

Ausführliche Erläuterung

der

# P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

## e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

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



---

Sieben und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

---

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 2 5.

Denkmal  
15 Ak 35

Max-Planck-Institut  
für europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

DIG: 115776

STAATSBARCHIV  
LÜBECK

2054  
/13.

64/3387

---

Lib. XXIV. Tit. II.

De divortiis et repudiis.

---

§. 1272.

Estrafen der Ehescheidung, 1) am eigenen Vermögen des schuldigen Theils.

Um Ehescheidungen zu erschweren, sind in den Gesetzen gewisse Nachtheile für denjenigen Ehegatten bestimmt, welcher durch sein Betragen die Trennung der Ehe verursacht hat. Diese Nachtheile sind von zweyerley Art. Sie beziehen sich theils auf das eigene Vermögen dieses Ehegatten, theils auf den Gewinn, welchen er sonst aus dem Vermögen des unschuldigen Ehegatten hätte ziehen können. Zum Zweck der Vermögens-Estrafen trat ehemals das von beyden Seiten höchst persönliche *iudicium de moribus* ein, wobey *retentiones dotis* ob *mores* und ob *liberos* Statt hatten, wenn die Frau an der Scheidung Schuld war; so wie auf der andere Seite der Mann bald durch frühere Herausgabe der *dos*, bald durch Verlust eines Theils der schon erhobenen Früchte bestraft

Glücks Erläut. d. Pand. 27. Th. 2

wurde. Ich habe davon schon an einem andern Orte <sup>1)</sup> ausführlicher gehandelt. Justinian <sup>2)</sup> hob dieses iudicium de moribus völlig auf, welches eigentlich schon seit der Verordnung vom K. Theodos II. hätte ganz wegfallen sollen, nach welcher im Falle eines gerechten repudii Derjenige, welcher durch sein schlechtes Betragen die Scheidung veranlaßt hat, zum Vortheil des Unschuldigen seine Ansprüche auf die dos und die ante nuptias donatio verlieren sollte <sup>3)</sup>; sich aber dennoch als eine leere Formalität bis auf Justinian erhielt, die dann mit Aufhebung der actio rei uxoriae erst völlig unmöglich gemacht wurde <sup>4)</sup>. Justinian sagt nämlich von seiner neuen ex stipulatu actio, die er an die Stelle der alten rei uxoriae actio treten ließ, in der *L. un. §. 5. Cod.*

- 1) C. den 25. Th. dieses Commentars §. 1245. C. 345 — 349. und den 26. Th. §. 1262. C. 326 — 330. Man sehe auch Hugo Lehrb. der Geschichte des Röm. Rechts C. 681. Nr. 25. u. f. der 8. Aufl.
- 2) *L. 11. §. 2. in fin. Cod. de repudiis. JUDICIO DE MORIBUS* (quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur) penitus abolito. Omnibus etenim causis requisitis, et perlectis, quas antiquitas introducebat, nihil validum praeter eas, quas anteriores constitutiones, et praesens dispositio introduxit, invenimus. Diese Constitution ist vom J. 528.
- 3) *L. 8. V. 17. Cod. de repudiis.*
- 4) C. von Löhr civilistische Bemerkungen §. 5. im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Löhr, Mittermaier u. Thibaut. Band VII. Nr. XV. C. 270. f. und Haffe Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 54. C. 195.



*de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa vom §. 530.*

Taceat in ea *retentionum* verboritas. Quid enim opus est inducere *ob mores* retentionem, alio auxilio ex Constitutionibus introducto? 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? Sed nec retentio *ob res amotas* necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium. Sileat *ob liberos* retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur: ne varium genus cul-pae mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, cum et iam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat.

Die ehemals sehr verschiedenen Retentionen eines Theils der dos, und die Strafen durch frühere Zurückgabe derselben wurden nun also durch andere Vermögens-Strafen ersetzt. Es sind hier besonders zwey Verordnungen merkwürdig, welche R. Justinian über diesen Gegenstand erließ. Die erste ist die Novelle 117. Kap. 8. *pr.* und §. 2. welche nach Hombergk's Uebersetzung also lautet:

*Pr. Causas igitur, ex quibus maritus sine periculo repudium mittere, et dotem mulieris lucrari potest, ita ut dominium eius liberis eiusdem matrimonii servetur, aut, liberis non extantibus, ipse etiam dominio fruatur, has esse decernimus.*

§. 2. Si maritus uxorem suam adulterii convinci posse existimaverit, convenit, maritum primo mulierem vel etiam adulterum accusare: et si accusatio illa vera probata fuerit, tum misso repudio, *maritus una cum donatione propter nuptias dotem quoque habeat: praeterea, si liberos non habeat, tantum ex reliquis bonis mulieris accipiat, quantum tertia pars dotis esse intelligitur: ut dominio eius et dos, et poena a nobis definita applicetur. Si enim liberos ex eodem matrimonio habeat, iubemus, ut et dos, secundum leges hac de re latas, et reliqua mulieris substantia liberis servetur, atque ita adulter legitime convictus, una cum muliere puniatur. Et si quidem adulter uxorem habeat, illa tam dotem suam, quam donationem propter nuptias accipiat: ita ut si liberos habeant, mulier solo usufructu donationis fruatur, dominio secundum leges liberis servando: reliquam vero mariti substantiam liberis eius ex liberalitate nostra donamus. Sin autem liberi non extent, sancimus, ut dominium quidem donationis ante nuptias mulieri competat, reliqua vero omnis mariti substantia fisco secundum veteres leges applicetur.*

Um diese Constitution zu verstehen, ist es nöthig sich der früheren Constitutionen wieder zu erinnern, worauf sich Justinian hier bezieht, und von denen oben <sup>5)</sup> die Rede war.

Schon Kaiser Honorius hatte in der *L. 2. Cod. Theod. de repudiis* vom J. 421. verordnet, daß bey Scheidungen ohne alle Ursache die Frau nebst den Geschen-

5) C. den 26. Th. §. 1262. C. 559. ff.

ken, die sie als Braut erhalten, auch das Heyrathsgut verlieren, und mit der Deportation, ohne Hoffnung zur Rückkehr nach Hause <sup>6)</sup>, bestraft werden solle. Eben so sollte der Mann, der sich von seiner Frau ohne Ursach trennt, die *donatio ante nuptias* und die *dos* verlieren. Ist die Scheidung aus unbedeutenden Gründen (ob *morum vitia ac mediocres culpas*) geschehen, so soll die Frau nur ihr Heyrathsgut verlieren, und die empfangene Schenkung herausgeben. Der Mann hingegen muß die *dos* restituiren, die *donatio ante nuptias* aber erhält er dagegen zurück. War endlich die Ehescheidung wegen bedeutender Gründe (ob *grave crimen* eines der Ehegatten) veranlaßt worden, so sollte der Mann die *dos* gewinnen, und seine Geschenke zurückerhalten, wenn die Frau der schuldige Theil ist. Hätte aber der Mann durch sein Vergehen die Ehescheidung verschuldet, so sollte die ihre *dos*, und auch die *sponsalitia largitas* erhalten. Daneben sollten jedoch die *alten retentiones dotium propter liberos* noch fort

- 6) In der Constitution heißt es: *cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus.* Der Ausdruck *ius postliminii*, der sonst nur von Gefangenen gebraucht wird, wenn sie aus der Gefangenschaft zurückgekehrt, und in alle ihre vorigen Rechte wieder eingetreten sind, als wären sie nie verlorren gewesen; wird hier in einer uneigentlichen Bedeutung für Restitution oder Begnadigung genommen, in welcher Bedeutung es auch in *L. 1. C. Just. de remilit.* vorkommt, weil die Restitution hierin mit dem *postliminium* gleiche Wirkung hatte. S. *Pet. FABRI Semestrium Lib II. Cap. 15. pag. 202.* und *Jac. GOTHOFREDI Commentar. ad Leg. 2. Cod. Theodos. de repud. Tom. I. pag. 557. edit Ritter.*

dauern 7), welche dann aber freylich nur noch in dem Falle vorkommen konnten, wo der Mann verpflichtet war, die dos der Frau herauszugeben, nämlich wenn er *ob morum vitia* sich von der Frau trennte; weil in den Fällen, wo der Mann die ganze dos erhielt, sich keine Abzüge (*retentiones*) denken ließen.

Der Kaiser Theodos II. hob diese Strafen wieder auf, und verordnete dagegen in der *L. 8. Cod. Iust. de repudiis*, vom J. 449. daß wenn ein Ehegatte sich aus keinem der in dieser Constitution gebilligten Gründe 8) von dem andern trennte, die Frau ihr Heyrathsgut und die *donatio ante nuptias* verlieren, der Mann hingegen die dos herausgeben, und die *donatio ante nuptias* verlieren solle. Wenn hingegen die Trennung aus einem der gesetzlich gebilligten Gründe geschehen wäre; so soll jetzt der Schuldige die angegebenen Nachtheile an dem Vermögen leiden. Sind jedoch Kinder aus der Ehe vorhanden, so soll alles, was nach dem Bisherigen der unschuldige Ehegatte gewonnen hat, also von der Frau die *donatio ante nuptias*, von dem Mann aber die dos, den Kindern aufbehalten werden, wobey

7) *Just. Henn. BOEHMER* in *Diss. de privatione dotis et successionis statutar. ex capite adulterii. Cap. I. §. 17.* (in *Eius Exercitation. ad Pand. Tom. IV. pag. 795.*) erklärt die *retentio propter liberos* so, daß der Mann die Hälfte der dos den Kindern nach seinem Tode habe hinterlassen müssen. Allein man sehe *Wächter* über *Ehescheidungen bey den Römern. S. 262.*

8) *S. den 26. Th. §. 1262. S. 340. f. und von Löhr. Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. bis auf Justinian. S. 23 — 25.*

ihnen denn zugleich alle Veräußerung und Verpfändung verboten, jedoch das Electionßrecht unter den Kindern gestattet worden ist, welchem sie nämlich diesen Gewinn vorzüglich zuwenden wollen.

Justinian nahm diese Verordnung in seinen Codex auf, fügte aber noch eine Constitution hinzu, nämlich die *L. 11. Cod. de repudiis* vom J. 528. vermöge welcher der zu bestrafende Ehegatte, wenn keine *dos* oder *donatio propter nuptias* bestellt worden, den vierten Theil seines Vermögens geben soll, doch so, daß dieser 100 Pfund Goldes nicht übersteigen dürfe. Dieser Gewinn des vierten Theils solle aber, wenn Kinder da sind, gleich der *dos* und *donatio propter nuptias*, diesen unter gleichen Bestimmungen aufbehalten werden.

Die hierauf folgende *Novelle XXII. Cap. 15.* und *16.* war eine bloße Wiederholung der vorigen Constitutionen <sup>9)</sup>. Nach diesen Constitutionen folgte nun die nicht minder wichtige *Nov. CXVII.* In diesem Gesetz verbot Justinian

1) die Scheidung, welche mit gemeinschaftlicher Uebereinkunft der Ehegatten geschieht, und gestattete dieselbe bloß in dem einzigen Falle, wenn beyde Ehegatten ins Kloster gehen, oder das Gelübde der Keuschheit ablegen wollten <sup>10)</sup>. Für diesen Fall wurde bestimmt, daß wenn die Ehegatten Kinder hätten, diesen sowohl die *dos*, als die *donatio propter nuptias* aufbehalten werden solle. Sollte aber Eins von ihnen, der Mann oder die Frau, nachher das Gelübde nicht halten, und entweder

9) S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 245. ff.

10) *Cap. 10.*

sich wieder verheyrathen, oder sich einer ausschweifenden Lebensart ergeben; so solle, wenn Kinder da sind, diesen, auffer der dos und donatio propter nuptias, das Eigenthum des ganzen übrigen Vermögens eines solchen Ehegatten überlassen werden, welches, wenn die Kinder noch minderjährig sind, von dem unschuldigen Ehegatten verwaltet, und dieselben von ihm erzogen werden sollen. Würden hingegen beyde Ehegatten ihrem Gelübde entgegen handeln, so solle das Vermögen beyder Eltern den Kindern zugesprochen, und den Kindern, die noch nicht großjährig sind, ein Vormund gesetzt werden, der dieses Vermögen unter der Aufsicht des Richters, oder derjenigen, denen dieses von den Gesetzen aufgetragen worden ist, verwaltet. Sind keine Kinder vorhanden, so solle das Vermögen des schuldigen, oder beyder schuldiger Ehegatten dem Fiscus anheimfallen. In eben dieser Novelle setzte Justinian auch

2) neue Ehescheidungs-Ursachen fest, welche schon an einem andern Orte <sup>11)</sup> angeführt worden sind, und bestimmte zugleich a) in den Fällen, wo der Mann sich scheiden durfte, α) wenn die Frau auf die Anklage des Mannes des Ehebruchs schuldig befunden wurde, als Strafe, daß der Mann zugleich, mit der donatio propter nuptias, das Heyrathsgut haben, und noch aufferdem, wenn keine Kinder da wären, einen Theil ihres übrigen Vermögens, welcher soviel, als der dritte Theil ihres Heyrathsgutes beträgt, eigenthümlich bekommen solle. Wären aber Kinder aus der Ehe vorhanden, so solle das Heyrathsgut mit dem übrigen Vermögen der Frau, nach Maßgebung der Gesetze, den Kindern aufbehalten

11) C. den 26. Th. §. 1262. C. 345 — 345.

werden. Eben so soll auch ihr Ehebrecher bestraft werden, und wenn derselbe eine Frau hat, so solle diese sowohl ihr Heyrathsgut, als die donatio propter nuptias erhalten. Sind Kinder da, so solle diesen das Eigenthum daran aufbehalten werden, der Frau aber bloß der Nießbrauch davon zukommen; wären hingegen keine Kinder vorhanden, so solle zwar die Frau das Eigenthum der donatio propter nuptias haben, das übrige Vermögen des Mannes aber an den Fiscus verfallen seyn. In allen übrigen oben angeführten Fällen verliert die Frau nur ihre dos an den Mann, von der er auch, wenn keine Kinder vorhanden sind, das volle Eigenthum, sonst aber nur den Nießbrauch erhält, weil dann das Eigenthum den Kindern aufbehalten werden soll.

b) In den Fällen aber, wo die Frau sich von dem Manne scheiden darf, verordnet, Justinian, a) daß wenn der Mann die Frau fälschlich wegen Ehebruchs angeklagt hat, die Frau nicht nur ihre dos zurückerhalten, und die donatio propter nuptias gewinnen, sondern auch noch überdem für diese Beschimpfung, wenn sie keine Kinder aus dieser Ehe hat, soviel von dem übrigen Vermögen des Mannes eigenthümlich erhalten soll, als der dritte Theil der donatio propter nuptias beträgt. Sind aber Kinder vorhanden, so soll diesen das ganze Vermögen des Mannes aufbehalten, übrigens aber dasjenige bey seiner Kraft und Gültigkeit verbleiben, was wegen der donatio propter nuptias in den übrigen Gesetzen enthalten ist. Außerdem soll der Mann die Strafe leiden, welche die Frau, wenn die Anklage wäre bewiesen worden, hätte erleiden müssen. Es heißt

Vel si maritus uxorem adulterii accusaverit, nec adulterium probaverit, liceat mulieri, si velit, ex hac quoque causa viro repudium mittere, et dotem suam recipere, donationemque propter nuptias lucrari: et pro hac calumnia, si liberos ex illo matrimonio non habeat, mulier tantum iure dominii ex reliqua viri substantia accipiat, quantum donationis ante nuptias tertia pars esse intelligitur. Si enim liberos habeat, totam mariti substantiam liberis servari iubemus: firmis manentibus illis, quae de donatione ante nuptias reliquis legibus continentur: ita tamen, ut propter institutam et non probatam adulterii accusationem, etiam illis poenis maritus subiaceat, quas mulier passura fuisset, si accusatio illa probata fuisset.

β) Wenn der Mann in demselben Hause, in welchem er mit seiner Frau wohnt, oder auch in einem andern Hause derselben Stadt, in welcher er wohnt, mit einer andern Frauensperson unerlaubten Umgang hat, und derselbe, wiederholter Warnungen ungeachtet, von diesem lasterhaften Leben nicht abgelassen; so soll es der Frau nicht nur erlaubt seyn, aus diesem Grunde die Ehe aufzuheben, sondern auch die dos und donatio propter nuptias an sich zu nehmen; überdem aber soll sie für die ihr angethane Schmach noch aus dem übrigen Vermögen des Mannes, soviel als der dritte Theil am Werthe der donatio propter nuptias beträgt, und zwar, wenn sie keine Kinder von ihm hat, von der donatio propter nuptias, und dem zur Strafe ihr noch obendrein zu gebenden dritten Theile das volle Eigenthum, wenn sie aber Kinder hat, bloß den Nießbrauch bekommen, das Eigenthum aber den



Kindern erhalten werden. Justinian sagt nämlich in der angeführten Novelle Kap. IX. §. 5.

Si maritus in eadem domo, in qua cum uxore sua habitat, illa contempta, cum alia in eadem domo manere inveniatur, vel cum in eadem urbe habitet, in alia domo cum alia muliere assidue manere probetur, et semel atque iterum vel a suis, vel ab uxoris parentibus, vel aliis personis fide dignis reprehensus, a luxuria illa non absteat: liceat mulieri propter hanc etiam causam matrimonium dissolvere, *datamque dotem et donationem propter nuptias recipere, et pro contumelia illa tertiam partem pretii, quam donatio propter nuptias efficit, ex reliqua illius substantia accipere*: ita tamen, ut si liberos habeat, mulier solo usufructu rerum, quas ex donatione ante nuptias, et poena tertiae partis substantiae mariti accipit, fruatur, dominio communibus liberis servando. Si enim liberos ex eodem matrimonio non habeat, iubemus, ut ipsa illarum etiam rerum dominium habeat.

In allen übrigen Fällen, wo keine besondern Strafen bestimmt sind, erhält die Frau ihre dos zurück, und kann die donatio propter nuptias fordern, und zwar erhält sie die letztere, wenn keine Kinder vorhanden sind, zum vollen Eigenthume, sonst aber nur zum Nießbrauche. So heißt es im Anfange des 9. Kapitels:

Causae vero, ob quas marito repudium ab uxore iuste mitti, et ex quibus ipsa *dotem accipere, atque donationem propter nuptias exigere potest, ita ut liberis similiter dominium donationis serve-*

tur, vel si liberi non extent, ipsa quoque dominium illius habeat, has solas esse sancimus.

Nächst der Novelle CXVII. ist nun noch eine andere Novelle merkwürdig. Es ist die Novelle CXXXIV. vom Jahre 566. In dieser bestimmte Justinian

1) die Strafen der Ehescheidung im Falle eines begangenen adulterium. Es heißt nämlich Cap. X. nach Hombergk.

Si quando adulterii crimen manifeste probatum fuerit: illas poenas peccantibus infligi iubemus, quas CONSTANTINUS piae memoriae definivit: illi quoque, qui intervenerunt, aut ministri tam impii criminis fuerunt, easdem poenas sustineant. *Ex substantia autem ADULTERI, si uxorem habet, dos et donatio ante nuptias, vel portio legis nostrae ei seruetur, si dotalia instrumenta secuta sint*<sup>12)</sup>. *Reliquam vero eius substantiam, si quidem descendentes vel ascendentes adsint, usque ad tertium gradum, illi secundum ordines et gradus capiant. Sin autem nulli ex iis adsint, eam fisco adiudicari iubemus. Mulier vero ADULTERA competentibus poenis subiecta in monasterium coniiciatur. Et si vir intra biennium eam recipere voluerit, damus illi potestatem id faciendi, illique cohabitandi, ita ut nullum periculum inde metuat, nec matrimonium per ea, quae medio tempore facta sunt, laedatur. Elapso autem praedicto tempore, vel marito, antequam*

12) Hier hat wohl die Vulgata richtiger: *si dotalia instrumenta NON subsecuta sunt.* Auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 514. haben: *ei προϊκόα συμβολαία μὴ παρηκολούθησαν.*

mulierem recipiat, mortuo, iubemus, ut ea tondeatur, habitumque monachicum suscipiat, et per omne vitae suae tempus in illo monasterio habitet. *Si descendentes habeat, duas illi partes substantiae eius accipiant, secundum ordinem legum dividendas: tertia vero pars monasterio, in quod coniicitur, detur.* Si descendentes non adsint, sed *ascendentes* inveniantur, qui in hoc facinus non consenserunt, *quatuor illi uncias, secundum legum ordinem dividendas accipiant: octo vero unciae monasterio dentur, in quod mulier illa includitur.* Si nec ascendentes nec descendentes habeat, vel ascendentes illi impietati consenserint, *omnem eius substantiam monasterium accipiat.* Atque hoc observetur, ut in omnibus casibus *pacta dotalibus instrumentis inserta* marito serventur.

Zuvörderst bestätigt hier R. Justinian in Rücksicht der Strafen des Ehebruchs die Constitution des Kaisers Constantinus <sup>13)</sup>. Es war die Strafe des Schwerdts, welche in den Institutionen <sup>14)</sup> unrichtig der *Lex Iulia de adulteriis coercendis* zugeschrieben wird <sup>15)</sup>. Jedoch behielt Justinian nur bey dem Ehebrecher die Todesstrafe bey. Was aber die Vermögensstrafen anbetrifft, so soll 1) der Ehebrecher, wenn er eine Frau hat, derselben, mit der dos, auch die *donatio propter nuptias* herausgeben, oder, wenn keine bestellt worden ist, soll sie den vierten Theil des Vermögens erhalten, wie dieses in den früheren Gesetzen bestimmt ist, sofern nicht etwa in

13) L. 50. C. de adulteriis. (IX. 9.)

14) §. 4. I. de public. iudic.

15) C. den 26. Th. §. 1262. C. 321. Not. 18.

den Eheverträgen auf den Fall der Trennung der Ehe ein Anders ist festgesetzt worden. Das übrige Vermögen aber sollen, wenn Descendenten oder Ascendenten vorhanden sind, diese, jedoch nur bis zum dritten Grade, erhalten. Sind aber deren keine vorhanden, so soll dieses Vermögen dem *Fiscus* zugesprochen werden.

2) Die Ehebrecherin aber soll ins Kloster gesteckt werden. Wenn Justinian sagt: *competentibus poenis subiecta*, so erklärt man dieses gewöhnlich so, daß sie zuvor mit Ruthen gehauen werden soll <sup>16)</sup>. Diese Erklärung scheint auch die alte lateinische Version zu bestätigen, in welcher es heißt: *Adulteram vero mulierem, competentibus vulneribus subactam, in monasterium mitti.* Dieser entspricht denn auch die daraus excerpirt *Authentica* *Sed hodie Cod. ad Legem Iuliam de adulteriis.* *Sed hodie adultera verberata in monasterium mittatur.* Allein jene Uebersetzung beruhet auf einer ganz unrichtigen Lesart, wie schon längst Peter Faber <sup>17)</sup>, und Carl Annibal Fabrotus <sup>18)</sup> erwiesen haben. In den bessern Handschriften der Novellen heißt es nicht: *ταῖς προσηκόουσαι; πληγαῖς*, sondern *ποιναῖς*; welche Lesart nicht nur durch die Basiliken <sup>19)</sup>, sondern auch durch des Patriarchen Photius *Nomocanon* *Tit. XI. Cap. 1.* <sup>20)</sup> bestärkt wird.

16) G. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 257.

17) *Semestrium. Lib. III. Cap. 22. pag. 356 sqq.*

18) *Exercitat. XII. ad L. Transigere 18. Cod. de Transact. in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 1226 sq.*

19) *Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 1. pag. 514.*

20) In JUSTELLI *Biblioth. iuris canonici veteris. Tom. II. pag. 1050.*

Ist also nach der richtigern Lesart des griechischen Textes <sup>21)</sup> die Hombergkische Uebersetzung: *Mulier vero adultera, competentibus poenis subiecta, in monasterium coniciatur*, der Vulgata vorzuziehen; so entsteht nun die Frage, welche Strafen hier gemeint sind? Faber <sup>22)</sup>, dem auch Fabrot <sup>23)</sup> beystimmt, versteht darunter nicht Ruthenhiebe, denn dieser Strafe geschieht erst nachher Kap. 12. bey dem erschwerenden Falle Erwähnung, wenn der des Ehebruchs wegen angeklagte Theil durch Bestechung des Richters, oder auf eine andere Art, sich der gesetzlichen Strafe zu entziehen gesucht hätte <sup>24)</sup>; sondern beyde Rechtsgelehrten erklären sie von den Strafen, welche Justinian in der Novelle *CXVII.* Kap. 8. bestimmt hat, die also bey der ehebrecherischen Frau in dem Verlust des Heyrathsguts, und der *donatio propter nuptias*, und außerdem noch in dem Verlust eines Theils ihres übrigen Vermögens besteht, welcher soviel, als ein Drittel der *dos*, beträgt. Das Neue, was Justinian hier verordnet hat, betrifft also blos die bey der Ehebrecherin gemilderte Strafe des Ehebruchs,

21) Noch einen Beweis enthält das Scholium des Theodor Balsamon ad *PHOTII Nomocanon* Tit. I. Cap. 52. apud *JUSTELLUM* pag. 854. wo die *Nov. 154.* mit folgenden Worten angeführt wird: *Τὴν μοιχευθεῖσαν γυναῖκα ταῖς προσηκούσαις ὑποβαλλομένειν ποινῆς ἐν μοναστηρίῳ ἐμβάλλεσθαι.*

22) *Cit. loc.* pag. 357.

23) *Cit. loco* pag. 1226.

24) Daß auffer diesem erschwerenden Falle das Einsperren ins Kloster mit keiner Ruthenzüchtigung verbunden gewesen, hat *Pet. FABER* *Semestrium* Lib. III. Cap. 22. pag. 554 sq. gezeigt.

bey welcher die Todesstrafe, die nur bey dem Ehebrecher Statt finden soll, in das Einsperren ins Kloster <sup>25)</sup> verwandelt worden ist, aus welchem sie aber auch der Mann, wenn er sich wieder mit ihr ausöhnen will, binnen zwey Jahren befreien, und die Ehe, ohne allen Vorwurf eines *Lenociniums* <sup>26)</sup>, mit ihr fortsetzen kann. Nur dann erst, wenn binnen dieser Zeit keine Befreiung erfolgt ist, soll die Ehebrecherin als Nonne eingekleidet, und für ihre ganze Lebenszeit ins Kloster eingesperrt werden. Julian in seinem Novellen-Auszuge gedenkt nur dieser Einsperzung der Ehebrecherin ins Kloster, ohne die *competentes poenae* weiter zu erwähnen, vermuthlich weil er sie aus den vorhergehenden Novellen als bekannt voraussetzte.

25) Damit jedoch die heiligen Jungfrauen, die sich aus Frömmigkeit dem Klosterleben gewidmet hatten, durch den Umgang mit den lasterhaften Weibern, die zur Strafe in das Kloster waren gesteckt worden, nicht verführt werden möchten; so hatten letztere mit jenen kein gemeinschaftliches *refectorium* noch *dormitorium*, sondern sie wurden zu denen gerechnet, die man *conversae sorores* nannte, und sie erhielten auch nicht die eigentliche Kleidung der Nonnen, sondern nur die der Novizen. *Cap. 33. X. de sentent. excommunicat. Cap. 20. 21. et 23. X. de regularib. C. Pet. FABRI Semestr. Lib. III. cap. 21. pag. 347.* Justinian ließ daher auf Anrathen des röm. Bischofs Pelagius ein eigenes Strafkloster erbauen, welches man *μετάνοια τῶν γυναικῶν*, *poenitentia feminarum* nannte, wie *FABER c. 1. pag. 339.* aus einer Stelle des Procopius bewiesen hat.

26) Hierdurch ist also dem ältern Recht, der *L. 2. §. 2. D. ad Leg. Jul. de adulter. coercend.* und der *L. 9. und L. 17. C. eodem.* derogirt worden.

Allein viele Rechtsgelehrten <sup>27)</sup> sind anderer Meinung. Die Vergleichung beyder Novellen, sagt man, zeige deutlich, daß die Nov. 134. der Novelle 117. derogire. Denn der dem Ehemann in der letztern zugesprochene Brautschatz werde ihm in jener wieder entzogen, und ihm bloß die in den Eheverträgen zugesicherten Vortheile vorbehalten. Das Vermögen der Ehebrecherin solle theils den Verwandten, theils dem Kloster zufallen, und zwar dem letztern das ganze Vermögen, (omnis substantia) wenn keine Verwandten vorhanden sind, eine Bestimmung, die von selbst alle Theilnahme des Ehemannes ausschliesse, so wie der Ausdruck — omnis substantia, auch in den folgenden Kapiteln 11. 12. und 13. der Novelle 134. genommen werde. Man will es sogar einem Einfluß der Kaiserin Theodora, der in dieser ganzen Gesetzgebung zu bemerken seyn soll, zuschreiben, wodurch Kaiser Justinian soll bewogen worden seyn, dem Ehemann den Verlust des Brautschazes als Strafe aufzulegen, wenn er, binnen der ihm dazu bewilligten Frist, seine reuige Gattin nicht wieder aus dem Kloster heimgeführt hat. Aber auch davon abgesehen, so liefere schon der Eingang des Gesetzes einen sprechenden Beweis, daß Justinian eine Abänderung haben treffen wollen. Denn dieser zeige, daß Justinian die frühere Verord-

27) *C. Just. Henn. BOEHMER* Diss. de privatione dotis et success. statutar. ex capite adulterii. Cap. I. §. 19 et 20. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. IV. pag. 798. sq.) *MEVIUS* T. II. P. VII. Decis 162. not. 1. *Schott* Einleitung in das Eherecht §. 225. Not. \*\*). *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. I. §. 495. not. a. et d. und besonders *A. F. Freyh. von Ende* vermischte juristische Ausführungen. (Hannover 1816. 4.) Nr. I.

nung des Kaisers Constantin des Großen wieder habe herstellen wollen. Dieses Gesetz habe aber nur die öffentliche Genugthuung, nicht die Entschädigung des beleidigten Ehegatten zum Zweck gehabt. Daher habe es nicht diesem, sondern dem Fiscus das Heyrathsgut zugesprochen. Nothwendig habe also auch Justinian seine eigne Verordnung, die Novelle 117. aufheben müssen, die den Ehebruch nur aus dem Gesichtspuncte einer dem Ehemanne widerfahrenen Kränkung betrachtet, und ihm, zur Vergütung, den Brautschatz zugesprochen habe. Zwar weiche die 134. Novelle von Constantins Verordnung darin ab, daß sie nicht dem Fiscus, sondern den Blutsverwandten und dem Kloster das Vermögen der Ehebrecherin zueigne. Allein theils zeige gerade diese einzige Abänderung, daß es in allen übrigen Puncten bey Constantins Verordnung bleiben solle, theils sey die Wirkung in Rücksicht des Ehemannes die nämliche, er werde in jedem Falle von der Theilnahme an der dos ausgeschlossen, es möge der Fiscus oder das Kloster dieselbe erhalten. Endlich zwecke auch der am Schluß der Novelle zu Gunsten des Ehemannes hinzugefügte Vorbehalt der ihm in den Ehepacten zugesicherten Vortheile mehr auf eine Einschränkung, als auf eine Erweiterung seiner Befugnisse ab.

Es fragt sich also, ob die Verordnung der Nov. CXVII. Kap. 8. nach welcher der schuldige Ehegatte, im Falle eines begangenen Ehebruchs, an den unschuldigen Theil, wenn keine gemeinschaftlichen Kinder vorhanden waren, auffer der dos oder der donatio propter nuptias, auch von seinem übrigen Vermögen noch soviel verlieren soll, als der dritte Theil der dos oder der donatio propter nuptias ausmacht, durch die jüngere



Nov. CXXXIV. wirklich wieder aufgehoben worden? War es also wirklich Justinians Meinung, daß wenn die ehebrecherische Frau ins Kloster gesteckt wird, und der Mann sie nicht wieder zurückverlangt, er auf ihr Heyrathsgut keinen Anspruch haben, sondern sich nur mit den ihm etwa in den *pactis dotalibus* zugesicherten Vortheilen begnügen solle? (Ujaz<sup>28)</sup>, Anton Matthäi<sup>29)</sup> und mehrere andere angesehene Rechtsgelehrten<sup>30)</sup> läugnen dieses aus überwiegenden Gründen. Soviel ist Erstens richtig, daß Justinian von einer solchen Abänderung ausdrücklich nichts sagt. Gehen wir nun hier von der Bemerkung aus, welche, wie schon Vinnius<sup>31)</sup>, Wierling<sup>32)</sup> und mehrere andere<sup>33)</sup> gezeigt haben, auf die

28) Recitation. in Tit. Cod. de rei uxore actione ad §. Taceat. in fine.

29) De criminibus ad Libr. XLVIII. Dig. Tit. III. Cap. III. nr. 2. pag. 388. sq. (*Vesaliae* 1672. 4).

30) *Eman. GONZALEZ TELLEZ* Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. ad Cap. 4. de de donat. int. Vir. et Uxor. pag. 297. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* Colleg. th. pract. ad Pand. P. II. Lib. XXIV. Tit. 5. §. 17. in fin. *BERLICH* Conclusion. practicab. P. IV. Concl. XXIX. nr. 4. sqq. *Pet. GÜDELINUS* de iure novissimo. Lib. V. Cap. 18. §. *Praeter eas poenas.* *WISSENBACH* Comment. ad L. S. C. de Repudiis. *Sam. de Cocceji* iur. civ. controv. Lib. XXIV. Tit. 3. Qu. 3. und *Aug. Frid. SCHOTT* Diss. de uxore deservente dote sua ex regula quidem, non semper tamen privanda. Lips. 1779. §. 9 et 10.

31) Select. iur. Quaestion. Lib. II. cap. 20 et 21.

32) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 51. pag. 254.

33) *S. Jos. Lud. Ern. PÜTTMANN* Diss. de querela inofficiosi testam. fratribus uterinis haud concedenda.

richtige Auslegung der Justinianischen Legislation den wichtigsten Einfluß hat, daß Justinian nie Etwas aus dem ältern Rechte, am wenigsten aber eine seiner eignen Verordnungen abzuändern pflege, ohne daß von ihm aufgehobene Recht ausdrücklich zu erwähnen; so ist dieses allein schon Grund genug, ein entgegengesetztes Resultat zu begründen. Justinian sagt es bey einer andern Gelegenheit <sup>34)</sup> ausdrücklich: *Quidquid lege nova specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant.* Diese Regel muß hier um so mehr gelten, weil Justinian im Anfange des 10. Kap. der 134. Novelle, wo er von der Bestrafung des Ehebrechers handelt, und diesem die vom R. Constantin bestimmte Strafe aufzuerlegen befiehlt, ausdrücklich sagt, daß die Frau aus seinem Vermögen, auffer ihrer dos, auch die *donatio propter nuptias*, und noch überdieß den von ihm gesetzlich bestimmten Theil erhalten solle, wosfern nicht in den *instrumentis dotalibus* ein Anders ist festgesetzt worden. Da nun Justinian durch dieses Gesetz nur die Strafe des Ehebruchs bey der Frau zu mildern, und die Todesstrafe mit der Einsperrung ins Kloster zu vertauschen die Absicht hatte <sup>35)</sup>; so kann unter den *competentibus*

(*Lipsiae* 1761.) Cap. II. §. 2. und Desselben *Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 7. pag. 62.* Man vergleiche meine *Opusc. iurid. Fascic. I. pag. 111. sq.*

34) *L. 52. in fin. Cod. de appellat.*

35) Daß vor Justinian die Ehebrecherin sogut, wie der Ehebrecher, mit dem Tode bestraft worden sey, erhellet aus *AMMIANUS MARCELLINUS Rer. gestar. Lib. XXVIII. Cap. 1. S. Pet. FABRI Semestrium Lib. III. cap. 21. pag. 532.*

poenis gewiß nichts anders zu verstehen seyn, als was Justinian in dem Falle, da die Frau des Ehebruchs überwiesen ist, zur Bestrafung derselben in der *Nov. CXVII. Cap. 8. §. 1.* verordnet hat, nämlich daß der Mann, mit der *donatio propter nuptias*, auch die *dos*, und wenn keine Kinder vorhanden sind, aus dem übrigen Vermögen derselben noch soviel erhalten solle, als der dritte Theil des Heyrathsgutes beträgt. Denn der Ausdruck: *competentes poenae* bezeichnet doch wohl nichts anders, als die gebührenden, die gesetzlich bestimmten Strafen; und diese konnte ja der Gesetzgeber hier aus seinen früheren Gesetzen mit Recht als bekannt voraussetzen. Hätte Justinian in diesem Falle dem Ehemann die Vortheile entziehen wollen, welche er ihm in den früheren Gesetzen zugesichert hatte; so würde er gewiß eine so wichtige Abänderung deutlicher ausgedrückt haben. Genau erwogen, ist auch gar nicht einzusehen, warum gerade der Mann *deterioris conditionis* seyn sollte, als die Frau. Justinian würde hier seinen Character verläugnen, der sich in allen seinen früheren Verordnungen ausspricht, in welchen er die Vermögensstrafen bey Ehescheidungen immer so bestimmt hat, *ut ex utraque parte AEQUA LANCE et aequitas et poena servetur*, wie er sich in der *L. 11. §. 1. Cod. de repudiis* selbst ausdrückt. Daß Justinian vielleicht den Mann habe bestrafen wollen, wenn er die Frau nicht binnen zwey Jahren aus dem Kloster zurückverlangt; ist lächerlich. Wer könnte dieses mit den Worten: *Et si vir intra biennium eam recipere voluerit, damus illi potestatem id faciendi, illique cohabitandi, ita ut nullum periculum inde metuat*, vernünftiger Weise vereinigen? Was dem Ehemann von dem Gesetz erlaubt wird, ohne sich eines sonst zu Schulden bringenden Ver-

brechens theilhaftig zu machen, kann ihm ja nicht zur Strafe angerechnet werden, wenn er sich der gesetzlichen Erlaubniß nicht bedient, zumal da das Gesetz selbst keiner Strafe gedenkt. Auch die Schlußworte des 10ten Kapitels können nicht zum Gegenbeweis dienen. Denn wenn es daselbst heißt nach Hombergk: *Atque hoc observetur, ut in omnibus casibus pacta dotalibus instrumentis inserta marito servantur*; so sind diese Worte keinesweges so zu verstehen, als sey dem Ehemann nur die Befugniß beygelegt, die ihm etwa in den Eheverträgen zugesicherten Vortheile zu fordern. Nein, sie haben vielmehr denn Sinn: so wie der Frau in dem Falle, da der Mann einen Ehebruch begangen hat, die Vortheile verbleiben sollen, welche ihr in den Eheverträgen sind zugesichert worden; so soll dieses auch bey dem Mann beobachtet werden, so daß also in jedem Falle der unschuldige Theil, ausserdem was ihm das Gesetz zusichert, auch noch die Vortheile genießen solle, welche in den Dotalverträgen bedungen worden sind. Der einzige noch einigermaßen erhebliche Grund für die entgegengesetzte Meinung wäre allenfalls der, daß in dem ersten Falle, wo von dem Ehebruche des Mannes die Rede ist, des übrigen Vermögens (*reliqua substantia*) desselben ausdrücklich gedacht, und in Ansehung desselben verordnet werde, daß solches den Descendenten oder Ascendenten bis zum dritten Grade zufallen, oder, wenn keine derselben vorhanden sind, dem Fiskus zugesprochen werden solle; in dem andern Falle aber, da von dem Ehebruche der Frau die Rede ist, verordnet worden sey, daß wenn die Frau weder Ascendenten noch Descendenten hat, das Kloster *omnem eius substantiam* erhalten solle. Allein auch dieser Grund ist leicht zu widerlegen. Denn daß darunter nur das ganze Vermögen zu verstehen sey,

welches nach Abzug dessen, was dem Manne nach den Gesetzen gebührt, übrig ist, erhellet theils schon daraus, weil ja dem Manne auf jeden Fall die Vortheile verbleiben sollen, welche ihm in den schriftlichen Dotal-Verträgen sind zugesichert worden, theils setzt dieses auch die Novelle CXVII. Kap. 13. ausser allem Zweifel. Hier heißt es:

Quoniam vero mulieres quaedam vel mariti inhoneste vivere volentes, matrimonia sua solvere student, sancimus, ut si forte *mulier quaedam* sine aliqua ex dictis causis matrimonium cum coniuge solvere velit, id faciendi potestatem non habeat. Si vero in tam impio proposito permaneat, et repudium viro mittat, iubemus, *ut dos quidem marito detur*, liberis communibus secundum leges servanda, (*si vero liberos non habeat, viri sit lucrum*) mulier autem periculo iudicis, qui causam cognoscit, Episcopo urbis, in qua commune domicilium habuerunt, tradatur, ut illius cura in monasterium coniiciatur, in eoque per omnem vitam suam permaneat. Ac siquidem mulier illa liberos habeat, *duae partes substantiae eius liberis dentur*, tertia vero pars monasterio, in quod coniicitur, domini iure applicetur. Si nullos liberos, sed parentes habeat, *duae quidem partes substantiae eius praebeantur monasterio, in quod coniicitur*, tertia vero pars parentibus illius detur, nisi si, cum eam in potestate haberent, de iniusto repudio consenserunt. Quando enim in hoc consenserunt, nihil eos plane ex substantia filiae habere permittimus, sed omnia sacro monasterio applicari volumus. Si nec

liberos, nec parentes habeat, *similiter* TOTA eius SUBSTANTIA ad monasterium pertineat.

Hier soll nun, wenn weder Kinder noch Eltern da sind, das ganze Vermögen der Frau, welche der schuldige Theil ist, dem Kloster, in welches dieselbe gesteckt werden soll, zufallen, gerade so, wie es auch in der Nov. CXXXIV. Cap. 10. <sup>36)</sup> heißt, und doch wird dem unschuldigen Mann das Heyrathsgut der Frau ausdrücklich zugeeignet, welches ihm, wenn keine Kinder da sind, auch dem Eigenthume nach verbleiben soll. Es leuchtet also in die Augen, daß unter der tota substantia nur das ganze übrige Vermögen, ausser dem Heyrathsgute, verstanden werden kann <sup>37)</sup>. So rechtfertiget sich denn auch

36) In der Nov. CXXXIV. Cap. 10. heißt es: εἰ δὲ μήτε κατιόντας μήτε ἀνιόντας ἔχοι, — πᾶσαν αὐτῆς τὴν οὐσίαν λαμβάνειν τὸ μοναστήριον; und fast eben so in der Nov. CXVII. Cap. 15. μήτε δὲ παιδῶν, μήτε γονέων ὄντων αὐτῇ, πᾶσαν ὁμοίως τὴν αὐτῆς περιουσίαν τῷ μοναστηρίῳ προσήκειν.

37) Eben so hatte auch schon ACCURSIUS in Glossa ad L. 8. §. 5. Cod. de repud. den Ausdruck *omnis substantia* in der Nov. 134. erklärt, wenn er sagt: Illud intellige de alia substantia, praeter dotem. Daß das Wort *omnis*, *omne* in unsern Gesetzen oft eine einschränkende Bedeutung hat, welche secundum ea, quae proponuntur, ihre bestimmte Erklärung erhält, und erhalten muß, ne sequatur absurdum, vel absonus intellectus, hat schon Jo. STRAUCH in Lexico particularum iuris Voc. *Omnis* bemerkt, und Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 18. hat dieses aus mehreren Beyspielen erwiesen, welcher dabey die treffliche Bemertung macht: *Sed quae καθόλου proferuntur, saepe vera non esse, nisi κατα τὴν*

die Erklärung des Agyläus<sup>38)</sup>, wenn er sagt: *Ex bonis eius (sc. adulterae) secundum pacta nuptialia, et quod alibi (Nov. CXVII.) statutum est, maritus habeat.* Die Richtigkeit dieser Erklärung wird aber noch vorzüglich theils durch eine spätere Verordnung des Kaisers Leo des Philosophen, theils durch das Canonische Recht bestärkt. Der Kaiser Leo verordnete nämlich in der Novelle XXXII. daß, statt der Todesstrafe, die Justinian noch bey dem Ehebrecher bestätigt hatte, beyden, dem Ehebrecher, wie der Ehebrecherin, die Nase abgeschnitten, und der unschuldige Ehemann, als Ersatz für die ihm zugesügte Kränkung, den Brautschatz seiner ehebrecherischen Frau erhalten solle. Daß Leo hier nichts Neues habe einführen wollen, sondern das schon vorher üblich gewesene Recht nur bestätigt habe, läßt sich ohne Schwierigkeit erweisen. Er sagt ja selbst in seiner Constitution nach der Uebersetzung des Agyläus: *Verumtamen quia, cum olim id facinus (adulterii scelus) morte puniretur, visum est POSTERIORIBUS mitiorem proferre sententiam: ac vero nos fere ad benigniora trahimur, quam ILLI constituerunt poenam, ut nempe nasus detestandis illis ambobus abscindatur,*

*et pro subiecto argumento, in scholis Rhetorum discimus. Nec aliter etiam sapiunt ICTI, apud quos loquutiones generales, ne falsae sint, saepe sunt restringendae ad speciem propositam, saepe ibi eundem est in rem praesentem, et inde temperanda oratio, quae ceteroquin et ad alia pertinere videbatur.*

38) Libr. singular. ad ea, quae in Novellis Iustiniani Constitutionibus ius civile attingunt. Const. CXXXIV. (in Car. Frid. ZEPERNICK Delectu Scriptor. Novellas Iustiniani Imp. earumque historiam illustrant. pag. 152.

*hanc et nos statuimus: atque haec quidem nefarii istius sceleris esto poena.* Leo wollte also nur, daß der Ehebrecher nicht härter, als die Ehebrecherin bestraft werden sollte<sup>39)</sup>. Daß aber auch die Verordnung des Kaisers Justinian, nach welcher der Ehemann das Heyrathsgut seiner ehebrecherischen Ehefrau, und noch ein Drittel desselben mehr aus ihrem übrigen Vermögen zu seiner Genugthuung erhalten solle, weder von ihm selbst, noch von einem seiner Nachfolger je aufgehoben worden sey, erhellet daraus, weil der Patriarch Photius zu Constantinopel in seinem Nomocanon, in welchem er die Kirchengesetze mit den harmonirenden Gesetzen der christlichen Kaiser in Kirchensachen unter 14 Titeln zusammengestellt hat, die Novelle CXVII. des Kaisers Justinian Tit. XIII. Cap. 4.<sup>40)</sup> wörtlich aufgenommen, ja die Strafe des Verlusts des Heyrathsguts ausdrücklich mit der Einsperrung ins Kloster verbunden hat. Und dieser Photius war Lehrer des Kaisers Leo, der ihn in der Rechtskunde unterrichtet hat<sup>41)</sup>. Eben so führt auch Constantinus Harmenopolus in seinem Προχειρον Νομων, oder *Promptuario iuris* Lib. VI. Tit. 2.<sup>42)</sup> nicht nur §. 14. die Verordnung des Kaisers Leo, son-

39) *S. Pet. FABRI* Semestr. Lib. III. cap. 21. pag. 539. und *Car. Fr. ZEPERNICK* ad *Beckii* libr. sing. de Novellis Leonis. Cap. I. §. 6. Not. 5. pag. 65.

40) In *JUSTELLI* Bibliotheca iuris canonici vet. pag. 1096.

41) *S. Car. Frid. ZEPERNICK* Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionibus, inprimis Novellis Leonis Sapientis. Sect. I. §. 1. in Mantissa Commentationum *Beckii* libro de Novellis Leonis adject. pag. 209. sqq.

42) In *Supplemento* Thes. Meermaniani. (*Hagae Comit.* 1780. f.) pag. 556.



bern auch nachher die Verordnung des Kaisers Justinian aus der Nov. CXVII. Kap. 8. wörtlich an. Zwar schaltet er nach jener Verordnung des Leo §. 15. die Bemerkung ein: *Magister autem dicebat, uxoris adulterae virum nequaquam dotem lucrari, sed si ipsa habeat liberos, eos dotis bessem consequi, reliquum trientem monasterio, in quod detruditur, cedere. Si vero liberos non habeat, monasterium quidem bessem, ascendentes autem trientem percipere, nisi sceleri opem tulerint.* Allein der Magister sey hier, wer er wolle; so erscheint offenbar diese Stelle als eine bloße schriftstellerische Nebenbemerkung von Harmenopulus, worauf er auch selbst gar keine weitere Rücksicht genommen hat, noch nehmen konnte, weil ja in beyden von ihm angeführten Verordnungen das Heyrathsgut der ehebrecherischen Ehefrau dem unschuldigen Ehemann ausdrücklich zugesprochen wird. Denn in der unmittelbar vorher §. 14. von ihm angeführten Verordnung des Kaisers Leo heißt es ausdrücklich nach der Reigischen Uebersetzung: *et maritus hoc habeat solatii pro huiusmodi iniuria, ut dotem mulieris, quae circa connubialia iura impia fuit inventa, capiat, ipsa autem monasterio includatur pro scelere, quod ausa fuit.*

Unsere Erklärung wird endlich auch noch durch das Canonische Recht bestärkt. In einer Verordnung des Papstes Clemens III. — *Cap. 4. X. de donationib. inter vir. et uxor.* heißt es:

*Plerumque accidit etc. In hoc casu itaque dicimus, quod si mulier ob causam fornicationis iudicio ecclesiae, aut propria voluntate a viro recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, — dotem vel dotalitium suum repetere non valebit.*

Was gegen die heutige Anwendbarkeit dieser Verordnung aus dem Grunde hat eingewendet werden wollen, weil die peinliche Gerichtsordnung Carls V. Art. 120. bey der Bestrafung des Ehebruchs auf das Römische Recht verweise, beruhet auf der vorgefaßten Meinung, als ob die Nov. 154. dem Manne allen Antheil an der dos seiner ehebrecherischen Ehefrau abgesprochen habe. Es verdient daher keine Berücksichtigung, weil das Römische und Canonische Recht, was den Verlust des Heyrathsguts der ehebrecherischen Frau betrifft, vollkommen mit einander übereinstimmen.

Außerdem bestimmte nun Justinian in der Nov. 154. Kap. 11. auch noch insonderheit

2) Strafen der Ehescheidung für den Fall, wenn sie ohne eine in diesem Gesetz gebilligte Ursache bloß mit beyderseitiger Uebereinkunft geschieht, deren Verbot hier ausdrücklich wiederholt wird. Diese Strafen bestehen darin. Beyde Ehegatten sollen für ihre ganze Lebenszeit ins Kloster eingesperrt, und ihr Vermögen,

a) wenn Descendenten aus dieser oder einer andern Ehe da sind, diesen gegeben werden, jedoch so, daß das Kloster ein Drittel davon erhalten soll; von dem übrigen Vermögen aber, welches den Kindern verbleibt, soll der Mann auch nicht den Nießbrauch haben.

b) Sind keine Descendenten, sondern Ascendenten vorhanden, so sollen diese, sofern sie nur nicht in die Scheidung gewilliget haben, ein Drittel, das Kloster aber zwey Drittel, und wenn

c) weder Descendenten noch Ascendenten vorhanden sind, oder die Ascendenten mit in die Scheidung

eingewilliget haben; das Kloster das ganze Vermögen bekommen.

Diese Strafen sollen ihnen jedoch erlassen seyn, wenn sie sich, ehe sie noch ins Kloster gesteckt wurden, wieder mit einander vereiniget haben.

Es entstehen hierbey noch folgende Fragen.

I. Finden die erwähnten Privationsstrafen Statt, der schuldige Theil habe durch Ehebruch, oder durch ein anderes die eheliche Treue verletzendes Vergehen die Scheidung verursacht? Diese Frage ist sehr streitig. Mehrere angesehene Rechtsgelehrten <sup>43)</sup> wollen, außer dem Falle eines begangenen Ehebruchs, durchaus keine Privationsstrafen Statt finden lassen, auch nicht einmal bey einer Scheidung wegen bösslicher Verlassung, oder wegen versuchter Lebensnachstellungen. Sie sagen, sowohl die Gesetze des römischen, als des canonischen Rechts sprächen ausdrücklich nur von dem Falle des begangenen Ehebruchs, und die Ausdehnung bey Strafgesetzen sey in keinem Falle zulässig, am wenigsten aber hier, wo es dem Verluste des Brautshages gilt, zu dessen Vortheil immer in zweifelhaften Fällen gesprochen werden müsse <sup>44)</sup>.

