46)</sup> uxor habet? *Non plus quinquaginta, eius donationis nomine, maritus ab ea consequetur.*

Ist gleich die Frau durch die Zinsen reicher geworden, so wird doch der Mann deswegen nicht für ärmer gehalten, weil die Zinsen nicht aus der Sache selbst, sondern, wie Pomponius <sup>47)</sup> sagt, *ex alia causa*, nämlich durch Stipulation, und also *ex nova obligatione*, entstehen. Denn auch der Mann, hätte er das Geld behalten, würde keine Zinsen bekommen haben, wenn er sich nicht bemüht hätte, das Geld verzinslich auszuleihen. Sie sind also nicht aus dem Vermögen des Mannes an die Frau gekommen. Den Verlust des Capitals hätte er denn auch gehabt <sup>48)</sup>. Hat die Frau für das ihr von dem Manne geschenkte Geld ein Grundstück gekauft; so ist nach dem Werthe desselben zu beurtheilen, ob und wie weit die Frau dadurch bereichert ist. Hat das Grundstück zur Zeit der gegen sie erhobenen Klage einen sehr geringen Werth, so vergütet sie bloß diesen. Stünden aber zu der Zeit dergleichen Grundstücke in einem hohen Preise, so restituirt sie bloß die dafür bezahlte Summe, ohne Zinsen.

L. 7. §. 3. D. h. t. *ULPIANUS libro XXXI. ad Sabinum. Idemque ait* <sup>49)</sup>, *et si vir uxori pecuniam donaverit, ipsaque ex ea praedium emerit* <sup>50)</sup>, *aestimari oportere, in quantum locupletior*

46) *Cod. Erl.* hat das Wort *usuris* nicht.

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

48) S. NoODT *Comm. ad Dig. h. t. §. Ab annui etc.* Tom. II. *Oper.* pag. 514. und POTHIER *Pand. Justin.* Tom. II. h. t. Nr. LXVI. Not. a.

49) *Cod. Erl.* statt *Idemque ait*, liest bloß *Idem*.

50) *C. E. et uxor ex ea fundum comparaverit.*

facta sit mulier. Proinde et si praedia hodie vilissimo <sup>51)</sup> sunt, consequenter dicemus, *litis contestatae tempore aestimationem eorum spectandam*, Plane si *magni pretii* praedia sunt, summa tantum numerata erit restituenda, non etiam usurae pretii.

4) Hat ein Ehegatte dem andern ein Grundstück geschenkt, und es entsteht die Frage, ob auch die Früchte restituirt werden müssen; so ist zu unterscheiden, ob es Früchte sind, die der Beschenkte durch eigenen Fleiß und Mühe gebaut hat, *fructus industriales*, oder solche, die ohne seine Cultur von selbst gewachsen sind. Erstere gehören dem beschenkten Ehegatten, letztere muß er restituiren, so weit er dadurch reicher geworden ist.

*L. 17. D. h. t. ULPIANUS libro XXXII. ad Sabinum.* De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et JULIANUS significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem.

*L. 45. D. de Usuris et fructibus.* POMPONIUS *Libro XXII. ad Quintum Mucium.* Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata, suos facit: illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit eius: sicut nec cuiuslibet bonae fidei possessoris: quia non ex facto eius is fructus nascitur <sup>52)</sup>.

51) *C. E. vilissima.*

52) Diesem Gesetz scheint zwar die *L. 48. D. de acquir. rer. dom.* zu widersprechen, man vergleiche jedoch den 8. Th. dieses Commentars §. 591. S. 285 ff. Die *L. 45. D.*

Der Grund dieses Unterschieds in Ansehung der Früchte beruhet also darin, weil die natürlichen Früchte, die der Beschenkte ohne Mühe geärndtet hat, auch der Donator gewonnen hätte, wenn keine Schenkung geschehen wäre. Er wird hier also durch die Schenkung ärmer. Industrialfrüchte hingegen würde auch der Schenker nicht ohne angewandten Fleiß und Mühe gezogen haben; man kann also hier nicht sagen, daß er sie durch die Schenkung verloren habe<sup>53)</sup>. Nur diese haben also die Natur der Zinsen. Dieser Unterschied in Ansehung der Früchte fällt jedoch weg,

a) wenn der Mann während der Ehe der Frau die Früchte ihres Heyrathsguts hat genießen lassen, ohne die Lasten der Ehe davon bestreiten zu dürfen. Hier muß sie das Heyrathsgut mit den Früchten ohne Unterschied zurückgeben, doch auch nur, so weit sie zur Zeit der angestellten Klage dadurch bereichert ist.

L. 20. Cod. de iure dotium. Imp. DIOCLETIAN. et MAXIMIANUS. Pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit: vel si uxori capere donationis causa permisit, eum, in quantum locupletior facta est, posse agere, manifestissimi iuris est.

L. 8. C. h. t. Imp. ALEXANDER. Si fructus eorum praediorum, quae in dotem accepisti, matrimonii tempore uxorem tuam percipere passus

*de Usuris* bleibt hier immer das entscheidende Gesetz. S. STOCKMANN Diss. de donation. inter coniuges celebratarum revocatione. §. 2.

53) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Tenori. und POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXVI. not. c.

es, eosque uxor tua consumpsit: restitui tibi post divortium oportere, nulla ratione contendis. *Sin autem ex his locupletior facta est, in tantum potest conveniri.*

Der Unterschied in Ansehung der Früchte fällt ferner b) weg, wenn die Früchte selbst den Gegenstand der Schenkung ausmachen. Diese müssen restituirt werden, so weit die Frau dadurch reicher geworden ist. Jedoch kann sie in Ansehung der Industrial-Früchte die Culturkosten abrechnen<sup>54)</sup>.

L. 9. §. 1. *D. de donation.* Ex rebus donatis fructus donatus in rationem donationis non computatur. Si vero non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem: fructus percepti venient in computationem donationis.

5) Soviel die Rechtsmittel anbetrifft, mit welchen der Donator das Geschenk zurückfordert, so kommt es darauf an, ob die Sache noch in Natur vorhanden ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann sie vindicirt, in dem letzten Falle aber kann das, was consumirt ist, mit der *condictio sine causa* oder ehemals, wie noch die Schenkungen unter Ehegatten verboten waren; mit der *condictio ex iniusta causa* in soweit zurückgefordert werden, als der beschenkte Ehegatte dadurch bereichert worden ist.

L. 5. §. ult. *D. h. t.* *ULPIANUS libro XXXII. ad Sabinum.* In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut si quidem exstet res,

54) L. 36. §. 5. *D. de heredit. petit.* *S. GENTILIS Lib. II. cap. 17.*

*vindicetur: si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.*

*L. 6. D. eodem. GAIUS libro XI. ad Edictum provinciale.* Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut *sine causa* aut *ex iniusta causa* retineri intelligitur: ex quibus causis *condictio* nasci solet,

*L. 55. D. eodem. PAULUS libro VI. Quaestionum*<sup>55</sup>). Uxor marito suo pecuniam donavit: maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit: solvendo non est, et res extant. Quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter *condictitia* experiatur? Videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris res comparata extet. Respondi, locupletiores esse ex donatione, negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet, et vindicare *directo* potest: et erit deterior causa viri, si ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est, *condicatur*: quam si *dotis iudicio* conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam *in rem utilem* mulieri in ipsas res accommodare.

Hat der Ehegatte mit dem ihm von dem andern geschenkten Gelde sich Sachen angeschafft, welche noch da

55) Man vergleiche, was zur Erläuterung dieser Stelle im 8. Th. §. 585. S. 187 f. gesagt ist.

sind, so ist derselbe durch den Besitz dieser Sachen bereichert, gesetzt auch, daß derselbe so viel Schulden hätte, daß nach Abzug derselben von seinem Vermögen nichts übrig bleibt. Genug daß er noch Etwas besitzt, was er von dem geschenkten Gelde sich angeschafft hat, dieß muß er herausgeben, wenn die Schenkung widerrufen wird, denn in so weit ist er bereichert. Der Schenker kann also entweder mit der *condictio sine causa* den Werth fordern, jedoch nie über den Betrag der geschenkten Summe, so daß wenn der Beschenkte für die ihm geschenkte Summe von hundert Thalern eine Sache gekauft hätte, die 120 Th. werth ist, der Schenker mehr nicht als 100 Th. *condiciren* kann; oder er kann die Sache selbst mit einer *actio in rem utilis* in Anspruch nehmen. Hierin allein besteht also der Unterschied, ob die geschenkte Sache noch in Natur, oder nur im Surrogat vorhanden ist. Im ersten Falle findet die *rei vindicatio directa* Statt, weil durch die Schenkung das Eigenthum nicht auf den Beschenkten übergegangen ist, und also dem Schenker noch zusteht. In dem letztern aber nur eine *actio in rem utilis*, weil die von einem Andern mit unserm Gelde gekaufte Sache nicht geradezu unser Eigenthum wird<sup>56)</sup>. Es ist jedoch merkwürdig, daß wenn auch die geschenkte Sache noch in Natur vorhanden ist, dieselbe dennoch, wenn sie der Donator *vindicirt*, dem Beschenkten nicht wider seinen Willen genommen werden kann, sondern er muß von der Klage entbunden werden, wenn er dem Donator den wahren Werth derselben bezahlt. Der Grund ist, weil er die Sache mit Willen des

56) *L. 6. C. de rei vindicat. L. 1. C. Si quis alteri vel sibi. S. CUJACIUS Commentar. in lib. VI. Quaestion. Pauli ad L. 55. D. h. t. Oper. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 1085.*



Schenkers besitzt. Daher kann auch der Donator gegen den Beschenkten nicht zur eidlichen Schätzung gelassen werden, sondern der Donator muß sich mit dem wahren Werthe begnügen. Weil jedoch eine solche Aestimation, welche dem Kläger geleistet worden ist, einem Kaufe gleichgehalten wird<sup>57)</sup>, so kann der Beschenkte in diesem Falle sogar Caution auf den Fall der Entwährung fordern, jedoch nur auf das Einfache, nicht auf das Doppelte, wie dieses alles Paulus *libr. XXXVI. ad Edictum*<sup>58)</sup> lehrt, wo er sagt:

*Si donatae res extant, etiam vindicari poterunt: sed quia causam possidendi donatio praestitit, nisi reddatur res, aestimatio facienda est iusto pretio: caverique possidenti debebit de evictione simpli*<sup>59)</sup> *quanti ea res sit: idque etiam PEDIO*<sup>60)</sup> *videtur.*

Wir lernen also aus jenem Gesetz, daß es wegen des Widerrufs einer Schenkung unter Ehegatten dreyerley Klagen giebt, die *rei vindicatio directa*, eine *actio in rem utilis*, und die *condictio sine causa*, oder ehemals *ex iniusta causa*. Aller dieser Klagen gedenkt auch Justinian in der *L. un. §. 5. de rei uxoriae actione*, wo er sagt:

57) *L. 5. D. pro emptore. L. 22. pr. D. de act. rerum amotar.*

58) *L. 56. pr. D. h. t.*

59) Eine solche Caution kann sonst der Beklagte in einem solchen Falle nicht fordern. *L. 35. §. 2. D. de Rei vindicat.* Der Grund dieses Unterschieds ist, was Paulus *L. 28. §. 2. D. h. t.* sagt: *Jus donationis inter coniuges non amare tractandum est.*

60) *G. F. C. C. TIDEMANN Specim. de Pedio ICto. Lugd. Batav. 1822. pag. 83.*

Taceat in ea (sc. actione ex stipulatu de dote repetenda) retentionum verboritas. Quid enim etc. vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per conditionem suo iuri mederi?

Justinian macht uns aber bey dieser Gelegenheit noch auf ein anderes Rechtsmittel aufmerksam, dessen sich auch ehemals der Mann bedienen konnte, wenn er (nach getrennter Ehe mit der actio dotis belangt wurde. Er konnte sich nämlich der Retention bedienen, das heißt, er durfte den Werth der geschenkten Sachen an der Dos abziehen, und wenn diese noch in Natur vorhanden waren, so konnte der Mann, bis zu ihrer Zurückgabe, die Dos als Pfand zurückbehalten <sup>61</sup>). Dieser Retention geschieht auch noch in den Pandecten hin und wieder Erwähnung <sup>62</sup>). Allein Justinian hat sie aufgehoben <sup>63</sup>). War die Frau selbst die Schenkgeberin, so konnte sie mit der actio dotis, oder ehemals mit der Rei uxoriae actio nicht nur auf Restitution des Heyrathsguts, sondern auch auf die Zurückgabe der während der Ehe dem Manne gemachten Ge-

61) L. 7. §. 5. L. 15. §. 1. D. Solutio matrimon. L. 5. D. de dote praeleg. S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 174.

62) L. 66. §. 1. D. h. t. L. 15. §. 1. D. Solutio matrimon.

