

Ausführliche Erläuterung  
der  
**P a n d e c t e n**  
nach  
**H e l l f e l d**  
**e i n C o m m e n t a r**

von  
**D. Christian Friedrich Glück**  
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte  
auf der Friedrich-Alexanders Universität  
in Erlangen.

---

---

Sieben und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

---

**E r l a n g e n**  
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

DIG:115777

---

## Fortsetzung des Titels

Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

---

### §. 1276. a.

Welches sind die Ausnahmen, 1) wo eine Dos während der Ehe zurück gefordert werden kann?

Es giebt im römischen Rechte nur eine Ausnahme, wo die Frau ihr Heyrathsgut während der Ehe zurück zu fordern berechtigt ist. Dies ist der Fall, wenn der Mann verarmt, und daher durch seine ganz entschiedene Insolvenz ihre Dos gefährdet ist<sup>18)</sup>). Hier muß ihr der Mann das Heyrathsgut zurück geben, und ihr kommt schon während der Ehe gegen den Mann eine Klage zu. Es ist dieses nicht nur in der oben<sup>19)</sup> bey einer andern Gelegenheit vorgetkommenen L. 29. Cod. de iure dot. enthalten, sondern eben dieses sagt auch schon Ulpian L. 24. pr. D. h. t.

Si, constante matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis

18) S. Scip. GENTILIS de donation. inter vir. et uxor.  
Lib. IV. Cap. XXIV. pag. 500.

19) S. §. 1275. S. 182.

*initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.*

Justinian hat dieses nochmals in der *L. 30. Cod. eod. Verb. omnis autem*, und in der *Nov. XCVII. Cap. 6. §. 1.* mit Beziehung auf seine frühere Constitution bestätigt, und zugleich in dem letztern Gesetz der Frau, wenn sie etwa noch in väterlicher Gewalt ist, und ihr Vater weder selbst klagen, noch ihr zu klagen erlauben will, sich selbst zu helfen und zu klagen geheißen, um die ihr wegen der Verarmung ihres Mannes drohende Gefahr abzuwenden. Thut sie es nicht, so soll ihr nachher die Ausflucht, sie habe nicht klagen können, bey der künftigen Collation nicht zu statten kommen<sup>20</sup>).

Nach der *L. 29. C. de iure dotum* darf jedoch die Frau von den ihr zurückgegebenen Dotalgütern nichts veräußern, sondern sie soll sich, den Mann, und die Kinder aus ihrer Ehe von den Früchten derselben ernähren<sup>21</sup>).

20) Es heißt nämlich nach Homborgts Version: *Atque hoc valeat, si pater in ciusmodi casibus dotem dederit, et de substantia eius collatio speranda sit; sin vero dos maior forte fuerit. et collatio ex contumacia patris speretur, qui neque ipse actionem movere, neque illi, ut moveret, permittere voluit: tum ipsa filia agat, neque hoc praetextu utatur, quod agere non potuerit, sed ipsa se iuvet, et metum de inopia mariti deponat.* Scimus enim sapientissimum quoque ULPIANUM talia quaesivisse, et cum vir inops repertus esset, mulierem iuvuisse, ab eaque, in quantum vir facere potest, collationem fieri voluisse.

21) Ita tamen, sagt Justinian baselbst, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente

Daß die Frau den Beweis des vorgegebenen Vermögens, Verfalls ihres Ehemanns führen müsse, wenn sie aus diesem Grunde ihre dos während der Ehe zurückfordert, versteht sich von selbst, da dieser Grund rein factisch ist. Wenn aber die Practiker<sup>22)</sup> in Absicht auf die Art des Beweises einen Unterschied machen, ob dieser Beweis wider den Ehemann oder gegen einen Dritten zu führen sei, und nur in dem letzten Fall einen vollständigen Beweis erfordern, in dem ersten aber schon einen halben Beweis für hinreichend halten: so ist diese Meinung in den Gesetzen nicht begründet<sup>23)</sup>). Vielmehr sagt Ulpian in der angeführten L. 24. ausdrücklich: *Constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.*

Leichter ist der Beweis, wenn der Mann von seinem Vater enterbt worden, und kein weiteres Vermögen besitzt, und der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Ulpian sagt in dem angeführten Fragment §. 1. *Si, exheredato marito, mulier agat, magis est, ut ex die aditae patris hereditatis incipiat ei dotis exactio*<sup>24)</sup>.

Ist der Mann zwar noch nicht verarmt, auch noch marito, et matrimonio inter eos constituto: sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti, filiorumque, si quos habet, abutatur.

22) GAILL Lib. II. Obs. 85. nr. 12. HILDEBRAND Diss. de dote repetenda constante matrimonio. §. 11.

23) S. GENTILIS de donation. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. 24. pag. 501.

24) S. GENTILIS c. I. pag. 503. und HILDEBRAND cit. Diss. §. 9.

nicht einmal verschuldet, aber er fängt an sein Vermögen zu vergeudern, so kann er sich durch Cautionsleistung von der Verbindlichkeit der Zurückgabe der dos befreien, und er ist nur dann zur Restitution verpflichtet, wenn er keine Caution zu leisten vermag<sup>25)</sup>).

### §. 1276. b.

a) Ausnahmen der zweyten Regel, oder Fälle, wo der Mann der Frau ihre Dos während der Ehe gültig zurückgeben kann.

Der Fälle für das Erlaubtseyn der Zurückgabe des Heyrathsguts während der Ehe giebt es mehrere. Paulus führt sie in zwey Pandecten-Stellen an, die aus verschiedenen Schriften desselben genommen sind, und unter verschiedenen Titeln in den Pandecten erscheinen. Es sind L. 73. §. 1. *D. de iure dot.* und L. 20. *D. Soluto matrimonio.* Zene ist aus PAULUS libro II. *Sententiarum*, diese aber aus desselben libro VII. *ad Sabinum* entlehnt. In der L. 73. §. 1. sagt Paulus.

*Manente matrimonio, non perditurae uxori ob  
has causas dos reddi potest, ut sese suosque alat,  
ut fundum idoneum emat, ut in exilium, aut in  
insulam relegato parenti praestet alimonia, aut  
ut egentem virum, fratrem, sororemque sustineat.*

In der L. 20. aber heißt es:

*Quamvis mulier non in hoc accipiat constante  
matrimonio dotem, ut aes alienum solvat, aut*

25) *Nov. XCVII. Cap. 6. Cap. 7. X. de donat. inter vir.  
et uxor.* HILDEBRAND cit. Diss. §. 14. und LEYSER  
Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXVII. me-  
dit. 2 — 4.

praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro  
egentibus, aut fratribus, aut parentibus consule-  
ret, vel ut eos ex hostibus redimeret: *quia iusta*  
*et honesta causa est, non videtur male accipere, et*  
*ideo recte ei solvitur: idque et in filiafamilias ob-*  
*servatur.*

Keine von beyden Stellen redet von einem *reddi*  
debere, sondern nur von einem *reddi posse*, keine von  
einem *solvere debere*, sondern nur vom *recte solvere*,  
*non male accipere*, *quia iusta et honesta causa est*.  
Von einem *recte solvere* spricht auch nur Scävola in  
der *L. ult. D. de iure dot. Ulpian* drückt dies aber  
noch deutlicher aus, wenn er in der *L. 27. §. 1. D. de*  
*religiosis et sumt. funerum* die Meinung des Mar-  
cellus, daß der Mann, welcher der Frau während der  
Ehe die dos zurückgegeben hat, nicht mit der *actio fu-*  
*neraria* belangt werden könne, zwar billigt, aber doch  
nur *in his casibus, in quibus hoc ei facere LEGIBUS*  
*PERMISSUM EST.* So wie sich Ulpian hier ausdrückt,  
scheinen über diese Fälle eigene Gesetze vorhanden gewesen  
zu seyn, wenn wir gleich hiervon keine näheren Nachrich-  
ten haben. Vielleicht waren es die Lex Julia et Papia,  
welche bekanntlich über die Restitution des Heyrathsguts  
eigene Bestimmungen, besonders auch was die Zeit der  
Zurückgabe anbetrifft, enthielten, worauf auch wohl die  
Stelle des Proculus in der *L. 17. D. de pactis do-*  
*talib.* hindeutet. Denn es ist bekannt, daß diese Gesetze  
von den Röm. Rechtsgelehrten sehr häufig in den Pan-  
dectionen, ihrer Celebrität wegen, unter dem allgemeinen  
Namen *Leges* angeführt werden <sup>26)</sup>). Auch Justinian

26) S. HAINBECII ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Commentar.  
Lib. I. cap. 1. §. 4. vergl. mit Lib. II. cap. 19. §. 2.

in der Novelle XXII. Kap. 39. spricht von *causis*, quas *LEX enumeravit*, εξ αὐτῶν, ἃς οὐ νόμος ἡρισμένες. Die Ausnahmen der andern Regel enthalten also lauter solche Fälle, wo die Zurückgabe der dos während der Ehe auf eine erlaubte Art geschehen kann, ohne daß die Zurückgabe in eine unzulässige Schenkung unter den Ehegatten ausartet<sup>27)</sup>). Beide Fragmente gehören also mehr unter den Titel *de donationibus inter virum et uxorem*, als unter diejenigen, in welchen sie jetzt befindlich sind. In dem libro VII. ad Sabinum handelte auch wirklich Paulus von Schenkungen unter Ehegatten, wie die daraus unter diesem Titel<sup>28)</sup> befindlichen Fragmente beweisen; die meisten aber doch von der Zurückgabe des Heyrathsguts<sup>29)</sup>). Die einzelnen Fälle, wo die dos auf eine erlaubte Art der Frau zurückgegeben werden kann, sind nach den angeführten Gesetzstellen aus Paulus folgende.

1) Wenn sie die dos zurückhält, um für ihre eigenen Bedürfnisse künftig allein zu sorgen. Paulus

27) Man sehe hier vorzüglich GENTILIS de *donation. inter vir. et uxor.* Lib. IV. Cap. 22. und Hasse angef. Versuch einer genauern Auslegung der allegirten Gesetze aus Paulus. Viele behaupten indessen, daß auch in den Fällen, von denen Paulus spricht, die Frau berechtigt sey, ihre dos während der Ehe zurückzufordern. Man s. Henr. HILDEBRAND Diss. de *dote repetenda constante matrimonio.* *Altiorissi* 1706. und Chrt. Frid. HAUCK Diss. de *uxore dotem constante matrimonio repetente.* *Lips.* 1757.

28) S. L. 2. L. 12. L. 24. L. 26. D. *de donation. inter vir. et uxor.*

29) L. 5. 6. 8. 15. 15. 17. 20. D. *Soluto matrim.* S. Abr. WIBLING *Jurisprud. Restituta.* pag. 199. sq.

Ius drückt dieß in der L. 37. so aus: *ut sese suosque alat.* Dieß heißt also hier nicht, daß sich die Frau mit ihren Kindern davon ernähren solle, sondern unter den Sūi werden hier die Sklaven verstanden, die die Frau zu ihrer Bedienung nöthig hatte. Es erhellt dieß aus einer Stelle Ulpian's in L. 21. §. 1. in fin. D. de donat. inter vir. et uxor. wo er sagt. *Plane si convenerat: uti se mulier pasceret, suosque homines: idcirco passus est, eam dote sua frui, ut se suosque ale-ret, expeditum erit: puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est.* Es ist dieß also eben soviel, als wenn Ulpian L. 22. §. 8. in fine h. t. sagt: *quatenus ex ea (sc. dote) mulier competens habeat solatum una cum sua familia.* Denn unter *familia* werden hier die Sklaven verstanden<sup>30)</sup>. Da der Mann hierdurch einer Last entledigt wurde, die ihm sonst obgelegen hätte, so konnte er dafür immerhin der Frau die Früchte der dos überlassen. Hätte sie der Mann nachher wollen als ein Geschenk zurückfordern, so konnte sie compensiren. In der That lag auch darin eigentlich keine Schenkung.

2) Um Schulden zu bezahlen. Paulus sagt in der L. 20. *ut aes alienum solvat.* Allein dieses allein ist noch nicht hinreichend. Paulus selbst sagt L. 28. D. de pactis dotalib. es könne während der Ehe nicht einmal der Vertrag geschlossen werden, daß aus den Früchten des Grundstücks, welches die Frau zur dos gegeben, ein Gläubiger derselben abgefunden werde: *cum*

<sup>30)</sup> Man vergleiche noch L. 4. in fin. D. de pactis dot. mit L. 12. §. 1. D. codem. und L. ult. D. de in rem verso. S. auch L. 195. §. 5. D. de Verbor. Signif.

onera matrimonii fructus relevaturi sunt. Die Abfindung des Gläubigers sey also eine mera donatio. Gilt dieses sogar von den Früchten der dos, so muß es noch mehr von der Substanz gelten. Man muß also vor ausssehen, entweder daß die Frau keine Paraphernen hatte, woraus sie ihre dringenden Schulden bezahlen könnte, oder, wenn auch die Frau noch anderes Vermögen gehabt haben sollte, wovon die Schulden hätten getilgt werden können, die Zurückgabe des zur dos gegebenen Grundstücks von dem Manne blos darum geschehen seyn müsse, weil solches nicht sehr einträglich war, um durch Veräußerung desselben ein anderes einträglicheres Gut, zum Vortheil beyder Ehegatten, zu retten, aus welchem sonst die Gläubiger ihre Bezahlung zu erhalten, würden gesucht haben. Es gehört hierher *L. ult. D. de iure dot.* wo *Scävola*, aus dessen libro 8. Digestorum diese Stelle genommen ist, folgenden Fall entscheidet.

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

Der Vater hatte die Tochter, für welche er ein Grundstück zum Heyrathsgute gegeben hatte, zu seiner Universalerbin hinterlassen. Es fanden sich jedoch nach seinem Tode dringende Schulden. Das Grundstück, welches sie zum Brautschätz erhalten hatte, war eben nicht

sehr einträglich. Ungleich ergiebiger hingegen waren diejenigen, welche sie geerbt hatte. Sie hält es also für besser, das minder einträgliche Dotalgut zu verkaufen, um damit die zudringlichen Gläubiger zu befriedigen, und das durch die bessern Erbgrundstücke zu retten. Der Mann ist damit zufrieden. Er willigt aber doch nur unter der Bedingung in das Vorhaben der Frau, wenn daraus weder für ihn, noch für die Frau ein Nachtheil erwächst. So sind, wie ich glaube, die Worte zu verstehen; *si nulla in ea re captio sit futura*<sup>31</sup>). Dies wird sich nachher noch deutlicher ergeben. Zwar hält Scipio Gentilis<sup>32</sup>) diese Worte für den Entscheidungsgrund, und erklärt sie so: die Zurückgabe der dos sey in diesem Falle nur insofern erlaubt, als nicht etwa der fundus dotalis, *donationis inter coniuges interdictae causa*, veräussert werde. Dies würde aber der Fall seyn, wenn an die Stelle des minder einträglichen Grundstücks, die viel einträglicheren Erbgüter zur dos gemacht werden sollten. Allein diese Erklärung ist schon darum unrichtig, weil ja die dos während der Ehe durch Zugebringen neuer Güter vermehrt werden kann. Wie kann also das für eine unerlaubte Schenkung gehalten werden, da diese Vermehrung der dos, so wie deren Bestellung doch immer nur zum Zweck hat, einen Beitrug zu den Kosten des thelichen Zusammenlebens zu geben<sup>33</sup>)? Richtiger

31) Denn das Wort *captio* wird häufig für *damnum* genommen. *L. 59. D. de Verbor. obligat.*

32) *De donation. inter vir. et ux. Lib. IV. cap. 22. pag. 494.*

33) *L. 8. §. 13. D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit.*  
S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. Band §. 114.  
S. 597.

erklärt daher jene Worte Anton Faber<sup>34)</sup> so: *si modo iacturam aut diminutionem dotis ex ea causa non pateretur sc. maritus.* Der Mann willigte also in die Veräußerung des fundus dotalis, nicht animo donandi, sondern wenn die Frau an die Stelle des veräußerten Dotalguts ihm einträglichere Grundstücke zu gleichem Zweck einräumen würde. Denn nun hatte er von der Veräußerung keinen Schaden, die Frau hingegen würde sich mit seinem Schaden auf eine ungebührliche Art bereichert haben, wenn sie die übrigen Erbgüter hätte für sich behalten, und benutzen dürfen. Dies wäre dann eine wahre Schenkung gewesen. Daß dieses aber gar nicht die Absicht des Mannes gewesen sey, sieht man schon daraus, weil ja Scavola nur dann die Zurückgabe der dos während der Ehe für rechtmäßig geschehen erachtet, wenn von dem aus dem Dotalgute gelösten Gelde die Gläubiger befriedigt werden. Offenbar machte hier Scavola die Befriedigung der erbschaftlichen Gläubiger aus keinem andern Grunde zur Bedingung, als weil der Mann nicht unbedingt seine Einwilligung zur Veräußerung des Dotalguts gegeben hatte, und die Nichterfüllung der Bedingung die ganze Veräußerung ungültig gemacht haben würde. Nur dadurch allein konnten daher die besseren Erbgrundstücke erhalten und gerettet werden. Denn hierdurch wurde die Frau von der erbschaftlichen Schuldenlast befreit, und hierdurch in den Stand gesetzt, von den dadurch geretteten erbschaftlichen Grundstücken ein besseres Heyrathsgut zu bestellen. Man bedenke dagegen, welche Folgen es gehabt haben würde, wenn die Gläubiger mit dem Gelde nicht wären bezahlt worden. Die erbschaftlichen Gläubiger würden ihre Bezahlung von dem Manne ver-

34) Conjectur. iuris civ. Lib. VIII. Cap. 10.

langt haben, wenn ihm die Frau die erbschaftlichen Güter zur dos überlassen hätte, weil die Bestellung der neuen dos zu ihrem Nachtheil geschehen wäre<sup>35)</sup>). Der Mann würde nun also seine Einwilligung in die Veräußerung des ersten Dotalguts zurücknehmen, und das veräußerte Grundstück vindiciren, der Käufer aber wegen der Eviction gegen die Frau den Regress nehmen. So geht nun der Sinn der Worte: *si nulla in ea re captio sit futura*, klar hervor; und es ist unbegreiflich, wie der große Anton Faber<sup>36)</sup> auf die Gedanken gerathen konnte, die Frage, welche Scävola entschieden, habe darin bestanden, ob der Kaufpreis für das veräußerte Dotalgut von dem Käufer der Frau gültig habe bezahlt werden können, und also das Interesse dieser Frage darin beruhe, daß wenn die Zahlung auf eine gültige Art geschehen ist, der Mann nachher kein rechtliches Gehör finde, wenn derselbe, bey unterbliebener Bestellung einer neuen dos von Seiten der Frau, den Käufer in Anspruch nehmen wollte. Ganz vergeblich ist daher auch seine Kritik, wenn er, in der Meinung, die gemeine Lesart sey fehlerhaft, statt an *ea pars dotis*, lesen will: *an pretium*<sup>37)</sup>

35) L. 14. in fin. D. Quae in fraudem creditor L. 25.  
§. 1. D. eodem. L. 2. C. de revoc. his. quae in fraudem creditor. S. Frid. Ad. WEBER Commentat. de dote a creditoribus impugnanda, praesertim constitutione eius in fraudem illorum facta. Rostochii 1812. §. 7.

36) Cit. loc. pag. 214.

37) Die Worte *an ea pars* hält Faber darum für verdächtig, weil von einer *pars dotis*, worin der fundus bestanden, vorher gar keine Rede gewesen sey, und überdem das Wörtchen *ea* in den florentinischen Pandecten

dotis, und in den Schlußworten: *si pretium creditoris solvatur*, für *creditori*<sup>38)</sup> das Wort *venditori* substituirt, wie schon Just. Meier<sup>39)</sup> ausführlich gezeigt hat. Die Gesetze erlauben ferner

3) die Zurückgabe der dos während der Ehe, wenn sie der Frau in der Absicht geschieht, *ut fundum ido-*

mit einem Sternchen bezeichnet sey. Allein das Letztere ist unwahr, das Erstere aber irrelevant. Der Vater möchte das Grundstück noch mit andern Sachen der Tochter zum Brautschatz gegeben haben. In der Geschichtserzählung hatte es aber Scäbola der Kürze wegen weggelassen, weil es auf die Entscheidung keinen Einfluß hatte. Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 640. Sch. c. hat dieses ergänzt: Πατήρ ὑπέρ θυγατρὸς ἀγρὸν ἐπιδέδωκε λόγῳ προικός μετὰ καὶ ἐτέρων πραγμάτων. Pater filiae nomine fundum in dotem dedit *una cum aliis rebus*.

38) Für *creditori* lesen mehrere Ausgaben *creditoribus*. Z. B. Halioander, Miräus, u. a. m. und diese Lesart bestärken auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 80. pag. 530. die glossirten Ausgaben aber stimmen hier mit der florentinischen überein.

39) Ερδοξον Justinian. Decad. VII. Cap. 12. adj. Tom. III. Collegii Argentorat. Die *Basilica* a. a. D. widerlegen vollends die ganz unrichtige Veränderung des Textes. Es heißt nämlich daselbst: Εν συνεστῶτι τῷ γάμῳ, καλῶς ὁ προικιμαῖος ἀγρὸς καταβάλλεται τῇ γυναικὶ ἐφ' ὃ πραθῆναι, καὶ δοθῆναι τὸ τίμημα τοῖς δανεισταῖς τοῦ πατρὸς τῆς γυναικὸς, καὶ ἄλλον ἐνπορώτερον παρ' αὐτῆς κληρονομούστης τοῦ πατρὸς ἀντεισαχθῆναι τῇ γυναικὶ. i. e. *Manente matrimonio fundus dotalis mulieri recte solvitur in hoc, ut distrahatur, et pretium creditoribus patris eius solvatur, et aliis fructuosior in eius locum mulieri detur, quae patri heres extitit.*

neum, oder, wie es in der andern Stelle heißt, *praedia idonea emat*. Es fragt sich aber, was Paulus unter einem fundus idoneus, oder praedium idoneum für ein Grundstück versteht? Der Ausdruck *idoneus*, *idoneum*, bezeichnet sowohl bey den römischen Classikern, als in den Pandecten, was zu dem Zweck tauglich und geschickt ist, wozu es dienen soll, es sey von Personen oder Sachen die Rede. Von Personen, z. B. Debitor *idoneus*, ein Schuldner, der solvent ist. Defensor *idoneus*, der die erforderliche Satisfaction leisten kann. Fideiussor *idoneus*, ein sicherer Bürge, der nicht nur begütert, sondern auch leicht zu belangen ist. Tutor *idoneus*, ein Vormund, der nicht nur ein sicherer Mann ist, und erforderlichen Falls den Pupillen entschädigen kann, sondern auch ein redlicher Mann ist, dem man eine Tute übertragen kann. Testis *idoneus*, ein tüchtiger, glaubwürdiger Zeuge<sup>40)</sup>. So wird hingegen *maritus minus idoneus*<sup>41)</sup> derjenige genannt, cuius facultates ad dotis exactionem non sufficient<sup>42)</sup>. Von Sachen, z. B. Cautio *idonea*, eine Caution, die durch Bürgen oder Pfand geleistet wird. Idonea pignora, Pfänder, welche Sicherheit gewähren. Nomina *idonea*, sichere Schuldforderungen, oder Kapitalien. Bona *idonea*, Güter, welche zur Bezahlung der Schulden hinreichend sind. Paries *idoneus*, eine Mauer, die tauglich ist, das Gebäude, welches auf ihr ruht, zu tragen. Boves non *ido-*

40) Statt alle die Beweissstellen aus dem Corp. iur. civ. hier anzuführen, verweise ich auf BRISSONII Opus de Verb. iur. Significat Voc. *Idoneus*. Man vergleiche auch GESNERI Thes. erudit. Scholast. h. v.

41) L. 30. §. *Omnis. C. de iure dot.*

42) L. 24. pr. D. h. t.

nei, Döhßen, welche nicht tauglich waren zu dem Zweck, wozu sie vermietet worden, nämlich ein Grundstück damit zu beackern<sup>43)</sup>). Ueberall wo das Wort idoneus vorkommt, wird sich also immer eine Verbindung mit einem gewissen Zweck finden, aus welcher die nähere Bestimmung desselben hervorgeht. So kann denn auch wohl in unserer paulinischen Stelle fundus idoneus, oder praedium idoneum in der Verbindung, in welcher dieser Ausdruck hier vorkommt, keine andere Bedeutung haben, als daß ein solches Grundstück darunter verstanden wird, welches zu dem Zweck taugt, wozu es gekauft werden soll. Durch die Zurückgabe der dos sollte nun der Frau nichts geschenkt werden, es konnte ihr auch kein Geschenk gemacht werden; sondern die Dos sollte bleiben, und nur in einer neuen Form fortbestehen. Es kann also das Beywort idoneus gar keine andere Beziehung haben, als die, welche den Zweck der dos betrifft, folglich der Ausdruck *fundus idoneus* hier nichts anders heißen, als *fundus, qui, ut matrimonii oneribus inserviat, aptus et sufficiens est*, wie auch Brisson diesen Ausdruck erklärt hat. So characterisiert denn auch das Wort idoneus den Zweck hinlänglich, weswegen eine sonst ungültige Rückzahlung der dos gültig seyn soll, und die Worte *non perditurae uxori*, deuten sichtbar dahin, daß man zur Frau das Zutrauen habe, sie werde das Zurückerhaltene auch wirklich zu dem Zweck verwenden. Der Frau kann nun daran gelegen seyn, daß das dem Manne zur dos inferirte Geld in ein Grundstück verwandelt werde. Darum zahlt der Mann die dos, in pecunia numerata consistens, der Frau zurück, weil das dafür anzuschaffende Grund-

43) Wegen der Beweisstellen sehe man auch hier Brissonius c. l. der noch viel mehrere Beyspiele angeführt hat.

stück ebenfalls dos werden soll. Nun lassen sich allerdings mancherley Gründe denken, warum es der Frau lieber ist, statt eines Kapitals in Gelde ein Grundstück zur dos zu haben. Denn nicht zu gedenken, daß ihr ein solches Grundstück mehr Sicherheit gewährt, als ein Kapital, welches auch ohne des Ehemanns verantwortliche Schuld gar leicht verloren gehen kann, dahingegen der Mann ein solches Grundstück zur Zeit des Paulus wenigstens nicht ohne die Einwilligung der Frau veräußern durste, nach dem neuern Rechte aber auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung gültig veräußern kann<sup>44)</sup>; so muß ja auch das Grundstück nach getrennter Ehe sogleich zurückgegeben werden. Ueberdem kann ja auch der fundus, den die Frau für das Dotalgeld kaufen will, viel einträglicher seyn, als das auf Zinsen auszuleihende Geld. Ein solches Grundstück kann ihr auch, so wie ihrem Manne, wenn sie in Prozesse verwickelt werden, sehr nützlich seyn, weil der Besitz eines fundus von Cautionen im Prozeß befreit<sup>45)</sup>. Bey dem allen aber läuft doch alles am Ende dahinaus, daß der fundus, welcher für das Geld gekauft werden soll, an sich auch müsse dazu tauglich seyn, um aus dem Ertrage desselben die Lasten der Ehe bestreiten zu können, weil ja dadurch wieder eine dos, nur in einer andern Form, bestellt werden soll. Hierauf gehen denn auch die griechischen Ausdrücke, welche in den Basiliken gebraucht werden, um den fundus idoneus zu bezeichnen. In der L. 73. §. 1. D. de iure dotium heißt es<sup>46)</sup>: *ἴνα ἀγρὸν ἐπειδήτον ἀγοράσῃ*, das Wort

44) L. un. §. 15. Cod. de rei uxori. act.

45) L. 15. pr. et §. 3. D. Qui satisdare cogant.

46) Basilica Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. I. Const. 69. pag. 526.

*ἐπιτίθειος* bedeutet aber soviel als aptus, habilis, sufficiens, und daß dieses auf den Ertrag gehe, erhellet noch deutlicher, wenn in der L. 20. D. h. c. die prae-dia idonea im Griechischen<sup>47)</sup> durch ἀγροὺς ἐυπορώτεροὺς erklärt werden; ἀγρὸς ἐυπορώτερος ist aber nichts anders, als fundus fertilior oder fructuosior, von πόρος, Mittel etwas zu erwerben. Daher *euπορία*, Vermögen, und *euπόρως*, bemittelt, wohlhabend, reich, überflüzig<sup>48)</sup>. So würde es also mit dem lateinischen Sprachgebrauche sehr wohl zu vereinigen seyn, wenn man mit der Glossé die Worte: *ut fundum idoneum emat*, in Beziehung auf eine permutatio dotis erklärt. Denn daß eine solche permutatio dotis während der Ehe durch Uebereinkunft der Ehegatten geschehen könne, insofern sie der Frau vortheilhaft ist, hat keinen Zweifel<sup>49)</sup>. Dahin ging auch die Entscheidung des Scävola in der oben erklärten L. ult. D. de iure dot. Die Zurückgabe der dos, während der Ehe, ist ferner gültig,

4) wenn sie der Frau geschieht, um nahe Verwandte, die in große Dürftigkeit gerathen sind, ihre armen Kinder, die sie mit einem an-

47) *Basilic.* T. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 20. pag. 547.

48) Man sehe Schneider's oder jedes anderes griechische Lexikon.

49) L. 25. L. 26 et 27. D. de iure dot. L. 21. D. de pactis dotal. L. 7. D. de tutoribus et curat. dat. S. GENTILIS Lib. IV. cap. 22. pag. 493. Eine andere Erklärung von fundus idoneus giebt Herr Prof. Hasse in dem oben angeführten Versuche, (Zeitschrift. V. B. S. 555.) es soll ein Grundstück seyn, das Sicherheit gewährt als Pfand.

dern Manne erzeugt hat, oder ihre dürftigen Eltern, oder Geschwister zu unterstützen, oder dieselben aus der Gefangenschaft zu befreien, oder wenn ein solcher naher Verwandter relegirt oder auf eine Insel verwiesen worden ist, demselben den Unterhalt zu verschaffen. Paulus sagt in der L. 20. h. t. ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret<sup>50</sup>); und in der L. 73. §. 1. D. de iure dot. heißt es, ut in exilium, ut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat. Unrichtig zählen einige<sup>51</sup>) diese Fälle zu denjenigen, wo die Frau die Rückgabe ihrer dos während der Ehe von Rechts wegen fordern könne. Allein man hat hier von der Ali-

50) Vermuthlich hatte Sabinus, über den Paulus commentirte, nur die beyden vorhergehenden Ursachen angeführt. Diesen fügte nun hier Paulus noch einige hinzu, aus denen der Frau ebenfalls die dos während der Ehe auf eine gültige Art zurückgegeben werden könne. So erklärt sich der Zusammenhang seiner Rede. Quamvis mulier — sed ut liberis, welches soviel heißt, als, wenn auch gerade nicht, um Schulden zu bezahlen ic. sondern ic.

51) S. HAUCK Diss. de uxore dotem constante matrimonio repetente, welcher §. 10. die Regel aufstellt: *Ubiunque uxor constante matrimonio, aut de dote plane vel maxima ex parte amittenda periclitatur et laborat, aut ex substantia vel fructibus dotis, aliis quicquam ex iuris necessitate praestare tenetur, aut denique finem illatione dotis quaesitum, omnino amplius assequi nequit, ibi ius habet, dotem, etiam a marito ut et a tertio repetendi.*

mentationspflicht einen ganz unrichtigen Schluß auf die Verbindlichkeit des Mannes zur Herausgabe der dos gemacht. Dies kann schon darum nicht folgen, weil ja der Ehemann die armen Verwandten der Frau nicht zu ernähren schuldig ist, und er die dos selbst titulo oneroso, nämlich als Beitrag zu den Lasten der Ehe, bekommen hat. Der Mann kann also rechtlich nicht genöthiget werden, zu solchen Zwecken die dos ganz oder auch nur zum Theil zurückzuzahlen. Beide Ehegatten müssen sich vielmehr dazu freywillig entschließen<sup>52)</sup>). Wenn hier unter den Personen, zu deren Unterhalt der Frau ihre dos während der Ehe auf eine gültige Art zurückgegeben werden kann, auch der *egens vir* von Paulus in der L. 73. §. 1. D. de iure dot. aufgeführt wird; so entsteht die Frage, wen Paulus damit gemeint habe? Herr Professor Hafse<sup>53)</sup> hat aus sehr erheblichen Gründen dargethan, daß in Verbindung mit der L. 20. h. t. (denn daß beide Stellen wahre Parallelstellen sind, leidet keinen Zweifel) unter dem *egens vir* kein anderer Mann zu verstehen sey, als der *alius vir*, von dessen Kindern in der angeführten L. 20. (*ut liberis ex alio viro gentibus*) die Rede ist, also ein Mann früherer Ehe. Denn der Mann selbst, der die Dos zurückzahlt, kann es ja wohl nicht seyn. Von diesem *maritus inops* ist in der L. 24. pr. D. h. t. die Rede. Wollte man diesen Fall hierher ziehen, so streitet dagegen alles, was oben über die Vermischung dieser heterogenen Fälle, und daß Vermischen des potest mit dem debet gesagt worden

52) L. 66. §. 6. D. h. t.

53) S. den angef. Versuch in der Zeitschrift. 5. B.  
S. 323—326.

ist. Nun wird hier der Vir egens mit solchen Personen zusammengestellt, (fratrem sororemve) bey denen ein bloßes Können, nicht ein Müssen eintritt. Eine so nahe Zusammenstellung des Mannes mit dem Bruder, oder der Schwester wäre schon darum ganz fehlerhaft, weil es hier der Dritte, der Bruder, die Schwester, ist, welche unabhängig vom ehelichen Verhältniß, also als extraneus, hauptsächlich und allein ernährt werden soll. Dahingegen hängt Alles vollkommen zusammen, wenn man sich den Fall denkt, daß die Frau aus einer früheren Ehe einen noch lebenden Mann hat, von dem sie bona gratia geschieden ist. Nun mochte zwar wohl der Fall bey den Römern so häufig nicht gewesen seyn, daß die Frau mit der Armut ihres geschiedenen Mannes soviel Mitleid hatte, oder daß ihr jetziger Mann, um den geschiedenen Mann seiner Frau in seiner Dürftigkeit zu unterstützen, sich hätte bewegen lassen, das Heyrathsgut seiner Frau noch während der Ehe zurückzugeben, daher auch nur der Kinder ex alio viro Erwähnung geschieht. Auf die Seltenheit des Falles kommt indessen auch gar nichts an. Genug wenn ihr jetziger Mann wohlhabend ist, und durch Rückzahlung der dos dem Mitleidsgefühle der Frau nachgiebt; so hat er nicht Unrecht gethan.

Es ist aber doch merkwürdig, daß Paulus in keiner von beyden Stellen sagt, daß aus den von ihm angeführten Ursachen die Zurückgabe der dos auf eine rechtmäßige Art von dem Manne während der Ehe geschehen könne, sondern impersonaliter spricht: *dos reddi potest uxori, dos recte mulieri solvitur.* Es kommt also wohl nicht darauf an, wer die dos zurückgiebt. Die Rückgabe kann also auch wohl aus den angeführten Ursachen von einem andern, als dem Ehemann, rechtmäßig geschehen, es ver-

steht sich, von einem solchen, der übrigens für die das verantwortlich ist. Man denke sich, daß der Schwiegervater die das in Händen hat<sup>54)</sup>, der Mann aber, es seyn durch Unglücksfälle, oder durch seine Schuld, verarmt. Die Frau hat zwar noch einiges Vermögen, dies hat sie aber zu ihrem eignen Unterhalt nöthig. Um ihren Mann unterhalten zu können, erhält sie die das von ihrem Schwiegervater zurück. Sollte hier ein Verwechseln des potest mit dem debet behauptet werden können? Hätte der verarmte Mann die das in Händen, so würde die L. 24. pr. D. h. t. und also das debet eintreten. Allein der Schwiegervater besitzt die das. Dieser ist vollkommen solvent. Bey diesem kann also nur von einem Können, nicht von einem Müssen die Rede seyn. Was der Schwiegervater der Schwiegertochter schenkt, ist zwar eben so gut, als wenn es ihr von dem Manne selbst wäre geschenkt worden<sup>55)</sup>. Allein wie könnte die Zurückgabe der das in dem gegenwärtigen Falle für eine unerlaubte Schenkung gehalten werden? Der Schwiegervater hat ja das Gesetz für sich: *Manente matrimonio non perditurae uxori das reddi potest, ut egentem virum sustineat.* Gewiß dachte hier Paulus eher an den jetzigen Mann, als an einen geschiedenen; zumal da der Fall so häufig war, daß die das nicht dem Manne, sondern dem Schwiegervater gegeben wurde, wie die vielen oben angeführten Gesetze beweisen. Es bleibt doch immer ein sehr merkwürdiger Umstand, daß Paulus nur der Kinder *ex alio viro* gedenkt. Hier konnte ihm un-

54) G. GENTILIS de donat. inter V. et U. Lib. IV. cap. 25.  
pag. 483.

55) L. 52. §. 16. D de donat. inter vir. et uxor.

möglich der Fall entgehen, daß auch vielleicht dieser Mann noch am Leben, und selbst dürftig seyn könnte. Sollte nun dieß etwa der egens vir seyn, den Paulus in der L. 73. §. 1. de iure dot. mit dem Bruder oder Schwester der Frau zusammenstellt, ja sollte es dieser allein seyn, zu dessen Unterhalt ihr der dos zurückgegeben werden kann, weil von der Verarmung ihres jetzigen Mannes in der L. 24. pr. h. t. die Rede ist, so wäre es doch etwas auffallend, diesen in seiner Art doch wirklich etwas seltnen Fall nur so obenhin zu berühren, als falle ein jeder schon von selbst darauf, eben so, als wenn von einer armen Schwester, oder Bruder der Frau die Rede ist. In dieser Hinsicht wäre denn auch in der nahen Zusammenstellung des Ehemannes mit dem Bruder und der Schwester der Frau eben kein Fehler zu finden. Paulus führt hier Fälle an, wo der Frau ihre dos auch schon während der Ehe auf eine gültige und rechtmäßige Art zurückgegeben werden kann. Dahin rechnet er denn unter andern auch den Fall, wenn ihr die dos zurückgegeben wird, um dürftige Personen, mit denen sie in einer nahen Verbindung steht, davon zu ernähren. Ob eine solche dürftige Person mit der Frau in einem ehelichen Verhältniß lebt, oder unabhängig davon, wie frater sororve egens, war ja wohl gleichgültig. Wie hätte denn aber Paulus mit so nahen Verwandten, den geschiedenen Mann der Frau zusammenstellen können, eine Person, mit welcher sie jetzt in gar keiner Verbindung mehr steht?

Uebrigens fügt Paulus noch am Schlusse der L. 20. h. t. die Worte hinzu: idque et in filiafamilias observatur. Wenn also gleich sonst der Frau die dos nicht ohne den Willen ihres Vaters, in dessen Gewalt sie noch ist, zurückgegeben werden darf, wie oben schon

bemerkt worden ist, so scheint doch in diesem Falle eine Ausnahme Statt zu finden<sup>56)</sup>.

Ob nicht auch noch aus anderen Ursachen, als welche Paulus genannt hat, die Zurückgabe der dos auf eine erlaubte Art geschehen könne, ist eine Frage, die wohl noch verdient hier berührt zu werden. Franz Duaren<sup>57)</sup> trägt kein Bedenken sie zu bejahen. Generaliter ergo dicendum est, sagt er, *quoties honesta aliqua ratio suadet, dotem impendendam esse a muliere, recte maritum eam solvere.* Haec enim exempla rei demonstrandae gratia hic adducuntur, non ut in aliis casibus, in quibus eadem videbitur ratio, solvi dos non possit. Ich glaube, Duaren hat nicht Unrecht. Denn es kommen ja hin und wieder noch andere Fälle vor. Gleich die nächstfolgende Gesetzstelle, die L. 21. D. h. t. enthält vergleichen. Da sagt Ulpian:

*Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem<sup>58)</sup>: reputatur ei id, quod expensum*

56) S. Franc. DUARENUS Commentar. in h. Tit. ad L. 20.

(Oper. pag. 276.) In den Basilic. Tom. IV. pag. 583. hat die angeführten Worte der Scholiast so erklärt: τοῦ ἀντοῦ κρατουντος νομίμου, καὶν ὑπεζούσια οὐση τῇ γυναικὶ κατεβλήθη ἡ προῖς. i. e. Quod ius etiam observatur, si mulieri, quae in patris potestate est, dos soluta fuerit.

57) Cit. loco.

58) Der griechische Scholiast in den Basil. T. IV. pag. 583. hat dieses so erklärt: εἰ δέ καὶ συγγενεῖς τῆς γυναικός ὑπό ληστῶν ὑπεβλήθησαν, καὶ εἰς ἀνάρρησιν ἀντῶν δέδοκε τῇ γυναικὶ τὴν προῖνα ὁ ἀνήρ. i. e. Sed et

est: sive pars dotis sit; pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si sacer agat de dote, debere rationem haberi eius, quod in ipsum impensum est: *sive ipse maritus hoc fecit, sive filiae, ut faciat, dedit.* Sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum. Cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et CELSO videtur, inesse hunc sumtum actioni de dote: maxime, si ex voluntate filiae factus sit.

In allen den Fällen, wo die dos der Frau während der Ehe zurückgegeben werden kann, wird jedoch erforderlich, daß die Frau die zurückhaltene dos auch wirklich zu dem angegebenen Zweck verwende. Nicht nur Paulus deutet hierauf in den Worten der L. 73. §. 1. *D. de iure dot.* non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest, sondern eben dieses bestärkt auch Ulpian, wenn er in L. 22. §. 1. *D. h. t.* sagt: Ceterum si non perditurae, et ex iustis causis soluta sit (dos), non supererit actio.

Ist nun also die Zurückgabe der dos nicht nur aus einer rechmäßigen Ursache geschehen, sondern es ist die dos auch derselben gemäß von der Frau wirklich verwendet worden, so findet 1) von Seiten des Ehemannes nachher keine Zurückforderung statt, und 2) der Mann wird dadurch von seiner Verbindlichkeit wegen der Restitution der dos befreit. Actio dotis evanescit, sagt

*si cognati mulieris capti erant ab hostibus, et ad eos redimendos mulieri dotem maritus dederit.*

Ulpian in L. 21. D. h. t. si tota dos sit, sive, si pars dotis sit, pro ea parte. Nur in dem Falle, da die Dos wegen Verarmung des Mannes während der Ehe der Frau zurückgegeben werden müste, fällt die Dos, wenn der Mann nachher wieder zu Vermögen kommt, mit allen Rechten an ihn wieder zurück<sup>59)</sup>.

### §. 1276. c.

Unterschied in Absicht auf die Zeit der Zurückforderung der Dos.

In Absicht auf die Zeit der Zurückforderung des Heyrathsguts ist in Gemäßheit der L. un. §. 7. Cod. de rei uxori. act. ein Unterschied zu machen, ob die Dos in beweglichen oder unkörperlichen Sachen besteht, oder in Grundstücken.