43) *Nic. Christoph. de LYNCKER Rerum decisar. Cent. IV. Decis. 528. Dav. MEVIUS Tom. II. Part. VII. Decis. 162. Just. Henn. BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. I. P. I. Resp. CLXXI. nr. 16. Bened. CARPZOV Pract. nov. rerum crim. P. II. Quaest. 64. Joh. Gottl. Hennig vom Recht und Verlust des Vermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung. 1. Th. S. 29. Jo. Ad. Th. KIND Quaestion. for. Tom. IV. Cap. 17. und F. A. Freyh. von Ende vermischte jurist. Ausführungen Nr. I. S. 54. S. 50. f.*

44) *L. 70. D. de iure dot.*

Allein man unterscheide bey den Privationsstrafen der Ehescheidung, was die Gesetze bloß im Falle des Ehebruchs ausnahmsweise verordnet haben, von den Strafen, die bey jeder Ehescheidung den schuldigen Theil treffen. Zu den Strafen der Ehescheidung, welche die Gesetze bloß im Falle des Ehebruchs ausnahmsweise bestimmt haben, gehört, daß der Ehemann, wenn er der schuldige Theil ist, der Frau nicht nur ihr eingebrachtes Heyrathsgut zurückgeben, sondern ihr auch noch die *donatio propter nuptias*, und, wenn keine Kinder vorhanden sind, aus seinem übrigen Vermögen noch soviel überlassen muß, als ein Drittheil der *donatio propter nuptias* beträgt; die Frau aber, wenn sie die Scheidung durch Ehebruch verursacht hat, außer dem Verlust ihres eingebrachten Heyrathsguts und der *donatio propter nuptias*, dem unschuldigen Manne aus ihrem übrigen Vermögen noch soviel abtreten muß, als der dritte Theil ihrer *dos* ausmacht <sup>45)</sup>. Diese Schärfung der Ehescheidungsstrafen durch den gesetzlich bestimmten dritten Theil aus dem übrigen Vermögen des schuldigen Ehegatten ist bloß der Scheidung wegen des Ehebruchs eigen, und darf nicht auf irgend einen andern Fall einer verschuldeten Ehescheidung ausgedehnt werden, wie auch schon Pufendorf <sup>46)</sup> sehr richtig bemerkt hat. Was hingegen die gemeinen Strafen der Ehescheidung anbetrifft, welche bloß in dem Verlust des Heyrathsguts, oder der *donatio propter nuptias* bestehen; so treten diese ein, die Scheidung sey wegen begangenen Ehebruchs, oder wegen einer andern Verletzung der ehelichen Treue z. B. durch bössliche

45) *Nov. CXVII. Cap. 8. §. 2. et Cap. 9. §. 4. et 5.*

46) *Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 240. §. 5.*

Verlassung oder Lebensnachstellung, oder hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, u. d. geschehen. Denn die Gesetze bauen den Grund der Privation im allgemeinen auf die culpa des schuldigen Theils, wie aus folgenden Gesetzstellen klar erhellet.

L. 24. C. de iure dot. Impp. DIOCLET et MAXIM. Aurelio et Lysimacho. Si dotem marito libertae vestrae dedistis, — hanc, culpa uxoris dissoluto matrimonio, penes maritum remansisse constitit.

L. 8. §. 4. Cod. de repudiis. Impp. THEODOS. et VALENTIN. AA. Hormisdæ PP. Haec nisi vir et mulier observaverint, ultrice providentissimae legis poena plectentur. Nam mulier, si contempta lege repudium mittendum esse tentaverit, suam dotem, et ante nuptias donationem amittat. — §. 5. Virum etiam, si mulierem interdicta arguerit attentantem, tam dotem, quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare, uxoremque si velit statim ducere, hac iusta definitione sancimus. Sin autem aliter uxori suae renunciare voluerit, dotem redditeat, et ante nuptias donationem amittat.

L. 11. §. 1. Cod. eodem. Imp. JUSTINIANUS Hermogeni, Magistro officiorum. Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, a coniugio suo repellere voluerit: non aliter ei hoc facere liceat, nisi talis culpa intercesserit, quae nostris legibus condemnatur. Si vero sine culpa eam reiecerit, vel ipse talem culpam contra innocentem mulierem commiserit: compellatur ei quartam partem propriae substantiae pro rata portione persolvere: — Eodem modo servando et in mulieri-

*bus, quae indotatae constitutae, si sine culpa mariti constitutionibus cognita eos repudiaverint, vel ipsae culpam innocenti marito praebuerint: ut ex utraque parte aequa lance, et aequitas et poena servetur. — §. 2. Inter culpas autem viri et uxoris constitutionibus enumeratas, et has adiicimus, si forte uxor sua ope vel industria abortum fecerit, etc. — et in his enim casibus locum habere constitutiones sancimus, quae de culpa tam mariti quam uxoris loquuntur: ut quemadmodum dos. vel donatio propter nuptias perit, ita et mulieres indotatae in quartam partem, quam et viris et mulieribus hac lege destinavimus, amissionis periculum sustineant.*

*Nov. CXVII. Cap. 8. pr. Causam igitur, ex quibus maritus sine periculo repudium mittere, et dotem mulieris lucrari potest, ita ut dominium eius liberis eiusdem matrimonii servetur, aut liberis non extantibus, ipse etiam dominio fruatur, has esse decernimus.*

Unter diesen Ehescheidungsfachen, mit welchen der Verlust des Heyrathsguts verbunden ist, wird nun §. 3. ausdrücklich auch die angeführt:

*Si quocunque modo mulier vitae mariti insidietur, vel aliis hoc facientibus conscia, id viro non indicaverit.*

Und §. 5. *Si nolente marito extra domum, nisi forte apud parentes suos, maneat.*

*Nov. CXVII. Cap. 9. pr. Causae vero, ob quas marito repudium ab uxore iuste mitti, et ex qui-*

*bus ipsa dotem accipere, atque donationem propter nuptias exigere potest, ita ut liberis similiter dominium donationis servetur, vel si liberi non extent, ipsa quoque dominium illius habeat, has solas esse sancimus.*

Unter diesen Ursachen geschieht nun auch wieder §. 2. der Lebens-Nachstellung ausdrücklich Erwähnung.

*Aut si quocunque modo maritus vitae uxoris insidietur, aut cum alios hoc velle sciret, id uxori non indicaverit, nec secundum leges vindicare voluerit.*

Borzüglich gehört jedoch noch hierher das 13. Kap. derselben Nov. 117. welches schon oben wörtlich angeführt worden ist.

Diese Meinung hat denn auch das Ansehen der meisten sowohl theoretischen als practischen Rechtsgelehrten <sup>47)</sup> für sich.

- 47) *Gebh. Christ. BASTINELLER* Diss. de uxoris iactura dotis, si maritum deserit malitiose. *Vitemb.* 1755. *Ge. Zach. WINCKLER* Diss. de bonis uxoris malitiose desertricis, praes. *Jo. Gottl. SIEGEL* defensa. *Lipsiae* 1745. §. 8. sqq. *Aug. Frid. SCHOTT* Dissert. de uxore desertrice dote sua ex regula quidem, non semper tamen privanda. *Lips.* 1779. *Jo. Frid. Melch. HAPFF* Diss. de effectu divortii quoad bona, praes. *Sixt. Jac. HAPFF* def. *Tübingae* 1792. §. 3 — 10. *Frid. Es. a PUFENDORF* *Observat. iuris univ.* Tom. IV. Obs. 240. §. 1. *Jo. Sam. Frid. de BOEHMER* *Observation: ad Carpozovii pract. nov. rerum crim.* P. II. Qu. LVIII. Obs. 2. *HOMMEL* *Rhapsod. quaestion. for.* Vol. I. Obs. 125. und Vol. V. Obs. 609. *LEYARR* Me-

II. Finden die Privationsstrafen, welche die Gesetze im Falle eines begangenen Ehebruchs festgesetzt haben, auch dann Statt, wenn der Ehebruch nicht vollständig erwiesen ist, sondern nur aus dringenden Anzeigen vermuthet wird? Diese Frage ist nicht minder streitig. Viele Rechtsgelehrten <sup>48)</sup> verneinen sie aus dem Grunde, weil keine Strafe auf bloße Anzeigen erkannt werden könne, sondern einen vollständigen Beweis erfordere <sup>49)</sup>; auch gar nicht folge, daß wenn die Scheidung wegen eines vermutheten Ehebruchs Statt findet, deswegen die Strafen der Scheidung nothwendig eintreten müßten. Denn die Scheidung an sich sey keine Strafe, sondern nur Aufhebung einer bürgerlichen Verbindung, daher werde zu dieser die Gewißheit des Verbrechens nicht so, wie zu einer

ditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIV. medit. 7.  
*Chr. Gottl. HAUBOLD ad Bergeri Oeconom. iuris*  
 Tom. I. Lib. I. Tit. III. Th. 10. not. t. pag. 155. *HOF-*  
*ACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 495.*  
*MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643.*  
 Nr. II. und *L h t b a u t* System des Pand. Rechts  
 1. B. §. 469.

- 48) *BERLICH Concl. practic. P. IV. Concl. XXIX. nr. 52.*  
*BOEHMER Consultat. et Decision Tom. I. Cons. CLXXI.*  
 Qu. 5. *HOMMEL Rhaphod. quation. fór. Vol. III.*  
 Obs. 487. *Jo. Christ. FRANCKE Pr. de dote, in solu-*  
*tione matrimonii, ob adulterii suspicionem decreta,*  
*non retinenda. Viteb. 1810. Hennig vom Verluste*  
*des Vermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung durch*  
*Ehebruch und bößliche Verlassung. 1. Th. §. 29. S. 129.*  
 und *Schott im Eherecht. §. 225. Not. \**

- 49) *L. 5. D. de poenis. L. 16. Cod. eodem. S. Car.*  
*Frid. WALCH Diss. de verisimilitudine criminis. Jenae*  
 1785. §. XII. sqq.



Strafe, erfordert, mithin sey der Schluß ganz unrichtig, was eine Ehescheidung begründet, müsse auch die auf die Scheidung gesetzten Strafen begründen. Ueberdies bleibe bey dem vermutheten Ehebruch immer noch die Möglichkeit übrig, daß der Ehebruch nicht geschehen sey; es schein daher hart zu seyn, denjenigen, welcher des Ehebruchs bloß verdächtig ist, eben so zu bestrafen, als den, welcher desselben völlig überwiesen ist.

Allein dieser Gründe ungeachtet verdient dennoch die bejahende Meinung, welche von den meisten <sup>50)</sup> vertheidiget wird, den Vorzug. Denn die Gesetze gründen die Strafe der Privation auf die Culpa des schuldigen Theils, wie bey der vorigen Frage ist ausgeführt worden. Lassen nun die Gesetze wegen starker Vermuthungen eines begangenen Ehebruchs die Scheidung zu, so muß auch die Strafe der Privation eintreten. Denn die Verletzung der ehelichen Treue ist die nämliche, es muß also auch gleiche Wirkung Statt finden. Der Satz, daß auf Vermuthung

50) *Ant. MATTHAEI* Commentar. de criminibus ad Lib. XLVIII. Tit. 5. Cap. 3. nr. 12. pag. 395. sq. *J. H. BOEHMER* iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. XX. §. 31. *LEYSER* Meditation. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXIX. medit. 25. *Henr. BROKES* Select. Observat. forens. Obs. 152. *Jo. Sam. Frid. BOEHMER* Observation. select. ad Carpzovium. P. II. ad Quaest. LXIV. Obs. 1. *Jo. Ehrst. Quistorp* Beyträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. Nr. LIV. S. 841 ff. (der 2. Aufl. Mosk. und Leipz. 1787. 8.) *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. I. §. 495. *Car. Guil. SUNDHEIM* Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. (Giessae 1790) Cap. I. §. 4. *KAPFF* Diss. cit. §. 2. und von Ende vermischte jurist. Ausführungen Nr. 1. §. 55. S. 28 ff.

gen kein Straferkenntniß gebauet werden könne, findet gerade hier keine Anwendung, wo von einem Verbrechen die Rede ist, dessen Factum an sich keine Spuren zurückläßt, im größten Geheimniß verübt wird, und daher selbst einen so vollkommenen Beweis darbietet, als zur Begründung eines eigentlichen Straferkenntnisses erfordert wird. Daher läßt selbst das Römische Recht bey dem Verbrechen des Ehebruchs einen Beweis durch dringende Vermuthungen und unbezweifelte Anzeigen zu<sup>51)</sup>. Und obwohl nach dem deutschen peinlichen Rechte<sup>52)</sup> Niemand auf bloße Vermuthungen und Anzeigen zu einer peinlichen Strafe verurtheilt werden soll, sondern nur auf eignes Bekenntniß oder Beweisung; so kann doch auch von dieser Vorschrift hier kein Gebrauch gemacht werden, weil hier von keiner eigentlichen peinlichen Strafe die Rede ist. In solchen Fällen, wo von einer geringern, und bloßen Civil-Strafe die Rede ist, kann ein Straferkenntniß auch schon auf einen starken Verdacht gegründet werden<sup>53)</sup>. Dieses wollen in unserm Falle auch selbst die Gesetze. Denn wenn die Kaiser Theodos und Valentinian L. 8. §. 3. *de repudiis* dem Manne die Scheidung erlauben, wenn die Frau ohne Wissen und Willen des Mannes den Gelagen und Gastmählern fremder Mannspersonen

51) L. 54. *Cod. ad Leg. Jul. de adulter.* S. Ant. MATTHAEI Commentar. de criminibus, ad Libr. XLVIII. Tit. 15. Cap. VI. pag. 690 sqq. und Jo. Reinh. HUGLER Diatr. de probatione adulterii. Argentor. 1751. Cap. II. §. 7.

52) S. die Peinl. Gerichtsordnung Carl's V. Art. 22.

53) S. Gall. Aloys Kleinschrod's Abhandl. über die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinlichen Sachen. §. 7 ff. in Desselben Abhandlungen aus dem peinl. Rechte. 1. Th. Nr. I. S. 15 ff.

benwohnt; oder ohne rechtmäßige Ursache auffer dem Hause übernachtet, und der Mann in diesen Fällen sich das Heyrathsgut derselben nach §. 5. des angeführten Gesetzes soll zueignen dürfen; wenn ferner Kaiser Justinian in der Novelle 117. Kap. 8. zu den Ursachen, aus welchen es dem Manne, wie er *princ.* sagt, erlaubt seyn soll, *mulieri sine periculo repudium mittere, et dotem mulieris lucrari*, §. 4. auch die rechnet, wenn die Frau sich mit fremden Mannspersonen badet <sup>54)</sup>; was sind dieses anders, als Thatsachen, aus welchen der unbezweifelte Verdacht eines begangenen Ehebruchs erwächst <sup>55)</sup>? Und das hühlerische Eheweib sollte mit der Strafe der Ehescheidung verschont werden, welche entkleidet mit einer fremden Mannsperson in einem Bette angetroffen worden ist? Ist denn hier etwa die *suspicio fornicationis* weniger *violenta et certa*, wofür sie doch der Pabst Alexander III. <sup>56)</sup> erklärt, als in jenen Fällen, wovon die Kaiser Theodos, Valentian und Justinian sprechen? Die Ehescheidungsursache ist wenigstens in dem einem Falle so gegründet, wie in dem andern, es muß also auch die Folge derselben eintreten.

Ein unwirksam gewesener Versuch, einen Ehebruch zu begehen, begründet jedoch nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten <sup>57)</sup> nicht einmal eine zur Ehescheidung

54) Man vergleiche, was ich von diesem Baden im 26. Th. §. 1262. Not. 54. S. 343. bemerkt habe.

55) G. BROUWER *de iure connubiorum*. Lib. II. cap. 51. nr. 17. pag. 744. in fin. und BOEHMER *iur. eccles. Protest.* Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 27.

56) *Cap. 12. X. de praesumpt.*

57) GONZALEZ TELLEZ *Commentar in Decretal. Gregorii IX.* Tom. IV. ad cap. 4. X. de donat. int. vir. et uxor.

genügende Ursache, es kann also auch in diesem Falle von Privationsstrafen keine Frage seyn. Denn der bloße Versuch ist noch kein Ehebruch<sup>58)</sup>. Dieser erfordert fleischliche Vermischung mit einer fremden Person, der Ehebruch sey ein wahrer oder vermutheter. Auch letzterer setzt erwiesene Thatsachen voraus, woraus die Vollziehung des Ehebruchs durch fleischliche Vermischung gefolgert werden kann. Bey einem versuchten Ehebruche aber hat man bloß die Ueberzeugung, es sey weiter nichts vorgegangen, als die bewiesenen Vorbereitungen zu einem Ehebruche<sup>59)</sup>.

III. Findet die Privationsstrafe Statt, wenn das Heyrathsgut nicht von der Frau selbst, sondern von dem Vater derselben aus seinem Vermögen, oder von einem Dritten bestellet worden ist, an welchen es sonst noch getrennter Ehe wieder zurückfällt? Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß wenn sich der Vater oder der Dritte den Rückfall des Heyrathsguts bey künftiger Trennung der Ehe ausdrücklich vorbehalten hat, der Mann, wenn durch die Schuld der Frau die Ehe getrennt wird, an dem Heyrathsgute keinen Anspruch habe, sondern dieses

pag. 298. *J. H. BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 29. pag. 348 sqq. Joh. Lud. Schmidt hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien, herausgegeben von Faselius 2. B. Nr. LXXXVI. S. 283. und Jo. Ad. Th. KIND Quaestion. for. Tom. III. Cap. 30.*

58) *TRYPHONINUS L. 225. D. de Verb. Signif.*

59) *Cap. 12. X. de praesumpt. S. J. H. BOEHMERI ius eccl. Protest c. 1. §. 27. Tob. Jac. REINHARTH Select. Observation. ad Christinaei Decision. Vol. II. Obs. 10. und Carl Aug. Littmann's Handbuch des deutschen peinlichen Rechts. 3. Th. §. 577.*

an den Vater oder den Dritten zurückfalle, der es gegeben hat <sup>60</sup>). Es ist also hier eben so anzusehen, als ob die Frau gar kein Heyrathsgut eingebracht hätte. Der Mann wird folglich, wie bey einer uxor indotata, zu seiner Genugthuung den vierten Theil des Vermögens erhalten, welches die Frau zur Zeit der Ehescheidung besitzt <sup>61</sup>). Streitiger aber ist die Frage, wenn keine Stipulation wegen der Zurückgabe des Heyrathsguts geschehen ist. Darüber ist zwar kein Streit, wenn ein Dritter das Heyrathsgut gegeben hat, weil hier angenommen wird, er habe es der Frau schenken wollen, wenn er sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hat <sup>62</sup>). Es fehlt auch nicht an einer ganz bestimmten Entscheidung der Gesetze. Denn die Kaiser Diocletian und Maximian rescribirten in diesem Falle an Aurelius und Eysimachus.

*Si dotem marito libertae vestrae dedistis, nec eam reddi soluto matrimonio vobis incontinenti pacto, vel stipulatione prospexistis; hanc, culpa uxoris dissoluto matrimonio, penes maritum remansisse constitit: licet eam ingratham circa vos fuisse ostenderitis.*

60) L. 5. §. 1. D. de bonis damnator. L. 24. Cod. de iure dot. S. GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretal. Greg. IX. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. pag. 296 — 299. Georg. Zach. WINCKLER Diss. de bonis uxoris malitiosae desertricis; praes. Jo. Gottl. SIEBEL def. Lips. 1743. §. 8. §. 11. et §. 12. und Aug. Frid. SCHOTT Diss. de uxore desertrice dote sua ex regula quidem non tamen semper privanda. Lipsiae 1779. §. 16.

61) L. 11. §. 1. et 2. Cod. de repudiis. Nov. XXII. Cap. 18. S. WINCKLER Diss. cit. §. 15.

62) L. un. §. 13. Cod. de rei uxor. actio n7.

So lautet dieses Rescript L. 24. *Cod. de iure dotium*.

Die Streitfrage betrifft also bloß die dos profectitia, wenn sich der Vater den Rückfall derselben nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Es giebt hierüber dreyerley Meinungen. Einige <sup>63)</sup> behaupten, dem Vater könne das Vergehen der Tochter nie zum Nachtheil gereichen, dem iure patrio das Recht zustehe, die dos profectitia nach getrennter Ehe zurückzufordern. Man glaubt, es könne dieses um so weniger einigem Zweifel unterworfen seyn, weil nicht nur die bekannten Rechtsregeln: *Delicta suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus poenae, quam reperiatur delictum* <sup>64)</sup>, diese Meinung begünstigten, sondern auch ausdrückliche Gesetze sie bestätigten. Man beruft sich deshalb auf die L. ult. C. de repud. und die Nov. XXII. Cap. 29. Die erste Constitution, welche eigentlich verloren gegangen, und von Contius aus den Basiliken restituirt, und mit einer lateinischen Version dem Codex einverleibt worden ist, lautet folgendermassen.

Imp. JUSTINIANUS. Vult constitutio, neque sub potestate constitutos, neque sui iuris filios, neque masculos, neque feminas posse distrahere matrimonia in suorum laesionem patrum aut matrum, qui dotes, aut antenuptiales donationes obtulerunt, vel susceperunt. Sed sicut in contractu nuptiarum expectamus patrum consensum, ita neque transigere matrimonia sinimus in parentum laesionem citra illorum voluntatem.

63) *Ant. MATTHAEI* Commentar. ad libros Digestor. de criminibus. Lib. XLVIII. Tit. 3. Cap. 3. §. 10. pag. 594. und *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. I. §. 495. Not. b.

64) L. 22. C. de poenis. L. 2. C. Ne uxor pro marito. L. 53. §. 1. *Cod. de inoff. testam.*

*Sed et si mittatur repudium, competere contra eos exactionem poenarum non sinimus, sive ipsi dederint hoc, vel susceperint, sive etiam cum aliis susceperint, parentem quidem contra voluntatem filii non posse transigere matrimonium, filiis autem permittere, et in minori aetate constitutis, et neque, quid utile sit, scientibus, citra patrum voluntatem solvere matrimonium, et ex hoc parentes laedere,*

Die Nov. XXII. Cap. 19. enthält eine bloße Bestätigung, und fast wörtliche Wiederholung jener Constitution. Es heißt daselbst nach Homberg.

Est autem et aliud quiddam pium non minus, quam pulchrum a nobis inventum, ubi missis quoque repudiis matrimonium nihilominus manet. Nam ut eorum, qui sub potestate sunt, improbitatem adversus patres prohiberemus, quoniam invenimus, quosdam data opera repudia scribere, et uxoribus suis mittere, vel etiam e contrario absque iusta aliqua causa matrimonium solvere, ut parentes illorum solutioni dotis, vel donationis propter nuptias, quasi dissoluto matrimonio subjacerent, et ipsi quidem forte clam cohabitant, parentes vero damno affecti hanc benignitatis suae erga liberos remunerationem reportant: legem tulimus, quae vult, ut neque liberi in potestate constituti, neque emancipati, neque masculi, neque foeminae, nuptias in fraudem patrum suorum aut matrum, qui dotes aut donationes propter nuptias dederunt, vel soli aut cum liberis eas susceperunt, possint dissolvere. Sed quemadmodum in nuptiis constituendis parentum consensum ex-

spectamus, ita nec matrimonium in detrimentum parentum absque illorum voluntate solvi permittimus. *Sed et si mittatur repudium, non permittimus, ut poenae ab iis exigantur, sive ipsi illa dederint, aut susceperint, sive cum aliis etiam susceperint.* Nullam enim rationem haberet, ut pater quidem sine voluntate filii matrimonium dissolvere non possit, liberis vero forte etiam aetate minoribus, et quid ipsis utile sit ignorantibus, praeter voluntatem parentum matrimonium solvere, sicque parentes iniuria afficere permittatur. Hoc quidem bene inchoavit et sancivit MARCUS Philosophus summus, quem DIOCLETIANUS deinde secutus est, nos autem similiter approbavimus.

Andere<sup>65)</sup> machen einen Unterschied, ob die Frau zur Zeit der Ehescheidung, welche sie durch ihre Schuld veranlaßt hat, noch in väterlicher Gewalt war, oder nicht. In dem ersten Falle lucrirt der Mann die dos profectitia nicht, sondern sie kehre an den Vater zurück, wohl aber in dem letztern Falle. Diese Meinung hat für sich, daß die dos profectitia, wenn die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe nicht mehr in väterlicher Gewalt war, nicht an den Vater zurückkehrte, wenn er sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hatte. Das Heyrathsgut gehört in diesem Fall der Tochter eigenthümlich, wenn sie auch der Vater enterbt hatte<sup>66)</sup>. Daher fordert die Tochter nach getrennter Ehe das Heyrathsgut allein zurück, wenn auch der Vater noch lebt, denn dieser nimmt daran keinen

65) STRUV Synt. iuris civ. P. II. Exercit. XXX. Th. 49. und MÜLLER ad Eundem. not. 7.

66) L. un. §. 11. Cod. de rei uxor. actione.



Antheil<sup>67)</sup>. Hier tritt also auch die Strafe der Privation ohne allen Zweifel ein. War hingegen die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe noch in väterlicher Gewalt, so hat nach dem Röm. Rechte der Vater an der *dos profectitia* mit der Tochter gleichen Anspruch. *Quodsi in patris potestate est*, sagt Ulpian<sup>68)</sup>, *et dos ab eo profecta sit: IPSIUS et FILIAE dos est*. Hier klagen also Vater und Tochter gemeinschaftlich<sup>69)</sup>, und die Tochter kann durch die von ihr verschuldete Ehescheidung dem Rechte des Vaters nicht präjudiciren. *Non solum autem*, sagt Paulus<sup>70)</sup> *in exigenda, sed etiam in solvenda dote, quae communis est patris et filiae, utriusque voluntas exquiritur: nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest*. Man führt für diese Meinung auch noch die *Nov. XXII. Cap. 19. an.*

Nach einer dritten Meinung wird, mit Verwerfung dieses Unterschiedes, der Satz aufgestellt, daß der Ehemann die *dos profectitia* seiner Frau, welche durch ihr gesetzwidriges Betragen die Scheidung verursacht hat, allemal lucrirt, sie sey zu der Zeit noch in väterlicher Gewalt, oder nicht; es müsse nur in dem Falle, da Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, diesen das Eigenthum des Heyrathsguts erhalten werden<sup>71)</sup>. Die Gründe für diese Mei-

67) L. 22. §. 5. L. 34. D. *Soluto matrimonio* L. 71. D. *de eviction.*

68) L. 2. §. 1. D. *Soluto matrimonio.*

69) L. 34. §. 5. D. *de legat. II.* L. 14. D. *ad Leg. Falcid.* L. un. §. 14. *Cod. de rei uxor. act.*

70) L. 3. D. *Soluto matrimonio dos quemadm. petat.*

71) S. WINCKLER Diss. de bonis uxoris malitiosas deservitricis, praes. SIGORLIO def. §. 8 — 11.

nung sind, weil die Gesetze, welche die Frau ihrer dos für verlustig erklären, durchaus keinen Unterschied machten, die *Nov. XXII. Cap. 19.* aber nur den Kindern verbiete, die Ehe unter sich ohne Einwilligung der Eltern und zu deren Nachtheil aufzuheben, welche das Heyrathsgut, oder die *donatio propter nuptias* gegeben haben. Hier sollen die Eltern den Strafen nicht unterworfen seyn.

Unter diesen verschiedenen Meinungen dürfte zwar wohl nach dem römischen Rechte die zweyte wegen ihrer überwiegenden Gründe den Vorzug verdienen. Diese Gründe sind auch durch die dritte Meinung nicht widerlegt. Denn daß die Gesetze im *Coder* und die *Novellen*, welche dem unschuldigen Ehemanne den Gewinn des Heyrathsguts zueignen, wenn durch die Schuld der Frau die Ehe getrennt ward, allgemein sprechen, schließt keine Aufhebung dessen in sich, was in den Gesetzen der *Pandecten* in Rücksicht der *dos profectitia* besonders verordnet worden ist, weil in dem römischen Recht durchgehends die Regel gilt, daß immer das *genus* durch die *species* beschränkt wird<sup>72)</sup>. Da jedoch nach deutschen Rechten die Töchter durch ihre Verhey Rathung immer von der väterlichen Gewalt befreiet werden<sup>73)</sup>; so fällt der Unterschied, den das Römische Recht bey der *dos profectitia* macht, heut zu Tage weg, und so wird denn die dritte Meinung in Deutschland unstreitig den Vorzug behaupten<sup>74)</sup>. Es fragt sich aber,

72) *L. 80. D. de Reg. iuris.* In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. *S. Thibaut civilist. Abhandlungen. Abh. VII.*

73) *S. den 2. Th. dieses Commentars §. 161. S. 442.*

74) *S. Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung*

IV) ob die Strafen der Privation bey Ehescheidungen überhaupt noch heut zu Tage erkannt werden können? Mehrere Rechtsgelehrten<sup>75)</sup> wollen dieses bezweifeln. Ihre Gründe sind, weil der R. Carl V. in dem Art. 120. der P. G. D. bey der Bestimmung der Strafe des Ehebruchs schlechthin auf das Röm. Recht verwiesen, und nach den Vorschriften desselben dieses Verbrechen zu bestrafen befohlen habe. Da nun der Verlust, den bey Ehescheidungen der schuldige Theil an seinem Vermögen leidet, einen Theil der Strafe ausmacht; so müsse auch die Frage, wie es mit dem Vermögen der Ehebrecher zu halten sey, nach der Norm des römischen Rechts, und nicht nach dem Canonischen Rechte bestimmt werden. Unter dem Römischen Recht habe aber Carl V. unstreitig das neueste verstanden, und also die Novelle 134. im Sinne gehabt. Diese Novelle spreche aber in dem Falle, da die Frau durch Ehebruch die Scheidung veranlaßt hat, dem Manne das Recht ab, das Heyrathsgut der Frau zu verlangen. Er könne sich daher auch heut zu Tage dasselbe nicht zueignen. In dem andern Fall hingegen, wenn durch den Ehebruch des Mannes die Scheidung veranlaßt worden ist, solle zwar die unschuldige Frau mit ihrer dos auch die

von dem Anfall des Heyrathsguts bey Trennung der Ehe. Halle 1779. 4. §. 19. Not. d. S. 18. *SUNDHEIM* Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. Cap. I. §. 5. in fine und *SCHMIDT'S* pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. s. 358. Not. 5.

75) *S. Gall. Aloys KLBINSCHROD* Observationes ad Legem Juliam de adulteriis coercendis eiusque usum hodie. *Wirceb.* 1795. 4. Obs. V. §. 19. et 20. und *Joh. Hegid Klöntrup* Beytrag zur Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. Abschn. VI. §. 2.

donatio propter nuptias erhalten; allein auch in diesem Falle finde der Verlust der donatio propter nuptias heut zu Tage bey dem Ehebruche eben so wenig, als in jenem Falle der Verlust des Brautschages statt, und es sey daher das neueste Römische Recht hierin, wenigstens bey Katholiken, nicht mehr gültig. Als Gründe dieser Behauptung werden folgende angeführt<sup>76)</sup>. 1) Der Grund, warum der unschuldige Gatte den Brautschag und die donatio propter nuptias erhält, und der ehebrecherische Theil beydes verliert, liege darin, weil bey den Römern die Ehe wegen Ehebruchs getrennt ward; der Verlust sey also mehr Strafe der Ehescheidung, die aus der Schuld eines Ehegatten entstand, als des Ehebruchs selbst gewesen. Nun werde aber, wenigstens in katholischen Staaten, wegen Ehebruchs die Ehe nicht getrennt, also müsse auch der Verlust des Brautschages und der donatio propter nuptias aufhören. Denn wo keine Ehescheidung ist, gelte auch keine Folge oder Strafe derselben. Dieser Behauptung stehe auch das Canonische Recht nicht entgegen, welches zwar bey einem Ehebruche die Ehe nicht trennt, aber doch der Frau den Brautschag und das Dotalitium entzieht, und den Grund der Strafe im Ehebruche allein setzt. Denn diese Verordnung könne hier, in einer ganz weltlichen Frage, ohnehin nicht gelten, und Carl V. habe durch seine Berufung auf das Röm. Recht, das Canonische verworfen. 2) Wenn gleich die Novelle 134. in dem Falle, da der ehebrecherische Mann mit dem Tode bestraft wird, den Brautschag und die donatio propter nuptias der unschuldigen Gattin zuerkennt, so sey doch zu

76) Man verbinde hier mit der angeführten Dissertation des KLBINSCHROD, desselben Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte. 2. Th. Nr. X. §. 19. S. 314 ff.

erwägen, daß der Grund dieser Verordnung darin liege, weil durch den Tod des Ehebrechers das Band der Ehe getrennt wird. Da nun aber heut zu Tage, wegen eines vergangenen Ehebruchs, die Todesstrafe nicht mehr Statt findet, so dauere das Band der Ehe fort, es müsse also auch die Verordnung des Gesetzes zugleich mit dem Grunde desselben wegfallen. Ohnehin seyen 3) die römischen donationes propter nuptias in Deutschland etwas sehr seltenes, und wo 4) die Gemeinschaft der Güter unter den Ehegatten eingeführt ist, da sey weder eine dos noch donatio propter nuptias denkbar, es könnten also auch die römischen Gesetze, welche die Strafen des Ehebruchs bestimmen, bey der deutschen Gütergemeinschaft keine Anwendung haben.

Allein dieses ganze Raisonnement beruht auf lauter unrichtigen Voraussetzungen. Denn 1) daß die Nov. 134. das neueste Römische Recht ausmache, beruhet auf dem Irrwahn, daß durch diese Novelle die frühere Nov. 117. sey aufgehoben worden, welcher schon oben hinlänglich widerlegt worden ist<sup>77)</sup>. 2) Eine eben so unrichtige

77) Man vergleiche hier noch die sehr gründliche Recension der Jenaischen allgemeinen Literatur-Zeitung vom Jahre 1800. Nr. 45. S. 556 f. Herr Justizrath Werner im Handbuch oder Commentar des peinlichen Rechts (Hademar 1820. 8.) S. 685—687. hat auch die Frage zu erörtern gesucht, ob die Nov. 117. Kap. 9. durch die Nov. 134. aufgehoben sey; allein er hat dabey ganz übersehen, daß der Streitpunct nicht die Ansprüche der unschuldigen Frau an dem Vermögen des ehebreechrischen Mannes, sondern die Ansprüche des unschuldigen Mannes an dem Vermögen der ehebreecherischen Ehefrau betreffe, wovon die Novelle 117. Kap. 8. spricht.

Ansicht ist es, daß Carl V. durch die Verweisung auf das römische Recht das canonische Recht aufgehoben habe. Er hat vielmehr die Strafe des Ehebruchs, welche das Röm. Recht nur eigentlich im Falle eines unerlaubten Beyschlafs mit eines Andern Ehefrau bestimmt hatte, auf den erweiterten Begriff des Ehebruchs, den das Canonische Recht annimmt <sup>78)</sup>, ausgedehnt, und will daher auch den Beyschlaf eines Ehemannes mit einer unverheyrahteten Weibsperson, den das Röm. Recht für ein bloßes stuprum erklärt, eben so gut wie einen Ehebruch bestrafen wissen, als denjenigen, den die Ehefrau mit einer unverheyrahteten Mannsperson verübt hat <sup>79)</sup>. Es wird also nun auch in diesem Falle die Privat-Strafe der Privation gebilliget. Daß sich die Sache wirklich so verhalte, leuchtet in die Augen, wenn man mit dem Art. 120. der P. G. O. Carls V. die Bambergische Halsgerichts-Ordnung vergleicht, aus welcher jener Artikel genommen ist. In der letztern heißt es Art. 145.

„Item so eyn Gemann eynen andern umb unkeuscher Werck willen, die er mit seinem Eeweibe verbracht hat, peynlich beclagt, und des überwindet, derselbig Gebrecher soll nach sage der kaiserlichen recht mit dem schwert zu dem tod

78) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1216. S. 442 f. KLEINSCHROD citat. Observation. ad L. Jul. de adulter. Obs. I. in Desselben Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte. 2. Th. Nr. X. S. 275 ff. und Littmann's Handbuch des gemeinen deutsch. peinlichen Rechts. 3. Th. §. 575.

79) S. Grofman's Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 385.

gestraft werden, und die Ehebrecherin hat ihr Heyratgut und morgengab gegen ihren Gemann verwürckt, soll auch zu ewiger Buß und straff versperret und gehalten werden <sup>80)</sup>."

Eben so lautet auch die Brandenburgische peinliche Gerichtsordnung. Art. 147. <sup>81)</sup>.

Und Joh. Sam. Friedrich von Böhmer <sup>82)</sup> bemerkt, daß Kr. Carl V. in dem Nürnbergischen Entwurfe die Privationsstrafe aus dem Römischen Rechte mit denselben Worten beybehalten hatte.

Man wendet zwar dagegen ein, daß eben daraus, weil Carl V. die Bambergische Halsgerichts-Ordnung hier nicht wörtlich in die von ihm bekannt gemachte peinliche Gerichtsordnung übertragen habe, folge, daß er von dem Bambergischen Gesetz habe abgehen, und etwas Neues von diesem Verschiedenes verordnen wollen, weil ihm der Verlust der Güter, wie es der 145. Artikel verordnet, nicht gefallen habe. Allein diese Folge scheint mir ganz unrichtig zu seyn. Genau erwogen, ergiebt sich ein ganz entgegengesetztes Resultat. Offenbar war in der Bamberg. Halsgerichtsordnung die Vorschrift des Römischen Rechts, auf welche doch die Richter verwiesen wurden, nicht vollständig und richtig dargestellt worden. Die Ehebrecherin soll ihr Heyrathsgut und Morgengabe gegen ihren Ehemann verwirkt haben, und zu ewiger Buße und Strafe versperret und gehalten werden.

80) Bey Böhmer's Meditation. in Const. crim. Carol. im Anhange pag. 48.

81) Bey Böhmer im Anh. pag. 155.

82) Meditat. ad Art. 120. C. C. C. §. 8. pag. 453.

Nimmt man nun an, wie Kleinschrod <sup>83)</sup> ganz richtig behauptet, der Art. 145. der Bamberg. H. G. O. sey aus dem ältern und neuern Römischen Recht d. h. aus der Nov. 117. und 154. entlehnt, so war ja von dem Verfasser derselben gerade dasjenige, was bey der Privationsstrafe der Scheidung wegen begangenen Ehebruchs den auszeichnenden Character ausmacht, daß nämlich der ehebrecherische Theil auffer dem Verluste der *dos* und der *donatio propter nuptias*, auch noch mit dem Verluste eines solchen Theils des übrigen Vermögens, welcher bey der Ehebrecherin soviel als der dritte Theil ihres Heyrathsguts, bey dem Ehebrecher aber soviel als der dritte Theil der *donatio propter nuptias* beträgt, bestraft werden soll, weggelassen, in Ansehung des übrigen Vermögens des ehebrecherischen Theils aber gar nichts bestimmt worden. Ueberdem war ja auch dem Ehemann in der Novelle 154. erlaubt worden, sein ehebrecherisches Weib binnen zwey Jahren aus dem Kloster wieder heimzuführen. Dieser mangelhaften Darstellung wegen hielt es der Kaiser Carl V. nicht für rathsam, den Art. 145. der Bamberg. H. G. O. wörtlich in seine peinliche Gerichts-Ordnung zu übertragen, sondern verweist lieber die Richter geradezu auf das Römische Recht. Zwar will Böhmmer <sup>84)</sup> die Worte des 120 Artikels: nach sage unser Vorfarn und unser keyserlichen Rechten so verstehen, als ob der Kaiser hier nicht bloß auf das Römische Recht, sondern auch auf die deutschen Provinzial-Rechte verwiesen habe; allein daß durch die angeführten Worte in der P. G. O. Carls V. überall nur das Römische

83) E. die angeführten Abhandlungen desselben Th. 2. Nro. X. §. 18. S. 312. f.

84) Cit. loc. s. 8. pag. 454.



Recht bezeichnet werde, und Kaiser Carl unter seinen Vorfahren die Römischen Kaiser verstanden habe, hat Walch<sup>85)</sup> aus mehreren Stellen der Caroline augenscheinlich dargethan. In der Bambergischen H. G. D. heißt es ausdrücklich: nach sage der keiserlichen Recht. Denn da sie nur im Namen des Bischofs von Bamberg war gegeben worden, so konnte freylich der Gesetzgeber das Römische Recht, nicht so, wie der Kaiser Carl V. eine Sage seiner Vorfahren nennen. Es ist indessen sehr merkwürdig, daß in der Bambergischen H. G. D. die richtige Erklärung der Novelle 134. zum Grunde liegt, nach welcher in Gemäßheit der Novelle 117. Kap. 8. als welche durch jene keinesweges ist aufgehoben worden, mit der Einsperrung der ehebrennerischen Ehefrau auch die Verwirkung ihres Heyrathsguts verbunden ist. Hiermit widerlegt sich denn auch die obnehin ganz unerweisliche Hypothese, daß Kr. Carl V. indem er sich auf das Römische Recht beruft, bloß an die Novelle 134. gedacht habe. Soviel nun aber noch insonderheit die Gründe gegen die heutige Gültigkeit der Justinianischen Verordnungen anbetrifft; so sind auch diese eben so wenig haltbar. Denn 1) giebt man auch zu, daß der Verlust des Heyrathsguts und der donatio P. N. als Strafe der Ehescheidung eingeführt sey; so folgt doch daraus noch keinesweges, daß wo die Ehe, wie in katholischen Staaten, nicht getrennt wird, auch der Verlust des Brautshatzes und der donatio P. N. aufhöre. Das Gegentheil lehrt ja das Canonische Recht, (*Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.*) wodurch die Strafe des

85) Glossar. german. interpretationi Const. crim. Carol. inserviens. Voc. *Kaysersliche Rechte* p. 352 sqq. Voc. *Sage* pag. 435. und Voc. *Vorfahren* pag. 521 sqq.

Römischen Rechts bestätigt worden ist. Der Einwand gegen die Verordnung desselben, daß das Canonische Recht in einer Frage, die ganz bürgerlich und weltlich sey, nichts entscheiden könne, und Carl V. durch seine Berufung auf das Römische Recht, das Canonische verworfen habe, enthält einen zweyfachen Irrthum. Denn daraus würde a) folgen, daß das Canonische Recht in bürgerlichen und peinlichen Sachen gar nicht als gemeines Recht zu betrachten sey, welches noch Niemand behauptet hat <sup>86</sup>). b) Ist es eine ganz unerwiesene Voraussetzung, daß das Canonische Recht durch den Art. 120. der P. G. D. sey verworfen worden, welche auf dem Irrwahrne beruht, daß das Canonische Recht dem neuesten Römischen Rechte entgegenstreite. Es kann daher auch selbst in katholischen Ländern jene Verordnung um so weniger hinwegfallen, da das Canonische Recht die Strafe der Ehescheidung auch mit der lebenslänglichen Scheidung von Tisch und Bett, welche im Falle eines begangenen Ehebruchs die Stelle der Ehescheidung vertritt <sup>87</sup>), verbunden hat. 2) Daß die Todesstrafe wegen des Ehebruchs heut zu Tage nicht mehr Statt findet, hat auf die Privatstrafe der Privation, welche bey der Ehescheidung durch das Justinianische Recht eingeführt ist, durchaus keinen Einfluß, als welche das Canonische Recht sogar bey der perpetuirlichen Scheidung von Tisch und Bett bestätigt hat. 3) Eben

86) S. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. 45. S. 617. und *Car. Aug. TITTMANN* Diss. de causis auctoritatis iuris canonici in iure criminali germanico. P. I. et II. *Lipsiae* 1798. und desselben Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 10.

87) S. den 26. Th. dieses Commentars. §. 1269.

so wenig kann die Schlussfolge gelten, die donationes propter nuptias sind bey uns sehr selten, also habe auch keinen practischen Nutzen mehr, was das Römische Recht darüber verordnet hat. Man erinnere sich vielmehr, was ich von dem heutigen Gebrauche der donationum propter nuptias an einem andern Orte <sup>88)</sup> gesagt habe. Wo aber auch diese donatio wegfallen sollte, da ist die Strafe der Privation nach der L. 11. §. 1. *Cod. de repud.* zu bestimmen, welche Verordnung nie aufgehoben, vielmehr in der *Nov. XXII. Cap. 18.* nochmals bestätigt worden ist. Endlich steht auch 4) selbst die allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten, wo sie in einem Lande eingeführt ist, der heutigen Anwendbarkeit der Privationsstrafen im Falle der Ehescheidung nicht entgegen. Denn schließt gleich dieselbe die Bestellung eines Heyrathsguts und einer donatio propter nuptias aus, so sind doch alle Lehrer des deutschen Privatrechts darin einig, daß eben deswegen dem unschuldigen Theile das Recht zustehet, den vierten Theil desjenigen Vermögens zu verlangen, welches der schuldige Ehegatte aus der Gütergemeinschaft, die durch die Ehescheidung aufgehoben wird, zurückerhält, so wie es das Römische Recht in dem Falle verordnet, da weder eine dos noch donatio propter nuptias bestellet worden ist <sup>89)</sup>.

88) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1242. S. 308 f.

89) S. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. 6. B. §. 609. S. 441 f. Benj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Eantproceß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 98—101. Joh. Wilh. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. (Düsseldorf 1808. 8.) 1. Th. §. 68. S. 118. und SUNDHEIM Diss. de effectu divortii

Noch einem Einwurfe muß ich begegnen, den man aus den Gewohnheiten des Mittelalters uns entgegensetzt. Man beruft sich nämlich auf einige Stellen des Sachsenspiegels, nach welchen das geschiedene Weib selbst im Falle begangener Unzucht nichts von ihrem Rechte verlieren, ja sogar ihre Leibzucht behalten soll. Es heißt nämlich

1) Buch 1. Art. 5. nach Gärtner: „Ein Weib kann mit unkeuschen Leben wohl ihre weibliche Ehre kränken, aber ihr Recht und ihr Erbe verlieret sie damit nicht.“

2) Buch 1. Art. 21. „Desgleichen wird ein Mann mit Recht von seinem Weibe geschieden, so behält sie doch ihre Leibzucht, die er ihr an seinem Eigen gegeben hat.“

3) B. 3. Art. 74. „Wird ein Weib mit Recht von ihrem Manne geschieden, so behält sie doch ihr Leibgedinge, daß er ihr in seinem Eigen gegeben hat.“

Diese Gewohnheiten müssen, sagen unsre Gegner <sup>90)</sup>, noch jetzt gelten, weil sie durch neuere deutsche Gesetze nicht abgeändert worden sind.

Allein auch davon abgesehen, daß sich eine allgemeine Gültigkeit der in den Sachsenspiegel aufgezeichneten deutschen Gewohnheitsrechte nicht erweisen läßt <sup>91)</sup>; so gehören auch die daraus angeführten Stellen gar nicht hierher. Denn soviel die erste Stelle anbetrifft, so ist schon

quoad bona inter conjuges communia. Cap. II. Sect. II. §. 14. Man sehe auch Klübers kleine jurist. Biblioth. 6. Bandes 25. St. S. 281 f.

90) S. Kleinschrod's angef. Abhandlungen 2. B. S. 517.

91) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 69.

in der Glosse des Sachsenspiegels <sup>92)</sup> erinnert worden, daß dieser Artikel bloß unverheyraethete Frauenspersonen angehe, und nicht sowohl die Rechte in Ansehung der Ehe, als vielmehr die elterliche Erbschaft betreffe <sup>93)</sup>. Die beyden anderen Stellen aber sprechen zwar von der Ehescheidung, allein sie setzen, wie auch schon die Glosse bemerkt hat, eine solche rechtmäßige Ursache voraus, die in keiner unerlaubten Handlung der Frau besteht, oder, wie sich die Glosse bey Gärtner <sup>94)</sup> ausdrückt, wo ihr keines dem andern in der Ehe nichts unrechts gethan hat, z. E. wenn einer von den Ehegatten in ein geistliches Leben sich begiebt, oder zum Ehestande untüchtig befunden wird, welche Beyspiele die Glosse selbst anführt, als solche, wo die Ehescheidung mit Recht geschehen ist.

Noch ist zu bemerken, daß wenn nach den Gesetzen des Justinianischen Rechts die Strafen der Privation eigentlich in zwey Fällen eintraten, 1) gegen den, welcher die Ehescheidung durch sein Betragen veranlaßte, und 2) gegen den, welcher ohne gerechten Grund dem andern Ehegatten das repudium erteilte; in Deutschland die Strafen der Scheidung nur noch gegen denjenigen erkannt werden können, welcher durch sein gesetzwidriges Betragen die Ehescheidungsklage herbeiführte <sup>95)</sup>. Da jedoch die Privationsstrafen zu Justinians Zeiten nur in dem

92) Ad Art. 5. et 21. (\*\*)

93) S. BROKES select. Observation. for. Obs. DCXV. p. 758. und KIND Quaestion. for. Tom. IV. Cap. 17.

94) Ad Art. 21. (\*\*\*) S. 59 f.

95) S. ALBR. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 716. der 3. Außg.

Fällen eintraten, wo ein in den Gesetzen desselben ausdrücklich gebilligter Scheidungsgrund vorhanden war; das protestantische Kirchenrecht aber die Scheidungsgründe erweitert hat; so entsteht noch die Frage, ob die Scheidungsstrafen auch in einem solchen Falle erkannt werden können, wo die Handlung nach dem römischen Rechte dem Kläger keine *iusta repudii causa* gegeben hätte. Z. B. es ist ein Ehegatte wegen eines begangenen Verbrechens für ehrlos erklärt, und des Landes verwiesen, oder zu ewiger Zuchthausstrafe verurtheilt worden. Einige<sup>96)</sup> wollen dieses läugnen, weil der verbrecherische Ehegatte hier nicht die Absicht gehabt habe, treulos an seinem Gatten zu werden, und das Band der Ehe zu trennen. Der unschuldige Ehegatte könne also auch die Strafe gegen den schuldigen Gatten nicht verlangen, die nur eine Folge der absichtlichen Treulosigkeit ist, welche ein Ehegatte gegen den andern, und das unter ihnen geknüpfte Band der Ehe begeht. Die Treulosigkeit eines solchen Gatten sey höchstens nur eine indirecte, welche offenbar mehr Rücksicht verdiene, als die directe.

Allein die Frage kann ohne Bedenken bejahet werden. Denn das römische Recht stellt, wie oben bewiesen worden ist, die allgemeine Regel auf, daß die Strafen der Ehescheidung gegen den Statt finden sollen, durch dessen Schuld die Ehe getrennt worden ist. Hat also ein Ehegatte sich einer solchen Handlung schuldig gemacht, weshalb nach dem heutigen Rechte die Scheidung erkannt worden ist, so müssen auch die Privationsstrafen in Gemäßheit jener Regel ihre Anwendung finden, weil dieser

96) S. Lud. Friedrich Griesinger's Commentar über das Württemberg. Landrecht. IV. B. S. 1228 f.

Fall unter die Regel subsumirt werden kann <sup>97)</sup>. Zur Unterstützung dieser Meinung können noch folgende Gesetze dienen,

*L. 26. D. de legibus. PAULUS.* Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.

*L. 27. eodem. TERTULLIANUS.* Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est: et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

*L. 28. ibid. PAULUS.* Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.

Hierdurch wird also der Satz ausgesprochen, daß man eine alte Rechtsregel auf alles anwenden solle, was als neue species unter dieselbe tritt <sup>98)</sup>,

Die Strafen der Ehescheidung können jedoch nur bey einer verschuldeten Ehescheidung eintreten. Sie setzen daher immer auf Seiten desjenigen, den sie treffen sollen, eine unerlaubte Handlung voraus. Kann daher bey einer Ehescheidung keinem Theile etwas zur Last gelegt werden, sondern Beide, sowohl der, welcher die Ehescheidung durch seine Handlung veranlaßte, als derjenige, wel-

97) *S. Thibaut civilistische Abhandlungen* (Heidelberg 1814.) Abh. VII. S. 112 f. *MALBLANC Princip. iuris Rom. secund. ord. Digestor. P. II. Sect. poster. §. 643. N. II. pag. 728. et Not. h. pag. 732. von Selchow Rechtsfälle. IV. B. Decis. 115. S. 72 ff. u. Schwegge a. a. D.*

98) *S. Aug. Corn. STOCKMANN Diss. de vi legum priorum in posterioribus. Lipsiae 1803. Cap. 2.*

cher dadurch die Ehescheidung zu suchen veranlaßt wurde; bedienten sich ihres Rechts; so finden die Ehescheidungsstrafen keine Anwendung. Dieß ist z. B. der Fall, wenn von zwey jüdischen Ehegatten der eine Theil seine Religion ändert, und zur christlichen Kirche übertritt, der andere aber bey der jüdischen Religion beharrend, die Ehescheidung sucht, wozu er in diesem Falle ohne Zweifel berechtigt ist. Denn hier kann die Weigerung des jüdischen Ehegatten die Ehe mit dem zum christlichen Glauben übertretenen Ehegatten fortzusetzen, für keine Art einer bösslichen Verlassung gehalten werden<sup>99)</sup>.

Eben so müssen die Strafen der Ehescheidung auch in dem Falle wegfallen, wo beyden Ehegatten eine gleiche Schuld zur Last fiel; z. B. die Ehe wurde wegen gegenseitigen unversöhnlichen Hasses, und einer solchen Unversträglichkeit getrennt, welche Gefahr für Leben und Gesundheit befürchten ließ<sup>100)</sup>.

Endlich finden die Strafen der Ehescheidung auch in dem Falle keine Anwendung, wenn die Ehe wegen einer Ursache der Nichtigkeit aufgehoben worden ist, wenn diese auch in einer unerlaubten Handlung des andern Theils ihren Grund gehabt haben sollte, z. B. weil sich die Frau vor der Ehe eines unehelichen Beyschlafs mit einem Dritten schuldig gemacht hatte. Denn die Ehescheidung setzt eine gültige Ehe voraus, ohne welche keine

99) Man vergleiche hier vorzüglich Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. B. Nr. 23. S. 185—195.

100) G. BASTINELLER Diss. de uxoris iactura dotis, si maritum deserit malitiose §. 22. u. MALBLANC c. l. p. 723.