63) Jac. GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 5. Cod. Th. de revocand. donat. Tom. II. pag. 652. edit. Ritter. meint zwar, die retentio dotis ob res donatas sey schon längst vor Justinian vom Kr. Theodos dem Großen aufgehoben worden. Allein Ant. SCHULTING ad Ulpian. Tit. VI. de dotibus §. 9. not. 51. in Jurisp. vet. Antejust. pag. 584. hat diese Meinung widerlegt.

schenke klagen<sup>64</sup>). Paulus gedenkt des iudicii dotis ausdrücklich, und sagt dabey: erit deterior causa viri, si ex pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est, *condicatur*, quam si dotis iudicio conveniatur. Warum aber die Lage des Mannes bey der *condictio ex iniusta causa* mißlicher war, als bey der *rei uxoriae actio*, hat seinen Grund<sup>65</sup>). Denn bey jener Klage ward der Mann auf das Ganze, bey dieser aber nur, soweit es sein Vermögen mit Rücksicht auf Lebensunterhalt erlaubte, verurtheilt<sup>66</sup>). Ist mit der von dem geschenkten Gelde erkauften Sache noch sonst etwas gewonnen worden, wodurch der Beschenkte bereichert ist; so kann auch dieses gefordert werden, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 28. §. 5. D. h. t. PAULUS libro VII. ad Sabinum. JULIANUM putasse POMPONIUS refert: Si quid per eum servum, quem ex nummis a marito donatis mulier<sup>67</sup>) adquisisset, forte legatum, he-

64) Denn die *rei uxoriae actio* war ein *actio bonae fidei*, §. 29. I. de action. von welcher CICERO in *Topic.* cap. 17. sagt: in *ARBITRIO REI UXORIAE* est, quid virum uxori; quid uxorem viro praestare oporteret.

65) S. CUJACIUS c. 1. und POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LVI. not. i. pag. 48.

66) L. 17. D. de re iudicata. L. 20. D. eodem L. 12. D. Solutio matrimonio.

67) Cod. Erl. hat hier noch das Wort *emerit*. Eben so Chevallon, Baudoza, Hugo a Porta und Merlinus. Diese Lesart hat auch POTHIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LVII. pag. 48. in den Text aufgenommen. Haloander und Miräus haben nach dem Wort *quem* das Wort *emerat* eingeschaltet. Diese

reditatem: aut partus editus esset: eo quoque nomine petitionem faciendam esse.

Hat jedoch der Beschenkte Kosten auf die geschenkte Sache verwendet, so kann er dieselben, gleich einem bonae fidei possessor, abrechnen, wie Pomponius *libro XIV. ad Sabinum*<sup>68)</sup> sagt:

Si vir uxori aream donaverit, et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est: sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, *retentionem impensae*<sup>69)</sup> mulierem facturam.

#### §. 1257.

Ist eine remuneratorische, oder eidlich bestärkte Schenkung unter Ehegatten der Revocation unterworfen?

Daß schon das ältere Recht mehrere Ausnahmen von dem Verbote der Schenkungen unter Ehegatten machte, ist bereits oben (§. 1253. b. S. 9. ff.) ausgeführt worden. Diese Ausnahmen sind durch die Dration des Kaisers Antoninus Caracalla nicht aufgehoben, insofern sie solche Schenkungen betreffen, welche gleich anfangs unwiderruflich sind. Da aber auch solche Schenkungen zu den Ausnahmen gehörten, welche erst durch den Tod des Schenkgebers ihre Gültigkeit erhalten, wie z. B. Schenkungen von Todes wegen (§. 1263. c.), so können nun diese nicht mehr zu den

Emendation billigt *Ant. SCHULTING* Not. ad Dig. s. Pand. Tom IV. ad h. L. pag. 302.

68) L. 51. §. 2. D. h. t.

69) Id est impensae nomine. S. Noort. Comm. ad Dig. h. t. p. 517.

Ausnahmen gerechnet werden, weil vermöge der Oratio des Caracalla jetzt alle Schenkungen unter den Ehegatten, die nicht gleich anfangs unwiderruflich sind, durch den Tod des Schenkers gültig werden, wenn sie von demselben bey seinem Leben nicht widerrufen worden sind. Es ist daher ein offener Irrthum, wenn Hellfeld unter die Fälle, wo Schenkungen unter Ehegatten unwiderruflich sind, den Fall mit zählt, da die Schenkung von Todes wegen geschehen ist. Denn die von ihm angeführten Gesetze<sup>70)</sup> sagen nur, daß *mortis causa donationes* zwischen Mann und Frau erlaubt, also nicht unter dem Verbote begriffen gewesen. Daß sie aber unwiderruflich seyn sollten, streitet theils gegen den Begriff einer *donatio mortis causa*, nach welchem eine solche Schenkung erst nach dem Tode des Schenkers ihre Gültigkeit erhält, theils gegen die klaren Worte der *L. 11. pr. D. h. t.* wo Ulpian sagt:

*Sed interim res non STATIM sunt eius, cui (sc. mortis causa) donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insecuta est. Medio igitur tempore dominium remanet apud eum, qui donavit.*

Die übrigen vom Verfasser angeführten Fälle sind schon oben vorgekommen. Hier sind nur noch zwey Fragen zu erörtern übrig.

70) *L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. pr. D. h. t.* Der Unterschied zwischen einer *donatio inter vivos* und *mortis causa inter coniuges* bestand früherhin bloß darin, daß die letztere durch den Tod des Schenkers gültig wurde, erstere aber von den Erben desselben zurückgefordert werden konnte. Auch schon Weber in den Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1257. hat diesen Irrthum des Hellfeld's bemerkt.

1) Ist eine remuneratorische Schenkung unter Ehegatten der Revocation unterworfen? Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, was man unter einer solchen Schenkung versteht. Diese ist keine reine Schenkung, sondern unterscheidet sich von den gewöhnlichen Schenkungen dadurch, daß sie aus dem Gefühle einer natürlichen Verbindlichkeit zur Dankbarkeit hervorgegangen ist, wenn gleich eine Vergeltung für diejenigen Leistungen, zu deren Erwidderung sie geschehen ist, durch keine gerichtliche Klage gefordert werden konnte. In dieser Hinsicht liegt daher auch bey vergeltenden Schenkungen eine Art von Freygebigkeit zum Grunde, weßwegen sie im Allgemeinen den Schenkungen beygezählt werden müssen, wenn gleich die Gesetze <sup>71)</sup> in jener Rücksicht sagen, *naturalem ad remunerandum adesse obligationem* <sup>72)</sup>. Es läßt sich aber eine vergeltende Schenkung unter Ehegatten auf zweyerley Art gedenken. Sie geschieht entweder nur von dem Einen zur Belohnung geleisteter Dienste und erwiesener Wohlthaten; oder sie geschieht von beyden auf eine solche Art, daß der eine das von dem andern erhaltene Geschenk durch ein gegenseitiges Geschenk erwidert. Jene wird im eigentlichen Sinne eine *donatio remuneratoria*, diese aber eine *donatio mutua* oder *reciproca* genennt <sup>73)</sup>. Von der letztern Art kommen mehrere Beyspiele in den Ges

71) L. 25. §. 11. D. de hereditat. petit.

72) S. Gottfr. Phil. von Bülow Beitrag zur Lehre von vergeltenden Schenkungen, in Desselben Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürgerlichen Rechts. 2. Th. 1. Heft Nr. IX. S. 82—91. (Braunschweig 1818. 8.)

73) S. Jul. Ge. Paul Du Roi Diss. de donatione inter coniuges remuneratoria. §. 4. et 5.

setzen <sup>74)</sup> dieses Titels vor. Von jener erstern Art hingegen findet sich keins. Ob nun aber und in wie fern diese Arten der Schenkung unter Ehegatten dem Widerruf unterworfen sind, ist jetzt genauer zu untersuchen. Die Rechtsgelehrten <sup>75)</sup>, zu denen auch unser Hellfeld gehört, zählen insgemein die remuneratorischen, und gegenseitigen Schenkungen zu den ausgenommenen Fällen, in welchen kein Widerruf Statt findet. Andere hingegen verwerfen diese Ausnahmen <sup>76)</sup>. Ich will von jeder Art besonders handeln, und den Anfang mit den gegenseitigen Schenkungen (*mutuae donationes*) machen, von welchen die Gesetze dieses Titels an mehreren Orten sprechen. Es lassen sich hier zwey Fälle denken. Die Schenkungen sind entweder von gleichem oder ungleichem Werthe. Im letztern Falle ist derjenige Ehegatte, der mehr empfangen, als er dem andern geschenkt hat, in Rücksicht dieses Ueberschusses allerdings für bereichert zu halten, und in so fern ist die Schenkung ohne Zweifel dem Widerruf unterworfen. Denn Ulpian sagt ausdrücklich <sup>77)</sup>:

Si is, qui donationem accepit, *locupletior factus est*, *Orationis beneficium locum habebit.*

74) L. 7. §. 2. L. 52. §. 9. et 14. D. h. t.

75) VORT. Comm. ad Pand. h. t. §. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCXXXVI. medit. 1. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 471. et §. 472. Thibaut Syst. des Pandectenrechts 1. B. §. 436. und 2. B. §. 910. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 419.

76) CUJACIUS Paratitl. in Cod. Lib. V. Tit. 16. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 635. in fin.

77) L. 52. §. 9. h. t.

Sind aber die Schenkungen einander gleich, so kommt es wieder darauf an, ob die Ehe durch ein Divortium, oder durch den Tod eines der Ehegatten getrennt worden ist. So unterscheidet auch Ulpian wenn er am angeführten Orte sagt:

Sed et si non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, (scil. *quantam accepit*) eaque *exstat*<sup>78</sup>): dicendum est, si is decessit, qui factus est locupletior, posse (scilicet *superstitem*, qui dedit id, quod adhuc extat) repetere (a defuncti herede) id, quod dedit; nec compensare id quod consumpsit, (sc. *tenetur*) quamvis *divortio secuto* haec compensatio locum habeat.

Ist also die Ehe durch ein Divortium getrennt worden, so findet eine Compensation Statt, wodurch die Zurückforderung des noch Vorhandenen ausgeschlossen wird. Wenn hingegen die Ehe durch den Tod getrennt worden ist, und der verstorbene Ehegatte das Geschenk noch besaß, so kann der überlebende, wenn dieser das ihm Geschenkte consumirt hat, sein Geschenk zurückfordern, und der Erbe des Verstorbenen kann ihm die Compensation nicht entgegensetzen. Dieß entspricht nun auch dem Geist

78) Die florentinische Ausgabe liest eaque *est*. Allein schon Laurellius hat die richtigere Lesart *extat* am Rande bemerkt, und so lesen viele alte Ausgaben, die ich besitze, Haloander, Miräus, Chevallon, Hugo a Porta, Baudoza, und unser *Cod. Pand.* Hingegen die Gothofredischen Ausgaben, und diejenigen, worin der florentinische Text zum Grunde gelegt ist, z. B. Ruffard, Charondas, Jul. Pacius lesen eaque *est*.



der Donation vollkommen, mit deren Interpretation Ulpian hier beschäftigt ist. Denn durch den Tod des Schenkenden wird die Schenkung bestätigt, wenn ihn der Beschenkte überlebt. Ist nun zuerst derjenige Ehegatte gestorben, welcher das Geschenk consumirt hatte, so wird durch seinen Tod die von demselben dem überlebenden Ehegatten gemachte Schenkung bestätigt. Diesen Fall hat jedoch Ulpian gar nicht einmahl berührt, weil er keinem Zweifel unterworfen war. Wenn hingegen derjenige Ehegatte zuerst gestorben ist, welcher noch durch die ihm von dem Ueberlebenden gemachte Schenkung bereichert war, während dieser das ihm von dem Verstorbenen gemachte Geschenk schon bey dessen Leben consumirt hatte; so wird nun durch diesen Tod keine der gegenseitigen Schenkungen bestätigt. Denn die Schenkung, welche der verstorbene Ehegatte dem überlebenden gemacht hatte, war schon bey jenes Lebzeiten durch die Consumtion des Ueberlebenden unwiderruflich geworden, weil er nichts mehr davon besaß. Die Schenkung hingegen, welche der Ueberlebende dem Verstorbenen gemacht hatte, war durch seinen Tod erloschen, weil er den Donator nicht überlebt hat. Der Ueberlebende kann sie also, ganz der Donation des Kaisers Caracalla gemäß, von den Erben des Verstorbenen zurückfordern. Denn die Schenkung wird jetzt nur noch wie eine einseitige betrachtet, als wäre sie nur demjenigen allein gemacht worden, welcher dadurch reicher geworden ist. Daß gegenseitige Schenkungen nicht gleich anfangs gelten, sondern die Bestätigung durch den Tod des Donators erfordern, ergiebt sich noch mehr daraus, weil Ulpian §. 14. sagt:

*Sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt: nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere, neutri*

datam conditionem: locupletes igitur heredes donationibus relinquent<sup>79)</sup>).

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Ehe durch Divortium getrennt worden ist. Hier findet Compensation Statt, wenn derjenige Ehegatte, der das ihm Geschenke durchgebracht hat, von dem andern, der sein Geschenk noch besitzt, die Zurückgabe verlangt. Die Gesetze haben dieses verordnet aus Haß gegen Ehescheidungen, und um aller Schikane vorzubeugen.

Es läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß jenes Recht, welches die Compensation ausschließt, nur dem strengen und subtilen Rechte angehöre, durch den Gerichtsgebrauch aber schon bey den Römern ein billigeres Recht Statt gefunden habe, und dieses durch eine Constitution des Kaisers Hadrianus bestätigt worden sey, wie Scipio Gentili<sup>80)</sup> zu behaupten sucht, um die L. 7. §. 2. D. h. t. mit der L. 32. §. 9. D. eodem zu vereinigen. In der L. 7. sagt nämlich Ulpian, aus dessen libro XXXI. ad Sabinum diese Stelle entlehnt ist:

Si vir et uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumpserit, recte placuit compensationem fieri donationum: et hoc Divus HADRIANUS constituit.