1) Bey beweglichen und unkörperlichen Sachen hat Justinian die ehemalige dreijährige Frist in die Frist von einem Jahre verwandelt, nach deren Ablauf die Dos zurückgesondert werden kann.

2) Unbewegliche Dotalgüter hingegen sollen sogleich nach getrennter Ehe zurückgegeben, und die Früchte von diesem Augenblick an restituiert werden.

In dem Falle nun, da die Dos nicht gleich nach getrennter Ehe zurückgesondert werden kann, sondern dem Manne, wie bey den beweglichen und unkörperlichen Sachen, z. B. ausgeliehenen Kapitalien, eine bestimmte Frist zur Zurückgabe gesetzt ist, findet seine Anwendung, was Ulpian sagt in L. 24. §. 2. D. h. t.

59) S. Ant. MERENDA Controvers. iuris Tom. III. Lib. XVI. Cap. 36. S. auch von Wening, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. S. B. §. 45. Not. 2.

Quotiens mulieri satisdandum est *de solutione dotis post certum tempus*, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis, condemnatio residui repraesentatur. Sed si, cum maritus satisdare posset, nolle, in solidum eum condemnandum, MELA ait, non habita ratione commodi temporis. Judicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis eum condemnet: quod quidem hodie magis usurpatum: nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repraesentatione deductionem.

Wir lernen hieraus, daß der Mann in diesem Falle der Frau wegen der zu seiner Zeit erfolgenden richtigen Auszahlung der Dos Sicherheit leisten muß, und zwar durch Bürgen. Kann er keine Bürgen finden, so muß er die Dos sogleich zurückgeben, jedoch kann er die Summe der Zinsen; die er bis zur Zeit der Restitution hätte ziehen können, (Interusurium) abziehen. Dies ist der Sinn der Worte: *tunc deducto commodo temporis*<sup>60</sup>), *condemnatio residui repraesentatur*. Denn repraesentare heißt hier so viel als daß, was nach Abzug des Interusuriums von der Dos noch übrig ist, sogleich, und ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Frist, herausgegeben<sup>61</sup>).

60) Richtiger lesen hier die glossirten Ausgaben *medii temporis*. Mit dieser Lesart stimmen auch die *Basilica* überein. In diesen heißt es Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 24. pag. 551. *γίνεται η καταδίκη παραχρῆμα παρεχομένον ἀντῷ τοῦ κτέρδοντος τοῦ μέσον χρόνον*: i. e. illico fit *condemnatio praestito ei lucro MEDII temporis*.

61) S. Io. Lud. Gail. Beck Diss. de Fabio Mela Iuris-

Dieses Vortheils der Zwischenzeit macht sich jedoch der Mann verlustig, wenn er Caution leisten könnte, solche aber aus Ungehorsam verweigert. Hier wird er zur unverzüglichsten Herausgabe der Dos, ohne Abzug, verurtheilt. Der Richter hat es jedoch zu beurtheilen, welches besser sey, den Mann Caution leisten zu lassen, oder ihn mit Abzug des Interusuriums, sogleich zur Restitution der Dos zu verurtheilen, wenn es auch gleich der Frau lieber wäre, daß der Mann, nach Ablauf der gesetzlichen Frist, die Dos, ohne Abzug, restituirte. Daß diese gesetzlichen Bestimmungen auch bey der neuen Frist, welche Justinian der Zurückgabe der Dos gesetzt hat, Anwendung finden, war auch die Meinung der griechischen Scholasten<sup>62</sup>).

Wird die Dos nach Ablauf eines Jahres von Zeit der getrennten Ehe an gerechnet, nicht zurückgegeben, so

cons. eiusque fragmentis, praes. Christ. Gottl. Hauboldo def. Lipsiae 1806. §. 19.

- 62) In den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 588.  
 Sch. m. heißt es nämlich: Εὰν ἐγγὺας χρὴ δοθῆναι τῇ γυναικὶ περὶ τοῦ ἔιστι τοῦ διορισμένου τῇ διατάξει χρόνου απαιτηθῆναι ἀντὴ τὴν προῖκα, τοντέσται τὰ κινητὰ τῆς προικὸς ἐνιαυτοῦ, καὶ μὴ δυνήται ὁ ἀνήρ ταῦτην παρασχεῖν την ἐγγύην, τότε ἵπεζαιροῦμεν ἀντῷ τὸ ἐκ τοῦ χρόνου κέρδος, καὶ εἰς τὰ λοιπὰ παραχρῆμα καταδικάζεται: i. e. Si mulieri fideiussores dari oporteat, de dote ei reddenda intra tempus constitutione definitum, nempe rebus dotalibus mobilibus intra annum, nec maritus fideiussores dare possit, tunc ei deducimus commodum temporis, et in residuum statim condemnatur.

muß sie vom Ablaufe jenes Jahres an mit vier Prozent verzinst werden. Justinian sagt in der *L. un. §. 7. C. de rei uxoriae act.*

*Exactio autem dotis celebretur non annua, bimā, trimā die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus: ceteris videlicet rebus, quae solo continentur, illico restituendis. — Sin autem supercederit res mobiles, vel se moventes, vel incorporales post annale tempus restituere, vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium: etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet: fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis.*

Der Ausdruck *exactio dotis* kann hier wohl nicht so verstanden werden, als wenn der Mann nach Ablauf der gesetzlichen Fristen erst aufgefordert werden müßte, wenn eine mora desselben anzunehmen, und er zur Bezahlung der Zinsen und Erstattung der Früchte gehalten seyn solle. Nein, er ist auch unaufgefordert, absque exactione, schuldig, mit dem Ablaufe der gesetzlichen Termine den Brautschatz herauszugeben. Die Dos kann freylich nicht eher, als nach Ablauf des gesetzlichen Termins zurückgefordert werden; allein die mora tritt gleich mit dem Ablaufe der gesetzlichen Frist ein, weil der Schuldner, wo das Gesetz den Zahlungs-Termin bestimmt, und sogar, wenn in demselben die Zahlung nicht erfolgt, die Größe der Verzugszinsen bestimmt hat, nicht zur Zahlung

aufgefordert zu werden braucht<sup>63)</sup>. Man denke an die Regel: *lex interpellat pro homine*<sup>64)</sup>.

Man behauptet insgemein, wenn die Frau kein weiteres Vermögen besitzt, so könne sie während jenes Jahrs von dem Manne, oder dessen Erben die Alimente fordern. Schon Accursius hielt dieses für billig, und der große Cujaz<sup>65)</sup> fand kein Bedenken, ihm hierin beizustimmen. Allein ganz anderer Meinung ist Anton Merenda<sup>66)</sup>. Soviel ist richtig, daß Justinian in der angeführten Gesetzstelle davon nichts sagt. Der Mann brauchte vor Justinian erst in drey Jahren die Dos zu restituiren, wenn sie in Sachen bestand, quae pondere, numero, mensura consistunt; und doch findet sich in den Fragmenten der alten Röm. Juristen keine Spur, daß die Frau während dieser gewiß sehr langen Zeit Alimente hätte fordern können. Vielmehr wird dem Manne der Genuss des Interusuriums gestattet, der ihm dadurch entzogen werden würde, ihm aber doch nur dann entzogen werden kann, wenn er sich weigert, der Frau die verlangte Caution zu leisten. Die Erben des Mannes sind vollends nicht schuldig, die Witwe ihres Erblassers zu ernähren. Die Armut giebt ihr auch kein Recht gegen sie. Ueberhaupt aber käme es ja auch noch immer darauf an, ob auch die Revenüen des Heyrathsguts soviel betragen, als

63) Anders in Theod. Hagemanns praktischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Trölt. LXXVII. S. 525. f.

64) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 329.

65) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. 7. C: de rei uxori. act. Auch Dabelow Grds. des Cherechts. §. 509.

66) Controversiae iuris. Lib. II. cap. 44.

ihr Unterhalt, sonst wäre es ja schon an sich widernaturlich<sup>67)</sup>.

Wenn Justinian noch hinzufügt, similique modo pensionibus, vel vecturis navium sive iumentorum, vel operis servorum, vel quaestu civilium annonarum, et aliis, quae sunt eis similia, parti mulieris restituendis; so kann dieses auf zweyerley Art verstanden werden,

1) so, daß man das simili modo auf die Früchte oder den Ertrag solcher Sachen bezieht. Dann wäre der Sinn der, daß bey solchen nicht unbeweglichen Sachen, welche Einkünfte gewähren, die von Andern zu prästirten sind, wie z. B. jährliche Gefälle und Hausmiethzinsen, Fuhrlohn von Schiffen, oder Lastthieren, desgleichen Sklaven Dienste, und quaestus annonarum civilium, welcher in einer Einnahme von gebackenem Brode bestand, das aus dem kaiserlichen Proviant-Magazine gewissen Bürgern zu gewissen Zeiten ausgetheilt wurde, auf deren Häusern dieses Privilegium haftete<sup>68)</sup>; wenn solche Sachen nicht binnen einem Jahre restituirt werden, eben so, wie bey den unbeweglichen Dotalgütern, die Früchte derselben restituirt werden sollen. Denn die dem Manne vom Gesetz gegebene Frist berechtigt den Mann nicht, sich diese Früchte und Einkünfte während des Dilations-Jahres zuzueignen, weil nach dem §. 9. L. un. C. eodem: foetus iumentorum, et omnia, quae fructuum nomine

67) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts I. B. §. 463.

68) S. Cod. Theod. Lib. XIV. Tit. 17. de annonis civicis und Iac. GOTHOFREDI Commentar. ad L. 2. C. Th. de frumento urbis Constantinop. T. V. pag. 263. et 265. edit. Ritter.

continentur, dem Manne nur pro tempore matrimonii gehören sollen, sive aestimata sive non aestimata sint<sup>69)</sup>). Man kann aber auch

2) die Worte: simili modo von der Zeit der Zurückgabe verstehen, so daß diese Sachen, wenn sie gleich an sich bewegliche sind, doch eben so, wie die unbeweglichen, sogleich nach getrennter Ehe, restituirt werden sollen<sup>70)</sup>. Diese letztere Erklärung entspricht dem Zusammenhange der Worte mehr, und hat diejenigen Gesetzstellen<sup>71)</sup> für sich, in welchen mancipiorum, annonarum quoque civilium ususfructus, ferner wo certarum reddituum, vel pensionum, nec non panis civilis quaestus den unbeweglichen Dotalgütern gleichgeachtet werden.

### §. 1276. d.

#### Theilung der Früchte des letzten Jahres.

Soviel die Früchte der Dos anbetrifft, so ist ein Unterschied zu machen zwischen denen, die vor der Ehe, dann die während derselben, und die nach deren erfolgten Trennung gezogen worden sind. Erstere und letztere sind mit dem Heyrathsgute zu restituiren. Denn jene vermehren die Dos, und werden als ein Theil der

69) So Ant. MERENDA Controvers. iuris lib. II. Cap. 34.

70) So Jac. CUSACIUS Recitat. ad L. un. §. 7. C. de R. U. A. Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. Legum Cod. ad §. Cum autem Cod. de rei uxori. act. pag. 418. und Eduard. SCHRADER Commentat. de divisione fructuum dotis. Helmst. 1805. 4. §. 24.

71) L. 6. §. 1. Cod. de secund. nupt. L. ult. §. 2. Cod. de iure dot.

selben angesehen<sup>72)</sup>). Diese sind eine Folge des Verzugs<sup>73)</sup>). Nur die Früchte der Dos, die der Mann während der Ehe gezogen hat, so lange die Hauptſache Dotalgut war, gehören dem Manne<sup>74)</sup>. Ges.

- 72) *L. 6. D. h. t. PAULUS.* *Si ante nuptias fundus traditus est, — et fructus inde percepti, hi restituendi sunt, quandoque divortio facto, quasi dotis facti.* — *L. 51. §. ult. D. eodem. JULIANUS.* *Si fundum dotalem recepisset mulier, non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuisset, nihilominus de dote agere potest: quia minorem dotem recepisset. Hoc enim ad dotis augmentum pertinet: quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata, vel hereditates, quae post divortium per servos dotaes adquisitae marito fuissent.* *L. 47. D. de iure dot. JULIANUS.* *Si servo in dotem ante nuptias dato, donatum aliquid vel legatum ante nuptias fuisset, ampliatur dos, sicut ex fructibus fundi, qui ante nuptias traditus est.*

- 73) *L. 58. §. 1. D. de usuris et fructib. L. un. §. 7. C. de rei ux. act. Verb. fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis.*

- 74) *L. 7. §. 1. D. de iure dot. ULPIANUS.* *Si fructus constante matrimonio percepti sint, dotis non erunt: si vero ante nuptias percepti fuerint, in dotem convertuntur, nisi forte aliquid inter maritum futurum et destinatam uxorem convenit: tunc enim, quasi donatione facta, fructus non redunduntur.* Durch ausdrückliche Uebereinkunft, wenn sie vor der Ehe getroffen wird, kann also festgesetzt werden, daß der Mann die Früchte, die er vor der Ehe gezogen hat, behalten solle. Die Früchte während der Ehe gehören dem Manne pro oneribus matrimonii. *L. 20. C. eodem.* Es müssen nur aber wirkliche Früchte seyn. Denn alles, was der
- Glücks Erläut. d. Pand. 27. Th.

doch werden die Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden ist, getheilt zwischen dem Manne oder desselben Erben, und demjenigen, welchem die Dos zu restituiren ist, es sey die Frau, der Schwieervater, oder deren Erben. Eadem conditio erit, sagt Ulpian in der L. 7. §. 15. in fin. D. h. t. si cum socero, vel cum herede alterutrius, de dote agatur, wo er hauptsächlich von der Theilung der Früchte des letzten Ehejahres handelt. Die Theilung selbst geschieht nach dem Verhältniß der Dauer des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden. Es gehört hierher vorzüglich die L. un. §. 9. C. de rei ux. act.

Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione utrique parti debere adsignari, commune utriusque actionis est, *in rebus scilicet non aestimatis*. Aestimatorum enim rerum maritus quasi emtor, et commodum sentiat, et dispendium subeat, et periculum exspectet<sup>75)</sup>).

Mann während der Ehe erhalten hat, und nicht wahre Frucht ist, muß er restituiren. S. L. un. §. 9. C. de R. U. A. Itaque partus dotalium ancillarum, id est, quae aestimatae non sunt, vel quae servi dotales ex quacunque causa (nisi ex re mariti, vel operis suis) acquisierunt: ad mulierem pertinere, utraque actione similiter voluit. Foetus autem iumentorum, et omnia, quae fractuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant *pro tempore matrimonii*, sive aestimata, sive non aestimata sint.

75) Daß die Früchte des letzten Jahres, da die Ehe bestand, nach dem Verhältniß der Zeit zu theilen sind, ist auch schon in früheren Gesetzen gegründet. Man vergleiche

Es erhellet zugleich aus dieser Gesetzstelle, daß von einer Restitution oder Vertheilung der Früchte die Rede nur denn seyn kann, wenn die Dos dem Mann nicht käuflich überlassen worden ist, denn sonst geht Gewinn und Verlust auf ihn, als Käufer, über.

Bey der Vertheilung der Früchte des letzten Jahres<sup>76)</sup> kommt es nun zunächst darauf an, von welchem Zeitpunkt

*L. 78. §. 2. D. de iure dot. L. 11. D. Soluto matrim. und außerdem PAULUS Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 22. §. 1. (in SCHULTING Jurispr. vet. Antejust. pag. 510.)*

- 76) Man vergleiche über diese schwierige Materie *Udal. ZASII* Commentar. in LL. 5—7. D. Soluto matrim. *Opp. Tom. II. Lugd. 1550. f. pag. 54. sqq. Jac. CUSAII Comm. in libr. X. Quaest. Papiniani ad §. Papinianus L. 7. D. Sol. matrim. (Opp. postumor. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 292. sqq.) et Observation. Lib. XIV. cap. 22. Franc. DUARENUS Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 60. Ant. MERENDA Controvers. iur. Lib. III. cap. 10. Franc. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VIII. cap. 10. Andr. ALCIATUS Paradox. Lib. III. cap. 1. Iul. PACII Commentar. ad Papinianum de fructibus dotis dividendis: adj. *Eiusd. libro sing. ad novam Imp. Friderici constitutionem. Spirae 1596. p. 94. sqq. Hug. DONELLUS Commentarior. iur. civ. Lib. XIV. cap. 7. §. 9. sqq. BACHOV ad Treutlerum. Vol. II. Disp. VII. Th. 12. lit. C. Adolph. FR. TABDENBURG Diss. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium. Bützovii 1771. §. 8—12. pag. 28—49. BAV. VOORDA Diss. ad L. 7. §. 1. D. Soluto matrim. (adj. *Eiusd. Thesib. controv. Lugd. Batavor. 1796. 8. pag. 589. sqq.*) und vörzüglich Ed. SCHRADER Commentat. de divisione fructuum dotis. Helmst. 1805. 4.**

an der Anfang des letzten Jahres zu rechnen sey? Diese Frage entscheidet Ulpian in der L. 5. D. h. t. genommen aus dessen libro XXX. ad Sabinum. Hier heißt es:

De divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii, an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus? Et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae, neque nuptiarum observabitur: sed quo primum dotale praedium constitutum est, id est, tradita possessione.

Ist also von Theilung der Früchte des letzten Jahres die Rede, da die Ehe getrennt worden ist, (denn das heißt hier divisio anni, annus wird hier in Beziehung auf die Früchte genommen, wie sich aus den folgenden Wörtern näher ergiebt) so ist in Ansehung der Früchte, die noch als in der Ehe erworben anzusehen sind, der Anfang des Jahres von der Zeit anzurechnen, da die Ehe dotirt war. Nun lassen sich zwei Zeitpunkte unterscheiden. Die Zeit, da die Ehe ihren Anfang nahm, und die Zeit, da die Brautgabe dem Manne übergeben wurde. Fallen beyde Zeitpunkte zusammen, so entscheidet sich der Anfang des Jahres von selbst; in dem entgegengesetzten Falle aber beginnt das Jahr von dem Zeitpunkt, welcher von beyden der spätere war. War also die Dos schon vor der Ehe übergeben, so berechnet sich das Jahr nach dem Zeitpunkte, da die Ehe vollzogen ward. Denn Sachen, die vor der Ehe zum Brautschatz gegeben werden sind, werden nicht eher Dos, als von dem Tage der Ehe an, weil eine Dos ohne Ehe undenkbar ist<sup>77)</sup>. Ist

77) L. 3. L. 76. in fin. D. de iure dot. L. 20. C. de donat. ante nupt. S. Hafse Güterrecht der Ehegatten. 1 B. §. 70.

aber die Brautgabe erst nach der Ehe eingebracht worden, so ist das Jahr nach dem Zeitpunkt der Uebergabe zu berechnen. Erst von dieser Zeit an, da die Ehe dotirt war, erwirbt also der Mann ein Recht auf die Früchte des Heyrathsguts. Wäre also z. B. die Ehe am 1. Jul. geschlossen, die dos aber erst den letzten October übergeben, und dann die Ehe am letzten December schon wieder getrennt worden; so werden, wenn das Jahr nach der Vorschrift des Gesetzes vom Tage der übergebenen Dos beginnt, nur zwey Monate gerechnet, und nach diesem Verhältniß sind dann auch die Früchte zu vertheilen<sup>78)</sup>. Man kann daher dieses Jahr das Dotationsjahr nennen. Dieses läuft denn fort, bis wieder auf denselben Tag des folgenden Jahres, da es seinen Anfang nahm, und so wird dieses Dotationsjahr die ganze Zeit der Ehe hindurch bis zum Ende derselben gerechnet. Paulus bestimmt dieses in dem gleich dgrnach folgenden Fras-

78) Mehrere finden zwar darin eine Unbilligkeit, weil doch der Mann hier vier ganzer Monate die Lasten der Ehe getragen hat. Sie wollen daher wenigstens in dem Falle eine Ausnahme eintreten lassen, wenn die Frau sich bey der Uebergabe der Dos eines Verzugs schuldig gemacht hat. Man sagt, hier sey das Dotationsjahr von Zeit der mora an zu rechnen. Allein in den Ge- sezen ist diese Meinung nicht gegründet. S. ZASIUS ad L. 5. D. h. t. nr. 7. sqq. pag. 54. und CUIACIUS cit. Comm. ad Libr. XI. Quaest. Papiniani. pag. 292. sq. Die Worte der L. 5. h. t. quo primum dotale praedium constitutum est, id est, tradita pos- sessione, beweisen deutlich, daß das tempus dotis per promissionem constitutae gar nicht in Betrachtung kommt. S. DONELLUS c. 1. Cap. VII. §. 15. und SCHRADER cit. Comm. §. 4.

gment, welches aus dessen *libro VII. ad Sabinum* genommen ist, ganz deutlich. Er sagt nämlich in der L. 6. *D. eodem.*

*Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est. Idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat.*

In beyden Stellen der Pandecten ist nun zwar blos von dem Falle die Rede, da die Ehe durch Divortium getrennt worden ist, allein dieß ist nach der Art der römischen Rechtsgelehrten, welche blos durch Beyspiele zu reden pflegen, von jeder Art der Trennung der Ehe zu verstehen. Der nämliche Grundsatz gilt also, die Ehe mag durch Divortium oder durch den Tod des Mannes oder der Frau getrennt worden seyn<sup>79)</sup>. Die Basiliken<sup>80)</sup> haben daher: *Toῦ τελευταῖον ἐνιαυτοῦ ἐν ᾧ το διαχύγιον ὀιωδῆποτε τρόπῳ γέγονεν οἱ καρποὶ διαιροῦται.* i. e. *Ultimi anni, quo separatio quoquo modo facta est, fructus dividuntur.* Eben so ist in beyden Gesetzstellen blos vom praedium, oder fundus die Rede. Es ist aber außer Zweifel, daß das Nämliche gilt, wenn die Brautgabe auch in beweglichen Sachen besteht<sup>81)</sup>.

Von einer Theilung der Früchte des letzten Jahres kann jedoch nicht eher die Rede seyn, als nach Abzug

79) *S. Cujacius* cit. *Commentar.* pag. 295. und *SCHRADER* cit. *Commentat.* Sect. I. §. 4.

80) *Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 5.* pag. 342.

81) *L. ult. D. h. t.* Es wird dieses auch noch nachher §. 9. der. *L. 7. h. t.* selbst gesagt. *S. DONELLUS* c. I. Cap. VII. §. 15. (edit. *Noric.* a *BUCHERO* contin. Tom. IV. pag. 225.)

der darauf verwandten Kosten, sie mögen von dem Manne oder von der Frau verwendet worden seyn. Hierauf macht uns auch Ulpian aufmerksam, wenn er in der L. 7. pr. h. t. die aus desselben libro XXXI. ad Sabinum genommen ist, den Grundsatz aufstellt:

*Fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt. Quod SCAEVOLA et ad mariti et ad mulieris impensas refert. Nam si mulier pridie vindemias<sup>82)</sup> doti dedit<sup>83)</sup>, mox, sublatis a marito vindemiis, divortit; non putat ei undecim duntaxat mensium fructus restitui, sed et impensis, quae antequam portiones fructuum fiant, deducendae sunt. Igitur, si et maritus aliquid impendiit in eundem annum, utriusque impensae concurrent: ita et si impensarum a muliere factarum ratio habeatur, cum plurimis annis in matrimonio fuit, necesse est primi anni computari temporis, quod sit ante datum praedium.*

Nur das ist also als Frucht zu vertheilen, was nach Abzug der Kosten übrig bleibt. Ist daher, welches Beispiel Ulpian hier anführt, das Dotalgut den Tag vor der Weinlese dem Mann übergeben, und die Ehe nach

82) Id est, pridie ante vindemiam. So erklärt pridie vindemias Dorotheus in den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 572. πρόμιτας ἡμέρας τῆς τρυγήσεως.

83) Hier muß das Wort fundum oder vineas ergänzt werden. G. SCHRADER cit. Commentat. Sect. I. §. 6. pag. 8. Der griechische Scholiast am angeführten Orte hat auch δὲδοκεν ἀγρὸν ἡ γυνὴ ἐν προικὶ. Uebrigens ist hier der Fall, wo die Dos sogleich bey Schließung der Ehe gegeben wurde, und wo also das Dotationsjahr von diesem Zeitpunkt an zu rechnen war.

gehaltener Weinlese gleich wieder geschieden worden, also nach einem Monat, denn so lange dauerte die Weinlese bey den Römern <sup>84)</sup>; so kann die Frau vor der Theilung der Früchte zuvor die Kosten abziehen, die sie darauf verwendet hat. Sind also die Früchte 20. Soliden werth, die Kosten aber betragen 8. so bleiben nach deren Abzug für 12. Solidi zu vertheilen übrig. Davon erhält der Mann, weil die Ehe nur einen Monat gedauert hat <sup>12.</sup>, das Uebrige muß der Frau restituirt werden. Haben beyde Eheleute Kosten auf die Früchte verwendet; so ziehen zuvor beyde ihre gehabten Kosten ab. Sind also die Früchte der Weinlese 24. Soliden werth, die Frau hat aber 8. der Mann 4. Solidi Kosten gehabt, so bekommt der Mann seine 4., die Frau ihre 8. Soliden vorweg, in den Ueberrest der Früchte, nach Abzug der Kosten, theilen sich dann die Ehegatten nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe bestand. Dies ist es, wenn unser Ulpian sagt: *utriusque impensae concurrent*. Wenn jedoch Ulpian noch hinzufügt: *si et maritus aliquid impedit in eundem annum*, so ist dieser idem annus nicht das Dotationsjahr, sondern das natürliche Fruchtjahr, d. i.

84) Es erhellte dieses nicht nur aus unserer Gesetzstelle, sondern eben dieses bestätigen auch die Scriptores rei rusticae. So sagt VARRO *de Re Rustica* Lib. I. Cap. 54. *Uvas autem legere, et vindemiam facere inter aequinoctium austumnae (d. i. den 22. September) et Vergilianum occasum (d. i. den 28. October.)* COLUMELLA *de re rustica* Lib. XI. Cap. 2. pag. 441. (edit. bipont.) bemerkt: *Quinto Kalendar. Novembbris Vergiliae occidunt.* Den Unterschied der wenigen Tage vom Monate, der sich hier findet, konnte Ulpian ganz füglich übergehen. S. SCHRADER eit. Commentat. Sect. I. §. 6. not. m. pag. 9.

dasjenige Jahr, dessen Früchte in der Weinlese bestehen, welches also von einer Weinlese zur andern zu rechnen ist<sup>85</sup>). Dieses natürliche Fruchtjahr kommt nun besonders, wie die letzten Worte lehren, in Betrachtung, wenn die Frau Kosten auf die Früchte verwendet hat, ehe sie das Dotalgut dem Manne tradirte. Diese Kosten kann sie immer noch in Abzug bringen, die Ehe mag gedauert haben, so lang sie will. Dies ist der Sinn der letzten Worte: *Ita et, si impensarum a muliere factarum ratio habeatur, cum plurimis annis in matrimonio fuit, necesse est primi anni computari temporis<sup>86</sup>), quod sit ante datum praedium<sup>87</sup>*). Worin nun aber

85) S. SCHRAEDER eit. Comment. Sect. I. §. 6. pag. 10.

86) Statt computari *temporis*, lesen viele *tempori* computari. So Halaander, Baudoza, Merlin und Miräus. Welche hingegen die florentinische Lesart beibehalten, erklären das *temporis* durch *id temporis*, wie *Guil. Best de ratione emendandi Leges. Cap. XVI. nr. 8.* und *Guil. Ott. RBITZ in Annotat. Sporad. ad h. L. in PÜTTMANN Opusc. iurid. ex Observation. miscellan. Batav. pag. 156. sq.* Bezieht man das *temporis* auf die folgenden Worte: *quod sit ante datum praedium*, so bedarf es gar keiner Emendation. S. Ant. SCHULTING Notae ad Digesta seu Pandect. a Smallenburg edit. et animadverss. locuplet. ad h. L. Tom. IV. pag. 554. und SCHRAEDER c. I. §. 6. pag. 10. sq.

87) Der griechische Scholast DOROTHEUS hat die letzten Worte unserer Gesetzstelle in den *Basilic. Tom. IV.* pag. 572. auf folgende Art erklärt; *Eἰ δὲ καὶ πολλοῖς ἐνιαυτοῖς ὁ γάμος συνέστη, ἀνάγκη ἐστὶν ἐν τοῖς καρποῖς τοῦ ἐνδὸς ἐνιαυτοῦ, καταλογίζεσθαι τὰ δαπανῆματα, ὅσα εποίησεν ἡ γυνὴ περὶ τὴν γεωργίαν τοῦ ἄγρου, πρὶν παραδοῦναι ἀντὸν λόγῳ τροικός. i. e. Sin autem*

diese Kosten bestehen, welche zuvor abzuziehen sind, ehe von einer Berechnung und Vertheilung der Früchte die Rede seyn kann, hat Ulpian nachher noch in dem §. 16. unserer L. 7. näher bestimmt, mit Beziehung auf Pomponius. Er sagt nämlich:

*Impendi autem fructuum percipiendorum causa, POMPONIUS ait, quod in arando serendoque agro impensum est: quodque in tutelam aedificiorum, aegrumve servum curandum: scilicet si ex aedificio, vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hae impensa non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet: quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est.*

Diese Stelle bestätigt zugleich die oben schon gemachte Bemerkung, daß auch, wenn die Dōs in beweglichen oder unkörperlichen Sachen besteht, welche gewisse von Andern zu entrichtende Einkünfte gewähren, z. B. wenn die zur Dōs gehörigen Sklaven Künstler waren, und durch die Anderen geleisteten Kunstdienste Geld verdienten<sup>88)</sup>, eben die Grundsätze, wie bey unbeweglichen Sachen, Statt finden<sup>89)</sup>; und daß selbst bey unbeweglichen Sachen, welche keine natürlichen Früchte hervorbringen,

*plurimis annis constituit matrimonium, necesse est cum unius anni fructibus computari impensas, quas mulier fecit in agro colendo, priusquam eum pro dote traderet. So auch die Glossa des Civilrechts. S. POTIBA Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XLl. Not. g. pag. 65.*

88) Dieses Beispiel giebt der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 377. Sch. e.

89) S. SCHRAEDER cit. Commentat. Sect. II. §. 28.

es darauf ankommt, ob sie, wie z. B. Häuser, durch Vermietung an Andere, ein gewisses jährliches Einkommen gewähren. Auch hier kann denn der Mann, wenn von Vertheilung der Einkünfte des letzten Jahres, da die Ehe bestand, die Rede ist, die auf die Erhaltung der Sachen verwandten Kosten abrechnen, und diese Kostenberechnung fällt nur dann weg, wenn der Mann die Früchte des letzten Jahres alle allein behält, weil er durch die Früchte, welche er behält, schon entschädigt ist<sup>90</sup>).

Es kommt nun noch auf die Hauptfrage an, wie nämlich die Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt wurde, zu vertheilen sind? Diese Frage entscheidet Papinian nach Ulpian's Relation in der L. 7. §. 1. D. h. t. folgendermassen.

*PAPINIANUS autem libro undecimo Quaestionum, divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calendis Novembribus primis fruendum locaverit: mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si, coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii*

90) DOROTHUS in *Basilic.* Tom. IV. pag. 577. Sch. b. sagt: ἐπειδὴν δὶ αὐτῶν τῶν παρπῶν το ικανὸν ἐπὶ τοῖς δαπανήμασιν αὐτοῦ γίνεται. i. e. quoniam ex ipsis fructibus impensis éorum causa factis satis fit.

*divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

Papinian, dem hier Ulpian, welcher diese Stelle excerptirt hat, beystimmt, geht hier von dem Grundsatz aus, daß man bey der Vertheilung der Früchte des letzten Ehejahres nicht auf den Anfang des neuen Fruchtjahres, sondern vielmehr auf den Anfang des Dotationsjahres zu sehen habe, besonders wenn dasselbe, wie in dem hier entschiedenen sehr schwierigen Falle, in zwey verschiedene Fruchtperioden fallen sollte. Denn daß dieses immer bei der Berechnung und Theilung der Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden ist, zum Grunde zu legen sey, ist schon in den beyden vorhergehenden Gesetzen bestimmt genug ausgesprochen worden. Papinian bestätigt hier diesen Satz nochmals, und erläutert ihn durch folgendes Beispiel. Zur Zeit der Weinlese, den 1. Octover<sup>91)</sup>), nachdem die Ehe geschlossen war, ward dem Manne ein Weinberg mit den noch hangenden Früchten zum Brautschatz übergeben. Gleich nach gehaltener Weinlese verpachtet der Mann das Grundstück wieder. Es war am 1. November<sup>92)</sup>). Von hier ging also ein neues

91) S. PLINIUS SECUNDUS *Naturalis Histor.* Lib. XVIII.

Cap. 74. pag. 305. Volum. III. edit. bipontin. und L. s.  
*Cod. de seriis. Imp. THEODOS.* A decimo autem Calendarum Septembbris usque in Idus Octobris vindemialis feria concedatur. Man vergleiche noch TRENDELENBURG Diss. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium. §. 9. not. b. pag. 35.

92) Ex calendis Novembribus primis. Primae heißt hier soviel als proximae. Der November war hier der

Fruchtjahr an. Den letzten Januar ward aber die Ehe schon wieder getrennt<sup>93)</sup>). Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß der Mann nicht die Früchte der Weinlese, und auch zugleich den vierten Theil des Pachtgeldes, (denn seit der neuen Verpachtung hatte die Ehe noch drey Monate gedauert) behalten dürfe. Wahrscheinlich mochten dieses Einige behauptet haben, deren Meinung Papinian hier widerlegt. Diese rechneten das letzte Jahr, da die Ehe bestand, von dem Tage der neuen Verpachtung, also vom Anfange des nach der Weinlese angehenden folgenden Fruchtjahres an. Die Früchte der Weinlese rechneten sie also noch zu dem vorletzten Jahre, und glaubten, der Mann könne sich solche um so mehr zueignen, weil er sie schon percipirt hätte. Denn nur das Jahr sei für das letzte zu halten, da die Ehe getrennt worden ist. Vielleicht war Sabinus dieser Meinung, über welchen Ulpian, wie die Ueberschrift der L. 7. h. c. lehrt, commenstirte<sup>94)</sup>). Papinian verwirft nun diese Meinung als ungereimt, weil daraus folgen würde, daß der Mann

nächste Monat, nach dem October, mit welchem das Dotaljahr begonnen hatte. *S. Cujacius* libr. XIV. Observation. cap. 22.

93) Wenn in dem angeführten Beispiele gesagt wird, *facto divorcio*; so wird vorausgesetzt, daß die Ehescheidung bona gratia geschehen sey. Denn sonst kann wohl von keiner Vertheilung der Früchte die Rede seyn, die Schuld habe an der Frau oder dem Manne gelegen. *S. Cujacius* Observation. Lib. XIV. Cap. 22.

94) *S. Ioan. ALTAMIRANI et VELAZQUBZ* in libr. III. Quæstionum Scaevolæ Commentar. Tract. III. ad L. 51. D. de pactic dotalib. §. 5. et 6. (In *Thesaur. MESSMANI* Tom. II. pag. 413.)

die Früchte, die er geärndet hat, behalten dürfte, wenn auch schon gleich den Tag nach der Weinlese die Ehe wieder getrennt worden wäre. Es ergiebt sich hieraus, daß bey der Theilung der Früchte des letzten Jahres die Grundsäze vom Ususfructus keine Anwendung finden. Denn hier tritt ein ganz verschiedenes Rechtsverhältniß ein. Die dos wird gegeben zur Erleichterung der mit dem Ehestande verbundenen Lasten. Wie sehr würde es nun nicht der Natur der dos widerstreiten, wenn der Mann für einen Monat, da die Ehe gedauert hat, sich die Früchte des ganzen Jahres zueignen dürfte? Beym Ususfructus ist es freylich anders<sup>95)</sup>. Denn dieser wird nicht in Rücksicht einer zu übernehmenden Last, sondern blos zur Begünstigung einer gewissen Person bestellt<sup>96)</sup>. Sollten die Grundsäze vom Ususfructus hier gelten, so würde auch der Mann von den noch nicht gefälligen Pachtgeldern gar keinen Anteil verlangen können. Nam fundi locati pensio eatenus debetur hereditibus fructuarii, quatenus iam vivo eo fructus a colono percepti sunt<sup>97)</sup>. Allein auf die Periode der Perception kommt hier bey Vertheilung der Früchte des letzten Dotjahres nichts an. Alle Früchte desselben, auch die fructus nondum percepti, kommen bey der Theilung in Anschlag, wosfern nicht durch Vertrag ein Anders

95) L. 15. D. Quib. modis ususfr. amitt.

96) G. SCHRADER Commentat. de divisione fructuum dotis. §. 3.

97) L. 58. D. de Usufr. L. 9. §. 1. D. Locati. Anderer Meinung ist zwar Cujacius in Comment. in libr. XI. Quaest. Papiniani ad h. L. 7. (Oper. postumor. Tom. I. pag. 300.) Allein man s. den 9 Th. dieses Commentars §. 637. c. G. 337.

bestimmt worden ist <sup>98)</sup>). Ulpian sagt dies nachher selbst. Es heißt nämlich §. 9. unserer L. 7.

Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus: ut lana ovium, fetusque pecorum praestaretur. Quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves, protinus divorcio facto, nihil reddat? *Nam et hic fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.*

Und §. 15. sagt Ulpian:

Interdum marito de fructibus a muliere cavitur, et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet. Interdum retinebit tantum <sup>99)</sup> maritus, et nihil restituet: id est, si non plus erit, quam pro portione eum retinere oportet; interdum vero et reddet, si plus percepit, quam eum retinere oportet.

Erhält also die Frau nach getrennter Ehe das Grundstück vor der Erndte mit den noch stehenden Früchten zu-

98) *L. 51. D. de pactis dotal. SCAEVOLA libr. 3. Quaestion.*

*Si inter virum et uxorem convenit, ut extremi anni matrimonii FRUCTUS NONDUM PERCEPTE mulieris lucro fiant, huiusmodi pactum valet. G. ALTAMIRANUS cit. Comm. §. 15. pag. 414. sq.*

99) Mehrere Ausgaben, z. B. Halioander, Miräus, Bauboga, Merlinus und andere lesen totum statt tantum. Diese Lesart wird auch durch die Scholien der Bassiken Tom. IV. libr. XXVIII. Tit. 8. pag. 376. Sch. b. bestätigt, wo Dorotheus sagt: οὐδὲ δέ παρακατέχει πὰν τὰς τὸν καρποὺς ὁ ἀνὴρ. i. e. *Interdum autem maritus FRUCTUS OMNES retinet.*

rück, so muß sie dem Manne Caution leisten, daß sie ihm von den Früchten, die sie erndten wird; den ihm nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe in dem letzten Jahre gedauert hat, gebührenden Theil abgeben wolle<sup>100</sup>). So wie auch der Mann seiner Seits Caution leisten muß, wenn er etwa das Dotalgut auf mehrere Jahre verpachtet hätte, und nach Verlauf des ersten Pachtjahres die Ehe wieder getrennt worden wäre, daß er von dem Pachtgelde der Frau herausgeben wolle, was er außer dem ersten Pachtjahr, von welchem ihm noch das Pachtgeld gehört, vom Pächter erhalten haben wird. Diesen Fall hat Paulus, welcher in der L. 25. §. 4. D. h. t. sagt:

Si vir in quinquennio<sup>1)</sup> locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit: SABINUS ait, non alias fundum mulieri reddi opertore, quam si caverit, si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id se praestatum iri<sup>2)</sup>: sed et mulieri cavendum, quidquid praeter

100) S. Cujacius in lib. X. Quaestion. Papiniani. ad §. Papinian. L. 7. D. h. t. (Opp. postum. Tom. I. pag. 296.)

1) Hier lesen alle nicht florentinischen Ausgaben, die ich verglichen habe, z. B. Haloander, Gaudioza, Miräus, Merlinus, in quinquennium. Auf fünf Jahre pflegten gewöhnlich die fruchttragenden Grundstücke bey den Römern verpachtet zu werden. S. den 17. Th. dieses Commentars. §. 1056. S. 475. Not. 85.

2) Diese Caution, von der hier Paulus spricht, ist von jener ganz verschieden, zu welcher Ulpian in der angeführten ersten Stelle die Frau verpflichtet. Nach Paulus kann der Mann von der Frau Caution verlangen, daß sie den Pächter nicht vor der Zeit ver-

*primum annum ex locatione vir consecutus fuerit,  
se ei restituturum<sup>3</sup>).*

treiben, sondern ihn die Pachtung auf die bestimmte Zeit geniessen lassen, oder in dem entgegengesetzten Falle den Mann für das entschädigen wolle, was er deswegen dem Pächter an Schadensersatz zu leisten wäre verurtheilt worden. Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. p. 592. Sch. e. sagt: Ινα μη ποτε ἐκβάλλῃ τὸν κωλονδν ἡ γυνὴ, καὶ ἐντεσθεὶς ὁ ἀνήρ ζημιωθῇ. i. e. ne forte mulier colonum eiiciat, et maritus exinde damno adficiatur. Ohne diese Cautionsleistung könnte die Frau leicht den Pächter vertreiben, weil sie mit ihm nicht contrahirt hat, und also auch den Pacht zu halten nicht geneigkt werden könnte. Der Mann wäre nun der Regressflage des Pächters ausgesetzt. Diese kann er abwenden, und die Frau zur Cautionsleistung das durch nöthigen, daß er ihr das Dotalgut nicht eher zurückzugeben schuldig ist, als bis sie die Caution geleistet hat. S. CUSACII Comm. in Libr. XXXVI. Pauli ad Edictum. ad §. ult. L. 25. D. h. t. (*Opp. postumor. a. FABRO* editor. Tom. II. pag. 596.) und Ant. FABER de Erroribus Pragmaticor. Decade XXIV. Err. 4. Wenn Ant. SCHULTING in Jurispr. vet. Aante Justin. ad Ulpian. Tit. VII. §. 3. Not. 12. pag. 588. diese Cautionsleistung für eine solche stipulatio tribunitia halten will, deren ULPIAN. c. l. gedenkt; so ist dieses noch vielsem Zweifel unterworfen. Denn der Name stipulatio tribunitia wird höchst wahrscheinlich falsch gelesen. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 682. Z. 15. der 8. Auflage.

- 3) Der Grund dieser Cautionsleistung ist, weil nur der Mann gegen den Pächter allein klagen kann, nicht die Frau, welche nicht mit dem Pächter contrahirt hat. Was also der Mann am Pachtgelde mehr empfießt, als ihm nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe gebauert hat,

Daß bey der Theilung der Früchte des letzten Ehejahres nicht erst von Zeit der Verpachtung an, sondern von der Zeit an zu rechnen sey, da die Ehe geschlossen und dotirt war, beweist Papinian §. 2. unserer L. 7. noch durch ein anderes Beispiel. Er sagt nämlich:

*E contrario quoque idem observandum est: nam si mulier, percepta vindemia, statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex calendis Martiis eundem locaverit, et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit.*

Hier ist von dem conträren Falle die Rede. Die Frau hatte erst nach der Weinlese das Grundstück dem Manne zum Heyrathsgute übergeben, also im October, nach geschlossener Ehe. Der Mann verpachtet dasselbe am 1. März, in welchem Monate man gewöhnlich solche Grundstücke zu verpachten pflegte <sup>4)</sup>). Die Ehe wird aber schon den nächsten Monat darauf, am 1. April wieder getrennt. Daß hier von einer Theilung der Früchte der Weinlese, die die Frau noch vor Schließung der Ehe geerndet hat, keine Rede seyn könne, versteht sich. Ulpian sagt dieses auch nachher §. 4. der L. 7. h. t. selbst. Es konnte hier also nur von einer Theilung des Pachtgeldes die Rede seyn, welches von dem Pächter noch erst

gebührt, muß er der Frau herausgeben. S. POTIER Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XLVIII. not. i. pag. 66.