Berlegung ehelicher Treue denkbar ist<sup>1)</sup>. Die Strafe des Ehebruchs kann hier um so weniger eintreten, weil in Strassachen keine Ausdehnung Statt findet, wo es an Gleichheit des Grundes fehlt. Böhmner<sup>2)</sup> will zwar mit Berlich<sup>3)</sup> einen Unterschied machen, ob der uneheliche Bey Schlaf mit dem Dritten vor Schließung des Eheverslöbnißes, oder nachher verübt wurde; in dem letztern Falle soll die Strafe der Privation darum erkannt werden können, weil eine solche Unzucht in den Gesetzen dem Ehebruche gleichgeachtet werde, und die Beleidigung des Ehemanns dieselbe sey, als wenn die Ehefrau während der Ehe sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hätte. Allein diese Meinung verdient keinen Beyfall. Denn unter Verlobten findet noch keine Ehe Statt, sie können sich also auch keines Ehebruchs schuldig machen<sup>4)</sup>. Nach dem römischen Rechte dürfte zwar dieses freylich noch zweifelhaft scheinen. Denn nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus, welches Ulpian *L. 13. §. 3. D. ad Leg. Jul. de adulter.* anführt, kann das adulterium bey der Braut eben so, wie bey der Ehefrau, angeklagt werden, und zwar aus dem beygefügtten Grunde: *quia neque matrimonium qualecunque, nec spem matrimonii violare permittitur.* Eben dieses Rescript wird

1) CARPZOV *Jurispr. Consistor. Lib. II. Definit. 199.* und Griesingers Commentar über das Württemberg. Landrecht. IV. B. S. 1230f.

2) *Diss. de privatione dotis et success. statutar. Cap. II. §. 8.*

3) *Conclusion. practic. P. IV. Concl. XXIX. nr. 52.*

4) S. Littmanns Handbuch des deutsch. peinl. Rechts. 5. 2h. §. 576.

nachher §. 8. auch auf den Fall angewendet, wenn eine Ehefrau vor dem Eintritt des gesetzlichen Alters, wo sie noch nicht als gesetzmäßige Ehefrau anzusehen war, ein adulterium beging, und gesagt, sie könne zwar von ihrem Manne, solange sie die Ehemündigkeit noch nicht erreicht hat, nicht *iure viri*, aber *quasi sponsa* angeklagt werden. Von diesem Alexander Severus findet sich auch folgendes Rescript: *L. 6. C. ad Leg. Jul. de adulter. Propter violatam virginem adultam* 5), *qui postea maritus esse coepit, accusator iustus non est, et ideo iure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa eius fuerat.* Nun glaubt zwar Kleinschrod 6) den Zweifel dadurch lösen zu können, wenn man die Worte *hoc idem* in den §. 3. der *L. 13.* auf das vorletzte Wort *stuprum* in dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen des Gesetzes bezieht. Allein das Gezwungene dieser Erklärungsart ergibt sich deutlich, wenn man den §. 2. selbst näher betrachtet. Sed *et in ea uxore*, so lauten die Worte, *potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quam-*

5) *CUJACIUS Observat. Lib. VI. Cap. 16.* will hier *Propter violatam virginem, quae adulta postea esse coepit*, lesen, weil sich dieses Rescript auf den Fall der *L. 13. §. 3. D. eodem*, beziehen soll, wo auch eines Rescripts des Kaisers Severus gedacht wird. Allein es kann auch eben so wohl auf die *L. 13. §. 5. D. eodem* bezogen werden, wenn gleich die Basiliken, und einige alte Handschriften jene Lesart zu bestärken scheinen, wie in der Göttingischen Ausgabe des Justinianischen Codex ad h. L. bemerkt worden ist. Man vergleiche jedoch *CUJACII Observation. Lib. XX. Cap. 16.*

6) Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte B. II. Nr. X. §. 10 und 11. S. 294 ff.

vis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur. Denn man sieht hier offenbar, daß das *hoc idem* in dem hierauf folgenden §. 3. sich gar nicht auf das beyläufig eingemischte Wort stuprum, sondern auf jenes Hauptwort adulterium beziehen müsse, wie auch schon von Anderen <sup>7)</sup> erinnert worden ist. Es dürfte aber auch die Ansicht, daß das Wort adulterium in der Lex Julia eine so weite Bedeutung habe, daß es nicht bloß den Ehebruch, sondern auch das stuprum bezeichne, der ich selbst an einem andern Orte <sup>8)</sup> huldigte, kaum ausreichen. Zwar ist dieser Sprachgebrauch an sich keinem Zweifel unterworfen. Man leite denselben nur nicht allein aus L. 6. §. 1. D. ad L. Jul. de adult. und L. 101. D. de Verb. Sign. her. Denn wenn es gleich in der letzten Stelle heißt: Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur: sed Lex Julia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur; und in der ersten Stelle gleichfalls gesagt wird: Lex (sc. Julia de adulteriis) stuprum, et adulterium promiscue et καταχρηστικώτερον, id est, abusive appellat; so bleibt noch immer die Frage übrig, ob nicht vielmehr das Wort stuprum in der Lex Julia die weite Bedeutung gehabt habe, daß es auch für adulterium genommen worden sey, wie Joh. Wilh. Hoffmann <sup>9)</sup> und Joh. van Riss-

7) S. von Grolman Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft und Gesezskunde. 1. Theil 2. St. S. 228 f. und Jenaische allgem. Literaturzeitung vom J. 1800. 1. B. Nr. 45. S. 554 f.

8) S. den 25. Th. §. 1207. S. 140 f.

9) Ad Leg. Juliam de adulteriis coercendis lib. sing. (Francof. ad Viadr. 1752. 4.) Cap. IV. §. 2. (in Lan.

pen <sup>10)</sup> gezeigt haben. Denn daß mit dem Wort *adulterium* auch das *Stuprum* im eigentlichen Sinne, was man Schwächung nennt, bezeichnet worden sey, bestreiten nicht nur die angeführten Rechtsgelehrten, sondern eben dieses hält auch Carl Andr. Duker <sup>11)</sup> für unerweislich. Eine besser beweisende Stelle wäre die L. 29. §. 1. D. ad L. Jul. de adult. wo Ulpian sagt: Quod ait Lex: adulterii damnatum si quis duxerit uxorem, ea lege teneri, an et ad stuprum referatur, videamus: quod magis est. Dem sey indessen, wie ihm wolle; so wird der Zweifler billig noch erst bessern Beweis erwarten, daß das Wort *adulterium* in den angeführten Gesetzstellen gerade für *stuprum* genommen worden sey. Die L. 7. pr. und L. 11. §. 1. D. eodem vermögen nicht, die jener Ansicht entgegenstehenden wichtigen Zweifel zu heben. Die Worte *hoc idem* beziehen sich, wie man zugiebt, nicht auf das vorletzte Wort *stuprum* in dem unmittelbar vorhergehenden §. 2. der L. 13. D. ad L. Jul. de adult. sondern auf jenes Hauptwort *adulterium*. Da nun aber Ulpian in diesem §. 2. das *stuprum* offenbar vom *adulterio* unterscheidet, und in dem nachfolgenden §. 4. die *accusatio iure mariti* von der *accusatio iure extranei* sehr sorgfältig absondert; so ist es kaum glaublich, daß Ulpian gerade in dem §. 3. die Worte *stuprum* und *adulterium* mit einander verwechselt, und

FELLENBERG Jurisprud. antiqua Tom. I. (Bernae 1760. 4.) pag. 187 sq.

10) Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. (Lugd. Bat. 1750.) Cap. X. in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 95 sq.

11) Opusc. var. de Latinitate Istor. veter. pag. 127 sqq.

letzteres für das erstere genommen haben sollte. Nun erwäge man noch den Grund, den Ulpian beyfügt: *quia neque matrimonium quaecumque, nec spem matrimonii violare permittitur*. Diese Worte passen nicht auf ein bloßes stuprum, sondern geben vielmehr zu erkennen, daß durch *adulterium* wirklich der Ehebruch habe bezeichnet werden sollen. Dieses wird noch mehr dadurch bekräftigt, daß nach den übrigen Gesetzen dem Ehemanne die Anklage *iure mariti* gestattet wird, wenn seine Frau zwar vor der Ehe, aber doch nach der Verlobung mit ihm von einem Andern war beschlafen worden. (L. 7. C. eod.) Nun deutet der Ausdruck: *iure mariti crimen exercere, iure mariti accusare*, immer auf einen verübten Ehebruch hin<sup>12)</sup>. Dem steht nun auch die

12) Man vergleiche L. 15. pr. et §. 4. 6 et 7. D. ad L. Jul. de adult. S. HOFFMANN cit. libr. sing. Cap. VI. §. 3—5. Diesem ist §. 8. cit. L. 13. nicht entgegen. Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo die Frau noch vor dem gesetzlichen Alter von zwölf Jahren geheyrathet, und ein *adulterium* begangen hatte, ehe sie noch rechtmäßige Ehefrau geworden war. Es wird gesagt, der Mann könne sie nicht deswegen *iure viri* anklagen, sondern nur *quasi sponsam iure extranei*. Ganz richtig. Denn die Anklage *iure mariti* setzt voraus, daß die Frau zu der Zeit, da sie den Ehebruch beging, schon eine rechtmäßige Ehefrau hätte seyn können, welches aber diejenige nicht seyn konnte, die das gesetzliche Alter der Mündigkeit noch nicht erreicht hatte. Hieraus erscheint nun auch zugleich, daß wenn die L. 7. Cod. ad Leg. Jul. de adult. nicht mit dieser Pandectenstelle in offenbarem Widerspruche stehen soll, die oben Note 5. berührte Cujazische Legart durchaus verworfen werden muß, wie auch schon Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. III. Cap. 6. sehr richtig eingesehen hat. Mit Recht

L. 11. §. 7. *D. eodem* gar nicht entgegen. Denn wenn daselbst die Frage, ob jemand eine Frau, mit welcher er verlobt war, die aber nachher von ihrem Vater einem Andern in die Ehe gegeben worden, *iure mariti* anklagen könne, verneinend entschieden wird <sup>13)</sup>; so beruhet der Grund, warum die Anklage verworfen wurde, nicht darin, weil die von einer Braut begangene Untreue für kein *adulterium* zu halten sey, sondern weil Niemand eine Braut *iure mariti* anklagen konnte, welche nicht nachher seine Frau geworden war, wie Anton Faber <sup>14)</sup> sehr richtig bemerkt hat. Man sieht übrigens aus dem Allen, daß die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß nach dem Römischen Rechte der Beyschlaf mit der Braut eines Andern wie ein Ehebruch angesehen worden sey, Gründe für sich hat, die sich so leicht nicht widerlegen lassen, und wenigstens noch nicht hinlänglich widerlegt worden sind <sup>15)</sup>. Bleibe es indessen nach dem römischen Rechte

vertheidiget daher auch die gemeine Lesart *VOET* Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 9. Uebrigens hat den Unterschied zwischen *iure mariti* und *iure extranei accusare*, *HOFFMANN* cit. libr. sing. Cap. VI. 5—6. sehr genau auseinandergesetzt.

13) *Quaerebatur*, sagt daselbst *Papinian*, *an iure mariti possit accusare vir eam foeminam, quae, cum ei desponsa fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita? Respondit: Novam rem instituere huiusmodi accusatorem existimo, qui adulterii crimen objicere desiderat propter hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella a patre in matrimonium alii fuerit tradita.*

14) *Conjecturar. iuris civ. Lib. III. cap. 6.*

15) Man vergleiche die treffliche Dissertation *de sponsae adulterio* in *Car. Sebast. BERARDI* Commentar. in ius

auch noch so zweifelhaft; das canonische Recht, so wie die peinliche Gerichtsordnung Carls V. die unbezweifelt den Stand der Ehe voraussetzen, überheben uns der Folgen jener Ungewißheit. Für die Ansicht dieser Gesetze, nach welchen das Verbrechen des Ehebruchs in der Verletzung der ehelichen Treue durch einen während der Ehe mit einer andern Person vollzogenen Bey Schlaf besteht <sup>16)</sup>, paßt jene Ansicht der römischen auf keinen Fall mehr <sup>17)</sup>. Es können daher auch die Strafen der Privation im Falle einer deswegen erfolgten Ehescheidung nicht erkannt werden <sup>18)</sup>. Ließe sich mit Klein <sup>19)</sup> annehmen, daß in den angeführten Stellen des römischen Rechts, welche den Bey Schlaf mit der Braut eines Andern als einen Ehebruch gerügt wissen wollen, bloß von den ältern Strafen des Ehebruchs die Rede sey, welche die Lex Julia bestimmt hatte; so würde vielleicht auch schon nach dem neuern Rö-

eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Quaest. 6. pag. 58 — 65. und Klein zu den von ihm aufs neue mit seinen Anmerkungen herausgegebenen Grundsätzen des deutsch. peinlichen Rechts von Quistorp. 2. B. S. 455. Not. b. S. 215. f.

16) S. von Quistorp, angef. Orts. des P. R. 2. B. S. 455. der Kleinischen Ausgabe S. 211. und Kleinschrobs Abhandlungen aus dem Peinl. Recht. 2. Th. Nro. X. S. 275. ff.

17) S. Grolman's Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. S. 385. Not. b. und Rosshirt's Lehrbuch des Criminalrechts (Heidelberg 1821.) S. 205.

18) S. Joh. Gottl. Hennig vom Recht und Verlust des Vermögens der Frauen bey erfolgter Ehescheidung. 1. Th. 2. Abth. S. 9. S. 215. ff.

19) Grundsätze des peinlichen Rechts. S. 383.

mischen Recht in diesem Falle weder eine *accusatio iure mariti* noch *iure extranei* Statt gefunden haben, seitdem durch die Verordnungen der christlichen Kaiser die Todesstrafe auf den Ehebruch war gesetzt worden, und dieses ließe sich um so wahrscheinlicher behaupten, weil in der Constitution des Kaisers Constantin des Großen *L. 30. C. ad L. Jul. de adulter.* ausdrücklich gesagt wird: *In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet*, und die Ehebrecher *Sacrilegi nuptiarum* genannt werden. Allein hier würde denn wieder der Zweifel eintreten, warum Justinian die *L. 7. Cod. eodem* beybehalten habe. Denn dieses Gesetz mit Boet<sup>20)</sup> von einer bloßen Injurien-Klage des Ehemanns zu erklären, erlauben schon die Ausdrücke *accusator iustus*, und *iure mariti crimen exercere* nicht, wenn auch der Unterschied zwischen der Anklage des Mannes und der Injurien-Klage der geschwächten Braut nicht schon so deutlich in dem Gesetz selbst enthalten wäre. Cujaz<sup>21)</sup> erinnert uns vielmehr hier an die Regel: *Non est novum, ut priores leges trahantur ad posteriores*; und zieht denn daraus die Folge: *Itaque rescriptum Severi trahemus ad constitutionem Constantini.*

Noch ist zu bemerken, daß wenn von den Strafen der Privation bey Ehescheidungen die Rede ist, unter der *dos*, deren sich die schuldige Ehefrau verlustig gemacht hat, auch das bloß versprochene Heyrathsgut begriffen sey<sup>22)</sup>. Denn schon durch das bloße Versprechen

20) Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. V. §. 9.

21) Observation. Lib. VI. Cap. 16. in fin.

22) Matth. BERLICH Conclusion. practicab. P. IV. Conclus. XXI. nr. 28. J. H. BOEHMER Diss. de privat. dotis



wird eine dos constituirt, wenn gleich die Numeratio nicht erfolgte <sup>23)</sup>, und dadurch die actio ex stipulatu de dote promissa petenda begründet <sup>24)</sup>. Man kann also hier nicht sagen, die Frau sey indotata, um die L. 11. §. 1. *Cod. de repudiis* anzuwenden.

Man streitet auch noch darüber, ob nicht die Frau bey verübtem Ehebruche, auffer ihrem Heyrathsgute, heut zu Tage auch ihr Paraphernalvermögen verwirkt habe? Daß diese Frage nach dem Römischen Recht zu verneinen sey, darin sind alle einverstanden. Denn es ist darin klar entschieden, daß die Ehebrecherin, auffer der dos, von ihrem übrigen Vermögen nur soviel, als der dritte Theil des Heyrathsguts beträgt, verlieren <sup>25)</sup>, und wenn keine dos bestellt worden, überhaupt den vierten Theil ihres Vermögens dem beleidigten Ehemanne abtreten soll <sup>26)</sup>. Es ist demnach keinem Zweifel unterworfen, daß die Ehebrecherin auch selbst in dem Falle, da sie dem Mann kein Heyrathsgut zugebracht hat, nach dem Röm. Recht ihr eignes Vermögen, auffer dem gesetzlich bestimmten Theil, nicht verliere. Allein viele <sup>27)</sup> wollen dennoch behaupten, daß

ex capite adulterii. Cap. II. §. 5. et ius eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 26. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. not. e. circa fin.

23) S. Joh. Chr. Hoffe Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. 1. B. §. 74. ff.

24) L. un. §. 1. C. de rei uxor. act.

25) Nov. CXVII. Cap. 8. §. 2.

26) L. 11. §. 2. C. de repud.

27) Glossa ad cap. 4. X. de donat. int. vir. et uxor. Sam. STRYK Us. mod. Pand. Tom. III. Lib. XLVII. Tit. 5. §. 14. HAHN Observat. ad Wesenbecii Dig. Lib. XXIV. Tit. 5.

die Ehebrecherin heut zu Tage nach dem Canonischen Rechte, ausser dem Heyrathsgute, auch ihr Paraphernal-Bermögen verliere. Sie berufen sich auf das bereits oben vorgekommene *cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.* wo gesagt wird, die Ehebrecherin könne bey erfolgter Trennung von ihrem Manne weder ihre dos noch das *dotalitium* verlangen. Allein daß unter dem *Dotalitium* keinesweges das Paraphernal-Bermögen der Frau, sondern vielmehr die *donatio propter nuptias*, oder derjenige Theil aus den Gütern des Mannes, welcher in den Ehepacten der Frau auf den Fall, daß sie Wittwe werden sollte, zu ihrem standesmäßigen Unterhalte ist ausgesetzt worden, verstanden werde, worauf die Ehebrecherin keinen weitem Anspruch soll machen können, haben schon längst *Gonzalez Tellez* <sup>28)</sup> und *Böhmer* <sup>29)</sup> gezeigt. Mit Recht wird daher jene Meinung verworfen <sup>30)</sup>, wofern sie

§. IV. ad vv. *Propter adulterium* und mehrere, welche **BERLICH** in *Conclus. pract. P. IV. Concl. XXIX. nr. 18.* angeführt hat.

28) *Commentar. in libros Decretal. Gregorii IX. ad cap. 15. X. de foro competente. Tom. II. pag. 90.*

29) *Jur. eccles. Protest. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 21 et 32. und Not. 85. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.* Man sehe auch den 25. Th. dieses Commentars. § 1242. S. 511.

30) *S. GONZALEZ TELLEZ Comm. ad cap. 4. X. de donation. inter vir. et uxor. ad v. Dotalitium.* LAUTERBACH *Colleg. th. pract. Pand. P. II. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 18. Jo. Sam. Frid. BOEHMER Observat. select. ad Carpzoviam. Quaest. LXIV. Obs. 2. und Hennig vom Recht und Verlust des Bermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung. §. 10 und §. 11.*

nicht in einem Lande, wie z. B. in Sachsen, durch den Gerichtsgebrauch angenommen ist <sup>31)</sup>).

Uebrigens versteht es sich, daß wenn der schuldige Theil Schulden hat, diese vorher abgezogen werden müssen, ehe dem Unschuldigen das verwirkte Heyrathsgut, oder die *donatio propter nuptias*, oder in Ermangelung dessen der vierte Theil des Vermögens als ein Gewinn zugesprochen werden kann. Justinian sagt es nicht nur in der *L. 11. §. 1. C. de repud.* ausdrücklich, daß dieser vierte Theil aus der *pura substantia*, das heißt, *quae superest deducto aere alieno*, berechnet werden solle, sondern es soll auch nach *L. 72. pr. D. de iure dot.* und *L. 2. §. 1. D. de collat.* überhaupt das Vermögen, welches die Frau dem Manne zum Heyrathsgute giebt, nach der bekannten Rechtsregel beurtheilt werden: *Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt* <sup>32)</sup>).

Noch ist

V. die streitigste Frage übrig, nämlich die, ob die Privationsstrafen auch noch von den Erben des unschuldigen, und gegen die Erben des schuldigen Ehegatten geltend gemacht werden können, wenn die Ehescheidung bey deren Leben nicht erfolgte? Man kann die verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten darüber ganz füglich unter drey Classen bringen. Einige <sup>33)</sup> verneinen diese Frage

31) *S. Car. Ferd. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Observat. 361. nr. 2.*

32) *L. 59. §. 1. D. de Verb. Signif. S. Franc. RAGUELLI Comment. ad Constitution. et Decision. Justin. p. 546.*

33) *S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. Lib. XXIV. Tit. 5. §. 20. Ever. BRONHORST Εγαντιοφανων. Cen-*

schlechthin. Man sagt, das Recht, die Privationsstrafe zu fordern, entstehe hier aus einem Delict, sie könne also, als eine Privatstrafe, ohne eine Klage nicht Statt finden. Diese Klage sey aber unstreitig keine andere, als eine Pönalklage, welche zugleich, wegen der dem Unschuldigen zugefügten Kränkung, eben so wie die Injurien-Klage, auf eine Privatrache abzwecke. Solche Klagen gehen nun ihrer Natur nach nicht auf die Erben über, wenn sie nicht noch bey Lebzeiten desjenigen, dem sie zustehen, anhängig gemacht worden sind <sup>34)</sup>. Diese Grundsätze müßten nun aber hier um so mehr Anwendung finden, weil auch die alte *actio de moribus* aus gleichen Gründen nicht auf die Erben übergegangen sey <sup>35)</sup>. Wenn also der schuldige oder unschuldige Ehegatte, ehe der letztere die Ehescheidungsklage erhoben, oder dazu Anstalt gemacht hatte,

tur. II. Assert. 2. LYSER Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXIX. medit. 26. Struben's rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 105. Ernst Christ. Westphal's rechtliche Abhandl. von dem Anfall des Heyrathsguts bey Trennung der Ehe. Halle 1779. 4. §. 13. Not. u. Jul. Frid. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. pag. 729. et not. n — q. pag. 733. und von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 2. Band §. 462. S. 230. der Kleinischen Ausgabe.

34) §. 1. *J. de perpet. et temporal. action. L. 1. D. de privat. delict. L. 38. D. de div. Reg. iuris. L. un. C. Ex delictis. defunctor. in quantum heredes teneantur.*

35) *L. 15. §. 1. D. Solutio matrimon. Verb. Morum vero coercionem non habet, sc. heres. C. Franc. DUA-RENUS ad h. L. in Opp. pag. 274. Westphal's angef. Abhandl. §. 13. Not. x.*

gestorben seyn sollte; so sey hiermit die Verwirkung der Strafe gehoben.

Anderer <sup>36)</sup> hingegen behaupten, daß gerade deswegen, weil das *iudicium de moribus* von Justinian ganz aufgehoben worden <sup>37)</sup>, und an die Stelle der alten *rei uxoriae actio* solche Rechtsmittel getreten sind, welche auf die Erben übergehen <sup>38)</sup>; die Geltendmachung der Privations-, Strafen auch den Erben und gegen die Erben ohne Bedenken zu verstatten sey. Es könne also nun der nach der Scheidung erfolgte Tod eines der gewesenen Ehegatten auf die eintretenden Verhältnisse keinen Einfluß haben. Denn daß die Erben der unschuldigen Frau das Heyrathsgut zurückfordern können, könne eben so wenig bezweifelt werden, als daß die Frau dasselbe von den Erben des Mannes zurückfordern könne. Die *propter nuptias donatio* habe ihr aber schon während der Ehe eigenthümlich gehört, und habe durch die Trennung derselben nicht aufgehört, ihr Eigenthum zu seyn; warum sollte sie also nicht von und gegen die Erben verfolgt werden können? — Ganz dasselbe Verhältniß trete umgekehrt bey dem unschuldigen Manne ein <sup>39)</sup>. Wollte man etwa nur

36) S. Aibr. Schweppe Römisches Privatrecht. S. 716. 3. E. S. 598. der dritten Ausg. und von Löhr civilistische Bemerkungen. §. 5. im Archiv für die civilist. Praxis herausgegeben von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 7. Band (Heidelberg 1824.) S. 270—273.

37) *L. 11. in fin. C. de repud. Judicio de moribus — penitus abolito.*

38) *L. un. pr. §. 1—4. et Cod. de rei uxoriae actione.*

39) Dieselben Grundsätze sollen gelten, 1) wenn der schuldige Mann  $\frac{1}{2}$  seines Vermögens verliert, weil keine *dos* und keine *propter nuptias donatio* bestellt ist. *L. 11.*

eine Einrede, aber keine Klage gestatten; so würde dadurch eine den Worten und dem Zusammenhange der Gesetze widersprechende, Ungleichheit zwischen beyden Ehegatten eingeführt werden, indem der Mann, wenn er nicht im Vermögensverfall ist, immer die *dos* und *propter nuptias donatio* besitzt, also nur immer zu seinem, nie zu der Frau Vortheil, die Strafe nach dem Tode würde realisirt werden können. Die Gründe, worauf man jene erste Meinung stützt, seyen auch gar nicht geeignet, ein entgegengesetztes Resultat herbeizuführen. Denn Erstens sey es ungegründet, daß hier eine *actio vindictam spirans*, oder auch nur eine *poenalis* angestellt werde; vielmehr habe die unschuldige Frau (denn der unschuldige Mann behalte nur, was er hat) ihre *actio ex stipulatu* wegen der *dos*, die *vindicatio* wegen der *propter nuptias donatio* anzustellen. Sodann könne das *fr. 15. §. 1. D. Soluto matrimonio* Nichts entscheiden, einmal, weil es nur von Exceptionen rede, ferner, weil es mit dem alten *iudicio de moribus*, und der *actio rei uxoriae* zusammenhänge, endlich weil es viel älter sey, wie die Strafen, von welchen hier gesprochen wird. Diese beruhten auf viel spätern Verordnungen, welche durchgehends auf ein wirkliches Verwirken hinzuweisen schienen.

Die dritte Classe entscheidet die Frage durch Distinctionen, jedoch auf verschiedene Art. Ein Theil <sup>40)</sup> unter:

*Cod. de repud. Nov. XXII. cap. 18. Nov. CXVII. cap. 5.* 2) Wo der Mann noch  $\frac{1}{2}$  der *donatio propter nuptias* aus eignem Vermögen zulegen muß. Auf alle Fälle scheine hier zu entscheiden, daß durch das Gesetz ein wirkliches Verwirken angeordnet sey. S. von Löhr a. a. D. Not. 24.

40) *Em. GONZALEZ TELLEZ Commentar. in libros Decretal.*

scheidet, ob die Privationsstrafen durch eine Klage verfolgt, oder nur durch eine Einrede geltend gemacht werden sollen. Durch eine Klage könnten diese Strafen, als *vindictam spirantes*, nach allgemeinen Grundsätzen weder durch die Erben des Unschuldigen, noch gegen die Erben des Schuldigen verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte; wohl aber könnten die Erben des Unschuldigen sich durch Einreden im Besitz schützen. Auf diese Art, sagt man, lasse sich das römische und canonische Recht mit einander vereinigen <sup>41)</sup>.

Andere <sup>42)</sup> hingegen machen den Unterschied, ob der Unschuldige starb, ehe noch die Ehe getrennt wurde, oder der schuldige Gatte. In jenem Falle unterscheiden sie weiter, ob der unschuldige Gatte bey seinen Lebzeiten gar keine Mine machte, die Strafen der Scheidung gegen den

Gregorii IX. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. verb. *Consanguineis* Tom. IV. p. 294 sq. *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. III. Observ. 122. und *Lhibaut* System des Pandectenrechts 1. B. §. 470. So hat auch die hiesige Juristenfacultät gesprochen. *S. Geigers* und *Glücks* merkwürdige Rechtsfälle. 5. B. Nr. 46. S. 264 ff.

41) *L. 15. §. 1. D. Soluta matrim. L. 36. Cod. ad L. Jul. de adulter. Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.*

42) *Ant. MATTHAEI* Commentar. ad libros Pand. de criminibus Lib. XLVIII. Tit. III. Cap. III. nr. 8 et 9. *BARBILI* Diss. de divortio ex causa desertionis. (*Tabing.* 1673.) §. 66 sqq. *HARPPRECHT* Consil. XXVII. nr. 398q. *KAPFF* Diss. cit. de effectu divortii quoad bona. §. 19. und *Pub. Fried. Griesinger* im Commentar über das Württembergische Landrecht. 4. B., S. 1255. f.

Schuldigen geltend zu machen, oder ob er seinen Unwillen z. B. durch Verstoßung des ehebreeherischen Weibes zu erkennen gegeben, und bloß durch seinen Tod an der Anstellung der Ehescheidungsflage gehindert worden sey, ohne sich mit dem Schuldigen wieder ausgesöhnt zu haben. In jenem Falle könnten die Erben des unschuldigen Ehegatten gegen den Schuldigen weder klagen noch excipiren, sondern derselbe sey von aller Strafe frey. In dem letztern aber könnten die Erben des unschuldigen Gatten, der vor der Scheidung gestorben ist, aber mit dem Schuldigen sich nicht ausgesöhnt hat, diesem mit der Einrede des begangenen, zur Ehescheidung hinreichenden, Vergehens zurückweisen, wenn er auf die Zurückgabe des Heyrathsguts u. s. w. klagt. Eben so könnte denn auch in dem Falle, da der schuldige Gatte vor der Ehescheidung gestorben, der unschuldige den Erben des schuldigen Gatten, wenn sie z. B. das Heyrathsgut ihrer Erblasserin zurückfordern, die Einrede der bößlich verletzten ehelichen Treue entgegen setzen, wenn nämlich das Vergehen genugsam erwiesen ist, und dem Schuldigen nicht verziehen wurde, solange er noch lebte.

Endlich unterscheiden auch noch einige <sup>43)</sup> zwischen dem römischen und canonischen Rechte. Nach dem römischen Rechte müsse die Ehescheidung wirklich erfolgt seyn, wenn die Privationsstrafen eintreten sollen <sup>44)</sup>. Daß

43) *Just. Henn. BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 25 — 28. Jo. Sam. Frid. de BOEHMER Observation. select. ad Carpzovium P. II. Quaest. LXIV: Obs. 1. und Car. Christoph. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 495 et not. a.*

44) *L. 3. D. de captivis.*



bloße Daseyn einer Handlung, welche die Ehescheidung begründet, reiche nicht zu. Stirbt also der eine oder der andere vor erfolgter Ehescheidung, so könnte jene Strafe weder von den Erben noch gegen dieselben weiter verfolgt werden. Nicht so nach dem canonischen Rechte <sup>45)</sup>. Dieses lasse eine gänzliche Ehescheidung nicht einmal im Falle des Ehebruchs zu, sondern nach demselben ziehe schon das Verbrechen selbst die Strafen der Privation nach sich. Sie könnten also sowohl von den Erben, als gegen die Erben, durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden, wenn auch bey Lebzeiten der Ehegatten keine Ehescheidung erfolgt seyn sollte.

Prüfen wir diese verschiedenen Meinungen zuförderst nach dem römischen Rechte, so finden wir darin keine ganz bestimmte Entscheidung über unsere Frage. Nach dem ältern Recht, und solange das *iudicium de moribus* noch im Gebrauche war, ist es zwar keinem Zweifel unterworfen, daß die Privationsstrafen weder von den Erben, noch gegen die Erben verfolgt werden konnten. Denn wäre auch in Ansehung dieses alten Rechtsmittels keine so ganz durchgreifende Constitution vorhanden, als die Kaiser Constantius und Constanz darüber wirklich erlassen haben, welche in der *L. 1. Cod. Theod. de dotibus* also lautet:

*De moribus actio ultra personam extendi non potest; nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi;*

so würde schon die Natur dieses Rechtsmittels ein solches Resultat herbengeführt haben. Mittelst dieser *actio* ward nämlich entschieden, wer an der Scheidung Schuld war <sup>46)</sup>. Von einer Bestrafung desjenigen Ehegatten, der

45) *Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.*

46) *L. 39. D. Soluta matrimonio.*

dabey in culpa war, konnte daher nicht eher die Frage seyn, als wenn der Richter, der dieses zu beurtheilen hatte <sup>47)</sup>, den Ausspruch gethan, ob die Frau oder der Mann der schuldige Theil sey. Nun unterschied man zweyerley Arten von Strafen, 1) solche, wodurch die

- 47) Daß die Richter bey dem iudicio morum ehemals die Censoren gewesen, habe ich im 25. Th. dieses Commentars §. 1245. S. 346 f. mit Rävard behauptet, der dafür mehrere Stellen der Classiker angeführt hat. Da jedoch dieses alte iudicium de moribus gewöhnlich durch die actio rei uxoriae herbengeführt wurde, welche vor dem Prätor angestellt werden mußte, und der Prätor auch hier, wie bey andern Klagen, wo es auf Untersuchung eines Factums ankam, einen Iudex bestellte; so erklärt sich daraus, wenn PLINIUS in *Histor. naturali Lib. XIV. Cap. 14.* sagt: *Cn. Domitius iudex pronuntiavit, mulierem videri plus bibisse, quam valetudinis causa, viro insciente, et dote multavit.* Eben dieses bestätigt das Beyspiel bey VALERIUS MAXIMUS *Lib. VIII. Cap. II. nr. 5.* *Cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam, dote spoliare conaretur: sumptus inter eos iudex, in conspectu habita quaestione, subductum Titinium monuit, ut incepto desisteret, ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronunciare, mulierem impudicitiae ream sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit: praefatus, idcirco se hunc iudicandi modum secutum, quod liqueret sibi, Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem, impudicae coniugium expetivisse.* S. GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretal. Greg. IX. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. Tom. IV. pag. 296. und J. H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 5. pag. 413.

Scheidung selbst, insofern sie verschuldet, das heißt, auf eine gesetzwidrige Art hervorgebracht worden, und 2) solche, wodurch das Vergehen unmittelbar bestraft ward, wovon die Scheidung die Folge gewesen. Beyde Arten der Strafen hatten jedoch mit einander gemein, daß der schuldige Ehegatte immer an der dos bestraft wurde. Nur der Unterschied fand Statt, daß wenn die Scheidung durch mores war veranlaßt worden, die Frau bey mores graviores, d. i. bey dem Ehebruche, ein Sechstheil der dos, bey mores leviores aber d. h. bey irgend einem andern Vergehen, ein Achttheil derselben verlor, der Mann hingegen bald durch frühere Herausgabe der dos, als wozu er sonst schuldig war, bald durch Verlust eines Theils der schon erhobenen Früchte bestraft wurde <sup>48)</sup>; dahingegen im Falle einer frivolen Scheidung, wenn die Frau, oder ihr Vater, der sie in seiner Gewalt hatte, die Ehe ohne Grund aufkündigten und trennten, nur eine retentio propter liberos Statt fand, wobey auf jedes Kind ein Sechstheil der dos gerechnet wurde, welches jedoch zusammen die Hälfte der dos nicht übersteigen, auch niemals durch eine Klage verfolgt werden konnte; und wenn der Mann die Ehe willkürlich aufgehoben hatte, er das Heyrathsgut der Frau ganz herausgeben mußte, ohne der Kinder wegen etwas abziehen zu dürfen, deren Ernährung ihm nun allein zur Last fiel <sup>49)</sup>. Nach dem römischen Rechte setzten also die Privationsstrafen immer eine wirkliche Ehescheidung voraus, sie werden daher auch in den römischen Gesetzen <sup>50)</sup> poenae discidii genennt.

48) C. den 26. Th. dieses Commentars §. 1262. C. 524 f.

49) C. Haffe Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 51.

50) L. 8. D. de captivis L. 58. D. Soluta matrimonio.

ULPIAN. Fragm. Tit. VI. §. 10.

Denn solange das *divortium* noch nicht in gesetzlicher Form erfolgt war, blieb die Ehe fortdauernd<sup>51)</sup>, es konnten also auch die Folgen der Ehescheidung nicht eintreten. Sie konnten also auch nicht auf die Erben übergehen, wenn vor erfolgter Ehescheidung die Ehe durch den Tod war getrennt worden. Paulus sagt dieses ausdrücklich, wenn er in der *L. 15. §. 1. D. Soluto matrimonio* dem Erben des Mannes die *morum coercitio* abspricht. Hatte der Mann die Scheidung verschuldet, so konnte die Frau, wenn sie mit der *rei uxoriae actio* auf Restitution der *dos* klagte, zugleich die *mores mariti* anklagen. Daher sagt *Quinctilian*<sup>52)</sup>: *Quae in scholis malae tractationis, haec in foro rei uxoriae actio dicitur, cum quaeritur, utrius culpa divortium factum sit.* Und *Cujaz*<sup>53)</sup> beweist aus dieser Stelle, *actionem de moribus inesse actioni rei uxoriae.* Et generaliter, setzt er noch hinzu, *cum quaeritur, utrius culpa divortium factum sit, actio inest actioni.* *Quidni?* *Actio de in rem verso inest actioni de peculio; actio de dolo inest actioni ex emto, vel rei uxoriae.* War hingegen die Scheidung durch die Schuld der Frau herbeigeführt worden; so konnte der Mann eine *Exception* aus dem Betragen der Frau herleiten, und sich der *retentiones dotis* bedienen<sup>54)</sup>, wenn die Frau mit der *rei uxoriae actio*

51) *L. 45 in fin. D. ad Leg. Juliam de adulter. coercend. L. 1. §. 1. D. Unde vir. et uxor.*

52) *Institution. orator. Lib. VII. cap. 4.* (Tom. I. pag. 626. edit. *Burman.*)

53) *Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. de rei uxor. actione. §. Taceat.*

54) *ULPIANUS Tit. VI. §. 9. 10 et 12.*

auf Zurückgabe der dos klagte. Daher sagt Cujaz <sup>55)</sup> ganz richtig: *Igitur actio rei uxoriae etiam mores mulieris mulctat et culpam.* Eben dieses bestätigt eine Stelle aus Marcellus *libro singulari Responso- rum.* Die L. 38. D. *Soluto matrim.*

Lucius Titius, cum esset filiusfamilias, voluntate patris uxorem Maeviam duxit, et dotem pater accepit. Maevia Titio repudium misit: postea pater repudiati, absente filio, sponsalia <sup>56)</sup> cum ea <sup>57)</sup> de nomine filii sui fecit. Maevia deinde <sup>58)</sup> repudium sponsalibus misit, atque ita alii nupsit. Quaero, si Maevia aget cum Lucio Titio quondam marito, et a patre herede relicto, *de dote,* et probetur, *culpa mulieris matrimonium dissolutum,* an possit maritus propter culpam mulieris *dotem retinere* <sup>59)</sup>? MARCELLUS respondit, etiam si ut

55) Loc. cit.

56) Jo. Guil. HOFFMANN in Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 7. liest hier mit Hülfe der Gemination *sponsalia alia.*

57) Mehrere, wie z. B. Haloander, Miräus, Baubozza und Merlinus, lesen *cum eadem* Dieser Lesart giebt Brentman in dem Gebauer. Corp. iur. Not. 69. den Vorzug.

58) Statt *deinde* lesen einige *denuo*, z. B. Hal. und Baubozza. Allein die Lesart *deinde* kann füglich beybehalten werden, wie auch Hoffmann a. a. D. dafür hält.

59) Einige wollen dieses von dem Verlust der ganzen dos verstehen, und halten daher diese Stelle für interpolirt. S. Franc. BALDUINI Iustinianus Lib. II. ad L. un. C. de rei uxor. act. Verb. *Quartum caput.* und Barn.

heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen si sponsalibus non consensisset <sup>60)</sup>, *culpam mulieris multandam esse.*

Das iudicium de moribus, als Klage, hatte nur dann Statt, wenn entweder keine Kinder vorhanden waren, denn waren Kinder da, so konnte schon durch die *retentio pro liberis* das Höchste erlangt werden, was nur immer durch die *accusatio morum* zu erreichen stand, oder wenn der Mann, ohne sich des Retentionsrechts zu bedienen, das Heyrathsgut herausgegeben hatte <sup>61)</sup>. Also nur, wenn Retention nicht ausreichte, hatte die *actio de moribus* Statt. Diese Klage ging zwar auf Bestrafung der mores, und entstand aus einem Delict. Denn das *divortium culpa mulieris vel mariti factum* wird in der *L. 9. §. 3. D. de minoribus* für ein *delictum non modicum* erklärt. Es war aber doch nur eine Civil-, keine Criminalklage. Sie wird

BRISSENIUS ad Leg. Iuliam de adulteriis, ad verba: *Qui deprehensum* pag. 127. sq. (Heidelbergae 1664. 8.)  
 Allein das *dotem retinere* propter repudium missum kann auch eben so gut auf den theilweisen Verlust der dos gehen, wovon ULPIAN Tit. VI. §. 10. spricht, wie schon CUJACIUS Observation. Lib. XXI. Cap. 17. Ant. SCHULTING ad Ulpian c. 1. in Iurispr. vet. Anteiust. pag. 584. Not. 32. und Jo. Gottl. HEINECCIUS ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Comment. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 332. bemerkt haben. M. s. auch Hassse Güterrecht der Ehegatten. 1. Th. §. 50. Not. 256.

60) Es schien zwar durch die von dem Vater aufs neue mit der geschiedenen Frau des Sohns geschlossene Sponsalien derselben Alles vergeben und erlassen zu seyn. Allein sie waren in der Abwesenheit des Sohns und ohne dessen Wissen und Willen geschlossen.

61) S. Hassse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 52. S. 191.

vielmehr von der *accusatio adulterii* ausdrücklich unterschieden, und dem Manne das *iudicium de moribus* versagt, wenn er turpissimo exemplo die angestellte Anklage fallen ließ, *contentus lucrum ex dote retinere* <sup>62)</sup>. Als Pönalklage konnte sie auch neben der Anklage gar nicht bestehen <sup>63)</sup>, und als *vindictam spirans* ging sie so wenig, als die Injurienklage, auf die Erben über <sup>64)</sup>. *Malae enim tractationis agimus*, sagt *Quinctilian* <sup>65)</sup>, *dum matrimoniorum conquerimur iniurias.*

62) *L. 11. §. 3. D. ad Leg. Iul. de adult. coercend.* Man vergleiche noch die *L. 47. D. Soluta matrimonio.*

63) *L. 47. D. Soluta matrim.* Hier sagt *Scävola*, aus dessen *lib. XIX. Quaestionum* diese Stelle genommen ist: *Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur: cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corruptit, aut postea probavit? Si tamen ex mente Legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori praebuerit: audiendus est.* Es wird hier die Meinung derjenigen gebilliget, welche nach dem Geiste der *Lex Iulia de adulteriis* annehmen, daß auch die peinliche Anklage gegen die Frau, so wie bey dem *iudicio de moribus* die *retentio dotis* unstatthaft sey, wenn der Mann selbst die Frau vertuppelt hat. *S. Franc. DUARENUS* in *Tit. Dig. Soluta matrim. ad h. L. Oper.* pag. 289. und *Jac. GOTHOFREDUS* *Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de dotibus.* *Lib. III. Tit. 15. Tom. I. pag. 344.* und *ad L. un. Cod. Theod. Victum civiliter agere et criminaliter posse.* *Lib. IX. Tit. 20. Tom. III. pag. 187. edit. Ritter.*

64) Die *actio de moribus* gehört zu den Klagen, welche von den Gesetzen als eine Injurienklage behandelt wird. *S. Mühlendruck's* Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 26. *S. 282 f. Not. 7.*

65) *Declamat. XVIII. Tom. II. pag. 353. edit. Burman.*

Ob nun aber die Sache nicht einen andern Character angenommen habe, nachdem Justinian das *iudicium de moribus* ganz aufgehoben hat? dieß ist die Frage, welche eine nähere Erörterung verdient. Indem Justinian in der *L. un. Cod. de rei uxoriae actione* die alte *rei uxoriae actio* aufhebt, welche die Frau ehemals nach erfolgter Ehescheidung anstellte, und woben das *iudicium de moribus* zur Sprache kam, sagt er im Eingange dieses Gesetzes:

*Sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non: ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsequuta.*

Dieser *actio ex stipulatu de dote* legt nun Justinian eine doppelte Eigenschaft bey, wodurch sie sich von der alten *rei uxoriae actio* unterscheidet. 1) Sie soll auf die Erben übergehen.

*L. un. §. 4. C. eodem. Maneat ex stipulatu actionis ipsa ad successores, et sine mora transmissionis incorruptum.*

2) Es sollen bey derselben kein *retentiones*, so wie bey der alten *rei uxoriae actio*, Statt finden, auch nicht *ob mores*, weil nun nach den Constitutionen ein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht.

§. 5. *L. un. Taceat in ea retentionum verboritas. Quid enim opus est inducere ob mores, retentionem, alio auxilio ex Constitutionibus introducto.*

Man vergleiche noch *Declamat. VIII. pag. 171.* und *QUINTILIANI Institut. Orator. Lib. IV. Cap. 2. Tom. I. pag. 526.* und *Lib. VII. cap. 4. pag. 630 et 631.*



Die Gesetze, worauf hier Justinian verweist, konnten wohl damals, wie Balduin <sup>66)</sup> ganz richtig bemerkt, keine andern seyn, als 1) die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian, vermöge welcher der Ehegatte, der ohne eine in dem Gesetz bestimmte Ursache dem andern den Scheidebrief gegeben, oder durch eine solche Ursache die Ehescheidung verschuldet hat, wenn es die Frau ist, nicht nur ihre ganze dos, sondern auch die ante nuptias donatio verlieren, der Mann aber das Heyrathsgut herausgeben, und der donatio ante nuptias, verlustig werden soll, wie aus L. 8. §. 4. et 5. C. de repudiis erhellet, und 2) die Verordnung des Kaisers Justinian, nach welcher der schuldige Ehegatte, wenn weder eine dos noch donatio propter nuptias bestellt worden ist, zur Strafe den vierten Theil des reinen Vermögens, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verlieren soll. Es ist die bekannte L. 11. Cod. eodem, welche Justinian zwey Jahre vor der L. un. C. de rei uxor. act. gegeben hat. Hiermit hatte nun zwar freylich die bey dem alten iudicio de motibus sonst nöthige Weitläufigkeit mit der Berechnung der von der dos zu machenden Abzüge (retentiones), nämlich propter liberos und propter mores, welche Justinian hier mit Recht eine retentionum verboritas nennt, oder des von dem schuldigen Manne bey der Restitution der dos herauszugebenden Theils der Früchte, ein Ende; aber auch diese neuen Strafen setzten doch eine wirklich erfolgte Ehescheidung voraus. Denn nach der Verordnung des Kaisers Theodos <sup>67)</sup> sollte ja bey der Scheidung eine bestimmte,

66) Justinianus. Lib. II. ad L. un. C. de rei uxor. act. Verb. Quartum pag. 162. (edit. de a 1596. 8.)

67) L. 8. §. 3. C. de repud. Verb. tunc enim necessario

von dem Gesetz gebilligte, Ursache vor Gericht bewiesen werden, nicht als ob die Scheidung hätte gerichtlich geschehen müssen, sondern dieß sollte nur soviel heißen, man müsse vor Gericht zeigen, daß man seinem Gatten rechtlich aufgekündigt habe <sup>68</sup>). Bey Ehebruch, Majestätsverbrechen, und Mißhandlungen sollte, in Ermangelung anderer Beweise, auch durch die Folter der Slaven des Hauses, wenn sie schon mündig waren, der Beweis geführt werden können <sup>69</sup>). Daher sollten die Slaven bey einem *repudio misso propter suspicionem criminis adulterii*, nicht unter zwey Monaten nach der Scheidung in Freyheit gesetzt werden dürfen, *propter tormentorum quaestionem eis, si opus exegerit, imponendam* <sup>70</sup>), welches Justinian in einer Verordnung vom J. 532 <sup>71</sup>) dahin zu erweitern für nöthig fand, daß, wenn etwa die Frau nach der Ehescheidung gestorben seyn sollte, die Slaven, *propter dotis quaestionem, utrum in lucro marito cedat, an heredibus mulieris restituatur,*

*discedendi permittimus facultatem, et causas discidii legibus comprobare. §. 4. Si vero causam probaverit intentatam (sc. mulier), tunc eam et dotem recuperare, et ante nuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus.*

68) S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian (Weglar 1812.) S. 24. Not. 1.

69) L. 8. §. 6. *Cod. de repud.*

70) L. 12. L. 14. *D. Qui et a quibus manumissi liberi non sunt.* S. HOFFMANN ad Legem Jul. de adulteriis coercend. lib. sing. Cap. VII. §. 5.

71) L. 36. *Cod. ad Leg. Jul. de adulter.*

erst nach zwey Monaten, von Zeit ihres Todes angerechnet, von den Erben sollten manumittirt werden dürfen. Da bey erfolgter Scheidung keine Wiederausöhnung angenommen werden konnte, vielmehr der unschuldige Theil, der durch das gesetzwidrige Betragen des andern Theils zur Ehescheidung war veranlaßt worden, eben dadurch schon seine Absicht das Unrecht zu ahnden zu erkennen gegeben hatte, so mußten nun auch die Strafen der Scheidung sowohl von dem Erben des unschuldigen, als gegen die Erben des schuldigen Theils verfolgt werden können. Daher wiesen die Erben des unschuldigen Mannes das verbrecherische Weib, oder deren Erben mit der *exceptio doli* zurück, wenn sie ihre Ansprüche auf die *dos* oder *propter nuptias donatio* geltend machen wollten, wie nicht nur die Worte der *L. 8. §. 5. Cod. de repudiis: Virum, si mulierem interdicta arguerit attentantem, dotem sibi habere*, zu erkennen geben, sondern auch aus der *L. 36. C. ad Leg. Jul. de adulteriis* erhellet, wo deutlich ausgesprochen ist, daß *propter dotis quaestionem* der Beweis des Ehebruchs auch noch gegen die Erben der Frau geführt werden könne. Denn daß die Tortur der Sklaven vom Hause zum Behuf des Beweises erst nach der Scheidung erfolgte, lehrt uns *Quinctilian<sup>72)</sup>*, welcher sagt: *Antequam torqueantur coniugis ministeria, prius est; ut repudietur uxor, ut divortio fiat in domo grande secretum*. Eben so konnten aber auch nun die Strafen der Ehescheidung durch Klagen geltend gemacht werden, die auf die Erben übergingen, nämlich durch die *actio ex stipulatu* wegen der *dos*, und die *vindicatio* wegen der *propter nuptias donatio*, wie

72) *Declamat. XVIII. Tom. II. pag. 559. edit. Barman.*

aus L. 8. §. 3. et 4. *Cod. de repudiis*; und L. un. §. 1. et 4. *C. de rei uxoriae actione* erhellet. War hingegen die Ehe bey Lebzeiten der Ehegatten nicht durch *Divortium* getrennt, so konnten die Strafen derselben so wenig von den Erben als gegen die Erben geltend gemacht werden, weil man entweder eine erfolgte Wiederausöhnung annahm, oder man mußte glauben, der Ehemann habe den Ehebruch der Frau begünstigt, und sich eines *Lenociniums* schuldig gemacht<sup>73)</sup>. Daher wird auch noch in den neuesten Gesetzen des Kaisers Justinian das wirklich erfolgte *Repudium* als nothwendige Bedingung vorausgesetzt, wenn die Strafen der Privation Statt finden sollen. So heißt es in der Novelle *CXVII. Kap. 8. §. 2.*

*Si maritus uxorem suam adulterii convinci posse existimaverit, convenit maritum primo mulierem vel etiam adulterum accusare, et si accusatio illa vera probata fuerit, tum misso repudio, maritus una cum donatione propter nuptias dotem quoque habeat: praeterea, si liberos non habeat, tantum ex reliquis bonis mulieris accipiat, quantum tertia pars dotis esse intelligitur: ut dominio eius et dos et poena a nobis definita applicetur.*

Und so hat denn dieses Gesetz auch in den übrigen Fällen, wo es die Ehescheidung auch ausser der Ursache des Ehebruchs erlaubt, die den schuldigen Theil treffenden Strafen an die Bedingung des wirklich erfolgten *Repudiums* geknüpft. Man vergleiche nur den Anfang des 8. und 9. Kapitels der 117. Novelle

73) L. 29. *D. ad Leg. Jul. de adult. coerc.* S. Ge. Frid. SCHARLACH *Observation. pract. de dotis privilegi.* (Hannoverae 1798. 8.) *Observ. XVIII. pag. 157.*

Es fragt sich nun, ob das canonische Recht hierin mit dem römischen Rechte übereinstimme? Nun hat es zwar freylich die Strafe der Privation bestätigt, wie aus *cap 4. X. de donat. inter vir. et uxor.* erhellet. Allein mit der Ehescheidung konnte es diese Strafe nicht verbinden, weil es keine wahre Ehescheidung gestattet, und auch wegen des Grundfahes vom Ehesacramente nicht gestatten konnte. Die lebenslängliche Scheidung von Tisch und Bett soll zwar die Stelle des Divortiums vertreten; allein es ist doch kein wahres Divortium, weil es dem unschuldigen Ehegatten, solang der schuldige Theil lebt, die Wiederverheyrathung nicht erlaubt. Das canonische Recht setzt daher den Grund der Strafe in dem Vergehen selbst, als der Ursache zur Ehescheidung, und nur erweisliche Wiederausöhnung, soll die Strafe ausschließen. Hieraus folgt, daß nach dem canonischen Rechte die Strafe weder durch das Ehescheidungs-Urtheil, worin dieser Strafe keine Erwähnung geschehen ist, für ausgeschlossen zu halten sey, noch durch den Tod, der vor der Ehescheidung erfolgt ist, aufgehoben werde <sup>74)</sup>. So wie sie also von den Erben des unschuldigen Theils verfolgt werden kann, so muß sie auch gegen die Erben des schuldigen Theils geltend gemacht werden können. Man betrachte nur unbefangen die Verordnung des Pabsts Clemens III. selbst.