Der ganze Zusammenhang lehrt, daß hier von dem Widerruf einer Schenkung unter Ehegatten die Rede sey. Es wird nämlich die Frage untersucht, ob und in wiefern der beschenkte Ehegatte für bereichert zu halten sey, oder nicht.

79) Man vergleiche L. 26. D. de mortis causa donation.

80) De donationib. inter vir. et uxor. Lib. II. cap. 20. pag. 228. sqq.

Da der Widerruf gewöhnlich die Folge einer unter den Ehegatten entstandenen Mißthelligkeit ist, so bleibt Ulpian seinem Satz getreu, daß wenn nicht die Schenkung durch den Tod des Donators bestätigt worden ist, bey gegenseitigen Schenkungen, wenn sie widerrufen werden, die Compensation Statt finde. Und so fällt also der Widerspruch weg<sup>81)</sup>,

Ich komme nun auf die eigentlichen remuneratorischen oder belohnenden Schenkungen<sup>82)</sup>. Eine solche Schenkung setzt immer das Daseyn wirklich geleisteter vorzüglich wichtiger Dienste, oder erwiesener besonderer Wohlthaten voraus, zu deren Vergeltung ein verbindlicher Grund, wenn er auch nur auf einer natürlichen Verbindlichkeit beruht, erfordert wird<sup>83)</sup>. Die Dienste, welche durch eine solche Schenkung belohnt werden, dürfen also keine gemeinen oder bloße Liebesdienste seyn, wozu der Beschenkte schon von Rechts wegen verpflichtet ist, z. B. wenn die Frau den Mann in seiner Krankheit pflegt und wartet, oder die Haushaltung ordentlich führt. Eine Belohnung für solche Dienste ist nur für eine gemeine Schenkung zu halten, und nach den Grundsätzen von gewöhnlich

81) *G. de RETES de donation. inter vir. et uxorem. Cap. V. §. 13. pag. 680. und SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVI. §. 105. Not. a.*

82) *GENTILIS Lib. II. cap. 21.* hat hiervon sehr unbefriedigend gehandelt.

83) Man vergleiche über die Natur und Wirkung einer remuneratorischen Schenkung vorzüglich *G. Lud. Böhmers* außerlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Nr. 51. S. 581. — 585. und 2. B. 1. Abth. Nr. 126. S. 249 — 258.

den Schenkungen zu beurtheilen <sup>84)</sup>. Allein man sehe, ein Ehegatte habe dem andern in einer augenscheinlichen Gefahr das Leben oder Vermögen gerettet. Eine Belohnung für einen solchen Dienst, welchen Paulus <sup>85)</sup> mit

84) VOET h. t. §. 10. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCXXXVI. medit. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. III. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 17. und *Da Roi* cit. Diss. §. 6.

85) L. 54. §. 1. *D. de donat.* Wenn es daselbst heißt: *haec donatio irrevocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est*; so sind hier die von dem Verfasser der Pandecten weggelassenen Worte: *si tamen donatio, non merces etc.* zu ergänzen, wie aus des PAULUS *Sentent. Recept. lib. V.* erhellet, woraus diese Gesetzstelle excerptirt ist. Denn daselbst heißt es Tit. 11. §. 6. bey Ant. SCHULTING *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 475. *Ei, qui aliquem a latronculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur* (als Ausnahme von der Lex Cincia, welche aber zu Justinians Zeiten längst antiquirt war, daher sind diese Worte des Paulus weggelassen, und dafür die Worte: *haec donatio irrevocabilis est.* substituirt worden;) *SI TAMEN DONATIO, ET non merces eximii laboris appellanda est, quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit.* Daß die Worte: *si tamen donatio*, in der L. 54. *D. de donat.* ergänzt werden müssen, behaupten auch CUIACIUS ad h. Loc. Pauli, Ant. SCHULTING ad Eundem. not. 27. et 28. und Dion. GOTHOFREDUS in not. ad L. 54. Viele Ausgaben der Pandecten aber lesen *nam* oder *enim* statt *non*: als Haloander, Miräus, Merlinus, Chevalonius, Baudouja u. a. m. Auch in der Laurellischen Ausgabe ist das *nam* am Rande bemerkt, so wie in allen Ausgaben, in welchen der florentinische Text zum Grunde liegt. Diese affirmative Lesart billigt besonders

Recht einen *eximius labor* nennt; verdient ohne Zweifel den Namen einer remuneratorischen Schenkung. Wenn nun aber gleich bey solchen vergeltenden oder belohnenden Schenkungen, wie schon in der Natur der Sache liegt, keine vollkommene Gleichheit zwischen den gegenseitigen Leistungen, so wie zwischen Preis und Waare, erfordert werden kann, so sind doch alle Rechtsgelehrten darin einig, daß die Schenkung zu der vergoltenen Wohlthat in einigem Verhältniß stehen müsse. Denn insofern sie dieses Verhältniß offenbar überschreitet, ist die Schenkung nicht für eine remuneratorische, sondern nur für eine gewöhnliche, aus bloßer Freygebigkeit gemachte Schenkung zu halten<sup>86)</sup>. Hiernach ist also zu beurtheilen, in wiefern eine solche Schenkung dem Widerruf unterworfen ist, oder nicht. Insofern sie nämlich als eine wirklich remuner

VOET *Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 17.* Allein *Jo Guil. MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. Cap. 10. §. 1. pag. 255. sq.* sucht die florentin. Lesart zu vertheidigen. Er meint jedoch die Partikel *nam*, die *Laurellius* am Rande seiner Ausgabe bemerkt hat, sey mit *non* zu verbinden. Er liest daher *nam non merces* etc. *JAUCH* in *Meditationib. critic. de Negationibus Pandect. Florent. Cap. V. §. 37. pag. 102.* liest *si non merces. Car. Frid. WALCH* *Introd. in controvers. iuris civ. Sect. III. Cap. III. Membr. I. §. 15. Not. \*)* erkennt zwar hier die Hand des *Tribonian's*, vertheidigt aber die florentinische Lesart ohne alle Aenderung.

86) *S. VOET Comm. ad Pand. c. l. §. 17. HARPPRECHT Diss. de differentiis donationis simplicis et remuneratoriae §. 4. Böhmer's Rechtsfälle 2. B. Nr. 126. S. 253. von Bülow Abhandl. 2. Th. 1. H. Nr. IX. §. 8. S. 90. u. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1005. II.*

ratorische Schenkung zu betrachten ist, kann sie als eine donatio ob causam nicht widerrufen werden<sup>87)</sup>; insofern aber eine offenbar unverhältnißmäßige Wiedervergeltung auf dem Wege der Schenkung Statt gefunden hat, ist sie in Rücksicht des Uebermaßes nach den Grundsätzen von gemeinen Schenkungen unter Ehegatten zu beurtheilen, und es findet ein Widerruf Statt, so weit der Beschenkte hierdurch bereichert ist<sup>88)</sup>. Wird der Grund der Schenkung in Zweifel gezogen, so muß Beweis darüber geführt werden, welcher demjenigen aufzulegen ist, welcher behauptet, daß die Schenkung eine remuneratorische und daher unwiderruflich sey<sup>89)</sup>. Zu diesem Beweise ist aber die in der Schenkungsbekunde enthaltene Formel, daß diese Schenkung aus Erkenntlichkeit, und zur Vergeltung erzeugter Wohlthaten und geleisteter Dienste gemacht worden sey, nicht hinreichend, da die Erfahrung lehrt, daß diese Clausel nur gar zu oft zum Vorwand dient, erschlichenen Schenkungen großer Summen dadurch einen Anstrich von Rechtmäßigkeit zu geben<sup>90)</sup>. Sehr treffend sagt Leyser<sup>91)</sup>: Instrumenta, quae super donationibus conficiuntur, et diplomata, quibus nobilitas a Caesare confertur, hoc invicem commune habent, quod in utrisque merita eorum, quibus beneficium confertur, praedicentur, atque pro causa beneficii collati venditentur. Ita

87) L. 54. §. 1. D. de donat.

88) S. von Bülow Abh. S. 90.

89) von Bülow Abh. §. 9. S. 91. und von Benning-  
Jungelheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B.  
§. 215. S. auch Hofacker cit. loc. nr. III.

90) S. Böhmers angef. Rechtsfälle. 1. B. Nr. 51, S. 383.

91) Meditat. ad Pand. cit. Spec. CCCCXXXVI. Med. 2.

vero, si instrumenta spectes, nulla hodie donatio simpliciter fit, sed omnis remuneratoria est. Promiscua haec benemeritorum in donationibus mentio efficit, ut iam diu generali huic commemorationi fides nulla habeatur, sed quemadmodum STRYKIUS<sup>92)</sup> ait, formula in fraudem magis adiecta praesumatur, quam animo remunerandi.

Die andere Frage, die noch zu erörtern übrig ist, besteht darin, ob die Schenkung unter Ehegatten durch den hinzugekommenen Eid unwiderruflich werde? Die meisten Rechtsgelehrten<sup>93)</sup> bejahen auch diese Frage, und glauben sie nach dem Canonischen Rechte bejahen zu müssen<sup>94)</sup>. Andere<sup>95)</sup> hingegen entscheiden diese Frage ver-

92) Diss. de Benemeritis Cap. II. nr. 5.

93) BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. Diss. XIX. Th. IV. Litt. C. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Vol. II. h. t. §. 11. STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 8. Just. Henn.* BOEHMER *Jur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 33. nr. III. Sam. de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.* STOCKMANN *Diss. de donationum inter coniuges celebratar, revocatione. Cap. III. §. 4.* HOFACKER *Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 473.* THIBAUT *System des Pand. R. 1. B. §. 456. u. a. m.*

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

95) GENTILIS de donation. inter vir. et uxorem. Lib. III. cap. 25. *Frid. Gottl. ZOLLER Exercit. Quaestionem, utrum donatio inter virum et uxorem facta iuramento accedente sit valida, continens. Lipsiae 1777. 4.* MALBLANC *Princip. iuris Romani. P. II. Sect. ult. §. 625. in fin. und in Doctrina de iureiurando. Lib. V. Cap. 1. §. 117. sqq.* Weber *syll. Entwif. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 122 u. 123.* MÜHLENBRUCH *Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 285. in fin. u. a. m.*

neinend, weil selbst das Canonische Recht die Grundsätze des Röm. Rechts von Schenkungen unter Ehegatten bestätigt habe<sup>96)</sup>. Noch andere<sup>97)</sup> gehen den Mittelweg. Sie sagen, der Eid hindere zwar den Widerruf der Schenkung aus bloßer Reue, aber nicht die nach dem Gesetz eintretende Aufhebung der Schenkung, wenn der beschenkte Ehegatte vor dem Donator verstirbt. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient zwar in der Theorie die zweite den Vorzug, wie schon daraus erhellet, was bereits an einem andern Orte<sup>98)</sup> von den Wirkungen des Eides bey ungültigen Geschäften ausgeführt worden ist. Auch schon die Gründe, aus welchen die Gesetze Schenkungen unter Ehegatten, wodurch der eine ärmer, und der andere reicher wird, nicht gelten lassen wollen, können uns überzeugen, daß hier keine willkührliche Entfagung von Wirkung seyn könne, wenn sie auch durch einen Eid bestärkt worden wäre<sup>99)</sup>. Denn durch den Eid werden ja diese gesetzlichen Gründe nicht aus dem Wege geräumt. In der Praxis

96) *Cap. 8. X. de donation. inter vir. et ux. (IV. 20.)*  
 GREGORIUS IX. Donatio, quae constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta, ex qua alter locupletior, et pauperior alter efficitur, firmitatem non habet, nisi donatoris obitu confirmetur: quae tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite vel expresse, vel qui donatum accepit, prius debitum naturae persolvat.

97) *Phil. DECIUS Consil. CCXL. Jac. MENOCHIVS Consil. LXXXIV. PARISIVS Consil. Vol. III. Cons. LXXXVII. nr. 4.*

98) *S. den 4. Th. §. 341.*

99) Man verbinde die *L. 5. §. 1. et L. 20. pr. D. de pactis dotal.* mit *L. 7. §. 16. D. de pactis.* und *L. 5. C. de Legib.*



hat aber freylich jene erste Meinung die Oberhand erhalten<sup>100)</sup>.

## §. 1257. a.

Änderungen und Erweiterungen dieser Lehre durch die Constitutionen der christlichen Kaiser, besonders der Kaiser Constantin des Großen und Justinian.