4) S. den g. Th. dieses Commentars §. 657. c. S. 558. Not. 46.

fünftig zu bezahlen war<sup>5)</sup>). Hätte man nun hier das Jahr von der Verpachtung an rechnen wollen, so würde der Mann nach dem Verhältniß eines Monats nur den zwölften Theil vom Pachtgelde verlangen können. Dies wäre aber Unrecht, weil auch die vorhergehende Zeit zu berücksichtigen ist, da die Ehe bestand, und diese dotirt war. Von da an gerechnet, hat nun die Ehe sechs Monate gedauert. Der Mann wird also nach diesem Verhältniß der Zeit die Hälfte des künftigen Pachtgeldes mit Recht verlangen können.

Zum Beweise, daß alle Früchte des letzten Jahres der Ehe, und also nicht nur diejenigen, welche der Mann noch selbst gezogen hat, sondern auch die in dieses Jahr gehörigen noch künftig zu hoffenden Früchte, nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe gedauert hat, zur Theislung kommen, dient auch noch der folgende §. 5. welcher aller Wahrscheinlichkeit nach, wie Cujaz<sup>6)</sup> bemerkt, noch aus Papinian excepirt ist. Er lautet folgendermassen:

Item si messes eius anni<sup>7)</sup>, quo divortium

5) Statt *ex mercede*, *quae debebitur*, lesen viele Ausgaben, *quae debebatur*; z. B. Halander, Baudoza, Miräus. Allein diese Lesart ist offenbar unrichtig, weil ja zur Zeit der Ehescheidung das Pachtgeld noch nicht gefällig war. Die florentinische Lesart wird noch mehr durch die Scholien der Basiliken bestärkt. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 375. Sch. p. heißt es: *ἐκ τῶν χρεωστημένων μισθωμάτων.* Auch Cujacius ad §. *Papinianus* L. 7. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 296.) giebt daher mit Recht der Lesart *dedebitur* den Vorzug.

6) Cit. loc. pag. 297.

7) Es ist ein auffallender Fehler, wenn sowohl in den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 7. §. 5.

factum est, colonum ex forma locationis<sup>8)</sup> sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio, nihil minus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet.

Wir müssen uns hier den Fall denken, daß das zum Herrathsgute eingebrachte Grundstück, außer der künftigen Weinlese, noch andere Früchte hervorbrachte, welche sämmtlich von dem Mann verpachtet worden. Ein Fall, der in Italien gar nicht ungewöhnlich ist. Von einem Theile dieser Früchte hatte der Mann im letzten Jahre der Ehe noch selbst das Pachtgeld erhoben. Allein die Ehe war noch vor der künftigen Weinlese getrennt worden. Hier kommt nun nicht blos das Pachtgeld für die von dem Pächter noch während der Ehe gemachten Erndten, sondern auch die Hoffnung der künftigen Weinlese in Anschlag bey Theilung der Früchte<sup>9)</sup>. Wäre also die Ehe erst nach der vorjährigen Weinlese im October geschlossen, das Grundstück aber im Monat März verpachtet, und hierauf die Ehe im August getrennt worden; so ist hier das Jahr nicht von Zeit der Verpachtung, sondern von Zeit der geschlossenen Ehe an, da das Grundstück dem Manne als das übergeben wurde, zu rechnen, und so wie der Mann,

pag. 343. als in den Scholien des Dorotheus p. 375. statt *messes* und *messium*, das Wort  $\mu\eta\nu\epsilon\varsigma$  und  $\mu\eta\nu\omega\pi$  gebraucht worden, welches so viel als *menses* und *mensium* heißt. Dahingegen hat Chryllus Sch. eod. den ganz richtigen Ausdruck  $\Delta\sigma\tau\mu\delta\varsigma$ , *messis*, gebraucht.

8) Id est, ex locationis conventione. S. BURMANN ad Suetonium. Tom. I. pag. 99.

9) S. Detl. LANGBEK in Leges aliquot perdiff. et nondum satis intellect. novae Annotationes. Cap. XXIII. (in Thes. Jur. Rom. Olton. Tom. I. pag. 562. sq.)

da die Ehe nur zehn Monate gedauert hat, den Pachtzins nach diesem Zeitverhältniß mit der Frau zutheilen hat, so wird auch die Frau von der künftigen Weinlese dem Manne seinen Theil zu berechnen haben<sup>10)</sup>). Daß jedoch die vor der Ehe von der Frau gezogenen Früchte der Weinlese hier nicht mit zur Theilung kommen können, wird gleich nachher §. 4. gesagt, wo es heißt:

Apparet igitur ex his, illos fructus, quos mulier percepit, antequam nuberet, non debere in contributionem venire.

### S. 1276. e.

Berechnung der Früchte des letzten Dotjahres. Erläuterung  
der L. 7. §. 1. D. h. t.

Um nun aber der Theilung der Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden, und der deswegen anzustellenden Berechnung näher zu kommen; so ist zwar der Grundsatz, daß sich die Theilung nach dem Verhältniß der Zeit richtet, da die Ehe bestand, keinem Zweifel, die Berechnung selbst aber oft desto mehreren Schwierigkeiten unterworfen. Soviel ist gewiß, daß die

10) CYRILLUS in Basilio. Tom. IV. pag. 373. sagt: Εἰ δὲ μετὰ τὸν τρυγητὸν ἐπιδῷ μοι τὸν ἀγρὸν, ἀφ' οὗ ἐπιδοθῆσες τοῦ διατυχίου παραμετω τοὺς καρπούς. καὶ μετὰ πολὺ ἐμισθῶθη, εἰ μετὰ τὸν θερισμόν πρὸ τοῦ τρυγητοῦ λύθη ὁ γάμος, καγώ τὰ τοῦ θερισμοῦ λογίξομαι, καὶ αὐτὴ τὰ τοῦ τρυγητοῦ. i. e. Sed si fundum post vindemiam mihi dederit, ex quo datus fuit in diem divortii fructus retineo, etiamsi diu post locatus fuit, si post messem ante vindemiam solutum fuerit matrimonium, et Ego messis fructus rationem reddo, et ipsa vindemiarum.

Zeit der Perception nicht entscheide, wenn die Frage ist, welche Früchte nach dem Verhältniß der Zeit zu vertheilen sind. *Fructus enim toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus*, sagt Ulpian<sup>11)</sup>). Die Quantität der dem Manne gebührenden Früchte bestimmt sich vielmehr nach der Länge der vom Anfange der dotirten Ehe bis zur Erlösung des Dotalrechts verflossenen Zeit. Daher muß die natürliche Fruchtperiode von der Dotationsperiode wohl unterschieden werden, und nach dem verschiedenen Verhältniß dieser zwey Perioden zu einander, wird denn auch natürlich die Berechnung verschieden ausfallen. Nun kann es

I. seyn, daß der Anfang der dotirten Ehe mit dem Anfange der Fruchtperiode zusammenfällt. Hier erhält der Mann die Früchte einer jeden ganz durchlebten Periode ganz, der zum Theil durchlebten aber zum Theil<sup>12)</sup>. Man sehe also, die Ehe sey zu Ende des Septembers 1812. geschlossen, und auch zu gleicher Zeit das Dotalgut übergeben worden, nachdem die Erndte schon vorüber war; sie sey aber in der Mitte des Monats Januar 1826. wieder getrennt worden; so gehören dem Manne alle Erndten von den 15 Jahren, die er durchlebte, also vom Ende des Septembers 1812. bis auf eben die Zeit 1825. Da nun von da an bis zur Mitte des Januars 1826. die Ehe noch  $5\frac{1}{2}$  Monate bestand; so wird die Frau nach

11) *L. 7. §. 9. in fin. D. h. t.* Ich bemerke hier nur noch, daß statt *fructus* mehrere Ausgaben, z. B. *Baudoje* und *Merlinus*, *fructuum* lesen.

12) S. SCHRADER Comm. de divisione fructuum dotis. Sect. II. §. 30. et 31. und Schweppe römisches Privatrecht. §. 687. der 5. Auflage.

diesem Verhältniß der Zeit von der Endte des Jahrs 1825 bis 1826. die sie erhält, dem Manne seinen Theil herauszugeben haben. Dies ist der Fall, welcher in der L. 7. §. 2. h. t. entschieden ist.

II. Wenn aber der Anfang der dotirten Ehe, oder die Dotations-Periode von der Fruchtperiode verschieden ist; so ist die Berechnung des dem Manne gebührenden Theils der Früchte schon schwieriger. Jedoch lassen sich hier wieder zwey Fälle gedenken.

1) Die Ehe bestand nur eine so kurze Zeit, daß sie sich nicht über eine Fruchtperiode hinaus erstreckte. Hier werden blos die Früchte dieser Periode nach dem Verhältniß der Zeit getheilt, da die Ehe bestand. Dies ist der Fall, den Ulpian in der L. 7. pr. D. h. t. entscheidet. Die Frau hatte den Tag vor der Weinlese das Dotalgut dem Manne übergeben, und bald nach der Weinlese hob der Mann die Ehe wieder auf. Die Ehe dauerte also nur einen Monat. Hier bekommt die Frau die Früchte von 11 Monaten, nach Abzug der Unkosten, der Mann nur die Früchte von einem Monate, also  $\frac{1}{12}$ . Oder man setze, die Dos bestehe in einem Kapital von 2000 Rthlr. welches zu 5 Procent ausgelichen ist. Die Zinsen werden alljährlich in zwey Terminen bezahlt, davon der eine in das Ende des Monats Junius, der andere in das Ende des Monats December fällt. Daß Zinsen so gut, wie natürliche Früchte, der Theilung unterworfen sind, hat keinen Zweifel. Denn nach §. 11. L. 7. h. t. soll ja auch von Mietzinsgeldern bey Häusern das Nämliche gelten, was von Früchten bey Landgütern gilt<sup>13)</sup>. Zinsen werden

<sup>13)</sup> Da sagt Ulpian: De pensionibus quoque praediorum urbanorum idem est, quod in fructibus ruricorum,

sogar selbst in den Gesetzen<sup>14)</sup> fructus genannt, und diesen gleichgeachtet. Nun wollen wir sehen, die Ehe sey am Ende des Monats Januar 1825. geschlossen und dortirt, aber schon wieder zu Ende des Aprils in demselben Jahre getrennt worden. Sie bestand also gerade 3 Monate. Die Ehe fällt nun in den einen Zinsen-Terminus, welcher vom Ende des Monats December 1824. bis zu Ende Junius 1825. läuft. Die Zinsen dieses Termins, welche 50 Rthlr. betragen, sind also unter beyde geschiedene Ehegatten zu vertheilen, und zwar dergestalt, daß der Mann für die drey Monate, da die Ehe bestand, zu seinem Theile 25 Thlr. erhält<sup>15)</sup>.

2) Die Dauer der Ehe ist nicht in eine Fruchtperiode eingeschlossen, sondern sie schlägt in mehrere verschiedene Fruchtperioden ein. Wären hier die Früchte von der Art, daß sie in jedem Monat gleich gut gezogen werden können, so würde sich die Theilung von selbst machen. Aber verwickelter wird die Rechnung, wenn die Früchte nur von Zeit zu Zeit zur Reife kommen, und sich auch das Pachtgeld nach diesen Fruchtperioden richtet. Dies ist eben der schwierige Fall, den Papinian L. 7. §. 1. h. c. entscheidet. Die Ehe war den 1. October geschlossen, und an diesem Tage auch dem Manne ein Weinberg zur Dos übergeben worden. Der Mann erhielt den ganzen Ertrag der Weinlese, und verpachtete am 1sten des nächsten Novembermonats das Grundstück wieder. Die Ehe ward aber am letzten Januar getrennt. Sie bestand also

<sup>14)</sup> L. 34. *D. de Usuris et fruct.* L. 88. §. 5. *D. ad Leg. Falcid.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 590. S. 256. f.

<sup>15)</sup> S. SCHRADER cit. Commentat. §. 53.

nur vier Monate im Ganzen, von Zeit der neuen Verpachtung aber nur noch drey Monate. Hier ist nun der Fall, wo die Ehe in zwey verschiedene Fruchtperioden fällt, eine vollendete, und eine neue. Es fragt sich also, welche Früchte hier zur Theilung kommen, und wie die Theilung derselben zu machen sey? Papinian entscheidet diesen Fall auf folgende Art.

„Itaque si sine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.“

Also a) die Früchte anlangend, welche zu theilen sind, so sind diese theils natürliche, schon eingearndete, nämlich die Weinlese, welche jedoch, zum Behuf der Theilung, zu Gelde anzuschlagen ist, theils bürgerliche, nämlich das Pachtgeld für das künftige Jahr, welches also zur Zeit der Ehescheidung noch nicht zahlbar war. Denn daß alle Früchte, welche in das letzte Jahr der Ehe fallen, sie seyen fructus naturales oder civiles, percepti oder pendentes<sup>16)</sup>, zur Theilung kommen, ist schon oben bemerkt worden. Um aber b) die Rate derselben nach der Dauer des letzten Jahres richtig zu berechnen, muß eine zweyfache Periode unterschieden werden. 1) Die Dotationsperiode, welche hier vom 1. October begann. Von da an gerechnet, hatte die Ehe im ersten und letzten Dotationsjahr im Ganzen vier Monate gedauert. 2) Die Zeit der Ver-

16) L. 7. §. 1. 2. 9. 10. 11. 12. et 15. D. h. t. L. un. §. 7. et 9. Cod. de rei uxor. act. S. TRENDLENBURG Diss. cit. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium. §. VIII. nr. II. pag. 51. sq.

pachtung, welche vom 1. November des Dotalsjahrs bis zum 1. November des folgenden Jahres läuft. In dieser hatte die Ehe noch drey Monate nach der Verpachtung des Dotalguts gedauert. Beyde Perioden sind hier zu berücksichtigen. Denn wollte man hier bey der Berechnung des Pachtgeldes über den ersten November hinausgehen, und den Pachtzins vom 1. October an rechnen, so würde daraus die grösste Unbilligkeit entstehen<sup>17)</sup>. Der Mann würde ja dann für den Monat October Früchte und Pachtgeld zugleich erhalten. Es kann also nur der vierte Theil des Pachtgeldes für die zweyte Periode berechnet werden, wie auch Papinian ausdrücklich sagt, denn die 5 Monate des Pachtjahres, da die Ehe noch bestand, machen den vierten Theil dieser Periode aus. Quarenus<sup>18)</sup> hat daher nicht Unrecht, wenn er die Worte: non ex die locationis so erklärt, daß bey non, das tantum subintelligirt werden müsse, welches in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten mehrmals ausgelassen ist. Wenn nun aber Papinian sagt:

„vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur;“

so werden diese Worte von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Die griechischen Scholiaxten haben sich darüber nicht deutlich geäußert. Dorotheus hat die Worte Papinians blos *κατὰ πόδας* übersetzt. Cyrill allein paraphrasirt diese Stelle folgendermaßen<sup>19)</sup>:

17) S. TRENDELENBURG cit. Diss. §. X. pag. 58.

18) Comm. ad L. 7. §. 1. D. h. t. (*Operum* pag. 261.)

19) *Basilic.* Tom. IV. pag. 573.

Τῷ Θκτεμβρίῳ ἐπέδωκε μοι ἀγρὸν ἢ γυνή ἔσχον  
ἐκ τοῦ τρυγητοῦ εἰ. νομίσματα. ἐμίσθωσα αὐτὸν  
τῷ Νοεμβρίῳ ξ. νομίσματων. ἐλύθη ὁ γάμος πρὸς τῷ  
πέρατι τοῦ Ιανουαρίου. οὐ λαμβάνω τά τοῦ τρυγη-  
τοῦ, καὶ γ'. μηνῶν, ἀλλὰ σὺν αὐτοῖς δ'. μηνῶν. i.e.  
*Mense Octobri mulier fundum mihi in dotem dedit:  
percepi ex vindemia 18. locavi eum mense Novembri  
sexaginta nummis. Solutum est matrimonium in fine  
Januarii: non accipiam fructus vindemiae, et trium  
mensium, sed cum eis quatuor mensium.*

Es ist jedoch diese Paraphrase so dunkel, daß sie uns über den Sinn der Worte Papiniāns keinen Aufschluß giebt. Nicht minder unbefriedigend ist die Glossa des Justinianeischen Rechts, welche blos zu zeigen bemüht ist, warum nicht der dritte, sondern nur der vierte Theil des künftigen Pachtgeldes zur Theilungssumme kommt; und was nachher noch zur Erläuterung hinzugefügt wird, ist so dunkel und verwickelt, wie die Krümmungen des Māandros.

Ulrich Bastius<sup>20)</sup> und Cujaz<sup>21)</sup> verstehen unsern Papinian so, daß der Ertrag der ganzen Weins erndte, mit dem vierten Theile des Pachtgeldes für das neue Fruchtjahr zusammengerechnet werden müsse, und daß von dieser Summe der Mann zu seinem Antheile ein

20) Comm. in Tit. Pand. Soluto matrim. ad L. 7. §. Divortio. (*Oper. Tom. II. Lagduni 1550. f. pag. 42. nr. 3.*)

21) Ad Pauli Sentent. Recept. Libr. II. Tit. 22. (in *Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejust.* pag. 510.) Observation. Lib. XIV. Cap. 22. und in Commentar. in libr. X. Quaest. Papiniani ad §. Papin. L. 7. D. h. t. (*Oper. postum. a FABROTO editor. Tom. I. p. 296.*)

Drittel, die Frau aber zwey Drittel erhalte. Zasius giebt folgendes Beispiel. Die gewonnene Weinerndte soll 30 Ducaten werth seyn, der Pacht für das künftige Jahr aber 12 Ducaten betragen. Der vierte Theil des Pachtgeldes a 3 Ducaten, mit dem Werthe der Weinlese zusammengerechnet, macht 33 Ducaten. Von dieser Summe erhalte der Mann zum dritten Theile 11 Ducaten, die Frau aber zu  $\frac{2}{3}$ . 22. Eben so Cujaz. Wenn die Weinlese, sagt er, 12 und eben soviel auch das Pachtgeld beträgt, so bekommt der Mann 5. Beträgt die Weinlese 24 das Pachtgeld 12, so erhält der Mann 9, und wenn die Weinlese 12 das Pachtgeld 24 beträgt, — 6. Consulantur mathematici, so lebhast von der Richtigkeit seiner Berechnung überzeugt, fügt Cujaz hinzu, respondebunt, nihil esse aequius distributione Papiniani. Er beruft sich auch zum Beweis auf den Johann Büteo<sup>22)</sup>, den größten Mathematiker seiner Zeit, welcher dieselbe gegen Accursius und Alciat vertheidiget habe.

Allein so faßlich, und den Worten gemäß auch diese Erklärung zu seyn scheint; so wenig entspricht sie dem Geist derselben. Denn man hat ihr mit Recht den Vorwurf gemacht, daß nach dieser Berechnung der Mann die Früchte von 5 Monaten erhalte, da doch die Ehe nur 4 Monate gedauert hat. Man nehme an, der Ertrag der vorjährigen Weinlese sey auf 12 geschätzt, und auf eben so hoch auch der Weinberg wieder verpachtet worden. Hier betrüge nun freylich, wenn 12 mit dem vierten Theile des Pachtgeldes zusammengerechnet werden, die Theilungssumme 15. Giebt man nun den dritten Theil davon dem Manne, so machen diese 5 nicht den dritten

Theil von 12 sondern von 15 Monaten aus<sup>23)</sup>). Wie stimmt nun dies mit den Gesetzen überein, nach welchen die Früchte des letzten Jahres pro rata temporis, quo matrimonium stetit, oder wie Pomponius<sup>24)</sup> sagt, pro portione anni, quo divortium factum est, getheilt werden sollen. Der scharfsinnige Bachov von Echt<sup>25)</sup> sahe die Wichtigkeit dieses Einwurfs wohl ein, und glaubte, es könnte die Schwierigkeit durch eine Emendation gehoben werden, wenn man nämlich statt quatuor, quinque mensibus läse, zumal da Plinius<sup>26)</sup> berichte, daß die Weinlese in Italien in den September Monat falle. Allein die Kritic mache die Sache nur noch schwieriger. Dennoch erklärte sich Bachov für die Meinung, welche Cujaz mit seinem Mathematiker Buteo vertheisigte, weil sie mit den Worten am besten übereinstimme. Vielleicht, dachte er, wollte es Papinian mit Fleiß nicht so genau mit dem Manne nehmen, et vel propter diligentiam in locando exhibitatam, vel propter incertum proventum fructuum, etiam pensionis, cuius dies iam cessisse videbatur, tertiam partem marito voluit relinquere. Wer möchte solche abgeschmackte unwürdige Gründe der Entscheidung des großen Papinians unterlegen, den Aelius Lampridius iuris

23) G. Franc. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. cap. 10. fol 659. sq. (Latetiae 1553. f.) und SCHRADER cit. Commentat. de divisione fruct. dotis. Sect. I. §. 8. pag. 15. sq.

24) L. 11. D. h. 2.

25) Notae et Animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. VII. Th. XII. Lit. C. pag. 392. sq. (Heidelbergae 1618. 4.)

26) Histor. Natur. Lib. XVIII. cap. 51.

civilis apicem et doctrinae legalis thesaurum nennt? Richtiger sagt Franz Duaren<sup>27)</sup>: ratio dividendi ac computandi tota mathematica est in L. 7. D. Soluto matrim.

Andreas Alciatus<sup>28)</sup>, der jene Meinung mit Recht verwirft, glaubt den Sinn des großen Rechtsgelehrten besser getroffen zu haben. Er sagt, es sey nicht die Meinung desselben gewesen, daß die Früchte der ganzen Weinlese mit dem vierten Theile des Pachtgeldes für das folgende Jahr zusammengerechnet werden sollten, sondern dem Manne gebühre der vierte Theil des Pachtgeldes, und von den Früchten der Weinlese sey ihm soviel zuzulegen, als der dritte Theil des jährlichen Ertrags betrage, so daß also der Mann zusammen den dritten Theil des Pachtgeldes erhalte, es möge übrigens die Weinlese soviel betragen, als sie wolle. Veluti, sagt er, si fundus duodenis locatus sit, ternos maritus acquirat, et demum ex vindemiae fructibus tantum illi suppleatur, quantum satis sit, ad tertiam portionem constituantur: quod ex praedicto casu unum erit: et quamvis vindemia vel denis, vel quoquo pretio aestimata proponatur, ex ea id solum marito relinqui debeat, quod mercedi additum, tertiam redditus partem faciat. Allein daß Alciat nichts weniger, als die Meinung Papinius getroffen habe, leuchtet in die Augen. Er bestimmt ja hier blos den dritten

27) In Scaevola. Oper. pag. 792. nr. 7. Dass Papinius ein guter Mathematiker gewesen, hat Ev. Otto in Papiniano Cap. VIII. §. 2. pag. 191. sq. (Bremae 1745. 8.) gezeigt.

28) Paradoxor. iuris civ. Lib. III. cap. 1.

Theil nach der Größe des Pachtgeldes, ohne auf den Werth der Weinerndte, die doch der Mann schon gemacht hat, Rücksicht zu nehmen. Heißt das *vindemiae fructus et quartam portionem mercedis instantis anni confundere?*

Eben deswegen verwarf auch Franz Duaren<sup>29)</sup> die Berechnung Alciats. Seine eigne Meinung, die auch Hugo Donellus<sup>30)</sup> zu der seinigen gemacht hat, geht dahin. Da die Ehe vier Monate gedauert hat, welche den dritten Theil des Jahres ausmachen, so gebührt, nach diesem Zeitverhältniß, dem Manne, wie auch Papinian lehrt, der dritte Theil der Jahresfrüchte. Dieser dritte Theil des ganzen *reditus anni* sey nun theils aus den gezogenen Früchten der Weinlese, theils aus dem Pachtgelde des künftigen Jahres zu berechnen. Beydes müsse aber bey der Berechnung und Theilung der Früchte darum verbunden werden, damit nicht einer von beyden Theilen bey dieser Theilung verlegt werde, wenn man den dritten Theil der jährlichen Einkünfte entweder aus dem bloßen Pachtgelde, oder aus den Früchten der Weinlese allein berechnen, und darnach bestimmen wollte. Die Berechnung müsse also auf eine solche Art geschehen, daß auf Beydes zugleich verhältnismäßig Rücksicht genommen wird. Wie viel nun aber von Beyden zu nehmen sey? habe zwar Papinian bey dem Pachtgelde des künftigen Jahres bestimmt, nämlich der vierte Theil, und zwar mit Recht, denn von

29) Disputation. anniversariarum. Lib. I. Cap. 60. (*Opp.*  
pag. 1055. sq.)

30) Commentarior. de iure civili. Lib. XIV. Cap. 7. §. 17.  
pag. 225 — 228. (Vol. VIII. edit. Norimberg. 1825. 8.  
a BUCHBRO contin.)

Zeit der Verpachtung an habe die Ehe noch drey Monate gedauert, also den vierten Theil vom Jahre. Allein wie viel von den Früchten der Weinlese des vorigen Jahres zu nehmen sey? habe Papinian nicht erklärt. Er sage nur schlechthin: *vindemiae fructus, et quartam portionem mercedis instantis anni confundi debere.* Verhältnißmäßig könnten nun auch dieses nicht alle Früchte seyn, sondern nur die Früchte von Zeit der geschlossenen Ehe an, da der Weinberg Dotalgut geworden war, bis auf die Zeit der neuen Verpachtung desselben. Da nun in dem Jahre, in welchem die Weinlese war, die Ehe nur erst einen Monat bestanden hatte, so könne die Meinung Papinians keine andere seyn, als daß von den Früchten dieses Jahres der Theil von einem Monate, d. i. der zwölften Theil mit dem vierten Theile des Pachtgeldes des folgenden Jahres verbunden werden solle. Duaren giebt folgendes Beispiel. Das Pachtgeld beträgt 12 Dukaten, die Weinlese 24. Rechnet man das Pachtgeld allein, so bekäme der Mann 4 Dukaten, als den dritten Theil von 12. Rechnet man aber die Früchte der Weinlese allein, so bekäme er 8 Dukaten, als den dritten Theil von 24. Allein Beydes sey unrichtig. Rechnet man hingegen mit dem vierten Theile des Pachtgeldes, die Früchte der Weinlese nicht ganz, sondern blos für die Zeit, da die Ehe vor der Verpachtung bestand, also einen Monat, so betrage der dem Manne von den Früchten des letzten Ehejahres nach dem Verhältniß der Dauer desselben gebührende dritte Theil 5 Dukaten, nämlich 3 als den vierten Theil des Pachtgeldes, und 2 Dukaten, als den zwölften Theil der Früchte der Weinlese, welche auf 24 Dukaten geschlägt worden sind. Dieser Calculus hat nun zwar an sich ungemein viel Wahrscheinlichkeit, und ist doch kein allgemeiner, sondern nur ein besonderer, und auf eine einzige Art von Verpachtung angewandt.

liches, und er würde, da er höchst einfach ist, vor allen bisherigen den Vorzug verdienen, wenn es uns hier an gesetzlichen Bestimmungen fehlte. Allein gerade diesen ist die Berechnung Duarens ganz zuwider. Denn, abgesehen davon, daß auf das Dotationsjahr keine Rücksicht genommen worden; so fehlt es ja hier Erstens an der Bezeichnung eines gewissen Ganzen, welches zu theilen ist. Sodann aber wird auch Zweyten auf eine dem Sinn der L. 7. durchaus widersprechende Art der Ertrag der Weinlese für den zwölften Theil dieser Früchte erklärt, und die Worte *ex ea pecunia* sind in einer Bedeutung genommen, welche ganz ungewöhnlich ist. Denn nach Duarens Meinung behielte ja der Mann die ganze summa confusa, da doch derselbe *ex ea pecunia, quae per confusionem reducta est*, nach der ausdrücklichen Bestimmung Papiniens, den dritten Theil erhalten soll<sup>31)</sup>.

## §. 1276. f.

Fortsetzung. Prüfung der Erklärungen von Pacius und Marticius.

Julius Pacius<sup>32)</sup>, welcher mit Recht alle vorhergehenden Meinungen verwirft, und dem auch Henr. a SUERIN<sup>33)</sup>, und Trendelenburg<sup>34)</sup> beystimmen,

31) G. Jo. Dominic. MARTUCIUS Variar. explanation. iuris Lib. II. Cap. 71. pag. 258. sq. (edit. STRUVII Jenae 1683. 4.)

32) Comm. cit. ad Papinianum de fructib. dotis dividend. pag. 91. &c.

33) Repetitar. Lection. iuris civ. Lib. Cap. 52. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 50.)

34) Diss. de iure fructuum in primis post Augustum maturescientium. §. 9 — 11.

bringt alle Früchte des Dotationsjahres zur Theilung, und rechnet solches in dem Falle, von welchem Papinian spricht, vom 1. October, als dem Tage des übergebenen Dotalguts, bis wieder auf denselben Tag des folgenden Jahres. Die Theilung macht er nun so, daß er mit den Früchten der Weinlese das Pachtgeld verbindet, welches er vom 1. November an, da die Verpachtung geschahe, bis zum 1. Octob. des folgenden Jahres auf 11 Monate rechnet. Beträgt also die Weinlese 12. und eben soviel auch das Pachtgeld vom 1. November bis wieder auf diesen Tag des folgenden Jahres, so macht das letztere vom 1. October bis zu denselben Tage des folgenden Jahres auf 11 Monate, 11. Verbindet man 12. mit 11. so besteht die zu vertheilende Summe aus 23. Von dieser Summe erhalte also der Mann zum dritten Theile  $7\frac{1}{3}$ .

Allein, auch diese Erklärung hat gegen sich, Erstens, daß sie mit dem Gesetz nicht übereinstimmt. Denn nach Papinian soll ja nur quarta portio mercedis mit der Weinlese verbunden werden. Zweitens entsteht daraus die Unbilligkeit, daß hier statt der Früchte eines Jahres die Früchte von beynahe zwey Jahren vertheilt werden, welches offenbar gegen die Gesetze streitet, nach denen die Grundsätze vom ususfructus hier keine Anwendung finden sollen<sup>35)</sup>.

Johann Dominicus Martucius<sup>36)</sup> rechnet von Zeit der getrennten Ehe an rückwärts. Weil nämlich die Ehe in drey Monaten nach der Weinlese getrennt worden

35) S. MARTUCIUS c. l. pag. 240. und SCHRADER cit. Commentat. de divisione fructuum dotis. §. 18. pag. 50.

36) Variar. explanat. iuris. Lib. II. cap. 71. nr. 17. p. 240.

ist, so glaubt er, daß der vierte Theil des Pachtgeldes nur mit dem dodrans fructuum zu verbinden, und aus dieser pecunia sic confusa der dritte Theil dem Manne zu überlassen sey. Er giebt folgendes Beispiel. Die Früchte der Weinlese sind auf 12. geschäkt, dödrans von 12. sind 9. Das Pachtgeld des künftigen Jahres beträgt auch 12. der vierte Theil davon sind 3. Jene 9. und diese 3. zusammen gerechnet, machen 12. Hiervon gebühre nun dem Manne der dritte Theil also 4., weil die Ehe vier Monate gedauert hat. Ganz damit stimmt auch Johann Robert überein, wie aus seinen Controversen mit Cujaz<sup>37)</sup> erhellet, und Hugo Grotius<sup>38)</sup> glaubt nicht anders, als daß vindemiae fructus dodrans gelesen werden müsse. Diese Erklärung ist jedoch so wenig dem Gesetz gemäß, als die vorhergehenden. Welcher vernünftige Mensch könnte sich überzeugen, daß Papinian fructus statt fructuum dodrans gesagt haben sollte, da er den Theil des Pachtgeldes so genau bestimmt<sup>39)</sup>? Eben dies gilt auch von der Erklärung des Heinrich<sup>40)</sup> und Samuel von Cocceji<sup>41)</sup>.

37) Controversiae Roberti et Cujacii. Lib. II. cap. 7. (in Operib. a FABROTO edit. Tom. X.)

38) Florum sparsio ad ius Justinianeum ad L. nostr. pag. 187. (edit. Halens. cum praef. Gebaueri 1729. 8.)

39) S. SCHRADBR cit. Commentat. §. 14.

40) Diss. de proportionibus Sect. II. und Dasselben Diss. de iure seminis. Sect. III. (in Ejusd. Exercitationib. curios. Tom. I.)

41) Jus civ. controv. h. t. Qu. 2.

## §. 1276. g.

Erläuterungen des Anton Merenda, Anton Gabers, und Lub. Charondas.

Anton Merenda<sup>42)</sup> glaubt den Knoten völlig gelöst zu haben. Der Sinn Papiniāns, sagt er, sei offenbar, daß er dem Manne den dritten Theil aller Früchte zueignen wolle. Aber keiner habe noch mit Uebereinstimmung der Worte desselben und des rechtlichen Entscheidungsgrundes gezeigt, wie aus der von diesem Rechtsgelehrten vorgelegten Art der Theilung der Mann den dritten Theil der Früchte erhalten. Hierin liege alle Schwierigkeit. Um diese zu haben, sei zu bemerken, daß Papiniān nicht von dem Falle rede, da ein Weinberg zur dos gegeben worden, wie alle Ausleger angenommen haben, sondern er rede von einem solchen Falle, da ein fundus zum Heyrathsgute sei eingebbracht worden, welcher, außer der Weinlese, auch noch andere Früchte hervorgebracht hätte, auf welche hier Papiniān bei seiner Art der Vertheilung Rücksicht genommen habe<sup>43)</sup>. Daß nicht gerade ein Weinberg zur dos gegeben worden sei, erhelle nicht nur aus den Worten desselben: *Neque enim, si vindemiae tempore FUNDUS in dotem datus sit etc.* denn etwas Anders sei fundus, etwas Anders Vinea; außer Weintrauben seyen also hier noch andere Früchte geerndet worden; sondern

42) Controversiar. iuris Lib. III. cap. 10. §. 5—7. pag. 24.  
(Bruxellis 1745. f.)

43) Daß es wirklich solche Weinberge gegeben habe, in welchen außer den Weinstöcken auch noch andere Fruchtbäume gepflanzt gewesen, und nach andere Früchte, z. B. zum Viehfutter, seyen gezogen worden, läßt sich nicht läugnen. S. COLUMELLA de R. R. Lib. V. cap. 6.

es folge dieß auch schon daraus von selbst, weil ja nur die Früchte von einem Jahre getheilt werden sollen. Papinian müßte daher albern gewesen seyn, wenn er, außer der Weinlese, welche dann alle Früchte enthalten hätte, auch noch den vierten Theil des Pachtgeldes, welcher für das folgende Jahr gehörte, zur Theilung sollte gezogen haben. Indem nun Papinian den vierten Theil des Pachtgeldes in Anschlag bringt, so gehe seine Absicht blos dahin, daß der Mann auch von den übrigen Früchten des Grundstücks seinen Theil erhalte. Er setze also voraus, daß der vierte Theil des Pachtgeldes dem Werthe der übrigen Früchte gleiche, und theile daher richtig, wenn er mit der Weinlese den vierten Theil des Pachtgeldes verbindet. Denn auf solche Art kämen nun alle Früchte desselben Jahres zur Theilung, und der Mann bekomme davon den dritten Theil, weil die Ehe vier Monate bestand. Auf diese Ansicht ist auch die Erklärung Anton Fabers<sup>44)</sup>, und Ludwig Charondas<sup>45)</sup> gebaut. Anton Faber glaubt nur, es sey darüber gar kein Zweifel gewesen, daß der Mann von den Früchten der Weinlese den dritten Theil erhalte. Die Worte: *non a die locutionis*, bewiesen vielmehr deutlich, daß hier von den Früchten des Pachts die Rede sey, weil der fundus noch andere Endten enthalten habe, worüber der Pacht geschlossen worden sey. Da nun seit dieser Verpachtung die Ehe nur noch drey Monate gedauert habe, so sey darüber Zweifel entstanden, ob dem Manne von dem Pachtgelde der dritte

44) Coniecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 13. pag. 13 — 16.  
(Aurelian. Allobrog. 1609. f.)

45) Ηειδαρων seu Verisimilium Lib. I. cap. 10. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 707.)

oder nur der vierte Theil gebühre. Diesen Zweifel habe nun Papinian durch seine Entscheidung so gelöst, daß, mit Rücksicht auf die vorhergehende Zeit, da die Ehe bestand, auch von diesem Pachtgelde der dritte Theil dem Manne zuzueignen sey. Das Resultat seiner Meinung faßt er nun in folgenden Worten zusammen. Ergo cum *Papiniano* concludendum est, fructus dividi non inspecto locationis, sed traditi fundi die: quod si ita est, omnino sequitur, in proposito casu divisionem sic fieri oportere, ut *ex viginti quatuor aureis*, qui in fructu sunt, *octo* maritus retineat, *sexdecim* vero mulieri restituat. Octo, inquam, hoc est, quatuor ex vindemia, quatuor etiam ex mercede. Idque ex regula a *Papiniano* constituta sic necessario sequitur, ut ex ea nihil aliud inferri vere possit. Charondas weicht blos darin vom Faber ab, daß er dem Manne von der Weinlese den dritten, von dem Pachtgelde aber den vierten Theil zueignet. Fingamus, sagt er, quatuor et viginti aureorum fructus vindemiae ante divertium a marito perceptos fuisse: reliquos autem instantis anni fructus (*messes scilicet*) duodecim aureis locatos, (*excipio semper vindemiam*) quaeritur, quot maritus aureos retinere possit? Si vindemiae tantum rationem habeamus, octo retinebit: illi enim tertiam fructuum partem constituunt. Sed et ex instantis anni mercede quarta pars, quae tribus aureis aestimatur, cum illis confundi debet; ut ex ea pecunia fiat et confletur tercia totius anni redditus portio, quam *undecim aureorum* esse constat. *Confundere* enim est, in contributionem venire, computare, in computationem venire.

Allein bey diesen Erklärungen ist ja die Geschichtserzählung Papiniāns ganz offenbar entstellt. Wo steht denn, daß die Weinlese den größern Theil der Früchte ausgemacht, und blos die übrigen Fruchterndten, welche das zum Heyrathsgute gegebene Grundstück noch enthalten habe, verpachtet worden sind? Merenda macht sich diesen Einwurf selbst, und widerlegt ihn so, daß Ulpian hier den Papinian nicht vollständig excerpirt habe, welches er darum nicht für nöthig gehalten, weil seine Schriften ohnehin in Aller Händen sich befunden hätten. Viros doctos, sagt er, in recensendis aliorum sententiis consueuisse rem pressius explicare, quam ii faciant, qui eius auctores sunt, satis esse putantes, mentem auctoris exponere; si quis enim rem non intellexerit, auctorem ipsum adire poterit. Allein aus dem ganzen Zusammenhange ergiebt sich, daß der fundus, von welchem hier die Rede ist, außer der Weinlese, keine anderen Früchte hervorgebracht habe, welche von der Erheblichkeit gewesen, daß darauf hätte Rücksicht genommen werden können. Die Worte: *alioquin si, coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, INTEGROS FRUCTUS retinebit,* beweisen offenbar, daß in der Weinlese allein alle Früchte des Grundstücks bestanden haben. Charondas beruft sich zwar auf den §. 3. L. 7. h. t. wo ja die messes eius anni, quo divortium factum, als ganz verschieden von der Weinlese, genannt sind. Allein diese Stelle beweist weiter nichts, als daß hier von einem andern Falle die Rede sey. Hiermit widerlegt sich die Ansicht von selbst, daß die Verpachtung blos auf die übrigen Früchte, außer der Weinlese, gegangen sey. Das Gegentheil zeigen die Worte: *fundum fruendum locaverit,* welche gar keinen Zweifel

übrig lassen, daß nicht blos ein Theil der Früchte, sondern das ganze Grundstück verpachtet worden sey. Wenn Anton Faber behaupten will, es sey über den dritten Theil der Weinlese nie ein Zweifel erhoben worden; so ist auch dies ganz irrig. Papinian verwirft ja die Meinung derjenigen ausdrücklich, welche dem Manne die Früchte der Weinlese ganz, und noch den vierten Theil des Pachtgeldes zueignen wollten. Das Ungereimte in der Erklärung des Charondas aber hat keiner deutlicher vor Augen gelegt, als Charondas selbst, wenn er sagt: *Equidem scio, si integri fructus vindemiae cum tota mercede ad-dantur, eos triginta sex constituere, ut duodecim potius tertiam eorum partem faciant. Sed iuris nostri authores non adeo et ad singulas, ut aiunt, fractiones, suas computationes exegerunt, maxime cum nec aequum videretur, ut tertiam illam partem praecise haberet: quod et ex vindemiae fructibus, et ex quarta mercedis parte, quantum iustum videbatur, retineret*<sup>46)</sup>.

### §. 1276. h.

Fortsetzung. Franz Connarus kommt der Entscheidung Papiniens am nächsten.

Mit Recht sieht Everard Otto<sup>47)</sup> den Grund aller dieser unrichtigen Erklärungen in der Unkunde der Mathematik. *Nam haec est fundi nostri calamitas,* sagt er: *ut Mathesis ab omnibus fere aut negligatur, aut defunctorie attingatur.* Nur diejenigen Rechtsgelehrten haben daher die Entscheidung des Papiniens

46) S. Schrader cit. Comm. §. 19.

47) In Papiniano Cap. VIII. §. 2. pag. 188. in f. et sq.

richtig erklärt, oder sind wenigstens der Wahrheit sehr nahe gekommen, welche die Mathematik dabei zu Hülfe genommen haben. Unter diesen verdient Franz Connanus<sup>48)</sup> zuerst genannt zu werden. Dieser große Rechtsgelehrte, den Eujaz<sup>49)</sup> gewiß zu unbillig beurtheilt hat, wenn er von ihm sagt, er sey zwar *vix doctissimus*, sed non *iuris: corruptit iudicium, et tempus perdit*, qui in eius commentariis illud ponit; dieser Connanus war der erste, welcher der Entscheidung Papinians dadurch am nächsten kam, daß er einsah, es müsse, weil das Dotationsjahr in zwey natürliche oder Fruchtjahre fällt, ein gewisses mittleres Verhältniß (medii annui proventus) ausgerechnet, und darnach der dem Manne gebührende dritte Theil bestimmt werden. Denn gerade in der unrichtigen Erklärung der Worte Papinians: *ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*, worauf hier alles ankommt, lag der Fehler der bisher angeführten unrichtigen Erklärungen, die daher Connanus mit Recht als unbillig verwirft. Er war der erste, welcher das Wort *ex* richtiger, als alle seine Vorgänger, durch *xatà, secundum*, erklärte, in welcher Bedeutung dieses Wort auch sonst, sowohl in den Gesetzen, als von den römischen Klassikern, selbst vom Cicero gebraucht wird<sup>50)</sup>.