*Plerumque (accidit, ut proponis, quod in parochia tua mulieres a viris suis causa fornicationis recedunt, et sic usque ad mortem ipsorum permanere noscuntur. Ipsi autem defunctis, cum a con-*

74) *S. Ge. Fr. SCHARLACH* Observation. pract. de dotis privilegio. Obs. XVIII. pag. 157. sq.

*sanguineis, ad quos hereditates eorum perveniunt, dotem suam cum dotalitio repetunt; eis audientiam denegant, et eis nolunt restituere, quod reposcunt: ob hanc causam; quia in eo ipso se indignas fecisse noscuntur, quod a viris causa fornicationis duxerunt recedendum<sup>75)</sup>. In hoc casu itaque dicimus, quod), si (aliqua) mulier ob causam (suae) fornicationis iudicio ecclesiae, aut propria voluntate a viro (suo) recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, (inde, defuncto ipso) dotem vel dotalitium (suum) repetere non valebit.*

Diese Stelle beweist nun ganz klar, daß die Privatstrafe der Privation noch nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten von desselben Erben gegen den schuldigen Theil geltend gemacht werden kann, wenn auch die Ehe bey dessen Leben nicht durch den geistlichen Richter wäre geschieden worden. Daß sie auch gegen die Erben des schuldigen Theils verfolgt werden könne, kann keinem Zweifel unterworfen seyn, denn kann der ehebrecherischen Frau die Einrede des begangenen Verbrechens entgegen gesetzt werden, wenn sie auf die Zurückgabe ihres Heyrathsguts und anderer in den Ehepacten ihr versprochener Vortheile klagt; so versteht es sich wohl von selbst, daß auf gleiche Weise auch die Erben derselben zurückgewiesen werden können. Es muß nur das Vergehen völlig erwiesen, und keine Wiederaußöhnung erfolgt seyn. Da jedoch das canonische Recht bloß von einer Zurückweisung des schuldigen Theils spricht, welche mittelst einer Exception

75) Die hier eingeklammerten, und durch Cursivschrift ausgezeichneten Worte hat Böhmer in seiner Ausgabe aus einer ältern Decretalen-Sammlung ergänzt.

geschieht; so entsteht die Frage, ob nicht die Privationsstrafe von den Erben des unschuldigen Theils, und gegen die Erben des schuldigen Gatten auch durch eine Klage verfolgt werden könne? Hier ist soviel gewiß, daß wenn die Ehescheidungsklage bey dem Leben des unschuldigen Theils angestellet worden, dieselbe, wenn auch die Ehe durch den Tod wäre getrennt worden, ehe noch der Scheidungsprozeß geendigt war, in Absicht auf die Privationsstrafe, sowohl von den Erben des unschuldigen Theils, als gegen die Erben des schuldigen Gatten fortgesetzt, und wenn das Vergehen des letztern hinlänglich erwiesen ist, darauf erkannt werden könne. Wie aber, wenn der Tod die Ehe trennte, ehe noch der unschuldige Theil auf Ehescheidung geklagt hatte, findet dann noch eine Privationsklage statt, wenn sich das verwirkte Vermögen in den Händen des schuldigen Theils, oder seiner Erben befindet? Hierüber enthält das canonische Recht keine Entscheidung. Es müssen also die Grundsätze des Civilrechts zur Anwendung kommen, welche in diesem Falle durch das canonische Recht nicht aufgehoben worden sind. Nun ist die Klage auf Privation gegen den schuldigen Ehegatten ohne Zweifel eine Pönalklage, welche aus einem Delict entsteht. Denn die Gesetze nennen das *divortium culpa factum* ein Delict<sup>76)</sup>; und die Nachtheile, welche den schuldigen Ehegatten treffen, eine Strafe<sup>77)</sup>. So wie nun jene alte *actio de moribus* von den Gesetzen als eine wahre Injurienklage behandelt wurde, die weder von den Er-

76) L. 9. §. 3. D. de minorib.

77) L. 15. §. 1. D. Soluto matrimo. L. 8. §. 4. L. 11. §. 1. Cod. de repud. Nov. CXVII. Cap. 8. §. 2.

ben noch gegen die Erben angestellt werden konnte<sup>78)</sup>; so kann auch die heutige Ehescheidungsklage, als welche in einer Verletzung der ehelichen Treue ihren Grund hat, und daher eine Verletzung vollkommener Rechte, eine Kränkung des unschuldigen Theils vorausgesetzt; die derselbe durch Anstellung der Klage zu ahnden sucht, aus eben diesem Gesichtspuncte um so mehr betrachtet werden, da die Gesetze<sup>79)</sup> bey der Bestimmung der Privationsstrafen ausdrücklich von einer *calumnia*, von einer *contumelia* reden. Es müssen also die Grundsätze von Injurien, Klagen eintreten, welche bekanntlich weder von den Erben, noch gegen die Erben angestellt werden können, wenn sie nicht noch bey Lebzeiten des Beleidigten sind angestellt worden<sup>80)</sup>. Jedoch ist dieses nur von dem zu verstehen, was eigentlich Strafe zu nennen ist. Man vergleiche die *L. 11. §. 1. C. de repud.* und *Nov. CXVII. Cap. 8. §. 2. et Cap. 9. §. 4. et 5.* Denn die Vortheile,

78) *S. Jac. GOTHOFREDUS ad L. 1. Cod. Theod. de dotibus. III. 13.*

79) *Nov. CXVII. Cap. 9. §. 4. et 5.*

80) *§. 1. I. de perpet. et temporal. action. Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt, aut a Praetore dantur, et in heredem aequè competunt, aut dari solent. Est enim certissimi iuris regula: ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere. — Sed heredibus huiusmodi actiones competunt, — excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis invenitur. CUIACIUS in Notis ad Instit. ad h. §. RITTERSHUSIUS Comm. ad Inst. ad eundem §. pag. 693. und MARCILIUS ad eund. §. in Jan. a COSTA Comment. ad Institut. rechnen alle unter andern auch die alte actio de moribus dahin. Man sehe auch HORCKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 497.*



welche dem unschuldigen Ehegatten aus dem Vermögen des schuldigen Theils in den Eheverträgen auf den Todesfall zugesichert worden sind, kann derselbe mit Recht auch noch von den Erben des schuldigen Theils fordern. Denn durch die unerlaubte Handlung des Andern konnten sie ihm nicht verloren gehen. Dahin gehört die *donatio propter nuptias*, das *dotalitium*, die Wiederlage, oder Leibgeding, welches die unschuldige Frau so gut, wie ihr eingebrachtes Heyrathsgut, von den Erben des schuldigen Mannes zu verlangen befugt ist <sup>81)</sup>. So hebt sich denn auch der Einwurf, den man der Ansicht, nach welcher zwar Einreden für und gegen die Erben, aber keine Klagen gestattet werden, entgegen setzt, nämlich daß dadurch eine den Gesetzen widersprechende Ungleichheit zwischen beyden Ehegatten eingeführt werden würde, indem der Mann fast immer die *dos* und *propter nuptias donatio* besitze, und also immer nur zu seinem, nie aber zum Vortheil der Frau, die Strafe nach dem Tode würde realisiert werden können. Denn auch der unschuldige Mann kann in die Lage kommen, Klage zu erheben, z. B. wenn ihm das Heyrathsgut, welches die ehebrecherische Frau verwirkt hat, bloß versprochen worden ist <sup>82)</sup>.

## §. 1272. a.

- 2) Strafen der Ehescheidung durch Verlust der ehelichen Vortheile.

Ausser dem Vermögensverluste, womit der schuldige Theil zum Besten des Unschuldigen und der Kinder bestraft

81) S. Schott Eherecht §. 225. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. §. 494. nr. I.

82) S. ВОВНМЕР Diss. de privatione dotis ex capite adulterii. Cap. II. §. 5.

wird, macht sich derselbe auch noch II. der ehelichen Vortheile (*lucra nuptialia*) verlustig, welche ihm nach den Gesetzen, Herkommen und Eheverträgen gebühren<sup>83)</sup>. Dahin gehört z. B. die *donatio propter nuptias*, das *Dotalitium* oder Leibgeding<sup>84)</sup>, der sogenannte Altentheil, als Inbegriff der Vortheile, welche einem Ehegatten zum lebenslänglichen Unterhalte aus dem Bauernhofe in der Eheveredung sind zugesichert worden<sup>85)</sup>, nicht minder der Nießbrauch, welchen sonst der überlebende Ehegatte auf gewissen Gütern, die der Verstorbenen besaß, und nun an einen Dritten eigenthümlich gefallen sind, genießen darf<sup>86)</sup>;

83) BARDILI Diss. de divortio ex causa desertionis. §. 55 et 57. BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 32. HOFACKER c. 1.

84) NETTELBLADT de dotalitio. §. 54. und Hennig vom Recht und Verlust des Vermögens der Frauen bey erfolgter Ehescheidung §. 15.

85) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. LII. Erört. und Christ. Ludw. Runde Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauerngütern. (Dibdenburg 1805. 8.) 2. Th. §. 83.

86) S. BARDILI Diss. cit. §. 57. fin. Ferd. Christoph. HARPPRECHT Diss. de impedimentis ususfructus statutarium materni §. 3. (in Eius Dissertation. academicarum Vol. II. Disp. LXXVII. pag. 1552). Frid. Lud. PENZBKUFFER Diss. de usu matri competente. Erlangae 1760. §. 29. Den Nießbrauch, welchen der schuldige Gatte nicht als Gatte des unschuldigen, sondern aus einem andern Grunde genießt, verliert er durch die Scheidung nicht. S. Grisinger's Commentar über das Württemberg. Landrecht IV. B. §. 286. S. 1242. Not. p.

dies alles verliert der schuldige Gatte. Einige <sup>87)</sup> rechnen auch noch die eheliche Errungenschaft hierher, wenn die Ehegatten in der Güter-Gemeinschaft lebten; allein von Andern <sup>88)</sup> wird dieses mit Grund geläugnet. Daß aber der schuldige Ehegatte auf eine statutarische Portion keinen Anspruch machen könne <sup>89)</sup> versteht sich von selbst, weil sogar dem unschuldigen Gatten nach getrennter Ehe in dem Vermögen des schuldigen Gatten kein Intestaterbrecht zusteht <sup>90)</sup>.

§. 1272 b.

3) Wirkungen der Ehescheidung in Rücksicht der Kinder.

Soviel endlich III. die rechtlichen Folgen der Ehescheidung in Rücksicht der in der Ehe erzeug-

- 87) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 494. Car. Guil. SUNDHEIM Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. §. 14 et 16. und Dabelow Grds. des allgemeinen Eherechts der deutsch. Christen §. 558.
- 88) S. Ferd. Christ. HARPPRECHT Diss. de communione lucrorum coniugalium inter coniuges separatos. §. 21. (Dissertation. academica. Vol. II. Disp. LXXXI. pag. 1795.) Benj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Eantproceß über das Vermögen ihrer Männer 1. Th. §. 97—104. Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6 B. §. 609. S. 442. KAPFF Diss. de effectu divortii, quoad bona. §. 21. und Klüber kleine iurist. Bibliothek. 6. B. St. 25. Nr. LVIII. S. 281. f.
- 89) S. BARDILI Diss. de portione statutar. coniugum (Tüb. 1670.) §. 43. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. pag. 730. und Griesinger's angef. Commentar. IV. B. S. 1241. f.
- 90) S. HOFACKER c. I. §. 494. nr. III. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 412.

ten Kinder anbetrifft; so ist 1) soviel gewiß, daß sie, der erfolgten Trennung ungeachtet, in Ansehung ihres Erbsfolgerechts keinen Nachtheil erleiden<sup>91)</sup>. 2) den Kindern soll das Eigenthum an den Gütern erhalten werden, welche der unschuldige Gatte aus dem Vermögen des Schuldigen lucrirt hat, und von denen dem unschuldigen Gatten bloß der Nießbrauch auf seine Lebenszeit zustehen soll. Er darf daher nichts davon veräußern, noch verpfänden. In der Constitution der Kaiser Theodos und Valentinian, L. 8. §. 7. *Cod. de repudiis* heißt es:

*Si vero filio vel filiis, filia vel filiabus extantibus, repudium missum est, omne, quicquid ex nuptiis lucratum est, filio seu filiis, filiae seu filiabus, post mortem accipientis servari: id est, si pater temere repudium miserit, donationem ante nuptias a matre servari: si mater, dotem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiae patre moriente dimitti censemus: patri videlicet vel matri in scribendis filiis heredibus, si unum seu unam vel omnes scribere, vel uni ex his donare velit, electione servata: nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res permittimus facultatem. Sed si aliquid ex iisdem rebus defuerit, ab heredibus seu earum detentatoribus (si tamen non ipsos heredes scripserit, aut scripti filii non adierint) resarciri praecipimus: ut etiam hoc modo inconsulti animi a repudio mittendo detrimento retrahantur.*

Nach dieser Constitution soll jedoch der unschuldige Ehegatte den Gewinn einem von mehreren Kindern vor-

91) *Nov. CXVII. cap. 7.* S. von Quistorp *Grundf. des deutsch-peinl. Rechts* 2. B. §. 461. S. 228. der *Kleinischen* Ausg.

zugäwaise zuwenden dürfen. Sind Sachen davon veräußert worden, so können die Kinder, wenn sie nicht Erben geworden sind, von den Erben Ersatz fordern, oder die Sachen von den Besitzern derselben vindiciren. Das Nämliche hatte Theodos schon in einer frühern Constitution vom Jahre 439. verordnet, welche sich in der von Ritter edirten *Collectio Novellarum Constitutionum Imperator. Justiniano anteriorum. Lib. I. Tit. 7.* befindet<sup>92)</sup>. Was hier in Absicht auf Heyrathsgut und *donatio propter nuptias* verordnet worden ist, das ist von Justinian in der *L. 11. §. 1. Cod. de repud.* auf das Surrogat derselben, nämlich den vierten Theil des Vermögens, welchen der schuldige Gatte verlieren soll, ausdrücklich ausgedehnt worden. Justinian sagt nämlich daselbst:

*Hoc lucro quartae partis, filiis quidem non extantibus, ipsi viro et mulieri competente, et ab his, quomodo voluerint, disponendo: filiis autem, et deinceps personis ex eodem matrimonio intervenientibus, eis servando ad similitudinem dotis, et propter nuptias donationis per omnia, quae super his statuta sunt.*

Es fragt sich aber, ob dieses Wahlrecht, welches dem unschuldigen Gatten in diesen Gesetzen unter seinen Kindern in dem Falle gegeben wird, wenn durch eine Scheidung ein Heyrathsgut, oder eine *donatio propter nuptias*, oder in deren Ermangelung der vierte Theil von dem Vermögen des Schuldigen gewonnen wird, ihm noch jetzt zustehet? Hugolinus und Azo, und nach ih-

92) C. Cod. Theod. Tom. VI. P. II. pag. 22.

nen Cujaz<sup>93)</sup>, dem auch Voken<sup>94)</sup> beystimmt, bezweifeln dieses nicht. Zwar sey den Eltern dieses Wahlrecht unter ihren Kindern in Ansehung derjenigen *lucrorum nuptialium* in der *Nov. 2. Cap. 1.* und *Nov. 22. Cap. 25.* genommen, woran sie das Eigenthum durch das Ueberschreiben zur zweyten Ehe an die Kinder verloren haben, das ihnen vorher zustand; allein diese Gesetze fänden hier keine Anwendung. Denn bey der Scheidung sey schon das Daseyn der Kinder ein Hinderniß, daß der unschuldige Theil die Substanz selbst nicht lucriren könne. Es falle auch hier der Grund weg. Denn durch die zweyte Ehe fügen die Eltern ihren Kindern auf gleiche Weise Unrecht zu; es müssen also auch alle auf gleiche Weise entschädigt werden. Justinian sage in der *Nov. 2. Cap. 1.*

*Quare electiones illas, nec confusas, nec indistinctas relinquere, sed hanc rem ita ordinare nobis visum est, ut matre semel secundas nuptias contrahente<sup>95)</sup> omnes liberi proprietatem donationis ante nuptias statim lucrifaciant, neque ullo modo matri quosdam ex liberis eligere, quosdam vero iniuria afficere liceat, quia omnibus simul per secundas nuptias iniuriam intulit.*

93) *Novellar. Constitution. Imp. Justiniani expositio. ad Nov. 2.*

94) *Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. (Stuttgart 1800. 8.) Nr. IX. S. 311. f.* Dieses scheint auch Thibaut's Meinung zu seyn. *S. desselben System des N. R. 1. B. §. 469.*

95) Was hier von der Mutter gesagt ist, soll nach dem 2. Kap. dieser Novelle auch vom Vater gelten.

Sollte nun die zweyte Ehe wirklich ein Unrecht gegen die Kinder der ersten Ehe seyn; so würden sich diese nur über den schuldigen, nicht über den unschuldigen Gatten zu beschweren haben; weil die zweyte Ehe des Letztern nie würde Statt gefunden haben, wenn nicht die erste Ehe durch das Vergehen des Erstern aufgelöst worden wäre. Ueberdem aber rede ja diese Novelle nur von dem Falle, wenn die Ehe durch den Tod getrennt worden sey, nicht aber von dem Falle der Scheidung. Denn in dem speciellen Falle, von welchem diese Novelle redet, und der die Veranlassung zu dem Gesetz gegeben, war die Ehe durch den Tod getrennet worden.

Allein daß Justinian das *ius eligendi* der Eltern für beyde Fälle abgeschafft wissen wollte, scheint mir keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Vergleicht man, was die Gesetze über die *lucra nuptialia* bey dem Ueberschreiten zur zweyten Ehe verordnet haben, so haben diese Bestimmungen eine große Aehnlichkeit mit dem, was hier über die *lucra nuptialia* bey verschuldeten Ehescheidungen verordnet worden ist. In beyden Fällen soll das Eigenthum der *lucrorum nuptialium*, was dort durch die Freygebigkeit des verstorbenen Ehegatten, und hier durch die Ehescheidung gewonnen worden ist, den in der Ehe erzeugten Kindern erhalten werden. In beyden Fällen ist dem gewinnenden Ehegatten die Veräußerung untersagt, und in beyden Fällen war demselben die Wahl gestattet, den Gewinn einem oder einigen von mehreren Kindern, welchen sie wollten, vorzugsweise zuzuwenden<sup>96)</sup>. Wenn nun Justinian in der Novelle XXII. Cap. 30. sagt:

96) L. 3. pr. L. 5. pr. Cod. de secundis nupt. S. Cujacius in Exposit. Novellar. ad Nov. 2. und von Köhr

Quoniam vero continua oratione ubivis de lucris in solutionibus, quae per mortem fiunt, sancivimus, breviter et hoc addimus, ut quaecumque parentes, *matrimonio per repudium soluto*, sive bona gratia misso, *sive aliter*, aut dotis aut donationis titulo lucrati fuerint, *haec omnia ad imitationem lucrorum, quae morte obveniunt, liberis serventur*. Idque ipsum etiam servetur *in uxoribus indotatis, ubi earum temeritatem lata a nobis constitutio punivit*<sup>97)</sup>. Nec distinguimus, *cuius culpa matrimonium repudio solutum sit*. Quocumque enim modo se res habeat, *in illis quoque id, quod lucratum est, liberis illius matrimonii, ex quo liberi illi nati sunt, servetur*, sive prius matrimonium *repudio solutum sit*, sive etiam secundum, etsi tertiae nuptiae secutae non sint:

so kann wohl kein gegründeter Zweifel mehr übrig seyn, daß das von den Kaisern Theodos und Valentinian dem unschuldigen Gatten in Ansehung des lucrinuptialis bey Ehescheidungen unter den Kindern gestattete Wahlrecht vom Kaiser Justinian aufgehoben worden sey. Die Gleichstellung ist aber, wie mir dünkt, durch die Novelle *XCVIII. Kap. 1.* vollendet, nach welcher auch in dem Falle, da die Ehe durch den Tod ist aufgelöst worden, den Kindern die dos, welche der Mann nach dem Tode der Frau, so wie die *donatio propter*

Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian (Weglar 1812.) S. 25. Not. 1.

97) Es ist L. 11. *Cod. de repud.*



nuptias, welche die Frau nach dem Tode des Mannes lucrirt hat, erhalten werden soll, so daß diesen das Eigenthum, den Eltern aber nur auf Lebenszeit der Nießbrauch daran zustehen soll, ohne Unterschied, sie mögen zur andern Ehe schreiten, oder nicht, und also hierin ein gleiches Recht gelten soll, die Ehe möge durch den Tod, oder auf irgend eine andere Art getrennt worden seyn. Die Worte der Novelle XCVIII, Kap. 1. lauten folgendermassen nach Hombergk:

Quam ob rem sancimus, si mulier moriatur, et maritus dotem lucretur, ut illa liberis omnino servetur, sive secundas nuptias contraxerit, sive non: contra ea, si vir moriatur, mulier vero donatione ante nuptias fruatur, ut illa quoque omni modo lucra donationis ante nuptias omnibus liberis suis servet, et ususfructus quidem lucrorum nuptialium penes eos sit, dominium vero liberis illorum omni modo servetur, et quae de parentibus secundas nuptias contrahentibus sancita sunt, in suo ordine custodiantur<sup>98</sup>). Atque hoc obtineat in matrimoniis, quae quocunque modo ex hodierna die et omni futuro tempore solventur: nec non in matrimoniis, quae soluta quidem sunt vel morte, vel alio quocunque modo, adhuc vero durant, eo quod unus adhuc superstes sit. Si enim ambo defuncti sunt, id heredibus non damus, sed tanquam semel determinatum veteribus legibus relinquimus: cum

98) Justinian hat zwar diese Verordnung nachher durch die Novelle 127. Kap. 3. zu Gunsten des überlebenden Ehegatten wieder abgeändert. S. den 24. Theil dieses Comment. §. 1217. S. 152 f. Dieß ist aber hier ohne Einfluß.

*hoc manifestum sit, si illa semel liberorum facta fuerint, et lex dominium ipsis tribuat, quod tunc successiones, ceteraeque accessiones ita in his futurae sint, quemadmodum in prioribus liberis sancitum est, qui propter secundas nuptias parentum lucrum aliquod a legibus consecuti sunt.*

Daher ist auch in den neuesten Gesetzen, welche von den Strafen der Ehescheidung handeln, z. B. in der Novelle 117. Kap. 8 und 9. von einem dem unschuldigen Theile in Ansehung des *lucri nuptialis* unter den Kindern zustehenden Wahlrechts gar keine Rede mehr, sondern es wird bloß gesagt, den Kindern solle das Eigenthum davon nach den darüber vorhandenen Gesetzen erhalten werden. Nachdem also Kaiser Justinian das den Eltern in Ansehung des *lucri nuptialis* zustehende Wahlrecht aufgehoben hat, und alle Kinder einen gleichen Antheil daran haben sollen, dessen sie sich nur durch eine solche Undankbarkeit verlustig machen, welche die Enterbung verdient<sup>99)</sup>; so enthält nun die den Eltern zur Pflicht gemachte Erhaltung des Gewinnes für die Kinder ohne Zweifel eine gesetzliche Uebertragung des Eigenthums an dieselben<sup>100)</sup>, welche denn auch, wenn eins von den Kindern bey Lebzeiten des unschuldigen Gatten stirbt, eine Vererbung seines Antheils zur Folge hat, und nur zufällig kann es geschehen, daß wenn die Kinder vor demselben gestorben sind, dieser dann mit

99) *Nov. XXII. Cap. 26. §. 1.* und *Nov. XCVIII. Praefat. in fin.*

100) *Nov. II. Cap. 2. Verb. cum lex proprietatem donationis propter nuptias in liberos transferat.*

dem bis dahin gehabten Nießbrauche auch das Eigenthum erwirbt <sup>1)</sup>).

3) Die Kinder der geschiedenen Ehegatten werden nicht getheilt, sondern dem unschuldigen Theile zur Erziehung überlassen. Jedoch liegt die Alimentation ohne Unterschied dem Vater ob, er sey der schuldige oder unschuldige Theil <sup>2)</sup>. Die Mutter ist dazu nur im Nothfalle ver-

1) *Nov. XXII. Cap. 25. Venient vero lucra haec ad omnes liberos, qui ex prioribus nuptiis suscepti sunt. Non enim permittimus parentibus, ut non recte introducta electione adversus eos utantur, et alii quidem ex liberis quid dent, alium vero iniuria afficiant. Omnes enim secundis nuptiis pari contumelia affecti sunt. Nam si parentes omnibus liberis suis aequaliter heredes sunt, nec huic quidem succedunt, illi vero non item, cur non et ipsi eodem modo erga omnes, quantum ad hanc rem, affecti sunt, sed hos eligunt, illos vero contemnunt? Ideoque quilibet horum pro portione lucretur: idque, si liberos habet, ad eos transmittat. Hi vero pro numero personarum, quotquot sint, id inter se dividunt, patris tamen portionem non excedant.* Man verbinde damit noch das folgende *Cap. 26.* Anderer Meinung ist jedoch *Boley* in den Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien, Nr. IX. S. 309 ff.

2) *E. Jac. Cujacius Recitation, solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 24. Henr. Gottfr. BAUER Responsor. ad quaestiones ex iure vario dubias, per sententias a Collegio Ictorum Lipsiensium latis illustrator. Volum I. (Lipsiae 1801. 8.) Resp. XXXVII. pag. 153—156. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. I. §. 406. Weber's Erläuterung der Pandecten Th. 2. §. 1272. Albr. Schweppe Römisches Privatrecht. §. 717. (der dritten*

pflichtet, wenn der Vater unvermögend ist. Im Zweifel ist es jedoch dem richterlichen Ermessen anheimzustellen, wenn es rathsamer seyn sollte, die Kinder, ohne Rücksicht, wer der schuldige Theil ist, bey demjenigen der geschiedenen Eltern, es sey der Vater, oder die Mutter, erziehen zu lassen, wo es für die Kinder am vortheilhaftesten seyn dürfte. Folgende zwey Constitutionen sind hier vorzüglich merkwürdig 3).

*L. un. C. Divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant.* Impp. *DIOGLETIAN.* et *MAXIM. AA. et CC. Caelestinae.* Licet neque nostra, neque Divorum Parentum nostrorum ulla Constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur: competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari, ac nutrirı debeant.

*Nov. CXVII. Cap. 7.* nach Hombergk: Illud quoque definiendum esse duximus, ut, si forte nuptias inter virum et uxorem solvi contingat, liberi, qui ex nuptiis illis nati sunt, nullo modo separatione matrimonii laedantur, sed ad parentum hereditatem vocentur, *ex patris substantia sine*

Ausgabe. Altona 1822.) und Friz: Welcher von den geschiedenen Ehegatten hat die gemeinschaftlichen Kinder zu ernähren? in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Carl von Grolman und Egid. von Löhr. 4. Bandes 2. St. Nr. XII. S. 247 — 254.

3) S. G. Ludw. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 1. Abth. Nr. 25. Qu. 4. S. 193 — 195.

*dubio aendi.* Et si quidem pater occasionem separationi praebuit, et mater secundas nuptias non contraxit, a matre alantur, patre sumtus praebente. Si vero culpa matris matrimonium solum probetur, tunc apud patrem liberi et habitent, et alantur. Quod si patrem inopem, matrem autem divitem esse, contingat, iubemus, ut apud illam inopes liberi maneant, ab eaque alantur. Quemadmodum enim divites liberi egentem matrem alere coguntur, ita iustum iudicamus, ut etiam liberi a divite matre alantur.

Die Kinder sollen also, sagt hier Justinian, zur Erbschaft ihrer Eltern eben so, als wenn keine Scheidung vorgefallen wäre, gerufen, und aus dem Vermögen ihres Vaters ohne Zweifel ernährt werden. Hat der Vater die Scheidung verschuldet, so sollen die Kinder bey der Mutter, so lange sie nicht zur zweyten Ehe geschritten, auf Kosten des Vaters ernährt werden. Wäre aber die Mutter der schuldige Theil, so sollen die Kinder bey dem Vater wohnen, und von ihm ernährt werden. Nur wenn der Vater arm ist, die Mutter aber das gehörige Vermögen besitzt, sollen die Kinder bey der Mutter bleiben, und von ihr ernährt werden. Ob sie der schuldige Theil ist, oder nicht, unterscheidet das Gesetz nicht weiter, sondern giebt bloß den Grund an, weil es Recht und billig sey, daß so wie die Kinder, wenn sie vermögend sind, ihre arme Mutter ernähren müssen, eben so auch die unbemittelten Kinder von ihrer reichen Mutter ernährt werden. Es ergiebt sich hieraus, daß die gemeine Behauptung, welcher auch unser Hellfeld treu geblieben ist, als seyen nämlich, bey erfolgter Ehescheidung, die Kinder bey

dem unschuldigen Gatten auf Kosten des schuldigen Theils zu erziehen<sup>4)</sup>, den Gesetzen keinesweges gemäß sey. Justinian sagt ja ausdrücklich, die Ehescheidung solle den in der Ehe erzeugten Kindern zu keinem Nachtheil gereichen. Nun könnte es aber für die Kinder sehr nachtheilig werden, wenn ihnen, statt ihres gesetzlichen Versorgers, ein anderer Schuldner angewiesen werden sollte, und zwar gerade derjenige, welcher durch sein schlechtes Betragen gezeigt hat, wie wenig er die heiligen Rechte und Pflichten des Ehe- und Familienbandes achte. Deswegen sagt das Gesetz, die Kinder sollen aus dem Vermögen ihres Vaters ohne Zweifel ernährt werden. Der Grund jenes gemeinen Irrthums beruhet in dem falschen Auszuge, den Irnerius aus unserer Novellenstelle gemacht hat.

Es ist die *Auth. Si pater. Cod. Divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant*, welche folgendermassen lautet.

*Si pater causam divortii praestiterit, apud matrem ad secundas nuptias non venientem liberi nutriantur patris expensis. Si vero contra, tunc*

4) *Christph. Phil. Richter* Exposit. Authenticar. ad *Auth. Si pater. Cod. divortio facto apud quem liberi* p. 651. *Boehmer* iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 48. *Schott* Eherecht. §. 224. *Malblanc* Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 642, in fin. *Thibaut* Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 469. *Günther* Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 442. *Mühleneruch* Doctrina Pandectarum Vol. II. §. 279. von *Wening*, Ingenhetm Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 69.

apud patrem, *matris locupletis expensis*: nisi pater minus idoneus sit: tunc enim apud matrem locupletem nutriantur. Nam quemadmodum locupletes filii matrem alere coguntur egentem; ita iustum decernimus, et a matre filios pasci.

Daß man sich durch diese Authentike hat täuschen lassen, ist um so mehr zu verwundern, da schon Accursius in der Glosse die offensbare Untreue des Irnerius gerügt hat, wenn er ad vv. *Matris locupletis* bemerkt:

Haec verba: *matris locupletis* etc. non sunt in corpore, sed IRNERIUS adiecit etc.

und auch sonst bekannt ist, daß die Authentiken, in soweit sie nicht mit ihrer Quelle übereinstimmen, auf keine Gültigkeit Anspruch machen können<sup>5)</sup>.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß durch die Ehescheidung die rechtlichen Verhältnisse, welche durch die Ehe zwischen Eltern und Kindern entstanden waren, keinesweges geändert werden. Der Vater, sey er auch der schuldige Theil, behält daher die Rechte der väterlichen Gewalt über die Kinder, mithin auch das Recht, das Vermögen der Kinder, so lange sie in seiner väterlichen Gewalt sind, zu benutzen und zu verwalten, auch dürfen die Kinder ohne seine Einwilligung keine eheliche Verbindung schließen. Denn es ist kein Gesetz vorhanden, welches ihn dieser Rechte für verlustig erklärt. Sie verbleiben ihm daher auch denn, wenn der Fall eintritt, daß die Kinder sich bey der Mutter aufhalten, und von ihr erzogen und ernährt werden<sup>6)</sup>.

5) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. Nr. III. S. 275 ff.

6) Man sehe hier vorzüglich BAUER Responsor. ex vario

In den Systemen des Pandectenrechts <sup>7)</sup> pflegt man hier auch noch von den Vorsichtsmaßregeln zu handeln, die das *Senatusconsultum Plancianum* in dem Falle vorgeschrieben hat, wenn sich die geschiedene Frau für schwanger hält. Allein da die Erklärung dieses *Senatusconsults* den größten Theil des Pandecten-Titels *de agnoscendis et alendis liberis* (XXV. 3.) ausmacht, so bleibt die Erörterung dieses Gegenstandes dem eben erwähnten Titel vorbehalten.

*iure* Vol. I. Resp. XXXVII. pag. 153 sqq. und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pandect. P. II. h. t. §. 6.

- 7) HOPACKER *Princip. iuris Rom.* Tom. I. §. 502—504.  
 THIBAUT *Syst. des Pandect. Rechts.* 1. B. §. 473. GÜNTHER *Princip. iuris Rom. privati noviss.* Tom. II. §. 444.  
 Schweppe *Röm. Privatrecht.* §. 717. der 3. Ausgabe.  
 u. a. m.
-



Lib. XXIV. Tit. III.

Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

§. 1273.

Zurückforderung der dos. I. Rechtsmittel. Unterschied zwischen der Rei uxoriae actio, und actio ex stipulatu vor Justinian. Justinianisches Recht.

Trennung der Ehe hat gewöhnlich die Zurückgabe der dos zur Folge, und es sind daher hier die Fragen zu erörtern, ob, wem, wann, und wie die dos nach getrennter Ehe zurückgegeben werde<sup>8)</sup>?

8) Die vorzüglichsten Schriften sind *Franc. DUARENI* Commentar. in hunc Tit. Dig. Oper. (Francof. 1592. f.) pag. 255 — 294. *Ant. DADIN. ALTESERRAE* Commentar. ad eund. Tit. in Recitation. quotidian. Vol. II. p. 125 sq. (*Operam*, accurante *Mich. MAROTTA*, Neapoli 1776 sq. 4. edit. Tom. VIII.) *Jac. CUJACII* Commentar. ad Tit. 13. Lib. V. Cod. de rei uxoriae actione: in *EIVS* Recitation. solemn. in libros Cod. Just. (Oper. Tom. IX.)

Ursprünglich, so lange die Frau noch durch die Ehe in manum mariti kam, konnte von einer Restitution der dos noch keine Rede seyn. Denn die Natur dieser strengen Ehe, wodurch die Frau ganz in das Verhältniß einer filiafamilias versetzt wurde, brachte es mit sich, daß das Vermögen, welches sie dem Manne als dos zu brachte, mit der Gewalt, welche er, einem Vater gleich, über sie erhielt, ein Eigenthum desselben werden mußte, sie mochte bey ihrer Verheyrathung noch unter väterlicher Gewalt gewesen seyn, und der Vater oder ein Dritter ihr bey Eingehung der Ehe einen Theil seines Vermögens dazu gegeben, oder die Frau, wenn sie sui iuris war, sich ein eigenes Vermögen erworben haben. In beyden Fällen erwarb der Mann das Vermögen der Frau ipso iure, d. h. durch eine nothwendige juristische Folge?); so

*Hub. GIPHANII Comm. in eund. Tit. Cod. in Explanat. difficiliorum et celebrior. LL. Cod. Just. pag. 412 sqq. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. Tit. Soluto matrim. Petr. de TOULLIER Disput. II. de iure nuptiarum. praes. Cornel. van Eck Traj. ad Rhen. 1693. (in Dan. FELLENBURG Jurisprud. antiqua. Tom. II. pag. 248—270.) Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung von dem Anfall des Heyrathsguts bey Trennung der Ehe. Halle 1779. 4. Karl Witte über das Schicksal der dos nach getrennter Ehe mit Berücksichtigung sowohl des vorjustinianischen, als des Justinianischen Rechts; (in denselben Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Rechts. (Berlin 1817. 8.) S. 71—128.) u. Egid. von Löhr über das Privilegium der zur Sicherheit der dos stehenden Pfandrechte; (in dem Archiv für die civilistische Praxis von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. 5. Band. Nr. XII. S. 290—312.)*

9) *GAIVS Institut. Lib. II. §. 98. Si cui heredes facti su-*

wie er, während der Dauer dieses Verhältnisses, durch sie erwarb, wenn ihr eine Erbschaft, oder ein Legat, oder sonst Etwas zufiel<sup>10)</sup>. Von einer wahren dos im juristischen Verstande, und von einem eigentlichen ius dotium konnte also hier noch nicht die Rede seyn. Zwar sagt Cicero<sup>11)</sup> in einer bekannten Stelle:

Cum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.

Allein das Wort Dos wird hier in seiner ursprünglichen und natürlichen Bedeutung genommen, in welcher das ganze Vermögen der Frau, was sie hatte, und hinzu erwarb, damit gemeint war<sup>12)</sup>. Denn dieß alles brachte

mus, — sive quem adrogaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos trans-eunt. — Lib. III. §. 82. Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII. Tabularum, neque Praetoris edicto, sed eo iure, quod consensu receptum est, introductae sunt, velut cum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit. S. Haffse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 27. S. 85.

- 10) ULPIAN. *Fragm. XIX.* 18. Acquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus. — GAIUS *Instit. II.* 90. Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietates quidem acquiruntur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt. S. GRUPEN *Tr. de Uxore Rom. Cap. III.* §. 8. p. 65.

11) *Topic. cap. 4.*

12) In dieser Bedeutung kommt das Wort dos auch bey GELLIUS *Noct. Att. X.* 23. vor, wo er der oratio Catonis gedenkt, welche de dote betitelt war; obwohl ge-

sie dem Manne dotis nomine zu, d. h. er erwarb es nun Alles, und konnte es zu ehelichen Zwecken verwenden<sup>13)</sup>. Von einer Dos im juristischen Verstande konnte erst dann die Rede seyn, wenn eine eigene Klage auf Zurückforderung dessen eingeführt war, was die Frau in gewisser Form dem Manne eingebracht, d. h. durch einen eigenen Act für eheliche Zwecke zu dem Seinigen gemacht hatte<sup>14)</sup>. Allein bey der conventio in manum war an eine Zurückforderung des Eingebachten der Frau gar nicht zu denken. Denn starb die Frau in einer solchen Ehe, so konnte sie eben so wenig ein Vermögen hinterlassen, als eine Tochter, die in väterlicher Gewalt starb, eine legitima hereditas<sup>15)</sup>. Der Mann war daher auch Niemandem verbunden, das Eingebachte der Frau herauszugeben, sondern es verblieb vor wie nach in dem Eigenthume desselben. Ueberlebte sie hingegen den Mann, so hatte sie alle Rechte einer sua heres, und beerbte ihren Mann zugleich mit den übrigen Kindern vom Hause<sup>16)</sup>.

Ob es auch gleich Anfangs bey der dos profectitia so gewesen, läßt sich nicht füglich ausmitteln. Denn wir

gerade die Verhältnisse, welche dort daraus hergenommen werden, solche waren, die nur bey der strengen Ehe Statt hatten.

13) *S. van LYNDEN* Diss. exhibens interpretationem iurisprudentiae Tullianae in Topicis Cap. 2. pag. 28 sqq. und *Hasse* Güterrecht der Ehegatten §. 65.

14) *S. Hasse* a. a. D. S. 221 f.

15) *CICERO* *Orat. pro Flacco*. Cap. 34. *Hasse* angeführte Schrift §. 27.

16) *S. meine* Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 54 und 55. S. 188. Nr. II.

finden den Rückfall derselben an den Vater erst in einer Zeit angeführt, wo die *conventio in manum* schon sehr selten war. Zwar konnte sich der Vater, der überhaupt bey der Verheyrathung einer Tochter, die sich noch in seiner väterlichen Gewalt befand, der selbst und hauptsächlich Handelnde war, den Rückfall stipuliren, *ut finito matrimonio dos ei redderetur*. Allein Gellius<sup>17)</sup> erzählt uns, so lange noch keine Ehen durch Scheidung wären getrennt worden, wären auch noch keine *rei uxoriae actiones*, oder *cautiones*, d. h. noch keine Stipulationen wegen Zurückgabe der *dos* vorgekommen, weil kein Bedürfniß dazu vorhanden gewesen sey. Beynahe 500 Jahre seit der Erbauung Roms habe man weder in der Stadt Rom noch in Latium von dergleichen Rechtsmitteln Etwas gehört, weil keine Ehescheidungen vorgekommen wären. Auch Servius Sulpicius in seinem Buche *de dotibus* führe an, daß erst damals die *cautiones rei uxoriae* für nöthig wären érachtet worden, als sich Spurius Carvilius durch Scheidung von seiner Frau getrennt habe. Dieß sey im Jahre der E. R. 523. geschehen, in welchem M. Atilius und P. Valerius Consuln gewesen. Wenn sich nun auch

17) *Noct. Atticar. Lib. IV. Cap. 3.* *Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones, neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse: quia profecto, nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. SERVIVS quoque SULPICIVS in libro, quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, quum Sp. Carvilius, cui Raga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit; quia liberi ex ea, corporis vitio, non gignerentur, anno urbis conditae DXXIII. M. Atilio, P. Valerio Coss.*

diese Erzählung in so weit noch bezweifeln läßt, als sie alle Ehescheidungen in früherer Zeit auszuschließen scheint; so ist doch soviel gewiß, daß die damals besonders über Hand nehmenden willkürlichen Ehescheidungen, von denen auch selbst die strengen Ehen keine Ausnahme machten<sup>18)</sup>; (und vielleicht war die Scheidung des Carvilius Ruga das erste Beyspiel einer solchen Ehescheidung, die mit besonderer Willkühr, — um der Unfruchtbarkeit willen — geschah, dergleichen Fall damals noch unerhört war<sup>19)</sup>) die *cautiones rei uxoriae* veranlaßt haben. Mochte nun auch die Ehe des Carvilius eine strenge seyn, oder eine freie, so konnten nun dergleichen Cautionen so wenig bey dieser, als bey jener Ehe ausbleiben, ja sie scheinen sich vorzüglich auf die strenge Ehe bezogen zu haben, als welche auch in jener Zeit vielleicht noch immer die vorherrschende war, indem für den Fall des Todes schon durch das Recht selbst gesorgt, und Alles durch rechtlich nothwendige Folge bestimmt war<sup>20)</sup>. Bey der freien Ehe mögen freylich wohl die Stipulationen auf Zurückgabe der dos früher vorgekommen seyn, nämlich für den Fall, da die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wurde, weil römische Ehegatten sich nicht beerbten<sup>21)</sup>. Denn bey dieser Ehe fand jene Erwerbung

18) S. den 26. Th. dieses Commentars §. 1262. S. 509. f.

19) S. den Commentar a. a. D. §. 1262. S. 510. und Haffe Güterrecht der Ehegatten. 1 B. §. 40. S. 135.

20) S. Haffe §. 43. S. 150. f.

21) Der Fall, wo der Prätor dem überlebenden Gatten *ex Edicto unde vir et uxor* zur Erbschaft ließ, mußte schon seiner Natur nach selten seyn. *ULPIAN. Fragm. XXVIII. §. 7.*

des Mannes per universitatem, und zwar ipso iure nicht Statt, welche eine Folge der potestas war, die der Mann bey der strengen Ehe über die Frau hatte. Hier geschah nichts nach rechtlicher Nothwendigkeit, es konnte vielmehr die Frau dem Manne nach Willkühr viel oder wenig Rechte an ihren Gütern gestatten. Dieser Theil des Vermögens, den die Frau oder auch der Vater derselben zur Bestreitung der ehelichen Lasten hingab, ging zwar in das Vermögen und Eigenthum des Mannes über, aber alles geschah durch eignen freien Act, traditio, mancipatio, in iure cessio, und also durch Singularsuccession. Nur bey der freien Ehe konnte sich also eine wahre Dos im juristischen Sinne gestalten, da das übrige Vermögen der Frau und ihr künftiger nicht gleichfalls übertragener Erwerb von dem Vermögen des Mannes abgesondert blieb. Hierdurch ward nun auch zugleich das Bedürfnis einer Restitutions-Verbindlichkeit in Rücksicht der eingebrachten Dos, auf den Fall der Trennung der Ehe, herbeigeführt. Denn hätte die Dos, wenn der Mann vor der Frau starb, in dem Vermögen desselben bleiben sollen, so wäre dieß eine offenbare Ungerechtigkeit gewesen, weil der Grund, aus welchem der Mann bey der strengen Ehe ein unwiederrufliches Eigenthum an dem Eingebrachten der Frau erhielt, hier wegfiel. Es wäre aber auch eben so unbillig gewesen, wenn die geschiedene Frau, ohne deren Schuld die Ehe getrennt worden, ihr Heyrathsgut bey dem schuldigen Manne hätte lassen sollen. Für beyde Fälle bereitete man sich nun vor durch Stipulationen, also durch Eheverträge, (instrumenta dotalia), in welchen man sich versprechen ließ, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos redderetur. Unstreitig sind dieß die cautiones rei uxoriae, von denen Gellius in der

oben angeführten Stelle spricht. Hatte der Vater der Frau die Dos gegeben, so schien eine solche Stipulation auch für den Fall nöthig zu seyn, da die Frau in der Ehe starb, nachdem es gebräuchlicher geworden war, daß die Väter sich die von ihnen herrührende dos (dos profecticia) auch in diesem Falle zurückgeben ließen. So konnten nun also rei uxoriae cautiones nicht mehr fehlen. Bey der strengen Ehe blieb aber nur der Fall der Scheidung übrig, wo die Stipulation auf Rückgabe der dos nöthig zu seyn schien. Allein dieser Fall war bis dahin, da Carvilius Ruga seine Gattin wegen Unfruchtbarkeit entließ, in Rom und Latium, wie Gellius <sup>22)</sup> berichtet, nicht vorgekommen, wenigstens so weit, als nicht die Frau durch Verbrechen den Mann zum repudium genöthigt hatte, und hier verstand sich's denn wohl von selbst, daß der Mann ihr Vermögen gewann. Denn in dieser Beziehung war sie civiliter todt. Niemand konnte also dem Manne das ursprüngliche Vermögen der Frau abfordern <sup>23)</sup>. So behalf man sich denn Anfangs bloß mit den Stipulationen auf Zurückgabe des Heyrathsguts, oder des eingebrachten, oder von der Frau hinzuerworbenen Vermögens, im Falle

22) *Noct. Att. IV. 3.* Man verbinde damit *Lib. XVII. cap. 21. edit Conrad. Vol. II. pag. 417.* wo Gronov bemerkt, Gellius habe in der ersten Stelle die Consuln falsch angegeben. Im Jahre 523. wären nicht *Attilius* und *Valerius*, sondern *M. Pomponius Matho*, und *C. Papirius Maso* Consuln gewesen. S. auch *Cujacius Observation. Lib. I. c. 39.*

23) *Gellius Noct. Att. Lib. X. cap. 23. Livius Lib. XXXIX. c. 18. Valerius Maxim. Lib. VI. Cap. 3. §. 7.* S. Haffe *Güterrecht der Ehegatten. 1. B. Kap. 7. §. 45. S. 151. f. und Not. 228. S. 152.*



erfolgender Ehetrennung, bis späterhin die rei uxoriae actio hinzukam. Die cautiones rei uxoriae begründeten bloß die actio ex stipulatu. Die rei uxoriae actio ward erst dann für nothwendig gehalten, wie bey den immer gemeiner werdenden willkürlichen Ehescheidungen der Staat selbst ein Interesse dabey fand, daß den Frauen ihr Vermögen erhalten werde<sup>24)</sup>. Zwar nennt Gellius<sup>25)</sup> die rei uxoriae actiones und cautiones zugleich; aber er sagt nicht, daß sie auch beyde zugleich aufgekomen wären, sondern nur, daß sie nicht bekannt gewesen, so lange keine Scheidungen vorgekommen wären<sup>26)</sup>. Erst seit der Scheidung des Carvilius wären die rei uxoriae cautiones für nothwendig erachtet worden. Das Bedürfniß einer allgemeinen und eignen Klage auf Zurückgabe der Dos äußerte sich erst da, wo die cautio de re uxoris restituenda war unterlassen worden, oder diese Cautionen selbst wegen öftern Mangels an Bestimmtheit und Vollständigkeit unzureichend erschienen, indem die Auseinandersetzungen der sich in Feindschaft trennenden Ehegatten immer verwickelter, schwieriger und streitiger wurden<sup>27)</sup>. Es mußte demnach eine actio gebildet werden, welche in bonum et aequum concepta war, oder, wie Cicero<sup>28)</sup>, und sein Commentator Boe-

24) L. 1. D. h. t. sagt: *Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.*

25) N. A. IV. 3.

26) G. Haffte §. 58. S. 206.

27) G. Haffte §. 61. S. 216. f.

28) *De officiis Lib. III. cap. 15.* besonders Desselben

thius<sup>29)</sup> sagt, sich durch die Formel: *quid aequius, melius* auszeichnete<sup>30)</sup>.

*Topica* cap. 17. Inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est, *quid aequius, melius*, parati esse debent.

- 29) Ad Ciceronis *Topica*. Lib. VI. 17. Est vero uxoriae rei actio, quoties post divortium de dote contentio est. Dos enim licet matrimonio constante in bonis viri sit, sed tamen in uxoris iure, et post divortium velut res uxoria peti potest. Quae quidem dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius aequius esset, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori, i. e. ut, quod ex dote iudicatum fuisset melius, aequius esse, ut apud maritum maneret, id vir sibi retineret: quod vero non esset melius, aequius apud maritum manere, id uxor post divortium reciperet. In quo iudicio non tantum boni natura spectari solet, verum etiam comparatio bonorum fit, ut non tam, quod aequum, sed quod melius aequiusque est, id sequendum sit. Quae omnia ex praecedentibus causis investigari solent. Nam si viri culpa divortium factum est, aequius meliusque est, nihil apud virum manere. Si mulieris est culpa, aequius meliusque est, sextas retineri.

- 30) Auf die Formel der rei uxoriae actio beziehen sich auch wohl die Worte des Favolenus in L. 66. §. ult. D. h. t. quia nec melius aequiusque esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. S. Ant. SCHULTINGII Not. ad Dig. seu Pand. edit. a SMALLENBURG Tom. IV. ad h. L. pag. 554. Man vergl. noch L. 82. D. de Solution. S. BRISSONIUS de formulis et solemn. P. R. verbis. Lib. V. cap. 15. und SIGONIUS de iudiciis. Lib. I. Cap. 21. sub fin.

Dieß ist die *rei uxoriae actio*, welche, als eine *actio bonae fidei*, durch das prätorische Edict eingeführt wurde. Sie fand bey strenger und freier Ehe Statt. Denn Cicero<sup>31)</sup> gedenkt ihrer unter dem Namen *arbitrium rei uxoriae*, zu dessen Zeiten noch beyde Ehen üblich waren, obgleich die freie Ehe wohl schon damals gewiß bey weitem vorherrschte<sup>32)</sup>; und Gellius<sup>33)</sup>, bey dem die *rei uxoriae actio* genannt wird, hatte gewiß auch beyde, obwohl vorzüglich die strenge Ehe, die zu den Zeiten, da sich der Ehescheidungsfall des *Caryilius* ereignete, unstreitig noch die vorherrschende war, vor Augen. Nöthig war die Klage Anfangs nur für den Fall, da die Ehe durch Scheidung war getrennt worden, und nach dem Zeugniß des *Gellius* war sie auch ursprünglich nur für diesen Fall eingeführt. Erst in der Folge ward sie durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten auch auf den Todesfall ausgedehnt<sup>34)</sup>. Sie war aber doch nur für die Frau und deren Vater nöthig. Hatte ein Dritter die Dos aus seinem Vermögen für die Frau gegeben, und es war sein Wille, sie nach getrennter Ehe zurück zu haben, so mußte er sich den Rückfall versprechen lassen<sup>35)</sup>. Geschlich zur Rückforderung berechtiget waren nur die Frau, und deren Vater, aber weder die Erben der Frau, noch des Vaters konnten die *rei uxoriae actio* anstellen, oder sonst die Her-

31) In den Not. 28. angeführten Stellen.

32) *G. Haffe* §. 23. Not. 109. S. 75.

33) *N. A. IV.* 3.

34) *G. Pet. de TOULLIERU* Diss. II. de iure nuptiarum. Cap. I.

35) *Haffe* Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 61. S. 217.

ausgabe der Dos verlangen, wenn nicht besondere Stipulationen vorhanden waren <sup>36)</sup>).

So waren also nun zwey Klagen vorhanden, wodurch die Zurückgabe des Heyrathsguts nach getrennter Ehe verfolgt wurde. Eine Contractsklage, *actio ex stipulatu*, und eine gesetzliche, *rei uxoriae actio*. Da jedoch, wie bereits oben bemerkt worden ist, das eigentliche *ius dotium*, und alle Dos im juristischen Sinne nur der freien Ehe allein angehörte, welche zur Zeit derjenigen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die *Pandecten* sind verfaßt worden, wo nicht die alleinige, doch gewiß die vorherrschende war; so ist daraus zu erklären, wenn in den Fragmenten der *Pandecten* <sup>37)</sup> immer nur von einer *actio de dote* die Rede ist, *quae in bonum et aequum concepta est*. Die *rei uxoriae actio* war demnach das *genus*, sie war die allgemeine Klage, welche bey strenger und freier Ehe Statt fand. Die *actio de dote* aber die *species*, welche gerade nur bey der freien Ehe Statt hatte <sup>38)</sup>. Beyde Klagen, die gesetzliche und Contractsklage standen der Frau, und deren Vater zu Gebote. Denn wenn man sich nicht mit der *rei uxoriae actio* begnügen wollte, oder diese nicht Statt fand, da stipulirte man wegen Zurückgabe der Dos <sup>39)</sup>. Hatte ein *Extraneus* das Heyrathsgut für die

36) S. Burcharbi Grundzüge des Rechtssystems der Römer (Bonn 1822.) §. 25. S. 148.