Die ganze bisherige Ausführung hatte bloß zur Absicht, daß durch die Oratio des Kaisers Antoninus Caracalla eingeführte Recht in der Lehre von Schenkungen unter Ehegatten, besonders durch Erklärung der dieselbe betreffenden oft sehr schwierigen Gesetzstellen, vollständiger, als bisher geschehen ist, und in seinem ganzen Umfange darzustellen. Es ist daher nun nur noch übrig, die mancherley Änderungen und Erweiterungen dieses Rechts nach den Verordnungen der spätern Kaiser hinzuzufügen. Im allgemeinen blieb nun zwar der Grundsatz festgestellt, daß alle Schenkungen unter Ehegatten, welche das ältere Recht verboten hatte, jetzt durch den Tod des Schenkenden ihre unwiderrufliche Gültigkeit erhalten, wenn sie von demselben bey seinem Leben nicht widerrufen worden sind. Davon überzeugen uns alle spätere Verordnungen dieses Titels im Codex. Allein durch die Constitutio

100) GAILL Observatt. pract. Lib. II. Observatio 40. MYNSINGER Centur. II. Observatio 33. BERLICH Conclus. pract. P. II. Concl. XV. nr. 14. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8. Henr. HAHN Observat. theor. pract. ad Wesenbecium. h. t. Nr. V. not. vv. *Etiam iureiurando.* und J. H. BOEHMER in Diss. de statu donationum inter V. et Ux. antiquo et hodierno. §. 29. bezeugen diese Praxis.

nen des Kaisers Constantin des Großen, und Justinian wurde diese Rechtslehre nicht nur erweitert, sondern auch Manches in Ansehung der Form und Wirkung der Schenkungen unter Ehegatten abgeändert.

1) Kaiser Constantin der Große dehnte nämlich die Oratio des Kaisers Caracalla in einer Verordnung vom J. 321. nämlich *L. 24. C. h. t.* aus Gründen der Billigkeit auf den Fall aus, wenn der schenkende Ehegatte wegen eines begangenen Verbrechens zum Tode wäre verurtheilt, oder sonst wegen einer ihm zuerkannten Capitalstrafe ein *servus poenae* geworden wäre. Hierdurch sollte die Schenkung, welche er dem andern Ehegatten vor der Begehung des Verbrechens gemacht hat, nicht zu Grunde gehen, sondern eben so, wie durch den natürlichen Tod des Schenkers, bestätigt werden, damit der unschuldige Ehegatte nicht durch das Verbrechen des schuldigen Theils mit gestraft werde. Die Verordnung ist schon oben <sup>1)</sup> wörtlich angeführt worden.

Eben dieser Kaiser gab auch die allgemeine Verordnung, daß große Schenkungen, wofür die *Lex Cincia* diejenigen erklärt hatte, welche die Summe von 200 *solidis* überschritten, nur dann gültig seyn sollten, wenn sie vor Gericht erklärt, und daselbst in ein Protokoll gebracht wären, (*si actis insertae et insinuatae essent*) <sup>2)</sup>.

1) *S. §. 1254. d. S. 161. S. auch de RETES de donat. inter V. et U. Cap. VIII. §. 8.*

2) *L. 1. L. 3. L. 5. Cod. Theod. de donat. VIII. 12.* In allen diesen Verordnungen, welche von Constantin dem Großen sind, heißt es: *Donationes nullo alio modo firmas esse detineri, nisi apud actorum contestationem confectae fuerint.* Nun sagt zwar *L. 1. Cod.*

Und da bey dieser Insinuation keine Ausnahme, auch selbst für die nächsten Verwandten nicht, zugelassen wurde<sup>3)</sup>, dennoch aber der Schenkungen unter Ehegatten dabey nicht ausdrücklich gedacht worden; so verordnete nun

*Theod. de sponsalib.* VIII. 5., welche ebenfalls in der Ueberschrift den Namen *Imp. Constantinus* hat, und vom Jahr 519, ist, *Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset.* Es entsteht also hier ein Zweifel, ob die Nothwendigkeit der Insinuation bey Schenkungen wirklich erst vom Kr. Constantin dem Großen eingeführt worden sey. Da indessen die Söhne des Kaisers Constantin, nämlich *CONSTANTIUS* und *CONSTANS*, in der *L. 6. Cod. Theod. de donat.* vom J. 541. jene Verordnung: *Irritas donationes esse, quae actorum indicia non haberent,* ausdrücklich ihrem Vater zuschreiben; ja Kr. Constantin sich diese Verordnung selbst zueignet *L. 3. et L. 5. C. Theod. de donat.*, so glaubt *Jac. GOTHOFREDUS* in *Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de Sponsalib.*, daß dieses Gesetz den Söhnen des Kaisers Constantin zuzueignen sey. Wenn nun gleich alle die angeführten Constitutionen ganz allgemein sprechen, so lehrt uns doch die *L. 8. Cod. Theod. de Sponsalib.* (eine Verordnung der *RR. THEODOSIUS* und *VALENTINIANUS* vom J. 428.), daß diese Vorschrift nur für große Schenkungen gelten sollte, welche die Summe von 200 Solidis übersteigen, wie sich auch aus *§. 2. I. de donation. (II. 7.)* ergibt, wo *Justinian* sagt: *Et cum retro Principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si maiores fuerant ducentorum solidorum: Constitutio nostra eam quantitatem ampliavit.* S. von *Savigny* Ueber die *Lex Cincia* (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Nr. 1. §. 8. S. 51 — 36.)

3) *L. 5. Cod. Theod. de donation. (VIII. 12.) L. 27. C. Just. eod.*

2) der Kaiser Justinian in einer Constitution vom Jahr 528, daß Schenkungen unter Ehegatten nur bis auf die gesetzliche Summe, welche zu der Zeit noch 200 solidos betrug, oder, wenn sie diese überschreiten, nur dann durch das Stillschweigen des Schenkgebers und durch seinen Tod bestätigt werden sollten, wenn sie gerichtlich wären insinuirt worden. Hätte jedoch der Schenkende die Schenkung in seinem letzten Willen bestätigt, bey welcher eine gerichtliche Insinuation nöthig gewesen wäre, so soll nun zwar eine solche Schenkung gültig seyn, aber doch mit dem Unterschiede, daß diese besondere Bestätigung erst von der Zeit an Kraft und Gültigkeit haben soll, da die Schenkung bestätigt worden ist; dahingegen eine Schenkung, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigt, oder gerichtlich insinuirt worden ist, wenn sie durch den Tod des Donators bestätigt worden, schon gleich von der Zeit an als gültig angesehen werden solle, da sie zuerst errichtet wurde. Die hierher gehörige Verordnung ist die *L. 25. Cod. h. t.*, welche wörtlich folgendermaßen lautet,

Imp. JUSTINIANUS *A. Mennae* P. P. Donationes, quas parentes in liberos cuiuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eam, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris, vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes, actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium eius, qui donavit, con-

firmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur: ita tamen, ut si quidem ultra lege definitam quantitatem expositae, minime in actis insinuatae fuerint: specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eadem donationes confirmatae sunt. Si vero vel non amplior sit donatio, vel, cum amplior esset, in actis insinuata sit; tunc et silentium donatoris, vel donatricis, et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit: sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.

In dieser Verordnung ist eigentlich von zwey Arten von Schenkungen die Rede, nämlich von Schenkungen, welche ein Vater seinen Kindern macht, die noch unter seiner väterlichen Gewalt sind, und von Schenkungen zwischen Mann und Frau. Die ersteren gehen uns hier nichts an. Die letztern aber sollen nun vermöge dieser Constitution, sofern sie die gesetzliche Größe überschreiten, nur dann, durch das Beharren des Donators in derselben Willensstimmung bis an den Tod, ihre Gültigkeit erhalten, wenn sie gerichtlich sind insinuirt worden. Daß die Summe, bis auf welche zur Zeit dieser Constitution Schenkungen ohne Insinuation galten, in 200. solidis bestand, ist bereits oben bemerkt worden. Diese Summe erhöhet aber Justinian nachher zuerst auf 300. dann auf 500. solidos, und zwar dergestalt, daß wenn die Schenkung diese Summe überschreitet, nicht die ganze Schenkung, sondern nur dasjenige nichtig seyn solle, was über diese Summe geschenkt worden ist. Daß diese neue Bestimmung auch

auf Schenkungen unter Ehegatten anzuwenden sey, leidet keinen Zweifel. Justinian sagt dieses auch selbst in der Novelle CLXII. Kap. 1. §. 2. ausdrücklich, wo es nach Homberg's Uebersetzung heißt.

*Illud etiam constituendum duximus, si donationes ab initio actis insinuatæ fuerint, ut illae omnibus modis silentio confirmantur. Si vero insinuatæ non fuerint, et modum, qui insinuatione indiget, excedant, eatenus illae solum valeant, quatenus non insinuatæ donationes firmas esse a nobis sancitum est. Hoc enim ultimo constituentes obtinere volumus, nec quod recte se habere poterat, propter adiectionem quantitatis intercidere, id quod etiam de donationibus in universum lex nostra dicit.*

Da die Verordnungen des Kaisers Justinian ganz allgemein von allen Schenkungen unter Lebenden reden, welche die gesetzliche Summe übersteigen, so ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß die Insinuation auch bey denjenigen Schenkungen unter Ehegatten erforderlich sey, die nach den Gesetzen gleich anfangs gültig sind, so fern sie nicht zu den von Justinian selbst ausgenommenen Fällen gehören, wie z. B. die Schenkung zur Wiederherstellung eines abgebrannten Hauses<sup>4)</sup>. Es entsteht jedoch die Frage, ob bey einer remuneratorischen Schenkung unter Ehegatten, welche die gesetzliche Summe übersteigt, die gerichtliche Insinuation erforderlich sey? Diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige<sup>5)</sup>

4) Man vergleiche L. 36. §. 2. C. de donat. mit L. 14. D. h. t. und sehe §. 1253. b. S. 52.

5) Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 184. und Jul. Ge. Paul. Du Roi Diss. de donatione inter con-

verneinen sie aus dem Grunde, weil diese Schenkung nicht zu den gemeinen Schenkungen gehöre, von denen die Gesetze sprächen, sondern eine natürliche Verbindlichkeit, nämlich die Pflicht der Dankbarkeit, zum Grunde habe, und daher gleich Anfangs unwiderruflich sey, auch die Nachtheile großer Schenkungen bey Remunerationen weniger zu befürchten seyen. Andere <sup>6)</sup> hingegen bejahen sie aus bessern Gründen. Denn 1) ist diese Art von Schenkungen unter den Ausnahmen nicht befindlich, welche die Gesetze in Ansehung der vorgeschriebenen Nothwendigkeit der gerichtlichen Insinuation ausdrücklich zulassen <sup>7)</sup>. Justinian <sup>8)</sup> sagt vielmehr:

Caeteris etiam donationibus, quae gestis inter-  
venientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua  
distinctione, usque ad quingentos solidos valituris.

Es wird also hierdurch die allgemeine Regel bestätigt, daß alle übrige in dem Gesetz nicht ausgenommene Schenkungen nur bis auf 500. solidos ohne Insinuation

iuges remuneratoria absque insinuatione valida. Helmst.  
1779. 4. §. 10. sqq.

- 6) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XLIII. §. 12. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 18. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 2. Bandes 1. Abtheil. Nr. 126. 1. Frage Nr. 12. u. 13. S. 254. Gebr. Dverbef Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 4. B. Medit. 267. WALCH Introductio in controversias iuris civilis Sect. III. Cap. III. Membr. I. §. 7. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts 2. Th. 1. Heft Nr. IX. §. 4.

7) Man vergl. L. 56. pr. et §. 1. et 2. Cod. de donat.

8) L. 56. §. 3. C. de Donation.

gelten sollen. Und in einer andern Verordnung, in welcher er die Ausnahme verwirft, welche man in Ansehung der Kirchen und frommen Stiftungen zu machen sich unterstanden hatte, verbietet er ausdrücklich, daß keine andern Schenkungen von der gerichtlichen Insinuation frey seyn sollten, als die namentlich davon ausgenommen sind. Es ist die L. 19. Cod. de sacrosanctis Ecclesiis, in welcher es am Schluß heißt:

Nulli danda licentia, quacunq;ue alia causa, quasi pietatis iure subnixä, praeter eas, quas specialiter exposuimus, introducenda, veterum scita super intimandis donationibus permutare.

Hierzu kommt nun 2) daß der Grund, welcher in der L. 27. C. de donat. angeführt wird, warum auch vorzüglich bey Schenkungen inter necessarias coniunctasque personas die Insinuation geschehen soll, nämlich:

Si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est, aboleri;

auch bey remuneratorischen Schenkungen, vorzüglich unter Ehegatten, Statt finden kann. Endlich 3) ist auch in der Natur einer remuneratorischen Schenkung kein Grund enthalten, warum dieselbe von der Insinuation auszunehmen seyn sollte. Denn erkennt auch das römische Recht in der Pflicht der Dankbarkeit eine natürliche Verbindlichkeit zur Remuneration, so bleibt doch die Remuneration immer noch eine Freygebigkeit, eine Schenkung, weil eine bloß natürliche Verbindlichkeit kein Klagerecht giebt<sup>9)</sup>. Und

9) S. von Wening Ingenhelm Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 213.



dann ist ja die auf eine Vergeltung gehende Forderung, und die Form, unter welcher diese Vergeltung durch eine Schenkung geschehen soll, von einander sehr verschieden. Es kann nun aber auch die Unwiderruflichkeit einer solchen Schenkung nicht entgegenstehen. Denn die Gesetze, welche die Form der Insinuation vorschreiben, reden ja überhaupt von solchen Schenkungen, die an sich unwiderruflich sind. Es wird also auch die remuneratorische Schenkung unter Ehegatten durch die Vernachlässigung der Insinuation nicht ungültig, sondern sie bleibt bis auf die gesetzmäßige Summe gültig und unwiderruflich. Verdient nun aber gleich aus den angeführten Gründen diese Meinung ohne Zweifel den Vorzug, so hat doch die Praxis die entgegengesetzte Meinung angenommen <sup>10)</sup>.