48) *Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. cap. 10.*  
fol. 63g. sqq.

49) *Commentar. in libr. X. Quaest. Papiniani ad L. 48.*  
*D. de fideiuss. (Oper. postum. a FABRO edit. Tom. I.*  
*pag. 276.*

50) *C. BRAISSONIUS de Verbor. quae ad ius civ. pert. Si-*  
*gnificat. voc. Ex. nr. 6. und Jo. STRAUCHII Lexicon.*  
*particular. iuris Voc. Ex. nr. 11. pag. 68. (Jenae*  
*1684. 4.)*

Seine Meinung geht nun dahin. Da hier das Distributionsjahr in zwey Fruchthahre eingreift, so habe Papinian die Theilung der Früchte so regulirt und ermäßigt wissen wollen, daß die ganze Weinlese-Frucht des einen und das Pachtgeld des andern Jahres mit einander vermischt, und aus den Früchten dieser beyden Jahre eine billige Schätzung von einem Jahre (*unius aequa aestimatio*) gemacht werde, wovon dann der dritte Theil dem Manne zu lassen sey. Wird also der Werth der Weinlese auf 12. geschäzt, und auch das Pachtgeld 12. beträgt; so wird der Mann zum dritten Theile nicht mehr als 4. erhalten; und wenn die Weinlese 24. ertrug, das Pachtgeld aber nur 12. beträgt, so machen die beyden Jahre, auf Eins reducirt, 36. Wird diese Summe für beyde Jahre gleichmäßig vertheilt, so kommen auf jedes Jahr 18. Von diesen erhält der Mann den dritten Theil, d. i. 6.

Durch diese rechtliche Gleichmäßigkeit sey dem Manne und der Frau ein Genüge geschehen, so daß jeder einen gewissen Theil an dem Gewinn und Verlust hat, welcher aus der Vermehrung oder Verminderung der Früchte der Weinlese oder der Verpachtung erwachsen kann. Denn wenn der Mann seinen ganzen dritten Theil aus der Weinlese erhielte, so hätte er 8. Bekäme er ihn blos aus dem Pacht, so hätte er nur 4. Nun aber entstehe durch die gleichmäßige Vermischung beyder Jahre ein gewisses mittleres Rechtsverhältniß, indem er nun 6. erhält. Wenn also Papinian sagt: *vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur;* so sey dies nicht so zu verstehen, daß aus der Summe, welche durch die Verbindung der Früchte und des dritten

Theils des Pachtgeldes entstanden ist, dem Manne der dritte Theil gegeben werde, sondern daß er nicht aus den Früchten der Weinlese seinen ganzen dritten Theil erhalte, und so auch hinwiederum nicht aus dem vierten Theile des Pachtgeldes, d. h. daß nicht blos auf dieses Pachtgeld allein Rücksicht genommen, und also nach dem Verhältniß des Betrags dieses vierten Theils berechnet werde, weil er dann nie mehr, als 4. haben würde, die Früchte der Weinlese möchten gegolten haben, soviel sie wollten; sondern theils aus dem Ertrage der vorjährigen Weinlese, theils aus dem vierten Theile des Pachtgeldes, so daß er aus beyden auf gleiche Weise seinen dritten Theil erhalten, nämlich aus dem dritten Theile der Weinlese, und dem dritten Theile des Pachtgeldes, und zwar von jedem die Hälfte. Nun beträgt der dritte Theil der Weinlese 8. Ducaten, den ganzen Ertrag zu 24. gerechnet, der dritte Theil des Pachts aber 4. von 12. Diese machen zusammen die Summe von 12 Ducaten. Hier von wird also der Mann die Hälfte, also 6. zu seinem dritten Theile erhalten.

Der Grund dieses Gutachtens wird übrigens daraus hergeleitet, weil der Mann die Früchte der Weinlese selbst geerndet hatte. Diese hätte er sich alle zu eigen machen können, wenn die Ehe ein ganzes Jahr gedauert hätte. Wäre also z. B. die Ehe am letzten September getrennt worden, welche der Mann am 1. October des vorigen Jahres geschlossen hatte, so würde er die Früchte der ganzen Weinlese lucirt haben, das Pachtgeld für das folgende Jahr hätte er denn aber auch seiner Frau allein überlassen müssen. Denn jedem Jahre gehören seine Früchte ganz, sie mögen betragen, soviel sie wollen, und sind

nicht mit den Einkünften anderer, vorhergehender, oder nachfolgender Jahre zu vermischen.

Allein auch diese Erklärung, so nahe sie auch der Entscheidung Papinius kommt, ist doch auch von dem Vorwurf nicht frey, daß sie mit den Worten Papinius nicht ganz übereinstimmt, nach welchen nicht das ganze Pachtgeld mit der ganzen Weinlese, sondern nur der vierte Theil des Pachtgeldes mit der Weinlese verbunden werden soll. Eben dies hat auch schon Martius<sup>51)</sup> mit Grund gegen die Erklärung des Connatus erinnert. Wenn er aber weiter dagegen eingewendet hat, er habe sein Jahr aus zwey Jahren ohne Grund und sine ulla legis auctoritate zusammengesetzt, ja offenbar gegen Papinius Meinung, welche das Ehescheidungsjahr theilt, nicht dieses Ehescheidungsjahr zum Grunde gelegt, sondern ein Jahr aus diesem und dem Pachtjahre gemacht habe, so thut er ihm hier offenbar Unrecht. Denn daß Papinius das Dotationsjahr, und nicht das Ehescheidungsjahr theile, ist schon oben gezeigt worden. Dieses Dotationsjahr aber kann nicht anders, als nach den zwey Fruchtjahren bestimmt werden, in welche es eingreift<sup>52)</sup>. Mit mehrerem Grunde ließe sich gegen die Erklärung des Connatus noch dieses einwenden, daß durch dieselbe das Verhältniß der Früchte des andern Fruchtjahres zur Dauer der Ehe, so weit sie in dasselbe eingreift, nicht gehörig bestimmt worden<sup>53)</sup>.

51) Variar. explanation. iur. Lib. II. Cap. 71. nr. 12. p. 256.

52) G. SCHRADER Commentat. cit. Sect. I. §. 10. pag. 20. in fin. et seq.

53) SCHRADER §. 20.

## §. 1276. i.

Neueste Erklärung und Berechnung von Eduard Schrader.

Den Weg zur richtigen Erklärung zeigte zwar Consanuſ, aber er verfolgte ihn nicht. Die richtige Erklärung der schwierigen Stelle verdanken wir allein dem Forschungsgeiste und der Gelehrsamkeit des Herrn Prof. Schrader<sup>54)</sup>, dem alle Neuere<sup>55)</sup> gefolgt sind. Der Sinn derselben, sagt er, ist folgender. Der Mann erhält den dritten Theil, nämlich der Früchte des ganzen Jahres. Hiermit wird also nur eigentlich die Größe der Portion bestimmt, welche der Mann erhält, dahingegen wird, wenn man dem Worte *ex* die richtige Bedeutung von secundum, oder dem griechischen *κατὰ* beylegt, nicht ausdrücklich gesagt, von welcher Summe der Mann den dritten Theil erhalten soll. Diese kann nun nach allgemeinen Principien<sup>56)</sup> keine andere seyn; als der jährliche Ertrag (*annui proventus*). Denn vier Monate machen den dritten Theil des Jahres aus. Nun sind aber die Einkünfte des Dotationsjahres, welches doch bey dieser Berechnung zum Grunde zu legen ist<sup>57)</sup>, da solches in zwey natürliche oder Fruchtyahre eingreift, weder den Früchten des erstern, noch des andern gleich. Es muß also ein gewisser Mittelwerth (*medius quidam valor*) angenom-

54) Diss. cit. de divisione fructuum dotis. Sect. I. §. 9—11.  
et Sect. II. §. 33. sqq.

55) S. Hufeland's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.  
2. B. §. 952. Scheppe Röm. Privatrecht. §. 687.  
von Wening Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Ci-  
vilrechts. 5. B. §. 48. S. 55.

56) L. 78. §. 2. D. de iure dot.

57) L. 5. et 6. D. h. t.

men werden. Da aber diese medii proventus auf verschiedene Art bestimmt werden können; so gefiel es dem Papinian, dieselben nach dem Verhältniß der Summe, oder des Geldes zu berechnen, welches aus der Vermischung der Früchte des einen Jahres, mit dem vierten Theile des Pachtgeldes des andern Jahres sich gemacht hat. Nun sind diese annui proventus medii nach einer geometrischen Proportion leicht zu bestimmen, weil die berechnete Summe (pecunia confusa) gerade 15 Monaten gleichkommt. Dass aber die Summe wirklich 15 Monaten entspreche, sey keinem Zweifel unterworfen, weil man bey Früchten auf die ganze Zeit, da sie gebauet und gepflegt werden, zu sehen hat<sup>18)</sup>, daher müssen die Früchte der Weinlese für das ganze Jahr berechnet werden. Dass auch der vierte Theil des Pachtgeldes für das folgende Jahr dem vierten Theile des Jahres, d. i. 3 Monaten gemäß sey, lehrt schon die Berechnung an sich.

Nun zur Anwendung. Ich will Schraders<sup>19)</sup> Worte selbst behalten. Quodsi itaque, sagt er, proportio illa geometrica formatur, habemus

$$15 \text{ menses} : 12 \cdot \text{menses} = 12a + 3b : \text{fructus anni dotationis}. \quad \text{Qui itaque fructus annales sunt} \\ = \frac{(12a + 3b) \cdot 12}{15}. \quad \text{Cuius summae si tertia por-}$$

$$\text{tio viro relinquitur, eidem cedit } \frac{(12a + 3b) \cdot 4}{15}.$$

Sive ut exemplis quibusdam res iis, qui generiores computus non capiunt, quodammodo pate-

58) L. 7. §. 9. D. h. t.

59) Commentat. cit. Sect. I. §. 9. pag. 18.

fiat, sit *primum* prioris anni proventus = 12 thaleris, secundi anni item = 12, pecunia confusa erit =  $12 + \frac{12}{4} = 15$ . Quae quum quindecim mensibus conveniat, inde per Regulam de tribus sequentem

$$15 - 15 - 12?$$

facillime, quae duobus conveniat, definietur. Ergo proventus annalis medius est = 12, cuius tertia portio marito relinquenda est = 4. Sit *secundo* prioris anni proventus = 12, secundi = 24, pecunia confusa erit =  $12 + \frac{24}{4} = 18$ ; unde per Regulam de tribus

$$15 - 18 - 12?$$

proventus annalis medius prodit =  $\frac{18 \cdot 12}{15} = \frac{6 \cdot 12}{5}$   
 eiusque summae tertia portio marito relinquenda  
 $\frac{2 \cdot 12}{5} = \frac{24}{5} = 4 \frac{4}{5}$ .

So stimmt alles sowohl mit den Worten des Gesetzes, als mit den allgemeinen Vorschriften überein, welche in den vorhergehenden Gesetzen enthalten sind. Ueberdem wird diese Erklärung gerechtfertigt durch die Bedeutung des Worts *confundere*, welches hier nichts anders heißt, als miscere, simul sumere, coniungere, sibi invicem addere <sup>60</sup>). Besonders

60) S. §. 27. et 28. I. de Rer. divis. Sam. de Coccoji in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. P. II. pag. 204. vermisst zwar diese Bedeutung, und meint das Wort *con-*

aber deutet dieses Wort auf eine gewisse Einheit hin, welche aus dieser Vermischung entsteht. Nun ist bei dieser Interpretation ein mixtus proventus annalis angenommen worden. Sie ist ferner auf die allgemeinen Regeln gegründet, nach welchen die Früchte nach dem Verhältniß der Zeit zwischen dem Mann und der Frau getheilt werden sollen. Daraus erklärt sich auch, warum Papinian sich etwas zu dunkel ausdrückt, wenn er *tertia portio* statt *tertia annalium proventuum portio* sagt. Denn da bei der Entscheidung des streitigen Falles überall nur von einer Theilung des ganzen Jahres-Ertrags die Rede ist, so habe er eine genauere Bestimmung hinzuzufügen nicht für nöthig gehalten. Da es ergiebt sich aus den vorhergehenden Gesetzen als eine nothwendige Folge, daß zur Bestimmung des dritten Theils medii proventus, nach dem Verhältniß der pecuniae

*fundī* in der Beziehung auf *vindemia iuncta cum quarta parte mercedis*, könne hier nicht durch *misceri* erklärt werden, sondern bedeute hier sobiel, als *absorberi*, *extingui*. Es sey also hier vielmehr von einem solchen *misceri* die Rede, ut, quae mixta est, *vindemia amplius seorsim non existat, sed quasi sub quarta parte mercedis comprehendatur*; in welchem Sinne auch von Serbituten und Klagen gesagt werde, eas confundi. Aus dieser *pecunia confusa*, d. i., aus dem Pachtgelde des ganzen Jahres, gebühre dem Manne der dritte Theil, nämlich 5 Theile seyen für die 3 Monate des Pachtjahres, und ein Theil für die Weinlese, welche absorbit seyn, zu rechnen. Allein daß diese Bedeutung von *confundi*, in welchem es von entgegengesetzten Rechten und Rechtsverhältnissen genommen wird, hier gar nicht passend, und überhaupt die ganze Erklärung gezwungen, ja offenbar unrichtig sey, hat SCHRAEDER cit. Commentat. Sect. I. §. 15. gezeigt.

confusae, angenommen werden müssen. Bei dieser Erklärung fällt denn auch aller Vorwurf von Unbilligkeit oder Ungereimtheit weg, von welchem fast keine der ältern Erklärungen ganz frey ist.

Um denjenigen zu Hülfe zu kommen, welche sich auf die algebraischen Formeln nicht verstehen, werden zu mehrerer Deutlichkeit folgende Regeln gegeben<sup>61)</sup>:

1) *Duc fructus posterioris periodi in numerum mensium, per quem in ea periodo matrimonium stetit. Quod factum divide per numerum mensium periodi, qua fructus redduntur (v. c. in anno per 12).*

2) *Numero inde provenienti adde fructus prioris periodi.*

3) *Quam summam duc in numerum omnium mensium matrimonii dotati.*

4) *Numerum inde provenientem divide per numerum mensium, quo posteriore periodo naturali, (verbi causa anno) matrimonium stetit, auctum numero mensium huiusc periodi, (in anno auctum numero 12).*

Zur Erläuterung dieser Regeln giebt Schrader folgendes Beispiel<sup>62)</sup>.

Sponso fundus frumento colendo inserviens anno 1802. statim post messes factas in dotem traditus sit, nuptiae d. 21. Januarii a. 1803. celebratae, d. 28. Decembris eiusdem anni matrimonium

61) S. SCHRADER Cit. Comment. Sect. II. §. 55. pag. 51. sq.

62) SCHRADER §. 54.

solutum sit. Periodi, quibus talis ager fructus reddit, annales sunt, a fine Septembris usque ad idem tempus rediens productae: est  $r = 12$ . Fructus anno 1803. percepti deductis impensis sint  $= 452\frac{1}{2}$  thal., fructus 1804. percepti  $= 516\frac{2}{3}$  th. Jam, quia hoc casu fundus ex die 21. Januarii dotalis esse incipit, est numerus omnium mensium, per quos matrimonium stetit,  $m = 11\frac{7}{10}$ . Concernentium annorum naturalium prior a fine Septembris 1802. usque ad idem tempus 1803; posterior inde usque ad idem tempus 1804. producitur. In quem itaque matrimonium mensibus Octobri, Novembri et parte Decembris i. e.  $2\frac{2}{3}\frac{8}{10}$ , ingreditur, unde est  $n = 2\frac{2}{3}\frac{8}{10}$ , i. e. fere  $= 2\frac{9}{10}$ . Sunt fructus prioris anni naturales  $F' = 432\frac{1}{2}$ , posterioris  $F'' = 516\frac{2}{3}$ . Hinc numerus primae regulae, sive  $\frac{n}{r} F''$  fit  $= \frac{2\frac{9}{10} \cdot 516\frac{2}{3}}{12}$ .

$$= \frac{29 \cdot 155}{3 \cdot 12} = 124\frac{1}{3}\frac{1}{6}. \text{ Cui si addimus ex regula secunda, } F' = 432\frac{1}{2}, \text{ efficitur summa } = 557\frac{1}{3}\frac{1}{6}, \text{ pro quo numero, facilioris computus causa, qui proxime accedit, } 557\frac{1}{3} \text{ ponatur. Unde ex formula sive regulis 3 et 4, marito debebuntur}$$

$$\frac{557\frac{1}{3} \cdot 11\frac{7}{10}}{14\frac{9}{10}} = \frac{1672 \cdot 337}{1341}.$$

Quae multiplicatio et divisio facillime logarithmorum ope ita instituitur:

$$(+) \log. 1672 = 3,2252363.$$

$$(+) \log. 337 = 2,5276299.$$

$$(-) \log. 1341 = 3,1274288.$$

$$2,6234574.$$

Cui logarithmo numerus 420, 182, i. e. 400. thal. 4. bon. gross. 4 pf. respondet. — Quod si non mediorum proventuum annuorum, sed fructuum prioris anni pars tempori, per quod matrimonium stetit, rata illi assignaretur, 404 thal., si posterioris 482, secundum Cujacium computando, 522 th. i. e. quamvis matrimonium dotatum non per unum annum duraverit, plus quam proventus anni maiores, secundum Duarenum, quod proxime ad verum accedit, 413 acciperet.

Und so werden denn auch in den übrigen etwas mehr abweichenden Fällen die proventus annales medii nach der Analogie der L. 7. §. 1. D. h. t. bestimmt. Denn Papinian spricht ganz allgemein, und brauchte das von ihm angeführte Beyspiel blos darum, weil er glaubte, gerade dadurch seine Meinung deutlicher erklären zu können. Es werden daher noch andere Beyspiele angeführt<sup>63)</sup>.

Da jedoch die Berechnung des Herrn Prof. Schrader, bey aller Deutlichkeit, deren er sich hierbei beflissen hat, noch manche Dunkelheit übrig lässt; so habe ich dieselbe unserm Herrn Prof. Rothe, der sich durch seine mit großem Beyfall aufgenommenen Schriften als einen unserer besten Mathematiker bewährt hat, zur näheren Prüfung, Erläuterung und Berichtigung vorgelegt, und er hat mir erlaubt, das Resultat davon in diesen Commentar aufzunehmen.

63) S. Schrader §. 35.

## §. 1276 k.

Erläuterung und Berichtigung der Schraderischen Formeln und Berechnung vom Herrn Prof. Rothe.

## I.

Es bedeute

$m$  die Zeit, da die Ehe in beiden Perioden bestand;

$n$  den Theil davon, der in die zweite Periode fällt;

$r$  die Fruchtperiode, in der Regel 1 Jahr;

$x$  den mittleren jährlichen Ertrag;

$y$  die dem Manne zukommende Portion;

$z$  die pecunia confusa;

$a$  den Ertrag der ersten Periode;

$b$  den Ertrag der zweiten Periode;

so ist nach der Ansicht von Schrader

$$z = \frac{ra + nb}{r}, \quad x = \frac{ra + nb}{r+n}, \quad y = \frac{m(ra + nb)}{r(r+n)}$$

folglich verhält sich

$$x : y : z = r : m : r+n.$$

In dem Beispiele mit dem Weinberge ist  $m = 4$  Monate,  $n = 3$  Monate,  $r = 12$  Monate, also verhält sich

$$x : y : z = 12 : 4 : 15$$

$$\text{und es ist } x = \frac{4a+b}{5}, \quad y = \frac{4a+b}{15}, \quad z = \frac{4a+b}{4}.$$

Wäre also noch ferner, da hier  $a$  und  $b$  noch unbestimmt gelassen ist,  $a = 12$ ,  $b = 12$ , so erhielte man  $z = 15$ ,  $x = 12$ ,  $y = 4$ . Wäre aber  $a = 12$ ,  $b = 24$ , so fände sich  $z = 18$ ,  $x = 14\frac{2}{3}$ ,  $y = 4\frac{4}{3}$ , ganz so wie S. 319. angegeben ist.

Hieraus erhellet, daß die S. 318. aufgestellten Formeln von Schrader unrichtig sind, oder wenigstens mit

den S. 319. aufgestellten Zahlenbeispiel nicht passen. Es sollte heißen: Qui itaque fructus annales sunt  $\frac{4a+b}{5}$ . Cuius summae si tertia portio viro relinquitur, eidem cedit  $\frac{4a+b}{15}$ .

In dem andern Beispiele mit dem Alter ist  $m = 11\frac{7}{5}$  Monat (vom 21. Jan. bis 28. Dec. 1803),  $n = 2\frac{1}{5}$  Monat (vom 30. Sept. bis 28. Dec. 1803),  $r = 12$  Monat, also verhält sich.

$$x : y : z = 12 : 11\frac{7}{5} : 14\frac{1}{5} = 360 : 337 : 448$$

und es ist

$$z = \frac{45.a + 11.b}{45}, x = \frac{45.a + 11.b}{56}, y = \frac{337.(45.a + 11.b)}{20160}$$

Hier ist a und b noch unbestimmt gelassen. Nimmt man nun  $a = 432\frac{1}{2}$  Thaler,  $b = 516\frac{2}{3}$  Thlr. an, so bekommt man

$$y = \frac{337.(45.432\frac{1}{2} + 11.516\frac{2}{3})}{20160} = \frac{337.(155.865 + 22.1550)}{120960}$$

$$= \frac{337.(27.865 + 22.310)}{24192} = \frac{337.(23355 + 6820)}{24192}$$

$$= \frac{337.30175}{24192} = \frac{10168975}{24192} = 420\frac{83.35}{24.92} \text{ Thlr.,}$$

$$x = \frac{20.30175}{1344} = \frac{5.30175}{336} = \frac{150875}{336} = 449\frac{11}{336} \text{ Thlr.,}$$

$$z = \frac{30175}{54} = 558\frac{4}{3} \text{ Thlr.}$$

Nähme man, wie vorhin,  $m = 11\frac{7}{5}$  Monat,  $r = 12$  Monat, aber  $n = 2\frac{2}{5}$  Monat an, (welches statt finden

würde, wenn die Ehe am 20. Jan. 1803 geschlossen, und am 27. Dec. 1803 getrennt worden wäre), so verhielte sich

$$x:y:z = 12:11\frac{7}{5}:14\frac{9}{10} = 360:337:447$$

und es wäre

$$z = \frac{120 \cdot a + 29 \cdot b}{120}, \quad x = \frac{120 \cdot a + 29 \cdot b}{149},$$

$$y = \frac{337 \cdot (120 \cdot a + 29 \cdot b)}{149 \cdot 360}.$$

Wäre nun, wie vorhin, noch überdies  $a = 452\frac{1}{2}$  Thlr.,  $b = 516\frac{2}{3}$  Thlr., so fände sich

$$y = \frac{337 \cdot (120 \cdot 452\frac{1}{2} + 29 \cdot 516\frac{2}{3})}{149 \cdot 360}$$

$$= \frac{337 \cdot (360 \cdot 865 + 58 \cdot 1550)}{149 \cdot 2160}$$

$$= \frac{337 \cdot (18 \cdot 865 + 29 \cdot 155)}{149 \cdot 108}$$

$$= \frac{337 \cdot (15570 + 4495)}{149 \cdot 108} = \frac{337 \cdot 20065}{149 \cdot 108}$$

$$= \frac{6761905}{16092} = 420\frac{3265}{16092} \text{ Thlr.}$$

$$x = \frac{360 \cdot 20065}{149 \cdot 108} = \frac{10 \cdot 20065}{149 \cdot 3} = \frac{200650}{447} = 448\frac{324}{447} \text{ Thlr.}$$

$$z = \frac{20065}{36} = 557\frac{1}{3}\frac{1}{6} \text{ Thlr. Schrader nimmt für das letztere } 557\frac{1}{3} \text{ Thlr. an, der Verkürzung wegen, wie er sagt. Sie ist aber unbeträchtlich. Daraus findet sich nach obigem Verhältniß } y = \frac{337}{447} + 557\frac{1}{3} = \frac{337 \cdot 1672}{3 \cdot 447}$$

$$= \frac{563464}{1341} = 420\frac{244}{1341} \text{ Thlr.} = 420,182 \text{ Thlr. Schrader}$$

Soluto matrimonio dos quem. petat. 327

der berechnet diese Zahl durch Logarithmen, allein mich  
dünkt, daß man ohne selbige eben so geschwind, wo nicht  
geschwinder fertig wird.

Berechnete man alles nach dem Ertrage des ersten  
Fruchtjahres, so erhielte man  $\frac{337}{360} \cdot \frac{865}{2} = \frac{337 \cdot 173}{144}$

$= \frac{58501}{144} = 404\frac{125}{144}$  Thlr. für die dem Manne zukom-  
mende Portion. Berechnete man aber alles nach dem  
Ertrage des zweyten Fruchtjahres, so erhielte man dafür  
 $\frac{337}{360} \cdot \frac{1550}{5} = \frac{337 \cdot 155}{108} = \frac{52235}{108} = 483\frac{71}{108}$  Thlr.

## II.

Nach der gemeinen Auslegung der Papinianischen  
Gesetzstelle wäre  $y = \frac{m(ra + nb)}{r^2}$ , mithin  $x = \frac{ra + nb}{r}$ .

Es hat also hier  $x$  denselben Werth, den bey der Aus-  
legung von Schrader  $z$  hatte. In dem vorigen Beispiele von dem  
Acker wäre, wenn  $n = 2\frac{4}{5}$  Monat an-  
genommen wird,  $x = \frac{30175}{54} = 558\frac{43}{54}$  Thlr., folglich

$$y = \frac{337}{360} \cdot \frac{30175}{54} = \frac{337 \cdot 6035}{72 \cdot 54} = \frac{2033795}{3888}$$

$= 523\frac{371}{3888}$  Thlr. Nimmt man aber  $n = 2\frac{9}{10}$  Monat

an, so ist  $x = \frac{20065}{56} = 557\frac{13}{56}$  Thlr., also

$$y = \frac{337}{360} \cdot \frac{20065}{56} = \frac{337 \cdot 4015}{72 \cdot 56} = \frac{1552581}{2592}$$

$= 521\frac{1}{2}\frac{4}{5}\frac{2}{3}$  Thlr. Da also in beiden Fällen nach dieser Auslegung ein Resultat für  $y$  gefunden wird, welches größer ist als  $a$  und  $b$ , so erhellet, daß diese Ansicht, der auffallend genug selbst Euclacius beitreten könnte, unmöglich die richtige seyn kann, also mit Recht von Schrader verworfen wird.

## III.

Nach der Ansicht von Duarenus ist  $y = \frac{(m-n).a+n.b}{r}$ .

In dem vorigen Beispiel von dem Acker wäre, wenn  $n = 2\frac{1}{5}$  Monat angenommen wird,  $y = \frac{8\frac{3}{5} \cdot 452\frac{1}{2} + 2\frac{1}{5} \cdot 516\frac{2}{3}}{12}$

$$= \frac{9.83.865 + 4.44.1550}{12.180} = \frac{747.173 + 176.310}{12.36}$$

$$= \frac{129231 + 54560}{452} = \frac{183791}{452} = 425\frac{1}{4}\frac{1}{3}\frac{1}{2}$$
 Thlr. Wenn

aber  $n = 2\frac{9}{10}$  Monat angenommen wird, so ist  
 $y = \frac{8\frac{1}{2} \cdot 452\frac{1}{2} + 2\frac{9}{10} \cdot 516\frac{2}{3}}{12} = \frac{5.25.865 + 29.1550}{12.30}$

$$= \frac{25.865 + 29.510}{12.6} = \frac{21625 + 8990}{72} = \frac{30615}{72}$$

$$= \frac{10205}{24} = 425\frac{5}{24}$$
 Thlr. Auf jeden Fall hat hier Schrader sich verrechnet.

## IV.

Nach der Ansicht von Conanus ist  $y = \frac{m(a+b)}{2r}$ ,

und es kommt also dabei  $n$  gar nicht in Betracht. In

dem Beyspiele mit dem Adler wäre nach selbiger also

$$y = \frac{11\frac{7}{8} \cdot (432\frac{1}{2} + 516\frac{2}{3})}{24} = \frac{11\frac{7}{8} \cdot 949\frac{1}{2}}{24} = \frac{337 \cdot 5695}{24 \cdot 180}$$

$$= \frac{337 \cdot 1139}{24 \cdot 56} = \frac{385845}{864} = 444\frac{227}{864} \text{ Thlr.}$$

### §. 1277.

#### Object der Restitution.

Wenn nun weiter die Frage entsteht, was als Heyrathsgut zu restituiren sey? so ist im Allgemeinen zu bemerken, daß der Mann mehr nicht zurückgiebt, als er empfangen hat, nebst dem, was als Accession die dos vermehrt, es wäre denn, daß in dem Ehevertrage auf eine gültige Art ein Mehreres versprochen worden<sup>64)</sup>). Hiernächst sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Besteht das Heyrathsgut in fungiblen Sachen, so muß 1) wenn es in Gelde besteht, dasselbe in einer gleichen Summe, und in solchen Münzsorten wieder erstattet werden, welche denjenigen am Gehalt und Werthe gleichkommen, in welchen die dos dem Manne ist aussbezahlt worden<sup>65)</sup>). Es ist hier, wie beym Dars-

64) *L. 66. §. 4. D. h. t. L. 2. C. de dote cauta.* S. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 7. (Vol. VIII. pag. 217. sqq. edit. Norimb. 1825. 8.)

65) *L. 42. D. de iure dotium.* GAIUS lib. XI. ad Edictum prov. Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, — quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat; et quandoque soluto matrimonio, eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres eius. S. Scip. GENTILIS Diss. de aestimatione rerum in dotem datarum: (adj.

lehn<sup>66</sup>). 2) Besteht hingegen das Heirathsgut in andern fun-  
giblen Sachen, so kommt es darauf an, ob sie durch den  
Gebrauch der Frau consumirt worden sind, oder nicht.  
Im ersten Falle erseht der Mann nichts, außer wenn die  
Sachen geschächt worden sind<sup>67</sup>). In dem letztern Falle  
muß der Mann, wenn die Sachen nicht mehr in Natur  
vorhanden sind, den Werth derselben vergüten<sup>68</sup>). Was  
noch vorhanden ist, restituirt er, wie es ist, wenn es auch  
durch ordnungsmäßigen Gebrauch oder durch die Länge  
der Zeit schlechter geworden ist<sup>69</sup>).

*Eiusdem Tract. de bonis maternis. Hanoviae 1606. 8.)*  
pag. 162. und Joh. Ludw. Schmidt Abhandl. von  
den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen  
ist. §. 113. (S. 181. f. der 2. Ausg. Jena 1782. 4.)

66) *L. 2. D. de reb. credit. DONELLUS c. l. §. 4. et 5.*

67) *L. 10. pr. D. de iure dot. UPLIANUS lib. XXXIV.*  
*ad Sabinum.* Plerumque interest viri, res non esse  
aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum per-  
tinet: maxime, si animalia in dotem acceperit, vel  
vestem, qua mulier utitor; eveniet enim, si aestimata  
sint, et ea mulier adtrivit, ut nihilominus maritus  
aestimationem eorum praestet. Eben dieses bestätigen  
*L. 55. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 51.*  
*D. Sol. matrim. S. Frid. Es. a PUFENDORF Obser-*  
*vation. iuris universi Tom. I. Obs. 206. §. 17.* Gei-  
ger's und Glücks merkwürdige Rechtfälle und Ab-  
handlungen 2. B. Nr. XXXI. §. 5. S. 216. und Freyh.  
von Ende vermischtjurist. Ausführungen. (Hanno-  
ver 1816.) Nr. VI. S. 75. ff.

68) *L. 42. D. de iure dot.*

69) *L. 10. pr. D. de iure dot. ULP.* Quoties igitur non  
aestimatae res in dotem dantur, et meliores, et de-  
teriores mulieri fiunt. S. PUFENDORF c. l. §. 19.

II. Besteht das Heyrathsgut in nichtfungiblen Sachen, so kommt es darauf an, ob sie dem Manne verkaufswise für einen bestimmten Preis überlassen worden sind, oder nicht. Im ersten Falle vergütet er blos den taxirten Werth<sup>70)</sup>, und zwar in solchen Münzsorten, die damals gangbar waren, als ihm die dos käuflich überlassen wurde<sup>71)</sup>. An die Sachen selbst kanit sich die Frau nur dann halten, wenn sie wegen des Werthes nicht befriediget werden kann<sup>72)</sup>. Ist die Schätzung blos *taxationis causa* geschehen, so ist dabei zunächst auf die bey der Taxe getroffene Verabredung zu sehen. Diese ist entweder dahin getroffen worden, daß nach Trennung der Ehe entweder das Heyrathsgut zurückgegeben, oder der taxirte Werth bezahlt werden solle, oder es ist eine solche Verabredung bey der Taxe nicht getroffen worden. Im ersten Falle hat in der Regel der Mann die Wahl, wenn sich solche die Frau nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Will also der Mann den taxirten Werth nicht bezahlen, so kann er auch das Heyrathsgut selbst wieder zurückgeben, und zwar so, wie es zur Zeit der getrennten Ehe beschaffen ist, wenn es auch schlechter geworden seyn sollte, wosfern es nur ohne seine Schuld geschehen ist<sup>73)</sup>. In dem letztern Falle muß die

70) *L. 5. L. 10. C. de iure dot.* S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1250 b. S. 16.

71) S. Schmidts angef. Abhandlung von den Münzsorten ic. §. 113.

72) *L. 30. C. de iure dot.* S. den 25. Th. a. a. D. S. 17. f.

73) *L. 10. §. 6. L. 11. D. de iure dot.* S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1250 b. S. 28. f. und Geigers und Glücks Rechtsfälle 2. B. Nr. XXXI. §. 7. S. 222. ff.

Sache selbst, sofern sie zur Zeit der getrennten Ehe noch vorhanden ist, in Natur zurückgegeben werden, und der Mann kann sich durch Bezahlung des taxirten Werths von dieser Verbindlichkeit nicht freymachen<sup>74)</sup>). Denn die Schätzung dient hier nur dazu, um der Frau bey der künftigen Zurückforderung der Dose den Beweis zu erleichtern, wenn die Sachen durch Verschulden des Mannes zu Grunde gegangen, oder deteriorirt seyn sollten<sup>75)</sup>). Hier ist also nicht der Werth zunächst in dote, sondern die zum Heyrathsgute gegebene Sache selbst. Der Ehemann ist hier nur als ein debtor speciei anzusehen. Er wird daher von seiner Verbindlichkeit frey, wenn die Sachen ohne seine verantwortliche Schuld zu Grunde gegangen oder verlegt worden sind. Denn das periculum casus trägt hier die Frau, das periculum culpas der Mann<sup>76)</sup>). Eine Ausnahme findet Statt, wenn ausdrücklich verabredet worden, daß die zum Heyrathsgute gegebenen Sachen um den Preis, wofür sie angeschlagen worden sind, nach geendigter Ehe schlechterdings zurückgegeben werden sollen. Hier trägt der Mann die Gefahr. Er muß also den ganzen Werth, so wie er verabredet worden, erszehen, wenn auch die zum Heyrathsgute gegebenen Sachen ohne seine Schuld zu Grunde gegangen seyn sollen. Dagegen gehören aber auch in diesem Falle dem Manne die Accessionen des Heyrathsguts, z. B. der

74) L. 69. §. 7. D. de iure dot. L. 1. Cod. Soluto matrimonio. L. 21. C. de iure dot. S. GENTILIS Disp. de aestimatione rer. in dotem datarum. pag. 181. und den Commentar a. a. D. S. 25. ff.

75) L. 21. Cod. de iure dot.

76) S. Hasse Culpa des Röm. Rechts. Kap. XII. §. 9. S. 591.

partus ancillarum dotalium, wenn die Sache zur Zeit der getrennten Ehe noch in Natur vorhanden ist<sup>77</sup>). Denn sind die Sachen noch unbeschädiget vorhanden, so müssen sie auch in Natur zurückgegeben werden<sup>78</sup>). In den Fällen nun, wo der Mann das Heyrathsgut in Natur restituirt, ist er nur für eine solche Culpa verantwortlich, die er in seinen eigenen Sachen nicht zu begehen pflegt<sup>79</sup>). Denn da die Frau dem Manne wegen des gemeinsamen pecuniären Zwecks, wie einem Socius traut, so prästirt er bey der Verwaltung der dos nur diligenteram, quam rebus suis exhibit<sup>80</sup>). Für Unglücksfälle darf er nicht haften, außer wenn sie durch Verzögerung der Restitution veranlaßt wurden<sup>81</sup>). Hat der Mann Sachen veräussert, die zur dos gehören, so wird, wenn die Frau einwilligte, blos das Erlöste herausgegeben<sup>82</sup>), außerdem voller Ersatz geleistet, wenn die Sache

77) L. 18. D. de iure dot. L. 66. §. 3. D. Soluto matrim. S. den Commentar. Th. 25. S. 29.

78) S. Geigers und Glücks Rechtsfälle z. B. Nr. XXXI. §. 8. S. 224.

79) S. den 25. Th. des Commentars §. 1235.

80) S. die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeb. von Sabigny, Eichhorn, und Görschen. 4. Band. S. 221—225. Man vergleiche noch DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIV. cap. 7. §. 24. (Vol. VIII. pag. 251. edit. Norimb.)

81) L. 25. §. 2. L. 26. D. h. t. S. DONELLUS c. I. §. 25. pag. 229.

82) L. 52. D. de iure dot. POMponius lib. XVI. ad Sabinum. Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem, vel arbores, quae fructus non essent, sive superficiem aedificii dotalis voluntate mulieris vendiderit: nummi ex ea venditione recepti, sunt dolis.

selbst nicht wieder verschafft werden kann<sup>83)</sup>. War ein ususfructus zur dos bestellt, so muß derselbe restituit werden, welches nach dem Unterschied der Fälle auf verschiedene Art geschieht, wie schon an einem andern Orte<sup>84)</sup> ausgeführt worden ist. Ist gar keine Schätzung des Herrschaftsguts geschehen, so gilt das Nämliche, was bey der Schätzung taxationis causa Rechtens ist. Sind Kapital-Forderungen zur dos gegeben worden, und es ist nach getrennter Ehe von deren Restitution die Rede, so kommen die oben von nominibus in dotem datis vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung<sup>85)</sup>. Steht der Mann nicht für die Gefahr des Verlusts, und er beginn auch bey unterlassener Erhebung derselben kein Verschulden, so kann er sich durch Zurückgabe des empfangenen Schuldseins, oder durch Abtretung der Klage von allem weiteren Anspruche befreien, wenn auch der Schuldner nicht solvent

83) *L. 32. pr. D. de pactis dotalib. JAVOLENUS lib. VI. ex Posterioribus Labeonis.* Uxor viro fundum aestimatum centum in dotem dederat: deinde cum viro pactum conventum fecerat, ut divortio facto, eodem prelio uxori vir fundum restitueret: postea volente uxore, vir eum fundum ducentorum vendiderat: et divortium erat factum. LABBO putat, viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenda, vel fundum reddere: neque ei pactum conventum remitti oportere. Idcirco puto hoc LABEONEM respondisse, quoniam voluntate mulieris fundus veniit: alioquin omnimodo fundus erat restituendus. Man vergl. noch *L. 50. D. h. t.*

84) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1250. und MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 274.

85) S. den 24. Th. §. 1250. S. 442. ff. und den 25. Th. §. 1250. c. S. 55. ff.

seyn sollte<sup>86</sup>); sonst muß er unbedingt den Betrag restituiren<sup>87</sup>). Waren dem Manne eigne Schulden dotis nomine erlassen, dann werden die Forderungen, wenn sie noch nicht fällig sind, wiederhergestellt, die fälligen aber innerhalb eines Jahres nach getrennter Ehe bezahlt<sup>88</sup>).

§. 1278.

Bom Beweise der dotis illatio.

Wer das Henrathsgut zurückfordert, muß im Läugungsfalle den Beweis der geschehenen Einbringung,

- 86) Arg. *L. 51. in fin. D. de peculio.* Die *L. 43. D. h. t.* redet nicht von nominibus in dotem datis, sondern von solchen Schuldforderungen, die der Mann der Frau abtreten will, um sie dadurch wegen ihrer dos zu befriedigen, und gehört nicht hierher. S. MÜHLENBRUCH *Doctrina Pandect.* Vol. II. §. 274. pag. 157. und *Des selben Lehre von der Cession der Forderungsrechte.* 2. Abschn. §. 45. S. 452. f. Von dieser *L. 43.* deren Lesart für unrichtig gehalten wird, werde ich §. 1279. bey Gelegenheit des *beneficii competentiae*, welches dem Manne bey der Restitution der dos zusteht, ausführlicher handeln.

- 87) *L. 49. pr. D. h. t.* S. von Wening. Ingenheim *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.* 3. Band §. 47.

- 88) *L. 43. §. 1. D. de iure dot.* ULPIAN. — Secundum quae constituta dote per acceptilationem, et secutis nuptiis, is effectus erit dotis exactioni, ut, si quidem pura sit obligatio, quae accepto lata est, non ipsa iam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora. Sin vero obligatio in diem fuit, nec antea solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio: et, si debitum cum satisdatione fuerit, satisdatio renovanda est. S. von Wening. Ingenheim a. a. D. §. 47. a. E.

oder der wirklich erfolgten Auszahlung (*dotis illatio*) übernehmen<sup>89</sup>). Diesem Beweise ist ein Genüge geschehen, wenn der Kläger darthut, daß Sachen oder Geld dem Manne von der Frau seyen eingehändigt worden, wenn nicht das Gegentheil, d. h. daß sie dem Manne in einer ändern Absicht, als um dadurch eine Dos zu bestellen, seyen gegeben worden, erwiesen werden kann, weil die Dotalqualität der eingebrachten Güter der Frau im Zweifel vermuthet wird<sup>90</sup>). Viele sind freylich anderer Meinung<sup>91</sup>). Sie behaupten, die Ehefrau müsse nicht nur, daß sie dem Manne etwas zugebracht habe, beweisen, sondern auch, daß das Zugebrachte ein Heyrathsgut gewesen sey, weil nach den Ge-

89) *L. 1. C. de dote cauta non numerata.* Impp. SEVERUS et ANTONIN. Dotem *numeratio*, non *scriptura* *dotalis instrumenti* facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem admitti posse, si *dotem a te re ipsa datam probatura es.* S. Jac. FRID. LUDOVICI Diss. de probatione illationis dotis. HALAE 1711. GE. FRID. SCARLACH Observationes pract. de dotis privilegio. HANNOV. 1798. 8. Obs. XVII. pag. 136—155. und CAR. AUG. FEDER Diss. de probatione illationis dotis. LIPSIÆ 1809. 4.