37) Man sehe f. B. L. 8. D. de cap. minut. L. 36. D. de peculio.

38) S. Haffse §. 64. S. 224.

39) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. S. 695. Z. 15. der 8. Aufl.

Frau bestellt, und sich die Rückgabe der Dos, bey der Constitution derselben, auf den Fall der Trennung der Ehe, versprechen lassen; (dos receptitia) so konnte das Versprechen gültig auch ohne Stipulation geschehen<sup>40)</sup>, nur daß jetzt, wenn der Fall der Trennung eintrat, an der Stelle der *actio ex stipulatu*, eine *actio praescriptis verbis* auf Zurückgabe angestellt wurde, weil hier ein *contractus do ut des* vorhanden war<sup>41)</sup>.

Eine *condictio sine causa*, wenn die Ehe an sich nicht ungültig war, konnte jedoch den Mangel einer Stipulation hier nicht ersetzen<sup>42)</sup>. Denn auch davon abgesehen, daß in den Gesetzen die *condictio sine causa* in Beziehung auf Dos nirgends erwähnt wird, so ist auch diese Klage schon darum nicht möglich, weil keine Klage von den Erben der in der Ehe verstorbenen Frau gegen den Mann auf Restitution angestellt werden konnte. U.

40) *L. 1. Cod. de pactis convent. super dote.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS. Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet; nec obesse tibi debet, quod dici solet, *ex pacta actionem non nasci*: tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est *condictio*. S. auch *L. 10. Cod. de pact.*

42) *L. 20. §. 1. D. de pactis dotal.* *L. 6. Cod. de iure dot.* *L. un. §. 13. Cod. de rei uxor. act.* S. von Böhr angef. Abh. im Archiv für die civ. Prax. V. B. S. 292.

43) Anderer Meinung ist gleichwohl Burcharbi in den Grundzügen des Rechtssystems der Römer. §. 25. S. 150. Not. 265. Allein man sehe Haffe Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 59. S. 211. f.

pian<sup>43)</sup> sagt vielmehr, die dos adventitia sey immer bey dem Manne geblieben, wenn derjenige, welcher die Dos gegeben, sich die Rückgabe nicht ausdrücklich habe versprochen lassen. Daher wird in dem Titel *de iure dotium* gleich Anfangs als Grundsatz aus des Paulus *libro XIV. ad Sabinum* aufgestellt: *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.* Wie konnte man hier nach erfolgter Trennung der Ehe sagen, die causa dotis habe aufgehört, der Mann besitze die Dos sine causa?

Sich die Zurückgabe der Dos auszubedingen, war also jedem gestattet, der dieselbe gegeben hatte, nur mit dem Unterschiede, daß der Vater der Frau den Vertrag nicht als pactum, sondern nur durch Stipulation schließen konnte<sup>44)</sup>, dahingegen bey jedem andern Geber schon das pactum ohne verborum obligatio genügte, wenn es nur gleich Anfangs bey der Bestellung der Dos war geschlossen worden. Denn bey jedem Andern war die Constitution einer Dos willkürlich. Ließ er sich die Rückgabe nicht versprechen, so nahm man eine Schenkung an; in dem entgegengesetzten Falle aber war es gleichviel, er mochte

43) *Fragm. Tit. VI. §. 5.*

44) *L. 6. Cod. de iure dot. Imp. MAXIMINUS.* Avia tua eorum, quae pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres extitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium: quippe matris pactum actionem praescriptis verbis constituit: patris dotis actionem profectitiae nomine competentem conventionem simplici minime creditur innovare.

stipuliren oder bloß pacisciren, legem enim suae rei dicit, wie Paulus<sup>45)</sup> sagt. Der Vater hingegen war zur Bestellung einer Dos für seine Tochter, und zur Erhaltung derselben, gesetzlich verpflichtet, er konnte daher auch, nach getrennter Ehe, die dos profectitia nicht ohne deren Einwilligung zurückfordern. Ueberdem kam dem Vater wegen der dos profectitia schon die gesetzliche Klage, die dotis actio, zu statten, will er diese Klage, die ihm sonst nur in Verbindung mit seiner Tochter zusteht<sup>46)</sup>, sich zu eigen machen, so war eine förmliche Stipulation gleich Anfangs nöthig, daß bloße pactum vermochte nicht, eine solche Veränderung der gesetzlichen Klage hervorzubringen<sup>47)</sup>.

Wir haben oben bemerkt, die actio de dote habe sich zur rei uxoriae actio, wie die species zum genus verhalten. Sie beschränkte sich also bloß auf die Dos, als

45) L. 20. §. 1. D. de pactis dotal.

46) ULPIAN. *Fragm. Tit. VI. §. 6.* — Quod si in potestate patris sit sc. mulier, (divortio facto) pater, adiuncta filiae persona, habet actionem rei uxoriae. (So ist, statt revera mit Cujaz zu lesen.) S. SCHULTING *Jurispr. Antejust. pag. 582. Not. 21. L. 2. §. 1. D. h. t.*

47) L. 29. pr. D. h. t. L. 6. et 7. Cod. de iure dot. S. CUJACIUS *Recitation. solemn. in libros Cod. ad L. ult. de iure dot. Verb. Pater autem dotem. IDEM Observat. Lib. IV. cap. 21. Jo. Jac. WISSENBACH Commentation. in Libros VII. Cod. ad L. 6. et 7. de iure dot. Hub. GIPHANIUS Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. C. de iure dot. pag. 402. Ant. SCHULTING ad Ulpian. Tit. VI. §. 5. Not. 18. (in *Jurisprud. vet. Antejust. pag. 582.*) Man vergleiche auch das Scholion des griechischen Auslegers Theodoros in den *Basilicis Tom. IV. pag. 646. Sch. c.**

Gegenstand der Restitution, und hatte folglich nur bey freier Ehe Statt, welcher das eigentliche ius dotium angehörte. Auf das übrige Vermögen der Frau, welches nicht in das Eigenthum des Mannes zu ehelichen Zwecken war übertragen worden, auf die bona extra dotem, oder παραπερρα, erstreckte sich die Klage nicht, wenn auch die Frau diese Güter dem Manne anvertrauet hatte, und auch von demselben factisch für den Bedarf der Ehe waren benützt worden. Denn da dieses Vermögen der Frau selbst noch eigenthümlich gehörte; so war hier jene gesetzliche Garantie nicht nöthig, weil der Frau schon die gemeinen Rechtsmittel zu Gebote standen<sup>48)</sup>. Die rei uxoriae actio aber, insofern sie bey der strengen Ehe vorkam, konnte einen viel umfassenderen Gegenstand haben. Denn hier ging alles Vermögen, was sowohl die Frau dem Manne zubrachte, als was sie während der Ehe erwarb, in das Eigenthum des Mannes über<sup>49)</sup>, und ward also bey erfolgtem Divortium ein Gegenstand der Klage<sup>50)</sup>. So ist auch Sigonius<sup>51)</sup> zu verstehen, wenn er sagt: Differt autem uxoria actio ab actione de dote, quod illa ad dotem tantum pertinet, haec etiam ad peculium, et patrimonium uxoris. Nach Gasjus<sup>52)</sup> scheint jedoch der Hauptklage noch ein praeiudicium

48) L. 9. §. 3. D. de iure dot. S. Hesse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 61. S. 218. f.

49) Cicero Top. cap. IV.

50) S. Jao. RAEVARDUS de auctoritate Prudentum. Cap. IV. (Oper. Lugduni 1623. 8. edit. Tom. II. pag. 860. in fin. et sqq.)

51) De iudiciis. Lib. I. cap. 21. (De antiquo iure Pop. Rom. Tom. II. pag. 487. in fin.)

52) Institut. Veron. Lib. IV. §. 44. Schweppe in der Röm. Rechtsgeschichte und Rechts-Altenthümern §. 400.



cium vorangegangen zu seyn, weil die Vorfrage, wie viel die dos betrage, als Grundlage der Klage anzusehen war.

Immer setzte jedoch die rei uxoriae actio voraus, daß eine an sich gültige Ehe vorhanden war. Sine nuptiis enim nulla dos intelligitur.<sup>53)</sup> Es findet folglich auch keine dotis actio Statt.<sup>54)</sup> War also eine Ehe auf eine gesetzwidrige Art geschlossen, und daher nichtig, so konnte die Dos, welche in einem solchen Falle ge-

erklärt dieses praeiudicium dadurch, daß für die Hauptklage Ziele gesetzt waren, und doch schon zur Bestimmung des Ersten die Größe der Schuld im Ganzen feststehen mußte. Da die Frage, wie groß die Dos sey, als eine Vorfrage zu erörtern war, welche bisher Niemand für eine solche gehalten hat; so enthielt diese Praejudicial-Formel, wie Gajus a. a. D. sagt, eine bloße *intentio*, d. h. eine bloße Beziehung des Rechtsverhältnisses, als Grundlage der Klage, keine *condemnatio*, d. h. keinen Befehl an den *iudex* zu verurtheilen, oder loszusprechen. IV. 39—43. Und so erklärt sich der Begriff, den THEOPHILUS in *Paraphr. gr. Institution.* Lib. IV. Tit. 6. §. 13. vom *praeiudicium* giebt, wo er sagt: *Praeiudicium est formula ex sola constans intentione, neque enim condemnationem in se habet*, der vor der Entdeckung des Gajus ganz unverständlich war. S. Hugo Lehrbuch der Röm. Rechtsgeschichte. S. 472. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte. §. 556.

53) L. 76. in fin. D. de iure dot. L. 20. Cod. de donat. ante nupt.

54) L. 5. L. 39. §. 1. D. de iure dot. In der letzten Stelle sagt Ulpian: Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, nec ne: ut in castrato dicas *dotem non esse*; in eo, qui castratus non est, *quia est matrimonium, et dos et dotis actio est*.

geben worden, nur mit der *Condictio sine causa* zurückgefordert werden<sup>55)</sup>, wenn sie nicht, wegen der Strafwürdigkeit der Ehe, confiscirt wurde<sup>56)</sup>. Und war die Ehe bloß versprochen, aber dem Bräutigam die Sachen, welche zum Brautshaß bestimmt waren, schon voraus gegeben worden; so gingen diese zwar regelmäßig gleich in sein Eigenthum über; erfolgte jedoch nachher die Ehe nicht, und es kam zur Zurückforderung; so konnte auch hier nicht die *actio de dote*, sondern die *condictio causa data, causa non secuta* angestellt werden<sup>57)</sup>.

55) *L. 5. D. de condict. sine causa.*

56) *L. 52. D. de ritu nupt. PAULUS lib. VI. ad Sabinum. Incestae nuptiae neque dotem habent: et idēo omne, quod perceptum est, licet fructuum nomine, auferetur. L. 61. D. eod. PAPINIUS lib. XXXII. Quaestion. Dote propter illicitum matrimonium caduca facta, exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod iudicio de dote redditurus esset, maritus solvere debet. Man verbinde damit die *L. 38. §. 1. D. eodem.* und *L. 4. C. de incest. nupt.**

57) *L. 7. §. 3. L. 8. L. 59. §. 2. L. 74. D. de iure dot. L. 7. D. de condict. causa dat.* besonders *L. 1. C. de condict. ob causam dator.* wo Imp. ANTONINUS rescribirt: *Pecuniam, quam Te ob dotem accepisse, — proponis, impediēte quocunq̄ue modo iuris auctoritate matrimonium constare, nullam de dote actionem habes: et propter ea pecuniam, quam eo nomine recepisti, iure conditionis restituere debes.* S. CUSCIUS Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XI. Lib. V. de iure dot. Verb. *Utraque est.* Car. Ge. WÄCHTER Diss. de conditione causa data, causa non secuta in contractibus innominatis. (Tübingae 1823. 8.) §. 14. und Haffe Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 70. S. 243. f

Die beyden Hauptklagen zur Zurückforderung der Dos, nach erfolgter Trennung der Ehe, vor Justinian waren also die *rei uxoriae actio*, und die *actio ex stipulatu*, von denen die letztere bey weitem häufiger war, als die erstere<sup>58)</sup>. Der Grund wird sich von selbst ergeben, wenn wir den Unterschied beyder Klagen näher entwickeln werden, welches hier um so nöthiger ist, weil Justinian beyde Klagen zusammengeschmolzen hat. Beyde Klagen waren nun vor Justinian auf folgende Art unterschieden.

1) Die *actio ex stipulatu* war eine *actio stricti iuris*, welche der Berechtigte immer ohne Zuziehung oder Einwilligung der Frau anstellen konnte, so wie auch die Einwilligung derselben bey der Stipulation selbst nicht erforderlich war. Hatte jedoch der Vater das Heyrathsgut für die Tochter gegeben, und wegen der Rückgabe stipulirt, so mußte die Stipulation gleich bey der Bestellung der *Dos* geschlossen werden. Dann konnte sie auch ohne Einwilligung der Tochter geschehen. Stipulirte Er später, so war die Zuziehung und Einwilligung der Tochter nöthig. Eine Ausnahme hatte jedoch Statt, wenn Er die *dos* noch vor der Ehe gegeben hatte. Hier konnte der Vater auch noch nach der Bestellung des Brautshages stipuliren, und zwar ohne den Willen der Tochter, wenn es nur noch vor der Ehe geschah. Denn war die Ehe einmal geschlossen, und die *Dos* bestellt, so hatte die Frau das Heyrathsgut *acquirirt*. Stipulirte also der Vater ohne die Tochter, so konnte ein solcher Vertrag der Tochter eben so wenig präjudiciren, als wenn die Tochter ohne

58) S. *Cujacius Recitat. solemn. ad pr. L. un. Cod. de Rei uxoriae act.*

den Vater stipulirt hatte. Der für sich stipulirende Theil schadete nur sich selbst, wie dieses Alles aus folgenden Gesetzen erhellet.

L. 7. D. de pactis dotalibus. POMPONIUS libro XV. ad Sabinum. Cum dos filiae nomine datur, optimum est, pactum conventum cum utroque generum facere: quamquam initio dotis dandae legem, quam velit, etiam *citra personam mulieris*, is qui dat, dicere possit. Si vero *post datam* pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est: *quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset*: quo casu si solus pater pactus esset *sine filia*, sive solus agat, sive adjuncta filiae persona, ei soli nocebit, et proderit pactum conventum: nec si <sup>59)</sup> sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei.

L. 29. D. Soluta matrimonio. ULPIANUS Libro III. Disputationum. Quotiens pater dotem dat, et stipulatur <sup>60)</sup>, ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si *ex continenti* stipuletur: ceterum, si *interposito tempore* stipulari velit, non nisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit: quia deteriores conditionem in dote filiae facere non potest, nisi *consentiat*. Plane si *ante nuptias* dotem dederit, poterit *ex intervallo*, ante

59) HALOAND. und MIRAEUS lesen: *sed si*. Diese Lesart billiget auch POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 4. Nr. XIII. Not. i. pag. 31. Allein JAUCHIUS de Negationib. Pandect. Flor. pag. 95. sq. verwirft sie.

60) Sc. *dotem soluto matrimonio sibi reddi*.

nuptias tamen, et *citra voluntatem quoque filiae stipulari* <sup>61)</sup>.

L. 7. *Cod. de iure dot.* Imp. GORDIANUS. QUUM a socero tuo pro uxore dos tibi daretur, si ea in stipulationem deducta non est *sub tempore dationis*, sed postea: socer tuus tecum paciscendo, si id non *ex voluntate filiae suae* fecit, conditionem eius laedere non potuit.

L. 28. *D. eodem.* PAULUS *Libro VII. ad Sabinum.* Post nuptias pater non potest deteriorem causam filiae facere, *quia nec reddi ei dos invita filia potest.*

Diesem scheint jedoch die L. 40. *D. Solutio matrim.* zu widerstreiten, wo Papinian, aus dessen *Libro XXVIII. Quaestionum* dieses Fragment genommen ist, sagt:

Post dotem datam, et nuptias contractas, stipulatus est pater filiae voluntate, *divortio facto dotem dari*: si conditio stipulationis impleatur, et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione submovendus erit.

Die Glosse hat fünferley Versuche gemacht, dieses Fragment zu erklären, um es mit den angeführten übrigen Fragmenten zu vereinigen. Allein schon Cujas <sup>62)</sup>

61) Denn ein Recht erwirbt die Tochter erst, wenn die Ehe nachher erfolgt. S. POTHIER c. I. Nr. XIV. not. n.

62) Observation. Lib. IV. cap. 21. und ad Africanum Tract. VI. ad L. ult. *D. Ratam rem haberi.* Verb. Sciendum est.

hielt sämmtlich keiner nähern Prüfung werth. Nec enim digna sunt opera nostra, sagt er; πάντα μὴ κόνις. Er selbst hält jeden Versuch für vergeblich, weil die Lesart unrichtig sey. Die wahre Lesart erkenne man aus den Basiliken<sup>63)</sup>, und den griechischen Scholien<sup>64)</sup>, das selbst heiße es überall: παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς, *citra voluntatem filiae*. Lese man also mit den Griechen: *sine voluntate filiae*, so sey der Knoten gelöst. Diese Emendation gewinnt dadurch eine neue Stütze, daß Charondas in seiner trefflichen Ausgabe der Pandecten bey diesem Gesetz am Rande die Bemerkung macht, auch in seiner Handschrift werde *praeter filiae voluntatem* gelesen. Ihm stimmen daher die meisten neuern Rechtsgelehrten<sup>65)</sup> bey. Da aber doch die meisten Mss. mit der Florentinischen Lesart übereinstimmen, und in allen gedruckten glossirten und nicht glossirten Ausgaben das *sine* fehlt; so erscheint freylich die Cujacianische Aenderung des Textes als gewaltsam und bedenklich. Man hat daher neuere Versuche gemacht, das Gesetz ohne Aenderung des Textes zu erklären. Ulrich Huber<sup>66)</sup> will die L. 40. so verstehen, als ob der Vater mit der Tochter stipulirt

63) *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 38. pag. 556.

64) Tom. IV. pag. 397. Sch. i.

65) *Ger. Noont Comm.* ad Dig. h. t. Verb. Sequens inspectio. (*Oper.* Tom. II. pag. 526.) *Voet Comm.* ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7. *Ant. Schulting Notae* ad Dig. seu Pandect. a *Smalenburg* edit. Tom. IV. ad L. 40. D. h. t. pag. 546. *Pothier Pandect. Iustinian.* Tom. II. Tit. de pactis dotal. Nr. XV. Not. p. pag. 51. und *Voorda Thes. controversar.* Dec. XI. §. 8.

66) *Praelect. ad Pand.* T. II. h. t. §. 4.

habe, daß die dos, im Falle die Ehe wieder geschieden würde, ihr restituirt werden solle, wenn sie dieselbe verlange. Hieraus erkläre sich denn, warum der Vater, wenn der Fall eintritt, mit einer Einrede abzuweisen sey; und da man vermöge der mütterlichen Liebe annehmen müsse, daß sie auch für ihre Kinder gesorgt habe, so sey es nun begreiflich, warum es heiße: *si postea filia sine liberis decesserit*. Eben dieß scheint auch Bynkershøks Ansicht zu seyn, welcher meint, daß das Wort *filiae* zu geminiren sey, nämlich sc. *stipulatus est pater filiae, filiae voluntate etc.* <sup>67)</sup>. Nicht sehr davon unterschieden ist die Erklärung des Petrus Vanderanus <sup>68)</sup>, welcher die L. 40. so versteht, der Vater habe *filiae nomine*, und als deren *negotiorum gestor*, stipulirt. Allein da die dos *profectitia*, nach dem Tode der Tochter, obnehin an den Vater zurückfiel, so pflegten die Väter gewöhnlich nur zu ihrem eigenen Vortheil auf den Fall der Ehescheidung zu stipuliren, um die Klage auf Zurückgabe der dos nach getrennter Ehe allein, und ohne Zuziehung der Tochter, anstellen zu können. Daß dieses wirklich auch hier der Fall war, lehrt uns der griechische Scholiast in den Worten:

Πατήρ μετὰ ἐπίδοσιν τῆς προικὸς, καὶ μετὰ σύστασιν τοῦ γάμου, παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς αὐτοῦ, ἐπηρώτησε βεπουδίου γενομένου, αὐτῷ ἀποδοθῆναι τὴν προῖκα. i. e. *Pater post dotem datam, et nuptias contractas, CITRA VOLUNTATEM FILIAE*

67) In der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. civ. not. 5. pag. 429.

68) Comment. de privilegiis creditorum. Cap. IV. §. Sed forte. (in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 692.)

*SVAE, stipulatus est, divortio facto dotem sibi reddi.*

Man erinnere sich hier, was der unsterbliche Hausbold<sup>69)</sup>, über den hohen Werth der griechischen Scholien geurtheilt hat.

Herr Prof.. Dirksen<sup>70)</sup> hat gleichwohl aufs neue versucht, die L. 40. ohne Aenderung des Textes zu erklären. Die Vermuthung, sagt er, liegt sehr nahe, daß bey dem Worte *pater* ein Kolon zu setzen, und die Worte: *filiae voluntate divortio facto dotem dari*, zusammen, als Inhalt der Stipulation, zu betrachten, mithin die Ausdrücke *filiae voluntate* zur *conditio* zu ziehen seyen, und zur näheren Bestimmung des *divortii* gehören. Unfre L. 40. stelle zwar alles auf den Tod der Frau; aber dieß erkläre sich daraus, weil, bey dem Leben der Tochter, der Vater nur mit deren Zustimmung die *dos* repetiren konnte<sup>71)</sup>, hier aber, im Fall die Ehescheidung durch die Frau herbengeführt worden, der Schuldner eine *exceptio* aus dem Betragen der Frau herleiten, und sich der *retentiones dotis* bedienen dürfte<sup>72)</sup>. Auch sey der Fall: *si filia sine liberis decesserit*, hier gewiß nicht ohne Grund von dem Juristen hervorgehoben worden,

69) *Manuale Basilicor. (Lipsiae 1819. 4.) in Praefat. pag. IV.* Man vergleiche auch das Zeugniß eines Wiglius Zuichemus in der Vorrede zur neuen Ausgabe meiner Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge (Erlangen 1822.) S. XI.

70) *Stollische Abhandlungen 1. B. (Berlin 1820. 8.)* Abh. 5. S. 410. f.

71) *ULPIAN. Fragm. Tit. VI. §. 6.*

72) *UPLIAN. a. a. D. §. 9. 10. 12.*



um nämlich jeden Anlaß zur Retention (propter liberos) aus dem Wege zu räumen.

Ob durch diesen jüngsten Versuch die Aenderung des Textes entbehrlich geworden sey, mögen competentere Richter, als ich, beurtheilen. Mir scheint wenigstens die Schwierigkeit dadurch nicht gehoben zu seyn. Denn wäre ein *divortium filiae voluntate factum*, man erkläre nun dieses für *bona gratia*, oder *culpa filiae factum*, die Bedingung der Stipulation, und diese an sich gültig gewesen; so konnte der Zurückforderung der Dos, wenn der Fall der Scheidung wirklich eingetreten war, von Seiten des Vaters durchaus kein Hinderniß im Wege stehen. Denn die *actio ex stipulatu* konnte der Vater ohne Zuziehung oder Einwilligung der Tochter anstellen<sup>73)</sup>; und Retentionen fanden bey dieser Klage auch nicht Statt, weil sie immer auf das Ganze ging<sup>74)</sup>. Die dagegen von Dirksen aus Ulpian<sup>75)</sup> angeführte Stelle kann hier nicht zur Erläuterung dienen, weil Ulpian an dem angeführten Orte nicht von der *actio ex stipulatu*, sondern bloß von der *Rei uxoriae actio* spricht, wie auch schon Hasse<sup>76)</sup> bemerkt hat. In dem gegenwärtigen Falle mußte also die Stipulation des Vaters wegen Zurückgabe der Dos, im Falle der Ehescheidung, auf keine rechtsgültige Art geschehen seyn. Denn sie war nicht gleich bey der Bestellung der Dos, auch nicht vor der Ehe, sondern erst nachher geschehen. Hier war die Einwilligung der Tochter durchaus nöthig, wie alle von mir oben an

73) *L. un. §. 14. C. de Rei uxori. act.*

74) *L. un. §. 7. Cod. eodem.*

75) *Fragm. Tit. VI. §. 6.*

76) *Güterrecht der Ehegatten* 1. B. §. 52. Not. 268. S. 191.

geführten Gesetzstellen klar beweisen. Ohne ihre Zustimmung war die Stipulation für sie unverbindlich. War daher auch die Bedingung der Ehescheidung eingetreten, so konnte doch nun der Vater nicht für sich allein auf die Zurückgabe der Dos klagen, sondern ihm konnte die Einrede, daß die erst nach geschlossener Ehe ohne Einwilligung der Tochter errichtete Stipulation ungültig, und er folglich bey'm Leben der Tochter die Dos ohne deren Zuziehung zurückzufordern nicht berechtigt sey, entgegengesetzt werden. Und eben so konnte nun auch nach dem Tode der Tochter, wenn Kinder da waren, die *actio ex stipulatu* nicht auf das Ganze gerichtet werden, sondern der Vater mußte sich die Abzüge wegen der Kinder gefallen lassen. Nur wenn die Tochter ohne Kinder gestorben war, verstand sich der Rückfall der Dos an den Vater von selbst.

So bleibt also doch die Hülfe der Griechen das einzige Mittel, aller Schwierigkeit abzuhelpfen, und es ist wohl der Mühe werth, folgende Worte des griechischen Scholiasten hier noch hinzuzufügen.

Εἰν ἐξέλθη τῆς ἐπερωτήσεως ἡ ἀίρεσις, τουτέστιν, εἰν πεμφθῆ το ρεπόνδιον, καὶ τελευτήσῃ ἀτεκνος ἡ θυγάτηρ αὐτοῦ, οὐκ ἐμποδίζεται κινεῖν τὴν ἐξ στιπουλάτου. ξώσης δὲ τῆς θυγατρὸς, εἰν ἐπιχειρήσῃ κινῆσαι, ἐκβάλλεται παραγραφῆ, ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς ἐπηρώτησας, μετὰ σύστασιν τοῦ γάμου παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς.

*Si conditio stipulationis exstiterit, hoc est, si remissum fuerit repudium, et filia eius sine liberis decesserit: non impeditur, quo minus ex stipulatu agat. Viva autem filia si agere velit, repellitur ex-*

*ceptione: AT SI NON POST CONTRACTAS NUPTIAS MALE STIPULATUS ES SINE VOLUNTATE FILIAE.*

Siegm. Reich. Jauch <sup>77)</sup> mag also immerhin sein frustra für sich behalten.

Das Nämliche hatte Statt, wenn auch ein Extraneus die dos bestellte. Stipulirte er gleich Anfangs, so konnte er sich die Rückgabe der dos auch ohne Wissen und Willen der Frau versprechen lassen. Nachher aber nur mit ihrer Einwilligung.

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

Da die actio ex stipulatu stricti iuris war, so fand sie auch immer nur in dem Falle statt, auf den die Stipulation ging. Sie war also entweder nur auf den Fall der Ehescheidung, oder nur auf den Todesfall beschränkt. Trat der stipulirte Fall nicht ein, so konnte sie auf den andern nicht erstreckt werden, sondern die Stipulation war erloschen. Man war sogar Anfangs darüber im Streite, ob die allgemeine Fassung der Stipulationsformel: *Soluto matrimonio dotem reddi*, beyde Fälle unter sich begreife, wenn sie nicht beyde besonders ausgedrückt waren. Erst durch einen kaiserlichen Urtheilspruch ward dieser Streit bejahend entschieden. Dieß Alles werden folgende Stellen aus den Pandecten bestätigen.

77) Meditation. critic. de Negationib. Pandect. Florentina. p. 175.

L. 26. §. 5. D. de pactis dotal. PAPINIANUS Libro IV. Responsorum. Pater, si filia nupta mortem obisset, dotem dari stipulatus est. Constante matrimonio, capitali crimine damnatus est <sup>78)</sup>: divortio secuto, vel morte viri soluto matrimonio, stipulationis conditio deficit <sup>79)</sup>. Quod si mulier in matrimonio decesserit, ex stipulatu fisco dotis actio quaereretur. Post verum autem divortium renovatis nuptiis, non committitur fisco stipulatio, licet defuncta sit in matrimonio filia: quoniam ad primas nuptias pertinet.

L. 22. pr. D. Solutio matrimon. ULPIANUS Libro XXXIII. ad Edictum. Si cum dotem daret pater, vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit, vel in divortium, vel in mortem; dicendum est, in eum casum, in quem non pepigit, esse mulieri actionem.

L. 240. D. de Verbor. Signif. PAULUS ex libris sex, libro primo imperialium Sententiarum in cognitionibus prolatarum. Cum quaerebatur, an verbum SOLUTO MATRIMONIO DOTE REDDI, non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentient? et multi putabant hoc sensisse, et quibusdam aliis contra videbatur: secundum hoc motus Imperator pronuntiavit, id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum.

78) Hierdurch ging mit dem Vermögen des Vaters auch das Recht aus der Stipulation auf den Fiscus über.

79) Denn die Stipulation war nur auf den Todesfall gerichtet.

L. 56. D. Solutio matrim. PAULUS Libro VI. ad Plautium. Si quis sic stipuletur a marito, si quo casu TITIA tibi nupta esse desierit, dotem dabis? Hac generali commemoratione, et ab hostibus capta ea, committetur stipulatio, vel etiam si deportata fuerit <sup>80)</sup>, vel ancilla effecta: hac enim conceptione omnes hi casus continentur. Plane quantum veniat in stipulatione, utrum quasi mortua sit, an quasi divortium fecerit? Humanius quis id competere dixerit, quod propter mortem convenit.

Auch dieses letzte Fragment bestätigt den Satz, daß eine allgemein gefaßte Stipulation wegen Rückfalls der Dos alle Fälle der Trennung der Ehe unter sich begriff. Doch scheinen die letztern Worte einige Schwierigkeit zu machen. Man will sie von einem Anhang der Stipulation erklären, in welchem noch der beyden Fälle, der Scheidung und des Todes, namentlich gedacht, und auf jeden Fall besonders bestimmt worden sey, wieviel von der Dos zurückgegeben werden solle, ob die ganze Dos, oder dieselbe nur zum Theil. Z. B. mit der Formel: *Et quidem si divortio nupta esse desierit, totam red-*

80) Nämlich wenn der Mann die Ehe nicht mit ihr fortsetzen wollte. L. 5. §. 1. D. de bonis damnator. L. 1. Cod. de repudiis. S. Desid. HERALDUS de Rerum iudicatar. auctoritate. Lib. II. cap. 7. §. 15. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. II. pag. 1190.) *Jos. Fernand. de REBUS* Comm. ad Tit. D. de interdictis, et relegat. et deportatis. Lib. II. cap. 5. (Tom. V. *Thes. Otton.* pag. 1208.) *Ant. FABER* Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Illat. 14. pag. 415. und *Ant. SCHULTING* Notae ad Digesta seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 350.

*des, si morte, dimidiam* <sup>81)</sup>). Mich dünkt, es sey hier die Frage entschieden, ob unter der allgemeinen Stipulation, daß wenn sich irgend ein Fall ereignet, wodurch die Ehe wieder getrennt würde, der Mann die Dos restituiren solle, auch die Fälle mit begriffen sind, da die Ehe nicht gerade durch den Tod, oder durch Scheidung, sondern durch irgend eine andere factische, oder rechtliche Nothwendigkeit ist aufgehoben worden? Es werden hier alle dergleichen Fälle angeführt, nämlich wenn die Frau in feindsliche Gefangenschaft gerathen, oder deportirt worden, oder zur Strafe in Sklaverey verfallen ist. Daß nun unter jener allgemeinen Stipulationsformel: *Si quo casu Titia tibi nupta esse desierit*, alle diese Fälle mit begriffen sind, hatte an sich keinen Zweifel. Allein die Frage war, zu welcher Art von Trennung man sie rechnen solle, zum Falle der Scheidung, oder zum Todesfall? Gewissermassen konnte man diese Fälle als eine Art zum Theil verschuldeter Scheidung ansehen <sup>82)</sup>; allein man hielt es dennoch für billiger, sie zu Gunsten des Stipulators zum Todesfall zu zählen, weil sie an diesen näher gränzten <sup>83)</sup>.

81) *S. Franc. DUARENUS ad h. L. Oper. pag. 291. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. de pactis dotalibus. Nr. XXVI. Not. d.*

82) Man sehe hier vorzüglich Haffe Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 55. u. 56. S. 197 — 201.

83) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 404. Sch. m. sagt: ἀπαιτεῖται δὲ ὁ ἀνὴρ οὐ πρὸς τὸν ἀπὸ βεπονδίων κάσον ἐπὶ τούτων τῶν δεμάτων τὴν προίκα, ἀλλὰ πρὸς τὸν ἀπὸ τελευτῆς. i. e. *His autem casibus dos a marito repetitur, non velut in casum divortii, sed velut in casum mortis.* und CYRILLUS sagt: Ο ἑπερωτήσας τὴν προίκα δια

Man hat also nicht nöthig, mit Franz Duarenus<sup>84)</sup> anzunehmen, Plautius, den Paulus mit seinen Anmerkungen bereichert hat, habe gerade einen solchen Fall angeführt, wo auf den Todesfall vortheilhafter war stipulirt worden, als auf den Fall der Ehescheidung. Man müsse aber hier immer darauf sehen, was nach der Beschaffenheit der eingegangenen Stipulation billiger sey, so daß also der nicht ausgedrückte Fall bald zum Todesfall, bald zum Fall der Ehescheidung zu zählen sey, je nachdem es die Billigkeit erfordere. Denn für den Stipulator ist doch wohl der Todesfall vortheilhafter.

Als *actio stricti iuris* ging die *actio ex stipulatu* immer auf das Ganze, und konnte daher weder durch das *beneficium competentiae*, noch durch Retentionen gemindert werden<sup>85)</sup>. Denn die Verbindlichkeit zur Restitution der *dos* ward als eine wahre Schuld betrachtet, deren Zahlungstermin sogleich nach erfolgter Trennung der Ehe eintrat<sup>86)</sup>. Als Schuld kam daher auch die *dos* bey

*τρόπω εὖν διαλυθῆ ὁ γάμος, καὶν ἀιχμάλωπος ἢ δεπορτεῦτη γένηται ἢ γυνὴ ἀπαιτεῖ τὸν ἀπὸ τελευτῆς κάσον. ἰ. ε. Qui dotem quovis modo stipulatus est, si dissolutum fuerit matrimonium, etiam si ab hostibus capta, aut deportata fuerit mulier, quod in casum mortis conuenit, ab eo repetitur.*

84) Cit. loc.

85) *L. un. §. 5. et 7. Cod. de rei uxor. action. S. CUIACIUS* Recitation. solemn. in *Cod. ad h. L. un. §. 5. et 7.*

86) *L. un. §. 7. Cod. de Rei uxor. act. Cum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori illico, et in solidum fieri iubebat.*

der Berechnung der Falcidie in Anschlag, wenn die Frau von ihrem Manne zur Erbin eingesetzt war<sup>87)</sup>, und hatte ihr der Mann ein Vermächtniß hinterlassen, so erhielt die Frau Beydes, das Vermächtniß und die dos, wenn nicht der Mann besonders verordnet hatte, daß ihr das Legat, statt der dos, sey hinterlassen worden<sup>88)</sup>. War die Stipulation zum Vortheil des Vaters errichtet worden, so hatte die Tochter keine weitem Ansprüche an die Dos, wenn sie nicht Erbin desselben geworden war<sup>89)</sup>. Der Vater konnte daher die Klage allein ohne Einwilligung der Tochter anstellen<sup>90)</sup>. Als Contractsklage, stand auch die *actio ex stipulatu* nicht bloß dem Stipulator, sondern auch seinen Erben zu<sup>91)</sup>. Hatte daher der Vater die dos

87) *L. un. §. 8. C. eodem.* Igitur et in sequenti capitulo sua ex stipulatu actio utatur natura: ut si mulier a marito fuerit heres instituta, et legis Falcidiae ratio emerit, etiam dotis debitum liceat ei, sicuti alia debita, ex substantia mariti subtrahere, et sic quartam partem deducere.

88) *L. un. §. 5. C. eodem.* Primum itaque quid naturale sit ex stipulatu actionis, exponatur: — Sciendum itaque est, Edictum Praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare: ita ut uxor et a marito relicta recipiat, et dotem consequatur: nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit: cum manifestissimum sit, testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.

89) *L. un. §. 11. C. eodem.*

90) *L. un. §. 14. C. eodem.* Quod non erat in ex stipulatu actione: ibi enim et solus actionem habebat, consensu filiae non exspectata: et si decedebat, ad suos heredes trans mittebat.

91) *L. un. §. 4. C. eodem.* Maneat ex stipulatu actionis ius ad successores, et sine mora, transmissionis in-



für die Tochter bestellt, und diese nachher enterbt; so konnten zwar die Erben desselben die *actio ex stipulatu* nach getrennter Ehe gegen die Tochter anstellen; denn sie hatte keinen Anspruch an die *dos*. Dagegen stand ihr aber auch die *Querela inofficiosi testamenti* gegen das Testament ihres Vaters zu; so wie hingegen, wenn sie zur Miterbin eingesetzt war, die *actio ex stipulatu* gegen sie getheilt angestellt wurde<sup>92)</sup>. Die *actio ex stipulatu* hatte aber auch gegen die Erben desjenigen Statt, welcher die *dos*

*corruptum*. Diese Worte müssen eigentlich so construirt werden: *maneant ius transmissionis actionis ex stipulatu ad successores, et sine mora, incorruptum*, und die Worte *et sine mora* sind so zu verstehen: *etiamsi nulla mariti mora intervenerit*. Diese Ampliation bezieht sich auf die Unvererblichkeit der *rei uxoriae actio*, wovon nachher die Rede seyn wird. Hierauf deutet die *L. 26.* in Verbindung mit *L. 27. D. h. t. C. Cujacius* Recitat. ad h. *L. un. cit.*

- 92) *L. un. §. 11. C. eodem*. Cumque iuris certi atque indubitati sit, si parens per virilem sexum ascendens, dote pro filia vel nepte praestita, emancipaverit eam, vel ipse decesserit, in rei uxoriae actione dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etiamsi fuerit exheredata: quod non erat in ex stipulatu actione, ibi etenim, velut aliae actiones, in omnes coheredes actio dividebatur: aequissimum nobis visum est, et in ex stipulatu actione mulierem dotem suam praecipuam accipere, etsi emancipata vel exheredata sit, vel cum aliis heredibus scripta. — §. 12. Quo a nobis recepto, et aliae multae species promptum accipient exitum: cum dos possit et de inofficioso actionem excludere, maxime si sufficit ad quartam, et in collationem ferri, si intestatus paterfamilias decesserit, et testamento facto, quando hoc testator dixerit.

empfangen hatte, wobey zuweilen den Miterben eine Caution wegen der Entschädigung geleistet werden mußte<sup>93)</sup>. Man setze, der Themann wäre noch in väterlicher Gewalt gewesen, und die Dos nicht ihm, sondern seinem Vater in die Hände gegeben worden. Der Vater starb, und hatte den verheyratheten Sohn, nebst andern, zum Erben eingesetzt. Hier nimmt der Sohn die Dos seiner Frau vorweg, weil sie nicht zum Nachlaß des Vaters gehört, und er, als Mann, nun selbst dafür zu stehen, und die Lasten der Ehe davon zu bestreiten hat, die vorher dem Vater oblagen. Weil sich aber doch diejenigen, denen künftig, nach erfolgter Trennung der Ehe, das Heyrathsgut zurückzugeben war, deshalb an die sämtlichen Erben des Schwiegervaters halten konnten, dem das Heyrathsgut war gegeben worden, so mußte sie der Mann und Miterbe durch Caution gegen diesen Anspruch sicher stellen<sup>94)</sup>. Noch ist zu bemerken,

93) *L. un. §. 10. C. eodem.* Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suae uxoris, vel nurus, in familiae erciscundae iudicio praecipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis praestanda. *S. Cujacius ad h. L.*

94) Zur Erläuterung kann dienen *L. 20. §. 2. D. Familiae ercisc. Ulpianus libro XIX. ad Edictum.* Hoc amplius, filiusfamilias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet, nec immerito: quia ipse onera matrimonii sustinet. *Integram igitur dotem praecipiet, et cavebit, defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conveniri.* Idem et si alius dotem dedit, et stipulatus est. Nec solum uxoris suae dotem, sed etiam filii sui uxoris: quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet: quia filii onera et nurus ipse agnoscere necesse habet. *S. Westphal's System der*

daß mit der *actio ex stipulatu* kein Vorzugs- oder Sicherheitsrecht verbunden war; jedoch konnte zur Sicherheit durch *Stipulation* eine Hypothek constituirt werden<sup>95)</sup>.

2) Von ganz anderer Beschaffenheit war die *Rei uxoriae actio*. Diese war eine *actio bonae fidei*<sup>96)</sup>, und zwar gehörte sie zu derjenigen Classe der *actionum bonae fidei*, die in der Instruction für den *Judex* den Befehl hatten: *quantum aequius melius sit*<sup>97)</sup>. Cicero<sup>98)</sup> nennt sie daher *arbitrium rei uxoriae*. *Quid enim est in arbitrio?* sagt er<sup>99)</sup>, *mite, moderatum, quantum aequius melius sit dari*. Sie ward durch den *Prätor* eingeführt, und hatte folgende Eigenheiten.

1) Die *rei uxoriae actio* konnte nur von der Frau oder dem Vater derselben bald concurrirend, bald von jedem allein angestellt werden. Aber weder die Erben der Frau noch des Vaters konnten sie anstellen. Die Theorie

Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungslage. §. 759.

95) S. von Löhr angef. Abhandlung in dem Archiv für die civilist. Praxis 5. B. S. 292.

96) §. 29. I. de action. L. 8. D. de capite minut. L. 56. D. de peculio. L. 21. D. Solutio matrim. L. un. §. 2. C. de rei uxor. act.

97) CICERO de Officiis. Lib. III. cap. 15. IDEM in Topicis. Cap. 17. Add. L. 66. §. ult. D. Solutio matrim. L. 82. D. de Solution. S. auch SIGONIUS de Judiciis Lib. I. Cap. 21. a. E.

98) Locis citat. Man sehe auch L. 12. D. de impensis in res dotal. factis.

99) Orat. pro Roscio Comoedo. Cap. 4.

des ältern Rechts über die gesetzliche Zurückforderung der Dos mittelst dieser Klage war nämlich folgende.

I. War die Ehe durch den Tod der Frau getrennt worden, und der Vater lebte noch; so konnte dieser die dos profectitia mit der rei uxoriae actio unbedingt zurückfordern, die Frau mochte noch in väterlicher Gewalt, oder sui iuris gewesen seyn. Jedoch konnte der Mann für jedes Kind ein Fünftel der Dos zurückbehalten. Die dos adventitia aber verblieb dem Manne. Lebte hingegen der Vater nicht mehr, so behielt der Mann jede Dos, sie sey profectitia oder adventitia, wenn nicht die Rückgabe ausdrücklich stipulirt war <sup>100</sup>).

II. War hingegen die Auflösung der Ehe bey dem Leben der Frau erfolgt, es mochte nun durch den Tod des Mannes, oder durch Divortium geschehen seyn, und der Vater lebte noch, so klagte die Frau allein, wenn sie

100) ULPIANUS *Fragm. Tit. VI. §. 4.* Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet. — §. 5. Adventitia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuit: quae dos specialiter receptitia dicitur. Man verbinde damit noch *L. 6. pr. D. de iure dot. L. 5. D. de divortiis. L. 10. pr. L. 59. D. Soluta matrimonio. L. 71. D. de evictionib. L. 5. D. de bonis damnator. L. 4. Cod. Soluta matrim.* Vergl. CUIACIUS *Recitat. solemn. ad L. un. §. 6. Cod. de rei uxor. act. und Observation. Lib. IX. cap. 4. und Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 25. S. 148. f. Not. 262.*

sui iuris war, auf die Restitution der dos<sup>1)</sup>, ohne Unterschied, ob die dos eine adventitia oder profectitia war<sup>2)</sup>. Der Vater hatte keine Ansprüche auf die Restitution<sup>3)</sup>, auch nicht ihre Erben, wenn etwa die geschiedene Frau noch vor erfolgter Restitution der Dos starb, wofern nicht bey ihrem Leben schon lis contestirt war, oder der Mann sich bey der Zurückgabe der Dos eines Verzugs schuldig gemacht hatte<sup>4)</sup>.

- 1) *ULPIANUS Fr. Tit. VI. §. 6. Divortio facto, siquidem sui iuris sit mulier, ipsa habet actionem, id est, dotis repetitionem.*
- 2) *L. 2. pr. D. h. t. L. 2. C. eodem. S. SCHULTING ad Ulpian. Tit. VI. §. 6. Not. 20. in Jurispr. Antejust. pag. 582.*
- 3) *L. 22. §. 5. D. h. t. Verb. vel etiam emancipata sit, frustra pater aget.*
- 4) *ULPIAN. Frag. Tit. VI. §. 7. Post divortium defuncta muliere, heredi eius actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.* Von dieser Ausnahme ist auch wohl *L. 27. D. h. t.* zu verstehen, wo *Gajus* sagt: *Si post divortium mortua muliere, heres eius cum viro, parenteve eius agat: eadem videntur de restituenda dote intervenire, quae ipsa muliere agente observari solent.* Denn in der vorhergehenden *L. 26.* ist von der mora mariti die Rede. Auch der Erbe der Frau muß dem Manne das beneficium competentiae, wovon in der folgenden *L. 28.* Erwähnung geschieht, eben sowohl gestatten, als wenn die Frau selbst klagte. Hierdurch erklärt sich das *et sine mora*, als Gegensatz der *actio ex stipulata*, in *L. un. §. 4. Cod. de R. U. act.* Man sehe *CUJACIUS Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. 4. de rei ux. act. et ad §. 6. eiusdem L. und DUARENUS in Comm. ad L. 27. D. Solutio matrim.*

Befand sich die Frau hingegen noch in der Gewalt des Vaters, so stand die rei uxoriae actio dem Vater und der Tochter gemeinschaftlich zu. Der Vater konnte nicht für sich allein, und ohne Zustimmung der Tochter klagen, und eben so wenig die Tochter, und auch hier galt kein Unterschied, die Dos mochte adventitia oder profectitia seyn<sup>5)</sup>. War daher die Tochter abwesend, so mußte der Vater wegen der Genehmigung derselben Caution leisten<sup>6)</sup>. War hingegen die Tochter gegenwärtig,

- 5) ULPIANUS Tit. VI. §. 6. Quod si in potestate patris sit, pater, adiuncta filiae persona, habet actionem revera: nec interest, adventitia sit dos, an profectitia. Daß das revera hier keinen rechten Sinn hat, sondern statt dessen wahrscheinlich rei uxoriae zu lesen sey, ist schon oben bemerkt worden. CUVACIUS in Comm. ad L. un. C. de rei uxor. act. §. Accedit. ist davon so lebhaft überzeugt, daß er sagt: Ausim omni pignore contendere, pro revera esse legendum rei uxoriae, errore nato ex notis. Man sehe jedoch HUGO ius civile Antejustin. Tom. I. pag. 25. Not. 11. War es streitig, ob die Frau noch in väterlicher Gewalt sey, weil sie behauptete, sie sey materfamilias, so wurde der Vater zur Klage anders nicht zugelassen, als wenn er bewies, die Tochter sey noch in seiner Gewalt, und wegen der Zurückforderung der dos mit ihm einverstanden. L. 34. D. h. t. Daß in der L. 2. §. 1. D. eodem nur von der dos profectitia die Rede ist, rührt nicht von einer Interpolation Tribonian's her, sondern bezieht sich auf den Fall der Delegation, dessen in dem pr. L. 2. Erwähnung geschieht. S. SCHULTING Jurispr. Antejust. pag. 585. Not. 22.

- 6) L. 2. §. 2. in fin. D. h. t. Sed si absens filia sit, dicendum erit, non ex voluntate eius id factum: cavendumque, ratam rem filiam habituram, a patre.

tig, so wurde ihre Einwilligung vermuthet, wenn sie keinen ausdrücklichen Widerspruch einlegte<sup>7)</sup>. Eben so ward auch bey einer blödsinnigen Tochter eine Einwilligung angenommen, weil sie keines Widerspruchs fähig war<sup>8)</sup>. Der Unterschied bestand jedoch darin, daß hier kein Gegenbeweis Statt fand, dahingegen in jenem Falle die Tochter mit ihrem Widerspruche noch zugelassen werden mußte, wenn sie zeigte, daß sie gerechte Ursachen habe, ihre Zustimmung zu versagen<sup>9)</sup>, z. B. weil ihr Vater im üblen Rufe stehe, und zu besorgen sey, daß er das Heyrathsgut verschwenden werde<sup>10)</sup>. Es ward auch bey einer Tochter, welche bey

7) *L. 2. §. 2. D. eodem. Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore ANTONINO rescriptum, filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri.*

8) *L. 2. §. 2. D. h. t. Et JULIANUS libro quadragesimo octavo Digestorum scripsit, quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementia[m] contradicere, consentire quis eam merito credet.*

9) *§. DUARENUS ad L. 2. §. 2. D. h. t. Oper. pag. 259.*

10) *L. 23. §. 6. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIII. ad Edictum. Nec non illud quoque probamus, quod LABEO probat: nonnumquam patri denegandam actionem, si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat: ideoque officium iudicis interponendum est, quatenus et filiae et patri competenter consulatur. Sed si latitet filia, ne tali patri consentire cogatur, puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita. Quid enim, si filia verecunde per absentiam patri condicat? cur non dicamus, patri non esse dandam actionem? Daß statt der*

Verstande war, erfordert, daß sie von der Klage ihres Vaters Wissenschaft gehabt, wenn aus dem Mangel des Widerspruchs ihrer Seite eine stillschweigende Einwilligung habe gefolgert werden sollen<sup>11)</sup>. Hatte der Vater allein, ohne Wissen und Willen der Tochter, das Heyrathsgut zurückgefordert; so ward der Mann dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht frey, der Tochter blieb die Klage gegen den Mann unbenommen, wenn sie nicht der Vater zum Erben eingesetzt, oder ihr ein solches Vermächtniß hinterlassen hatte, daß sie dadurch wegen der Dos vollkommen entschädiget war<sup>12)</sup>, oder sie die Handlung des Vaters

florent. Lesart *condicat*, richtiger *contradicat* gelesen werden müsse, wie auch Haloander, Merlin, und andere Ausgaben lesen; ist jetzt keinem weitem Zweifel unterworfen. S. DIRKSEN civilist. Abhandlungen 1. B. 5. Abh. S. 410. und *Ant.* SCHULTING *Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 541.*

- 11) *L. 2. in fin. D. h. t. ULPIANUS: Ubi enim sapit sc. filia, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.*
- 12) *L. 22. §. 5. D. h. t. ULPIANUS. Si pater filia absente de dote egerit, etsi omissa sit de rato satisfactio, filiae denegari debet actio: sive patri heres exstiterit, sive in legato tantum acceperit, quantum dote satis esset. Et ita JULIANUS pluribus locis scribit, compensandum ei in dotem, quod a patre datur: lucroque eius cedit, si tantum ab eo consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeatur a marito, qui patri solvit. CUJACIUS Observation. Lib. III. cap. 16. will statt: si tantum, si amplius, und statt quantum ei, quam ei lesen. Allein man sehe *Ant.* FABRI *Conjectur. iuris civ. Lib. IV. cap. 9. MERILLIUS Observation. Lib. III. cap. 11. und VOORDA Thes. controversar. Decad. XI. §. 7.* Hiermit stimmt auch MODESTINUS *L. 34. §. 5. D.**



genehmiget hatte<sup>13)</sup>. Eben so blieb aber auch dem Vater die Klage unbenommen, wenn die Tochter nach Trennung der Ehe ohne Einwilligung des Vaters die Dos zurückgefordert, und verschwendet hatte; doch aber nur dann, wenn der Mann wußte, daß sie eine Verschwenderin sey. Denn gab er ihr die Dos aus einer rechtmäßigen Ursache, so fiel alle weitere Klage gegen ihn weg<sup>14)</sup>, besonders wenn

*de legat. II.* überein, wo es heißt: *Qui, invita filia, de dote egerat, decessit, eadem illa exheredata, filio herede instituto, et ab eo fideicommissum filiae dotis nomine reliquit: quaero, quantum a fratre mulier consequi debeat? MODESTINUS respondit, quod in primis est, non esse consumptam de dote actionem mulieri, cum patri suo non consenserit, utique non ignoras: sic enim res explicatur, ut si quidem maior quantitas in priore dote fuit, illius petitione sit tantummodo mulier contenta: quod si in summa dotis nomine legata amplius sit, quam in dote principali, compensatio fiat usque ad eandem summam, quae concurrat, et id tantummodo, quod excedit in sequenti summa, ex testamento consequatur: non est enim verisimile, patrem duplici praestatione dotis filium eundemque heredem onerare voluisse, praeterea cum putaverit, se efficaciter, licet non consentiente filia, instituisse adversus generum de dote actionem.*

13) *L. 34. §. 6. D. de Solution. JULIANUS Lib. LIV. Digestor. Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus: sed condicere socero potest, nisi ratum filia habuisset: et propemodum similis est gener ei, qui absentis procuratori solveret: quia in causam dotis particeps, et quasi socia obligationis patri filia esset.*

14) *L. 22. §. 1. D. h. t. ULP. Si post solutum matrimonium filiafamilias citra patris voluntatem exactam*

der Vater das Geld bekommen hatte<sup>15)</sup>. War jedoch der Vater abwesend<sup>16)</sup> oder wahnsinnig, und hatte keinen Curator<sup>17)</sup>, oder befand er sich in feindlicher Gefangenschaft<sup>18)</sup>; so konnte zwar die Tochter die Dos allein zurückfordern, allein sie mußte wegen der Genehmigung des Vaters Caution leisten. Diese Caution war aber in dem Falle nicht einmal nöthig, da die Tochter bey ihrer Verheyrathung die Dos dem Manne aus dem Peculium gab, wovon ihr der Vater die Verwaltung überlassen hatte; vorausgesetzt, daß es zur Zeit der Trennung der Ehe noch ihr Peculium war, d. h. der Vater mußte es ihr nicht

*communem dotem consumat: patri et viva ea et mortua, actio superest, ut dos ipsi solvatur. Quod ita verum est, si perditurae solvatur: ceterum, si non perditurae, et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio: sed mortuo patre, nec etiam heredes agunt, nec mulier.*

- 15) *L. 3. in fin. D. h. t. PAULUS Lib. VII. ad Sabinum. Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur.*
- 16) *L. 22. §. 4. D. h. t. Si patri, propter condemnationem, Romae, ubi dos petatur, esse non liceat, filiae satis dotis fieri oportet: ita tamen, ut caveat ratam rem patrem habiturum.*
- 17) *L. 22. §. 10. D. h. t. Si soluto matrimonio pater furiosus sit, curator eius, voluntate filiae, dotem petere poterit: aut, si curatoris copia non sit, agere filiae permittendum erit: caverique oportebit de rato.*
- 18) *L. 22. §. 11. D. h. t. Idem discernendum est, et si ab hostibus captus sit pater, puellae dandam actionem de dote repetenda.*

während der Ehe wieder genommen haben<sup>19)</sup>; wozu er allerdings berechtigt war, wenn er ihr auch die Dos selbst davon gegeben hätte<sup>20)</sup>. War dieß nun aber nicht der Fall, so konnte die Tochter die Dos auch ohne den Vater zurückfordern. In der Regel mußten also, wenn die Frau noch in potestate war, Vater und Tochter die Herausgabe der Dos gemeinschaftlich fordern, wenn jedoch Einer von beyden Theilen vor geschēhener Zurückforderung oder Restitution der Dos starb, dann fiel dem Andern das Recht allein zu<sup>21)</sup>. War der Vater zur Zeit der erfolgten Trennung der Ehe nicht mehr am Leben, so stand der Frau die *rei uxoriae actio* allein auf Restitution der ganzen Dos zu, sie mochte noch in potestate, oder *sui iuris* gewesen seyn<sup>22)</sup>,

19) *L. 24. D. de iure dot. POMPONIUS libro XV. ad Sabinum.* Si filiafamilias nuptura ex peculio, cuius administrationem habet, dotem viro dedit, deinde, cum in eadem causa peculium eius esset, divortium fecerit: dos ei recte solvitur, quasi a quolibet peculiari debitore. *S. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. d. pag. 60.*

20) *L. 31. §. 2. L. 66. §. 2. D. h. t.*

21) *L. 44. D. h. t. PAULUS Lib. V. Quaestionum.* Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre, cum herede eius filiam de dote acturam, *NERVA* et *CATO* responderunt: ut est relatum apud *SEXTUM POMPONIUM Digestorum* ab *ARISTONE libro quinto: ibidem ARISTONI* consensit. Ergo dicerem, et si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse. So wie die Worte gefaßt sind, scheint der Fall nicht außer Zweifel gewesen zu seyn. Der Mann hatte hier seinen Schwiegervater zum Erben eingesetzt. Letzter hatte auch die Erbschaft angetreten.