Ist eine Schenkung unter Ehegatten, welche die gesetzliche Summe übersteigt, nicht gerichtlich insinuirt worden, so muß sie in einer letzten Willensverordnung des Schenkgebers besonders bestätigt werden. Dann gilt sie auch in Ansehung des Ueberrestes, welcher die gesetzmäßige Summe überschreitet <sup>11)</sup>.

Ist aber die Schenkung gerichtlich insinuirt, oder eine solche, die keiner gerichtlichen Insinuation bedarf, so soll

10) GAILL Pract. Observatt. Lib. II. Obs. 39. nr. 24. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 12. Def. 15. Consil. Tübing. P. I. Resp. XV. nr. 58. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Vol. III. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 17. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCXXXVI. medit. 1. WERNHER Select. Observatt. for. Tom. I. P. III. Obs. 65. LUDOVICI Us. pract. Distinction. iuridicar. Lib. XXXIX. Tit. 5. Dist. 1. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1006.

11) GENTILIS Lib. III. cap. 32.

sie nicht erst von Zeit des erfolgten Todes des Schenkgebers, sondern schon von der Zeit an als gültig angesehen werden, da die Schenkung gemacht wurde. Dahingegen soll sie diese rückwirkende Kraft nicht haben, wenn sie, insofern nämlich dieselbe die gesetzliche Summe übersteigt, in einem letzten Willen des Schenkgebers bestätigt worden ist<sup>12)</sup>. Bloss durch den Tod des Schenkgebers convalescirt also eine Schenkung unter Ehegatten nach dieser neuen Verordnung des Kaisers Justinian nur dann, wenn sie die gesetzliche Summe nicht überschreitet; und zwar convalescirt sie dann immer rückwärts, als wenn sie gleich anfangs gültig wäre gemacht worden. Nur insofern sie diese Summe übersteigt, muß dieselbe entweder gerichtlich insinuirt, oder in einem letzten Willen besonders bestätigt werden<sup>13)</sup>.

Eben dieser Kaiser Justinian verordnete ferner in einer Constitution vom J. 529. daß Schenkungen zwischen dem Regenten und seiner Gemahlin sogleich vollkommen gültig seyn sollen, ohne irgend einer weitem Bestätigung zu bedürfen. Es ist die L. 26. Cod. h. t.

Imp. JUSTINIANUS A. Mennae P. P.

Donationes, quas divus Imperator in piissimam Reginam suam coniugem, vel illa in serenissimum maritum contulerit, illico valere sancimus, et plenissimam habere firmitatem: utpote Imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus, minimeque opitulatione quadam extrinsecus egentibus.

Zuletzt änderte Kr. Justinian die Oratio des Kaisers Antoninus auch noch darin ab, daß er vers

12) G. GENTILIS Lib. III. cap. 35.

13) G. de REBUS de donat. inter vir et ux. Cap. IX. §. 5.

ordnete, es sollten nicht bloß Schenkungen unter Ehegatten, die bey Lebzeiten des Schenkers durch die Uebergabe vollzogen worden, sondern es sollte auch ein bloßes Schenkungs-Versprechen, welches von dem Donator nicht widerrufen worden ist, durch seinen Tod dergestalt *consualesciren*, daß der Beschenkte nach dem Tode des Schenkers gegen die Erben desselben auf Erfüllung solle klagen können. Die Verordnung ist die *Nov. CLXII. Cap. 1.* Daß dieses nicht schon der *Oration* gemäß war, sondern erst vom Kaiser Justinian in der gedachten Novelle ist eingeführt worden, habe ich schon oben <sup>14)</sup> ausführlicher gezeigt. Ob aber von diesem neuern Rechte heut zu Tage Gebrauch zu machen sey, ist unter den Practikern zweifelhaft. Viele <sup>15)</sup> läugnen dieses aus dem Grunde, weil die angeführte Novelle un glossirt ist. Sie glauben daher, die *L. 23. D. h. t.* in welcher die Klage aus einem solchen Schenkungs-Versprechen ausdrücklich verworfen wird, müsse noch jetzt zur Entscheidung dienen. Allein da Justinian schon in einer frühern Constitution, *L. 35. §. 5. Cod. de donation.* verordnet hatte, daß aus jedem Schenkungsvertrage, auch ohne Stipulation <sup>16)</sup>, eine Klage Statt haben solle, auf welche er sich in der Novelle 162.

14) *S.* den 25. Th. §. 1253. *S.* 433 f. *Not.* 66. und den 26. Th. §. 1254. *S.* 111. f.

15) VINNIUS *Select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 15.* PEREZ *Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 16. nr. 17.* BACHOV *ad TREUTLERUM Vol. II. Diss. XIX. Th. 4. lit. D. pag. 99.* HOFACKER *Princip. iur. civ. Tom. I. §. 475. not. d.* HUFELAND *Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 962.* THIBAUT *Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 455.* MÜHLNERUCH *Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 282. Not. 4.*

16) *L. 37. C. de donat.*

Kap. 1. ausdrücklich bezieht, und daraus den Grund seiner Entscheidung nimmt; so dürfte in dieser Rücksicht auch heut zu Tage die Klage um so weniger zu verwerfen seyn, da sie auf jeden Fall durch die Analogie der L. 35. §. 5. Cod. de donat. begründet wird, wenn auch die Novelle 162. gar nicht existirte<sup>17)</sup>. Diese Meinung hat auch den Beyfall der meisten Rechtsgelehrten<sup>18)</sup> für sich, und wird in der Praxis billig befolgt<sup>19)</sup>.

## §. 1258.

## Beweis der Schenkung unter Ehegatten.

Eine Schenkung unter Ehegatten ist eine Thatsache, und wird im Zweifel nicht vermuthet. Der Ehegatte,

- 17) S. Weber's syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 89. a. Not. 18. S. 380.
- 18) VOET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5. STEPHANI Comment. in Novellas Iustin. ad Nov. 162. pag. 808. RITTERSHUSIUS Iur. Iustinian. P. V. Cap. 12. pag. 278. STRUV Synt. iur. civ. T. II. Exercitat. XXX. Th. 50. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Vol. II. h. t. §. 14. HAHN Not. ad Wesenbec. h. t. nr. 4. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. J. H. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 13. Jud. Thadd. ZAUNER Introd. in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. IX. §. 4. Schweppe röm. Privatrecht. §. 700. (ber 3. Ausgabe. Altona 1822.) u. a. m.
- 19) God. Lud. MENCKEN in Diss. de Novellarum glossatarum et non glossatarum auctoritate iuris. §. XIX. (in C. F. ZEPERNICK Delectu scriptorum Novellas Iustiniani Imp. earumque historiam illustrent. pag. 556.) führt ein Beispiel an, daß die Leipziger Juristen-Facultät im Monat Februar 1707 nach der Entscheidung der Novelle 162 Cap. 1. gesprochen habe.

welcher sich darauf beruft, muß also dieselbe beweisen, wenn darüber ein Streit entsteht. Dieser Streit kann bey der Zurückforderung entstehen. Hier pflegt man jedoch einen Unterschied zu machen, ob der Mann Sachen zurückfordert, die er der Frau geschenkt haben will, oder die Frau. Dem Mann steht hier die Vermuthung zur Seite, daß alles, was die Frau während der Ehe erworben hat, von dem Manne herrühre, und diese schützt ihn gegen die Last des Beweises. Man nennt diese Rechtsvermuthung *praesumptio Muciana*, von ihrem Urheber dem Quintus Mucius Scävola, dessen Pomponius in der schon an einem andern Orte<sup>20)</sup> vorgekommenen *L. 51. D. h. t.* gedenkt, und welche auch Alexander Severus *L. 6. C. eodem* bestätigt, wo es heißt: *Nec est ignotum, quod cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse, veteres iuris auctores merito crediderint.* Der Frau liegt also der Beweis ob, daß sie das, was der Mann von ihr zurückfordert, auf eine andere anständige Art erworben habe, und also ihr Eigenthum, oder ihr auf eine solche Art, und unter solchen Umständen von dem Manne geschenkt sey, daß kein Widerspruch Statt finde. Eben so wird aber auch der Frau im umgekehrten Falle der Beweis obliegen, wenn sie vom Manne ein ihm angeblich gemachtes Geschenk zurückfordert, und dieser es läugnet. Johann Voet<sup>21)</sup> will zwar den hier in Gemäßheit der Mucianischen Präsumtion zwi-

20) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1224. S. 390. f. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 699. a. E. (nach der 3. Aufl.)

21) Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 16.

schen Mann und Frau gemachten Unterschied bezweifeln, weil diese Vermuthung nur zur Ehre der Frauen eingeführt worden sey, um den Verdacht von ihnen zu entfernen, als hätten sie dasjenige, was sie besitzen, auf eine unanständige Art erworben. Dergleichen praesumptiones turpis quaestus fielen aber h. z. L. weg, indem man viel mehr im Zweifel jeden für gut und rechtschaffen halten müsse, bis das Gegentheil erwiesen ist. Es sey demnach nicht mehr nöthig, die Vermuthung eintreten zu lassen, daß alles, was die Frau besitzt, ohne daß ein anderer anständiger Erwerbgrund nachgewiesen werden kann, von der Freygebigkeit des Mannes herrühre. Die Schenkung müsse also, wenn darüber ein Streit entsteht, immer von dem bewiesen werden, welcher dieselbe behauptet, es sey der Mann, oder die Frau. Allein daß die Regel: *quilibet praesumitur bonus*, eine durch besondere Gesetze begründete Rechtsvermuthung nicht aufheben könne, daß vielmehr dieselbe in den Gesetzen häufig in einzelnen Fällen beschränkt werde, hat schon Just. Henn. Böhmer<sup>22)</sup> gezeigt. Es kann daher die heutige Anwendbarkeit der Mucianischen Präsumtion nicht bezweifelt werden, wenn sie auch ursprünglich eine ganz andere Beziehung hatte, als jetzt<sup>23)</sup>. Da jedoch der Frau der Beweis des

22) *Diss. de collisione praesumptionum Halae 1702. Cap. II. §. 9.* (in *Exercitatt. ad Pandectas Tom. IV. Nr. 66. pag. 269. sq.*) und Aug. Wilibald Feuerlein's Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen. §. 50. (in dem Archiv für die Gesetzgebung und Reform des jurist. Studiums von Gönner IV. B. S. 129.)

23) *S. Jo. Frid. Eisenhart Diss. de regula iuris, quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda: (auct. Christoph. Schaper.) Helm-*

Gegentheils obliegt, so kommen auch ihr Gegenvermuthungen zu statten, welche, durch den Ergänzungsseid unterstützt, jene Rechtsvermuthung entkräften<sup>24)</sup>. Dahin gehört z. B. wenn sie im eignen Namen Kauf- und Handelschaft, oder sonst eine erlernte anständige Kunst treibt, und dadurch sich ein Vermögen erworben hat<sup>25)</sup>. Denn daß der Mann diesen Verdienst der Frau mit Recht nicht verlangen könne, ist schon an einem andern Orte<sup>26)</sup> ausführlicher gezeigt worden. Man pflegt häufig auch den Fall auszunehmen, wenn der Mann zur Frau einheyrathet<sup>27)</sup>. Allein dieser Umstand kann nur dann eine Ausnahme begründen, wenn der Mann notorisch ohne alles Vermögen, die Frau aber begütert war<sup>28)</sup>. Uebrigens findet die Mucianische Präsuntion nicht bloß bey dem Widerruf einer Schenkung, sondern in allen den Fällen ihre Anwendung, wo darüber ein Streit entsteht, was zu dem Vermögen des Mannes, und was zu dem Vermögen der Frau gehört,

*stadii* 1771. 4. §. 5. sqq. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 415. und *Christ. Frid. MÜHLENBRUCH* Doctrina Pandectar. Vol. II. (*Halae* 1824. 8.) §. 260. not. 2. pag. 114. und §. 281. in fin. p. 148.

24) *S. LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. 518. medit. 1 — 3. und *EISENHART* cit. Diss. §. 10 et 11.

25) *EISENHART* §. XII.

26) *S. den* 24. Th. dieses Commentars §. 1223. *S. 590. f.*

27) *S. MEVIUS*. P. V. Decis. 339. nr. 9.

28) *LEYSER* c. l. medit. 4. sqq. Vol. V. pag. 564. sqq. *EISENHART* Diss. cit. §. 15. und *A. F. Freih. von Ende* vermischte jurist. Ausführungen. (*Hannover* 1816. 4. Nr. V. *S. 66 — 72.*)

welcher auch erst nach dem Tode des Mannes, wenn die Frau ihr Eingebrahtes zurückfordert, oder gegen die Erben des Mannes behauptet, daß ihr eine gewisse Sache von ihrem Ehemann geschenkt worden sey, oder beym Ausbruche eines Concurseß über denselben Vermögen entstehen kann <sup>29)</sup>).

29) Man vergleiche noch besonders STRAK Us. mod. Pand. h. t. §. 12 — 17. pag. 245 — 253.

---



## Lib. XXIV. Tit. II.

## De divortiis et repudiis.

1259.

Verschiedene Arten der Auflösung der Ehe. Tod. Kaptivität.  
 Serditut. Divortium. Nullität. L. 1. L. 6. D. h. t.