90) S. MÜHLENBRUCH Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 275. und in *Corrigend. et Suppl.* ad h. Vol. pag. 445.

91) S. SCARLACH Observat. cit. pag. 147. sq. BENJAM. FRIED. PFIZER Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Concursproces über das Vermögen ihrer Männer. 2. Th. §. 199—205. CHRISTPH. CHRIST. DABELOW ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. (HALLE 1801. 4.) Kap. XXI. S. 618. NOT. O. JOH. CHRIST. HASSE Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. 1. Band Kap. 9. S. 412—452. u. a.

sezten alle von der Frau in die Ehe gebrachten Güter im Zweifel für Paraphernalien zu halten wären, so lange nicht die Dotalqualität derselben bewiesen worden ist. Ich habe mich aber dagegen schon an einem andern Orte<sup>92)</sup> ausführlich erklärt.

Die zum Beweise dienlichen Mittel können Urkunden, Zeugen und Eid seyn. Zuweilen werden auch schon Vermuthungen für hinreichend gehalten, sie wirken wenigstens soviel, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann. Ueberhaupt ist hierbey nach dem Gerichtsgebrauche wegen der besondern Begünstigung des Heyrathsguts Vieles von der sonstigen Strenge des gerichtlichen Beweises nachgelassen<sup>93)</sup>). Es kommt jedoch besonders darauf an, gegen wen der Beweis geführt wird. Denn nie darf die Begünstigung der Frau dazu dienen, um andern Unrecht zu thun<sup>94)</sup>). Die Gesetze enthalten über diesen Beweis wenig Bestimmungen. Wir wollen daher die angegebenen Beweismittel in Anwendung auf die dos näher betrachten. Soviel

I. den Beweis durch Urkunden anbetrifft, so gehört dahin das schriftliche Bekenntniß des Ehemannes, daß die Frau die geforderte dos wirklich inferirt habe. Hier ist jedoch zu unterscheiden. Ein solches Bekenntniß wird entweder gegen den Mann oder dessen Erben gebraucht, oder bey dem

92) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1257.  
S. 220 — 246.

93) L. 70. D. de iure dot. L. 85. pr. D. de div. Reg. iur. L. 9. §. 1. D. de iure dot. L. 1. D. Soluto matrim.

94) Cap. 11. X. de foro compet. S. Ludovici Diss. cit. §. 4.

Concurre über des Mannes Vermögen gegen die Gläubiger desselben.

1) Wird das Bekennniß gegen den Mann oder desselben Erben gebraucht, so lassen sich folgende Fälle denken.

a) Es ist in einem letzten Willen des Mannes enthalten, worin der Mann das Heyrathsgut der Frau prälegirt hat. Hier beweist es gegen die Erben des Mannes vollständig, ohne daß ein Gegenbeweis Statt findet<sup>95)</sup>). Es muß nur bestimmt ausgedrückt seyn, worin die Dos besteht, weil sonst das Prälegat von der Last des Beweises nicht befreien würde<sup>96)</sup>). Besteht die dos in Gelde, oder andern fungiblen Sachen; so kann auch dieselbe, ohne Rücksicht auf den sonst gesetzten Termin, sogleich nach Amtretung der Erbschaft, zurückfordert werden<sup>97)</sup>). Man nennt diesen Vortheil bey dem prälegato dotis das commodum repraesentationis.

b) Ist das Bekennniß in den Ehepacten geschehen, so sind dieselben entweder a) noch vor Vollziehung der

95) L. 1. §. 8. L. 6. pr. D. de dote prael. L. 8. D. eodem. S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnisharten. §. 299.

96) §. 15. I. de Legatis. Besonders L. 5. C. de falsa causa adiecta legato vel fideicomm. (VI. 44) Imp. ALEXANDER. Si non designata certa quantitate dotem tibi legavit maritus, sed quocunque ad eum dotis nomine pervenisset, per venturumve esset, et id ex testamento petis: necessaria probatio est numeratae pecuniae. Quod si quantitatem expresserit, debetur, etsi in dotem datum non est: quasi aliud legatum, non eo iure, quo dos fungitur.

97) L. 1. §. 2. D. de dote präleg.

Ehe errichtet worden. Hier beweist das Bekenntniß nichts, so lange die Zeit noch nicht verflossen ist, wo demselben die exceptio non numeratae dotis entgegengesetzt werden kann, welche nicht nur dem Manne sondern auch den Erben desselben zusteht<sup>98)</sup>). Diese Einrede fällt jedoch weg, wenn der Ehemann, außer jenem Bekenntniß, noch eine besondere Quittung über den Empfang des Brautschatzes ausgestellt hat<sup>99)</sup>). Oder β) die Ehepacten, welche das Bekenntniß des Mannes enthalten, sind erst nach geschlossener Ehe errichtet worden. Hier beweist das Bekenntniß gegen den Mann, so wie gegen desselben Erben vollständig, wovon der Grund an einem andern Orte<sup>100)</sup> ist angegeben worden.

2) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn das Bekenntniß gegen die Gläubiger des Ehemannes bei einem über desselben Vermögen entstandenen Concurrenz gebraucht werden will. Gegen diese hat es in der Regel für sich allein keine Beweiskraft, weil demselben nicht blos der Verdacht der Parthenlichkeit für die Frau entgegensteht, sondern auch der entscheidende Umstand, daß der Mann, als Nutznießer der nicht in seinen Concurs zu ziehenden dos, eine solche Handschrift zu seinem eignen

98) *L. ult. Cod. de dote cauta non numerata. Nov. 100. Cap. 1. et 2. S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1239. S. 249—254.* Man vergleiche noch *Pet. de TOULIEU Diss. II. de iure nuptarum. Cap IX. (in Dan. FELLENBERG Jurispr. antiqua. Tom. II. pag. 261.)*

99) *L. 14. §. 1. C. de non num. pecun. S. den Commentar a. a. D. Not. 3. S. 254.*

100) *S. den Commentar a. a. D. S. 255. und FEDER eit. Diss. §. 8. pag. 9.*

Vorteil ausgestellt habe<sup>1)</sup>). Es kann daher einem solchen Bekennniß gegen die Gläubiger des Mannes bey entstandenen Concurse auch nicht einmial dann eine Beweiskraft beigelegt werden, wenn es auch vor Gericht geschehen, und zum Protokolle wäre aufgenommen, oder mit einem Eide wäre bekräftigt worden. Denn die gerichtliche Urkunde kann dem Bekennniß nicht mehr Kraft geben, als es an und für sich selbst hat, und der Eid kann keinem Dritten zum Nachtheil gereichen<sup>2)</sup>). Eben so wenig kann das Prälegat des Heirathsgutes gegen die Gläubiger des Mannes beweisen. Sie sind dasselbe anzuerkennen nicht schuldig, wenn auch die Qualität und Quantität der Dos genau bestimmt seyn sollte<sup>3)</sup>). Es beweist nur gegen die Erben des Mannes, welche, als solche, den Willen ihres Erblassers zu erfüllen schuldig sind.. Gegen die Gläubiger kann das Prälegat um so weniger beweisen, da Vermächtnisse überhaupt nur dann von Wirkung sind, wenn nach Abzug der Schulden noch Vermögen übrig ist<sup>4)</sup>), mithin den Gläubigern nicht

1) *L. 9. pr. C. de bonis prescriptor.* (IX. 49.) Aug. a LEXBER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXX. Medit. 1. 2. 3. et 4. LUDOVICI Diss. cit. §. 11 — 14.

THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 464. FEDER Diss. cit. §. 11. MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 275. in fin. von WENING Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 46.

2) *Cap. 19. X. de iureiur. et Arg. L. 1. pr. D. Si mulier ventris nomine.* (XXV. 6.)

3) *S. Frid. Ad. WEBER Diss. de dote a creditoribus impugnanda, praesertim constitutione eius vel agnitione in fraudem illorum facta.* (Rostoch. 1812. 4.) §. 7. pag. 20.

4) *L. 66. §. 1. D. ad Leg. Falcid.*

zum Nachtheil gereichen können<sup>5</sup>). Nicht immer können jedoch die Gläubiger das Geständniß des Mannes über den Empfang einer dos, als nichtsbeweisend gegen sie, verwiesen. Es kann zuweilen mit so starken Vermuthungen unterstützt seyn; daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann; zuweilen kann es auch die Wirkung haben, daß den Gläubigern nur nachgelassen ist, das Gegentheil zu beweisen. Es kommt nämlich zunächst darauf an, zu welcher Zeit und unter welchen Umständen der Mann das Bekennniß aussstellte. Geschah dies zu einer solcher Zeit, wo der Mann sich noch in guten Vermögens-Umständen befand, und an einen je möglichen Concurs, der über sein Vermögen dereinst ausbrechen könnte, auch nicht entfernt zu denken war, beruht auch dieses Bekennniß nicht blos auf einem Prælegat, weil Vermächtnisse gewöhnlich eine Freygebigkeit zum Grunde haben<sup>6</sup>), sondern es ist durch eine Handlung unter Lebenden, durch eine Quittung des Mannes, geschehen; ist überdem sein Bekennniß durch Angabe und Constatirung von Verhältnissen, welche dessen Wahrheit begründen, so außer Zweifel gesetzt, daß sich eine Begünstigung der Frau zum Nachtheil der Gläubiger auf keine Weise annehmen läßt; so ist ein solches Bekennniß des Mannes, auch bey nachher entstandenen Concursen, gegen die Gläubiger desselben für ein zureichendes Beweismittel zu halten, ohne daß hier der Frau noch der Erfüllungseid braucht aufgelegt zu werden. Rathsam ist es, für ein solches Beweismittel in Zeiten durch gerichts-

5) L. 6. §. 15. D. *Quae in fraudem creditor.* L. 17. D. *de mortis causa donat.* S. WEBER Diss. cit. §. 3. Not. 4. pag. 11. sq.

6) §. 1. I. *de legat.* L. 56. D. *de legat. II.*

liches Quittiren zum Protokoll besorgt zu seyn<sup>7)</sup>). Eine gleiche Beweiskraft wollen jedoch viele<sup>8)</sup> der Quittung des Mannes auch schon dann beylegen, wenn gleich das Bekennniß so qualificirt nicht ist, genug wenn es lange vor dem Ausbruche des Concurses, und zu einer Zeit geschehen ist, wo man noch gar keine betrügliche Absicht annehmen konnte. Denn da ein Betrug nie vermußt wird<sup>9)</sup>, und für jede schriftliche Urkunde die Vermuthung streitet, daß ihr Inhalt der Wahrheit gemäß sey<sup>10)</sup>), so lange nicht die ihr entgegengesetzte Einrede des Betrugs, oder der Unrichtigkeit erwiesen worden; so müsse dieses auch von der Quittung des Mannes über den ihm eingebrachten Brautschatz der Frau gelten, und dies um so mehr, weil ja die Gläubiger das Bekennniß des Mannes auch für sich gebrauchten<sup>11)</sup>). Man will also in diesem Falle

7) S. Wolfgang Heinr. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtsachen. 2. Th. §. 214. S. 211.

8) S. Henr. Brokes Select. Observation. for. Obs. XI. pag. 48 — 52. Dab. Ge. Struben's rechtliche Bedenken. 2. Th. Ged. 25. Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts. 1. Band. h. t. §. 5. S. 135. f. Dabelow's Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 618. Not. o. WEBER Diss. cit. de dote a creditoribus impugnanda. §. 7. pag. 19. unter den ältern Rechtsglehrten besonders CARZON P. I. Const. XXVIII. Def. 76.

9) L. 18. §. 1. *D. de probat. L. 6. C. de dolo malo.*

10) §. 12. *I. de inutil. stipulat. §. ult. I. de fideiuss. L. 14. Cod. de contrah. et committ. stipulat. L. 18. C. de probat.*

11) Man beruft sich auf den Satz, *quod quisque iuris in alterum statuit, ut ipse eodem utatur.*

den Gläubigern blos den Gegenbeweis gestatten. Allein die meisten<sup>12)</sup> halten auch in diesem Falle das blößte Bekennen des Mannes zu einem vollständigen Beweise der dotis illatio noch nicht für hinreichend, sondern legen ihm blos die Kraft bey, daß auf den Erfüllungsbeid erkannt werden kann. Dies ist auch wohl das Sicherste, weil ja immer der Fall noch möglich ist, daß der Mann wenn gleich nicht gerade zum Nachtheil seiner Gläubiger, doch aus andern Ursachen, die Frau begünstigt haben könnte. Eine Begünstigung der Gläubiger zum Nachtheil der Frau ist dagegen wohl nicht leicht zu besorgen. Darher mögen sich die Gläubiger immerhin auf das Bekennen des Mannes zum Beweis ihrer Forderungen gründen. Daraus folgt nicht, daß es auf gleiche Weise auch für die Frau zum Beweis genüge. Denn hier tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Darin sind jedoch alle einverstanden, daß wenn die Quittung zu einer solchen Zeit von dem Manne wäre ausgestellt worden, wo derselbe schon sehr verschuldet war, eine solche Urkunde gar keinen Glau- ben verdiene, sie mag der Frau oder den Eltern derselben ausgestellt seyn. Selbst ein wiederholtes Bekennen würde

12) S. LUDOVICI Diss. cit. de probat. illationis dotis. §. 17. et 22. L. B. a WERNHER select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 541. Tom. II. P. X. Obs. 427. a LEYSER Medit. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXX. medit. 6. Car. Ferd. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 425. Joh. Heinr. Christ. von SELCHOW Rechtsfälle. 3- Band. Decis. LXXIX. Car. Christ. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 449. Jo. Ern. Just. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum. Tom. III. Fasc. II. - Obs. 573. Ad. Diet. WEBER's Erläuterungen der Pandectar. 2. Th. §. 1278. lit. d. S. 175.

in diesem Falle so wenig beweisen, als der hinzugekommene Eid<sup>13)</sup>). Nicht minder stimmen alle Rechtsgelehrten darin überein, daß den Gläubigern die exceptio non numeratae dotis auch noch nach Ablauf der gesetzlichen Fristen zustehe, wo sonst die Urkunde gegen den Mann und dessen Erben einen unumstößlichen Beweis macht, weil deren Nachlässigkeit den Gläubigern des Mannes nicht zum Nachtheil gereichen kann<sup>14)</sup>). Aber eine andere Frage ist es, ob die Gläubiger diese Einrede gegen das Bekennen des Mannes mit der Wirkung vorschützen können, daß die Last des Beweises auf die Frau, welche sich auf dieses Bekennen stützt, gewälzt wird, oder ob sie nicht vielmehr den Beweis des Gegentheils übernehmen müssen? Die Rechtsgelehrten sind hier getheilter Meinung. Mehrere<sup>15)</sup> behaupten das Erstere aus dem Grunde, weil der Ablauf der gesetzlichen Fristen den Gläubigern nichts schade; daher müsse auch die ihnen zustehende exceptio non numeratae dotis zu jeder Zeit privilegiert seyn.

13) LUDOVICI Diss. cit. §. 16. et 19. STRUBEN's rechtliche Bedenken. 2. Th. Ged. XXIII. S. 107. WESTPHAL's Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 3. WEBER Diss. cit. §. 7. pag. 19.

14) S. CARPOV Iurispr. for. P. I. Const. XXVIII. Def. 74. MEVIUS Tom. II. P. IX. Decis. 195. LUDOVICI Diss. cit. §. 14. FRID. ES. à PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 82. §. 8. SCHARLACH Observation. pract. de dotis privilegio. Obs. XVII. §. 2. pag. 140. FEDER Diss. cit. de probat. illationis dotis. §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 448. a. E.

15) LUDOVICI cit. Diss. §. 17. und FEDER Diss. cit. §. 15. pag. 19. Beide berufen sich auf MEVIUS P. VII. Decis. 355. allein dieser behauptet gerade das Gegentheil.

Undere<sup>16)</sup> hingegen läugnen diese Schlüssefolge, und wollen die Gläubiger nach Ablauf der gesetzlichen Fristen nur dann noch mit jener Einrede zulassen, wenn sie dieselbe zu erweisen vermögen. Diese letzte Meinung verdient billig den Vorzug. Denn ist der Empfangsschein über die dos unter solchen Umständen ausgestellt worden, daß kein Verdacht einer betrügerischen Absicht mit Grund angenommen werden kann, und ist die Zeit verflossen, nach deren Ablauf die Urkunde volle Beweiskraft hat; so können die Gläubiger keinen weiteren Beweis von der Frau verlangen, sondern ihnen liegt es ob, das Gegentheil zu beweisen, wenn sie dagegen die exceptio non numeratae dotis vorschützen. Mevius sagt: Cum jurisprudentia Romana certa tempora constituisset, queis dotis cautae, at non numeratae exceptio opponeretur, pro diversitate temporis, quo matrimonium constitisset, ea constitutio autem de solo marito loqueretur, in controversiam I Ctorum incidit, utrum, quae per illam introducta, praescriptio, ut marito eiusque heredibus, ita etiam creditoribus obstaret, ideoque, ea exceptione non attenta, dos iuxta sua privilegia ante omnia credita restituenda sit? Diversis de eo disputatur sententiis. Communior, verior, et aequior habita est, quae creditoribus eum temporis lapsus facit innoxium. — Cui tamen locus relinqu non solet, nisi ubi contra mariti confessionem creditores non numeratam illam probare queunt. Alias statur mariti con-

16) MEVIUS c. l. PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV.  
Obs. 82. §. 8. HOMMEL Rhaps. quaestio. for. Vol. III.  
Obs. 425. und WEBER Commentat. de dote a creditoribus impugnanda. §. 7.

fessioni, et pro illa ut vera praesumitur. Denn Justinian will einmal, daß nach Ablauf einer so langen Zeit die Frau mit allem weitern Beweise ihres Einbringens verschont werden solle<sup>17)</sup>), weil, wenn innerhalb derselben der Mann keinen Einspruch erhoben, er durch sein Stillschweigen zu erkennen gegeben hat, daß es mit dem ausgestellten Empfangschein seine Richtigkeit habe. Wie leicht könnte auch während dieser Zeit der Beweis, welchen die Frau hätte führen können, verloren gegangen seyn, wenn man ihn der Frau nachher noch aufzurichten wollte? Justinian wollte daher auch eigentlich das Schweigen des Mannes dadurch nicht bestrafen, daß er nun seinen ausgestellten Empfangschein wider sich als einen vollständigen Beweis anerkennen müßt, sondern man soll dies von seiner Seite als gesetzgeberische Sorgfalt für die Ruhe der Unterthanen betrachten<sup>18)</sup>). Auch die Gläubiger müssen daher diese Urkunde, wegen der aus der Länge der Zeit für sie begründeten Vermuthung der Richtigkeit ihres Inhalts, gegen sich als beweisend anerkennen, so fern sie das Gegentheil zu beweisen nicht vermögen<sup>19)</sup>). Können sie dieses nicht, so müßt die von der Frau beigebrachte und durch die Länge der Zeit bestärkte Empfangsbescheinigung des Mannes eine solche Beweiskraft für die Frau bewirken, daß wenn ja noch irgend einiger Zweifel vorhanden seyn sollte, auf den Erfüllungseid erkannt werden kann. Dies ist auch Hommel's<sup>20)</sup> Meinung, wenn er sagt: In-

17) Nov. 100. Praef. in fin. et Cap. 2. pr.

18) Nov. 100. Cap. 1. §. 1. Et hoc etiam non sit nostra in quosdam poena, sed cura tranquillitatis subditorum.

19) S. den 25. Theil des Commentaris §. 1259. S. 257.

20) Rhapsod. Quaestio[n] for. Vol. III. Obs. 425. in fin.

primis si fraudis nulla suspicio, putaverim ad *Novellam* 100. cap. 2. provocari posse. Aiunt quidem legem hanc de heredibus mariti agere, contra quos defuncti confessio plene probet. Aliam vero esse creditorum causam. Attamen quoniam in Superiori CXCIII. probavimus, creditores in concursu tanquam successores universales omnino heredi comparandos esse, hanc dubiam quaestionem ita finio, ut existimem, si creditores confessionem in fraudem suam factam esse probare nequeant, uxorem ad suppletorium semper admittendam esse. Soviel hiernächst

II. den Beweis durch Zeugen anbetrifft, so ist es nicht genug, wenn dieselben überhaupt aussagen, daß ein Heyrathsgut bestellt worden sey, sondern ihre Aussagen müssen dahin gehen, daß der Brautschatz wirklich eingebracht oder ausgezahlt worden sey <sup>21)</sup>). Uebrigens behauptet man fast durchgehends, daß zum Beweise des Heyrathsguts, wegen der besondern Begünstigung desselben, auch solche Zeugen für zulässig zu halten seyen, die sonst nicht vollkommen glaubwürdig sind, nämlich so, daß wenn sie bey der Sache nicht interessirt sind, die Frau zum Erfüllungsidee gelassen werden könne <sup>22)</sup>). Dahin gehören z. B. nahe Verwandte, ferner Dienstboten, welche dem Manne den Brautschatz überbracht haben. Wegen der Geschwister ist man nun zwar ziemlich einverstanden, daß sie bey diesem

21) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 447. und FEDER Diss. cit. §. 19.

22) Westphal's Rechtsgutachten. h. t. §. 4. S. 136. und SCHARLACH Observation. pract. de dotis privilegio. Obs. XVII. pag. 138.

Beweise nicht zu verwiesen sind<sup>23)</sup>). Man behauptet sogar, daß ihr eidlich bestärktes Zeugniß zuweilen einen vollen Beweis wirke, nämlich, wenn die Mutter den Beweis ihres Einbringens gegen ihre Kinder zu führen hat, weil hier die Zeugen mit beyden Theilen verwandt sind<sup>24)</sup>). Nur in Ansehung der Eltern ist man nicht einig. Einige<sup>25)</sup> schließen sie ganz aus. Andere<sup>26)</sup> wollen sie in so weit gelten lassen, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden könne. Die erstere Meinung ist freylich der Theorie gemäßer<sup>27)</sup>, obwohl die Praxis häufig nach der letztern spricht. Auf jeden Fall muß der Richter dem Gegentheil seine Einwendungen gegen die Person solcher Zeugen

- 23) CARPOV P. I. Const. XXVIII. Def. 81. LUDOVICI Diss. cit. §. 25. REINHARTH Select. Observation. ad Christinaei Decision. Vol. IV. Obs. 60. pag. 77. HÖMML Rhapsod. quaestio. for. Vol. I. Obs. 211. Verb. Fratres. LEBER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. medit. 23. pag. 1192. Christ. Fried. Imman. Schorck neue Sammlung auserles. Gutachten und Urtheilsprüche der Erfurt. Jurist. Facultät. Nr. XXX. nr. 24. §. 169.
- 24) HOMMBL c. l. LEBER cit. loc. medit. 27. pag. 1199. SCHARLACH cit. l. pag. 159.
- 25) WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 291. MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 41. SCHARLACH c. l.
- 26) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 24. Th. 3. Not. 3. in fin. WERNHER Select. Ohservation. for. Tom. III. P. I. Obs. 255. Beyde lassen wenigstens das Zeugniß der Mutter beym Beweise der dos für die Tochter gelten. Ohne Unterschied lassen das Zeugniß der Eltern zu HOMMBL Rhaps. quaestio. for. Vol. I. Obs. 211. voc. Parentes. und FEDER Diss. cit. §. 20.
- 27) L. g. D. et L. 6. C. de Testib. §. den 22. Th. dieses Commentars §. 1176. §. 147. ff.

vorbehalten, und dann aus den Umständen ermessen, ob die Aussage solcher Zeugen so motivirt ist, daß auf den Erfüllungscid erkannt werden kann. Es gilt dies aber nicht nur von Eltern, sondern auch von dem Zeugniß der Geschwister der Beweisführerin. Denn im Allgemeinen läßt sich der Grad der Glaubwürdigkeit nicht bestimmen; sondern er muß in jedem Falle nach den besondern Eigenschaften der Personen, und nach den übrigen Umständen abgemessen werden<sup>28)</sup>.

III. Die Eideszuschreibung kann hier, als Beweismittel, nur insofern gebraucht werden, als es auf Handlungen ankommt, die zwischen der Frau, welche den Beweis zu führen hat, und ihrem Ehemanne vorgegangen sind. Sie dient also der Frau nur eigentlich dann zum Beweise, wenn sie ihr Heyrathsgut von dem Manne, oder dessen Erben zurückfordert, und ihr von diesen die exception numeratae dotis entgegengesetzt wird. Ist sie hingegen wegen ihrer Forderung mit den Gläubigern desselben im Streit, so kann die Eidesdelation der Natur der Sache nach nur selten vorkommen, weil jene Handlungen in Ansehung der Gläubiger fremde Handlungen sind, über welche kein Eid zugeschoben werden kann<sup>29)</sup>. Gegen sie kann also nur dann Eidesdelation statt finden, wenn von solchen Handlungen oder Thatumständen die Rede ist, welche ihnen nicht unbekannt sind<sup>30)</sup>. Endlich kann auch

28) S. Ludovici Diss. cit. §. 25. und besonders Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Concursproc. über das Vermögen ihrer Männer. 2. Th. §. 201. S. 275 — 278.

29) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 799. S. 270.

30) S. Pfizer a. a. D. §. 203.

IV. der Beweis durch Vermuthungen geführt werden<sup>31)</sup>). Der Grad der dadurch bewirkten Wahrscheinlichkeit ist aber freylich in vorkommenden Fällen der richterlichen Beurtheilung zu überlassen<sup>32)</sup>). Eine solche Vermuthung entsteht z. B. daraus, wenn erwiesen ist, daß der Ehemann zu der Zeit, in welcher er das Heyrathsgut empfangen haben soll, solche Ausgaben bestritten habe, welche er von seiner gewöhnlichen Einnahme nicht hätte bestritten können. Es ist z. B. erwiesen, daß er sich damals ganz schuldenfrei gemacht hat, ohne daß irgend eine andere Hülfsquelle ausgemittelt werden kann, woraus die Bezahlung seiner Schulden hätte bestritten werden können. Der gleichen Vermuthung tritt ferner ein, wenn erwiesen ist, daß die übrigen verheyratheten Geschwister der Frau die nämliche Summe, welche sie fordert, von ihrem Vater zum Heyrathsgute erhalten haben. Das Resultat solcher gemeinen Vermuthungen, welche nicht durch besondere gesetzliche Verordnungen unterstützt sind, ist aber doch immer nur Wahrscheinlichkeit, welche den Richter noch keinesweges berechtigt, dem Kläger eine Forderung zuzusprechen, weil sie ihm wahrscheinlich gebürtig, und allenfalls dem Beklagten den Gegenbeweis vorzubehalten. Denn juristisch gewiß kann es ja doch der Richter nicht wissen, ob in dem bestimmten Falle, in welchem die Thatsache A vorhanden ist, auch die gewöhnlich damit verbundene Thatsache B vorhanden sey; weil es ja doch wohl möglich ist, daß die Verbindung beyder, wenn

31) LUDOVICI Diss. cit. §. 28. SCHARLACH Observation. cit. pag. 146. sq.

32) PFLEGER a. a. D. §. 204. S. 281—284. FEDER Diss. cit. §. 22.

sie auch noch so oft zutrifft, doch vielleicht gerade in diesem Falle nicht zutreffe. Es verdient demnach die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten<sup>33)</sup> keinen Beyfall, welche aus Begünstigung des Heyrathsguts hier solchen gemeinen Vermuthungen gleiche Wirkung mit den gesetzlichen ertheilen, und ihnen die Kraft eines vollständigen Beweises ohne Weiters beylegen wollen. Kann daher auch die begründete Vermuthung durch Gegenbeweis nicht gehoben werden, so ist doch der dadurch geführte Beweis noch nicht sogleich für vollständig zu halten; denn sonst würde auch schon ein halber Beweis zur Verurtheilung des Beklagten hinreichen; sondern der Beweis muß erst noch durch das iuramentum suppletorium vollendet werden<sup>34)</sup>.

Ist die geschehene dotis illatio bewiesen, und der Streit ist blos noch über die Größe des eingebrachten Heyrathsgutes; so pflegt auch hier, wenn die angegebene Summe nach den angeführten Umständen wahrscheinlich ist, auf den Erfüllungseid erkannt zu werden<sup>35)</sup>.

### S. 1279.

*Beneficium competentiae bey der Restitution der Brautgabe.*

*Erläuterung der L. 43. D. h. t.*

Die Wohlthat der Competenz bey der Restitution der dos, vermöge welcher der Beklagte nicht auf das Ganze

33) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXX. Medit. 8. 9. 10. 11. FEDER cit. Diss. §. 25.

34) S. Vorst über die Beweiskraft im Civilproceß. §. 34—36. SCHARLACH cit. Observation. pract. pag. 146. Pfüger a. a. D. §. 204. S. 285. und MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum. Tom. III. Fasc. 2. Obs. 575.

35) S. Westphal's Rechtsgelehrten. h. t. §. 4. S. 156.

verurtheilt werden, sondern so viel zurück behalten kann, als er zum Lebensunterhalt nöthig hat, geben die Gesetze 1) dem Ehemanne. Vor Justinian zwar nur, wenn er mit der rei uxoriae actio belangt worden, allein Justinian hat diese Wohlthat auch der neuen actio ex stipulatu beigelegt<sup>36)</sup>. Es ist davon schon an einem andern Orte<sup>37)</sup> gehandelt worden. Hiermit besteht also die Gültigkeit aller der Gesetzstellen<sup>38)</sup> in den Pandecten, in welchen dem Ehemanne diese Rechtswohlthat gestattet wird. Der Kaiser Pius hat diese Wohlthat auf alle Contracte ausgedehnt, die der Mann mit der Frau geschlossen hat<sup>39)</sup>, jedoch mit dem Unterschiede, daß sie ihm wegen der vor der Ehe geschlossenen Contracte nur dann, wenn er während der Dauer der Ehe belangt wird; wegen der Contracte aber, die er während der Ehe mit der Frau geschlossen hat, auch noch nach aufgehobener Ehe zusteht<sup>40)</sup>.

36) L. un. §. 7. Cod. de rei uxori. act. §. 29. et §. 37. I. de actionib.

37) S. §. 1275. S. 152. und S. 165 f. Not. 54.

38) L. 12. L. 15. pr. L. 17. §. 2. D. h. t. L. 17. L. 20. L. 21. L. 23. L. 24. §. 1. D. de re iudicata.

39) L. 20. D. de re iudicata. MODESTINUS libro II. Differentiarum. Non tantum dotis nomine maritus, in quantum facere possit, condemnatur: sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, in quantum facere potest, condemnandus est ex Divi PII Constitutione.

40) S. DONELLUS Commentarior. de iure civili Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re indicata §. Illud ergo. und FRANC. RAMOS DEL MANZANO ad Tit. Dig. de re iudicata Curiae secundae, in Append. partis II. §. 9. (in Thes. Meerman. Tom. VII. pag. 159. sq.)

Um zu beurtheilen, in quantum maritus facere possit, muß auf die Zeit der Verurtheilung gesetzen werden<sup>41)</sup>). Das facere posse begreift denn alles in sich, was der Mann zu der Zeit noch aus seinem Vermögen leisten kann, nämlich mit Abzug dessen, was er zu seinem Lebensunterhalt gebraucht<sup>42)</sup>). Zu dem facere posse gehört also auch, was der Mann zu fordern hat, (si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus). Denn auch dies wird zu dem Vermögen gerechnet<sup>43)</sup>). Dahin gehört, was der Mann von der Frau zu fordern hat, wenn er für sie Ausgaben bestritten hat, die ihm ersetzt werden müssen. Seine Forderung muß nur jetzt schon exigibel seyn<sup>44)</sup>). Hierher gehört ferner, was ein Dritter dem Ehemanne schuldig ist. Hier kann er nicht nur der Frau, statt der wirklichen restitutio dotis, die

41) *L. 15. pr. D. h. t. PAULUS libro VII. ad Sabinum.*

*Rei iudicatae tempus spectatur, quatenus maritus facere potest.*

42) *L. 173. pr. D. de div. reg. iaris. PAULUS lib. VI. ad Plautium.* In condemnatione personarum, quae in id, *quod facere possunt*, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsorum ratio habenda est, *ne egeant.* S. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudic. §. Jam quid.

43) *L. 49. in fin. D. de Verbor. Signif.*

44) *L. 28. D. h. t. ULPIANUS libro I. Institutionum.* **FACERE** possit maritus etiam id videtur, quod a muliere consequi potest: scilicet, si iam ei aliquid absit, quod pro muliere aliquid (al. vel, j. B. hal., Baub., Mirau) expendit, vel mandato eius praestitit. Ceterum, si nondum ei abest, utputa sub conditione est obligatus, nondum videtur facere posse.

ihm deshalb gegen seine Gläubiger zustehenden Klagen cediren, und sich damit von seiner Verbindlichkeit gegen die Frau befreien; sondern er kann auch hier abziehen, was er zu seinem Lebensunterhalt nöthig hat, und weiter, als in quantum facere potest, kann er zur Cession seiner Forderungen nicht angehalten werden, wenn sie auch an sich zur restitutio dotis genügen sollten. Dies ist der wahre Sinn der so sehr bestrittenen *L. 43. D. h. t. Scavola*, aus dessen *libro II. Quaestionum* dieses Fragment entlehnt ist, sagt hier:

Si maritus in id, quod facere potest, condemnatus sit, et nomina sint ad dotis quantitatem, neque amplius, neque habebit mandare actiones.

So liest die florentinische Handschrift nach Laurelius, und die Richtigkeit dieser Lesart vertheidigen, mit Verwerfung aller Emendation, Johann Altamiranus<sup>45)</sup>, Johann Gottfr. Sammet<sup>46)</sup>, und Christ. Heinr. Breuning<sup>47)</sup>. Allein die meisten halten die florentinische Lesart für fehlerhaft, ja für ganz sinnlos, welche also schlechterdings emendirt werden müsse. Die alten glossirten Ausgaben (jedoch mit Ausnahme der des Hugo a Porta, Lyon 1572. f.) lesen fast durchgehends: neque amplius habebit, neque mandare actiones debebit. So

45) In priores XIII. libros Quaestionum Q. Cervidii Scavolae Commentar. Lib. II. Tract. II. ad L. 43. h. t. (in *Thes. Meerman. Tom. II. pag. 408. sq.*)

46) Hermeneutik des Rechts, herausgegeben von Friedr. Gottl. Born. Leipzig 1801. 8.) 1. Abschn. §. 55. S. 109 — 111.

47) Capita iuris controversa. Specim. VIII. (Lips. 1763. 4.) Cap. 25.

Franz Fradin, Baudoza, Merlinus; die Gebrüder Genneton, Robert Stephanus u. a., nur die glosirte Ausgabe, welche zu Venedig 1477. ex officina Jac. GALLICI ex Rubeorum familia erschienen ist, weicht darin ab, daß sie debet statt debebit liest. Diese letztere Lesart haben auch Miranus, und Blaubomius in ihre Ausgaben aufgenommen, und Dionys. Gothofredus zieht sie der florentinischen Lesart vor. Der ersten hingegen, welche debebit liest, hat Pothier<sup>48)</sup> den Vorzug gegeben, obwohl es übrigens keinen Unterschied macht, man lese debet oder debebit. Ganz abweichend ist hingegen die Lesart Haloanders, die auch Vintimilius hat. Beyde lassen die zweyte Negation weg, und lesen: neque amplius habebit; mandare actiones debet. Lud. Charondas bemerkt in seiner Ausgabe, daß die letzte Negation auch wirklich in mehreren Handschriften fehle, und hält daher diese Lesart für die richtigere. So verschieden die Lesarten in den alten Ausgaben sind, so verschieden sind auch die Versuche der Kritiker, die vermeintlich fehlerhafte Lesart zu verbessern. Den meisten Beyfall scheint nun die Meinung gefunden zu haben, daß in den letzten Worten statt neque habebit, richtiger necesse habebit mandare actiones, gelesen werden müsse. Wir finden sie zuerst bey Carl Hannib. Fabrotus<sup>49)</sup>. Er trennt aber davon die unmittelbar vorhergehenden Worte: neque amplius, durch ein Komma, und dichtet hierdurch dem Scavola eine Meinung an,

48) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXXVI. Not. k.  
pag. 71.

49) Replicat. adversus Salmasium de mutuo in fin. ad  
L. h. 43.

an die er nicht dachte, und gar nicht denken konnte. Nicola. Catharinus<sup>50</sup>), Cornel. van Bynkershöf<sup>51</sup>), Anton Schulting<sup>52</sup>), und Johann Wilh. Hoffmann<sup>53</sup>) lesen zwar auch alle *necesse habebit*, allein sie ändern auch die Interpunction. Sie machen nach den Worten: *et nomina sint*, ein Komma, und lesen nun, ohne weitere Unterscheidung: *ad dotis quantitatem neque amplius necesse habebit mandare actiones*. Nur Bynkershöf zieht die Worte: *et nomina sint ad dotis quantitatem zusammen*, und setzt das Komma, was die Andern nach *nomina sint*, machen, nach dem Worte: *quantitatem*. Uebrigens kommen sie im Resultat der Auslegung mit einander überein. Der leßtern Emendation huldigen auch Heinr. Brenkmann<sup>54</sup>), und Bavus Voorda<sup>55</sup>). Die Handschriften der Glossatoren hatten das doppelte *neque*, wie aus der Erklärung der Glossa erschellet. Die Erklärung selbst aber, daß der Mann nicht schuldig sey, der Frau die Klagen gegen seine Schuldner zu cediren, wenn er weiter nichts in Vermögen hat, als was er selbst zu seinem Unterhalt gebraucht, entspricht der Meinung des Scavola nicht. Eben so we-

50) Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 6. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 785.)

51) Observation. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 2.

52) Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 43. h. t. pag. 547.

53) Observation. variae (Meletemata) ad Pandect. Dissert. XXII. §. 8.

54) In Corpore iuris civ. Gebauer. Tom. I. ad h. L. 43. not. 16. pag. 429.

55) Thes. controversar. Decad. XIII. §. 1.

nig haben Alber. Gentilis<sup>56)</sup>, und Costalius<sup>57)</sup> den Sinn des Scavola getroffen, wenn sie ihn so verstehen, daß der Mann gar nicht genöthigt werden könne, seine Klagen zu cediren, wenn sein Vermögen blos in Kapitalien besteht, und diese gerade soviel, als das Heyrathsgut, betrügen. Mit Recht hat diese Erklärung, auch schon an sich, als höchst unbillig, Siegm. Reich. Fauch<sup>58)</sup> verworfen. Er selbst unterscheidet sich von allen darin, daß er das letztere neque bey habebit, in aequo verwandelt. Die aller sonderbarste Meikung aber ist unstreitig die des Franz Duarenus<sup>59)</sup>, welcher glaubt, beyde Lesarten die florentinische und haloandrinische ließen sich vertheidigen, und seyen dem Sinn des Scavola gemäß. Ich stimme ohne Bedenken denen bey, welche die florentinische Lesart unverändert lassen. Denn gerade der Sinn, den man durch die Emendation erst zu erhalten gesucht hat, liegt schon in den Worten. Man denke sich den Fall, die Frau hätte dem Manne 4000 Rthlr. zum Brautschatz inserirt. Die Ehe wird nachher durch Divortium geschieden, ohne daß gerade dem einem oder andern Theile vorzüglich etwas dabei zur Last zu legen war. Der Mann soll nun das Heyrathsgut der Frau zurückgeben. Er beruft sich auf die Rechtswohlthat der Competenz, und weist nach, daß er, außer der dos, sonst kein Vermögen besitze, die Dotalgelder wären aber verzinslich ausgeliessen,

56) Lection. et Epistolar. Lib. IV. cap. 1.

57) Adversar. ad Pand. h. L.

58) Meditation. crit. de Negationib. Pandect. Florentia. Cap. XVII. §. 10. pag. 501 sq.

59) Comm. in Tit. h. D. Solutio matrim. ad L. 43. (Oper. pag. 287. sq.)

müßte er sie alle restituiren, so würde ihm dadurch sein Lebens-Unterhalt gänzlich entzogen werden. Er wird also verurtheilt, die dos zu restituiren nach Abzug dessen, was er zum Lebensunterhalte nöthig hat. *In id, quod facere potest, condemnatus est.* Baar Geld hat nun der Mann nicht. Er kann also die Frau anders nicht, als damit befriedigen, daß er ihr die Klagen gegen seine Schuldner cedirt. Betragen nun diese Schuld-Klagen gerade nur soviel, als die dos, (*et nomina sint ad dotis quantitatem*) so daß nichts übrig bleibt, wovon der Mann leben könnte, (*neque amplius*) so ist er nicht schuldig, der Frau actiones cessas auf die ganze dos zu geben, sondern nur soweit, als er verurtheilt worden ist, nämlich quantum facere potest. Dies ist es nun, was Scävola mit den leßtern Wörten sagen will: *neque habebit mandare actiones.* Das Wort *habebit*, bedeutet hier soviel, als *debebit*, in welcher Bedeutung das Wort *habere* von den Alten öfters gebraucht wird<sup>60)</sup>, und bey *mandare actiones* muß subintelligirt werden, *actiones omnes ad dotis quantitatem, quibus contra suos debitores experiri potest, sed eatenus tantum, in quantum facere potest, ne egeat*<sup>61)</sup>. In den Basiliiken<sup>62)</sup> ist nur überhaupt der Sinn dieser Stelle

60) Scheller in dem lat. deutsch. Lexicon. 2. Abth. voc. *habeo*. S. 4540, wo er Stellen aus VARRO. VALER. FLACCUS und TERTULLIAN anführt.

61) Schade, daß in der neuen trefflichen Ausgabe des *Corporis iuris civ.* von Jo. Lud. GUIL. BECK Lipsiae 1825. nicht die florentinische Lesart ist beybehalten worden. Es heißt daselbst: *et nomina sint ad dotis quantitatem, neque amplius, necesse habebit mandare actiones.*

62) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 41. pag. 357.

ausgedrückt worden, ohne sich an die Worte zu binden. Es heißt daselbst: Μέχρις ἐυπορίας δὲ ἀνὴρ καταδικάζομενος, καὶ χρεώστας ἔχων, ἀναγκάζεται μέχρι τοῦ πόσου τὰς κατ' αὐτῶν ἐκχωρεῖν ἀγωγὰς. i. e. *Maritus, in quantum facere potest, condemnatus, et debitores habens, necesse habet usque ad quantitatem mandare adversus eos actiones.* Die Basiliken geben uns also so wenig Veranlassung, daß andere neque bei Scävola wegzustreichen, daß sie vielmehr noch einen Grund mehr enthalten, es stehen zu lassen.

Betrügen die ausstehenden Forderungen des Mannes mehr, als die dos, das Uebrige reicht auch noch zu seinem Unterhalte hin, so muß der Mann der Frau actiones cessas auf die ganze dos geben, weiter aber auch nicht, und er wird dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit<sup>63)</sup>). Will er sich zu dieser Cession nicht verstehen, so kann die Frau auf baare Bezahlung dringen. Dies ist es, was der griechische Scholiast Dorotheus<sup>64)</sup> noch dagegen zur Erläuterung bemerkt. Εὰν ἀνὴρ εἰς δύσον ἐυπορεῖ καταδικασθῆ ἐπὶ τῇ προικὶ, ἔχει δὲ ἀγωγὰς ἐν περιουσίᾳ, δφείλει ἐκχωρεῖν τὰς ἀγωγὰς τῇ γυναικὶ πρὸς τὴν ποσότητα μὲν τοι τῆς προτοκὸς, καὶ οὐ περαιτέρω. — Ei δὲ καὶ μὴ ἐκχωρῆδη, καλῶς κινεῖ πρὸς τὴν λύσιν.