2) In Rücksicht des ehelichen Verhältnisses ging die *rei uxoriae actio*, wenn sie gegen den Mann angestellt wurde, nur in *id, quod facere poterat*, wie Ulpian<sup>22)</sup> sagt, nicht auf das Ganze. Es fand bey dieser Klage nach dem neuern Kunstausdruck das *beneficium competentiae* Statt, welches jedoch, als eine ganz persönliche Rechtswohlthat, den Erben nicht zu statten kam<sup>23)</sup>. Justinian<sup>24)</sup> gedenkt dieser Rechtswohlthat bey der *rei uxoriae actio* ausdrücklich im Gegensatz der *actio ex stipulatu*.

Hiermit schien also die Verbindlichkeit zur Restitution der *dos* erloschen zu seyn, und zwar nicht bloß auf Seiten des Schwiegervaters, der die *dos* gegeben hatte, und nun Erbe seines Schuldners geworden war, *L. 7. Cod. de pactis*; sondern auch in Ansehung der Tochter, *quia patris et filiae dos est. L. 2. §. 1. D. h. t.* Allein da ohne ihren Willen ihr Recht an der *dos* nicht erlöschten konnte. *L. 2. C. h. t.* so bleibt ihr die Klage, wenn sie auch in der Person des Vaters erloschen war, nach desselben Tode gegen den Erben unbenommen. *S. Cujacius Comm. ad Pauli Libb. Quaestion. in h. L. und Greg. Maiansius Comm. ad XXX. Ictorum omn. fragmenta. Tom. I. pag. 87. sq.*

29) *L. 12. D. h. t.*

23) *L. 15. L. 15. §. 1. D. h. t.* Jedoch wird auch dem Schwiegervater die Wohlthat der *Competenz* gestattet, wenn die Schwiegertochter gegen ihn de *dote* klagt. *L. 15. §. 2. D. eod.* Es wird von dieser Rechtswohlthat §. 1279. noch weiter gehandelt werden.

24) *L. 2. §. 7. Cod. de rei uxor. act.* *Rei uxoriae autem — non in solidum, sed in quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuerit substantiam.*

3) Bey der rei uxoriae actio galt ferner das Edictum Praetoris de alterutro. Dieses Edict geschieht zuerst Erwähnung in einer Constitution des Kaisers Theodosius<sup>25)</sup>, und zwar bey der Gelegenheit, da er aus mehreren Beyspielen zeigt, daß bey vorhandenen mehreren Rechtsmitteln die einmahl getroffene Wahl keine nachherige Aenderung gestatte, welches auch bey diesem Edict der Fall sey. Dieses Edict verordnete nun, daß wenn die Ehe durch den Tod des Mannes wäre getrennt worden, und der Mann seiner Frau im Testament ein Vermächtniß hinterlassen hätte, die Frau, wenn ihr die Rückgabe der Dos nicht besonders versprochen worden, nicht beydes zugleich, das Vermächtniß und ihr Heyrathsgut, sondern nur Eins von beyden fordern könne, und das, was sie einmal gewählt hat, behalten müsse, ohne daß eine weitere Aenderung der Wahl Statt finde<sup>26)</sup>. Die Frau mußte zu dem Ende Caution machen, daß sie, wenn sie das Eine gewählt, nachher das Andere nicht mehr fordern wolle, wenn ihr nicht die Wohlthat des Alters zu

25) L. 7. Cod. Theod. IV. 4. de testamentis et codicillis. S. Jac. GOTHOFREDI Comm. ad h. L. Tom. I. Cod. Theod. pag. 590. edit. Rüter.

26) CUIACIUS in Recitat. solemn. ad L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. hat den Inhalt dieses Edictis auf folgende Art restituirt: *Ut si uxori vir tantum reliquisset legati aut fideicommissi iure, quantum esset in dote, eligeret mulier, utrum mallet dotem repetere, an capere, quod ei maritus testamento reliquisset, alterutro vel contenta abiret, nec consequeretur utrumque: electo uno, ne posset transire ad aliud.* Man sehe auch Observation. Lib. III. cap. 16.

stätten kam <sup>27)</sup>. Vermöge dieses Edicts konnte daher auch die Frau, wenn sie Erbin ihres Mannes geworden war, bey der Berechnung der Falcidie ihre Dos nicht abrechnen <sup>28)</sup>.

3) Bey dieser Klage fanden auch mancherley Retentionen, oder Abzüge Statt, wodurch die Dos oft gar sehr vermindert wurde. Ulpian <sup>29)</sup> führt fünferley Arten solcher Retentionen an. a) Propter liberos. b) Propter mores. Von beyden ist schon an einem andern Orte <sup>30)</sup> gehandelt worden. c) Propter impensas. Von dieser Retention hat Ulpian <sup>31)</sup> bloß die Eintheilung der impensae in necessariae, utiles und voluptuosae erklärt. Die Rechtsprincipien selbst fehlen. Es wird davon in dem ersten Titel des folgenden Buchs die Rede seyn. d) Propter res donatas. Dieser Retention gedenkt zwar Ulpian <sup>32)</sup>, allein die Stelle, wo er dieselbe ausgeführt hat, ist verloren gegangen. In den Pandecten geschieht dieser

27) *L. ult. Cod. Theod. de testam. cit.* sagt: Sic mulier in Edicto, quod de alterutro est, cum suam explanaverit optionem, ne poenitentia possit ad aliud transire, etiam satisfactione cogetur praecavere, nisi si aetatis iuvetur auxilio.

28) *L. un. §. 8. Cod. de rei uxor. act.*

29) *Fragm. Tit. VI. §. 9.*

30) *S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1245. und den 26. Th. §. 1262. S. 525. f.* Man sehe auch *Marc. Vertran. MAURUS de iure liberorum. Cap. 5. (in THEB. iur. Rom. Otton. Tom. III. pag. 983. seq.)* und *CUJACIUS Recit. ad L. un. §. Sileat Cod. de rei uxor. act.*

31) *Tit. VI. §. 14. 15. 16. 17.*

32) *Tit. VI. §. 9.*

Retention an mehreren Orten Erwähnung<sup>33)</sup>. Sie bezieht sich auf Schenkungen, die der Mann der Frau gemacht hatte, welche unter Ehegatten nicht galten, und setzte geschenehen Wiederruf der Schenkung voraus<sup>34)</sup>. Sie konnte daher nur bey der Scheidung, nicht bey Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes Statt finden. Endlich e) propter res amotas. Auch von dieser fehlt die Ausführung bey Ulpian. Sie fand aber ohne Zweifel Statt, wenn die Frau wegen vorhabender Scheidung Sachen dem Manne entwendet hatte, und gründete sich darauf, daß der Mann den Werth der entwendeten Sachen von der dos retiniren konnte<sup>35)</sup>. Der Unterschied zwischen diesen verschiedenen Arten der Retentionen bestand darin. Ob res donatas, oder amotas und ob mores hatte nicht nur eine Retention, sondern auch eine Action Statt, nämlich *ob res donatas* nicht nur die Reivindicatio, sondern auch eine Condictio. *Ob res amotas*, die *actio rerum amotarum*. *Ob impensas* eine *condictio*<sup>36)</sup>, *ob mores* die *actio de moribus*. Mit allen diesen Klagen concurrirte die Retention. Ob *liberos* hingegen fand nur eine Retention, aber keine Klage statt<sup>37)</sup>. Ferner *ob res amotas* und *ob impensas* hatte die Re-

33) L. 20. pr. D. de pactis dotal. L. 7. §. 5. D. Solutio matrim.

34) C. CUJACII Recitat. solemn. ad L. un. §. Taceat. Cod. de rei uxor. act.

35) CUJACIUS ibidem. und Witte angeführte Abhandlung. S. 111. War die Rückgabe der dos stipulirt, so mußte der Mann die *actio rerum amotarum* anstellen.

36) L. 5. §. 2. D. de impensis in res dotal. factis.

37) ULPIAN. Tit. VI. §. 10.

tention Statt, die Ehe mochte durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes getrennt worden seyn. Allein ob res donatas, ob liberos, und ob mores nur dann, wenn die Ehe durch Scheidung war aufgehoben worden<sup>38)</sup>.

4) Mit der rei uxoriae actio konnte die Frau, wenn der Vater das Heyrathsgut für sie gegeben hatte, dasselbe verlangen, wenn sie auch enterbt oder emancipirt war; so wie sie dasselbe, wenn sie der Vater zum Erben eingesetzt hatte, zum Voraus erhielt, wenn mehrere Mit-erben vorhanden waren<sup>39)</sup>. Denn die dos profectitia ward als ein Eigenthum der Tochter angesehen<sup>40)</sup>. Eine Folge davon war, daß diese dos in den Pflichttheil eingerechnet und conferirt wurde<sup>41)</sup>; ja es wurde dadurch die querela inofficiosi testamenti ausgeschlossen, wenn die dos zum Pflichttheile genügte<sup>42)</sup>.

5) In Absicht auf die Restitution der Dos war bey der rei uxoriae actio ein Unterschied, ob das Heyrathsgut in Sachen bestand, quae pondere, numero, mensura consistunt, welche der gemeine Sprach-

38) Cujacius Recit. ad L. un. §. Sileat.

39) L. un. §. 11. Cod. de R. U. A. Cumque iuris certi atque indubitati sit, si parens per virilem sexum ascendens, dote pro filia, vel nepte praestita, emancipaverit eam, vel ipse decesserit, in REI UXORIAE ACTIONE dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etiamsi fuerit exheredata, quod non erat in stipulatu actione.

40) L. 4. D. de collat. bonor. L. 14. pr. D. ad Leg. Falcid.

41) L. un. §. 12. Cod. de R. U. A.

42) L. un. §. 12. Cod. eodem.



gebrauch fungible Sachen nennt, oder in andern Sachen. Bey den letzteren konnte die Restitution sogleich nach getrennter Ehe, bey den erstern aber nur in drey einjährigen Terminen gefordert werden<sup>43</sup>). Endlich

6) mit dieser Klage war ein *privilegium exigendi* verbunden, welches jedoch höchst persönlich war<sup>44</sup>).

43) *ULPIANUS* Tit. VI. §. 8. *Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die reddetur: nisi si, ut praesens reddatur, convenerit. Reliquae dotes statim redduntur.* *Cujacius* Recitat. solemn. ad L. un. §. 7. *Cod. de R. U. A.* glaubt, daß diese drey Termine in der L. 1. §. 2. *D. de dote praeleg.* unter dem abgekürzten Ausdruck *annua die* zu verstehen wären; so wie die Worte *trima die* in der L. 5. §. 5. *D. de annuis legatis* ebenfalls diese drey Termine anzeigen. Was diese drey Termine bey der Zurückzahlung der dos für einen Grund gehabt haben, läßt sich nicht bestimmen; soviel scheint indessen gewiß zu seyn, daß unter denselben ursprünglich drey cyclische Jahre, das Jahr zu zehn Monaten gerechnet, verstanden waren, welche erst mit der Zeit in gewöhnliche verwandelt wurden. S. Niebuhr's Römische Geschichte. 2. Th. S. 457. f. und Witte angef. Abhandlung. S. 107. — 110. Man vergleiche noch L. un. §. 7. *Cod. de rei uxor. act.* Dieser Wohlthat machte sich der Mann verlustig, wenn er *propter mores* die Ehescheidung veranlaßt hatte. Die Strafe desselben *propter mores maiores* war augenblickliche Auklieferung der dos; oder nach einem halben Jahre, (*senam mensum die*) *propter mores minores*. S. Schraders rechtsgeschichtliche Bemerkungen. Nro. V. (in Hugo civilist. Magazine 5. Band. 2. Heft. S. 180 — 184.)

44) L. un. *Cod. de privilegio dotis.* *Impp. SEVERUS et ANTONINUS.* *Scire debes, privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non*

Aus der Vergleichung beyder Klagen ergibt sich, daß die *actio ex stipulatu de dote* gewissermassen vortheilhafter war, als die *actio rei uxoriae*, daß dagegen aber auch die letztere Klage mit Vorthellen verbunden war, welche die erstere nicht hatte.

Justinian verschmolz nun die beyden alten Klagen, und bildete daraus die neue *actio ex stipulatu*, die alle die Vorthelle vereint an sich tragen sollte, welche vorher der einen oder der andern Klage eigen waren, ja er erweiterte noch ihren Wirkungskreis. Diese neue *actio ex stipulatu* nimmt bald die Natur einer *actio bonae fidei* an, und participirt in so fern von den Eigenschaften der *rei uxoriae actio*; bald hat sie die Beschaffenheit einer *actio stricti iuris*, und nimmt in so fern wieder an den Eigenschaften der alten *actio ex stipulatu* Theil<sup>45)</sup>. Justinian erklärt sich darüber in der *L. un. §. 2. C. de rei uxor. actione* auf folgende Art.

*Sed etsi non ignoramus, ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam, et non ex bona fide descendere; tamen quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit: accomodetur ei natura rei uxoriae, et bonae fidei beneficium, et omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens. Si quid autem optimum ex rei uxoriae actione invenimus, hoc in praesenti specialiter ei addimus: ut sit et nova ista ex stipulatu, quam composuimus, et non propria tan-*

*transire. Man verbinde damit die L. 12. pr. Cod. Qui potiores in pign.*

45) S. Dabelow's Handbuch des Pandecten - Rechts. 3. Th. §. 277. S. 436. ff.

*tum, sed etiam veteris actionis pulchritudine decorata.*

Iustinian gedenkt dieser neuen Klage auch §. 29. *J. de actionib.* wo er sagt:

*Fuerat antea et rei uxoriae actio una ex bonae fidei iudiciis: sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem inuenientes, omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus: merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam.*

Die wesentlichen Bestimmungen der neuen actio ex stipulatu lassen sich in ihrem ganzen Umfange auf folgende Art am leichtesten übersehen.

1) Die Klage hat zwar eine Stipulation zum Grunde, doch wird hier keine förmliche und ausdrückliche Stipulation erfordert, sondern die Klage ist begründet, wenn auch keine Stipulation Statt gefunden hat, oder die errichtete Stipulation an sich ungültig ist. Immer soll eine Stipulation zum Vortheil der Frau, oder ihres Vaters angenommen werden, wo sonst die actio rei uxoriae üblich war, da solche nun niemals mehr Statt finden kann. Darum soll auch der väterliche Ascendent gewissermassen als Stipulator behandelt werden. Nur wenn ein Dritter, der kein väterlicher Ascendent der Frau ist, das Heyrathsgut bestellt hat; so muß bey der Bestellung der dos die Rückgabe ausdrücklich vorbehalten werden; ist dieses nicht geschehen, so soll angenommen werden, als wenn die

Frau eine gültige Stipulation zu ihrem Vortheil eingegangen habe, und ihr kommt dann die *actio ex stipulatu* zu. Folgende Stellen aus der *L. un. C. de rei uxor. act.* sind hier merkwürdig.

§. 1. *Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non, ut intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta. Eodemque modo etsi inutiliter facta est stipulatio, adiuvari enim eam magis, quam evanescere oportet. — Est enim consentaneum nobis, qui censemus, ubi stipulatio supposita non est, intelligi eam fuisse adhibitam, et multo magis etiam, si inutilis est, validam eam effici.*

§. 13. *Si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat. Neque enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse, ne quod pro mulieribus introduximus, hoc adversus mulieres convertatur. Immo magis in huiusmodi dotibus, quae ab extraneis dantur, vel promittuntur, ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem, nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus: cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod ius servasse extraneus non stipulando videatur. Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem, et in potestate dotatam personam*

non habentem<sup>46)</sup>: *parenti enim tacitam, ex stipulatu actionem damus*<sup>47)</sup>.

2) Die neue actio ex stipulatu findet nur dann Statt, wenn von der Frau, ihrem Vater, oder ihren Erben die dos zurückgefordert wird. Hat ein Extraneus, das heißt ein Dritter, die Dos bestellt, der sich die Rückgabe des Heyrathsguts auf den Fall der Ehetren-

46) In vielen Ausgaben ist das non eingeschlossen. Z. B. bey *Russard, Charondas, Pacius, und Gothofredus.* Einige lesen ohne die Negation, wie *Haloander und Chevallonius.* Diese Lesart wird durch die *Basilica* bekräft. Diese haben Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Constit. 119. §. 13. p. 546.; καὶ ἐχόντων ὑπεξουσίαν τὴν προικιζομένην; und in dem Schol. p. ex τοῦ κατὰ πόδας pag. 668. καὶ ὑπεξόνσιον τὸ προικιζόμενον πρόσωπον ἔχοντος. Eben so scheint auch die Glosse gelesen zu haben. Doch haben mehrere glossirte Ausgaben, z. B. die von *Bandoza Cestias* und *Hugo a Porta*, personam non habentem. Diese Lesart hat auch *Spangenberg* in die göttinger Ausgabe des corp. iuris aufgenommen. Indessen bemerken *Russard, Charondas, und Pacius*, daß in allen von ihnen verglichenen Manuscripten die Negation fehle.

47) Es ist jedoch diese tacita patris stipulatio nicht so weit auszudehnen, daß der Vater in solchen Fällen, wo er die Rückgabe der dos ehemals ohne Stipulation gar nicht fordern konnte, nunmehr dieselbe schon an sich vermöge einer stillschweigenden Stipulation sollte verlangen können; sondern *Justinian* will nur so viel sagen, daß in solchen Fällen, wo sich der Vater der rei uxoriae actio bedienen konnte, ihm jetzt die actio ex stipulatu tacita zu statten komme. *S. Ant. Fabri Conjectur. iuris civ. Lib. I. cap. 16. in fin.*

nung vorbehalten hat; so hat dieser die neue Klage nicht, sondern er muß sich der alten Klagen bedienen, nämlich der *actio ex stipulatu*, oder der *actio praescriptis verbis*, je nachdem er sich den Rückfall der Dos entweder durch eine förmliche Stipulation, oder durch ein bloßes *pactum* vorbehalten hat. Diese Klagen sind denn aber freylich nicht mit den Vortheilen, die Justinian der neuen *actio ex stipulatu de dote* beygelegt hat, verbunden<sup>48)</sup>. Dagegen steht die *actio ex stipulatu* in der neuen Gestaltung auch dem Manne gegen die Frau zu, sowohl wegen Bestellung eines versprochenen Heyrathsguts, als wegen Eviction desselben<sup>49)</sup>.

3) Die *actio ex stipulatu* nimmt die Eigenschaft einer *actio bonae fidei* an<sup>50)</sup>, nämlich insofern, a) daß der Mann Verzugszinsen bezahlen muß, wenn er nicht zur festgesetzten Zeit die dos restituirt, jedoch nur zu vier von Hundert<sup>51)</sup>. b) Daß der Mann *dolum* und *culpam* prästirt<sup>52)</sup>. c) Daß Er nicht auf das Ganze, son-

48) *S. Hug. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIV. Cap. 7. §. 25. (Volum. VIII. p. 251. edit. noviss. Norimberg 1825. 8.) Hub. GYPHANIUS in Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. un. §. Accedit ei, de R. U. A. und Pet. de TOULLIEU Diss. II. de iure Nuptarum. Cap. V. Man vergleiche auch den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 120 ff.*

49) *L. un. pr. et §. 1. Cod. de R. U. act.*

50) *L. un. §. 2. Cod. eodem. Verb. accommodetur ei — bonae fidei beneficium.*

51) *L. un. §. 7. C. eodem, verbunden mit L. 52. §. 2. D. de Usuris, wo Marcian sagt: In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.*

52) *L. 18. §. 1. D. h. t. S. CUJACII Recitation. in Cod. ad L. un. §. 2. C. de R. U. A.*

bern nur in tantum verurtheilt werden kann, in quantum facere potest, d. h. soweit es zur Zeit der Verurtheilung seine Vermögens:Umstände erlauben<sup>53)</sup>. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß er sein Vermögen nicht betrügerisch vermindert habe; auch muß der Mann Caution leisten, daß er, wenn er zu bessern Vermögens:Umständen kommen sollte, den Ueberrest noch nachzahlen wolle<sup>54)</sup>.

53) *L. 15. pr. D. h. t.*

54) *L. un. §. 7. Cod. de R. U. A.* In hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut si matrimonium fuerit dissolutum, nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnatur, in quantum facere potest: quia hoc aequissimum est, et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est: cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret. Das beneficium competentiae steht auch der Frau zu, wenn sie wegen des versprochenen Heyrathsguts in Anspruch genommen wird. Modestini sagt *L. 20. D. de re iudicata.* Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus. — Quod et in persona mulieris aequa lance servari, aequitatis suggerit ratio. CUIACIUS *Observat. Lib. XXVIII. cap. 53.* will zwar die letzteren Worte für ein emblema Triboniani halten, weil sonst nirgends der Frau diese Rechtswohlthat gegeben werde. Allein er irrt. Das Gegentheil lehren *L. 17. §. 1. D. h. t.* und *L. 21. §. 6. D. de act. rer. amot.* wie schon *Jo. ALTAMIRANUS* ad *Lib. I. Question. Scaevolae Tract. I.* (in *Thes. Meerman. Tom. II. pag. 380.*) und *Jo. van NISPEN* in *Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. III.* (in *Ger. OELRICHS Thes. Dissert.*

Endlich d) daß gegen ihn das iuramentum in litem Statt findet, wenn er sich dolo malo auffer Stand gesetzt haben sollte, die dos restituiren zu können<sup>55)</sup>.

4) Bey der neuen Klage findet das Edictum de alterutro nicht Statt<sup>56)</sup>. Hierin hat Justinian die Natur der alten actio ex stipulatu beybehalten. Hat daher der Mann seiner Frau ein Vermächtniß hinterlassen, und nicht ausdrücklich verordnet, daß es ihr auf ihre dos angerechnet werden solle, so kann sie von den Erben des Mannes Beydes, das Legat, und ihr Heyrathsgut fordern, und hat sie der Mann zur Erbin eingesetzt, die Erbschaft aber mit Vermächtnissen beschwert; so kann sie ihre dos, als ein aes alienum defuncti<sup>57)</sup>, und auch

tation. iuridic. selectiss. in acad. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. I. pag. 28. sqq.) gegen Euja; erinnert haben.

55) *L. 25. §. 1. D. h. t. PAULUS Lib. XXXVI. ad Edictum. Maritum, in reddenda dote, de dolo malo et culpa cavere oportet, quod si dolo malo fecerit, quominus restituere possit, damnandum eum, quanti malier in litem iuraverit: quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.* Man verbinde damit *L. 5. pr. D. de in litem iurando*, wo Marcian sagt: *In actionibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.* C. DONELLUS c. l. Lib. XIV. Cap. 7. §. 28. Vol. VIII. pag. 252 sqq.

56) *L. un. §. 3. C. de R. U. A. Sciendum itaque est, Edictum Praetoris, quod de Alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare: ita ut uxor et a marito relicta recipiat, et dotem consequatur: nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit: cum manifestissimum sit, testatorem, qui hoc non addiderit, voluisse eam utrumque consequi.*



noch die ihr als Erbin gebührende Falcidie, oder, wenn sie die Erbschaft wieder einem Andern restituiren sollte, die Trebellianische Quarte abziehen<sup>58)</sup>. So ist also das Edictum *de Alterutro*, dessen auch sonst nirgends weiter in dem römischen Gesetzbuche Erwähnung geschieht, mit Aufhebung der *rei uxoriae actio*, erloschen.

5) Auch die Eigenschaft hat die neue *actio de dote* von der alten *actio ex stipulatu* erhalten, daß sie auf die Erben übergeht, wenn sich auch der Mann bey der Zurückgabe der dos keines Verzugs schuldig gemacht hat<sup>59)</sup>. Der Mann soll daher nicht mehr, wie vorher, wenn die Frau während der Ehe stirbt, die dos *adventitia* lucriren, sondern den Erben der Frau soll das Recht zustehen, auf Restitution des Heyrathsguts zu klagen<sup>60)</sup>.

6) Der Vater soll ferner, wenn die Tochter noch in seiner Gewalt ist, und die Ehe durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes getrennt wird, wie bey der *rei uxoriae actio*, mit Einwilligung der Tochter, ad-

57) *L. 6. pr. Cod. ad Leg. Falcid.*

58) *S. Cujacius et Giphanius ad L. un. §. 3. C. de R. U. A.*

59) *L. un. §. 4. Cod. de rei ux. act. Maneat actionis ex stipulatu ius ad successores et sine mora transmissionis incorruptum.*

60) *L. un. §. 6. Cod. eodem. Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur.*

juncta filiae persona, die dos zurückfordern, und zwar ohne Unterschied, sie sey profectitia oder adventitia<sup>61)</sup>. Das Gesetz nimmt auch hier eine stipulatio tacita an. Denn hätte der Vater sich den Rückfall der Dos ausdrücklich stipulirt, so würde die Zurückforderung derselben ihm auch noch jetzt allein zustehen, non expectato filiae consensu<sup>62)</sup>. Stirbt hingegen der Vater, wenn auch erst nach der Litiscontestation, so geht sein Recht bey der neuen Klage nicht auf seine Erben über, sondern die Klage wird hier in der Person der Tochter consolidirt, welche nun die dos allein, als ihr Eigenthum, zurückfordert<sup>63)</sup>.

7) Eben so, wie bey der rei uxoriae actione, soll nicht minder die Tochter, auch wenn sie der Vater exhereditirt, oder emancipirt, oder mit mehreren zugleich zur Erbin eingesetzt hat, die dos profectitia ganz allein erhalten, diese daher auch conferirt, und in den Pflichten theil eingerechnet werden<sup>64)</sup>.

8) Die Fristen der Restitution, welche bey der rei uxoriae actio, wenn die Dos in beweglichen, oder unkörperlichen Sachen bestand, drey einjährige Termine enthielten, sind bey der neuen actio ex stipulatu auf ein

61) *L. un. §. 14. C. de R. U. A.* Man sehe auch *Covacius* Recitation. ad h. L. §. *Accedit.*

62) *S. Pet. de Toullieu* Diss. II. de iure nupt. cap. 4.

63) Der Grund ist, weil die dos profectitia Eigenthum der Tochter ist. *L. 3. §. 5. D. de minorib. L. 4. D. de collat.* *S. Giphanius* Explanat. ad *L. un. §. Et hoc Cod. de rei uxor. act.*

64) *L. un. §. 11. et 12. C. de R. U. A.*

Jahr gesetzt. Nur die unbeweglichen Sachen sollen sogleich nach erfolgter Trennung der Ehe restituirt werden, welches schon die beyden alten Klagen, die *actio ex stipulatu* und die *rei uxoriae actio* mit einander gemein hatten<sup>65)</sup>.

9) Darin aber hat die neue Klage die Natur der alten *actio ex stipulatu* behalten, daß die alten Retentionen, welche der *rei uxoriae actio* entgegengesetzt werden konnten, auch bey ihr nicht Statt finden sollen. Das alte Retentionsrecht soll also gegen die neue *actio ex stipulatu* aus keinerley Gründen mehr geltend gemacht werden können, weder ob *mores*, noch ob *res amotas*, noch ob *liberos*, noch ob *res donatas*, noch ob *impensas in res dotales factas*<sup>66)</sup>. Es ist offenbar, daß Justinian's Absicht hier darauf gerichtet ist, alle Hindernisse der Restitution des Heyrathsguts aus dem Wege zu räumen<sup>67)</sup>. Diese Absicht konnte auch leicht dadurch erreicht werden, daß für alle diese Fälle dem Manne schon eigene Rechtsmittel zu Gebote standen. Jedoch ist durch die Aufhebung aller jener Retentionen gegen die neue *actio ex stipulatu* die Zulässigkeit der eigentli-

65) *L. un. §. 7. C. de R. U. A. Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo intra annum, in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus: caeteris videlicet rebus, quae solo continentur, illico restituendis: quod commune utriusque fuerat actionis.*

66) *L. un. §. 5. Cod. eodem.*

67) *S. Ant. SCHULTING ad Ulpian. Tit. 6. §. 9. in Jurispr. vet. Antejust. pag. 545.*

chen Compensation nicht ausgeschlossen worden <sup>68)</sup>. Durch eine compensationsmäßige Forderung dürfte eine Verminderung der dos um so mehr eintreten, wenn erwogen wird, daß die Einrede der Compensation nach dem neuern Recht gegen actiones stricti iuris eben so zulässig ist, als gegen actiones bonae fidei <sup>69)</sup>. Endlich

10) hat Justinian der neuen actio ex stipulatu eine stillschweigende Hypothek beygelegt, welche er mit dem Vorrecht verbunden hat, daß die Frau im Concurs des Mannes allen Gläubigern desselben vorgehen soll, wenn sie auch gleich eine ältere Hypothek hätten. Justinian nahm hier die rei uxoriae actio zum Vorbilde. Da nämlich diese Klage schon nach dem ältern Rechte ein solches Privilegium gehabt, daß sie allen andern persönlichen Forderungen auch der ältern Gläubiger vorgegangen sey; so meint Justinian, er habe ja wohl auch der Hypothek, welche mit der neuen actio ex stipulatu verbunden seyn soll, dasselbe Vorzugsrecht vor ältern Pfandgläubigern beylegen können. Er erklärt sich darüber in einer neuern Constitution, nämlich L. 12. §. 2. Cod. *Qui potiores in pignore*. folgendermassen:

Ad haec omnia respicientes, et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, et haec omnia in unum colligentes, sancimus, *ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus,*

68) G. GIPHANIUS ad L. un. §. *Taceat*. Cod. de R. U. A. in Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. p. 418.

69) §. 50. I. de action. L. ult. C. de compensation. G. Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 277. S. 458.

*cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur res uxoria; quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent, sed quocunque modo vel dissipatae vel consumtae sint, si tamen res ipsae fuerint parti mariti datae?*

Das Privilegium der Hypothek sollte also auch seine Kraft und Wirkung nicht weiter äußern, als das alte privilegium exigendi, nach dessen Beispiel es eingeführt worden ist. So wie nun dasselbe nur allein der Frau zustand, wenn sie das Heyrathsgut aus dem Vermögen des Mannes zurückforderte, und nicht auf die Erben überging<sup>79)</sup>; so sollte auch das Privilegium der Hypothek, welches Justinian der dos beygelegt hat, nur der Frau allein, nicht aber ihren Erben zu statten kommen. Justinian sagt dieß nicht nur in den Institutionen IV. 6. §. 29. *de actionibus*, wo er erzählt, wie er die *actio rei uxoriae* mit der *actio ex stipulatu* vereinigt habe, und dann diese Darstellung mit den Worten schließt:

*Sed et tacitam ei (sc. actioni ex stipulatu) dedimus hypothecam: praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus;*

sondern er äußert sich darüber noch bestimmter in der *Nov. LXI.* dessen Schlußworte also lauten:

79) *L. un. Cod. de privilegio dotis. VII. 74.*

Omnibus privilegiis, quae doti a nobis data sunt, in suo robore manentibus, si mulier agat. Nemini enim ex reliquis, excepta muliere, illud privilegium aut ab initio dedimus, aut nunc damus.

Ob nicht in Ansehung der Kinder, oder in wiefern in Ansehung derselben eine Ausnahme zu machen sey, ist schon an einem andern Orte <sup>71)</sup> untersucht worden. Ich habe mich daselbst für die Meinung des Herrn von Kamph entschieden, nach welcher dieses Privilegium auch nach dem Tode der Ehefrau den Kindern derselben, als Erben ihrer Mutter, zusteht, und zwar nicht bloß im Falle der Collision mit ihrer Stiefmutter, sondern auch wenn sie mit andern Gläubigern ihres Vaters concurriren. Man hat jedoch neuerer Zeit diese Frage einer nochmaligen Prüfung unterworfen, und auffer Zweifel zu setzen sich bemüht, daß den Kindern das privilegium hypothecae dotalis nur ausnahmsweise und aus einer besondern Begünstigung in dem Falle gestattet worden sey, wenn sie bey der Zurückforderung der Dos mit ihrer Stiefmutter in Collision gerathen, damit die ältere Dos der jüngern nicht nachstehe <sup>72)</sup>. Daß es aber auch auffer diesem Falle, nach einer allgemeinen Praxis in Deutschland, den Descendenten der Ehefrau, als deren Erben, gestattet werde, giebt man

71) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1094. S. 275  
— 288.

72) S. Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 278. S. 442—456. und von Löhr über das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenden Pfandrechte, im Archiv für die civilis. Praxis. 5. B. S. 290—312.

jedoch zu, und dieß ist auch zu bekannt, als daß es noch einigem Zweifel unterworfen seyn könnte. Die Untersuchung beschränkt sich daher blos auf die Theorie. Ob aber dieser durch die neuere Untersuchung ein vollkommenes Genüge geschehen sey, mögen Andere beurtheilen. Ich verkenne die Wichtigkeit der Gründe nicht, die dagegen mit großer Gelehrsamkeit sind vorgebracht worden; ich würde indessen gegen meine Ueberzeugung sprechen, wenn ich sagen wollte, daß ich durch das Uebergewicht derselben wäre bestimmt worden, meine dort vertheidigte Meinung zu verlassen, so geneigt ich auch sonst bin, eingesehene Irrthümer zu verbessern<sup>73)</sup>. Noch immer bin ich lebhaft davon überzeugt, daß die Frage, ob den Kindern, wenn sie das Heyrathsgut ihrer Mutter aus dem Concourse ihres Vaters zurückfordern, ein Vorzugsrecht gegen andere, wenn gleich der Zeit nach ältere Gläubiger ihres Vaters, zustehe, nie in Streit gezogen worden sey. Wie wenig es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sey, den Kindern blos ausnahmsweise das privilegium dotis für den Fall zu gestatten, wenn sie mit ihrer Stiefmutter bey der Zurückforderung der dos ihrer verstorbenen Mutter in Collision gerathen, läßt sich selbst aus den Worten der L. 12. C. Qui po-

73) Auch Herr Prof. MÜHLENBRUCH in *Doctrina Pandectar.* Vol. II. §. 451. hat die vom Kampff vertheidigte, und von ihm in dem Pr. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. *Rostochii* 1813. 4. §. III. pag. 55. et Not. \*\* schon früherhin angenommene Meinung nicht zurückgenommen, sondern führt H. v. Löhr im Archiv für Civ. Prax. blos als einen Dissentiens an. Man sehe auch Schweppe *Röm. Privatrecht* §. 362. a. E. S. 287. der dritten Ausgabe, und Gesterding *Lehre vom Pfandrechte*. §. 51. S. 227. Nr. 2.

*tiores in pignore* beweisen, worin man gerade einen Hauptbeweis gegen die Meinung des Herrn von Kampf gefunden haben will.

Justinian hatte zwar schon der Frau in der *L. 30. Cod. de iure dotium*, (datirt vom Jahre 529) zur Sicherheit ihrer *res dotales*, ein so vorzügliches Recht gegeben, daß, wenn solche noch in Natur vorhanden sind, sie bey Vindication derselben, den Vorzug vor allen andern Gläubigern des Mannes haben sollte, wenn sie auch gleich eine ältere Hypothek hätten, weil diese Sachen ursprünglich ein Eigenthum der Frau gewesen, und also auch noch nach getrennter Ehe natürlich ein solches seyn müßten.

Da sich jedoch dieses Vorzugsrecht nur auf die Vindication der *res dotales* beschränkte, obwohl übrigens kein Unterschied Statt finden sollte, die *res* seyen *aestimatae* oder *inaestimatae*; im Uebrigen aber den Eheweibern, wenn ihre *Dos* nicht mehr in Natur vorhanden war, nur ein *privilegium exigendi* unter den Personalgläubigern des Mannes zustand, so erweiterte nachher Justinian das Sicherheitsrecht der Eheweiber in der *L. un. §. 1. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa* (vom Jahre 530) noch mehr dahin, daß er, statt des *privilegium exigendi*, welches mit der alten *rei uxoriae actio* verbunden war, der neuen *actio ex stipulatu* ein generelles Pfandrecht beylegte.

Dennoch ward der Kaiser noch immer von den Eheweibern mit Klagen bestürmt, daß sie wegen ihrer *dots* noch nicht hinlänglich gesichert wären; indem sich die ältern Pfandgläubiger an das Vermögen ihrer Männer hielten, und hierdurch ihr Heyrathsgut häufig verloren ginge.



Um dieses beständigen Andringens und Wehklagens der Weiber überhoben zu seyn, fand sich nun Justinian bewogen, in der *L. 12. Cod. Qui potior in pign.* (vom Jahr 531) mit dem generellen Pfandrechte, welches er der neuen *actio ex stipulatu* bengelegt hatte, noch ein besonders Vorzugsrecht zu verbinden, so daß sie dasselbe auch an dem eignen Vermögen des Mannes gegen alle Gläubiger desselben, wenn sie auch eine ältere Hypothek hätten, eben so sollten geltend machen können, wie sie nach der angeführten *L. 30. Cod. de iure dot.* ein solches Recht in Ansehung ihrer eignen Dotalsachen, welche noch in Natur vorhanden wären, gegen die Besizer derselben verfolgen könnten. Dieß alles, mit Beziehung auf seine beyden früheren Constitutionen, hier in Eins zusammenfassend, führt Justinian zu seiner Rechtfertigung an, 1) daß auch die alte *rei uxoriae actio* mit einem solchen Privilegium verbunden gewesen wäre, welches der Frau den Vorzug vor allen persönlichen Klagen gegeben habe; warum sollte also bey der *hypotheca tacita*, die der neuen *actio ex stipulatu* bengelegt ist, der Frau ein solches Privilegium nicht ebenfalls gegen ältere hypothekarische Gläubiger ihres Ehemannes zustehen, wenn die zur *dos* gegebenen Sachen nicht mehr vorhanden, sondern verschleudert oder consumirt worden sind? 2) Nimmt der Kaiser auch noch einen Grund von dem persönlichen Verhältniß der Weiber her, welches billig eine solche Begünstigung verdiene<sup>74)</sup>, wie

74) *Quis enim earum non misereatur, sagt er, propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro qua multa nostris legibus inventa sunt privilegia? L. 12. §. 1. C. Qui potior. in pign.*

dieses Alles aus den schon oben angeführten Worten der L. 12. mit Mehrerem erhellet. Und so habe Er denn hiermit das zur Vollkommenheit gebracht, wovon das Alterthum bloß den Anfang gemacht hatte. Da Justinian vorher von dem Kindergebühren der Weiber und der damit verbundenen Gefahr, als einem billigen Rechtfertigungsgrunde seiner Constitution gesprochen hatte; so fügt er, um aller Mißdeutung vorzubeugen, noch hinzu, daß jedoch den Weibern das ihnen ertheilte privilegium dotis nicht bloß um der Kinder willen zustehen solle. Nein, dieses Privilegium verleihe er den Weibern, sie mögen Kinder gebohren haben, oder nicht, oder auch die gebohrnen Kinder wieder verloren haben. Nun folgen die Worte:

„Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel eius creditores: in praesenti autem similem praerogativam SERVAMUS, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: SED SIC MANEAT EIS IUS INCORRUPTUM, quasi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus, ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.“

In diesen Worten wird nun zwar eine Ausnahme in Ansehung der Kinder gemacht, wenn sie mit der zweyten Ehefrau ihres Vaters bey der Zurückforderung ihrer mütterlichen dos in Collision kommen, aber keinesweges ist das so gemeint, als ob ihnen sonst das privilegium dotis gegen andere Gläubiger ihres Vaters gar nicht zustehen solle. Denn davon war gar keine Frage, und konnte auch die Frage gar nicht seyn; sondern Justinian

sagt, schon in einer frühern Verordnung habe er zwar den Kindern pro dote matris suae eine stillschweigende Hypothek an dem Vermögen ihres Vaters in dem Falle gegeben, da ihr Vater dieses mütterliche Vermögen der Kinder während der väterlichen Gewalt benutzt und verwaltet<sup>75)</sup>; aber nun sollten sie auch, vermöge dieser neuern Constitution, wegen ihrer mütterlichen dos das nämliche Vorzugsrecht haben, welches ihre Mutter gehabt hätte, wenn sie selbst noch lebte, und dieses Privilegium sollte nun den Kindern unverlezt auch in dem Falle verbleiben, da sie mit der Stiefmutter wegen der Zurückforderung des Heyrathsguts ihrer Mutter concurrirten. Sie sollten also unter den ältern hypothekarischen Gläubigern ihres Vaters gegen ihre Stiefmutter, welche mit ihnen zugleich ihr Heyrathsgut zurückfordert, eine Ausnahme von der Regel machen, nach welcher sonst die Hypothek, welche den Ehesweibern wegen ihrer Dos gegeben ist, gegen alle Gläubiger des Ehemannes geltend gemacht werden kann, wenn sie auch eine ältere Hypothek haben. Den Kindern sollte hier das nämliche Vorzugsrecht, was ihre Mutter selbst gehabt hätte, darum zustehen, damit nicht durch das Privilegium, welches der zweyten Frau gegeben worden, das der ersten Frau zustehende vereitelt werde. Hier sollte also, wo zwey dotes zusammenträfen, das Alter d. h. Vorzug der Zeit entscheiden. Die Worte: In praesenti autem similem

75) Es ist die L. 8. §. 5. *Cod. de secund. nupt.* welche hier Justinian meint, vom J. 528. deren er auch in einer neuern Constitution, nämlich L. 6. §. 4. *Cod. de bonis quae liberis*, gedenkt. Man sehe *Franc. RAGUELLI Commentar. ad Constitutiones et Decision. Justiniani ad L. ult. Cod. qui potiores in pignore.* pag. 687.

praerogativam SERVAMUS sc. liberis prioris matrimonii; ferner *sed sic maneat eis ius INCORRUPTUM, quasi adhuc VIVENTE MATRE eorum*, wollen demnach nicht soviel sagen, daß den Kindern der ersten Ehe das Privilegium der Dotalthypothek nur allein in dem Falle ausnahmsweise gestattet seyn sollte, da sie mit ihrer Stiefmutter das Heyrathsgut ihrer Mutter zurückfordern; sondern es solle ihnen dieses Vorzugsrecht auch gegen ihre Stiefmutter eben so unverletzt verbleiben, als wenn ihre Mutter selbst noch lebte.

Und so erklärt sich denn nun auch, wenn Justinian in der Novelle XCI. Praefat. sagt:

*Neque enim aliis, sive heredibus, sive creditoribus, sed SOLIS LIBERIS hoc privilegium dedimus et damus;*

besonders wenn man damit vergleicht, wie Julian, ein Zeitgenosse Justinians, in seiner Epitome Novellarum Const. 84. Nro. 332. sich hier ausdrückt hat:

*In summa enim dicimus, priori matrimonio hypothecarum privilegia validiora praestamus, ubi ipsa mulier agit, vel LIBERI eius ex eo matrimonio nati, (liberorum autem appellatione omnes descendentes personas complectimur) quod non per innovationem a nobis introductum est, sed magis per interpretationem priorum constitutionum.*

Genau erwogen ist auch gar kein Grund abzusehen, warum den Kindern bloß im Falle der Collision mit ihrer Stiefmutter, und nicht auch gegen andere Gläubiger ihres Vaters das privilegium dotis zustehen sollte, da hier ein solcher Zweifel gar nicht entstehen konnte, wie bey der

Stiefmutter. Allein sollte das nicht Grund genug seyn, daß in den beyden oben angeführten Stellen ausdrücklich gesagt wird, das Privilegium, welches der Dos beygelegt ist, solle nur dann Statt finden, *cum ipsa mulier de dote experiatur*, cuius solius providentia hoc induximus, wie es im §. 29. I. de actionibus heißt, ja daß in der *Nov. LXI. Cap. 1. §. 4. in fin.* noch hinzugefügt wird:

*Aliis enim omnibus, PRAETER MULIEREM, huiusmodi privilegia neque ex antiquo dedimus, neque nunc damus?*

Ich will zugeben, daß in der Stelle der Institutionen das Wort *solius* auf *mulier* geht, ob es gleich Theophilus in seiner Paraphrase anders erklärt, wie an einem andern Orte dieses Commentars gezeigt worden ist, dennoch dünkt mir, daß man auf diese Stützen zuviel gebauet habe. In keiner dieser Stellen geschieht der Kinder auch nur mit einem Worte Erwähnung. Die Kinder haben also entweder das privilegium dotis unbedingt, oder sie haben es in keinem Falle. Das Letztere will man doch auch nicht behaupten, weil ja der Kinder sowohl in den älteren, als neueren Gesetzen ausdrücklich gedacht wird; also beweisen beyde Stellen, weil sie zuviel beweisen, gegen unsere Meinung eigentlich nichts. Sie beweisen vielmehr, daß es in den Gesetzen gar nichts Auffallendes ist, wenn von einem Privilegium oder von einer Rechtswohlthat gesagt wird, sie sey höchst persönlich, und gehe nicht auf die Erben über, und dennoch dieselbe den Kindern, als Erben, gestattet wird <sup>76)</sup>.

76) Man vergleiche z. B. die L. 12. L. 13. et L. 18. pr. D. h. t. Glücks Erläut. d. Pand. 27. Th.

Selbst das *privilegium exigendi*, dessen sich sonst die Ehefrau bey der Zurückforderung ihrer dos bediente, und nach dessen Beyspiel Justinian das *privilegium hypothecae* der dos beygelegt hat, war zwar auch nur ein höchst persönliches Privilegium, quod ad heredem non transibat, wie die Kaiser Sever und Antonin *L. un. C. de privilegio dotis* rescribirten. Allein Euzajaz<sup>77)</sup> bemerkt, daß alle Ausleger, sowohl Griechen als Lateiner, diese Worte uno consensu von einem heres extraneus verstanden hätten, und zwar rectissime. Denn auf die Kinder, als Erben der Mutter, sey das *privilegium* allerdings übergegangen. Sapiienti sat!

Außer der mit einer privilegirten Hypothek versehenen *actio ex stipulatu* gab aber Justinian der Frau zum Behuf der Zurückforderung ihrer dos auch noch die *Reivindication* in Ansehung derjenigen Dotalsachen, die noch in Natur vorhanden sind, welches sie, als Eigenthümerin, gegen jeden Besitzer derselben ausüben kann. Hier hatte sie kein Privilegium nöthig, und kein Besitzer kann sich deshalb gegen sie auf ein *privilegium hypothecae* berufen. Es soll auch diese Klage ohne Unterschied Statt finden, die Sachen seyen *aestimatae* oder *inaestimatae*. Diese *Reivindication* hat ihren Grund in der *L. 30. Cod. de iure dot.* wo Justinian Folgendes verordnet.

In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae, sive inaestimatae sint, mulierem

77) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. Cod. VII. 64. de privilegio dotis.

*in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, iubemus: et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiozem causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere: ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive IN REM, sive HYPOTHECARIAM, ei plenissime consulatur.*

Es leuchtet in die Augen, daß hier nicht von einer, sondern von zwey verschiedenen Klagen die Rede sey, deren sich die Frau bey der Vindication ihrer Dotalsachen, sofern dieselben noch in Natur vorhanden sind, bedienen kann, nämlich einer *actio in rem*, und einer *actio hypothecaria*. Die *actio in rem* kann also nicht die *actio hypothecaria*, sie kann folglich keine andere, als die Eigenthumsklage seyn. Dieß erscheint ganz offenbar aus der Rechtfertigung dieser Constitution. Denn es wird deducirt, daß die Frau nicht aufgehört habe, Eigenthümerin ihrer dos zu seyn, was sie ursprünglich gewesen ist, und der Grundsatz, daß der Mann das Eigenthum der dos bey Eingehung der Ehe erhalte, wird für eine Subtilität der Gesetze erklärt, wodurch die Wahrheit der Sache nicht vertilgt oder verdunkelt worden sey. Ich

habe die dagegen gemachten Einwendungen schon an einem andern Orte<sup>78)</sup> geprüft, hier will ich nur noch einen Beweis aus der Nov. XCI. hinzufügen, in deren Kap. 1. die Eigenthumsklage bey den Dotalsachen, welche noch in Natur vorhanden sind, namentlich bestätigt wird. Es heißt daselbst nach Homberg's Uebersetzung:

His igitur in controversiam deductis, illud in confesso et a nobis sancitum est, si quid ex rebus prioris, vel secundae dotis appareat, necesse esse, ut vel liberi prioris, vel secunda uxor id habeat, vel si illa quoque mortua sit, singuli eius liberi, in quantum quisque suum esse probaverit. Hic enim actio IN REM vel DE DOMINIO pure competit, et unusquisque SUUM habere debet, quod NULLO PRIVILEGIO indiget.

Man verbinde damit noch Julian's Epitome, wo er den Inhalt dieser Novelle folgendermaßen darstellt.

- 78) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1234. S. 143. ff. Man vergleiche noch Cujacius Recitatt. solemn. in Tit. Cod. de iure dotium. Dieser stellt sich die Sache so vor. Vermöge dieser Constitution, sagt er: *liberum est mulieri, vel eas res dotales vindicare, quasi suas, nam et ipsa intelligitur esse earum domina, vel etiam eas persequi actione hypothecaria, quasi res mariti, non suas; nam et maritus intelligitur earum rerum dominus. — Ergo ex eo intelligitur, nihil impedire, quin eandem rem mihi liberum sit persequi, ut meam, vel ut alienam, sicut rem legatam licet persequi, vel actione in rem, vel actione in personam vel vindicatione vel conditione.* Man sehe auch Henr. BRENKMAN de Eurenaticis. Diatrib. Cap. V. nr. III. pag. 78. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 690. und MÜHLENBAUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 271.



Quaeritur, *utrum liberi prioris uxoris dotem matris suae prius recipere debeant, an magis secunda uxor in dote sua validiora iura praetenderit?* et ita distinguimus, ut siquidem res dotales extant, sive prioris, sive posterioris sint, omnimodo eas DOMINUS vindicare potest: sin autem vel consumtae sunt, vel deminatae, praeferrantur secundae mulieri liberi ex priore matrimonio nati, vel etiam ipsa prima uxor, si forte repudio primae nuptiae solutae sint. Idem dicimus, si liberi secundae mulieris cum priore uxore vel liberis eius litigent.