Eigentlich sollte die Ehe, als eine ungetheilte Lebensvereinigung, welche auf die ganze Dauer des Lebens berechnet ist, (*consortium omnis vitae*, wie Modestin<sup>30)</sup> sagt) nie anders, als durch den Tod aufhören. Dennoch bestimmen die Gesetze selbst die Gründe, aus welchen die Ehe auch unter Lebenden getrennt werden kann. Das Römische Recht rechnet dahin 1) Kaptivität<sup>31)</sup>, wenn der Mann oder die Frau in feindliche Gefangenschaft gerieth. Es ist hiervon schon bey einer andern Gelegenheit<sup>32)</sup> gehandelt worden. Oben wurde auch bemerkt,

30) L. 1. D. de ritu nuptiar. S. Haffe Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 2—5. und §. 40. ff.

31) L. 1. D. h. t. L. 56. D. Soluto matrim. L. 12. §. 4. D. de captivis et postlim. revers. S. Henr. BROUWER de iure connubior. Lib. II. cap. 31. nr. 2. pag. 726: Ger. NoODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Altera cause. Oper. Tom. II. pag. 520. sqq. und Fr. RYGERBOS Observatt. iur. Rom. Cap. 13.

32) S. §. 1254. d. S. 153—157.

daß die durch Captivität aufgelöste Ehe durch neuen Consens wieder hergestellt werden konnte, und mußte, denn ein Postliminium fand hier nicht Statt<sup>33)</sup>. Wollte jedoch der zurückgebliebene Ehegatte nicht weiter mit dem in Gefangenschaft gerathenen die Ehe fortsetzen, so konnte man ihn zwar dazu nach dem strengen Rechte nicht nöthigen, oder hatte er sich sogar unterdessen wieder verheyrathet, so war zwar hier die Ehe an sich nicht ungültig; war jedoch keine rechtmäßige Ursach dazu vorhanden, so trafen ihn die Nachtheile einer verschuldeten Scheidung<sup>34)</sup>. Daher verordnen die Gesetze, daß der Zurückgebliebene, so lange gewiß ist, daß der Gefangene noch lebe, gar nicht zur andern Ehe schreiten solle; wenn dieses aber ungewiß ist, erst nach fünf Jahren sich ohne Nachtheil wieder soll verheyrathen können.

L. 6. D. h. t. JULIANUS libro LXII. Digestorum. Uxores eorum, qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere, eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium: nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias: ita tamen, ut bona gratia dissolutum vi-

33) L. 14. §. 1. D. de captivis.

34) L. 8. D. de captiv. et postlim. reversis. S. Not. 79. §. 157. wo discidii, statt dissidii zu lesen ist.

deatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.

JUSTINIANUS in *Nov. XXII. Cap. 7.* Sed et captivitas talis est, qua bona gratia dissolvitur matrimonium. Sive enim marito hoc infortunium accadat, uxore in republica manente, sive vice versa uxor in captivitatem ducatur, marito in republica manente, stricta quidem et subtilis ratio solvit matrimonium (cum enim alterutri servitus semel supervenerit, conditionis inaequalitas matrimonii aequalitatem manere non sinit) sed benignius ea considerantes, quamdiu certum est, aut maritum aut uxorem esse supersitem, permittimus, ut non soluta maneant matrimonia, nec ad secundas nuptias veniant aut viri aut mulieres, nisi perperam id fecisse videri, et in poenas incidere velint; ille quidem ut donationem propter nuptias, haec vero ut dotem solvat. Quod si incertum est, an persona, quae in hostium potestatem pervenit, supersit, nec ne, tunc et viro et mulieri quinquennium expectandum est: quo praeterito, sive mors eius probetur, sive incerta maneat, sine periculo matrimonium inire licebit. *Nam et hoc inter dissolutiones a MAIORIBUS NOSTRIS numeratum est, et nos quoque in id consentimus: ita ut nec divortio hic locus sit, personis a se invicem diiunctis: neque hinc quisquam, sive vir sit, dotem, sive mulier, donationem propter nuptias lucrabitur, sed unusquisque sua retinebit.*

Da schon Julian das Nämliche sagt, was hier von Justinian verordnet worden ist, so haben viele<sup>35)</sup> geglaubt, die L. 6. D. h. t. sey von Tribonian aus der Novelle XXII. interpolirt worden. Dagegen hat nun zwar schon Johann Wybo<sup>36)</sup> mit Recht erinnert, daß es höchst unwahrscheinlich sey, daß ein Fragment der Pandecten aus einer Verordnung interpolirt seyn könne, welche erst mehrere Jahre nach den Pandecten erschienen ist. Daß indessen schon vor Justinian irgend eine Verordnung, vielleicht von den Kaisern Theodos oder Leo, deren Justinian in der Präfation der Nov. 22. gedenkt, könne vorhanden gewesen seyn, in welcher schon das nämliche enthalten gewesen, was nach L. 6. Julian in seinen Digesten gesagt haben soll, ist um so mehr glaublich, weil sich Justinian in den angeführten Worten des Kap. 7. der Nov. 22. auf seine Vorfahren (παρὰ τῶν προγόνων) beruft, mit denen er hierin vollkommen einverstanden sey<sup>37)</sup>. Und so wäre denn auch der Zweifel gehoben,

35) NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Alterca causa*. in fin. pag. 521. de RETES Opusculor. Lib. VI. Cap. 10. nr. 8. (in *Thes. Meerman*. Tom. VI. pag. 297.) RITTERSHUSIUS Exposit. Novellar. P. IV. Cap. 7. nr. 11. p. 224. STEPHANI Comm. in Nov. XXII. nr. 37. pag. 244. BRENCMANN Diss. de Legum Inscriptionibus. §. 29. (in WIELING *Jurisprud. Restituta*. Vol. II. pag. 175. sq.) WISSENBACH Emblemata Triboniani. Cap. VII. ad L. 8. D. de captiv. pag. 158. edit. Heinecc. und ECKHARD Hermeneut. iuris. Lib. I. Cap. VI. §. 236.

36) Tribonianus ab Emblematis. Wissenbachii liberat. Cap. IV. §. 15. pag. 299. edit. Heinecc.

37) Man sehe *Abr. WIELING* Lection. iuris civ. Lib. II. Cap. 13. und *Car. Frid. WALCH* ad *Eckhardum* c. 1. pag. 422. sqq.

den Joh. Wybo gegen die seit Cujaz<sup>38)</sup> fast allgemein angenommene Meinung einer Interpolation der L. 6. h. t. erhoben hat<sup>39)</sup>. Denn daß schon zur Zeit des Julian's dieses Recht gegolten haben sollte, wie Amaya<sup>40)</sup> und Hermann Canegeter<sup>41)</sup> zu behaupten suchen, ist noch vielen Zweifeln unterworfen.

38) *Exposit. Novellar. ad Nov. XXII. Verb. Tertia causa etc.*

39) *Corn. van BYNKERSHOEK Praefat. ad libros IV. posterior. Observation. iuris Rom. Franc. Ramos DEL MANZANO Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. IV. Reliquat. 28. nr. 11. (in Thes. Meerman. Tom. V. pag. 495.) Ant. SCHULTING Not. ad Dig. s. Pand. a Smalenburg edit. Tom. IV. ad L. 6. h. t. pag. 529. RYGERBOS Observation. iuris Rom. Cap. 13. VOORDA Thes. controversar. Decad. VIII. §. 10. et Decad. IX. §. 1.*

40) *Observation. iuris Lib. II. cap. 1. nr. 28. sqq. pag. 121.* Seine Gründe sind, 1) weil sich Justinian in der Novelle 22. Kap. 7. auf seine Vorfahren beruft, deren Meinung er hier bloß bestätige; 2) weil überhaupt bey Abwesenden, besonders in Rücksicht der Ehe, eine solche Zeitvorschrift oder Wartezeit nicht ungewöhnlich sey, wie aus L. 7. *C. de repudiis*, und L. 9. §. 1. L. 10. und L. 11. *D. de ritu nuptiar.* erhelle. Daß aber hieraus noch nicht folgt, es sey das quinquennium bey der Raptivität schon zur Zeit Julian's üblich gewesen, sieht ein Jeder von selbst ein.

41) *Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10.* Er beruft sich auf eine Stelle aus *QUINCTILIANI Declamation. T. II. pag. 454. edit. Burmann.* Allein sie ist leider lückenhaft. Sie scheint auch, soviel sich aus den verstümmelten Worten schließen läßt, nicht sowohl von einem in feindliche Gefangenschaft gerathenen, als vielmehr von einem auf 5 Jahre verwiesenen Manne zu reden. Es wird

Ein anderer Grund, wodurch nach *L. 1. D. h. t.* die Ehe aufgehoben wurde, war 2) wenn ein Ehegatte zur Strafe in Sklaverey gerieth, er mochte nun entweder ein *servus poenae*, oder *Servus privati* werden. Paulus sagt nämlich: *Dirimitur matrimonium captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum* <sup>42)</sup>. Es ist dieser Fall schon bey Gelegenheit der Schenkungen unter Ehegatten vorgekommen <sup>43)</sup>. Hier bemerke ich nur noch, daß Justinian in der Novelle *XXII. Kap. 8.*

von einem Ehebruche der Frau gesprochen, wozu ihr die *calamitas viri sui* Gelegenheit verschafft habe, *cui quinquennium brevi videbatur*. Allein die Ehe, welche die Frau, während ihr Mann in der Gefangenschaft war, geschlossen hatte, war keine *adulterium*, sondern eine schlechthin gültige Ehe. *L. 8. D. de captivis*. S. Haffe Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 55. Man verbinde mit jener Stelle des Quinctilian's noch *Declamat. CCCXLVII*. Cannegieter muß selbst gestehen, daß die Stelle überhaupt dunkel sey, und eben sowohl de *quinquennali exilio imprudentis caedis damnati* verstanden werden könne.

42) So liest *Cod. Erl.* in Uebereinstimmung mit der Florentine. Haloander, Miräus, und Baudoja lesen *alterutrius eorum*. Chevallon aber *utriusque eorum*. Diese letztere Lesart ist offenbar unrichtig, und es muß entweder nach der Florentine *utrius eorum*, oder mit Haloander *alterutrius eorum* gelesen werden, wie Jul. Pacius ad h. L. bemerkt hat. Diese Lesart bestärken auch die *Basilica Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 8. pag. 328. ἡ ἄλλης δουλείας συμβαινούσης ἐνὶ τῶν συνοικούντων. i. e. aut alia servitute contingente UNI EX CONJUGIBUS*.

43) S. §. 1254. d. S. 158 f. wo jedoch die Noten 80 und 81. verwechselt sind.

die Servitus poenae sowohl überhaupt, als in der besondern Beziehung aufgehoben hat, in welcher dadurch sonst die Ehe aufgelöst wurde. Es heißt nämlich daselbst nach Hombergk:

Quod autem severitate legum prius introductum fuit, nos benigna indulgentia abrogamus. Si enim sententia iudicis vir aut foemina quaedam *ad metallum* damnata sit <sup>44)</sup>, (quale nunc est in *Proconneso*, et, ut vocatur, *Gypso*) servitus quidem iuxta veterum leges poenae loco infligebatur, et matrimonium solvebatur, cum poena condemnatum haberet servientem. *Nos vero hoc remittimus, neque eum, qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus.* Non enim liberam conditionem in servilem statum mutamus, qui ut eorum, qui antea servi fuerunt, manumissores essemus, operam dedimus. *Maneat igitur illo casu matrimonium, eique sententia eiusmodi non noceat, tanquam inter personas liberas consistens.*

War ein Ehegatte ein servus privati geworden, z. B. er war als Freigelassener wieder in die Sklaverey seines Patrons wegen begangener Undankbarkeit zurückgefallen <sup>45)</sup>, so ward dadurch die Ehe eben so, wie durch

44) S. oben S. 161. f. Man vergleiche über die damnatio ad metalla noch besonders Knörscher von Verdammung der Missethäter zur Bergarbeit. Leipzig 1795. 8. Christ. Gottl. Hübner über die Anwendbarkeit der Bergbaustrafe in Deutschland. Leipzig 1796. 8. und Christ. Gottl. Flade Römisches Bergrecht in allen Perioden des Bergbaues dieses Volks. Freyberg 1805. 8. 3. Abschn. S. 92—110.

45) L. 2. et L. 4. Cod. de libertis et eorum liberis. (VI. 7.)

den Tod, getrennt. Hierin hat Justinian das ältere Recht nicht abgeändert, sondern nur verordnet, daß Jeder das Seine wieder zurückerhalten, das Vermögen des in die Sklaverey verfallenen aber an den Patron kommen solle. Es heißt nämlich in der angeführten Novelle XXII. Kap. 9. nach Hombergk.

Si vero sententia iudicis libertus aut liberta aut liberi eorum in servitum redacti fuerint, matrimonium quidem ab initio constitit, *servitus autem postea emergens illos veluti morte secuta separat*. Quoniam maiores nostri dicunt, servitum supervenientem non multum a morte differre <sup>46)</sup>. Quare quilibet, quod suum est, hic accipiat, pactum vero in casum mortis liberis acquiratur, reliquo ad eum, qui in servitum redegit, veniente.

Daß heut zu Tage der Fall einer solchen capitis deminutio maxima nicht mehr vorkommt <sup>47)</sup>, und also auch die Frage, ob durch Servitum die Ehe aufgehoben werde, nicht mehr entstehen könne, darin sind alle einverstanden <sup>48)</sup>. Die Ehe wird

S. BERN Diss. de poenis libertor. ingrator. apud Romanos. §. 15. und Jan. PAN Diss. de grati animi officiis, atque ingratorum poena iure Attico et Rom. Lugd. Bat. 1809. §. P. II. Cap. 2. Sect. 2. pag. 79. sq.