Die Wohlthat der Competenz ist nun zwar höchst persönlich, und kommt daher weder dem Bürgen<sup>65)</sup>, noch

65) L. 51. in fin. D. de peculio. Et in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione sit.

64) Basilica Tom. IV. pag. 599. Sch. q. et r.

65) L. 24. pr. D. de re iudic. L. 7. §. 1. D. de exception.

S. Franc. RAGUELLE Commentar. ad Constitutiones

dem Erben zu statten <sup>66)</sup>). Sie muß aber doch dem Stellvertreter so gut, wie dem Ehemanne, zustehen. Der Defensor des Mannes hat daher seiner Vertretungsverbindlichkeit ein Genüge gethan, wenn er der Frau so viel zahlt, als sie bekommen hätte, wenn sie gegen den Mann selbst geklagt haben würde <sup>67)</sup>). Bey dem Procurator aber kommt es darauf an, ob die Verurtheilung noch bey Lebzeiten des Mannes erfolgt. Hier geschieht sie, in quantum facere potest. Nach dem Tode des Mannes erfolgt condemnatio in solidum <sup>68)</sup>). Eben so ist die Wohlthat der Competenz von Wirkung, die Frau mag die dos selbst zurückfordern, oder ein Anderer, der in ihre Stelle und Rechte eintritt, es sey ihr Erbe <sup>69)</sup>, oder ein Dritter, z. B. der Vater, oder der zweyte Mann, dem die Frau den ersten wegen der dos delegirt hat <sup>70)</sup>,

et Decisiones Justiniani. pag. 349. Vorzüglich DONELLUS Commentariorum de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 25. et 24. D. de re iudicata.

66) *L. 12. in fin. L. 13. D. h. t. L. 24. §. 1. D. de re iudicata. L. 8. in fin. Cod. Solutio matrimon.* Hierauf geht auch *L. 68. D. de div. Reg. iur.* wie aus der Inscription dieses Fragments erhellet. PAULUS libro singulari de dotis repetitione. S. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Vidimus. (Oper. Tom. II. p. 529.) Die Erben können jedoch, wenn sie in solidum sind condamnirt worden, abrechnen, was der Mann compensiren sonnte. *L. 15. §. 1. D. h. t.*

67) *L. 14. pr. D. h. t. Basilica Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 14.* pag. 546.

68) *L. 23. D. de re iudicata.* S. DONELLUS ad h. L. c. l.

69) *L. 27. D. h. t.*

70) *L. 32. D. h. t. JULIANUS libr. II. ad Urseium Fercem.* Si prior maritus posteriori dotis nomine tan-

oder auch der Fiscus, wenn er das Vermögen der Frau eingezogen hat, und gegen den Mann auf dessen Herausgabe klagt, ne in perniciem mariti mulier puniatur<sup>71)</sup>). Diese Rechtswohlthat ist dem Manne so eigen, daß auch nicht einmal eine ausdrückliche Begebung derselben von Wirkung ist<sup>72)</sup>). Er muß jedoch, wenn er nachher wieder in bessere Vermögensumstände kommt, den Rest noch nachzahlen<sup>73)</sup>), und deshalb der Frau Caution leisten<sup>74)</sup>). Hat der Richter aus Unwissenheit des Rechts den Mann auf das Ganze verurtheilt, so kann er sich mit der exceptio doli schützen<sup>75)</sup>), wenn er mit der actio indicati belangt wird<sup>76)</sup>). Man könnte zwar sagen, die richterliche Sentenz sey hier ipso iure richtig, weil

quam debitor mulieris dotem promiserit, non plus,  
quam id, quod facere possit, dotis futurum esse.

71) L. 36. D. h. t. Vort Comment. ad Pand. h. t. §. 19.  
in fin.

72) L. 14. §. 1. D. h. t. S. Jo. ALTAMIRANUS in libr. I.  
Quaestionum Scaevolae Tract. I. ad L. 55. D. de ne-  
got. gest. (in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 381.) und  
den 25. Th. dieses Commentars §. 1245. S. 551.

73) L. 8. Cod. h. t. (V. 18.) Impp. DIOCLETIAN. et MA-  
XIM. Nec maritus, licet post divortium, in quantum  
facere possit, condemnandus est, postea idoneus  
factus, qui non reddiderat integrum, residui proba-  
biliter solutionem recusat.

74) L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act.

75) L. 17. §. 2. D. Soluto matrim. PAULUS libro VII. ad  
Sabinum. Si in iudicio dotis iudex, ignorantia iuris  
lapsus, condemnaverit maritum in solidum: NEBRATIUS,  
SABINUS, doli exceptione eum uti oportere, aiunt,  
eaque tutum fore.

76) L. 41. §. 2. D. de re indicata.

der iudex pedaneus, statt über das factum zu entscheiden, gegen den Inhalt seines Auftrags, über und gegen einen Rechtsaß entschied<sup>77)</sup>). Dieses behauptet auch Ludwig Charondas<sup>78)</sup> wirklich. Allein es läßt sich nicht behaupten. Denn entweder hatte der Chemann vor Gericht die Einrede der ihm zustehenden Competenz vorgeschützt, oder nicht. Ersteres ist unstreitig der Fall, den Paulus hier vorausseht. Denn nur eigentlich in diesem Falle läßt sich bei dem Richter eine Rechtsunwissenheit annehmen, wenn er gleichwohl den Mann auf das Ganze verurtheilt, weil er glaubte, jene Rechtswohlthat stehe ihm nicht zu. Hier kann der Mann die exceptio doli verschützen, wenn die actio iudicati gegen ihn auf das Ganze gerichtet wird. Die Rechtskraft steht dieser Exception nicht entgegen. Denn der Chemann, der sie vorschützt, gesteht ja, daß er nach der Strenge des Rechts das Ganze zu bezahlen schuldig sey, und insoweit sey gegen das Erkenntniß nichts einzuwenden. Allein da er sich in einer solchen Lage befinde, wo ihm seine Vermögens-Umstände nicht erlaubten das Ganze zu bezahlen, so sey es Unrecht, daß der Richter nicht auf seine vorgeschützte Einrede der Competenz erkannt habe. Ein Anders wäre, wenn diese Exception in Streit gezogen, und nach vorher gegangener Untersuchung als ungegründet wäre verworfen worden<sup>79)</sup>. Aber auch in dem andern Falle, wenn der Mann

77) L. 1. §. 2. D. Quae sententiae sine appellat. rescindantur. L. 2. Cod. Quando provocare non est necesse. (VII. 64.) S. Harscher von Almendingen Metaphysik des Civilprocesses. 1. Band S. 281—285.

78) Neisavör seu Verisimilium Lib. I. Cap. 18. (in Thes. iur. Rom. Ottonian. Tom. I. col. 729.)

79) L. 8. §. 2. D. de negot. gestis. L. 7. §. 1. D. de compensat.

die Exception gar nicht vor Gericht vorgeschützt hat, und deswegen auf das Ganze verurtheilt worden ist, muß ihm doch noch diese Rechtswohlthat zu statten kommen. Dem Richter kann hier nichts zur Last gelegt werden. Er würde der Klägerin Unrecht gethan haben, wenn er anders erkant hätte. Er konnte auch nicht anders erkennen, weil er ja nicht wissen konnte, warum der Beklagte die Exception nicht vorschützte. Dem Beklagten kann aber auch das bey nichts zur Last gelegt werden, weil ja erst die Zeit des rechtskräftigen Erkenntnisses entscheidet, ob der Mann das Heyrathsgut ganz restituiren kann, oder nicht. Es kann ihm also auch hier die Rechtskraft nicht entgegenstehen, um von der ihm zustehenden Rechtswohlthat noch Gebrauch zu machen<sup>80)</sup>. Es ist solchem nach in keinem Falle das richterliche Erkenntniß für richtig zu halten, wodurch der Richter den Mann auf das Ganze verurtheilt hat, er mag die Einrede der Competenz vorgeschützt haben, oder nicht. Denn der Mann bleibt ja doch, wie auch hierbey der griechische Scholiast<sup>81)</sup> bemerkt hat, wegen des Rests verbindlich, und muß auch deshalb Caution leisten.

§. 1279. a.

Bedingung der Wohlthat der Competenz beym Ehemann. Erläuterung der L. 18. §. 1. D. h. t.

Uebrigens wird bey dieser Rechtswohlthat vorausgesetzt, daß der Mann nicht dolo malo sein Vermögen vermindert habe. Dies erfordert nicht nur Justinian in der L. un. §. 7. Cod. de rei uxori. act. sondern eben

80) Man sehe hier vorzüglich DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 41. §. ult. D. de re iudicata.

81) Basilica Tom. IV. pag. 58a. Sch. d.

dies hat auch Pomponius L. 18. §. 1. D. h. t. welche aus desselben Lib. XVI. ad Sabinum entlehnt ist, noch genauer bestimmt. Er sagt nämlich:

*Licet in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus praestet, cum tamen quaeritur in iudicio de dote, an facere possit, DOLUS duntaxat comprehenditur, quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda, quamquam eum duntaxat dolum ei nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit, ne ei solidum solveret, non propter quemlibet alium. OFILIUS autem aiebat, si dolo mariti res dotalis interiisset, et alioquin solvendo non esset, quamvis nihil dolo fecisset, quominus solvendo esset; perinde tamen eum damnandum eius rei dotalis nomine, in qua dolum fecisset, atque si dolo eius factum esset, quominus facere possit.*

Pomponius lehrt hier, in wiefern schlechte Verwaltung, wodurch der Mann außer Stand gekommen ist, das Ganze zu zahlen, ihn um sein Privilegium bringe. Er zeigt, daß der sonst als ausgemacht angenommene Satz, der Ehemann habe nicht bloß für dolus, sondern auch für culpa, nämlich in concreto, d. i. in suis rebus non consueta<sup>82)</sup>), hier keine Anwendung finde. Hier schade ihm nur dolus. Aber auch nicht einmal jeder dolus, sondern Pomponius macht einen Unterschied zwischen der schlechten Verwaltung des eignen Vermögens des Mannes, und der des Dotalvermögens. Im Unschung jener läßt sich nur dann ein solcher dolus, der für den Mann den Verlust seines Priv

82) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1233. S. 118 ff.

vilegiums zur Folge hat, annehmen, wenn bey der schlechten Verwaltung seines Vermögens seine Absicht gerade auf den Verlust der Frau gerichtet war; außerdem macht ihn die schlechte Verwaltung seines eignen Vermögens nicht verantwortlich. In Unsehung der fehlerhaften Verwaltung der res dotalis hingegen genügt jeder dolus, durch den dieselbe ganz oder theilweise verloren geht, (denn beyde Fälle begreift der hier gebrauchte Ausdruck interire unter sich) um den Mann in Beziehung auf diese Sache seiner Rechtswohlthat für verlustig zu erklären. Also omissio diligentiae, quam suis rebus adhibere solet, wenn gleichwohl gewiß eigentliche culpa lata, reicht hier nicht hin, weil sonst aller Unterschied zwischen diesem Falle, und der Frage, ob er überall verantwortlich bleibe, verschwinden würde<sup>83</sup>).

### §. 1279. b.

Wem steht die Wohlthat der Competenz noch, außer dem Chemann, zu? Erläuterung der L. 53. D. h. t. und L. 49.

#### D. de re iudic.

Außer dem Chemanne, steht die Rechtswohlthat der Competenz auch noch 2) den Kindern des Mannes zu, wenn sie als Erben ihres Vaters de dote belangt werden.

L. 18. pr. D. h. t. POMPONIUS libro XVI. ad Sabinum. Etiam filios mulieris, qui patri heredes exstiterunt, in id, quod facere possunt, condemnandos, LABEO ait.

83) S. Joh. Christ. Hasse Culpa des Römischen Rechts.

5. Kap. §. 62. S. 255 — 257. Man vergleiche auch die Scholien des Theodorus und Cyrillus in den Basiliken Tom. IV. pag. 582. sq. Schol. e.

Deswegen steht aber den Kindern diese Rechtswohlthat nicht als Erben ihres Vaters zu, welches schon darum nicht seyn kann, weil die Gesetze ausdrücklich sagen, sie gehe nicht auf die Erben über, sondern erlöse mit der Person<sup>84)</sup>). Den Kindern steht vielmehr die Competenz als eine eigene Rechtswohlthat zu, wegen der nahen Blutsfreundschaft mit der Klägerin<sup>85)</sup>). Aus gleichem Grunde geben die Gesetze die Rechtswohlthat der Competenz auch 3) dem Vater des Ehemannes, wenn die Schwiegertochter gegen ihn de dote flagt, weil er bey der Frau die Stelle des Vaters vertritt<sup>86)</sup>).

*L. 15. §. 2. D. h. t. PAULUS libr. VII. ad Sabinum. SOCERO quoque, cum quo NURUS de dote agit, idem honor habetur, ut in id damnetur, quod facere potest.*

*L. 16. eodem. POMPONIUS libro XVI. ad Sabinum. Quia parentis locum SOCER obtinet.*

*L. 21. D. de re iudicata. PAULUS libro VI. ad Plautium. Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur.*

Diese Wohlthat steht aber dem Schwiegervater zu, nicht nur, wenn die Schwiegertochter selbst flagt, sondern auch wenn ein Anderer die dos zurückfordert, der in ihre Stelle getreten ist. Es ist dies nicht nur der allgemeinen

84) *L. 12. et L. 13. D. h. t.*

85) *S. Franc. RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad Tit. Dig. de re iudicata, in Adpendice partiis II. §. 4 et 5. (Tom. VII. Thes. Meerm. pag. 158.)*

86) *S. Everard. BRONCHORST Εραντιοφανῶν. Centuria III. Assert. 16. pag. 283. und DEL MANZANO c. I. §. 22. pag. 143.*

Regel gemäß: Qui in ius dominiumve alterius succedit, iure eius uti debet<sup>87)</sup>; sondern eben dieses sagt auch die L. 27. D. h. t. welche aus GAIUS libro XI. ad Edictum provinciale genommen ist. Hier heißt es:

Si post divortium mortua muliere, HERES eius cum viro parenteve eius agat: eadem videntur de restituenda dote intervenire, quae, ipsa muliere agente, observari solent.

Noch ist im Allgemeinen zu bemerken, daß die Rechtswohlthat der Competenz nicht so weit ausgedehnt werden dürfe, daß diejenigen Personen, denen sie bey der Restitution der dos zusteht, von ihrem Vermögen auch das abziehen könnten, was sie noch andern Gläubigern schuldig sind. Ulpian sagt libro LXIII. ad Edictum<sup>88)</sup>: Sunt, qui in id, quod facere possunt, conveniuntur, id est, non deducto aere alieno. Wer nun diese Personen sind, zeigt er nachher, und führt unter denselben in der darauf folgenden Stelle, die aus desselben libro X. ad Edictum<sup>89)</sup> genommen ist, den maritus, si de dote in id, quod facere potest, convenitur, ausdrücklich an. Von dem Ehemanne ist auch Tryphon in zu verstehen, welcher Libro XII. Disputationum<sup>90)</sup>, sagt:

Si filiofamilias dos data est, ipse quidem datis actione tenetur, pater autem eius de peculio. Nec interest, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, nec ne: sed quatenus facere potest,

87) L. 177. D. de div. Reg. iuris.

88) L. 16. D. de re iudicata.

89) L. 17. D. eodem.

90) L. 55. D. Soluto matrim.

hic quoque condemnandus est. Intelligitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei iudicandae tempore. Atquin, si cum patre agatur, deduceretur ex peculio, quod patri vel subiectis ei personis filius debet: at si cum ipso filio agatur, alterius debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit filius.

Es ist hier von dem Falle die Rede, da der Mann, der das Heyrathsgut empfangen hatte, zur Zeit der Trennung der Ehe noch unter väterlicher Gewalt stand. Hier hastet der Sohn mit der actio de dote, der Vater aber mit der actio de peculio<sup>91)</sup>, das Peculum des Sohns mag gerade aus der dos, oder aus einem andern Fond bestehen, den der Vater dem Sohne gegeben hat. Der Unterschied besteht nun darin. Wird der Sohn belangt, so geht die actio de dote auf das Ganze. Reicht dieses nicht hin, so wird er, wenn er gleich noch in der väterlichen Gewalt ist, doch nur in so weit verurtheilt, quanto tenus facere potest, weil er als Chemann belangt worden ist. Das facere posse beurtheilt man aber nach der Beschaffenheit seines Peculiums, welches er zur Zeit des rechtskräftigen Erkenntnisses besitzt. Dies wird nun ganz gerechnet mit allem, was dazu gehört, und er darf davon vorher nicht abziehen, was er dem Vater oder andern in desselben Gewalt stehenden Personen schuldig ist. Wird hingegen der Vater mit der actio de peculio belangt, so zieht er zuvor ab, was der Sohn dem Vater und andern ihm unterworfenen Personen schuldig ist. Denn auch das Letztere gehört

91) L. 36. D. de peculio.

dem Vater<sup>92)</sup>). Nur der Donator hat das Vorrecht, daß er, wenn er aus der Schenkung belangt wird, bei Berechnung der Competenz von seinem Vermögen auch seine übrigen Schulden abziehen darf. Beide Fälle stellt Paulus einander gegenüber, wenn er in der *L. 49. D. de re iudicata*, welche aus desselben *Lib. II. Manualium* genommen ist, sagt:

Et ex heredatum, vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu, nisi in id, quod facere potest, condemnandum. Quemadmodum autem facere posse credatur, videndum est: utrum deducto omni aere alieno, ut is, qui ex donatione convenitur: an, ut MARITUS et patronus, nullo deducto aere alieno? Et indubitati iuris est, ad similitudinem VIRI et. patroni eum detraherendum: pinguis enim donatori succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.

Paulus spricht hier eigentlich von der Competenz-Wohltthat, welche einer Person zusteht, die während der väterlichen Gewalt Schulden gemacht hat, und, nachdem sie durch den Tod des Vaters sui iuris geworden, von ihren Gläubigern wegen derselben belangt wird, allein solche ganz zu bezahlen außer Stande ist, weil der Vater den Sohn enterbt, oder weil er sich wegen der väterlichen Schulden von der Erbschaft des Vaters losgesagt hat.

92) *L. 9. §. 2. et 3. D. de peculio.* Ueber die *L. 53. D. h. t.* vergleiche man *Ger. Christ. RÜCKER Diss. ad variis Pandect. LL. in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. select. in academ. Belgic. habitar Vol. I. Tom. I. pag. 297. sq.*

Es ist von diesem Falle an einem andern Orte<sup>93)</sup> gehandelt worden. Indem nun Paulus die Frage aufwirft, wie weit sich das facere posse bey der Bestimmung dieser Competenz erstrecke, stellt er eine Vergleichung an zwischen dem Chemann, und dem Donator. Erster habe die Competenzwohlthat, nullo deducto aere alieno, letzter aber, wenn er aus der Schenkung belangt wird, deducto omni aere alieno. Die aufgeworfene Frage selbst entscheidet er nun so, daß der enterbte Sohn in Rücksicht der ihm zustehenden Competenz nach dem Beyspiel des Chemannes und des Patrons zu beurtheilen sey. *Indubitati juris est, ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum*<sup>94)</sup>. Es ist offenbar

93) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 897. S. 292. f.

94) Die Lesart ist hier sehr verschieden. *Haloander* liest *ei detrahendum*, und eben so *Lud. Miräus*, *Dionys. Gothofredus*, und *Simon van Leeuwen*. Dieser Lesart hat auch *Donellus Commentarior. de iure civ.* Lib. XXVII. ad. L. 26. D. de re iudicata sub rubr. de aere alieno deducendo, gehuldigt. Dagegen bemerkt *Lud. Charonbas*, der übrigens die florentinische Lesart beibehalten hat, daß sein Cod. Manuscr. *non detrahendum* lese. Beyde Lesarten: *ei non detrahendum*, sc. *aes alienum*, vereiniget *Jauchius* in *Meditation. crit. de Negationibus Pandect. Florentin. Cap. XVI. Nro. 51.* pag. 271. und ihm stimmt *Jos. Finestres Praelect. Cervariens ad Tit. Pandectar. de liberis et postumis. P. IV. Cap. IV. §. 50.* pag. 153. bey. Die übrigen alten Ausgaben, die ich verglichen habe, z. B. *Claud. Chevalonius*, *Wilh. Merlinus*, *Gaudoza Cestius* u. a. lesen *eum condemnandum*. Jedoch meint *Contius*, nach der Bemerkung des *Charonbas*, man müsse *non condemnandum* lesen. Allein daß alle diese Lesarten un-

unrichtig, wenn man das detrahendum hier mit dem aes alienum in Verbindung gebracht hat, und daher ganz sinnlos die Lesart *ei* detrahendum. Denn wer wird wohl vernünftiger Weise sagen: aes alienum debitori detrahendum? Der Schuldner ist es ja, welcher abziehen will, und nur, wenn er der Donator ist, abziehen kann, was er seinen Gläubigern schuldig ist<sup>95)</sup>). Das Wort *detrahere* wird hier vielmehr gerade in der Bedeutung genommen, wie es in einer Stelle des *Livius*<sup>96)</sup> gebraucht wird, wo es heißt: *Si nunc moratus fuerit, sciāt, regum maiestatem difficilius a summo fastigio ad medium detrahi, quam a media ad ima praecipitari.* In dieser Bedeutung wird auch das Wort *deducere* gebraucht, wenn Cicero<sup>97)</sup> sagt vom *C. Rabirius Postumus*: *Hoc ille natus, quamvis patrem numquam viderat, tamen et natura ipsa duce, quae plurimum valet, assiduis domesticorum sermonibus in paterna culpa similitudinem deductus.* Die Worte des *Paulus*: *ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum*, wollen also soviel sagen, Er

richtig sind, und die florentinische den Vorzug verdiene, haben *Jo. Gottfr. SAMMET Receptar. Lectionum ad Jauchium lib. sing. Disputat. II. Cap. 31.* (in *Opusc.* pag. 180. sq.) und *Ger. Christ. RÜCKER Diss. ad L. 6. §. 1. π. Quemadm. servitut. amitt. L. 49. π. de re iudicata, et L. 21. π. de pactis. Lugd. Batav. 1751. Cap. 2.* (in *Gerh. OBLRICH. Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. I.* pag. 291. — 298.) gezeigt.

95) *L. 12. D. de donat.*

96) *Lib. XXXVII. Cap. 45.*

97) *Orat. pro C. Rabirio Postumo. Cap. 2.*

ist bey der Berechnung der Competenz mit dem Ehemanne und Patron auf gleiche Linie zu setzen. Er kann daher, so wenig wie diese, seine übrigen Schulden vorher abziehen, wenn er auch nachweisen könnte, daß ihm, wenn er seine übrigen Schulden noch bezahlen sollte, der nöthige Lebensunterhalt nicht übrig bleiben würde<sup>98)</sup>.

Daß bey dem Donator die Competenzwohlthat eine ausgedehntere Wirkung hat, läßt sich wohl erklären. Denn es wäre ja unbillig, wenn der Donator, der blos nach Gewinn trachtet, selbst zum Nachtheil des Donators, mehr begünstigt werden sollte, als die übrigen Gläubiger, die das Ihrige fordern, und nur Schaden abzuwenden suchen. Tryphoninus libro XII. Disputationum<sup>99)</sup>) führt den Grund an: Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur sc. donator. Eine noch besonders wichtige Stelle ist die aus des Paulus libro singulari de iure singulari<sup>100)</sup>), welche so lautet:

Maritus FACERE POSSE creditur, nullo deducto aere alieno: item socius, item patronus, parensue. At is, qui ex donatione convenietur, omni aere alieno deducto facere posse intelligitur.

Wird also der Mann de dote belangt, und sein Vermögen übersteigt noch die Forderung seiner Frau, so daß es mit seinem Lebensunterhalt noch keine Noth hat; so wird er in das Ganze condemnit, wenn er auch

98) Man sehe auch Em. MERILLI. lib. sing. Differentiar. iuris, restitutus ex Libris Manualium Julii Pauli. (Neapoli 1720. 4.) Cap. XVIII. pag. 51.

99) L. 50. D. de re indicata.

100) L. 54. D. Solutio matrim.

nachweisen könnte, daß er noch andere Gläubiger habe, und er, wenn er auch diese noch befriedigen müßte, an Betstabs gerathen würde. Denn hier heißt es: *Occupantis melior conditio est*, d. i., der Gläubiger, welcher dem andern zuvorgekommen ist, erhält seine ganze Bezahlung, wenn auch noch mehr Schulden da sind<sup>1)</sup>.

Was von dem Chemann gesagt worden, gilt denn auch von den übrigen, denen bey der Restitution der dos die Wohlthat der Competenz zusteht. Denn des parens gedenkt ja nicht nur Paulus in der angeführten Stelle, sondern eben dieser Paulus sagt auch noch an einem andern Orte, *libro VI. ad Plautium*<sup>2)</sup> ausdrücklich:

*Sed et si cum PATRE patronove agetur, non est deducendum-aes alienum: maxime quod eiusdem conditionis personis debebitur, ut liberis, libertis.*

Nur der Donator allein, soll eine Ausnahme machen, wie aus den folgenden Worten<sup>3)</sup> erschellt:

*Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur: et quidem is SOLUS deducto aere alieno.*

1) *L. 19. pr. D. de re iudicatu. L. 27. D. Quae in fraudem creditor. S. Franc. Car. CONRADI ad Julii Pauli ex libro singulari de iure singulari reliqua. Lipsiae 1728. Fragm. III.*

2) *L. 19. cit. de re iudicata.*

3) *L. 19. §. 1. cit.*

---

## Lib. XXV. Tit. I.

### De impensis in res dotaes factis.

---

#### §. 1280.

Gegenforderungen des Belagten bey der Restitution der dos überhaupt. 1) Befreyung von übernommenen Verbindlichkeiten.

Bey der Restitution des Heyrathsguts können Gegenforderungen vorkommen, weshalb der Mann, oder wer sonst zur Restitution verbunden ist, entweder abrechnen, oder retainiren, oder wenigstens mit einer Klage sich helfen kann<sup>4)</sup>. Ersatz der aufgewandten Unkosten, wovon dieser Titel handelt, ist nun zwar immer einer der hier zur Sprache kommenden wichtigsten Punkte, aber doch nicht der alleinige. Die Gesetze gedenken auch anderer Gegenforderungen. Dahin gehört, daß der Mann Befreyung von den in Ansehung der dos übernommenen Verbindlichkeiten fordern kann<sup>5)</sup>, wovon Paulus *Libro V. ad Plautium*<sup>6)</sup> folgendes Beyspiel giebt:

4) *S. Car. Jul. Meno VALETT* Diss. de retentionibus ex dote faciendis. *Goettingae* 1820. 8. von *Wening* in *Ingenheim* Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. S. §. 49.

5) *S. Voet* Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 22.

6) *L. 55. D. Soluto matrimon.*

Cum mulier de dotis repetitione post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, qui aedium nomine damni infecti cavit, si velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat.

Der Mann hatte wegen eines baufälligen Gebäudes, welches zur dos gehörte, die cautio damni infecti geleistet<sup>7)</sup>. Diese Caution erlischt mit Aufhebung der Ehe nicht, sondern der Mann bleibt auch noch nachher daraus verbunden<sup>8)</sup>. Die Frau muß ihm also dafür gutstehen, daß sie ihn entschädigen wolle, wenn er aus der stipulatio damni infecti noch nach getrennter Ehe belangt werden sollte; und so lange ihn die Frau gegen diese Besorgniß nicht durch hinlängliche Caution gesichert hat, braucht er ihr die dos nicht zurückzugeben.

### §. 1281.

II. Ersatz der Verwendungen. Verschiedene Arten derselben, und deren rechtliche Folgen. I. Notwendiger Aufwand. Was heißt: Impensa necessariae dotem minuant ipso iure?

In diesem Titel ist nun vorzüglich von dem Ersatz der von dem Manne der dos wegen gemachten Verwendungen die Rede<sup>9)</sup>. Diese werden hier unter den

7) L. 19. §. 1. L. 24. §. 2. D. de damno infecto.

8) Arg. L. 40. §. 3. D. de heredit. petit. L. 19. D. de Rei vindicat. S. DUARENUS ad L. 55. D. h. t. (Oper. pag. 290.)

9) Die vorzüglichsten Schriften sind Hug. DONELLI Commentarii de iure civ. Lib. XIV. Cap. 8. §. 4. sqq. (Tom. VIII. pag. 237 — 241. edit. Norimberg. 1825. 8.) Guil. MASCI Singularium Opinion. iuris libri duo.

Namen *impensae* verstanden, in einer nicht so ausgedehnten Bedeutung, als welche das Wort *expensae*, Ausgaben, hat<sup>10</sup>), obwohl auch die Ausdrücke *impensae* und *expensae* zuweilen mit einander verwechselt werden<sup>11</sup>). Solche Verwendungen können nun entweder der physischen oder juristischen Substanz der Sache zu Gute gekommen seyn, z. B. der Aufwand besteht in Prozeßkosten, dadurch der Sache ein Recht erhalten, oder nachtheilige Rechte von ihr abgewendet worden sind, Im-

(Lovan. 1641. 4.) Lib. II. Cap. 9. Greg. MAJANSII Disputat. de impensis in res dotales factis: in Eius *Disputation. iuris civilis.* Tom. I. (Lugd. Batav. 1752. 4.) Disp. XXVIII. pag. 423 — 437. Guil. BRETHI Disp. exhibens Conjecturas quasdam ex iure civili. *Trajecti ad Rhen.* 1704. Cap. I. *Quid sibi velit illud vulgatum, impensas necessarias dotem ipso iure minuere.* (in Ger. OBLRICHS *Thes. Dissertation. iuridicar. select.* in academ. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. I. pag. 197 — 205.) und Carl Gul. Meno Balett von den Verwendungen auf die dos; in desselben pract. theoretischen Abhandlungen aus dem Gebiete des Röm. Privatrechts. 1. Bändchen. Göttingen 1824. S. 1. Abh.

- 10) Gewöhnlich sieht man den Unterschied zwischen *Impensae* und *Expensae* darin, daß erstere ein in die Sache selbst, letztere aber ein bloß zum Zweck derselben gemachter Aufwand sind. S. Thibaut System des Pandectenrechts. 1. Th. §. 266. Scheppe Röm. Privatrecht. §. 207. und von Wening. Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. B. §. 122. Allein man s. NETTELBLADT Syst. elem. iurisprud. positivae Germanor. commun. gen. §. 44. und Balett angeführte Schrift §. 1.
- 11) L 12. pr. C. de petit. hered. (III. 31.) L. un. §. 5. C. de rei ux. act.

*pensae in rem ipsam factae<sup>12)</sup>); oder sie sind bloß der Fruchtgewinnung wegen verwendet worden, *Impensaे quaerendorum fructuum causa factae<sup>13)</sup>).* Auf diesen Unterschied kommt viel an, wenn die Frage ist, inwiefern dem Ehemanne die gemachten Verwendungen zu vergüten sind. Auf diesen Unterschied scheinen sich die Worte Ulpian's L. 5. pr. D. h. t. zu beziehen, welche aus desselben libro XXXVI. ad Sabinum genommen sind:*

Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsum factae sunt: ceterum, si extrinsecus, non imminuent dotem.

Die Glossa erklärt sie aus L. 3. D. eodem: welche aus demselben Buche des Ulpian's genommen sind, wo es heißt §. 1.

Nos generaliter definiemus, multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri, vel<sup>14)</sup> ad eam, quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum. Si in praesentis, cum fructibus hoc compensandum, si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.

12) L. 1 — 15. D. h. t. L. 7. §. 16. in fin. D. Soluto matrimonio.

13) L. 16, D. h. t. L. 7. §. 16. D. Soluto matrimon.

14) Das vel erklärt Dionys. GOTHOFREDUS durch id est, wie es auch in der Überschrift des Titels: Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur genommen wird. Es sollen auch einige Manuskripte so lesen.

Auf diesen Unterschied bezieht sich auch wohl, was derselbe Ulpian *L. 1. §. 2. D. eodem*, die eben daher entlehnt ist, in folgenden Worten sagt:

*In necessariis impensis hoc sciendum est, eas demum impensas dotem minuere, quae in dotem factae sunt: ceterum si in dotem factae non sint<sup>15)</sup>), non habent in se reputationem.*

Geht man nun den ganzen Theeengang durch, so wie er uns in den auf einander folgenden Fragmenten des Ulpian's, die alle aus demselben *Libro XXXVI. ad Scabinum* genommen, und nur durch eingeschobene aus Paulus unterbrochen sind, vor Augen liegt, so ergiebt sich, daß die impensae in dotem ipsam factae diejenigen sind, welche auf die Substanz der Sache wirken, *extrinsecus autem factae*, solche genannt werden, welche nicht in dotem ipsam, obwohl in Beziehung auf die dcs, gemacht worden sind. Denn auch solche Verwendungen, welche zur Gewinnung der Früchte gemacht werden, können nothwendig seyn, wenn sie erforderd werden, da mit die Sache den ordentlichen und gewöhnlichen Nutzen gewähren könne, den ihr Zustand möglich macht, wie Heratius *libro VI. Membranarum* lehrt, dessen Ansicht in der *L. ult. h. t.* niedergelegt ist. Allein sie sind doch nicht in dotem ipsam verwendet, wenn ihr Nutzen nicht fortwährend ist, sondern blos für die gegenwärtige Zeit gemacht ist. Es ergiebt sich also aus dem allen, daß das *extrinsecus* eine Beziehung auf die eos selbst haben müsse, und nicht von andern der Frau gehörigen

15) In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 1. heißt es: τὰ εἰς ἄλλο τι γενόμενα. i. e. in aliud quidpiam factae sc. impensae.

Sachen, die nicht zum Brautschatz derselben gehören, so wie man das *extrinsecus* gewöhnlich zu verstehen pflegt<sup>16)</sup>, erklärt werden könne. Denn von andern Verwendungen für die Frau, die nicht auf die dos selbst sich beziehen, ist in diesem Titel gar keine Rede, und dann zeigt ja der Nachsatz: *si extrinsecus, non imminuent dotem*, deutlich genug an, daß das *extrinsecus* eine Beziehung auf die dos haben müsse. Das übrige Vermögen der Frau, ihre Paraphernalgüter, gehören also nicht hierher. Es finden daher die für die impensae in dotem factae in diesem Titel vorgetragenen Grundsätze auf die Paraphernalgüter der Frau keine Anwendung, sondern es finden hier die gemeinen Grundsätze von Verwendungen statt, so wie sie an andern Orten, bey der rei vindicatio<sup>17)</sup>, ferner bey der actio pignoratitia<sup>18)</sup>, sind vorgetragen worden. Bey den Paraphernalgütern können daher alle Arten von Verwendungen zur Compensation gebracht werden, sogar unter gewissen Einschränkungen die impensae voluptuariae, wenn nur die Paraphernalgüter in des Mannes Hände durch ein Geschäft gekommen sind, welches Compensation zuläßt, also z. B. nicht durch ein depositum.

Um nun aber auf die oben schon berührte Frage vom Ersatz der wegen der dos gemachten Verwendungen wieder zurückzukommen, so sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

16) S. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. seu Pand. a SMALLENBURG editae, notisq. auctae. Tom. IV. ad L. 1. §. 2. D. h. t. und Balett angef. Abhandlung §. 12.

17) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 592. S. 301—310.

18) S. den 14. Th. §. 866. S. 65—67.

I. Es sind die Verwendungen blos der Früchte wegen gemacht worden. Diese muß der Mann mit den gezogenen Früchten compensiren, so weit er solche nicht restituirt, und kann dafür keine Vergütung fordern, selbst dann nicht, wenn diese Verwendungen zugleich auch auf die Erhaltung der Sache selbst wirkten, wie aus folgender Gesezstelle erhellet:

*L. 16. D. h. t. NERATIUS libro VI. Membranarum. Et ante omnia quaecunque impensaे quaerendorum fructuum causa factae erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant, ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint, eas vir ex suo facit: nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.*

Hätte der Mann auch einmal in einem Mißjahr außerordentliche Kosten auf die Gewinnung der Früchte verwenden müssen, weil z. B. die außerordentliche Nässe in dem Jahre, oder das überhäufste Ungeziefer, oder andere physische Ursachen, außerordentliche Anstalten nothwendig machten; sie waren aber doch nur für den Fruchtgewinn dieses Jahres gemacht, und haben also für die Zukunft keinen bleibenden Nutzen, so müssen auch diese Kosten mit den Früchten compensirt werden. Dies ist es, was Ulpian in den oben aus L. 3. §. 1. angeführten Worten sagt:

Si in praesentis, (sc. anni fructum) cum fructibus hoc compensandum <sup>19)</sup>.

19) Die Lesart bey Miräus: Si in praesens, cum fructibus hoc computandum, verdient wohl nicht der florentinischen vorgezogen zu werden. Letztere stimmt auch

Eben so müssen mit den Früchten auch die Steuern und öffentlichen Abgaben, welche der Mann von den fundus dotalis hat leisten müssen, compensirt werden, und es findet daher wegen derselben kein Ersatz statt. *Onus enim fructuum*, sagt *Paulus Lib. VII. Bre-  
vium*<sup>20)</sup>, *haec impendia sunt.*

Zu den impensis fructuum quaerendorum causa factis gehören übrigens nicht blos die Kosten des Pflüs-  
gens und Säens, und dergleichen, sondern auch die ges-

mit den *Basilicis Tom. IV. pag. 417.* überein, wo es heißt: *Εἰ μὲν πρὸς τὸν παρόντα ἐνιαυτὸν φέρεται τὸ δαπάνηδεν, καὶ τὸν παρποὺς τοῦ ἐνιαυτοῦ, ἀντιλογίζεται τοῖς παρποῖς η δαπάνη.* Si quidem, quod impensum est, ad praesentem annum pertineat, et anni fructus, impensa cum fructibus compensatur. Uebrigens ist kein Grund vorhanden, den *praesens annus* gerade nur von dem Jahre zu verstehen, in welchem sich die Ehe auflöst, wie Valett in der angef. Abhandl. §. 8. S. 21. behauptet. Denn wenn gleich zu der Zeit die Gegenforderungen des Mannes erst zur Sprache kommen, so brauchen sie sich doch nicht gerade aus diesem Jahre herzuschreiben. *Praesens annus* nennen die Ge-  
seze nie das letzte Dotaljahr. Man vergleiche nur *L. 7. D. Soluto matrim.* und *L. un. §. 9. C. de rei ux. act.* Das impensum in praesentis anni fructum, wird hier einer solchen erogatio entgegengesetzt, quae non fuit ad praesens tempus tantum apta, sed ad perpetuam utilitatem agri pertinet. Ist von den Früchten des letzten Jahres die Rede, welche unter die Ehegatten nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe dauert hat, vertheilt werden, so zieht der Mann verhältnismäßig die darauf verwandten Kosten ab, das Uebrige wird getheilt. *L. 7. pr. D. Soluto matrim.*

wöhnliche Erhaltung der Gebäude, sofern nämlich aus denselben Früchte gewonnen werden, und auch wohl infolfern, als diese Gebäude zur Aufnahme und Aufbewahrung der Früchte dienen. Ulpian lehrt dieses in einer aus derselben libro XXXI. ad Sabinum entlehnten Stelle, es ist die L. 7. §. 16. D. Soluto matrim.

*Impendi autem fructuum percipiendorum causa,* POMPONIUS ait, *quod in arando serendoque agro impensum est: quodque in tutelam aedificiorum, aegrumve servum curandum: scilicet si ex aedificio, vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hae impensa non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet: quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est.*

II. Es sind Kosten auf die Dotsachen selbst verwendet worden. Hier sind dreyerley Arten von Verwendungen zu unterscheiden, nothwendige, impensa necessariae, nützliche, utiles, und blos verschönernde, voluptuariae<sup>21)</sup>). Soviel

A) die nothwendigen Verwendungen anbetrifft, so werden unter dieser Benennung hier diejenigen verstanden, welche der Mann zu machen genötigt war, weil sie die Erhaltung der Sache und Abwendung der Klage auf Leistung des Interesse wegen Vernachlässigung erforderte<sup>22)</sup>). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 1. §. 2. D. h. t. ULPIANUS libro XXXVI. ad Sabinum. NECESSARIAE hae dicuntur, quae

21) L. 1. pr. D. h. t.

22) S. Balett angef. Abhandl. §. 2—4. von Wening-Gingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. B. §. 49.

habent in se necessitatem impendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.

§. 3. Inter necessariās impensas esse LABEO ait, moles in mare vel flumen projectas: sed et si pistrinum <sup>23)</sup>, vel horreum <sup>24)</sup> necessario factum sit, in necessariis impensis habendum erit. Proinde FULCINIUS inquit, si aedificium ruens, quod habere mulieri utile erat, refecerit; aut si oliveta reiecta <sup>25)</sup> restauraverit, vel ex stipulatione damni infecti <sup>26)</sup>, ne committatur, praestiterit <sup>27)</sup>.

23) Eine Getreidemühle, wo auch zugleich das Brod gebacken wurde. S. PIRISCI Lexicon. Antiquitat. Rom. Tom. III. voc. *Pistrinum* pag. 91.

24) Ein Vorrathsggebäude. S. den 11. Th. S. 216.

25) Haloander liest defecta. Eben so MIRÄUS. NIC. CATHARINUS Observation. et Conjecturar. lib. Cap. 18. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 490.) substituit senecta, i. e. senectute obsita et confecta, welches jedoch ANT. SCHULTING in Notis ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 355. verwirft. Baudoza und Merlin lesen deiecta. Diese Lesart billigt van BYNTERSHÖF in nota ad h. L. in Corp. iuris Gebauer. et Spangenb. und führt zur Bestätigung an L. 12. pr. D. de *Usufr.* et L. 58. D. de *contr. emt.* Jedoch meint er, könnte auch electa gelesen werden. Die florentinische Lesart vertheidigt jedoch DIONYS. GOTHOFREDUS, und erklärt das Wort durch Oliven-Gärten, die durch die Gewalt des Sturmwindes verwüstet worden sind. Die Basiliken Tom. IV. p. 416. haben blos η θλαιώνα ohne Beantwort.

26) Russard subintelligirt hier nomine. Dies Wort sey durch einen Graciemus weggelassen. Contius hingegen meint, es müsse vielmehr bey praestiterit, das Wort

*L. 2. D. h. t. PAULUS libr. VII. ad Sabinum.*  
Vel in valetudinem servorum impenderit.

*L. 3. h. t. ULPIANUS libro XXXVI. ad Sabinum.* Vel si vites propagaverit, vel arbores curaverit, vel *seminaria*<sup>28)</sup> pro utilitate agri fecerit; necessarias impensas fecisse videbitur.