Hier werden nun auch die beyden Klagen, die Eigenthumsklage, wenn die Dotalsachen noch in Natur vorhanden sind, und die hypothekarische Klage, wenn die Sachen consumirt sind, unterschieden<sup>79)</sup>. Nur in dem letztern Falle soll die dos der ersten Frau, dem Heyrathsgute der zweyten Frau vorgehen. Wem sollte aber hierbey nicht auffallen, was von den Kindern der zweyten Ehe gesagt wird? Wie könnte es diesen wohl einfallen, mit der ersten Frau ihres Vaters oder deren Kindern um den Vorzug der Dotalhypothek zu streiten, wenn den Kindern nicht auch, als Erben ihrer Mutter, das Privilegium der dos zustände?

Wegen des gesetzlichen Pfandrechts an dem Vermögen des Mannes wird der Frau endlich auch das Retentionrecht eingeräumt, bis sie wegen ihres Heyrathsgutes

79) Von den Vorzügen der Reibindication vor der hypothekarischen Klage handelt vorzüglich Hag. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. Cap. 7. §. 52. (Vol. VIII. pag. 235. edit. Bucher).

guts befriediget ist <sup>80)</sup>. In der Praxis hat dieß auch wohl keinen Zweifel <sup>81)</sup>. Allein in der Theorie wird es sehr bestritten <sup>82)</sup>. Man gründet dasselbe insgemein auf die L. 29. C. de iure dot. Hier verordnet Justinian.

Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, et ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere, non tantum mariti res ei tenenti, et super his ad iudicium vocatae, exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem praestamus: sed etiam si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium, super iisdem hypothecis aliquam actionem secundum legum distinctionem <sup>83)</sup> moveat, non obesse ei matrimo-

80) Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 458. und Schweppe römisches Privatrecht §. 685.

81) S. Matth. Benon. HERING Diss. de retentione in securitatem dotis permissa. Rostochii 1745. 4. Ant. FABRI Cod. definit. for. Lib. V. Tit. 7. Def. 10. et 11.

82) Man vergleiche Hub. GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. un. §. Igitur in sequenti. Cod. de rei uxor. act. Verb. *Huc et ea quaestio.* pag. 420. seq. G. E. F. Lind über das Retentionsrecht der Ehefrauen wegen ihres Eingebrachten in den Concursen ihrer Männer. Kofstok 1812. und MÜLLENBRUCH Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 271. pag. 155.

83) GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. 29. de iure dot. pag. 404. hält die Worte: *secundam Legum distinctionem* für ein Emblem von Tribonian, welche derselbe wegen der L. 12. C. Qui po-

nium adhuc constitutum sancimus, sed ita eam posse easdem res vindicare, vel a creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat.

Justinian zeigt hier der Frau die Mittel an, ihre dos, die donatio propter nuptias und ihr übriges Paraphernal-Vermögen zu sichern, und schon während der Ehe zu erhalten, wenn ihr Mann in Vermögens-Versfall kommt. Es ist hier zwar schon von einer Hypothek, aber nur noch von einer ausdrücklichen oder Convenzional-Hypothek die Rede, welche der Frau zur Sicherheit ihres Heyrathsguts auf dem Vermögen des Mannes bestellt worden war, wie die Worte: *res sibi suppositas pro dote* anzeigen. Denn damals (im Jahre 528.) war der *actio de dote* noch keine *hypotheca tacita* beygelegt. Daher wird auch hier der Frau nur insofern ein

*tiores in pignor.* eingeschaltet habe. Auch der griechische Scholiast THALELAEUS in Basilic. Tom. IV. pag. 655. Schol. h. bezieht diese Worte auf den in der angeführten L. 12. C. enthaltenen Unterschied zwischen *dos* und *donatio propter nuptias*: *εἰ μὲν γὰρ περὶ τῆς προικὸς ἐνάγει, προτιμᾶται τῶν ἀρχαιοτέρων καὶ τῶν μεταγενεστέρων δανειστῶν. εἰ δὲ περὶ τῆς προγαμιαίας, δωρεᾶς, οὐδέτι ἀντῶν προτιμᾶται, ὡς ἐνρήσομεν ἐν τῇ τελευταία διατ. τοῦ ἕξ'. τίτλ. τοῦ ἡ. βιβ. i. c.* Nam si quidem de DOTE agat, praefertur antiquioribus et posterioribus creditoribus. Sin autem agat de DONATIONE ANTE NUPTIAS, eis non praefertur; ut invenimus in ultima constitutione 17. Tit. Lib. 8.

Vorzugsrecht vor andern hypothekarischen Gläubigern des Mannes zugesprochen, als ihre Hypothek älter war <sup>84</sup>). In Rücksicht dieser Hypothek wird nun der Frau zu ihrer Sicherheit nicht nur das Rechtsmittel einer Exception gestattet, wenn sie sich im Besitz der ihr verpfändeten Sachen befindet, womit sie die ihr nachgehenden hypothekarischen Gläubiger zurückweisen kann; sondern sie soll sich auch der hypothekarischen Klage bedienen können. Daß die Ehe noch nicht getrennt ist, soll ihr nicht im Wege stehen. Sie kann sich dieser Rechtsmittel auch während der Ehe so gut, als nach getrennter Ehe bedienen. Hiermit ist also das Retentionsrecht der Frau auch nach getrennter Ehe gegen die ihr nachgehenden Gläubiger des Mannes eingeräumt. Es wird aber freylich vorausgesetzt, daß sie die Detention auf keine fehlerhafte Art erlangt habe <sup>85</sup>). Denn eine solche Besitzergreifung gestatten ihr die Gesetze auch nicht einmal in Ansehung ihrer eigenen Dotalsachen <sup>86</sup>). Dieses Retentionsrecht wird der Frau

84) S. CUSACII Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 11. Lib. V. Cod. de iure dotium. Verb. *Ergo ante eam constitutionem* etc. und WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. 29. de iure dot.

85) S. Ant. FABRI Cod. Definition. forens. Lib. V. Tit. 8. Def. 10. et Tit. 13. Def. 4. et 10. Es ist dieß überhaupt ein allgemeines Erforderniß des Retentionsrechts, *ut talis sit possessio, quam iusta ex causa quaesiverimus*. S. MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. I. §. 147.

86) L. 9. Cod. Solutio matrimon. Imp. DIOCLET. et MAXIM. *Dotis actione successores mariti super eo, quod ei dotis nomine fuerat datum, convenire debes. Ingressendi enim possessionem rerum dotalium, heredibus mariti non consentientibus, sine auctoritate compe-*

nicht nur gegen die Gläubiger des Mannes, sondern auch gegen desselben Erben gestattet, wenn sie auch die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten haben<sup>87)</sup>. In der Praxis ist diese Retention auch sogar mit dem Unterhalt aus dem Nachlaß verknüpft<sup>88)</sup>. Daß die Praxis hierin zu weit geht, hat wohl keinen Zweifel. Inzwischen können dieß selbst diejenigen nicht läugnen, welche der Frau in der Theorie das Retentionsrecht absprechen<sup>89)</sup>. Die Gründe, aus welchen besonders Giphhan das Retentionsrecht der Weiber in der Theorie bestritten hat, sind des Namens eines Giphhanius unwürdig, und entsprechen der bitteren Aeußerung nicht, wenn er sagt: Est haec

*tentis iudicis, nullam habet facultatem.* Dat. Sirmii 294. Man vergleiche noch die *L. 1. C. Ne pro dote mulieri bona quondam mariti addicant.* V. 22.

- 87) *S. Ant.* FABRI Cod. definit. for. Lib. V. Tit. VII. Def. 56. Den Gesetzen scheint jedoch diese Meinung nicht gemäß zu seyn. Denn die *L. 29. C. de iure dot.* giebt der Frau das Retentionsrecht nur gegen die ihr nachgehenden Gläubiger des Mannes. Die *L. 9. Cod. Solutio matrim.* aber gestattet ihr gegen die Erben des Mannes nur die *actio de dote*. Daher verwirft auch diese Meinung *Ferdinand Matate de AZEVEDO Disquisitionum legalium forens. iudicior. Semicentur. (Panormi 1653. f.)* Disquisit. XLVIII. nr. 12 — 16. pag. 312. sq.
- 88) *S. STRYK* Us. mod. Pand. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 17. *G. N. IRRIC* Diss. de vidua, usque dum ipsi satisfiat, ex mariti bonis sustentanda. *Vieb.* 1748. und *Westphals* Rechts Gutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Band S. 135. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 1.
- 89) *GIPHAN* l. c. pag. 421. sagt: Et tamen hodie in foro viduis non tantum retentio, sed etiam alimenta dicuntur deberi, quod non minus est absurdum.

opinio Baldi (ille namque auctor eius dicitur ad *L. pen. C. de pignorat. act. teste et Jasone*) ab omni et iure et ratione aliena est. Justinian hat zwar das Retentionsrecht, welches ehemals bey der rei uxoriae actio dem Manne zustand, §. Taceat aufgehoben, aber nicht das Retentionsrecht der Frau, von welchem die *L. 29. C. de iure dot.* spricht. Daß ein Retentionsrecht nur dem Inhaber der Sache zusteht, ist freylich gewiß, es wird ja aber auch vorausgesetzt, daß die Frau den Besitz der Güter ihres Mannes aus rechtmäßiger Ursach erlangt habe<sup>90)</sup>. Falsch aber ist es, daß die Retention da wegfallt, wo eine Klage Statt findet. Die Gesetze sagen das Gegentheil<sup>91)</sup>. Ulpian<sup>92)</sup> macht es sogar zur Rechtsregel: Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere, multo magis quis dixerit. Endlich soll in toto iure kein Gesetz seyn, welches der Frau das Retentionsrecht giebt. Allein die *L. 29. C. de iure dot.* enthält, meiner Einsicht nach, kein ius commentitium.

## §. 1274.

Wer fordert das Heyrathsgut zurück?

Um hiernächst die Personen zu bezeichnen, welche den Brautsehaß zurückzufordern berechtigt sind; so lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

90) Mehrere bewährte Rechtsgelehrte behaupten sogar, daß es bey Ausübung des Retentionsrechts nicht einmal auf rechtmäßigen Erwerb des Besitzes ankomme. S. von Wenig, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. B. §. 169. Man sehe auch *L. 9. Cod. de bonis proscriptorum. IX. 49.*

91) S. *L. 1. pr. D. de pignor.*

92) *L. 156. §. 1. D. de divers. reg. iur.*

Das Zurückforderungsrecht der dos gründet sich entweder auf einen Vertrag, oder auf die Verordnung der Gesetze<sup>93)</sup>. Im ersten Falle kann jeder das Heyrathsgut zurückfordern, der es bestellt, und sich bey der Bestellung den Rückfall der dos ausbedungen hat. Dieß kann der Vater, oder ein Extraneus, d. h. ein solcher seyn, der die Frau, für welche er das Heyrathsgut gegeben, nicht in seiner Gewalt hat, z. B. die Mutter, oder der mütterliche Großvater, oder ein Dritter<sup>94)</sup>. Es kann aber auch bey der Bestellung der dos durch Vertrag festgesetzt werden, daß nach getrennter Ehe das Heyrathsgut nicht dem Besteller, sondern einem Dritten restituirt werden solle.

Nach der Subtilität des Röm. Rechts ist eigentlich ein solcher Vertrag in Ansehung des Nichtpascienten ungültig, wegen der bekannten Rechtsregel: *neminem per alium acquirere posse obligationem*<sup>95)</sup>. In den Gesetzen des römischen Rechts ist dieses auch in Beziehung auf die dos ganz klar verordnet, wie die *L. 26. Cod. de iure dotium* beweist, wo die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren.

*Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus*

93) Man vergleiche DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 6. (Vol. VIII. pag. 197. sqq. edit. Bucher.) MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 270. und Wening, Jngenheim Lehrbuch des gemeinen Eivilrechts. 3. B. §. 42.

94) *L. un. §. 13. C. de R. U. A. S. DONELLUS c. 1. §. 3. pag. 198.*

95) §. 19. *I. de inutil. stipulat. L. 11. D. de obligat. et act. S. Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 17. und den 4. Th. dieses Commentars. §. 345.*

*est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure, quaerere potuit actionem* <sup>96)</sup>.

Eine Ausnahme macht jedoch das Römische Recht in dem Falle, wenn ein Ascendent für seine Descendentin eine dos constituirt, und bey Bestellung derselben die Rückgabe seiner Descendentin, oder deren Kindern, oder seinen übrigen Kindern stipulirt, in welchen Falle diese zwar keine directe Klage, aber der Billigkeit wegen eine *actio utilis* erhalten <sup>97)</sup>, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

*L. 23. D. de pactis dotalibus. AFRICANUS libro VII. Quaestionum. Pater, cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est, ut mortua filia, uno pluribusve liberis superstitibus, deducta parte tertia, reliqua dos sibi, aut post mortem suam illi aut illis filiis* <sup>98)</sup>, *quos in potestate habebat, red-*

96) Man vergleiche auch die *L. 19. C. eodem. L. 4. Cod. de pactis convent.* in Verbindung mit den *Basilic. Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 5. Const. 34. pag. 695.* und *L. 59. §. ult. D. ad Sctum Trebell.* und über sämtliche Stellen *Ger. NoODT de pactis et transactionib. Cap. 25. Opp. Tom. I. pag. 551. sqq.* und was besonders die corrupte Lesart der *L. 4. C. cit.* an betrifft, Desselben *Observationes Lib. II. cap. 25.*

97) S. Mühlenthal's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 10. S. 67.

98) So lesen, statt *illi aut illi filiis*, wie die florentinische Ausgabe hat, richtiger Haloander und die meisten Ausgaben und Handschriften. S. Brenkmann's Note in der Gebauerischen Ausgabe. Ueber die *L. 23.* sind übrigens zu vergleichen *Jac. Cujacius ad Africanum Tract. VII. h. L. Ant. SCHULTING Notae ad Digesta*



*datur*: deinde haec ita fieri stipulatus est. Post mortem eius mulier in matrimonio decesserat relictis filiis. Quaesitum est, an ex stipulatione duas partes illi petere possint? Respondi, posse: etenim vim eius stipulationis hanc esse, ut si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur: et perinde habendum, ac si talis stipulatio interposita fuisset: *Si navis ex Asia venerit, mihi, aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?* nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, heredi deberi.

L. 45. D. h. t. PAULUS lib. VI. *Quaestion.* Gaius Sejus avus maternus Sejae nepti, quae erat in patris potestate; certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: *Si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Sejae uxori, vel Gajo Sejo avo materno redderetur, restituereturque.* Quaero, cum Sejus avus maternus statim vita defunctus sit, et Seja postea sine culpa sua divorterit, vivo patre suo, in cuius potestate est, an, et cui actio ex hoc pacto et <sup>99)</sup> stipulatione competat: et utrum heredi

seu Pandect. a Nic. SMALLENBURG edit. Tom. IV. pag. 271. sq. und VOORDA Thes. controversar. Dec. VI. §. 7. et 8.

99) Die Forderung ist bey Haloander, Baudouin, Merlinus, u. a. ist wohl unstreitig der florentinischen, welche ex hat, vorzugiehen, welche auch Brenkman in der Gebauer. Ausgabe billiget.

avi materni ex stipulatu, an nepti? Respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Sejae posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset: *sed permittendum est nepti ex hac avita conventionem, ne commodo dotis defraudetur, UTILEM ACTIONEM* <sup>100)</sup>: *favore enim nuptiarum, et maxime propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est.*

- 100) Die hier erscheinende Wortfügung ist zwar ungewöhnlich, aber doch dem Style der römischen Juristen nicht ganz fremd, wie aus *L. ult. §. 1. D. de Senatoribus*, und *L. 19. in fin. D. de novation.* erhellet. Gleichwohl hält *Ant. FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. XIII. Cap. 5. pag. 414.* diese Stelle für interpolirt, und ihm glebt auch *BACHOV. ad Treutlerum Vol. II. P. I. Disp. XXVII. Th. 2. Lit. C.* nicht Unrecht. Ja *JENSJUS* in *Strictur. ad Pand. in Demonstrat. Art. V. pag. 9.* glaubt hier ein Argument mehr für seine Behauptung zu finden, daß unser Pandecten eine schlechte lateinische Uebersetzung aus dem Griechischen wären. Wir finden aber auch verschiedene Lesarten in den Ausgaben der Pandecten. *Salvander, Miräus*, und *Duaren* lesen: *sed et permittendam esse.* *Baudouza Cestius*, und *Wilh. Merlinus* hingegen haben: *sed et permittendum est nepti, utilem actionem habere.* Mit Recht vertheidigt jedoch die florentinische Lesart *Ger. Noort de Pactis et Transactionib. Cap. 25. (Opp. Tom. I. pag. 554.)*

Der mütterliche Großvater hatte hier bey der Bestelung der dos für seine Enkelin stipulirt, daß wenn die Ehe durch Divortium, und zwar ohne Verschulden der Frau, getrennt werden sollte, die dos seiner Enkelin oder ihm zurückgegeben werden solle. Der Fall trat ein, nachdem der mütterliche Großvater schon vorher gestorben war. Und nun entstand die Frage, ob der Erbe des Großvaters, oder die Enkelin aus der Stipulation klagen könne? Wäre die Enkelin bloß als *adjecta solutionis gratia* anzusehen, so hätte derselben die dos zwar gültig, und mit der Wirkung ausgeliefert werden können, daß der Mann dadurch von seiner Verbindlichkeit frey geworden wäre; allein da die Stipulation in Ansehung derselben ungültig war, so konnte die *actio ex stipulatu* nach dem strengen Recht nicht der Enkelin, sondern bloß dem Erben des Großvaters zustehen. Denn dieß ist die Wirkung einer *adjectio solutionis gratia*: bey Stipulationen, daß nicht der Dritte, sondern nur der Stipulator hierdurch ein Forderungsrecht erwirbt, der Schuldner aber durch die dem Dritten geleistete Zahlung, wozu er jedoch nicht gezwungen werden kann, von seiner Verbindlichkeit frey wird <sup>1)</sup>. Paulus entscheidet indessen für die Enkelin, und giebt ihr aus Gründen der Billigkeit eine *actio utilis*. Die Gründe sind *favor nuptiarum*, *ne commodo dotis defraudetur mulier*, und *personarum affectio*. Allein der letzte Grund, soviel Gewicht ihm auch Paulus beylegt, würde diese Abweichung

1) §. 4. *I. de inutil. stipulat.* L. 56. §. 2. L. 141. §. 3. et 5. *D. de Verbor. obligat.* L. 10. L. 95. §. 5. L. 98. §. 4. et sqq. *D. de solut.* C. Greg. MAJANSII *Disp. de Adjecto solutionis gratia*; (in *Disputation. iuris civ.* Tom. I. *Disp. VIII.* pag. 142. sqq.)

von der Strenge des Rechts noch nicht gerechtfertigt haben, sondern dieser Grund deutet nur dahin, es sey der Wille des Großvaters, daß seiner Enkelin die dos nach erfolgter Scheidung nicht bloß restituirt werden solle, als wäre sie nur eine *adjecta solutionis gratia*, sondern das Heyrathsgut solle ihr geschenkt seyn. Wenn also sonst der *adjectus* nur als ein Mandatar des Stipulators angesehen wird, und deswegen mit der *actio mandati* belangt werden kann<sup>2)</sup>; so soll hier die Enkelin das Heyrathsgut behalten, was ihr restituirt worden ist. Die Enkelin ist also hier nicht bloß *solutionis gratia adjecta*, sondern, wie Julian<sup>3)</sup> in einem ähnlichen Falle sagt, *donationis causa interposita*. Diesen Willen des Großvaters läßt die besondere Liebe und Zuneigung desselben zu seiner Enkelin vermuthen. Aber auch dieser vermuthete Wille würde der Enkelin noch kein Forderungsrecht gegeben haben. Es mußte also noch ein anderer Grund zu Hülfe genommen werden. Diesen setzt nun Paulus in der Begünstigung der Ehe, nämlich der zweyten Ehe, zu welcher nun nach aufgehobener ersten Ehe die Enkelin wieder schreiten kann, und wozu ihr die dos dienen soll<sup>4)</sup>. Eine *actio directa* der Enkelin zu gestatten, erlaubte indessen die Subtilität des Rechts auf

2) §. 4. *I. de inutil. stipulat. L. 151. §. 1. D. de Verb. obligat.*

3) *L. 151. §. 1. D. de Verbor. obligat.* S. CUJACIUS in Commentar. ad Lib. VI. Quaest. Pauli ad Leg. 45. D. h. t. (*Opp. Tom. II.*) und MAJANSIUS cit. Dissert. §. 29. pag. 162. Das Gegentheil wird in Bern. OTTO Commentat. ad L. 45. D. Soluto matrim. (*Goettingae.*) §. 7. zu behaupten gesucht.

4) *L. 1. D. de iure dot. L. 1. D. Soluto matrim.*

keine Weise. Die Billigkeit konnte nur eine *actio utilis* rechtfertigen. Eben dieses bestätigt auch ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian.

*L. 7. Cod. de pactis conventis, tam super dote etc.* — Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta nepotibus<sup>5)</sup> pactus restitui: licet his actionem quaerere non potuit, tamen *UTILIS eis ex aequitate accommodabitur ACTIO*<sup>6)</sup>.

Hat also ein Anderer, der kein Ascendent der Frau ist, ein *extraneus*, die dos gegeben, so kann er nur sich selbst, nicht aber einem Dritten die Rückgabe des Heyrathsguts ausbedingen. Justinian giebt dieses selbst in der *L. un. §. 13. Cod. de rei ux. act.* nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: *Sed si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat.* Auch gilt der Vertrag, nach welchem der Mann die dos nach getrennter Ehe behalten soll, nur insofern, als dieselbe gesetzlich

5) Der griechische Scholast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 710. Sch. b. versteht hier *nepotes ex alio filio, vel ex filia ex alio priore marito.*

6) *Ant. FABER Coniecturar. iuris civ. Lib. XIX. Cap. 19.* pag. 748. hält auch dieses Gesetz für interpolirt. Er sagt, die *stipulatio post mortem* sey unter Diocletian und Maximian noch nicht gültig gewesen §. 13. *I. de inutil. stipulat.* Tribonian habe hier das neuere Recht aus der *L. 11. C. de contrah. et committ. stipulat.* mit eingemischt. Auch schon die ganze Wortfügung verrathe Tribonians Styl.

nicht an die Frau, sondern an Jemand Andern zurückfallen würde. Es ist dann auch kein Unterschied, ob die dos vom Vater, oder der Frau, oder einem extraneus bestellt worden ist, wenn nur die Frau vor dem Manne stirbt<sup>7)</sup>. Denn stirbt der Mann vor der Frau, so ist das Pactum ungültig, damit die Frau nicht ohne dos sey<sup>8)</sup>. Aus diesem Grunde ist auch der Vertrag, wodurch ein Dritter sich den Rückfall des Heyrathsguts bey dessen Bestellung ausbedungen hat, anders nicht von Wirkung, als wenn er die Frau überlebt hat<sup>9)</sup>. Auf keinen Fall aber braucht sich der Mann, als Schuldner der dos, von der Frau oder deren Vater, je nachdem von jener

7) *L. 12. pr. L. 26. §. 2. D. de pactis dotal. L. 48. D. Soluta matrim. L. 1. §. 1. D. de dote praelegata. XXXIV. 4. L. 6. Cod. de pactis conventis tam super dote. S. Franc. DUARENUS ad L. 2. pr. D. Soluta matrim. (Opp. pag. 257.)*

8) *L. 2. D. de pact. dot. ULPIANUS lib. XIX. ad Sabinum. Si convenerit, ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus, dos apud virum remaneret, PAPINIANUS Iuniano Praetori respondit, morte mariti finito matrimonio, neque convenisse videri dotem remanere: et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit. — L. 3. C. de pactis convent. tam super dote. Imp. GORDIANUS. Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, ut si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur: eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeat, proficere non potest.*

9) *L. 16. D. de rebus dubiis. S. Ant. SCHULTING ad Ulpian. Tit. VI. §. 5. Not. 18. in Iurispr. vet. Anteiust. pag. 582.*

oder von diesem das Heyrathsgut gegeben worden, einem dritten Gläubiger wider seinen Willen delegiren zu lassen, wenn ihm dieses nachtheilig ist; sondern er giebt das Heyrathsgut nach getrennter Ehe dem zurück, dem er es nach den Gesetzen zu restituiren schuldig ist<sup>10)</sup>.

Abgesehen von besondern Verträgen, so ist in Ansehung des Zurückforderungsrechts nach den Gesetzen ein Unterschied zu machen, ob die dos eine profectitia oder adventitia sey.

I. Ist die Brautgabe eine dos profectitia, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

A. Der Vater, der das Heyrathsgut für die Tochter gegeben hat, war zur Zeit der Trennung der Ehe nicht mehr am Leben. Hier fällt die dos profectitia an die Frau, wenn sie noch lebt, oder an deren Erben, nicht an die Erben des Vaters. Auch hat der Mann keinen Anspruch darauf<sup>11)</sup>.

B. Die Tochter ist vor dem Vater in der Ehe gestorben. Hier fordert der Vater das Heyrathsgut zurück, nicht als Erbe der Tochter, sondern vermöge eines besondern Rechts, welches daher eintritt, er mag sich den Rückfall vorbehalten haben, oder nicht. Denn Justinian nimmt auch beym Vater eine stipulatio tacita an<sup>12)</sup>. Die Hauptstelle ist hier die L. 6. *D. de iure dotium*, wo Pomponius, aus dessen

10) L. 2. pr. et §. 2. *D. h. t.* C. DUARENUS ad h. L. (*Opp.* p. 257.) und SCHULTING c. l. not. 22. pag. 585.

11) L. un. §. 4. 6. et 11. *Cod. de rei ux. act.* C. DONNELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 6. §. 9. (Volum. VIII. pag. 202. edit. Bucher.)

12) L. un. §. 13. in fin. *Cod. de rei ux. act.*

*libro XIV. ad Sabinum* dieses Fragment genommen ist, sagt:

*lure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta: ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.*

Ob die Tochter noch in väterlicher Gewalt gewesen, oder nicht, macht keinen Unterschied. Zwar rescribirt der Kaiser Alexander in der *L. 4. Cod. Soluta matrimon.*

*Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet.*

Allein es war wohl nur ein zufälliger Umstand, daß in dem dem Kaiser vorgelegten Falle die Frau noch in der väterlichen Gewalt war. Daß aber deswegen diese Verordnung nicht bloß auf den Fall zu beschränken sey, da die verstorbene Tochter noch in der väterlichen Gewalt war, erhellet aus vielen andern Gesetzstellen, wo der *filia emancipata* ausdrücklich Erwähnung geschieht. Dahin gehören folgende:

*L. 5. D. de divortiis. ULPIANUS lib. XXXIV. ad Edictum. Si filia EMANCIPATA idcirco divorterat, ut maritum lucro dotis adficioat, patrem fraudet, qui PROPECTITIAM DOTEM potuit petere, si constante matrimonio decessisset, et ideo<sup>15)</sup> patri*

15) Haloander hat das *et* nicht, und der ganze Zusammenhang der Worte zeigt, daß es weggestrichen werden müsse. Brenkman bemerkt richtig, daß das Erscheinen dieses *et* einer unrichtigen Wiederholung der letzten Buchstaben des vorhergehenden Wortes *decessisset* zu-



succurrendum est, ne dotem perdat; non enim minus patri, quam marito succurrere Praetorem oportet: *danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.*

*L. 10. pr. D. Solutio matrimon. POMPONIUS libro XV. ad Sabinum.* Si ab hostibus capta filia, quae nupta erat, et dotem a patre profectam habebat, ibi decesserit: puto dicendum, perinde observanda omnia, ac si nupta decessisset: *ut, etiam si in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat.*

*L. 59. D. eodem. JULIANUS libro II. ad Urseium Ferocem.* FILIAE meae EMANCIPATAE et aegrae vir in hoc repudium misit, ut mortua ea dotem<sup>14)</sup> potius heredibus eius, quam MIHI redderet<sup>15)</sup>. SABINUS dicebat, utile mihi eius dotis

zuschreiben sey. Man sehe auch *Ant. SCHULTING Notae ad Digesta seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 529. Die Basilica Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 12. pag. 529. haben bloß: βοήθειται ὁ πατήρ, καὶ ὄντως ἀπαιτεῖ τὴν προίκα ὡσανεὶ ἐν τῷ γάμῳ ἢ παῖς ἐτελεύτησεν. i. e. patri succurritur, et perinde dotem exigit, ac si filia in matrimonio decessisset.*

14) *Dotem?* ohnstreitig keine andere, als profectitiam. S. SCHULTING Notae ad Dig. a Smallden edit. Tom. IV. ad h. L. pag. 551. und VOORDA Thes. controversar. Dec. XI. §. 4.

15) Diese Worte beweisen deutlich, daß die dos profectitia nach dem Tode der Tochter an den Vater zurückkehrte, auch wenn sie emancipirt war. S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. not. i.

reciperandae iudicium dandum esse<sup>16)</sup>. GAIUS<sup>17)</sup> idem.

Ein sehr viel beweisendes Gesetz ist auch noch die L. 71. D. de eviction, welche ich aber schon bey einer andern Gelegenheit erklärt habe<sup>18)</sup>. Es wird daselbst gesagt, bey der emancipirten Tochter, für welche der Vater die Brautgabe bestellt hat, gebe es nur einen Fall, wo die dos an den Vater zurückfällt. Daß dieses kein anderer sey, als wenn die Tochter während der Ehe stirbt, habe ich schon am angeführten Orte gezeigt, und eben dieses haben auch Euzaz<sup>19)</sup> und Pothier<sup>20)</sup> schon längst

16) S. BACHOV advers. Ant. Fabrum Dec. XCIX. Err. 8: nr. 7.

17) Unter diesem GAIUS, ist nicht Titus Gajus, sondern Gaius Cassius Longinus zu verstehen. Denn jener Gaius lebte erst nach Julian. Er machte sich wenigstens erst gegen das Ende der Regierung des Divus Nius durch Schriften bekannt. Von dem Gaius Cassius Longinus aber weiß man, daß er in den Pandecten häufig bloß mit dem Vornahmen Gaius citirt wird. Man sehe z. B. L. 54. D. de condit. et demonstrat. L. 78. D. de solution. und besonders Guil. Ant. Henr. DITTMAR Specim. I. de nomine, aetate, studiis, ac scriptis Gaii Icti Rom. Lipsiae 1820. Cap. 2. §. 6. pag. 117. Daß Julian in unserm Fragment keinen andern Gaius gemeint habe, als den Cassius, haben auch Aegid. MENAGIUS in iuris civ. Amoenitat. Cap. 43. pag. 451. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. Not. k. pag. 59. gezeigt.

18) S. den 20. Th. dieses Commentars. S. 429—451.

19) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. 6. de rei uxor. act. und desselben Comm. in libr. XVII. Quaest. Pauli ad L. 71. de evict. (Opp. Tom. II. pag. 1189.)

20) Pand. Iustin. Tom. I. Tit. de eviction. Nr. XLI. Not.

auffer allem Zweifel gesetzt. Dennoch sind mehrere angefehene Rechtsgelehrten<sup>21)</sup> der Meinung, daß wenn die in der Ehe gestorbene Tochter emancipirt gewesen, die dos profectitia nicht an den Vater zurückkehre, wenn er sich nicht den Rückfall vorbehalten hat, sondern den Erben der Tochter zu restituiren sey. Man gründet diese Meinung vorzüglich auf die oben angeführte L. 4. *Cod. h. t.* Allein wie bedenklich das argumentum a contrario bey der Auslegung der Rescripte in dem römischen Gesetzbuche sey, ist schon bey mehreren Gelegenheiten in diesem Commentar<sup>22)</sup> bemerkt worden. Es ist auch nicht nöthig, das Wort *filiafamilias* in diesem Rescript mit Govean<sup>23)</sup> als einen unächten Zusatz auszustreichen. Voet meint zwar, daß argumentum a contrario werde hier unterstützt durch die L. 19. *Cod. de Collat.* (VI. 20.)

g. h. und Tom. II. h. t. Nr. I. Not. c. Man sehe auch *Ant. SCHULTING ad Ulp. Tit. VI. §. 6. not. 20. in Iurisprud. vet. Anteiust. pag. 582.*

21) FACHINAEUS *Controversiar. iuris Lib. III. Cap. 71. in med. VOLT Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6. und besonders Ern. Aug. Guil. von dem Bussch Exercit. acad. qua dos profectitia, vivo patre, liberis ex filia emancipata in matrimonio mortua superstitibus, iure communi vindicatur. Goettingae 1749. 4. §. XI—XVIII.*

22) Man sehe besonders den 1. Th. dieses Commentars §. 57. S. 265. f.

23) *Variar. Lection. Lib. II. cap. 4. In den Basilicis Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. VIII. Const. 68. pag. 564. ist das Wort filiafamilias wohl mit Fleiß weggelassen worden. Denn der griechische Scholiast THEODORUS bemerkt Sch. m. pag. 412. Es sey zwischen einer mulier ἐπιζουσία und ἀντιζουσία kein Unterschied.*

Denn wenn daselbst die Enkel der verstorbenen Tochter ihres Vaters, oder Mutter-Brüdern, so wie ihres Vaters, oder Mutter-Schwestern die dos conferiren sollen, die ihre Mutter vom Großvater erhalten hat; so müsse diese dos nach dem Tode der Tochter nicht an den Großvater zurückgekehrt, sondern an die Enkel, als Erben ihrer Mutter, gefallen seyn. Da dieses nun von einer *filiafamilias*, die in der Ehe gestorben ist, nach der *L. 4. C. h. t.* auf keine Weise verstanden werden könne, so könne es nur von einer *filia emancipata* wahr seyn. Allein hier wird wieder ein ganz unrichtiger Schluß gemacht. Es ist hier gar nicht die Frage, ob, und in welchen Fällen die dos an den Vater zurückkehre, wenn die Tochter in der Ehe stirbt; sondern die Frage, welche Justinian hier entscheidet, ist: ob die Descendenten des ersten Grades, die von dem verstorbenen Ascendenten erhaltene dos oder *donatio ante nuptias* den Descendenten des zweiten Grades, d. i. den von einem verstorbenen Sohne oder Tochter hinterlassenen Enkeln zu conferiren haben, und ob diese dagegen jenen diejenige dos oder *ante nuptias donatio* conferiren müssen, welche ihre Eltern von dem verstorbenen Ascendenten, gleichviel er sey Vater oder Mutter, erhalten haben. Es ist also hier gleichgültig, die dos, von deren Collation die Rede ist, sey *profectitia* oder *adventitia*. Eben so gleichgültig ist es, bey der hier von Justinian entschiedenen Frage, wie die dos an die Enkel von der Tochter gekommen ist. Es kann ja der Vater mit dem Schwiegersohne die Uebereinkunft treffen, daß wenn die Tochter in der Ehe mit Hinterlassung von Kindern sterben sollte, diesen die dos verbleiben solle<sup>24)</sup>. Wie kann also aus

24) *L. 12. pr. L. 26. pr. D. de pact. dot. L. 48. D. Solut. matrim. L. 7. C. de pactis conventis tam super*

diesem Gesetz gefolgert werden, die dos profectitia kehre nicht wieder an den Vater zurück, wenn die in der Ehe verstorbene Tochter nicht mehr in väterlicher Gewalt war, da soviel andere Stellen in dem römischen Rechte das Gegentheil lehren? Man will sie zwar von dem Falle verstehen, wenn sich der Vater den Rückfall der dos ausbedungen hat; allein dieß ist eine divinatorische Erklärung, die den Worten dieser Gesetzstellen durchaus nicht entspricht<sup>25)</sup>.

Man setzt zwar unserer Meinung noch die *L. 2. pr. et §. 1. D. h. t.* entgegen, wo Ulpian sagt:

*Solutio matrimonii, solvi mulieri dos debet: nec cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere, nisi hoc ei nihil nocet. Nam si incommodum aliquod maritus suspectum habet, non debere eum cogi alii, quam uxori promittere, dicendum est. Haec, si sui iuris mulier est.*

§. 1. *Quod si in patris potestate est, et dos ab eo profecta sit: ipsius et filiae dos est. Denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae*

*dote.* Man sehe auch *Ant. FABER Coniectur. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 2. pag. 410.*

- 25) Man vergleiche noch *Casp. SCHIFFORDEGGER ad Ant. Fabrum. Lib. II. Tract. XIV. Qu. 4—6. Reinh. BACHOVIVS ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. VII. Th. XI. lit. C. §. Caeterum. pag. 384. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Sequens inspectio. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. Cap. 6. §. 6. in fin. Vol. VIII. pag. 200. und Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 69. §. 10 et 11.*

petere dotem, nec per se, nec per procuratorem potest: sic ergo et promittendum SABINUS ait: ei ergo promittendum erit, cui uterque iusserit. Ceterum, si pater solus iussit, dotis actio filiae non erit ademta, quandoque sui iuris filia fuerit facta. Item, si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri. Sed utrum ut et agat solus, an et ut adjuncta quoque filiae persona experiri possit? Et puto, nec eam actionem amissam, quam adjuncta filiae persona potest habere: quod si sui iuris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio.

Allein wie man in dieser Stelle einen Beweis gegen unsere Meinung hat finden können, ist unbegreiflich. Es wird freilich hier ein Unterschied zwischen einer Frau, die sui iuris, und einer solchen, welche in patris potestate ist, gemacht; allein die Frage ist ja hier, wie schon Ant. Schulting<sup>26)</sup> bemerkt hat, nur davon, inwiefern der Mann die das einem Andern, dem er als Schuldner delegirt wird, auf den Fall der Trennung der Ehe zu versprechen schuldig sey, oder nicht? Hier wird nun in Hinsicht dieser Delegation ein Unterschied gemacht. Ist die Frau sui iuris, so muß er nach getrennter Ehe das Heyrathsgut ihr zurückgeben, und kann nicht genöthiget werden, sich einem Andern als Schuldner delegiren zu lassen, auffer insofern ihm dieses ganz unachtheilig ist<sup>27)</sup>. Ist sie aber noch in der väterlichen Gewalt, so kann die

26) Ad Ulpian. Tit. VI. §. 6. Not. 22. (in *Jurispr. vet. Anteiustin.* pag. 585.)

27) S. Vinc. CABOTII Disputation. Lib. I. Cap. 27. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 613.)

Tochter eben so wenig ohne Wissen ihres Vaters, als der Vater ohne Einwilligung der Tochter delegiren. Denn beyde fordern die dos nach getrennter Ehe gemeinschaftlich zurück, und keiner kann durch Verträge dem Rechte des Andern Eintrag thun. Das Gesetz spricht zwar nur von der dos profectitia; allein daß ein Gleiches auch von der dos adventitia gelte, wenn die Frau zur Zeit der getrennten Ehe noch unter väterlicher Gewalt ist, davon wird in der Folge die Rede seyn <sup>28)</sup>. Da nun hier überall von einem solchem Falle die Rede ist, wo die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe noch lebt, z. B. die Ehe ist durch Divortium, oder durch den Tod des Mannes getrennt worden; so gehört die ganze Stelle gar nicht hierher, wo von dem Rückfall der dos profectitia an den Vater die Rede ist, wenn die Tochter in der Ehe starb.

Eben so unrichtig ist die Erklärung, wodurch man eine unserer vorzüglichsten Beweisstellen, es ist die oben angeführte *L. 10. D. h. t.*, zu entkräften sucht. Es ist darin von dem Falle die Rede, da die verheyrathete Tochter, welche eine dos von ihrem Vater erhalten hatte, in feindliche Gefangenschaft gerieth, und darin starb. Diese Stelle soll nun von einer solchen Tochter zu verstehen seyn, welche während der Ehe noch in väterlicher Gewalt war, und um dem Vater die dos profectitia zu erhalten, habe man fingirt, als sey die Tochter in dem Augenblick der Gefangennehmung, und also noch in väterlicher Gewalt gestorben. Allein der Zweifelsgrund war hier, wie Anton Faber <sup>29)</sup> sehr richtig bemerkt hat, nicht der, weil

28) S. CUJACIUS, CHARONDAS, und SCHULTING ad *Ulpian.*  
Tit. VI. §. 6. (in *Jurispræd. vet. Antejust.* pag. 585.)

29) *Conjectur. iuris civ. Lib. XIII. cap. 1. pag. 407.*

durch die Raptivität die väterliche Gewalt aufgehoben zu seyn schien; denn dieß hätte dem Vater nichts geschadet, wenn auch die Tochter in civitate geblieben, und als sui iuris in der Ehe gestorben wäre, wie ja Pomponius in den Worten unserer Stelle:

ut etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat,

selbst deutlich genug ausspricht; sondern weil die Ehe durch Gefangenschaft aufgehoben wurde<sup>30)</sup>, mithin das Rückforderungsrecht in Ansehung der dos profectitia für den Vater verloren zu seyn schien, welches er bey einer emancipirten Tochter nur in dem einzigen Falle hatte, wenn sie in der Ehe starb. Aus diesem Grunde soll angenommen werden, als ob die in feindliche Gefangenschaft gerathene, und aus derselben nicht wieder zurückgekehrte Tochter, in der Ehe gestorben sey. Eben so hat auch der griechische Scholiast<sup>31)</sup> die Stelle des Pomponius verstanden, welcher sie in seine Sprache auf folgende Art übertragen hat:

Εάν γυνή παρά τοῦ πατρὸς προικισθεῖσα, ληφθεῖ παρά τοῖς πολεμίοις ἀιχμάλωτος, καὶ παρ' αὐτοῖς τελευτήσῃ, οὕτω πάντα τὰ περὶ τῆς προικὸς τρακταίζομεν, ὡσανεὶ ἐν τῷ γάμῳ ετελεύτησεν. ἵνα εἰ καὶ μὴ τῆν τοῦ πατρὸς ὑπεξουσία ἢ θυγάτηρ αὐτῆ ὁμῶς ἢ προῖξ εἰς αὐτὸν ὑποστρέψῃ. τοῦτο γὰρ συνέβαινεν

30) L. 1. D. de divort. L. 12. §. 4. D. de captivis. L. 14. §. 1. D. eodem. L. 8. cod. S. Abr. WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 15. §. Nuptias. p. 166. u. Hassle Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 55.

31) Basilic. Tom. IV. pag. 578 sq. Sch. n.



*εἰ καὶ ἐν τῷ γάμῳ ἐτελεύτησεν. i. e. Si mulier a patre dotata capta fuerit ab hostibus, et apud eos decesserit: quae ad dotem pertinent, omnia ita observamus, atque si in matrimonio decessisset: ut etiam si filia in potestate patris non esset, ipsa tamen dos ad eum revertatur. Hoc enim evenisset, si in matrimonio decessisset.*

Noch streitiger aber ist die Frage, ob die dos profectitia nach dem Tode der Tochter auch dann an den Vater zurückfalle, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind? Berühmt ist der Streit über diese Rechtsfrage zwischen den beyden Glossatoren Martinus und Bulgarus, den Dofredus<sup>32)</sup> und Guido Panzioli<sup>33)</sup> erzählen<sup>34)</sup>. Bulgarus war der bejahenden Meinung. Martinus hingegen behauptete das Gegentheil aus Gründen der Billigkeit, und entschied für die Kinder. Bulgarus blieb seiner Meinung getreu, selbst mit Aufopferung seines eigenen Vortheils. Denn man erzählt, Martin sey von dem Schwiegervater des Bulgarus, als des letztern Frau, mit Hinterlassung von Kindern, starb, wegen des Rückfalls der dos zu Rathe gezogen worden, und er habe ihm zur Antwort gegeben: *Si mihi, qui contra te sentio, hic casus contigisset, iure fuisset absol-*

32) In L. 6. D. de iure dot. und in L. 4. C. Solutio matrimonii.

33) De claris Legum interpretibus. Lib. II. cap. 15. pag. 128.

34) S. Io. Sal. BRUNQUELL Prolus. de Sectis et controversiis iuris Iustiniani interpretum, quos Glossatores appellamus. §. 17. (in Opuscul. a Henr. Io. Ott. KOENIG edit. Nr. VIII. pag. 522.) WENCK Vacarius pag. 265 et 266. und HAUBOLD Rogerius Beneventanus pag. 11. nr. 25.

*vendus, sed Gener tuus, qui diversum docuit, sua se iam sententia condemnavit, et nisi ut falsus interpret a me turpiter reprehendi maluerit, petitam dotem reddere cogetur.* Allein Bulgarus gab, zur Beschämung seines Gegners, das Heyrathsgut seiner verstorbenen Frau mit Vergnügen dem Schwiegervater zurück, und bestätigte dadurch zu seinem großen Ruhme die Wahrheit seiner Meinung, welcher auch die übrigen Glossatoren, Johannes, Azo, Accursius, Bartolus u. s. w. Beyfall gaben. Nur Albericus, des Bulgarus Schüler, dem man ohnehin nachsagte, Er sey *et sordibus et gulae praeter dignitatem deditus* gewesen, änderte zu seiner eigenen Schande seine Meinung, und trat auf Martins Seite, als er durch den Tod seiner Frau in denselben Fall kam, uneingedenk des edlen Beyspiels seines Lehrers<sup>35)</sup>. Nach ihm unternahm auch Salicetus<sup>36)</sup> die Meinung Martins zu vertheidigen, und sie fand so viele Anhänger, daß sie in der Praxis die herrschende wurde. Dennoch ward der Streit unter den neuern Rechtsgelehrten fortgesetzt. Cujaz<sup>37)</sup> suchte beyde Meinungen dadurch zu vereinigen, daß ein Unterschied zu machen sey, zwischen dem ältern und neuern Rechte. Nach jenem sey die Meinung des Martins wahr, wegen der Retention ob liberos, die Justinian nachher aufgehoben habe. Nach diesem verdiene des Bulgarus Meinung den Vorzug. Dagegen suchte Anton Faber<sup>38)</sup>

35) S. PANZIROLI de claris LL. interpretib. Lib. II. cap. 23.

36) In L. 4. Cod. Solutio matrim.

37) Ad Africanum. Tract. VI. ad L. ult. D. Ratam rem haberi. Man sehe auch Desselben Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. 6. de rei uxor. act.

38) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 16.

anfangs zu beweisen, daß Martin's Meinung nicht nur nach dem ältern, sondern auch nach dem neuesten Rechte eben so wahr, als billig sey. Er verwarf aber nachher<sup>39)</sup> diese Meinung, und überzeugte sich lebhaft, daß Bulgarus Recht habe. Andreas Fachinäus<sup>40)</sup> tadelte ihn zwar deswegen, und nahm Martin's Meinung in Schutz. Allein Caspar Schifordegher<sup>41)</sup> vertheidigte seinen Faber gegen den Angriff des Fachinäus, und widersetzte seine Gründe ausführlich. Hiermit ward aber auch der Streit noch nicht entschieden. Die nachfolgenden Rechtsgelehrten nahmen bald die Meinung des Bulgarus<sup>42)</sup>,

39) Conjectur. Lib. XIII. Cap. 1—10. Dieses 13. Buch hat den Titel: *Retractata quaestio, an dos profectitia soluto matrimonio revertatur ad patrem superstitibus liberis.*

40) Controvers. iur. Lib. III. cap. 71.

41) Ad Anton. Fabrum. Lib. II. Tract. XIV. pag. 167—178.

42) Franc. DUARENOS Commentar. ad L. 48. D. Solutio matrim. (Opp. pag. 289.) Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. Cod. de pactis conventis tam super dote. pag. 429—452. Reinh. BACHOVIVS ECHT Notae et Animadversion. ad Treullerum. Vol. II. P. I. Disp. VII. Th. XI. lit. C. pag. 578. sqq. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. Sequens inspectio. (Opp. Tom. II. pag. 525.) Unter den neuern Frid. Es. a PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 69. Ant. SCHULTING ad Ulpian. Tit. VI. §. 4. Not. 15. in Iurisprud. vet. Antejust. pag. 582. Christ. Henr. BREUNING Quaest. iuris controvers. an dos profectitia praemortua uxore, extantibus liberis, redeat ad patrem. Lipsiae 1772. Lhibaut Syst. des Pand. Rechts. 1 B. §. 460. a. E. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 441. Schweppe röm. Privatrecht §. 684.

bald die des Martins an<sup>43)</sup>. Und so würde denn diese Streitfrage noch immer eine der wichtigsten bleiben, wenn sich die Praxis nicht schon längst für Martins Meinung entschieden hätte<sup>44)</sup>. Schon Marcus Bertranius Maurus<sup>45)</sup> sagte: MARTINI sententia, licet contra ius scriptum conniventia et errore primum introducta, causam inveteratae consuetudini dedit a primis illis temporibus reviviscentis iurisprudentiae. Dennoch werden die Gründe für Bulgarus Meinung in der Theorie immer das Uebergewicht behalten. Ganz entscheidend ist der Grund, den man aus Ulpian's Fragmenten Tit. VI. §. 4. hernimmt, wo es heißt:

Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet.

Zu Ulpian's Zeiten hinderte also das Daseyn der Kinder den Rückfall der dos profectitia an den Vater nicht. Der Vater mußte sich nur einen Abzug gefallen lassen. Der Mann konnte nämlich auf jedes Kind aus dieser

43) S. Ern. Aug. Guil. von dem Bussch Exercitat. Qua dos profectitia, vivo patre, liberis ex filia emancipata in matrimonio mortua superstilibus, iure communi vindicatur. Goet. 1749. 4.

44) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIX. medit. I. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 137. Struben rechtliche Bedenken. 3 Th. Bd. 19. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 441. a. E.

45) De iure liberorum. Cap. V. (in Th. iur. Rom. Otton. Tom. III. p. 983.)

Ehe ein Fünftheil abrechnen. Dadurch konnte aber freylich die dos ganz erschöpft, und also der Rückfall zuweilen vereitelt werden <sup>46</sup>). Dieß fällt nun aber weg. Justinian hat der Retention ob liberos in der merkwürdigen *L. un. §. 5. C. de rei uxoriae actione* ein ewiges Stillschweigen auferlegt:

*Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur.*

Hiermit hat also Justinian nicht den Rückfall der dos profectitia an den Vater, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, sondern den lästigen Abzug aufgehoben. Nun fällt also die dos profectitia, wenn die Tochter in der Ehe stirbt, unverkürzt wieder an den Vater zurück. Da nun die *L. un.* noch vor den Pandecten ist gegeben worden; so erklärt sich daraus, wenn ein ganzes Heer von Gesetzstellen in unserm *corpus iur. civ.* ohne allen Unterschied, und ohne alle Einschränkung sagt, die dos profectitia kehre an den Vater zurück, wenn die Tochter in der Ehe gestorben ist <sup>47</sup>), und es wäre gewiß eine zu kühne und gewaltsame Ueberschreitung der Regeln der Auslegungskunst, wenn man alle diese Gesetzstellen

46) *S. M. V. MAURUS* c. I. pag. 982. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 681. §. 5. der 8. Aufl.

47) *L. 6. D. de iure dot. L. 6. Cod. eodem. L. 10. D. Solutio matrim. L. 4. C. eodem. L. 81. D. pro Socio. L. 17. D. de Senatuscons. Macedon. L. ult. pr. D. Ratum rem haberi. L. 13. Cod. de negot. gestis II. 19. L. 2. C. de bonis, quae liberis. VI. 61. L. 71. D. de eviction. L. 6. D. de collat.*

blos auf den Fall einschränken wollte, da keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind. Wie wenig das Daseyn der Kinder den Rückfall der *dos profectitia* an den Vater zu Ulpian's Zeiten gehindert habe, sieht man daraus, weil die *dos* auch nicht einmal in dem Falle, wenn der Vater zu der Zeit, da die Tochter in der Ehe starb, nicht mehr lebte, an die Kinder fiel, sondern bey dem Mann verblieb <sup>48)</sup>, weil die *dos* dem Mann, *cum voto eius, qui dedit*, war bestellet worden, *ut semper apud maritum sit*, wie Paulus <sup>49)</sup> sagt. Erst Justinian hat dieses geändert, und verordnet, daß die *dos* in diesem Falle an die Erben der Frau kommen solle <sup>50)</sup>. Wozu wäre es endlich nöthig gewesen, mit dem Manne darüber einen Vertrag zu schließen, daß wenn die Tochter mit Hinterlassung von Kindern in der Ehe sterben sollte, die *dos profectitia* bey dem Manne bleiben solle? Man wendet zwar ein, das Recht des Vaters, die *dos profectitia* zurückzufordern, sey ein Recht der väterlichen Gewalt; es falle also weg, wenn die Tochter emancipirt ist, weil in diesem Falle die *dos* eignes Vermögen der Tochter sey, und daher, seitdem durch das Orphitianische Senatusconsult die Kinder ein Erbrecht in das Vermögen der Mutter erhalten hätten, auf die Kinder vererbt werde. Allein in diesem Raisonnement liegt ein zweyfacher Irrthum zum Grunde. Erstens ist es der Ansicht der Gesetze offenbar entgegen, wenn man das Zurückforderungsrecht des Vaters aus der väterlichen Gewalt herleiten will. Ganz anders belehrt uns hierüber Pomponius in der

48) ULPIAN. *Fragm. Tit. VI. §. 4. in fin.*

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

50) *L. un. §. 6. C. de rei uxor. act.*

oben angeführten *L. 6. D. de iure dot. iure suocun-*  
*suni est patri*, sagt er, *ut, filia amissa, solatii loco*  
*cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta*.  
 Da die dos profectitia für das eigene Vermögen der  
 Tochter gehalten wird, welches nicht mehr zu dem Ver-  
 mögen des Vaters gehört<sup>51)</sup>; so hätte eigentlich dieselbe,  
 nach dem Tode der Tochter, an die Kinder oder sonstige  
 Erben derselben fallen sollen, wenn hier das gemeine Recht  
 Statt gefunden hätte. Allein die Gesetze haben hier den  
 Vater mehr, als die Erben der Tochter begünstiget. Ver-  
 möge eines besondern Rechts, welches nur dem Va-  
 ter, aber nicht auch seinen Erben zusteht, hat man es  
 ihm zu seinem Troste gestattet, und zwar ohne Rück-  
 sicht auf väterliche Gewalt, und was für Erben die Frau  
 sonst hinterlassen hätte, daß ihm die dos zurückgegeben  
 werden soll, wenn die Tochter während der Ehe stirbt,  
 damit er nicht einen doppelten Verlust betrauen dürfe.  
 Von einem Rechte der väterlichen Gewalt ist also hier gar  
 keine Rede<sup>52)</sup>. Zweytens ist auch der Schluß ganz  
 falsch, was Eigenthum der Tochter ist, geht auf ihre Er-  
 ben über. Die dos profectitia ist Eigenthum der Toch-  
 ter, sie sey in väterlicher Gewalt, oder nicht<sup>53)</sup>, und  
 doch fiel nicht einmal in dem Falle die dos an die Kin-  
 der, wenn der Vater nicht mehr lebte, sondern der Mann

51) *L. 3. §. 5. D. de minorib. L. 14. pr. D. ad Leg.*  
*Falcid. L. 4. D. de collatione. L. 71. D. de evict.*  
*L. 1. §. ult. L. ult. D. de dotis collat.*

52) *G. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XIV.*  
*cap. 6. §. 5.*

53) *L. 3. §. 5. D. de minor. L. 5. §. 11. D. de iure dot.*  
*L. 4. D. de collat. bon. L. 71. D. de evict.*

behielt die dos, wie Ulpian <sup>54)</sup> sagt, ohnerachtet zu seinen Zeiten das Orphitianische Senatusconsult schon längst im Gebrauche war. Nach dem neuern Rechte soll zwar der Mann die dos nicht mehr lucriren, sondern sie soll nach dem Tode der Frau an die Erben derselben fallen <sup>55)</sup>, dadurch ist aber in Absicht auf den Rückfall der dos profectitia an den Vater, wenn derselbe die Tochter überlebt hat, nichts geändert worden <sup>56)</sup>. Denn wer sollte glauben, daß Justinian ein solches Heer von Gesetzen, welche unbedingt für den Vater sprechen, stillschweigend aufgehoben, und dem Vater ein Recht, welches die Gesetze demselben als ein besonderes Recht solatii loco gestatten, wieder sollte entrißen haben, ohne ein Wort davon zu sagen?