46) L. 32. §. 6. D. de donation. inter vir. et uxor. L. 209. D. de div. Reg. iuris.

47) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 128. S. 200.

48) Cap. 1. X. de coniugio servorum. Cap. 19. X. de sponsalib. Cap. 2. X. de secundis nupt. Thom. SANCHEZ de Matrimonio. Lib. II. Disp. XLVI. et XLVII. et



3) durch das *divortium* getrennt. *Divortium* autem, sagt Gajus *libro 11. ad Edictum provinciale* 49), vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. Damit stimmt auch Paulus *libro 35. ad Edictum* 50) überein. Da aber beyde Rechtsgelehrten mehr nur eine Ableitung des Wortes, als den eigentlichen Begriff vom *divortium* gegeben haben; so sind damit noch andere Stellen zu verbinden, welche den bestimmtern Begriff enthalten. Hierher gehören folgende.

L. 101. §. 1. D. de Verbor. Signif. MODESTINUS *libro IX. Differentiarum*. DIVORTIUM inter virum et uxorem fieri dicitur. REPUDIUM vero sponsae remitti videtur: quod et in uxoris personam non absurde cadit.

L. 191. D. eodem. PAULUS *libro XXXV. ad Edictum*. Inter *divortium* et *repudium* hoc interest, quod *repudiari* etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa *divortisse* dicitur.

L. 3. D. h. t. PAULUS *eodem libro*. *Divortium* non est, nisi verum 51), quod animo per-

lib. VII. Disp. XIX. nr. 13. Franc. de AMAYA *Observat. c. 1. nr. 26.* und *Conr. RITTERSHUSIUS Jur. Justinian. P. IV. Cap. 7. in fin. pag. 226.*

49) L. 2. D. h. t.

50) L. 191. in fin. D. de Verb. Signif.

51) Mit der florentinischen Lesart stimmt auch *Cod. Erlang.* überein. Dahingegen lesen die meisten: *Divortium non est verum, nisi quod*, als Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza, Hugo a Porta, Mertinus, u. a. m. Allein diese Lesart verwerfen Alb. GEN-

petuam constituendi dissensionem<sup>52)</sup> fit. Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia<sup>53)</sup> apparuit<sup>54)</sup>, iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.

**TILIS** de Nuptiis. Lib. VI. Cap. 1. *Ger. NoODT* Commentar. ad Dig. h. t. §. *Quarta causa* pag. 521. und *Ant. SCHULTING* Notae ad Dig. 8. Pand. a *Smallenburg.* edit. T. IV. ad h. L. pag. 328. Die florentinische Lesart bestärken auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 10. pag. 328. Διαξέγιον ὄνν ἔστι τὸ μὴ εἶν ἀληθές, καὶ ἐπὶ διηνεκεῖ διαίρεσει (sc. γίνεται). i. e. *Divortium non est, quod verum non est, et propter perpetuam dissensionem fit.* Jedoch scheint das Scholion des *Dorotheus* pag. 336. Sch. h. die andere Lesart zu begünstigen. Die Codd. Tubingenses et Stuttgart. lesen: *Divortium non est verum, nisi.* *S. Walt. Frid. Clossius* Comm. sist. Codicum quorundam Mscriptor. Dig. vet. Stuttgart. et Tubing. accurat. description. (Vimariae 1818. 8.) pag. 117. et 256.

52) *Cod. Erl.* perpetuam custodiendi discessionem. Ich habe diese Lesart sonst nirgends gefunden. Haloander liest divisionem, welches dem Griechischen διαίρεσις entspricht. *Rad. FORNERIUS* Rer. Quotidianar. Lib. I. Cap. 8. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 155.) hält die Lesart *discessio* statt *dissensio* für die richtige, weil sie besser mit den Worten des Paulus übereinstimmt. Die florentinische Lesart vertheidiget in dessen *Jo. Guil. MARCKART* Probabil. receptar. iur. civ. *Lectio.* Lib. II. pag. 126 sq.

53) *Cod. Erl.* non ratum est, antequam.

54) *Cod. Erl.* apparuerit. So auch Chevallon und Baudoja.

Unter Ehescheidung, *divortium*, wird also eigentlich die Trennung einer an sich gültigen Ehe unter Lebenden verstanden, welche von den Ehegatten auf eine gesetzliche Art und in der Absicht geschieht, die Ehe für immer aufzuheben<sup>55)</sup>. Man unterscheidet davon *repudium*, worunter im eigentlichen Sinn die Aufhebung gültiger Sponsalien unter Lebenden verstanden wird. Von einer solchen Trennung, wodurch bloß eine künftige Ehe gehindert wird, wird nie der Ausdruck *divortium* gebraucht, wie Paulus ausdrücklich bemerkt, wohl aber wird das Wort *repudium* auch von der Scheidung der Ehegatten gebraucht, wie Modestini sagt. Das Wort *repudium* hat also eine ausgedehntere Bedeutung, als *divortium*. Man sagt jedoch, bey Ehescheidungen werde das *divortium* und *divortium* nur eigentlich von der Frau gebraucht, wenn sie sich von dem Manne trennt. Von dem Manne aber werde gesagt, *repudium uxori mittit*, oder *repudio uxorem dimittit*<sup>56)</sup>. Auf diesen Unterschied be-

55) NoODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Quarta causa*. bestimmt nach den angeführten Gesetzen den Begriff auf folgende Art. *Divortium est legitima viri et mulieris separatio facta hoc animo, ut nunquam redintegretur matrimonium.*

56) C. Jac. CUIACIUS Comment. in libr. IX. Differentiar. Modestini ad L. 101. D. de V. S. (*Oper. Tom. II. pag. 1270.*) Scip. GENTILIS Originum ad Pand. lib. sing. voc. *Divortium*. (in *Thes. iur. Rom. Otton. Tom. IV. pag. 1567.*) und Jo. van NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. *Lugd. Batav. 1750. Cap. X.* (in Ger. OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 96 seq.*)

stehe sich, wenn Ulpian *libro IV. de Adulteriis* 57) sagt: *Sive autem divertit, sive repudio dimissa sit, manumissio impediatur.* Auf den Mann passe das Wort *divertere* darum nicht, weil seine Wohnung auch das *domicilium matrimonii* sey. Nun könne man doch von dem Manne nicht sagen, er verlasse sein *thorum* und *domicilium*. Allein schon Briffon 58) hat bemerkt, und aus vielen Stellen erwiesen, daß die Ausdrücke *divortium facere*, und *repudium mittere* ohne Unterschied von beyden Ehegatten, und der Letztere eben sowohl von der Frau, als der erste von dem Manne gebraucht werden 59). Das Wort *divortium* scheint vielmehr die Ehescheidung selbst zu bezeichnen, *repudium* aber die Handlung auszudrücken, welche der Scheidung bey den Römern vorauszufragen pflegte, und die gänzliche Aufhebung der Ehe zur Folge hatte 60). Diesen Sprachgebrauch beweisen die häufig vorkommenden Ausdrücke *repudium mittere*, *repudium nuntiare*, *repudium scribere* 61). Daher

57) *L. 14. §. 2. D. Qui et a quibus manumissi. (XL. 9.)*

58) *De Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significatione. voc. Divortium et Repudium.*

59) *L. 64. D. de donat. inter V. et U. L. 34. D. Sol. matrim. L. 45. eod. L. 57. D. de donat. inter V. et U. L. 4. L. 8. D. h. t.*

60) S. Karl Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. (Stuttgart 1822. 8.) S. 60.

61) S. BRISSONIUS *voc. Repudium.* Daher sagen die Kaiser Theodos und Valentinian. *L. 8. C. de Repudiis. Matrimonia contracta non nisi misso repudio dissolvi;* und in der *L. 6. C. eodem.* rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian: *Licet repudii libellus non fuerit traditus, vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium.*

werden die Worte *divortium* und *repudium* häufig mit einander verwechselt<sup>62)</sup>. Daß *divortium* setzt nun, seinem Begriff nach,

1) eine wahre und also eine gültig geschlossene Ehe voraus. Denn steht der Ehe ein Hinderniß entgegen, weshalb dieselbe gleich anfangs nicht gültig geschlossen werden konnte, so ist eine solche Ehe so gut, wie gar keine Ehe. Justinian<sup>63)</sup> sagt: *Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Ist also hier im rechtlichen Sinn keine Ehe vorhanden, so kann auch keine Ehescheidung gedacht werden. In einem uneigentlichen Sinne wird jedoch zuweilen das Wort *divortium* auch von der Auflösung einer an sich nichtigen Ehe gebraucht, wenn die Ursache der Nichtigkeit eine bloß temporelle ist, die, wenn die Ehe nicht vor der Zeit wäre aufgehoben worden, von selbst aufgehört hätte. Z. B. wenn die Ehefrau noch nicht mannbar ist<sup>64)</sup>. Das Römische Recht erfordert ferner,

62) So sagt z. B. QUINCTILIAN. *Declamat. CCCXLVII.* *Matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio, aut morte alterius.* Man sehe auch SENECA *de Beneficiis. Lib. III. cap. 16.*

63) §. 12. *I. de Nupt.*

64) *L. 8. D. de condict. causa data, causa non sec.* vergl. mit *L. 4. D. de ritu nuptiar.* S. Jul. a BRYMA *Commentar. in Tit. D. de Verbor. Signif. ad L. 101. h. T. pag. 152.* und *Jos. Fern. de REBUS Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 3. nr. 6.* (in *Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 125.*) Auch das Canonische Recht begreift unter dem Namen *divortium* die Nichtigkeits-Erklärung der Ehe. *Cap. 5. X. de donat. inter vir. et uxor. (IV. 20.)*

2) daß die Scheidung mit beharrlichen Willen und im Ernste geschehen sey. Ein fester und dauerhafter Entschluß, die Ehe auf immer aufzuheben, mußte bey den Römern um so mehr erwiesen seyn, weil die Ehescheidung kein richterliches Erkenntniß erforderte. Eine Scheidung, welche bloß äußerlich vorgegeben war, (*divortium simulatum*)<sup>65)</sup> war daher so wenig von rechtlicher Wirkung, als eine solche Trennung, die bloß in einer aufwallenden Leidenschaft geschah, aber von keiner Fortdauer war, welche in den Gesetzen *iurgium*, oder *frigusculum* genannt, und von einem *divortium* genau unterschieden wird<sup>66)</sup>. Hier blieb alles im vorigen Zustande, selbst wenn ein Scheidungsbrief (*libellus repudii*) war gegeben worden, wenn der Ehegatte, welcher ihn gegeben hatte, sich dieses bald nachher wieder gereuen ließ, und der andere Theil nicht etwa auf wirklicher Ehescheidung bestand. Papinian spricht dieses *libro I. de Adulteriis*, woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen ist, in folgenden Worten aus:

65) *L. 64. D. de donat. inter vir. et uxor.* Es wird auch *fictum divortium; fictum repudium* genannt. *L. 50. in fin. C. de iure dot. L. 3. C. de repud.* S. Jac. Cujacius Commentar. in *Libr. IV. Responsor. Papiniani ad L. 26. §. ult. D. de pact. dotal. Oper. a FABROTO editor. Tom. I. col. 174.)*

66) *L. 51. D. de iure dot. L. 52. §. 10—12. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 55. D. de ritu nupt.* S. den 25. Th. §. 1237. S. 254. ff. und den §. 1254. c. Not. 41. S. 142. dieses 26. Theils. Die Griechen nannten es *ἀψιμαχία* oder *ἀψιμαχία*, *brevis ira, brevis offensa.* S. Cujacius in *Libr. IV. Resp. Papiniani Comm. ad L. 51. D. de iure dot. (Oper. Tom. I. pag. 159.)* und Jo. Frid. JUNGHANS *Historia iuris civ. de divortiorum causis et poenis ex Legibus utriusque Codicis et Novellis illustrata. Lipsiae 1782. Cap. I. §. 7.*

Si poenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est: *durare matrimonium dicendum*: nisi poenitentia cognita is, qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum, qui accepit, solvitur matrimonium.

Eine bloß abge sonderte Wohnung der Ehegatten, welche bey den Römern von Stande nicht ungewöhnlich war, hob eben so wenig, als das iurgium, die Ehe auf, wenn auch die Wohnung noch so lange getrennt war, wofern sich nur noch die Ehegatten, als solche, gegenseitig betrachteten, wie Ulpian bemerkt, wenn er in der L. 32. §. 13. D. de donat. inter vir. et ux. sagt:

Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habeant, (quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum): puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae. Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio<sup>67)</sup>.

Auch h. z. T. unterscheiden wir die wahre Ehescheidung von einer bloßen Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bette, obwohl dieselbe von jener Separation römischer Ehegatten, die bloß das Werk ihres eigenen Willens war, sehr verschieden ist. Denn diese löst das Band der Ehe nicht selbst auf, sondern dient bloß, sofern sie nur temporär verfügt wird, als Versöhnungsmittel<sup>68)</sup>, und ändert, außer der Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens, an den Rechten der Ehe nichts. Nur insofern sie

67) L. 15. D. de act. rer. amotar. (XXV. 2.) Man vergleiche hier vorzüglich Henr. BROUWER de iure connubior. Lib. II. cap. 29. nr. 1. et 2. pag. 708. sq. und Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Quarta causa. p. 522.