*L. 4. h. t. PAULUS libro XXXVI. ad Edictum.* Et in totum, id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tantum damnabit, *quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri.* Sed hoc differt, quod factarum ratio

cautum oder satis hinzugedacht werden. Soviel ist gewiss, daß der Mann, welcher wegen des zur dos gehörigen Gebäudes die *cautio damni infecti*, um die missio in possessionem praedii dotalis abzuwenden, (*L. 1. pr. D. de fundo dotali*) geleistet, und sich deswegen mit dem Nachbar verglichen, impensas necessarias gemacht habe, wie die Glossa diese Stelle ganz richtig erklärt hat. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 1. heißt es: καὶ τὸ δοῦναι τι, διὰ τὸ μὴ βεβαιωθῆναι τὴν περὶ μελλούσης συμπτώσεως ἀσφάλειαν. I. e. vel si quid dederit, ne stipulatio damni infecti committeretur. S. auch SCHULTING Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 355.

27) Von dieser *cautio damni infecti* ist oben gehandelt worden. §. 1280. S. 375.

28) *Basilica* T. IV. pag. 417. haben σπερματοθήκας. So rechtfertigt sich die Erklärung der Glossa, welche das Wort *Seminaria* durch loca, ubi frumentum ad seminandum reponitur, erlärt, ob man gleich sonst darüber Baumschulen zu verstehen pflegt. S. Jo. Gail. HOFFMANN Observation. variae s. Meletemata ad Pandect. Diss. XXII. §. 9.

habetur, *etsi res male gesta est: non factarum, ita, si ob id res male gesta est.* Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur: si non fecerit; deusta ea nihil praestabit.

Es erhellet zugleich aus dieser Stelle, daß der Mann nicht unbedingt für die Vernachlässigung des nothwendigen Aufwandes haftet, sondern nur insofern, als gerade dadurch, daß er ihn nicht machte, die Dotalssache Schaden gelitten hat. Dies ist hier der Sinn der Worte: *non factarum ita, si ob id res male gesta est.* Nur hier muß der Mann das volle Interesse leisten<sup>29)</sup>. Paulus erläutert dieses durch das Beyspiel, wenn der Mann ein baufälliges Gebäude zu unterstützen unterlassen hat, und dies nachher abbrennt. Hier darf der Mann nicht für die unterlassene Unterstützung des Hauses haften, weil nicht dadurch, sondern durch das Abbrennen der Schade geschehen ist. Denn das Haus wäre ja doch abgebrannt, wenn es auch der Mann gestützt hätte. Dahingegen werden dem Manne nothwendige Verwendungen auch dann ersicht, wenn sie ohne seine Schuld nicht den beabsichtigten Erfolg gehabt haben. Dies ist es, wenn Paulus hier sagt: *etsi res male gesta est*<sup>30)</sup>.

29) In den BASILICIS c. l. Const. 4. pag. 417. heißt es:  
 ἐπὶ δὲ τοῖς μὴ γενομένοις τότε καταδικάζεται δὲνηρός  
 δὲ διὰ τὸ μὴ γενέσθαι τὴν δαπάνην ή ξημία συνέβη.  
 i. e. ob non factas autem impensas tunc maritus condemnatur, si res uxoria deterior facta sit. G.  
 VOORDA Thes. controversar. Decad. XIII. §. 6. und  
 Balett angef. Abhandl. §. 5. §. 9.

30) BASILICA c. l. p. 417. καὶ τὰ μὲν γενόμενα λογίζονται,  
 καὶ δὲ οἶκος μετὰ τὸ ἀνορθωθῆναι καυθῆ. i. e. et  
 factae quidem reputantur, licet domus, in quam factae  
 sunt, deusta sit.

*L. 14. h. t. ULPIANUS libro V. Regularum.* Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur: veluti aggeres facere, flumina avertere, aedificia vetera fulcire, itemque reficere, arbores in locum mortuarum reponere<sup>31)</sup>.

*L. 79. D. de Verbor. Signif. PAULUS Lib. VI. ad Plautium.* IMPENSAE NECESSARIAE sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit.

Da nun also nothwendige Verwendungen diejenigen genannt werden, welche erforderlich sind, um die dos, und was zu derselben gehört, in dem physischen und juristischen Zustande zu erhalten, in welchem sie der Mann empfießt; so gehören zu diesen Verwendungen nicht blos diejenigen, welche auf nothwendige, sondern auch die, welche auf blos nützliche Sachen gemacht worden sind. Es erhellert dieses nicht nur aus der angeführten Stelle Ulpian's *L. 1. §. 1. D. h. t.* wo Ulpian sagt: si aedificium ruens, quod habere mulieri UTILE erat, refecerit, — necessarias impensas fecisse videbitur; sondern noch deutlicher lehrt dieses Ulpian an einem andern Orte, *libro XXX. ad Sabinum*, woraus die *L. 7. §. ult. D. Soluto matrim.* genommen ist. Hier heißt es nun ausdrücklich:

Plane si novam villam necessario extruxit, vel veterem totam sine culpa conlapsam restituerit,

31) *Fragm. Tit. VI. de dotibus §. 15.* in SCHULTING Jurispr. vet. Antejust. pag. 587. sagt ULPIAN. Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, veluti si quis ruinosas aedes refecerit.

erit eius impensae petitio <sup>32)</sup>): simili modo et si pastina instituit <sup>33)</sup>): *hae enim impensae aut*

<sup>32)</sup> Das Wort *petitio* wird hier für *retentio* genommen, wie B. VOORDA Thes. controversial. Dec. XIII. §. 5. bemerkt.

<sup>33)</sup> *haloander pastinum*. Eben so Baudoza. Was heißt aber *pastina instituere*? Brenkmann in der Note zu dieser Gesetzstelle in dem *Corp. iur. Gebauer. Spangenb.* erläßt es durch *terram altius egerere ad plantandas vites vel arbores*. Die Scriptores rei rusticae haben dieses ausführlicher erläßt. COLUMELLA de *Re rustica* Lib. III. Cap. 18. sagt: *Pastinum* vocant agricultae ferramentum bifureum, quo semina panguntur. Unde etiam *repastinatae dictae* fuere *vineae veteres*, quae refodiebantur. Haec enim propria appellatio *restibilis* *vineti* erat: nunc antiquitatis imprudens consuetudo, quidquid emoti soli vineis praeparatur, *repastinatum* vocant. Noch ausführlicher ist PALLADIUS RUTILIUS de *Re rustica* Lib. II. in Januario cap. 10. *Pastinum* fieri nunc tempus est: quod fit tribus generibus, aut terra in totum fossa, aut sulcis, aut scrobibus. Terra tota debet effodi, ubi ager immunndus est, ut silvestribus truncis et radicibus filicis, vel herbarum noxiarum spatia libarentur: ubi autem mundae sunt novales, scrobibus *pastinemus* aut sulcis: sed sulcis melius erit, quia humorem in tota spatia *pastinata* transmittunt. — *Pastini* vero, quod omne versabitur, trium vel duorum semis pedum altitudine terra universa fodietur. Man sieht also hieraus, daß das Wort *pastinum* bey den Alten verschiedene Bedeutungen hatte, *pastina instituere* hier aber soviel heißt, als Pläze durch Umgrabung und Erhöhung des Bodens zur Beplantung mit Weinstöcken und Bäumen zubereitet. S. BRISSONIUS de Verbor. iuris Significat. voc. *Pastina instituere*, und Schellers lateinisch-deutsch. Lexikon IV. Abth. Voc. *Pastinum*.

*in res necessarias, aut utiles cedunt, pariuntque marito actionem.*

Ist nun vom Ersatz eines gemachten nothwendigen Aufwandes die Rede, so ist wieder zwischen ordentlichen und außerordentlichen Verwendungen zu unterscheiden.

1) Die ordentlichen Verwendungen, d. h. die gewöhnlichen und regelmäßigen Kosten, die jeder Usufructuar tragen muß<sup>34)</sup>, um die Sache in dem gehörigen Zustande zu erhalten, werden dem Manne nicht vergütet, für diese gilt die Regel, daß der Mann sich für sie durch die gezogenen Früchte bezahlt machen soll. *Nam tueri res dotales vir suo sumtu debet*, sagt *Neratius libro 2. Membranarum*<sup>35)</sup>, *alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quaevis modica aedificiorum dotalium refection, et agrorum quoque cultura dotem minuent, omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt.* *Sed ipsae res ita praestare intelliguntur, ut non tam impendas in eas, quam, deducto eo, minus ex his percepisse videaris.* Diese letzteren Worte, welche dem Johann Fensiuss<sup>36)</sup>, wie er freymüthig bekennt, unerklärbar zu seyn geschienen haben, wollen soviel sagen: solche Kosten, welche die regelmäßige Erhaltung der Sache erfordert, wenn sie auch gleich impensae necessariae sind, werden nicht ersegt durch die Frau, sondern man

34) L. 7. §. 2 et 5. D. de Usufr. §. den 9. Th, dieses Commentars. §. 655b. §. 254.

35) L. 15. D. h. t.

36) Ad Rom. iuris Pandectos et Codicem Stricturae: ad h. L. pag. 179. (Lugd. Batav. 1764. 4.)

sicht es so an, als ob die Sachen selbst sie ersegen. Es ist daher auch kein eigentlicher Aufwand, den der Mann macht, sondern er scheint, nach Abzug derselben, nur um so viel weniger Nutzen aus der dos gezogen zu haben<sup>37)</sup>. Solche impensae necessariae sind also mehr für eine Last der Früchte, als der Sache selbst zu halten.

37) G. POTIER Pand. Iustin. Tom. II. b. t. Nr. V. Not. b.

pag. 75. Anders versteht die letzten Worte: *Sed ipsae res etc.* Best Diss. cit. Cap. 1. pag. 199. Allein seine Erklärung ist unnatürlich und gezwungen. G. Balett Abh. von den Verwendungen auf die dos. §. 10. Not. f. G. 25. Dass das *ipsae* nicht auf *mulieres*, *cum dotem dant*, und die Worte: *res ita praestare intelliguntur*, nicht so viel heißen können, *res talis naturae censentur tradere eo animo*, ut etc. wie sie Best erklärt, lehrt der griechische Scholast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 422. Schol. n. welcher uns über die im Text ausgezeichneten Worte folgenden Aufschluss giebt: ἀλλὰ ταῦτα τὰ προικιμαῖα πράγματα ἐπὶ τούτον παρέχεσθαι πιστένεται τῷ ἀνδρὶ, ἵνα μὴ τοσαῦτα δαπανᾷ περὶ αὐτὰ ὥστε ὑπεξαιρούμενων τῶν δαπανημάτων μηδὲν αὐτὸν ἔχειν ἐκ τῶν προικιμαίων νομίζεσθαι: τοντέστι τοσαῦτα δαπανᾶν δφείλει, ὥστε καὶ μετὰ τὴν ὑπεξαιρεσιν, τῶν δαπανημάτων, κέρδος ἔχειν ἐκ τῶν προικιμαίων πραγμάτων, τοντέστιν μὴ πᾶσαν τὴν πρόσοδον τῆς προικὸς δαπανάτω περὶ ἀντὴν. i. e. Sed hae res dotales in hoc marito praestari creduntur, ut non tam impendat in eas, ut deductis impensis nihil ex dote habere credatur: hoc est, ita impendere debet, ut et deductis impensis commodum ex rebus dotalibus habeat, id est, omnem redditum datis circa eam non expendat. Auch die lateinische Glossa hat den Sinn richtig getroffen.

2) Nothwendige Verwendungen hingegen, welche außerordentliche sind, das heißt, welche nicht zu den gewöhnlichen und regelmäßigen gehören, und auch an sich nicht unbedeutend sind, vermindern die *dos ipso iure*. Auch darüber belehrt uns die angeführte Stelle des Meratius. Die hierher gehörigen Worte lauten folgendermassen:

*Quod dicitur, impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id (est) in ea causa sit<sup>38)</sup>.*

Verbinden wir diese Worte mit den folgenden: nam tueri res dotales vir suo sumtu debet, welche schon bey Nr. 1. angeführt worden sind; so unterscheidet hier Meratius dasjenige, was *extra tutelam necessariam* auf die Dotallsachen verwendet worden ist, von den Ver-

- 38) Das das hier nach der florentinischen Lesart eingeschlossene *est* eine offenbar falsche Lesart verrathet, leuchtet in die Augen. Es ist daher in der taurellischen Ausgabe eben so, wie in der gebauerischen, gezeichnet. Einige, wie *Hugo a Porta*, *Lugduni* 1572. f. und *POTHIER* in *Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. V.* haben das *est* geradezu weggelassen. Andere Ausgaben, wie z. B. *BAUDOZA*, *MERLIN*, und *BECK*, *Lipsiae* 1825. 8. lesen *id non* statt *est*. Dieser Lesart giebt *BRENNMAN* den Vorzug. Noch andere, wie *HALOANDER* und *MIRABUS*, lesen *id demum*. *BEST* cit. *Diss. Cap. 1. pag. 198.* verweandelt das *est* in *et*, wenn man nicht etwa für *id est*, lieber *idem* lesen wolle. Man mag nun wählen, was man will, man lese nur nicht *id non*. Denn diese Lesart ist so unrichtig, wie das *est*.

wendungen, die zur necessaria tutela dieser Sachen gehören, und sagt, daß nur durch jene Art von Verwendungen die das vermindert werde. Es erhellet also hieraus, daß die Lesart: *id non in ea causa sit*, offenbar unrichtig sey. Daher ist auch die Erklärung der Glosse sichtbar falsch, wenn sie unter den impensae, die *extra tutelam necessariam* auf die Dotsachen verwendet worden sind, nur die ganz gewöhnlichen, laufenden, und minder bedeutenden Verwendungen versteht, welche keinen immerwährenden Nutzen für die Dotsachen haben<sup>39)</sup>. Denn Neratius will uns ja hier lehren, wie die Regel zu verstehen sey: *Impensas, quae in res dotaes necessario factae sunt, dotem deminuere.* Nach der Erklärung der Glosse würde aber dieser Jurist die Regel über das, was die das ipso iure vermindert, dadurch erklärt haben, daß er in einzelnen Beispielen solche impensae angiebt, welche die das nicht vermindern. Hieße das nicht, den Leser täuschen, der eine gerade und bestimmte Erklärung dieser Regel erwartet? Daß aber die Worte: *si quid extra tutelam necessariam in res dotaes im-*

39) Ihre Worte sind: *Hac L. vult determinare illud, quod dictum est, quod necessariae impensae minuant dotem, et dicit, quod si aliquid impenseum est per maritum extra tutelam necessariam rerum dotalium, et non ad perpetuam earum utilitatem: illa impensa non minuit dotem: puta, quia dotalibus mancipiis dedit alimenta, vel fecit adaptari parietem in domo dotali, ut nix non veniret: et fecit aptari agrum dotaalem. Quamvis enim ista et similia necessaria fiant, tamen non pertinent ad perpetuam utilitatem rerum dotalium, ideo dotem non minuant, et res dotaes earum fructibus dictas impensas reficiunt marita, id est, compensantur cum fructibus.*

pensum est, wirklich von einem solchen nothwendigen Aufwande zu verstehen sind, der nicht zu den gewöhnlichen und regelmässigen gehört, und welches gerade diejenigen impensae sind, wodurch die dos ipso iure vermindert wird, sezen vollends die Basiliken<sup>40)</sup> außer allen Zweifel. Da heißt es nun ausdrücklich:

Tότε ἀναγκαῖα μειοῦσι τὴν προῖκα, ὅτε ἔχωθεν τῆς ἀναγκαίας φυλακῆς τῆς προικός εἰς αὐτὴν δαπανηθῇ. i. e. Tunc necessariae impensae dotem diminuunt, cum extra tutelam necessarium dotis in eam factae sunt.

Daß folglich die Lesart: id non in ea causa sit, welcher Brenkmann den Vorzug giebt, gerade die unrichtigste unter allen ist, beweist noch mehr die griechische Uebersetzung unserer Pandecten-Stelle in den Scholiën<sup>41)</sup>:

Τὸ λεγόμενον ὅτι τὰ δαπανώμενα περὶ τὰ προικιαῖα πράγματα κατὰ τὸ ἀναγκαῖον μειοῦ καὶ δαπανᾷ τὴν προῖκα, οὕτως ἐρμηνεύσιν χρή, ἵνα ἔχωθεν τῆς ἀναγκαίας παραφυλακῆς τῶν πραγμάτων δαπανήσῃ τίνα δὲ ἀνήρ, τότε τοῖς δαπανήμασι μειοῦται ἡ προῖξ. i. e. Quod dicitur, impensas, quae in res dotaes necessario factae sunt, dotem minuere et absumere, sic interpretandum est, ut si quid extra tutelam rerum necessariam maritus impenderit, TUNC IMPENSIS DOS MINUATUR.

Es ist also ganz entschieden, daß die Worte: si quid extra tutelam necessariam in res dotaes impensum est, von außerordentlichen Verwendungen zu verstehen sind. Davon versteht nun zwar diese Stelle auch

40) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. XV. pag. 419.

41) Tom. IV. pag. 422. Sch. n.

Best<sup>42)</sup>). Er erklärt die Worte: *extra tutelam necessariam*; so: supra quam res illae ad sui conservationem, et ut maneant, quae sunt, modice requirunt. Dies beweist auch der Nachsatz: *nam tueri res dotaes vir suo sumtu debet*. Und eben dieses beweisen ferner die vom Meratius angeführten Beispiele. Wenn er sich nun aber unter den nothwendigen Verwendungen, die das Heyrathsgut vermindern, blos diejenigen denkt, welche der Chemann machte, um eine bey der Uebergabe in einem schlechten Zustande gewesene Dotallsache wieder herzustellen und zu verbessern; wenn Er ferner den Grund, warum der Mann die Kosten, welche er auf die Dotallsachen verwendet hat, um sie in dem Zustande zu erhalten, in welchem sie ihm übergeben wurden, nicht ersetzt verlangen kann, in einem still schweigenden Vertrage setzt, welcher aber bey jenen außerdentlichen Verwendungen nicht angenommen werden könnte; so sind diese Ansichten, welche den Gesetzen ganz fremd sind<sup>43)</sup>). Die Beispiele, welche die Gesetze von solchen außerdentlichen Verwendungen anführen, die den Brautschwanz vermindern, sind, wenn der Mann, um das Dotalgrundstück gegen die Gewalt der Wasserfluth oder des stürmischen Meeres zu schützen, Deiche und Dämme gründete<sup>44)</sup>, oder eine nach Beschaffenheit des Grundstücks nothwendige Mühle (*pistrinum*) oder ein nöthiges Vorrathsgebäude (*horreum*) anlegte<sup>45)</sup>, oder ein verfallenes

42) Diss. cit. Cap. 1. pag. 198 sq.

43) S. Valett angef. Abhandlung §. 7. S. 19.

44) L. 1. §. 5. L. 14. D. h. t.

45) L. 1. §. 5. D. h. t. Zwar wird die Anlegung eines pistrini und horrei in L. 6. D. h. t. und L. 79. §. 1. D.

Gebäude<sup>46)</sup>), oder einen durch Sturm verwüsteten Weinberg wieder herstellte; oder wenn Er wegen der cautio damni infecti, welche er leisten mußte, um die missio ex secundo decreto abzuwenden, noch ehe die Caution in Wirksamkeit trat, den Nachbar mit Gelde abgefunden hat<sup>47)</sup>). Ferner was der Mann für Erziehung, für Kur kranker Sklaven, sofern die Kosten bedeutend waren, oder für deren Löskaufung von Seeräubern verwendet hat<sup>48)</sup>). Was er hingegen blos an den Unterricht der Sklaven gewendet hat, um sie zum Dienst geschickt zu machen, kann der Mann der Frau nicht anrechnen. Denn dafür hat er ja dieselben zu seinem Dienst gebraucht<sup>49)</sup>). Hat er ferner die nöthigen Plätze zur Anlegung eines Weinberges, oder einer Baumschule urbar machen lassen (pastina instituere<sup>50)</sup>), oder Seminaria, oder sonst neue nöthige

*de Verbor. Signif.* als eine blos nützliche Verwendung angegeben. Allein der Widerspruch verschwindet, wenn man bemerkt, daß Ulpian in der angeführten L. 1. §. 3. von einem pistrinum vel horreum necessario factum spricht, bey Paulus aber in den angeführten Stellen das gebrauchte Wort *adjicere*, auf ein nicht nothwendiges pistrinum oder horreum zu deuten scheint. Daher sagt auch Paulus L. 79. §. 1. D. de V. S. In his impensis sc. utilibus et pistrinum et horreum, insulae dotali adjectum, plerumque dicemus. G. VOORDA Thes. controv. Dec. XIII. §. 10.

46) L. 1. §. 5. D. h. t. L. 7. §. 16. D. Soluto matrim.

47) L. 1. §. 3. h. t.

48) L. 28. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 21. D. Soluto matrimon. L. 2. D. h. t. L. 12. D. eodem.

49) L. 28. §. 1. D. de donat. int. vir. et uxor.

50) Man sehe die Note 55.

Gebäude angelegt, so sind diese nothwendige Verwendungen, welche die dos vermindern <sup>51)</sup>).

Die nothwendigen Verwendungen, welche die dos vermindern, müssen also 1) der Sache einen bleibenden Nutzen gewähren, und 2) nicht unbedeutend seyn. Die erste Eigenschaft bezeichnet Ulpian, wenn er *L. 3. §. 1. D. h. t.* die allgemeine Regel giebt:

*Quae ad perpetuam utilitatem agri, et non ad praesens tantum tempus facta est erogatio, necessariis impensis computandum.*

Die andere giebt Paulus an, wenn er *libro VII. ad Sabinum* <sup>52)</sup> sagt:

*Omnino et in aedificandis aedibus, et in reponendis propagandisque vineis, et in valetudine mancipiorum, modicas impensas non debet arbiter curare: alioquin negotiorum gestorum potius, quam de dote iudicium videbitur.*

Hieraus erklärt sich auch, wenn Meratius noch in den letzten Worten der oben angeführten Stelle <sup>53)</sup> sagt:

*Quae autem impendia, secundum eam distinctionem, ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt.*

Die Gesetze sagen nun von diesen außerordentlichen nothwendigen Verwendungen, *quod ipso*

51) *L. 3. pr. D. h. t. L. 7. §. 16. D. Sol. matrim.*

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

53) *L. 15. in fin. D. h. t.*

*iure dotem minuant* <sup>54)</sup>). Unter den hier in der Note angeführten Stellen ist unstreitig eine der wichtigsten §. 57. I. de act. welche so lautet.

Item si de dote mulier in iudicio agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur. Itaque si dotis quantitat<sup>i</sup> concurrant facultates eius, in solidum damnatur, si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur: nam ob impensas in res dotaes factas marito retentio concessa est, *quia ipso iure necessariis sumtibus dos minuitur*, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet <sup>55)</sup>.

Es kommt nun also noch auf die Frage an, was das heiße, wenn die Gesetze sagen: Impensae necessariae ipso iure dotem minuunt? Anton Me-

54) L. 61. *D. de ritu nupt.* L. 56. §. 3. *D. de iure dot.* L. 1. §. 2. L. 5. pr. L. 15. *D. h. t.* L. 5. §. 2. *D. de pactis dotal.* L. 1. §. 4. L. 5. *D. de dote praeregata.* §. 57. I. de actionibus. L. un. §. 5. C. de rei uxoriae act. S. Jac. Cujacius Observation. Lib. XXIII. cap. 12. *Guil. Best Diss.* cit. exhibens Conjecturas quasd. ex iure civ. Cap. I. in OHLRICHS Thes. Vol. I. Tom. I. pag. 200. Ant. MERENDA Controversiae iuris. Tom. I. Lib. III. Cap. 5. (Bruxell. 1745. f.) Greg. MAJANELL Diss. cit. de impensis in res dotaes factis. §. 5 — §. 12. und Valett angef. Abhandlung. §. 14. ff. S. 26 — 48.

55) Ich bin hier der neuesten Ausgabe meines verehrten Collegen, des Herrn Hofraths BUCHER, Erlangen 1826. 8. gefolgt, welche unter den neuern wohl unstreitig die vorzüglichste ist.

renda<sup>56)</sup> hält die Auflösung dieser Frage für eine der schwierigsten. Die vorzüglichsten Gesetzstellen, welche hier zur Erläuterung dienen, sind folgende.

*L. 5. pr. D. h. t. ULPIANUS Libro XXXVI. ad Sabinum.* Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et POMPONIUS ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, utputa fundus, vel quocumque aliud corpus: etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam: ceterum<sup>57)</sup> haec res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem eius: manebit igitur maritus in rerum detentione<sup>58)</sup>, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit diminutio. Ubi ergo ad-

56) Cit. loc.

57) Ceterum steht hier für alioquin, wie es auch POTIER in Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VI. not. d. ganz richtig verstanden hat. Eine Bedeutung, die in Ulpian's Fragmenten sehr gewöhnlich ist. S. L. 2. §. 1. L. 22. §. 1. L. 29. pr. L. 64. §. 5. D. Solato matrim. L. 1. §. 1. et 2. D. h. t. L. 5. pr. D. eodem. L. 1. §. 14. L. 5. §. 6. L. 5. §. 8. et §. 19. D. de agnoscend. et alend. liber. L. 1. §. 8. D. de inspiciendo vent. S. Christfr. WAECHTLER Opusc. iuridico-philolog. (collecta a TROTZ Traj. ad Rhen. 1733. 8.) pag. 585. Der griechische Scholast in Basilic. Tom. IV. pag. 420. Schol. c. übersetzt es durch ἀλλως.

58) Die florentinische Lesart detentationem erklärt BRENTMAN in dem Gebauer. Corp. iuris civ. für fehlerhaft. Die neueste Ausgabe von Beck liest in rerum detentione. Eben so BAUDOGA. Doch findet man das Wort detentatio auch L. 15. §. ult. D. Ex quib. caus. maior.

mittimus deminutionem dotis *ipso iure* fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, *ipso iure* dos diminuetur per impensas necessarias.

§. 1. Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat, an vero dicimus, ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito, dotem videri creuisse.

Ulpian zeigt uns also hier zuförderst auf das Deutlichste, daß der Satz: *necessarias impensas dotem minuere*, keinesweges so zu verstehen sey, als ob die körperlichen Dotsachen selbst, z. B. das Dotalgrundstück, dadurch verrinbert werden. Er giebt hiervon zwey Gründe an. Erstens wäre es ja absurd, d. i. höchst unjuristisch, (Der griechische Scholia<sup>59)</sup> sagt *μωρόν*, dumm, einfältig) gegen eine species mit einer Forderung auf Geld compensiren zu wollen. Diese Absurdität würde man aber begehen, wenn man es dem Manne erlauben wollte, wegen gemachter Verwendungen ein Stück vom Dotalgute behalten zu dürfen. Dann zweytens würde ja dadurch auch der fundus dotalis ganz oder zum Theil aufhören dotal zu seyn. Ulpian scheint damit andeuten zu wollen, daß man auch sogar dem Veräußerungsverbote des fundus dotalis zuwider handeln würde, wenn dieser durch gemachte Verwendungen vermindert werden dürfte. In einem solchen Halle also, wo die dos in körperlichen Sachen besteht, welche in Natur zurückgegeben werden müssen, soll dem Manne nur dadurch zu dem Seinigen wieder verholzen werden, daß er solange in dem Besitz der Dotsachen

59) Sch. c. Basilic: Tom. IV. pag. 420.

bleiben darf, bis er seine Bezahlung erhalten hat. Dies ist es auch, wenn Justinian in der oben angeführten Stelle aus den Institutionen sagt: ob impensas in res dotaes factas marito *retentio concessa est.*

Wenn nun aber Ulpian weiter sagt: *non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio;* so entsteht die Frage, was hier unter *dos* verstanden werde, wenn nur diese es seyn soll, welche durch die nothwendigen Impesen verringert wird?

Die Glossa versteht darunter *universitas dotis,* quantum ad effectum, quia ex illa satisfiet, et sic potest dici, quod propter necessarias impensas, cum solus fundus inaestimatus datus est in dotem, dos ipso iure minuitur. Non tamen ipse fundus dotalis minuitur: nam *dos* est *nomen iuris*, id est, ipsum ius, quod est in dote.

Diese Ansicht theilt Balett<sup>60)</sup>. Er sagt, die Dos, als solche, ist ein juristischer Begriff, sie existirt also, als solche, nicht körperlich. Was aber blos als Begriff besteht, kann auch im Begriffe, d. h. durch einen bloßen Act des Denkens verändert und vermindert werden; oder mit andern Worten, was blos in iure existirt, das kann auch *ipso iure*, d. h. durch einen Act juristischen Denkens, juristischer Argumentation, vermindert werden. Besser noch, meint er, könne man sich die Sache auch so vorstellen.. Die dos, auch wenn sie nur in einer einzelnen Sache besteht, muß immer als ein besonders Vermögen, als eine *universitatis iuris* betrachtet werden, welche auch die Schulden in sich aufnimmt, und also

60) Angef. Abh. S. 14. S. 27.

natürlich durch sie vermindert wird, bloß im Begriffe, ohne daß ihr schon wirklich etwas entzogen wäre.

Dieselbe Ansicht haben auch Pothier<sup>61)</sup> und Westphal<sup>62)</sup> zu der ihrigen gemacht.

Nun ist zwar das allerdings ein von Grund aus juristischer Begriff, da es sich auf mancherley Art denken läßt, daß eine Frau aus ihrem Vermögen zu den Lasten der Ehe beträgt, und wird die das auch gleich als Theil des Vermögens des Mannes angesehen, so ist sie doch in Hinsicht der künftigen Restitution von Gesetz besonders garantirt. Man kann sich daher in dieser umfassenden Beziehung diesen Theil seines Vermögens, als ein Ganzes für sich, denken, das sein eignes Recht hat, und also in dieser Hinsicht eine universitas ist. Die das wird auch wirklich in unsren Gesetzen einmal so genannt, und gerade da, wo von impensis necessariis die Rede ist. Dies ist die Stelle Ulpian's aus dessen *libro XIX. ad Sabinum, L. 1. §. 4. D. de dote praelegata*, worauf sich alle berufen. Sie lautet so:

Impensae autem ipso iure dotem minuunt:  
sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui,  
non ad singula corpora, sed ad universitatem erit  
referendum.

Allein diese *universitas* ist keine universitas iuris, welche, so wie hereditas, oder peculium, non singulas res demonstrat<sup>63)</sup>, das succedit pretium in

61) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VI. not. f. pag. 76.

62) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnis-Arten. §. 315. S. 211.

63) L. 208. D. de Verbor. Signif. S. den 6. Th. dieses Commentars §. 537. S. 540. ff.

locum rei etc. enthält<sup>64)</sup>, und augmentum ipso iure recipit et deminutionem<sup>65)</sup>, — crescit et decrescit<sup>66)</sup>. Nein, die das ist nur eine universitas, wie es auch ein fundus, ein aedificium seyn kann<sup>67)</sup>, nämlich relativ, nicht absolut<sup>68)</sup>. Die einzelnen Sachen kommen hier immer nur als Einzelheiten in Betrachtung, wenn auch die das das ganze Vermögen der Frau in sich begreissen sollte<sup>69)</sup>. Daher bekommen auch selbst in diesem Falle die Gläubiger keine Forderung gegen den Mann, so wie auch Er gegen sie nicht, wenn nicht die einzelnen Obligationes cedit, oder durch Delegation übermacht worden sind<sup>70)</sup>. Wenn also Ulpian in der oben angeführten L. 1. §. 4. D. de dote praeleguta sagt: Quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum; so bedeutet hier dieser Ausdruck nichts mehr, als wenn Justinian in der L. un. §. 6.

64) L. 26. L. 52. L. 54. D. de iure dot. geben keinen Beweis dafür. Sie handeln von einer simplici permutatio dotis nach Vereinbarung der Ehegatten. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 585. S. 167. ff.

65) L. 20. §. 3. D. de heredit. petit. S. den 6. Th. §. 539.

66) L. 33. L. 34. L. 40. D. de peculio. S. den 24. Th. §. 905. S. 358.

67) S. §. 3. L. 23. pr. D. de usurpat. et usucap. L. 2. §. 6. D. Pro emtore. L. 8. D. Quod vi aut clam.

68) Man vergleiche hier die treffliche Abhandlung von Hesse über Universitas iuris und rerum; (in dem Archiv für die civilist. Praxis. 5. B. Nr. I. S. 16 f.)

69) L. 1. §. 1. D. Pro dote. L. 4. Cod. de iure dot. S. Hesse Güterrecht der Ehegatten. Kap. VIII. §. 109.

70) L. 72. pr. D. de iure dotium.

*Cod. de rei uxor. act.* sagt: *Necessariae expensae dotis minuunt quantitatem.* Denn besteht die dos in Gelde, oder ist sie auf Geldeswerth durch Schätzung reducirt, so wird sie als eine Summe angesehen, welche durch die Verwendungen allerdings verkleinert wird. Dass dieses wirklich Ulpian's Meinung sey, sagt er uns selbst, in der zunächst folgenden *L. 2. pr. D. de dote praelug.* welche aus desselben libro *V. Disputationum*, genommen ist: *Quod si necessariae fuerunt impensa, quae ipso iure dotem minuunt, amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est, oportere dici, etiam eam quantitatem posse fideicommissum erogare, quae ipso iure dotem minuit.*

Und so flärt sich denn nun auf, wenn in unserer Geschäftstelle Ulpian sagt: *non enim ipso iure corporum, sed dotis<sup>71)</sup> fit diminutio.* Dies erscheint aber noch deutlicher aus den nachfolgenden Worten.

71) *Ant. MERENDA Controvers. iuris Lib. III. Cap. 5. §. 20.* versteht die diminutio dotis von der *actio de dote uxori competens.* Da nun aber diese Klage nicht vermindert wird, wenn die dos bloß in Körperlichen Sachen besteht, so folge daraus, daß auch durch die Impensen die dos nicht vermindert werde, wenn der Gegenstand desselben bloß Körperliche Sachen sind. Wenn also Ulpian sagt *L. 1. §. 4. D. de dote praelug.* die Verminderung der dos beziehe sich nicht auf die *singula corpora*, sondern auf die *universitas*; so müsse diese *universitas* erklärt werden, von der *actio de dote* der Ehefrau. Diese habe auch Ulpian mit Recht eine *Universitas* nennen können, wenn die dos im Gelde und zugleich in Körperlichen Sachen besteht.

Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? *Ubi non sunt corpora, sed pecunia:* nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri.

Nun erst, nachdem Ulpian zuvor gezeigt hatte, wie das nicht zu nehmen sey, wenn man sagt: *necessarias impensas dotem minuere;* nun erst bestimmt er näher, in welchem Falle dieser Satz wahr sey. Er giebt die Regel: nur in solchen Fällen erleidet die dos eine Verminderung ipso iure, wo nicht species in dotem datae selbst zurückgegeben werden müssen, sondern wo das Heirathsgut in Gelde besteht, und also nur der Quantität nach restituirt wird.

In den Basiliken<sup>72)</sup> wird dieser Satz ganz kurz so ausgedrückt. *εἰ δὲ χρήματα ἡσαν ἐν τῇ προικὶ μειοῦνται.* i. e. Quodsi pecunia in dote fuit, deminuitur. Besteht nun aber die dos in Gelde, so bringt es schon die Regel des gemeinen Rechts mit sich, daß durch die nothwendigen Verwendungen die dos ipso iure vermindert werde. Denn da nun Forderung und Gegensorderung generisch sind, und beyde in einer Quantität gleicher Art bestehen, so findet eine Compensation statt, welche bekanntlich ipso iure geschieht<sup>73)</sup>. So

72) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 5. pag. 417. Der griechische Scholiast pag. 420. Schol. c. hat sich treuer an unsern Text gehalten: *τότε δὲ τῆς προικὸς τὴν μείωσιν αὐτῷ τῷ νόμῳ δεχθεῖσα γενέσθαι, ὅτε γρήματα ἡσαν ἐν τῇ προικὶ, οὐ μὴν πράγματα.* i. e. *Tunc autem admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri, cum in dote pecunia est, non corpora.*

73) L. 4. L. 10. pr. D. L. 4. L. ult. C. de compensat. S. Hummel's Berichtigung der gewöhnlichen Theorie

läst sich, das Räthsel sehr natürlich auf, ohne daß man nöthig hat, zu jener Hypothese seine Zuflucht zu nehmen, als ob die dos eine universitas iuris sey. Man hätte nur das Wörtchen *ratio*, mehr ins Auge fassen sollen, welches den Schlüssel zur ganzen Aufklärung enthält. Ulpian sagt: nam in pecunia *ratio* admittit deminutionem fieri. Das Wort *ratio* wird hier in eben der Bedeutung genommen, in welcher es von Paulus<sup>74)</sup> gebraucht wird, wenn er sagt: *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis introductum est*, gleichbedeutend mit dem Ausdruck *ratio iuris*, welchen uns Julian<sup>75)</sup> erklärt, wenn er sagt: *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*. Unter dem Worte *ratio* ist also hier nichts anders, als das Recht selbst, und dessen Grundsätze, oder die Regel des gemeinen Rechts zu verstehen<sup>76)</sup>.

über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben. (Giessen 1804.) §. 15.

74) L. 16. D. de Legibus.

75) L. 15. D. eodem.

76) S. Franc. Cär. CONRADI Disp. ad Julii Pauli ex libro sing. de iure singulari Reliqua. Lipsiae 1728. Fragm. I. §. 5. und Gottl. Hufeland's Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band Nr. II. §. 5. S. 23. f. Ganz unrichtig erklärt das Wört *ratio* durch mens MAJANSICS in Disput. de impensis in res dotales factis. §. 6. pag. 429. so wie es Terenz gebraucht haben soll, wenn er sagt: *mea sic est RATIO, sic animum induco meum*. Ulpian wollte also so viel sagen, intellectum, qui possit confiscere summas, posse illas minuere detractis numeris. *Ratio* heißt auch bey Terenz nicht einmal Verstand, sondern vielmehr Maxime, Handlungswweise. Andere Aus-

Wenn also gesagt wird: *deminutio dotis ipso iure fit*; so wird hier der Ausdruck *ipso iure* in eben der Bedeutung genommen, in welcher die Gesetze sagen: *compensatio fit ipso iure*. Nämlich die Verminderung der dos durch die darauf verwendeten nothwendigen Unkosten geschieht nach dem Gesetz von selbst, so wie die Compensation von selbst eintritt, ohne daß noch eine gegenseitige Willenserklärung dazu erforderlich wird<sup>77)</sup>). Hieraus läßt sich nun auch beurtheilen, was von der Conjectur. des großen Anton Faber's<sup>78)</sup> zu halten sey, wenn er für *ipso iure* vielmehr *ipsa in re* gelesen wissen will. Er konnte nicht begreissen, wie Ulpian darauf komme, noch eine Frage aufzuwerfen, die er doch schon in den vorhergehenden Worten beantwortet hatte. Der Grund der ganzen Faberschen Erklärung zeigt sich nun aber von selbst, und ist auch schon von Wilhelm Best<sup>79)</sup> hinlänglich dargestellt worden.

Da die Wirkung der Compensation sogleich mit Existenz der gegenseitigen Forderung eintritt, und nicht erst da anfängt zu wirken, wo die Parteien erklären, daß sie compensiren wollen; so folgt, daß die Verminderung der dos schon in dem Augenblick geschieht, da die Gegenforderung des Mannes durch die gemachte Verwendung entstand. Von diesem Moment an hat also nun die Frau

leger unserer Gesetzstelle haben von dem Wort *ratis* gar keine Notiz genommen.

77) S. Hummel angef. Berichtigung. §. 6. S. 109. §. 10. S. 155. f. und §. 15. S. 190.

78) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 3.

79) Diss. cit. exhib. Conjecturas quasd. ex iure civ. Cap. I. (in OELRICHS Thes. Vol. I. Tom. I. pag. 203.)

soviel weniger zu fordern, als die Verwendung beträgt, und fordert sie dereinst doch das Ganze, so setzt sie sich den Folgen einer Pluspetition aus<sup>80</sup>). Da nun aber eine Verminderung der dos nur dann ipso iure geschieht, wenn das Heyrathsgut der Frau in Geld besteht, weil nun erst die zu compensirenden Forderungen gleicher Art sind; so entsteht noch die Frage, wie das zu verstehen sei, wenn Ulpian sagt, ubi non sunt corpora, sed pecunia? Ulpian erläutert dieses durch ein Beispiel, si aestimata corpora in dote data sint. Versteht man dies von einer solchen Aestimation, wodurch die Dotalsachen dem Manne sind käuflich überlassen worden; so wird freylich der Ehemann hier debitor quantitatis, und die Summe, das Kaufpreium ist es eigentlich, was in dote ist<sup>81</sup>). Es ist hier eine dos pecuniaria vorhanden, obgleich nicht so gegeben. Allein wie lässt sich hier eine Verminderung der dos durch impensas necessarias gedenken, da der Mann diese auf Sachen verwendet hat, die nicht mehr in dote, sondern sein Eigenthum geworden sind? Pothier<sup>82</sup>) sucht das Rätsel so aufzulösen; wenn außer den geschätzten Dotalsachen noch andere corpora dotalia inaestimata vorhanden sind, worauf impensae necessariae verwendet worden. Er versteht daher die Worte Ulpians: ubi non sunt corpora, sed pecunia so, ubi in dote non sunt tantum

80) L. 4. L. 21. D. et L. 4. Cod. de Compensat. PAULUS Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 5. §. 3. und SCHULTING ad Eundem in Jurispr. vet. Anteius. pag. 274. Not. 12.

81) L. 5. et L. 10. Cod. de iure dot.

82) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VI. Not g. b. et i. pag. 76.

*corpora, sed etiam pecunia.* Einen solchen Fall, si *pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae,* führt auch Paulus in der nächst dieser unten folgenden Gesetzstelle an. Donelius<sup>83)</sup> giebt zwar einen andern Fall an, nämlich wenn ein fundus dotalis auf eine solche Art geschägt worden, daß dem Manne die Wahl vorbehalten ist, ob er dereinst das Grundstück selbst, oder den Werth restituiren wolle, welchen Fall Ulpian L. 10. §. 6. D. de iure dot. ans führt; allein hier würde doch keine Deminution der dos durch Compensation, sondern nur eine Retention statt finden können. Es kann indessen auch gleich Anfangs wirklich Geld zum Brautschatz gegeben worden seyn, und eine Verminderung wegen nothwendiger Verwendungen statt finden, wenn die Erhebung desselben mit bedeutenden Kosten verbunden war<sup>84)</sup>. Zulezt wirft Ulpian noch die Frage auf, wenn die Frau dem Manne die auf den Brautschatz verwandten nothwendigen Kosten wieder ersetzt hat, ob die dos dadurch wachse, oder nur die vorige dos wieder hergestellt werde? Ulpian trägt kein Bedenken das Erste zu behaupten, wenn Geld zur dos gehört. Hier fragt sich's aber, was die Ausdrücke bedeuten; *dos crescit*, und *dos ex integro videtur?* Der griechische Scholiast<sup>85)</sup> erklärt dieselben auf folgende Art. *Das crescit, (νι προΐς ἀντεῖ) si secunda et nova dos constitui videtur, (εαν καινὴ δευτέρα δοξεῖ συνισταοδαι η προΐς).* *Dos ex integro videtur, si dos vetus renovatur, et ipsa rursus ex integro restituitur, (δο-*

83) Commentar. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 8. §. 7.  
Vol. VIII. edit. Narimb. pag. 259.