Noch einen Grund nimmt man gegen unsere Meinung aus der L. 18. §. 1. D. *Ut legator. vel fideicommiss. servandor. causa cav. her.*, wo Scävola sagt:

*Idem quaesit, testatricem apud maritum suum, ex quo filium reliquerat, res deposuisse, non exacta cautione depositionis: an ea res patri heredi restitui debeat, an vero, quoniam emolumentum totius hereditatis ad filium defunctae reverti deberet, apud maritum remaneret, apud quem dos remansisset? Respondit, quod mulieris mansisset, nec in dote fuisset: restituendum esse heredi.*

54) *Fragm. Tit. VI. §. 5.*

55) *L. un. §. 6. C. de rei uxor. act.*

56) *©. DUARENUS Comm. ad L. 48. D. h. t. Opp. pag. 289.*  
und *DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XIV. cap. 6. §. 9.*



Hier, meint man, sey es nun ganz entschieden, daß wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, die dos profectitia nicht an den Vater zurückkehre, sondern bey dem Manne bleibe. Allein dieses Gesetz entscheidet die gegenwärtige Frage gar nicht. Scävola wurde in einem Falle befragt, wo gerade die dos bey dem Manne geblieben war. Ob diese dos eine profectitia oder adventitia war, wird nicht gesagt. Auch wissen wir nicht, aus welchem Grunde die dos bey dem Manne geblieben war. Etwa um des Kindes willen? gewiß nicht. Denn wäre auch die dos eine profectitia gewesen, so hätte sich, um des Kindes willen, der Vater nur den Abzug von einem Fünftheil müssen gefallen lassen. Auf dieß alles kam auch gar nichts an. Scävola führt bloß obiter diesen Umstand an, und nimmt einen Zweifelsgrund daher, warum etwa auch das übrige Vermögen, welches die Frau bey dem Manne deponirt hatte, bey demselben bleiben müsse, weil ja doch der Vater, den die Tochter zum Erben eingesetzt hatte, vermöge der letzten Willensverordnung derselben, wenn er stirbt, ihrem Sohne die Erbschaft restituiren müßte. Scävola entschied nun zwar ganz recht, daß der Mann dennoch das Vermögen der Frau, jedoch mit Ausnahme der dos, dem Vater, als Erben, herausgeben müsse; allein, daß die dos profectitia, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nicht an den Vater zurückkehre, sondern bey dem Manne bleibe, wird hier nicht gesagt<sup>57)</sup>.

C. Beyde, Vater und Tochter, sind zur Zeit der Trennung der Ehe noch am Leben. Dieß ist der Fall, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes, oder durch

57) S. Ant. FABER Coniecturar. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 2.

Dwortum getrennt worden ist. Hier kommt es nun darauf an, ob die Tochter noch in väterlicher Gewalt ist, oder nicht. In dem ersten Fall gehört die dos beyden, dem Vater und der Tochter, gemeinschaftlich; dieß heißt aber nicht soviel, als ob beyde an der dos einen gleichen Antheil hätten, was man sonst unter Gemeinschaft versteht<sup>58)</sup>. Rein die dos profectitia ist Eigenthum der Tochter, und zwar in solidum<sup>59)</sup>. Sie ist nur insofern communis patris et filiae, daß keiner sie ohne den Willen des andern zurückfordern kann<sup>60)</sup>. Denn auch dem Vater ist daran gelegen, daß das Heyrathsgut der Tochter, zum Behuf ihrer anderweiten Verheyrathung, erhalten werde<sup>61)</sup>. Das Rückforderungsrecht steht nun zwar eigentlich dem Vater zu, wenn die Tochter noch in seiner Gewalt ist; weil Kinder während der väterlichen Gewalt nicht für sich allein klagen können<sup>62)</sup>. Allein er kann die actio de dote nicht anders, als mit Willen und ohne Widerspruch der Tochter, anstellen,

58) L. 5. D. de stipulat. servor.

59) L. 5. §. 5. D. de minorib. L. 71. D. de evict. L. 14. pr. D. ad Leg. Falcid. S. Casp. SCHIFORDEGHER ad Anton. Fabrum. Lib. II. Tract. XIII. Quaest. 15. pag. 161 — 164.

60) S. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 5. §. 14. et 15. (Vol. VIII. pag. 206 sq.) SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum. Lib. II. Tract. XIII. Qu. 15. pag. 164. und VOORDA Thes. controversar. Decad. XI. §. 1.

61) L. 71. D. de evict. L. 22. §. 1. D. h. t. S. DONELLUS cit. loc. §. 15. in fin. pag. 207.

62) L. 8. pr. et §. 3. Cod. de bonis quae liberis.

L. 2. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Sabinum. Quod si in patris potestate est, et dos ab eo profecta sit: ipsius et filiae dos est. Denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae, petere dotem, nec per se, nec per procuratorem, potest.

L. 3. D. eodem. PAULUS Lib. VII. ad Sabinum. Non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote, quae communis est patris et filiae, utriusque voluntas exquiritur: nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest. Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur<sup>63</sup>).

L. 7. Cod. eodem. Imp. DIOCLET. et MAXIMIAN. Filiae pecuniam adimere, quam habes in potestate, minime prohiberis. Nam<sup>64</sup>) si pro ea dotem dedisti, hanc constante matrimonio, ne consentiente quidem ipsa: matrimonio autem dissoluto, eadem invita repetere non potes.

L. un. §. 14. Cod. de rei uxor. act. Et hoc ex rei uxoriae actione simili modo ex stipulatu actioni accommodandum est: si quando etenim post dis-

63) Justin sagt L. 34. §. 6. D. de solut. filia in causam dotis particeps, et quasi socia obligationis patri est. Man vergleiche noch L. 54. §. 5. D. de legat. II. L. 14. pr. D. ad Leg. Faloid. S. Barth. CRESIUS Differentiar. iuris Cap. 67. (in Iurispr. Rom. et Attica. Tom. II. pag. 824.) und Ant. SCHULTING Notae ad Dig. seu Pand. ad L. 2. §. 1. D. h. t. Tom. IV. pag. 552.

64) Nam steht hier für sed. S. POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XI. Not. e.

solutum matrimonium dos a patre eius petebatur: siquidem rei uxoriae fuerat actio, *non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere*: et si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus, et si lis contestata esset, ad filiam *quasi proprium patrimonium* dos revertebatur: quod non erat in ex stipulatu actione: ibi enim et solus actionem habebat, consensu filiae non expectato, et si decedebat, ad suos heredes transmittebat. Sed *rei uxoriae ius et in ex stipulatu actionem transponere*, satis humanum, satis pium, satis utile matrimonii est.

Ist die Tochter sui iuris, so fordert sie die dos profectitia allein, und ohne Zustimmung des Vaters zurück<sup>65</sup>). Der Vater hat kein Klagerrecht, und eben so wenig desselben Erben. Das Heyrathsgut bleibt Eigenthum der Tochter, wenn sie auch der Vater enterbt hätte<sup>66</sup>). Sie kann sogar gegen den Vater selbst, so wie gegen desselben Erben auf Zurückgabe der dos klagen, wenn ihr Mann den Vater zum Erben eingesetzt hätte<sup>67</sup>).

65) *L. 22. §. 5. L. 34. D. h. t. L. 71. D. de evict.*  
 S. CUJACIUS Recitation. solemn. in Cod. ad *L. un. §. Accedit. de rei uxor. act.* POTHIER Pandect. Justin. T. II. h. t. §. V—VIII. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 6. §. 25. (Vol. VIII. pag. 213. sq. edit. Bucher.) und VOLT Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5.

66) *L. un. §. 11. C. de rei uxor. act.*

67) *L. 44. pr. D. h. t. PAULUS] libro V. Quaestionum.*  
 Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre, *cum herede eius filiam de dote acturam, Nerva et Cato responderunt: ut est*

War die Tochter zwar zur Zeit der Trennung der Ehe noch in väterlicher Gewalt, sie ist aber nachher sui juris geworden; so geht das Klagerrecht auf sie über, und die dos muß ihr restituirt werden.

L. 42. D. h. t. PAPINIANUS libro IV. Responsor. In insulam patre deportato, qui dotem pro filia dedit, actio dotis ad filiam pertinet. Post divor-

relatum apud Sextum Pomponium Digestorum ab Aristone libro quinto: ibidem Aristoni consensit. Ergo dicerem, et si emancipasset pater filiam, ipsam quoque conveniri posse. So lange der Vater lebte, und die Tochter in seiner Gewalt war, konnte die Tochter gegen den Vater nicht klagen. L. 4. D. de iudiciis. Starb hingegen der Vater nach der Antretung der Erbschaft, so konnte nun die Tochter gegen den Erben wegen der dos klagen. So respondirten Nerwa und Cato. Wenn es in dieser Stelle heißt: ut est relatum apud Sextum Pomponium Digestorum ab Aristone libro quinto; so heißt dieses soviel, wie Ariston im 5ten Buche seiner Digesten bey Sextus Pomponius erzählt oder angeführt hat. Denn nicht Pomponius, sondern Ariston hat Digesten geschrieben. Die Lesart: ut est relatum apud Sextum Pomponium libro sexto Digestorum, et ab Aristone libro quinto, bey Baudoza Cestius, oder auch wenn in einigen Ausgaben, wie z. B. bey Merlin, nach Digestorum das Wort et eingeschaltet wird, ist daher offenbar unrichtig. Pomponius gab nun auch dem Ariston Recht. Man sieht aus allem, daß der Fall nicht müsse ausser Zweifel gewesen seyn, wie ich auch schon an einem andern Orte (§. 1273. Not. 21. S. 151.) zur Erläuterung dieser Gesetzstelle, gezeigt habe. Gegen den Vater konnte hingegen die Tochter nur dann klagen, wenn der Vater sie emancipirt hatte.

tium quoque patre damnato, qui idem<sup>68)</sup> consentiente filia non petierat.<sup>69)</sup> aequae dotis actio mulieri est.

68) Statt qui idem lesen Haloander, Hauboga, Merlinus u. a. qui dotem. In der Lautellischen Ausgabe steht quidem. Dieß kann auch durch Gemination qui quidem gelesen werden. Die Lesart qui idem ist bloß Gebauers Conjectur, welcher diese Lesart vorzog, weil es zweifelhaft ist, ob es nicht geheißen habe quidem. Daß IDEM erklärt POTHIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VII. not. h. durch dotem reddi.

69) Cujacius Comment. in libr. IV. Responsor. Papin. ad h. L. (Oper. postum. a FABROTO editor. pag. 177.) erklärt die Worte: qui dotem (diese Lesart scheint also die gewöhnlichere zu seyn) consentiente filia non petierat, so, die Tochter habe dem Vater zur Zurückforderung der dos ihre Einwilligung nicht gegeben, weil sonst die Klage auf den Fiscus übergegangen wäre. Er beruft sich auf die L. 10. §. 1. D. de bonis damnator. Ihm stimmt auch SCHULTING in Notis ad Dig. seu Pand. Tom. IV. pag. 547. bey. Allein zieht der Fiscus das Vermögen eines verurtheilten Verbrechers ein, so muß er ja die Gläubiger befriedigen, unter denen die Frau wegen ihrer dos vorzüglich zu berücksichtigen ist. L. 51. pr. D. h. t. Ueberdem geht das Recht des Vaters nicht auf die Erben. Deswegen erklärt die Glosse die Worte non petierat durch non exegerat. Der Vater hatte zwar mit Einwilligung der Tochter geklagt, aber die dos noch nicht erhalten, als er zur Deportation war verurtheilt worden. Diese Erklärung stimmt auch mit der Auslegung des griechischen Scholiasten in den Basilicis überein, welcher Tom. IV. pag. 597. Sch. m. unsere Gesetzstelle folgendermassen paraphrasirt: Εάν ὁ προκίσειας τὴν θυγατέρα δεπορτάτος γένηται, μὴν τῆ

L. 66. §. 2. eodem. JAVOLENUS libro VII. ex Posterioribus Labeonis. Filiafamilias, divortio facto dotem patri reddi, iusserat: deinde, parte dotis persoluta, pater decesserat: reliquam partem, si nec delegata, nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere, LABEO et TREBATIUS putant: idque verum est.

Da heut zu Tage die Töchter durch die Ehe aus der väterlichen Gewalt gehen, so fällt der Unterschied, den hier das römische Recht macht, weg, und die Tochter kann daher jetzt die dos profectitia immer selbst zurückfordern, wenn sich der Vater den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hat<sup>70)</sup>.

Ἐν γατρὶ ἀρμόζει τῆς προικὸς ἢ ἀπαίτησις, μετὰ ταῦτα λεγόμενον τοῦ γάμου. εἰ δὲ καὶ μετὰ βεπούδιον, καὶ μετὰ τὸ ἀρμόσαι τῷ πατρὶ κατὰ γνώμην αὐτῆς προκαταρξαμένῳ πάλιν τῇ θυγατρὶ μόνῃ ἀρμόζει τῆς προικὸς ἢ ἀπαίτησις. i. e. Si is, qui dotem pro filia dedit, deportatus fuerit, soli filiae dotis repetitio competit, postea soluto matrimonio. Sed et si post divortium, et postquam patri competierat, qui voluntate filiae litem erat contestatus: rursus soli filiae dotis repetitio competit. Io. Gui. HOFFMANN in Observat. var. (Meletem.) ad Pand. Diss. XXII. §. 7. schließt hieraus, die Exemplare der Griechen müssen gelesen haben: cui idem consentiente filia competierat.

70) S. Struben's rechtliche Bedenken 3. Th. Bd. XIX. Schmidt's Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 558. Not. 8. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 441. und Weber's Erläuterung der Pandecten. 2. Th. §. 1274. und 1275.

II. Das Heyrathsgut ist eine dos adventitia, d. h. eine solche, die kein väterlicher Ascendent der Frau bestellt hat, sie sey übrigens von der Frau oder von einem extraneus gegeben worden. Denn hat sich der extraneus der Rückfall der dos nicht bey deren Bestellung ausdrücklich ausbedungen, in welchem Falle die dos adventitia den besondern Namen receptitia erhält, so wird angenommen, die Frau habe stillschweigend zu ihrem Vortheil stipulirt<sup>71)</sup>. Auch hier ist zu unterscheiden.

A. Lebt die Frau noch, und die Ursache der Ehestrennung lag nicht an ihr; so kommt es nach dem römischen Rechte darauf an,

1) ob sich dieselbe noch in väterlicher Gewalt befindet. Hier ist zwischen der dos adventitia und profectitia kein Unterschied. Der Vater klagt zwar auf Restitution der dos, allein anders nicht, als mit Einwilligung der Tochter<sup>72)</sup>. So war es bey der alten rei uxoriae actio, wie Ulpian<sup>73)</sup> lehrt, und Justinian hat dieses

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

72) *S. VOLT Comm. ad Pand. T. II. h. t. §. 3. CŪJACIUS Exposit. Novellar. ad Nov. XCVII. cap. ult. und BACHOV. ad Treutlerum Vol. II. P. I. Disputat. VII. Th. X. lit. C.*

73) *Fragm. Tit. VI. §. 6. Divortio facto, — si in potestate patris sit, pater adiuncta filiae personā habet actionem rei uxoriae: nec interest, adventitia sit dos, an profectitia.* Diesem steht nicht entgegen, wenn gleichwohl Ulpian *L. 2. §. 1. D. h. t.* bloß der dos profectitia gedenkt. Denn die daselbst entschiedene Hauptfrage betrifft die Delegation. Bey dieser war allerdings der Zweifelsgrund stärker, ob die Einwilligung der Tochter erforderlich sey, wenn die dos eine profectitia ist. Dar



auf die neue actio de dote ex stipulatu übertragen<sup>74)</sup>. Die Tochter kann, so lange sie in väterlicher Gewalt ist, nicht selbst und allein klagen, wenn es ihr der Vater nicht erlaubt<sup>75)</sup>, oder der Vater abwesend ist, und die Sache keinen Aufschub leidet<sup>76)</sup>.

2) Ist die Frau sui iuris; so kann sie die dos allein, ohne Zustimmung und Concurrenz des Vaters, zurückerfordern<sup>77)</sup>. Eben so ist es, wenn die Frau zwar zur Zeit der Trennung der Ehe noch in väterlicher Gewalt

mit hat er also die dos adventitia nicht ausschließen wollen. S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Ostendi. VOORDA Thes. controversar. Dec. XI. §. 2: POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IX. not. m. pag. 59. und SCHULTING ad Ulpian. Tit. VI. §. 6. Not. 22. in *Jurispr. vet. Anteiust.* pag. 583.

74) L. un. §. 14. *Cod. de rei uxor. act.*

75) L. 9. *D. de obligation. et act.* L. 8. *pr. Cod. de bonis, quae liberis.* Verb. ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere. Man verbinde damit den §. 3. dieser L. 8. und *Nov. XCVII. Cap. 6. §. 1.* S. *Ant. FABER Coniecturar. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 6. et 7. pag. 416. sq.* MÜHLENBRUCH *Doctr. Pandect. Volum. II. §. 270.* und von Wening • Ingenheim *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 42. a. E.*

76) L. 18. §. 1. *D. de iudiciis.* S. VOET h. t. §. 3.

77) L. 2. *pr. L. 50. pr. L. 55. D. h. t. L. 43. §. 1. D. de iure dot.* Plane secutis nuptiis, sagt Ulpian in der letztern Stelle, mulier soluto matrimonio dotis exactionem habebit: nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, conditionem habeat: tunc enim non habebit mulier actionem.

war, aber nachher entweder noch vor Anstellung der Klage, oder vor Endigung des Processes *sui iuris* geworden ist.

L. 31. §. 2. *D. h. t.* JULIANUS libro XVIII. *Digestorum*. Si voluntate filiae procurator a patre datus, litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum iudicata pater decesserit: iudicati actionem filiae potius, quam heredibus patris, dari oportebit.

B. Ist die Ehe durch den Tod der Frau getrennt worden; so fordern nunmehr ihre Erben die dos zurück, und das alte Recht, nach welchem die dos adventitia bey dem Ehemanne blieb<sup>78)</sup>, ist in der neuern Constitution von Justinian aufgehoben worden.

78) In den Pandecten finden sich jedoch noch viele Stellen, welche von dem Rechte des Mannes sprechen. L. 22. *D. de religiosis*. L. 23. *D. de evict.* L. 20. *D. de condit. institution.* L. 15. *D. de fundo dotali.* L. 5. *D. de bonis damnator.* Nach der L. un. §. 6. *C. de rei uxoriae actione* müßten diese Stellen von besondern Verträgen verstanden werden. Allein Cujacius *Observation.* Lib. IX. Cap. 4. erklärt sie *de ipso iure*. Er gesteht jedoch selbst, daß in der L. 27. *D. de iure fisci*, wo Ulpian sagt: *Cum mortem maritus uxoris necatae non defendit*, Divus Severus rescripsit, *dotem fisco vindicandam: prout ad maritum pertineat*; die letzten Worte von Tribonian seyen hinzugefügt worden. Auch die griechischen Scholiasten erklären jene Stellen von besondern Verträgen. Z. B. die L. 15. *D. de fundo dotali*. Man sehe die *Basilica* Lib. XXIX. Tit. 6. Sch. f. Tom. IV. pag. 725. Allein Hub. GYPHANIUS in *Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod.* ad L. 6. *de pactis conventis tam sup. dote.* pag. 452. will sie theils von Verträgen, theils von andern besondern Fällen verstehen.

*L. un. §. 6. C. de rei uxoris act.* Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac Lege inesse intelligatur.

## §. 1275.

Von wem kann die Zurückgabe des Heyrathsguts verlangt werden?

Für die Zurückgabe der dos haftet zunächst der Empfänger derselben. War es nun der Ehemann, der das Heyrathsgut empfing, oder desselben Vater, in dessen Gewalt er zur Zeit des Empfangs gestanden, so sind es diese, oder auch deren Erben, welche zunächst belangt werden können. Der Vater haftet jedoch für die Restitution des Heyrathsguts nicht nur dann, wenn er selbst die dos empfing, sondern auch, wenn sie auf sein Geheiß dem Sohne gegeben wurde. Außerdem kann er nur Actione de peculio, oder de in rem verso belangt werden.

*L. 22. §. 12. D. h. t. ULPIANUS Libro XXXIII. ad Edictum.* Transgrediamur nunc ad hunc articulum; ut quaeramus, adversus quos competat de dote actio? Et adversus ipsum maritum competere, palam est: sive ipsi dos data sit, sive alii ex voluntate mariti, vel subiecto iuri eius, vel non subiecto. Sed si filiusfamilias sit maritus, et dos socio data sit, adversus socerum agetur. Plane si filio data sit, si quidem iussu soceri, adhuc abso-

*lute*<sup>79)</sup> *socer tenebitur*. Quod si filio data sit non iussu patris, SABINUS et CASSIUS responderunt, nihilo minus *cum patre* agi oportere: videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium: sufficit autem ad id damnandum<sup>80)</sup> quod

- 79) POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXII. Not. a. erklärt das *absolute* durch *in solidum*. Der griechische Scholiast *Basilicor.* Tom. IV. pag. 387. Sch. d. braucht das Wort *ἀδιασπλάγχνος*, welches FABROT durch *indistincte* übersetzt hat. Es ist der Gegensatz des nachher angegebenen Falls, da der Vater nur *pro modo peculii*, oder *de in rem verso* haftet, nämlich wenn dem Sohne, der noch in väterlicher Gewalt war, die dos ohne Geheiß des Vaters gegeben worden ist, wo gleichwohl die *actio de dote* gegen den Vater Statt findet. Hier haftet der Sohn *in solidum*, der Vater nur, so weit das *peculium* des Sohns, was er in Händen hat, zureicht, oder so weit die dos in seinen Nutzen verwendet worden ist. Sofern nun die dos eine Schuld des Vaters geworden, konnte der Sohn das Heirathsgut aus der väterlichen Erbschaft vorausfordern, wie aus *L. 20. §. 1. in fin. D. Fam. ercisc.* erhellet, wo Ulpian sagt: *Praecipere autem non solum patri datam dotem filium oportere, verum etiam ipsi filio, MARCELLUS scribit: sed filio datam tam diu, quam diu peculiam patitur, vel in rem patris versum sit.* Das *tam diu, quam diu* ist hier soviel als *quousque* oder *quatenus*, welches auch an andern Orten so gebraucht wird. S. CUCIACIUS *Observation. Lib. XV. cap. 22.* Man sehe noch *Ant. MERENDA Controversiar. iuris Lib. XVI. cap. 50.* (Tom. III. *Bruxell.* 1746. f.) und Westphal's System der Lehre von den einzelnen Vermächtnisarten §. 759.

- 80) Die meisten Ausgaben lesen: *Sufficit autem ad id cum*

est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. Sin autem socero dotem dederit <sup>81)</sup>, cum marito non poterit experiri, nisi patri heres extiterit.

L. 36. D. de peculio. ULPIANUS libro II. Disputationum. In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio, an in solidum pater — teneatur: ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater duntaxat de peculio conveniretur? Ego autem arbitror, non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem <sup>82)</sup>: nam si habeat res, nec restituere sit paratus, aequum est, eum, quanti ea res est, condemnari.

L. 25. pr. D. h. t. PAULUS libro XXXVI. ad Edictum. Si filiofamilias dos data sit iniussu patris <sup>83)</sup>, de peculio quidem agetur: sed sive pro-

damnari, s. B. Haloander, Baudoza, Merlinus, Miräus u. a. m.

81) Hier muß das Wort *mulier* ergänzt werden, welches auch der griechische Scholiast hat. Dieser hat nämlich in den *Basilicis* Tom IV. pag. 587. Sch. d. die Worte unserer Geseßstelle so übertragen: εὖν δὲ τῷ περδεσθῶ ἀυτῆς ἐπιδεδωκε τὴν προίκα ἢ γυνή.

82) Gegen den Vater kann daher zuweilen auch actione doli geklagt werden, wenn er die Schwiegertochter in Rücksicht der dos verborthelt hat, oder die Herausgabe der dos hartnäckig verweigert. Hier haftet er nicht bloß de peculio, sondern in solidum.

83) Wäre dem Sohne die dos auf des Vaters Geheiß gegeben worden, so würde der Vater mit der *actio quod iussu in solidum* haften.

pter impensas a filiofamilias factas, sive propter res donatas a filio, vel amotas ab uxore res peculiares, hoc ipso, quod habet actionem pater ex persona filii, maius peculium fit, et sic totum est praestandum mulieri, quod est in peculio: quia <sup>84)</sup> adhuc sit, quod uxori debeat.

84) Einige Ausgaben lesen hier: *modo adhuc*. Z. B. Bau-  
doza, Haloander, Miräus u. a. m. allein die flo-  
rentinische Lesart bestätigt der griechische Scholiast in  
den *Basilic.* Tom. IV. pag. 391. Sch. x. wo es heißt:  
*είχε και ούτως πλέον του πεκουλίου κεχρεώσθηται*  
*τι τῇ γυναικι: id est, quia plus, quam in peculio*  
*sit, mulieri debetur.* Die Richtigkeit derselben beweist  
auch der ganze Zusammenhang. Auch dieses Gesetz  
gibt der Frau wegen der dos die actio de peculio  
gegen den Vater ihres Mannes, wenn sie ihm ohne  
des Vaters Geheiß die dos gab. Merkwürdig ist aber  
diese Stelle darum, weil man daraus sieht, daß in das  
Peculium des Sohns auch das eingerechnet wird, was  
die Frau dem Schwiegervater wegen ihres Mannes  
schuldig ist, und daher mit der actio de peculio jetzt  
mehr erhält, als was sie sonst würde bekommen haben.  
Hat nämlich der Mann Gegenforderungen an die Frau,  
z. B. wegen verwandter Unkosten, oder wegen gemach-  
ter Geschenke, oder wegen Entwendung von Sachen,  
die zum Peculium desselben gehören; so kann deswegen  
der Vater ex persona filii gegen die Frau klagen; daher  
wird durch diese Forderungen an die Frau das Peculium  
des Sohns vermehrt. Nun setze man, die dos der  
Frau bestehe in 1000 Dukaten, die Baarschaft des Pe-  
culiums aber nur in 500 Dukaten; so muß ihr das  
ganze Peculium vom Vater herausgegeben werden.  
Denn wenn sie auch dieses erhält; so ist sie doch damit  
wegen ihrer dos noch bey weitem nicht befriediget; weil  
sie damit nur die Hälfte erhalten hat. Sie hat also

L. 53. D. eodem. TRYPHONINUS libro XII. Disputationum. Si filiofamilias dos data est, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio: nec interest, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, nec ne: sed quatenus facere potest, hic <sup>85)</sup> quoque condemnandus est.:

mehr noch zu fordern, als das ganze Peculium beträgt. Wollte nun der Vater wegen seiner Forderungen gegen die Frau klagen, so könnte sie die Compensation entgegensetzen. Er müßte also entweder das, was er empfing, wieder herausgeben, oder sich auf das, was er noch von der dos schuldig ist, abrechnen lassen. Die Worte: *et sic totum est praestandum mulieri*, gehen also auf wirkliche Herausgabe des ganzen Peculiums, ohne allen Abzug, weil die Frau wegen ihres Heirathsguts mehr zu fordern hat, als das Heirathsgut beträgt, wie auch der griechische Scholiast CYRILLUS a. a. D. bemerkt. S. Jac. COJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 37. und Desselben Commentar. in Lib. XXXVI. Pauli ad Edictum h. L. (*Oper. postum.* Tom. II. pag. 594.) und Franc. DUARENI Commentar. ad h. L. (*Oper.* pag. 282.) Dion. Gothofredus meint, statt: *quod uxori debeatur*, müsse gelesen werden: *quod uxor debeat*. Dieser Emendation giebt auch POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIV. not. k. pag. 62. Beyfall. Allein aus der Uebersetzung des griechischen Scholiasten ergibt sich; daß die flor. Lesart die richtige sey. Wäre die Frau dem Schwiegervater schuldig, ohne daß diese Schuld in das Peculium des Sohns eingerechnet werden kann, so würde der Vater die Schuld abrechnen können, wenn er von der Frau *actione de peculio* belangt wird, und sie dann gar nichts mehr erhalten, wenn die dos auch nicht mehr, als die Schuld beträgt. S. L. 53. D. h. t.

85) Sc. filius. S. *Basilica* T. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 51. pag. 359.

L. 46. D. eodem. PAULUS libr. XIX. Quaestio-  
num. Qui dotem stipulanti uxori promiserat,  
eidem testamento quaedam legaverat, ita tamen,  
ne dotem ab heredibus peteret. Ea, quae legata  
erant, uxor capere non poterat. Respondi, dotis  
actionem mulieri *adversus heredes* non esse dene-  
gandam <sup>86</sup>).

L. 9. Cod. h. t. Impp. DIOCLETIAN. et MAXIM.  
Dotis actione *successores mariti* super eo, quod ei  
dotis nomine fuerat datum, convenire debes.

- 86) Bey der actio ex stipulatu hatte eigentlich das Edictum *de alterutro* nicht Statt. Hatte jedoch der Mann seiner Frau dotis nomine ein Legat hinterlassen, so daß sie dafür das Heyrathsgut von seinen Erben nicht zurückfordern soll; so verliert sie die dos, wenn sie das Legat wählt. L. 20. §. 8. D. Fam. *ercisc.* L. 6. §. 1. D. *Quando dies legator.* L. 53. D. *de legatis II.* L. 2. §. 1. D. *de dote praeleg.* Dieß setzt aber voraus, daß sie das Legat müsse erhalten können. Ist dieses nicht der Fall, so bleibt ihr die Klage wegen der Zurückforderung ihres Heyrathsguts gegen die Erben ihres Mannes unbenommen. Man vergleiche hier vorzüglich CUSACII Commentar. in librum XIX. Quaestio. Pauli ad h. L. (*Oper. postumor.* Tom. II. pag. 2196.) War nur einer von mehreren Erben mit dem Vermächtniß beschwert, so hält sich die Frau zunächst an diesen, dieser haftet aber nur bis auf den Werth der legirten Sache. Ist sie dadurch wegen ihrer dos noch nicht befriediget, so haften die übrigen Erben wegen des Ausfalls zu ihren Antheilen. So entscheidet Terentius Clemens L. 55. D. *de legat. II.* Man sehe auch HIRNECCIUS ad Legem Juliam et Papiam Popp. Lib. II. cap. 14. §. 6.



L. 11. Impp. HONORIUS et THEODOSIUS. Si constante matrimonio maritus fatali fuerit sorte consumtus: dos, quae data dicitur, vel promissa, ex eius uxoris facultatibus, *ad eandem* revertatur: nihilque sibi ex hoc *defuncti heres* audeat vindicare, quod *ad mulierem* recurrere fecit obitus maritalis.

Ward die dos nicht dem Manne, sondern dem Schwiegervater eingehändiget, in dessen Gewalt sich der Ehemann befand; so findet keine Klage gegen den Ehemann Statt, auffer insofern er Erbe seines Vaters geworden ist 87). Der Vater haftet aber in diesem Falle nicht de peculio, sondern mit der actio dotis in solidum. Es sagt dieses nicht nur die oben aus der L. 12. h. t. angeführte Stelle, sondern auch die L. 10. C. h. t. wo die KKr. Diocletian und Maximian Folgendes rescribiren:

Si socero filiae tuae dotem dedisti, licet in eius positus potestate gener tuus rebus humanis exemptus sit: tamen non *de peculio*, sed *in solidum*, a te, consentiente filia, conventum eum satisfacere oportet.

Den Erben gleich, haftet der Fiscus, wenn er die Güter desjenigen eingezogen hat, welcher zur Restitution des Heyrathsguts verbunden war.

87) L. 51. §. 3. D. h. t. S. Jac. CUSAII Commentar. in librum XVIII. Digestor. Salvii Juliani. ad h. L. (*Oper. postum.* a Fabroto editor: Tom. III. pag. 154.) Hat der Vater den Sohn enterbt, so kann die Frau bloß gegen die Erben des Vaters klagen, sobald diese die Erbschaft angetreten haben. L. 24. §. 1. D. h. t.

*L. 31. pr. D. h. t. JULIANUS libro XVIII. Digestor.* Si marito publico iudicio damnato pars aliqua bonorum eius publicetur, fiscus creditoribus eius satisfacere necesse habet, inter quos uxor quoque est <sup>88</sup>).

*L. 2. Cod. eodem. Imp. SEVERUS et ANTONINUS.* Secundum rationem iuris existimas restitui tibi debere dotem a fisco, qui bona damnati patris tui suscepit. Licet enim viro quondam tuo pater tuus heres extiterit, attamen iuri tuo hoc derogare non potest: cum et ipse pater sine voluntate tua nec exigere, nec accipere dotem poterat.

Subsidiarisch können auch zuweilen Bürgen pro dote haften <sup>89</sup>). Zwar soll die Frau vermöge einer

88) So wie jedoch die Erben für die dos nur nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile haften, *L. 31. §. 3. D. Soluta matrim.* eben so haftet auch der Fiscus nur nach dem Verhältniß des eingelegenen Vermögens, *L. 2. C. ad L. Jul. de vi publica vel priv. (IX. 12.)* Dasselbe bemerkt bey unserer Stelle auch der griechische Scholiast in den *Basilic. Tom. IV. pag. 394. Sch. q. Εάν μέρος της οσίας του άνδρος δημευθή, αναγκάζεται ο φίσκος κατά τὸ μέρος της δημεύσεως, ἀποκρίνεσθαι της δανεισταίς αυτού. Εικότως οὖν καὶ τῇ γυναικὶ ἀναγκάζεται περὶ της προικὸς ἀπολογῆσθαι. i. e. Si pars bonorum mariti publicata fuerit, fiscus pro ea parte, quae publicata est, creditoribus eius respondere cogitur. Merito ergo mulieri quoque cogitur dotem reddere.*

89) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Vol. II. h. t. §. 9. MALBLANC Princip iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 6/7. nr. I.

Verordnung des Kaisers Justinian <sup>90)</sup> von dem Empfänger der Brautgabe keine Bürgschaft verlangen, er sey der Ehemann, oder der Vater, oder ein Anderer, ja sie soll nach der Erklärung des großen Cujaz <sup>91)</sup> und Jacob Gothofredus <sup>92)</sup> nicht einmal einen ihr freywillig gestellten Bürgen gültiger Weise annehmen können. Allein nach getrennter Ehe ist der Mann sogar verbunden der Frau zu ihrer Sicherheit Bürgen zu stellen, wenn er die dos nicht sogleich zurückgeben darf <sup>93)</sup>. Man pflegt jedoch, unter Berufung auf das Canonische Recht <sup>94)</sup> noch den Fall auszunehmen, wenn der Mann während der

90) L. 2. Cod. Ne fideiussor. dotiam dentur. (V. 20.) wo jedoch statt *patri mariti*, nach den *Basilic. Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 9. Const. 3. pag. 415. parti mariti* zu lesen ist. Im Griechischen heißt es τοῦ μέρους τοῦ ἀνδρός. S. Jo. LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. cap. CXE. (in *Thes. iur. Rom. Otton. Tom. III. pag. 1545.*)

91) Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 20. Lib. V. Ne fideiuss. vel mandator. dot. dentur.

92) Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de fideiussor. dot. Tom. I. Lib. III. Tit. 15. pag. 351. in fin. et sp. Anderer Meinung ist jedoch Hub. GYPHANIUS in *Explanat. difficilior. LL. Cod. ad Tit. Ne fideiussor. dot. dent. pag. 454.*

93) L. 24. §. 2. D. h. t. L. 41. D. de iudic. L. 7. pr. D. de exceptionibus. S. Jac. CUCIACIUS ad Africanum Tract. IV. ad L. 17. D. ad Sctum Vellejan. Jo. VOET Comm. ad Dig. Tom. II. h. t. §. 17. und Jo. Lud. Guil. BRCK Diss. de Fabio Mela Icto, eiusq. Fragmentis, praes. Chr. Gottl. HAUBOLDO def. Lipsiae 1806. §. 19.

94) Cap. 7. X. de donat. inter vir. et uxor. (IV. 20.)

Ehe in Vermögensverfall geräth<sup>95)</sup>, desgleichen, wenn noch vor Schließung der Ehe in den Dotalverträgen zur Bedingung gemacht worden, daß zur Versicherung der dos von dem Ehemann Bürgen gestellt werden sollten<sup>96)</sup>, welches jedoch von Andern bezweifelt wird<sup>97)</sup>. Der heutige Gerichtsgebrauch läßt indessen eine solche Bürgschaft unbedenklich gelten<sup>98)</sup>.

Wegen der dem Heyrathsgute benzelegten gesetzlichen Hypothek kann auch jeder dritte Besitzer der pro dote der Frau gesetzlich verpfändeten Güter des Mannes in Anspruch genommen werden, und diese Hypothek kann die Frau selbst gegen die Gläubiger des Mannes, welche in die Güter desselben immittirt worden sind, verfolgen, insofern sie ihnen wegen des ihr zustehenden Privilegiums vorgeht<sup>99)</sup>. Die Frau kann aber auch selbst die Immis-

95) *Franc. RAGUELLUS* in *Commentar. ad constitution. et decision. Justiniani. ad L. ult. Cod. Ne fidei. dot. dent.* pag. 549.

96) *CUJACIUS* *Recitat. cit. in Cod. c. 1.*

97) *S. Scip. GENTILIS* de *donationib. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. 23. pag. 511. GONZALEZ TELLEZ* *Commentar. in Decretales Greg. IX. ad cap. 7. X. de donat. inter vir. et uxor. Tom. IV. pag. 516. Jac. GÖTHOFREDUS* l. c. und *POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 1. Nr. XII. not. c. pag. 331.*

98) *S. LEYSER* *Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIII. medit. 8. EISENHART* *Diss. de fideiussoribus dotis. §. 9. (in Opusc. pag. 52. sqq.)* und *Höpfner* *Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 859. a. E.*

99) *S. LEYSER* *Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXVII. medit. 5.*

sion in die Güter des Mannes verlangen, wenn er insolvent, und ohne Erben verstorben ist<sup>100)</sup>.

Ohne Rücksicht auf Hypothek, ist endlich jeder Besitzer der noch in Natur vorhandenen Sachen des Heyrathsguts, wegen des der Frau daran zustehenden Eigenthums, zur Restitution verbunden, und kann deshalb mit der Reivindicatio in Anspruch genommen werden<sup>1)</sup>.

### §. 1276.

Zeit der Zurückgabe des Heyrathsguts. Kann es während der Ehe zurückgefordert, oder zurückgegeben werden?

Die Zurückgabe des Heyrathsguts geschieht erst nach erfolgter Trennung der Ehe. Hieraus ergeben sich zwey Regeln.

- 100) *L. un. Cod. Ne pro dote mulieris bona quondam mariti addicantur.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIAN. Ut uxori pro dote addicantur bona quondam mariti, iure prohibitum est. Sane si nullo relicto successore non idoneus decessit: secundum iuris formam, quatenus successionis modus patitur, indemnitati tuae consulere non prohiberis. Quatenus successionis modus patitur, heißt soviel als, so weit der Nachlaß zureicht. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 34. pag. 430. haben πρὸς τὸ εγγωρονῦ. welches der griechische Scholiast pag. 441. Sch. g. so interpretirt: Εἰ γὰρ οὐκ ἀρκεῖ ἡ οὐσία τοῦ ἀνδρὸς ἀποπληρῶσαι τὴν γυναικα, πρὸς τὸ μέτρον τῆς οὐσίας ἀναγκάζεται λαβεῖν. i. e. Nam si bona mariti non sufficient ad satisfaciendum mulieri, pro modo bonorum accipere compellitur. S. CUVACII Recitation. solemn. in Cod. ad h. Tit. XXII. Lib. V.

- 1) *L. 30. Cod. de iure dot.* S. MÜHLENERUCH Doctr. Pandect. Vol. II. §. 271. in fin. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 690.

I. Während der Ehe kann die Dos nicht zurückgefordert werden.

II. Sie kann auch während der Ehe nicht zurückgegeben werden<sup>2)</sup>.

Beide Regeln sind wohl von einander zu unterscheiden. Sie beruhen nicht nur auf ganz verschiedenen Gründen, sondern haben auch ihre besonderen Ausnahmen, und Character.

Die erste Regel gründet sich auf die Natur und den Zweck der dos. Denn die dos wird ihrer Natur nach für die Dauer der ganzen Ehe gegeben<sup>3)</sup>, und ihr Zweck ist, dem Manne die Kosten des ehelichen Zusammenlebens zu erleichtern, deren Last auf seinen Schultern ruht<sup>4)</sup>. Darum gebühren ihm auch billig die Früchte

2) S. Jac. Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 19. Lib. V. Si dos constante matrimonio soluta fuerit. Scip. Gentilis de donationib. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. 21 et 22. (Hanoviae 1604. 4. pag. 481. — 514). Jac. Gothofredi Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de dotibus. Tom. I. Cod. Theod. pag. 245. edit. Ritter und Haffe Versuch einer genauern Auslegung der L. 73. §. 1. D. de iure dot. und der L. 20. D. Soluto matrim. (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeb. von Savigny, Eichhorn und Götschen. B. V. Heft. 3. Nr. IX. S. 411 — 557.)

3) L. 1. D. de iure dot. Dotis causa perpetua est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.

4) L. 56 §. 1. D. eodem. Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. Und L. 76. in fin. D. eodem sagt: Nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

der dos<sup>5)</sup>, und selbst der Vertrag dagegen ist in der Regel ungültig<sup>6)</sup>.

Der Grund der andern Regel beruht darin, weil eine zu frühe Zurückgabe der dos in den Gesetzen für eine Schenkung gehalten wird, welche unter Ehegatten unzulässig ist.

*L. 28. D. de pactis dotalib. PAULUS libro V. Quaestionum.* Quaeris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? Dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum, eoque modo minorem dotem constitutam: post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, iam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem, et erit mera donatio<sup>7)</sup>.

*L. un. Cod. Si dos constante matrimonio soluta fuerit.* Impm. HONORIUS et THEODOSIUS. AA. MARTIANO P. P. Si constante matrimonio a marito uxori dos sine causa legitima<sup>8)</sup> refusa est,

5) *L. 7. pr. D. eodem. Ulp. libr. 31. ad Sabinum.* Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere.

6) *L. 4. D. de pactis dotalibus.*

7) *Jac. Cujacii Commentar. in libr. V. Quaestion. Pauli adh. L. (Oper. postum. a FABROTO editor Tom. II. pag. 1078)*

8) Diese Worte sind in der *L. 3. Cod. Theod. de dotibus*, woraus unsere Constitution genommen ist, nicht enthal-

quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere<sup>9)</sup>, eadem uxore defuncta, ab eius heredibus cum fructibus ex die refusae dotis marito restituatur: ita ut proprietas eiusdem liberis ex eadem susceptis competens<sup>10)</sup> alienari contra leges a marito non possit.

Hat der Mann die dos während der Ehe zurückgegeben, ohne daß eine rechtmäßige Ursach dazu vorhanden war; so kann er sie nicht nur von der Frau mit den Früchten, von Zeit der erfolgten Zurückgabe an, zurückfordern, so weit sie nämlich dadurch bereichert worden ist<sup>11)</sup>, sondern er kann auch noch nach dem Tode der

ten, sondern sind von Tribonian wegen der Ausnahmen, von denen nachher die Rede seyn wird, beygefügt worden.

- 9) Diese Worte sind von der Glosse ganz unrichtig verstanden worden. Sie erklärt das Wort *perspicitur* durch *praesumitur*. Allein *perspicitur* ist hier soviel als *perspicuum est*. Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 9. Sch. a pag. 415. hat diese Worte *κατὰ πόδας* so übersetzt: *ἐνεὶ δὲν δωρεῶς μίσησιν δωρεῖται ἔχειν*. Der Sinn ist also der: weil dieß offenbar das Ansehen (Nachahmung) einer Schenkung habe.
- 10) Das Wort *competens* steht in der angeführten *L. 3. C. Th.* nicht, sondern ist von Tribonian der Deutlichkeit wegen hinzugefügt worden, von dem auch die Worte: *contra leges* eingeschaltet worden sind, wie Gothofredus a. a. D. pag. 346. not. g. bemerkt hat.
- 11) *L. 20. Cod. de iure dot. Impm. Dioclet. et Maxim. Pro oneribus matrimonii, mariti iure fractus totius dotis esse, quos ipse cepit: vel si uxori capere do-*



Frau deshalb gegen die Erben derselben auf Restitution klagen, sofern er die dos nach dem Tode der Frau lucrirt<sup>12)</sup>, und die Erben derselben nicht die Kinder, sondern fremde Personen sind<sup>13)</sup>. Denn den Kindern soll die Proprietät der dos erhalten werden, welche daher von dem Manne, dem in einem solchen Falle nur der Nießbrauch

nationis causa permissit, eum, in quantum locupletior facta est, posse agere, manifestissimi iuris est. Man verbinde damit noch die *L. B. C. de donat. inter vir. et uxor.* und vergleiche den 26. Th. dieses Commentars §. 1253. b. S. 29.

- 12) Ein solcher Fall ist hier vorauszusetzen, wie auch Cujacius c. I. bemerkt hat. Hodie, sagt er, ex constitutione Justiniani mortua uxore dos non cedit lucro mariti, sed redditur heredibus mulieris. Igitur locus non est constitutioni huius tituli, nisi convenerit instrumento dotali, ut mortua uxore dos cedat lucro mariti. Dieses bestärken auch die *Basilica Tom. IV. pag. 415.* wo das Gesetz so lautet: *Εαν ὁ ἀνὴρ ἦν οὐ φείλει κερδάναι προῖκα, τελευτώσης τῆς γυναικός, συνισταμένων ἐπι τῶν γάμων χωρὶς νομίμου αἰτίας αὐτῆ ἀποδώσει, συμβῆ δὲ τελευτῆσαι τὴν γυναῖκα ἐν συνεστῶτι τῷ γάμῳ κινεῖ κατὰ τῶν κληρονόμων αὐτῆν ἀπαιτῶν ἀποδοδῆναι αὐτῷ τὴν προῖκα, καὶ μετὰ τῶν καρπῶν ἐκ τοῦ καιροῦ τῆς ἀποδόσεως γενομένης. i. e. Si maritus dotem, quam mortua muliere lucrari debet, constante matrimonio sine causa legitima ei solverit, mulier autem in matrimonio decesserit, cum heredibus eius agat, ut dos cum fructibus ex die solutae dotis ei restituatur.*

- 13) Denn die Erben werden hier nicht un deutlich von den Kindern unterschieden. Es ist also hier mit Cujaz ein solcher Fall anzunehmen, wo die Mutter fremde Personen zu Erben eingesetzt, und den Kindern bloß den Pflichttheil hinterlassen hat.

lebenslänglich zusteht, nicht veräußert werden darf<sup>14)</sup>; Vorzüglich gehört noch hierher die Verordnung des Kaisers Justinian in der Novelle XXII Kap. 39. wo die Worte nach Homberg's Uebersetzung so lauten:

Dotes vero, quas mariti acceperunt, non facile mulieribus constante adhuc matrimonio redent, nisi ex causis, quas lex enumeravit. Alioquin si tale quid fecerint, id quod gestum est, instar donationis eo ipso esse videbitur<sup>15)</sup>. Et si mulier moriatur, mariti, qui dotes intempestive uxoris restituerunt, ab uxorum heredibus tum ipsi, tum heredes eorum cum fructibus medii temporis eas recipient, et secundum pacta lucrabuntur. Et si viri ad secundas veniant nuptias, illa liberis non alienata servabunt: id quod generaliter constitutum est<sup>16)</sup>.

14) In der L. 5. C. Th. de dotib. heißt es: ita ut proprietates eiusdem a liberis ex eadem susceptis alienari a marito non possit. Die Redensart *a liberis alienare*, erklärt GOTHOFREDUS für eine Eleganz. Sie brücht das *in necem et fraudem liberorum quid alienare* aus. So sagen auch die Gesetze *a liberis nubere* für ab iis nubendo discedere. S. L. 62. §. 2. et L. 72. pr. de condit. et demonstrat. S. CUSACIUS et GOTHOFREDUS II. cit.

15) Im griechischen Text heißt es: ἐπειτούγε εἰ τι τοιοῦτο πράξαιεν μίμησις δωρεᾶς τὸ γένομενον ἀντόθεν εἶναι δοκεῖ.

16) Der griechische Scholiast Thaleläus hat in den Basilic. Tom. IV. pag. 416. Sch. b. zu der L. un. C. Si dos constante matrim. die Bemerkung gemacht: σημειῶσαι, τοῦτο ἰδικόν ἐστίν, ὅτι καὶ μὴ δευτερογαμήσας ὁ ἀνὴρ ἀναγκάζεται, φυλάξαι τοῖς παισὶ

Eine andere Folge der während der Ehe ohne eine gesetzmäßige Ursache geschehenen Zurückgabe des Heyrathsguts ist die, daß wenn die dos nach getrennter Ehe an einen Andern, als den Mann, zurückfällt, er durch die erfolgte Zurückgabe nicht von seiner Verbindlichkeit befreiet wird, wenn dieselbe zu einer Vergeudung der dos geführt hat. Er bleibt vielmehr demjenigen verantwortlich, an den er nach getrennter Ehe die dos zu restituiren hat<sup>17)</sup>.

Beide obigen Regeln haben nun aber auch ihre besondern Ausnahmen, die nach dem Unterschiede jener beyden Sätze auch ihren eignen Character haben. Denn so

τὴν δεσποτείαν τῶν πραγμάτων. καὶ ἐστὶν ὥραϊος ὁ λογισμὸς. ἐπειδὴν γὰρ ἐπ' αὐτὴν καὶ τὸν οὐσοῦφρονκτον καὶ τὴν δεσποτείαν ἀπεκτήσατο καταβαλὼν τῇ γυναικί, εἰκότως ἢ διάταξις, εἰ καὶ ἐπέτρεψεν ἀποδίδουσαι αὐτῇ τὰ πράγματα, ἀλλ' ὅμως ἠθέλησε τοῖς παισὶ τὴν δεσποτείαν φυλαχθῆναι. i. e. *Nota: hoc speciale est, ut maritus etiam, qui ad secundas nuptias non migravit, liberis proprietatem rerum servare cogatur: et ratio elegans est. Quoniam enim solvendo uxori, usumfructum et proprietatem alienavit, merito constitutio, licet ipsi res restitui iubeat, liberis tamen proprietatem servari voluit.* Diese Bemerkung hat ihre vollkommene Wichtigkeit, denn der Novelle 22. Kap. 59. hat Justinian durch die jüngere *Nov. XCVIII. Cap. 1.* derogirt.

- 17) *L. 73. §. 1. D. de iure dot. Manente matrimonio non perditur uxori ob has causas dos reddi potest. S. Hab. GYPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. un. Si dos const. matrim. pag 453. und Sch w e p p e röm. Privatrecht. §. 686. der 3. Ausgabe.*

wie sich diese beyden Regeln durch nicht müssen, und nicht können unterscheiden; so gehen die Ausnahmen der ersten auf ein Müssen, welches denn auch das Können oder Dürfen von selbst in sich schließt; die der zweyten Regel aber auf ein bloßes Können, ohne Müssen.

Die Ausnahmen selbst bleiben der zweyten Abtheilung vorbehalten.