68) Die Römer hatten ein anderes Mittel, getrennte Ehegatten wieder mit einander auszusöhnen. Es war nämlich, wie VALERIUS MAXIMUS Lib. II. Cap. 1. nr. 6. erzählt, ein eigener Tempel in Rom, welcher einer Göttin geweiht war, die man von der Wiederausöhnung der Männer *Viriplaca* nannte. Hier kamen die Ehegatten zusammen, unter denen ein iurgium obwaltete, sprachen mit einander, und kehrten dann, nachdem sie ihrem Grolle gute Nacht gegeben, einträchtig zurück.

eine immertwährende ist, welche aber h. z. L. nur bey den Katholiken erkannt zu werden pflegt, steht sie nach dem Canonischen Rechte<sup>69)</sup> der Ehescheidung gleich, jedoch ist eine zweyte Heyrath, so lange die geschiedenen Ehegatten nicht auch der Tod getrennt hat, unzulässig. Dieß ist diejenige Trennung der Ehe, welche in dem Canonischen Rechte *divortium* genennt wird<sup>70)</sup>. Man pflegt daher die Ehescheidung, im allgemeinen Sinne für eine Trennung der Ehe unter Lebenden genommen, in die eigentliche Scheidung, *divortium proprie sic dictum* oder *totale*, und in die Scheidung von Tische und Bette, *separatio quoad thorum et mensam*, oder *divortium partiale* einzutheilen, je nachdem entweder das Band der Ehe selbst aufgelöst wird, oder nicht, sondern nur bloß die Pflicht des ehelichen Zusammenlebens aufgehoben wird. Die letztere, oder das *divortium quoad thorum et mensam* wird denn wieder von den Lehrern des canonischen Rechts in *perpetuum et temporale* eingetheilt<sup>71)</sup>. Von der Scheidung von Tisch und Bett wird §. 1269. handeln.

3) Das Römische Recht erfordert ferner zu einem wahren *divortium*, daß es auf eine gesetzmäßige Art geschehe<sup>72)</sup>. Ohne dieselbe wird die Scheidung für ungültig erklärt, und die Ehe in Hinsicht der juristischen Wirkungen als fortdauernd behandelt, eben so, als wäre gar kein *divortium* geschehen<sup>73)</sup>. Eine zweyte Ehe findet daher nicht Statt<sup>74)</sup>. In Hinsicht der Form unterschied

69) *Cap. 2. X. de divortiis. (IV. 19.)*

70) *Vid. Tot. Tit. Decretal. de divortiis.* In Gratians Decrete *can. 21. D. 1. de poenitentia* ist jedoch der Begriff des Röm. Rechts aus der *L. 3. D. h. t.* angenommen.

71) *S. van ESPEN Jur. eccles. univers. P. II. Sect. I. Tit. 15. Cap. 1. nr. 1. PHEM Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 545. 899. GAMBSJAEGER ius eccles. Tom. II. §. 241.*

72) *L. 9. D. h. t.*

73) *L. 55. D. de donation. inter vir. et uxor. L. un. §. 1. in fin. D. Unde vir. et uxor. S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Nunc attingam. pag. 523.*

74) *L. 45. D. ad Leg. Jul. de adulter. S. Jo. Guil. HOFFMANN ad Leg. Juliam de adulteriis coercendis lib.*



aber daß ältere Recht zwischen der strengen Ehe durch in manum conventio, und der freien Ehe ohne dieselbe. Jene konnte nicht anders, als mit einer, der Entstehung derselben entsprechenden Feierlichkeit aufgelöst werden<sup>75</sup>). War also die Ehe durch Confarreatio eingegangen, von deren religiösen Form an einem andern Orte<sup>76</sup>) gehandelt worden ist; so mußte auch die Trennung derselben durch eine gleiche religiöse Formlichkeit geschehen, welche Diffarreatio genannt wurde. Denn auch hierbei ward ein feyerliches Opfer von einem Priester verrichtet, und dazu ein Weizenbrod gebraucht<sup>77</sup>). War hingegen die Ehe durch eine civilrechtliche Handlung, nämlich durch mancipatio oder usus, eingegangen; so geschah die Trennung derselben durch die Feyerlichkeit der Remancipation, wenn man sie nämlich zu diesem Zweck vornahm<sup>78</sup>). Denn sonst konnte auch wohl durch Remancipation die strenge Ehe nur in eine freye verwandelt werden, und die Ehe als eine solche fortbestehen, so daß die Frau dadurch bloß von der väterlichen Gewalt des Mannes befreiet wurde. Die Remancipation geschah aber durch einen feyerlichen Verkauf der Frau an einen Andern, der sie dann entweder behielt, oder emancipirte, d. h. aus

sing. Cap. V. §. 8. (in FELLEBERG Jurisprud. Antiqu. Tom. I. pag. 227. sq.)

75) L. 35. L. 100. D. de Reg. iur. Man sehe hier vorzüglich Rad. FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. I. cap. 9. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. II. col. 137.)

76) C. den 24. Zh. §. 1220. C. 522 ff.

77) FESTUS libr. IV. DIFFARREATIO genus erat sacrificii, quo inter virum et uxorem fiebat dissolutio. Dicta Diffarreatio, quod fiebat farreo libo adhibito. C. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 72. f.

78) Mehrere behaupten, daß eine durch Usus entstandene Ehe durch Usurpatio aufgelöst worden sey. Man sehe Jac. RAEVARDUS ad Leges XII. Tab. lib. sing. Cap. 21. (operum Tom. I. pag. 82.) und HEINECCIUS Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Append. Lib. I. Cap. I. §. 47. in fin. Allein schon GRUPEN Tr. de Uxore Rom. Cap. 3. §. 21. pag. 96. hat diesen Irrthum widerlegt.

seiner Gewalt frey ließ <sup>79)</sup>. Festus <sup>80)</sup> gedenkt dieser Feierlichkeit ausdrücklich, wenn er sagt: *REMANCIPATAM Gallus Aelius esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerat.* Gajus <sup>81)</sup> lehrt sogar, die Frau haben den Mann, nach vorausgeschicktem Scheidebriefe, zur Eman- cipation nöthigen können. Die Stelle ist zwar lückenhaft, man sieht aber doch aus dem Vorhergehenden, daß von der Entlassung der Töchter aus der Gewalt des Vaters die Rede ist, welche, so wie bey Enckeln, durch eine Mancipation geschehen konnte, und es machte keinen Unterschied, an in viri sui manu sint, an extranei, quamvis hae solae loco filiarum habeantur, quae in viri manu sunt. Nun fügt er hinzu: *Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit: haec autem, repudio misso, virum proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset.* Noch deutlicher gedenkt Gajus an einem andern Orte <sup>82)</sup> dieser Mancipation, wo er sagt: *nihilominus etiam, quae ei nupta [non] <sup>83)</sup> est, et ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit,* und erklärt dann dieselbe in den folgenden Worten so: *Est autem man- cipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quae- dam venditio.* Auf diese Art soll Tiberius Nero seine Frau Livia Drusilla, sogar schwanger, dem Augustus, so wie der Uticensische Cato die seinige, Marcia dem

79) Man vergleiche *Chr. Utr. GRUPEN Tr. de Uxore Rom. Cap. III. §. 21.* Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 75. ff. und Haffe Güterrecht der Ehe- gatten 1. B. Kap. V. §. 27. a. E. S. 87. Kap. VIII. §. 45. S. 161. f. und im Anhang. S. 475. ff.

80) *Voc. Remancipatam.*

81) *Institution. Commentar. Lib. I. §. 136. et 137.* Man vergleiche über diese Stelle Haffe a. a. D. §. 42. Not. 222. S. 145. f.

82) *Instit. Lib. I. §. 118 et 119.*

83) Daß diese Lesart fehlerhaft sey, hat schon der verdienst- volle Wiederhersteller des Gajus not. 10. pag. 44. be- merkt. Daß indessen statt NON nicht *usu substituit* wer- den könne, wie Wächter S. 75. Not. \*\*\*. meint, hat Haffe §. 42. Not. 221. S. 145. gezeigt.

Hortensius abgetreten haben <sup>84)</sup>. Da der Mann bey der strengen Ehe der Sittenrichter der Frau war, so kam bey beyden Arten derselben, wenn die Frau durch Verbrechen den Mann zum Repudium veranlaßt hatte, ein Familiengericht vor, welches über die Frau mit Zuziehung der Verwandten gehalten wurde <sup>85)</sup>; obwohl ein solches iudicium de moribus deswegen in keiner nothwendigen Verbindung mit dem divortium stand. Der Mann, der sich von seiner Frau schied, trat hier als Richter des Verbrechens auf, was die Frau in der Ehe begangen hatte, und war, wie Gellius <sup>86)</sup> sagt, in Hinsicht ihrer, was der Censor bey Männern war, Sittenrichter.

Auch bey der freien Ehe war durch die Lex Julia de adulteriis eine gewisse Form der Scheidung eingeführt, welche Paulus libro II. de Adulteriis beschreibt. Sie bestand darin, daß ein Freygelassener aus der Familie desjenigen Ehegatten, welcher die Scheidung verlangte, im Beyseyn von sieben Zeugen, welche mündig und römische Bürger seyn mußten, die Scheidungs-Botschaft überbrachte <sup>87)</sup>. Ohne diese Form war kein Divortium gültig <sup>88)</sup>. Paulus sagt dieses ausdrücklich in der L. 9. D. h. t.

84) S. HEINECCIUS Antiquit. Rom. Adpend. Lib. I. Cap. 1. §. 47. in fin. und Ed. Gans Scholien zum Gajus. (Berlin 1821. 8.) 3te Scholie S. 176. Man beruft sich auf die Zeugnisse eines TACITUS Annal. Lib. V. cap. 1. DIO CASSIUS Lib. XLVIII. cap. 44. SUTTONIUS in Tiberio Nerone Cap. 4. und PLUTARCH in Catone Cap. 25.

85) DIONYSIUS HALICARN. Lib. II. pag. 95. LIVIUS Lib. XXXIX. cap. 18. TACITUS Annal. Lib. XIII. cap. 52. S. Wächter über Ehescheidungen S. 75. und Hasse das Güterrecht der Ehegatten. 1. Th. §. 49.

86) Noct. Atticar. Lib. X. Cap. 25. Vir cum divortium fecit, mulieri iudex pro Censore est. Den Vorichlag, index statt iudex zu lesen, bey Wächter S. 107. verwirft mit Recht Hasse a. a. D. §. 49. Not. 254. S. 177f.

87) Man vergleiche hier vorzüglich Jo. Guil. HOFFMANN ad Leg. Jul. de adulteriis lib. sing. Cap. V. §. 8. und Ge. Aug. MARCHE Hist. iur. civ. de divortiis, (Lipsiae 1764.) §. 9.

Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis, praeter libertum eius, qui divortium faciet. *Libertum* accipiemus etiam eum, qui a patre, avo, proavo et ceteris sursum versus manumissus sit.

Auffallend ist hier die Verwandtschaft dieser Form mit der Mancipation, die eine durch Coemptio entstandene Ehe auflöste. Denn auch bey der Emancipation waren, außer dem Ehepaar, sieben Personen gegenwärtig, fünf eigentliche Zeugen, dann der Libripens, und der, an welchen die Frau mancipirt wurde<sup>89)</sup>. Deswegen läßt sich aber doch nicht behaupten, daß die freie Ehe auch vor 7 Zeugen sey geschlossen worden, wie Edmund Merille<sup>90)</sup>, durch die Regel des römischen Rechts, daß jedes Aufhören dem Eingehen entsprechen müsse, getäuscht, zu behaupten gesucht hat<sup>91)</sup>. Denn daß zur Eingehung der Ehe der bloße Consens genügte, ist an einem andern Orte<sup>92)</sup> gezeigt worden. Da der Libertus als nuntius den Absender repräsentirte, und den Ehescheidungsbrief überbrachte, auch die solenne Repudien-Formel selbst aussprechen mußte<sup>93)</sup>, so widerlegt sich hierdurch die offenbar unrichtige Auslegung des Brissonius<sup>94)</sup>, welcher die oben angeführten Worte des Paulus so verstehen will, als ob der Libertus von der Feyerlichkeit dieser Handlung ausdrücklich wäre ausgeschlossen worden<sup>95)</sup>.

88) L. 55. D. de donat. int. V. et. U. L. un. §. 1. in fin. D. Unde vir. et ux.

89) Diese Aehnlichkeit hat auch Wächter S. 161. bemerkt. Man sehe zugleich Haffe S. 164. Not. 245.

90) Observation. Lib. VIII. Cap. 37.

91) Die vom MERILLIUS angeführten L. 4. D. de fide instrum. und L. 66. D. de donat. int. vir. et ux. beweisen seine Meinung nicht, wie schon Ant. SCHULTING in Notis ad Dig. 8. Pand. a SMALLENBURG edit. Tom. IV. ad L. g. h. t. pag. 530. erinnert hat.

92) S. den 24. Th. dieses Commentars §. 1220. S. 334.

93) JUVENAL. Sat. VI. v. 146.

*Collige sarcinulas, dicet Libertus, et exi.*

94) Ad Leg. Jul. de adulteriis lib. sing. pag. 282.

95) S. HOFFMANN c. 1.