84) S. Balett angef. Abh. §. 20. S. 55.

85) Basilic. Tom. IV. pag. 420. Sch.e.

κεῖ ἀνανεώσασθαι παλαιά, καὶ ὅτι πάλιν εἰς ἀνα-  
ραιού ἀποκαθίστασθαι). Unter den Auslegern unserer  
Gesetzstelle ist es bloß Hugo Donellus<sup>86)</sup>, der den  
Sinn derselben richtig getroffen hat. Er sagt nämlich:  
*Sin pecunia in dotem data esset una cum fundo,  
aut fundus in dotem aestimatus, quem marito li-  
ceret restituere, aut aestimationem, hic ipso iure  
fieret deminutio per compensationem, usque adeo,  
ut, si postea mulier necessariis impensis satisfaceret,  
videretur non dos eadem mansisse, quae prius erat,  
sed dos, quae vere erat imminuta, crevisse, ut nova  
esse inciperet.*

Zu mehrerer Bestärfung der Richtigkeit dieser Er-  
klärung, will ich hier noch eine andere Stelle aus den  
griechischen Scholien der Basiliken hinzufügen. Der  
griechische Scholiast erklärt darin die letzten Worte unsers  
Ulpian's folgendermassen:

*Iσθι ὅτε νομίσματα ἔστιν ἐν προικὶ, καὶν κατα-  
βληθῆ τὰ υπὸ τοῦ ἀνδρὸς γενόμενα δαπανήματα,  
οὐκ ἀναγεῦται ἡ πρότερον ἐπιδοθεῖσα προῖς. ἀλλ  
ανχάρεται, τουτέστι καὶν προῖς τίκτεσθαι, ἥτοι  
ἐπιδίδοσθαι δοκει. i. e. Sciendum est, cum pecunia  
in dote est, etiam si solvae fuerint impensae in do-  
tem factae, non renovari dotem, quae prius data  
fuit: sed augetur, id est, ΝΟΒΑ ΔΟΣ CRESGERE, vel  
DARI videtur.*

Ganz unrichtig ist daher die Erklärung von Valett<sup>87)</sup>, wenn er sagt: ist mit einem fundus zugleich Geld einge-  
bracht, und nothwendige Verwendungen auf den fundus

86) Commentar. de iure civ. c. 1.

87) Angef. Abb. §. 26. S. 44.

gemacht sind, so wird dadurch blos das Geld vermindert. Bezahlte aber die Frau die Verwendungen, so wächst die dos wieder, und bleibt also ganz dieselbe. Richtiger sagt Majansius <sup>88)</sup>: *Igitur cum impensa restituentur, CRESSET DOS, non manebit eadem, quae ante restitutionem erat.* Die folgende Stelle aus Paulus wird noch mehr Gelegenheit geben davon zu reden.

Eine nicht minder wichtige Stelle ist die

*L. 56. §. 3. D. de iure dotum. PAULUS libro VI. ad Plautium.* Quod dicitur, necessarias impensas ipso <sup>89)</sup> iure dotem minuere; non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotaalem impensum sit <sup>90)</sup> per partes, quanti fundus est, desinere eum dotaalem esse, SCAEVOLA noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae, NERVA ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum crescat dos, an ex integro data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est, secundum SCAEVOLAE nostri sententiam. Nam si desinit dotalis esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an

88) Disputat. cit. §. 6. in fin. pag. 439.

89) Die Gebauer. Ausgabe liest hier unrichtig ipse iure.

90) Statt sit steht in der Geb. Ausgabe ganz unrichtig sit.

iam pecunia in dote esse videbitur? Et<sup>91)</sup> magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed<sup>92)</sup> interim alienatio fundi inhibeatur.

Man hat geglaubt, dieses Fragment stehe mit der vorigen Stelle des Ulpian im Widerspruch. Der Widerspruch soll darin liegen, daß Ulpian gesagt habe, der fundus höre, wegen der darauf gemachten nothwendigen Verwendungen, auf, ganz oder zum Theil dotal zu seyn; dieses verneine nun aber hier Paulus ausdrücklich.

Schon die Glossa machte mehrere Versuche, diese beiden Stellen zu vereinigen, welche aber der Mühe, sie hier anzuführen, nicht werth sind.

Anton Faber<sup>93)</sup> und Anton Merenda<sup>94)</sup> haben den vermeintlichen Widerspruch auf die Art zu heben gesucht, daß sie sagen, man müsse den verschiedenen Gesichtspunct beyder Rechtsgelehrten unterscheiden. Wenn Ulpian sagt, der fundus oder ein Theil desselben höre auf dotal zu seyn, so habe er damit nur soviel sagen wollen, daß quoad effectum réstitutionis der fundus in sofern aufhöre dotal zu seyn, daß der Mann ihn wegen nothwendiger Verwendungen so lange retiniren könne, bis er durch Ersatz derselben befriedigt worden ist. Dies läugne nun auch Paulus nicht; wenn er nun aber dennoch behauptet, der fundus höre auch wegen solcher Ver-

91) Die neueste Ausgabe des Corp. I. C. von Beck liest Sed statt et. Eben so Halaander. Die meisten Ausgaben aber haben die florentinische Lesart.

92) Beck et statt sed, wie Halaander.

93) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2. sq.

94) Controversiar. iuris Lib. III. cap. 3. §. 8.

wendungen nicht auf, aliqua ex parte dotal zu seyn, so betrachte er die Sache simpliciter, wie sie an sich ist. Denn freylich könne sich der Mann den fundus dotalis nicht für die gemachten Verwendungen velut compensationis iure zueignen. Und so hätten beyde Recht.

Nicht sehr verschieden davon ist die Ansicht von Best<sup>95)</sup>: Vollkommen wahr, sagt er, behauptet Ulpian: *fundum ob impensas necessarias desinere esse dotallem, vel partem eius*, nämlich insofern, daß die Frau den fundus nicht eher zurückfordert könne, als bis sie dem Manne die Kosten ersetzt habe. Dieser Sinn ergebe sich ganz deutlich aus den nachfolgenden Worten: *manebit ergo maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat*. Eben so wahr sey es aber auch, wenn Paulus sagt: *fundus non desinit aliqua ex parte dotalis esse*; nur in einer andern Beziehung. Er wolle nämlich damit anzeigen, daß der Mann den fundus dotalis nicht wegen nothwendiger auf ihn gemachter Verwendungen versäubern dürfe. So habe sich Paulus selbst erklärt in den nachfolgenden Worten: *nam si desinit dotalis esse, poterit alienari*.

Gregorius Majansius<sup>96)</sup> sucht den Ulpian und Paulus auf folgende Art zu vereinigen. Er versteht nämlich Ulpians Worte: *Ceterum haec res (impensis scilicet pecuniam) faciet desinere esse fundum dotallem*, von dem Falle, wenn die Verwendungen dem Werth des fundus gleichen, hier höre der fundus ganz auf dotal zu seyn, wenn aber nicht soviel aufgewandt ist, als der Werth des fundus beträgt, so höre nur ein

95) Cit. loc. pag. 201. sqq.

96) Disputat. cit. §. 6 et 7. pag. 428. sqq.

Theil des fundus auf dos zu seyn, (*vel partem eius*). Das Aufhören bestehet aber überall nur im Begriff, nämlich der fundus höre nur insofern auf dos zu seyn, daß dem Manne ein bloßes Retentionsrecht zusteht, bis ihm die Verwendungen erstattet worden sind.

Schade um die Mühe, einen Widerspruch zu heben, der gar nicht existirt, wenn man nur das Wort *ceterum*, in seiner rechten Bedeutung nimmt, in welcher es hier Ulpian gebraucht hat, nämlich für *alioquin*. Offenbar hat man dem Ulpian ganz falsch verstanden, wenn man seinen Worten: *Ceterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem eius*, den Sinn benglebt hat, als ob er das Gegentheil von dem behauptet habe, was Paulus hier lehrt. Die wahre Meinung des Ulpians geht vielmehr dahin, durch nothwendige Verwendungen kann die dos, sofern sie in körperlichen Sachen besteht, durchaus keine Verminderung erleiden; sonst (*ceterum*) würde ja der nothwendige Aufwand, wenn er eine Verminderung körperlicher Dotal-sachen bewirken sollte, machen, daß entweder der ganze *fundus dotalis*, oder ein Theil desselben aufhörte, dos zu seyn. Sehr richtig sagt daher Julius Pacius<sup>96</sup>), was auch schon vor ihm Goveanus<sup>97</sup>) bemerkt hatte: *Nec contradicit Ulpianus Paulo, dummodo ceterum accipiatur pro alioqui, ut sit nota absurdi, quod consequeretur, si diceremus, corpus dotale deminui*<sup>98</sup>).

96) Εναντιοφανῶν seu Legg. conciliatar. Centur. IX.  
Quaest. 4. pag. 655. (Colon. 1661. 8.)

97) Variar. Lectioa. Lib. I. Cap. 1. in fin.

98) Man vergleiche hier die Note 57. S. 597. wo gezeigt werden, daß auch schon der griechische Scholast in

Uebrigens erhellet aus der Stelle des Paulus so viel, daß man den Satz, *necessariae impensaे ipso iure dotem minuunt*, auch so nehmen kann, der nothwendige Aufwand berechige, die Dotalachen, worauf die Kosten verwendet worden sind, so lange zu retiniren, bis die Forderung bezahlt worden ist, wie dieses auch die oben angeführte Stelle der Institutionen bestärkt<sup>99)</sup>. Der griechische Scholiast der Basiliken<sup>100)</sup> hat dieses noch bestimmter ausgedrückt, wenn er sagt:

*Αλλὰ τὸ εἰρημένον, ὅτι τὰ νεκεσσάρια δαπανήματα κατὰ τὸ ipso iure μειοῦσι τὴν προῖκα, πρὸς τοῦτο ὅρα, ἵνα εἰν μὴ ἀποδίδοται τὰ νεκεσσάρια δαπανήματα παρακατασχεθῆ μέρος τοῦ ὄγροῦ, οὐ κατὰ τὰς ὁ ἀγρός. i. e. Sed quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, eo spectat, ut nisi reddantur impensaе necessariae, retineatur pars fundi, aut totus fundus.*

Paulus nimmt es also hier als eine entschiedene Wahrheit an, daß wenn der Brautschatz in einem fundus besteht, welcher nach erfolgter Trennung der Ehe restituit werden soll, dieser, selbst wegen nothwendiger Verwendungen, nicht aufhöre dotal zu seyn. Nun führt aber Paulus eine Meinung des Scavola an, nach welcher eine Ausnahme Statt finden soll. Er sagt nämlich:

den Basiliken die Stelle Ulpian's nicht anders verstanden habe. Valett in der angef. Abhandlung §. 19. S. 55. nennt gleichwohl diese Erklärung einen eigenen Vereinigungs-Versuch, den Er gemacht habe.

99) S. Hummel's Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung des positiven Rechts I. Th. S. 145. ff.

100) Tom. IV. pag. 600. Sch. p.

Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, SCAEVOLA noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.

Der Fall, von dem hier Scævola spricht, ist also der, wenn die von Zeit zu Zeit auf den fundus dotalis verwendeten Kosten endlich so hoch angelaufen sind, daß sie nun soviel betragen, als der fundus selbst werth ist. Es sind hier die Worte *per partes* noch etwas genauer zu betrachten. Sie zeigen an, daß nicht gleich auf einmal ein so starker Aufwand mütze gemacht worden seyn, welcher den Werth des fundus erreicht, oder wohl gar übertrifft. Der Glossator Johannes, dem auch Accursius bestimmt, glaubt zwar, es komme hierauf nichts an. Paulus habe das per partes nur Beispieldweise hinzugefügt, weil der Fall nicht oft vorkommen werde, daß der Mann auf einmal so viel aufwendet, als der fundus werth ist. Geschieht es nun aber doch, so sey es eben so. Allein mit Recht hat Anton Faber<sup>1)</sup> das gegen erinnert, daß diese Ansicht höchst lächerlich sey. Sie streitet ja dem Begriffe von impensae necessariae offenbar entgegen. Denn nothwendige Verwendungen sind ja diejenigen, deren Unterlassung machen würde, daß die dos schlechter wird, oder ganz zu Grunde geht<sup>2)</sup>. Sie müssen also von dem Manne gemacht werden, um der Frau die dos zu erhalten. Wie kann man aber sagen, der Frau werde ihr dos erhalten, wenn der Mann auf einmal so viel aufgewendet hat, daß der fundus durch

1) Conjectur. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2.

2) L. 79. pr. D. de Verb. Signif.

den Aufwand aufhört dotal zu seyn? Daß die Worte *per partes* hier gar nicht für so gleichgültig zu halten sind, wie die Glossatoren glauben, erscheint noch deutlicher aus den Scholien der Basiliken<sup>3)</sup>), darinn heißt es:

*Νεκεσσάρια ἔστι δαπανήματα, ὃν μήτε γενομένων ἀπόλλυται τὸ ἐποιείμενον. ἐπειδὴν οὐν ἐγενέτο ὁ ἀνήρ, ὅτι περὶ ἀγρὸν ἀζητούσης ὄντα ν. νομιμάτων τετρακόσια ὑφ' ἐν ἐδαπάνησεν, εἰκότως ὁ νομικὸς per partes γίνεσθαι τὴν δαπάνην ύποτιθεται.* i. e. *Necessariae impensae sunt, quae si factae non sint, res peritura sit. Quoniam ergo culpabatur maritus, quod in fundum, qui quadringentorum nummorum pretium habet, quadringentos SIMUL impendisset, merito ponit Jurisconsultus, impensas factas esse PER PARTES.*

Ist also ein mehrmaliger nothwendiger Aufwand endlich bis auf den Werth des Fundus angewachsen; so kann dies dem Manne nicht zum Vorwurfe gereichen. Er würde vielmehr dann einen Vorwurf verdienen, wenn er die letzte nothwendige Verwendung darum unterlassen wollte, weil sie den gemachten Aufwand bis zum Werth des Fundus steigert. Er mußte also auch noch diese machen. Das Anschwellen ward hier durch zufällige Umstände hervorgeführt, und konnte von dem Manne nicht verhindert werden.

Wenn nun aber gleich in diesem Falle der Fundus ipso iure aufhören soll dotal zu seyn, so fügt doch Scävola noch die Einschränkung hinzu: *nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.* Es kann zuweilen der Frau von Nutzen seyn, den Fundus dotalis

3) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. pag. 600. Sch. o.

wieder zu erhalten, wenn auch gleich soviel darauf verwendet worden, als er werth ist. Zu dem Ende soll es der Frau nach der Meinung des Scavola freystehen, den fundus, ohnerachtet er dotal zu seyn aufgehört hat, dadurch wieder in den Dotal-Nexus zurückzuziehen, wenn sie dem Manne noch vor Ablauf eines Jahres freiwillig den Rostenersatz anbietet. Aus dem, was Paulus nachher zur Berichtigung der Meinung des Scavola hinzufügt, erhellet, daß die Frau von der ihr nachgelassenen Besugniß jedoch nur unter der Voraussetzung Gebrauch machen konnte, wenn der Mann nicht unterdessen den fundus dotalis veräussert hatte. Denn haite er aufgehört dotal zu seyn, so konnte er auch veräussert werden. Daß dieses Scavola's Meinung gewesen seyn müsse, oder daß dieses wenigstens aus seiner Meinung habe gefolgert werden können, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten: *nam si desinit dotalis esse, poterit alienari.* Die Meinung der Scavola beschränkte sich jedoch nur auf den außerordentlichen Fall, wenn blos ein fundus zudos gegeben, und auf diesen sein ganzer Werth verwendet worden ist. Nur in diesem Falle scheint auch der Frau die einjährige Frist nach der Meinung des Scavola gesetzt gewesen zu seyn. Denn hat sie mit einem fundus auch zugleich Geld zum Heyrathsgute eingebracht, und es sind nochwendige Verwendungen auf den fundus gemacht, so wird, nach der Meinung des Nerva, wie Paulus sagt, nur die dos pecuniaria vermindert, d. h. wie es der griechische Scholiast in den Basiliken<sup>4)</sup> erklärt, nur

4) Tom. IV. pag. 599. Sch. n. λέγει Νέρβας, τὰ ἐπιδό-  
δέντα χρήματα πάνεοθαι εἶναι ἐν προκή, καὶ οὐ  
τόν αὔρρω.

das Geld hört auf dotal zu seyn, nicht der fundus. Hier scheint auch die Frau eben so wenig, als in dem Falle, da sie blos Geld zum Brautschaf<sup>t</sup> eingebracht hat, auf jene Frist beschränkt zu seyn. Denn Ulpian sagt in der oben zuerst angeführten Stelle davon nichts. Dies scheint auch gar keinem Zweifel unterworfen gewesen zu seyn. Paulus kommt also auf den vorigen Fall wieder zurück, wenn blos ein fundus zum Brautschaf<sup>t</sup> gegeben, und auf diesen nach und nach durch nothwendige Kosten soviel verwendet worden ist, daß der Aufwand dem Werthe desselben gleichsteht. Und nun wirft er die Frage auf, wie sich das Rechtsverhältniß gestalte; wenn die Frau dem Manne die Verwendungen wieder erstattet hat. Wird dadurch ein neuer Brautschaf<sup>t</sup> bestellt? Dies heißt hier: utrum crescat dos? wie bereits oben bewiesen ist; oder wird blos die vorige dos, welche aufgehört hatte in dote zu seyn, wieder hergestellt<sup>5)</sup>? Nimmt man, sagt nun Paulus, nach der Meinung des Scävola an, der fundus höre in dem Augenblick auf dotal zu seyn, wo die von Zeit zu Zeit gemachten nothwendigen Verwendungen auf denselben endlich die Höhe des Werths erreicht haben; so wird daraus eine offbare Unbilligkeit und Ungereimtheit entstehen. Denn Erstens hat der fundus auf-

5) Der griechische Scholiast pag. 600. hat diese Frage so ausgedruckt: πότερον τῶν νεκταριών δοδέρτων δαπάνων ἀνηκάνεται η προῖς, η ἐξ ἀκεραιού πάλιν δεδόθαι δοκεῖ, τουτέστιν ἀνανεοῦται η πρότερον ἐπιδοθεῖσα, ὅστε τὰ πανσάμενα εἶναι δοτάλια κατὰ τὴν Σκαεβόλα γνώμην, πάλιν ἀρχεσθαι; i. e. utrum necessariis impensis datis crescat dos, an ex integro rursus dari videbitur, id est, quae prius data est, renovabitur, ut quae desierint esse dotalia secundum SCAEVOLAE sententiam, incipient rursus esse dotalia?

gehört dotal zu seyn, so kann er auch gültig veräußert werden. Ist aber der fundus einmal veräußert, wie kann er durch Ersatz der Verwendungen wieder dotal werden? oder soll etwa die dem Manne bezahlte Summe als ein neues Heyrathsgut angesehen werden? Dies ist noch ungereimter. Denn das Geld war ja dem Manne nicht in der Absicht bezahlt worden, um damit eine neue dos zu constituiren. Um nun also dieser Ungereimtheit, und jener Unbilligkeit auszuweichen, berichtigt Paulus die Meinung des Scavola auf folgende Art. Er versetzt es nicht, daß der fundus, auf den nach und nach sein ganzer Werth verwendet worden, eben deswegen aufhöre, dotal zu seyn; damit es aber der Frau möglich sey, ihren fundus durch den Ersatz der Verwendungen zu erhalten, und denselben wieder als dos zu redintegriren, so wird es dem Manne verboten, den fundus vor Ablauf eines Jahres zu veräußern. Dieß scheint mir der ganze Ideengang des Paulus in dieser schwierigen Stelle, und besonders der Sinn der letztern Worte zu seyn: *Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio inhibetur;* so wie sie auch der griechische Scholiast in den Basiliken<sup>6)</sup> erklärt hat. In den Basiliken<sup>7)</sup> selbst ist nun der Sinn unserer L. 56. §. 3. D.

6) Tom IV. pag. 600. καὶ οἴδα ὅτι πάντες ἀν εἰποιεν αὐτὸν μᾶλλον τὸν ἀγρὸν εἰς τὴν προῖνα ἐπανιέναι: τοντὸστι πάνεοδαι μὲν τὸν ἀγρὸν είναι δοτάλιον, ἐν δὲ τῷ μεταξὺ κωλύεοδαι ἀυτοῦ τὴν ἐκποίησιν. *Scio autem omnes dicturos esse, ipsum potius fundum reverti in dotem: hoc est, desinere quidem fundum esse dotalem, interim autem prohiberi eius alienationem.*

7) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 52. §. 2. pag. 520.

de iure dot. ganz richtig ausgebracht, wenn es daselbst heißt:

Εἰ δὲ κατὰ μέρος εἰς τὸν ἀγρὸν ἐδαπανήθη ὅσου ἦν ἄξιος, πάνεται εἶναι προικιμαῖος, εἰ μὴ ἐντὸς ἐνιαυτοῦ παράσχη δαπάνας. — Καταβαλόνσης δὲ τῆς γυναικὸς τὰς δαπάνας, ὑποστρέφει ὁ ἀγρὸς εἰς τὴν προῖκα: ἐν τῷ μεταξὺ δὲ κωλύεται ἡ εκποιήσις ἀντοῦ. i. e. *Si per partes in fundum tantum impensum sit, quanti fundus est, desinit dotalis esse, nisi intra annum impensas solverit.* — *Si autem mulier impensas (marito) solverit, fundus in causam dotis revertitur: interim autem alienatio eius inhibetur*<sup>8)</sup>.

Warum nun aber der fundus dotalis aufhört in dote zu seyn, wenn die nach und nach darauf verwandten nothwendigen Kosten den Werth desselben erschöpfen, hat wohl, wie auch Anton Faber<sup>9)</sup> glaubt, seinen Grund darin, weil die Frau kein weiteres Interesse zu haben scheint, einen fundus zu erhalten, den sie, wenn

8) Kein einziger der ältern Ausleger dieser schwierigen Stelle hat hier von den Basiliken und deren Scholien Gebrauch gemacht; daher die unrichtigen Ansichten bey *Ant. FABER de erroribus Pragmaticor. et Interpretum iuris. Decad. LXXXII. Err. 5.* wo er das, was er *Lib. I. Conjecturar. cap. 2.* wie er selbst sagt, minus bene gelehrt hatte, nicht viel besser zu berichtigen gesucht hat; ferner bey *BACHOV advers. Ant. Fabrum Decad. LXXXII. Err. 5.* bey *Ant. MERENDA Controv. iuris Lib. III. cap. 5.* und *POTHIER Pand. Justinian. T. II. h. t. Nr. VI. not. c.* pag. 76.

9) *Conjectuar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2.*

sie ihn wieder haben wollte, dem Mann erst abkaufen, und ihm den ganzen Werth bezahlen müßte. Weil es nun aber doch der Frau zuweilen von Nutzen seyn kann, den fundus dotalis wieder zu erhalten, wenn auch die darauf gemachten nothwendigen Verwendungen die Höhe seines Werths erreicht haben; so soll nun der fundus in seinen vorigen Rechtszustand, in das Dotal-Verhältniß, welches aufgelöst war, wieder eintreten, wenn sie dem Manne den gemachten Aufwand ersezt. Diese Erneuerung der dōs kann also der Mann nicht hindern, er kann sie aber auch nicht von der Frau fordern, sondern es wird ansdrücklich in dem Gesez ein freywilliges Anbieten des Ersatzes von Seiten der Frau erfordert. Dazu ist nun der Frau die Frist von einem Jahre gesetzt. Cujaz<sup>10</sup>) will dies für eine Interpolation halten, die von Tribonian oder Justinian herrühren soll, weil die Bestimmung der Zeiten für die Geseze gehöre, und nicht Sache des Rechtsgelehrten sey. Weder Scavola noch Paulus hätten also eine solche Frist bestimmen können. Allein wie viel Rechtssätze sind nicht durch die Auctorität der Röm. Rechtsgelehrten eingeführt worden, welche der Gerichtsgebrauch bestätigt hat<sup>11</sup>)? Warum aber gerade ein Jahr bestimmt worden? davon läßt sich wohl kein anderer Grund angeben, als weil man gerade ein Jahr für hinreichend hielt, um der Frau Zeit zu lassen, das nöthige Geld zum Ersatz der Verwendungen aufzubringen, und auch bey sich zu überlegen, ob es ihr überhaupt von Nutzen sey, den fundus durch einen solchen Ersatz sich

<sup>10)</sup> Observation. Lib. XXIII. Cap. 12. in fin.

<sup>11)</sup> S. Jac. RAEVARDI de auctoritate Prudentum lib. sing. Best Diss. cit. Cap. I. in fin. pag. 205.

wieder zu verschaffen<sup>12)</sup>). Die meisten Zeitfristen sind ja in dem Röm. Recht willkürlich nach der Billigkeit und vernünftigem Ermessen bestimmt. Um nun aber der Frau diese Deliberations-Frist offen zu lassen, müste freylich dem Manne die Veräußerung des fundus während dieser Zeit verboten werden. Auch hier, meint Cujaz, verrathe sich wieder Tribuneans Hand. Denn kein bloßer Jurist habe bestimmen können, daß ein fundus für die Zeit, da er aufgehört hat, dotal zu seyn, nicht dürfe veräußert werden, weil die Lex Julia nur einen fundus dotalis zu veräußern verbiete. Dieses Verbot auf einen solchen fundus auszudehnen, der nicht mehr dotal ist, habe eine neue Constitution erfordert. Allein auch hier hat der große Cujaz<sup>13)</sup> wohl offenbar Unrecht. Er bedachte nicht, daß ja die Lex Julia, welche doch ausdrücklich nur de praedio dotali pricht, durch Interpretation auch auf den Bräutigam ausgedehnt worden, wie Gaius lib. XI. ad Edictum provinciale<sup>14)</sup> lehrt, ohnerachtet der fundus, den ihm die Braut übergeben hat, so lange die Ehe noch nicht erfolgt ist, doch gewiß noch kein dos genannt werden kann, ob er gleich zur dos bestimmt ist<sup>15)</sup>). Ohnstreitig steht der Frau, wenn der fundus, durch die Bezahlung des nothwendigen Aufwandes auf denselben, wieder in den vorigen Dotalnexus eingetreten ist, dereinst die actio de dote zu. Nun sagt

12) Höhere Gründe hat Majansius cit. Disputat. §. 7. aufzufinden gesucht. Es ist aber nicht der Mühe werth, sie anzuführen. S. Valett angef. Abhandlung §. 24. S. 41.

13) Cit. loc.

14) L. 4. D. de fundo dotali.

15) S. Hafse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 70. S. 243.

ja Paulus libro XXXVI. ad Edictum<sup>16)</sup> ganz allgemein: Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri *actio de dote* competit, aut omnino competitura est. Mit Recht sagt daher Anton Faber<sup>17)</sup>: neque vero novum est, ut etiam eius fundi, qui dotalis non est, alienatio lege Julia inhibetur: sufficit enim, mulieri actionem de dote competere posse, licet interea non competitat<sup>18)</sup>.

Da die impensae necessariae die dos ipso iure vermindern; so findet eine solche Verminderung auch dann Statt, wenn der Mann in seinem Testamente der Frau ihr Heyrathsgut prälegirt, wenn er sich auch dabei der Formel bedient hätte: *Was mir meine Frau zur dos zugebracht hat, soviel soll ihr mein Erbe nach meinem Tode auszahlen.* Diese Formel begründet keine Ausnahme. Anders ist es, wenn ein Dritter den Mann zum Erben einsetzt, und dann der Frau ein solches Legat hinterläßt, nämlich, daß er, als sein Erbe, der Frau soviel auszahlen solle, als sie ihm dotis nomine zugebracht hat. Hier muß der Frau ihre dos ohne allen Abzug der nothwendigen Verwendungen ausbezahlt werden. Der Mann wird auch dadurch nicht von der *actio dotis* befreit, so wie sein Erbe befreit wird, wenn der Mann selbst die dos der Frau vermachts, und der Erbe, dem Legat gemäß, die dos der Frau ausgezahlt hat. Denn in dem Testament eines Dritten wird angenommen, daß die dos nur *taxationis causa* genannt sey, d. h. um die

16) L. 5. §. 1. *D. de fundo dot.*

17) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2.

18) Man vergleiche auch Ballett's angef. Abhandl. §. 25. S. 43. f.

Größe des Legats, oder die Summe, welche der Frau als Vermächtniß ausgezahlt werden soll, dadurch zu bestimmen. Hierher gehört die von vielen mißverstandene Stelle des Favolonus aus dessen *Libro VII. Epistolarum*<sup>19)</sup>, welche also lautet:

*A me herede<sup>20)</sup> uxori meae ita legatum est: Quidquid propter Titiam ad Sejum dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Seius heres meus Titiae det. Quaero, an deductiones impensarum fieri possint, quae fierent, si de dote ageretur? Respondit: non dubito, quin uxori suae, quod ita legatum est: *A te heres peto, quidquid ad te pervenisset, ut tantum ei dares: tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur.* Non autem idem ius servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri, qui dote uxori relegavit. Haec enim *taxationis loco* habenda est<sup>21)</sup>: *Quidquid ad te pervenit.* Illic autem, ubi vir uxori relegat<sup>22)</sup>, id videtur legare,*

19) L. 41. §. 1. D. de legat. II.

20) Die Florentine liest hier *heredi*, für *herede*. Es ist dies in den florentinischen Pandecten nichts Unmögliches, daß im Ablativ der dritten Declination i. für e. steht. Beispiele geben L. 8. L. 25. §. 5. D. de Rei vindic. L. 59. D. de injur.

21) Haloander liest hier: *hic enim taxationis loco habendum est.* Eben so Baudaga, Merlin und Miräus. Behält man die florentinische Lesart bey, so muß das HABE wohl auf dos bezogen werden.

22) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXXIII. Tit. 4. Nr. IV. Not. n. pag. 584. hält die Worte: *ubi vir uxori relegat*, für eine glossema imperiti Interpretis, und

*quod in iudicio dotis mulier consecutura fuerit.*

Der Unterschied, der hier zwischen dem Manne und einem fremden Testirer gemacht wird, ist sehr wichtig. Marcus

will sie weggestrichen haben. Allein ohne allen Grund. Er hat offenbar das Gesetz ganz falsch verstanden. GOVERNUS variar Lection. Lib. I. cap. 15. hingegen glaubt, diese Worte seyen nur versezt. Sie müßtet nach den Worten: hic enim, oder wie die Florentine liest: haec enim, folgen. Denn der Abzug müsse bey dem Legat des Fremden Statt finden, nicht aber bey dem praelegato dotis. So versteht auch POTIER diese Stelle cit. loc. Not. l. et m. und glaubt, daß sich durch eine solche Versezung, die angeführten Worte gegen den Vorwurff eines Glossens rechtfertigen ließen. Cujoz ist mit sich selbst nicht einig. Man vergleiche, was er über die L. 5. D. de dote preeleg. ferner über die L. 41. §. 1. cit. und in seinen Observation. Lib. XXIII. cap. 15. über die L. 41. commentirt hat. Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 3. hat sich darin geirrt, daß er diese Stelle von nützlichen Verwendungen versteht. Weil aber diese auch bey dem relegato dotis nicht abgezogen werden; so siele ja aller Unterschied weg, der hier zwischen dem Legat eines Dritten und dem praelegato dotis gemacht wird. Der Ausdruck deductio wird auch von impensis necessariis gebraucht. L. 8. §. ult. D. Sol. matrim. L. 15. D. h. t. L. ult. D. eod. L. 1. §. 5. D. de dotis collat. Die richtige Erklärung dieser so sehr missverstandenen Gesetzstelle haben Francisc. RAMOS DEL MANZANO in Commentar. ad Leges Julianam et Papiam. Lib. II. Cap. 20. §. 24. (in Thes. Meerman. Tom. V. pag. 193.) Henric. a SVERIN Repetitar. Lection. iuris civ. lib. Cap. XXV. (in Thes. Ottonian. Tom. IV. pag. 41. sqq.) und Ernst Christ. Westphal im System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 513.

Zyklama<sup>23)</sup> meint zwar, er liege in der gebrauchten Formel. Wenn sich der Mann beym praelegato dotis derselben Formel bedient, so müsse eben das Statt finden, was beym Extraneus gilt. Eben dieser Meinung war auch Accursius. Allein den Worten unsers Gesetzes ist sie nicht gemäß. Denn Favolen sagt ja ausdrücklich: *non idem ius servari debere in testamento EXTRANEI, quod servatur in testamento VIRI*, und fügt hinzu: *illuc vero, ubi vir uxori relegat etc.*, ohne in Rücksicht der Formel einen weitern Unterschied zu machen. Der Grund des Unterschieds liegt also unstreitig in der Verschiedenheit der Person, und nicht der gebrauchten Worte. Hier ist auch der Unterschied zwischen dem Ehemann und einem Extraneus sichtbar. Denn prälegirt der Mann seiner Frau die dos, so nimmt man an, er thue es darum, weil er weiß, die Frau werde nach seinem Tode mit der *actio de dote* auf Restitution der dos klagen; man interpretirt also hier das Prälugat zu Gunsten des Erben so, daß ihr der Testirer im Zweifel nicht mehr habe verschaffen wollen, als was die Frau mit der *actio de dote* erlangt haben würde. Wenn hingegen ein Extraneus den Mann zum Erben einsetzt, und seiner Frau ein Legat auf die Art vermachts: *Quidquid ad Sejum heredem dotis nomine pervenit*; so findet hier jene Interpretation zu Gunsten des Erben nicht Statt, sondern die Worte sind hier so generell zu nehmen, wie sie gesetzt sind, weil hier die dos nur *taxationis causa* genannt ist. Sie muß also, ohne allen Abzug der Kosten, nach ihrer ganzen Größe, dem Vermächtniß der Frau zum Maßstabe dienen.

## §. 1281.a.

Welche Rechtsmittel hat der Mann, um Ersatz für die nothwendigen ausserordentlichen Verwendungen zu erhalten.

So lange der Mann die dos in Händen hat, kann er, wenn sie entweder blos in Gelde besteht, oder wenigstens Geld zur dos gehört, durch Compensation, und wenn sie in solchen körperlichen Sachen besteht, die nach getrennter Ehe der Frau zurückgegeben werden müssen, durch Retention Ersatz für seine Verwendungen erhalten. Ausserdem aber steht ihm noch ein anderes Rechtsmittel zu Gebote. Hat nämlich der Mann, ohne Berücksichtigung der gemachten Verwendungen, die ganze dos zurückgegeben, so kann er sich noch einer condictio bedienen. Hierher gehört die L. 5. §. 2. D. h. t. welche aus Ulpian's libro XXXVI. ad Sabinum genommen ist.

*Si dos data soluta sit, non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet? Et MARCELLUS admittit, condictioni esse locum. Sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem MARCELLI sententia admittenda est.*

Diese Stelle lehrt uns zugleich, daß die Frage, ob dem Manne, wenn er die dos ohne Berücksichtigung der nothwendigen Verwendungen restituirt hat, noch eine Klage zustehe, unter den Röm. Rechtsgelehrten streitig gewesen sey. Die meisten verneinten dieselbe, vermutlich aus dem Grunde, weil der Mann, der während der Ehe als Eigenthümer der dos angesehen wird, durch die Verwendungen auf die Dos mehr sein eignes, als das Geschäft

der Frau gerirt zu haben scheint, in welchem Falle auch nicht einmal die *actio negotiorum gestorum* begründet war<sup>24)</sup>). Allein man gab der billigeren Meinung des Marcellus den Vorzug. Erstens, weil ja der Mann doch die dos nach getrennter Ehe herausgeben muß, und zweitens durfte er auch, solche Verwendungen zu machen, nicht einmal unterlassen<sup>25)</sup>). Man konnte also nicht sagen, er habe nur sein Geschäft gerirt, und nicht die Absicht gehabt, die Frau verbindlich zu machen<sup>26)</sup>). Was sollte nun aber für eine Klage Statt finden? Unstreitig die *Condictio indebiti*. Denn da die *impensa necessariae* die dos ipso iure verringern, so hatte der Mann mehr bezahlt, als er schuldig war<sup>27)</sup>). Da jedoch die *condictio indebiti* voraussetzt, daß der Mann die ganze dos aus einem *error facti* zurückgegeben habe; so entsteht die Frage, ob nicht auch dann noch eine Klage Statt finde, wenn auch nicht gerade aus einem solchen Irrthume die Zurückgabe der ganzen dos geschehen seyn sollte? Man kann diese Frage ohne Bedenken bejahen<sup>28)</sup>). Denn wenn mir wegen meiner Forderung eine Klage zusteht, so überlassen es die Gesetze meiner Willkür, ob ich in dem Falle,

24) G. BACHOVIVS *Adversus Ant. FABRUM Decad. LXXXIII.*  
Err. 5. num. 3. und POTHIER *Pandect. Justin. Tom. II.*  
h. t. Nr. VII. Not. I.

25) G. VALETT'S *Abhandl. §. 27. S. 46. f.*

26) G. WISSENBACH *Exercitation. ad Pand. Disp. XLIX.*  
Th. 2. VOORDA *Thesum controvers. Decad. XIII.*  
§. 7. et 8.

27) POTHIER c. I. Not. m. und WESTENBERG *Princip. iur.*  
*sec. ord. Digestor. h. t. §. 8.*

28) G. MAJANSIUS cit. *Diss. §. 10. pag. 455.* und VALETT  
angeff. Abh. S. 47.

da ich dieselbe in Abrechnung bringen konnte, compensiren, oder retainiren wolle, oder nicht<sup>29</sup>). Nie aber kann im Zweifel angenommen werden, daß man sich seiner Forderung begeben habe<sup>30</sup>). Diesem steht auch der Ausspruch des Pomponius in der L. 50. *D. de condictione indebiti*: *Quod quis sciens indebitum dedit hanc mente, ut postea repeteret, repetere non potest, leinesweges entgegen*. Denn dies gilt nur in dem Falle, wenn man seiner Forderung wegen keine weitere Klage hat, wie gleich aus der folgenden L. 51. *D. eodem* erscheint, wo derselbe Pomponius sagt: *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeterere non possumus*<sup>31</sup>). In unserm Falle wird ja aber dem Chemann der Verwendungen wegen die Klage ausdrücklich gestattet<sup>32</sup>). Ein Verzicht auf diese Klage läßt sich nun hier um so weniger annehmen, da nach dem Ausspruch des Paulus in der L. 5. §. 1. *D. de pactis dot.* nicht einmal der Vertrag gelten soll, *ne ob impensas necessarias ageretur*, und zwar aus dem beygefügten Grunde: *quia tales impensae dotem ipso iure minuunt*. Die Klage kann also nach Befinden der Umstände die actio

29) *L. 1. §. 4. D. de contraria tut. acr. S. den 15. Th.*  
dieses Commentars. §. 935. S. 111.

30) *L. 25. pr. D. de probat.*, *Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat.*

31) *S. Greg. MAJANSII ad triginta ICtorum omnia fragmenta*. pag. 316. sq.

32) *L. 7. §. 16. in fin. D. Soluto matrim.* *L. 5. §. 2. L. 7. §. 1. D. h. t.*

mandati, oder auch negotiorum gestorum <sup>33)</sup>), oder auch eine condictio sine causa seyn <sup>34)</sup>.

## §. 1282.

B. Mögliche Verwendungen. Begriff. Rechtsmittel wegen derselben.

Die Verwendungen des Ehemannes auf die das können hiernächst B. auch blos nützliche seyn. Es werden darunter solche Verwendungen verstanden, wodurch blos der Ertrag des Heyrathsguts vermehrt worden ist, ohne daß die Erhaltung der Substanz sie erforderte. Ulpian sagt in der L. 5. §. 3. D: h. t.

*Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit <sup>35)</sup>, hoc est, dotem <sup>36)</sup>.*

Noch bestimmter ist der Begriff, den er in seinen Fragmenten Tit. VI. de dotibus §. 16. giebt, wo er sagt:

33) L. 1a. D. h. t. WESTENBERG Princip. iuris cit. h. t. §. 8.

34) S. Valett a. a. D.

35) Halsoänder liest hier: quaeque rem mulieris meliorem reddunt. Eben so Beck.

36) Die Worte: hoc est, dotem, wollen einige für ein Glossem haften, welche nicht dem Ulpian, sondern irgend einem Ausleger zugeschreiben seyen. Man s. Van de Water Observation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 15. pag. 566. und WALCH ad Eckhardi Hermeneut. iuris §. 48. pag. 41. Allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, wie Jo. CANNEGISTER ad Ulpiani fragmenta Tit. VI. §. 16. pag. 58. und Jo. Lud. CONRADI Observation. iuris civ. Vol. I. (Marburgi 1782. 8.) pag. 19. Not. a. gezeigt haben. In den Ausgaben von Halsoänder und Beck stehen jene Worte nicht.

*Utiles sunt, quibus non factis quidem dete-  
rior dos non fuerit, factis autem fructuosior ef-  
fecta est: veluti si vineta et oliveta fecerit.*

Zur Erläuterung führt Paulus *L. 6. h. t.* welche aus dessen *libro VII. ad Sabinum* genommen ist, noch folgende Beispiele an:

*Veluti si novelletum <sup>37)</sup> in fundo factum sit,  
aut si in domo pistrinum <sup>38)</sup>, aut tabernam <sup>39)</sup>  
adiecerit, si servos artes docuerit <sup>40)</sup>.*

■ 37) *Novelletum* heißt ein mit jungen Weinstöcken angepflanzter Weinberg. *S. Nic. CATHARINUS Observat. et Conjecturar. Lib. II. Cap. 50.* (in *Thes. Meerman. Tom. VI.* pag. 781.) und *BRISSONIUS de Verbor. iuris Significat. h. v.*

38) *S. Not. 45. S. 595. f. und PACIUS Eparthiopœus Centur. V. Qu. 65. pag. 596.*

39) *Taberna* heißt hier jedes zur Bewohnung nützliche Gebäude, wenn es auch nicht gerade von Brettern aufgerichtet worden ist. *L. 185. D. de Verb. Signif. TABERNAB appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo, quod tabulis cluditur.* Gedöch ist die Lesart streitig, indem Einige statt non, lesen nempe, Andere nominatum, Andere nomine. *JAUCHIUS in Medit. crit. de Negationib. Pandect. Florent. Cap. V. §. 54. pag. 109.* hält die Worte *ex eo*, für ein Glosssem, und liest non, *quod tabulis clauditur.* Ferner statt *cluditur* lesen einige Ausgaben *clauditur*, andere *concluditur*, noch andere *coniungitur*. Man sehe über diese Verschiedenheit der Lesarten *Andr. Guil. CRAMER de Verbor. Significat. Titt. Pand. et Cod. cum variae lectionis apparatu. Kiliae 1811. 8. pag. 88.* Die florentinische Lesart vertheidigt mit Recht *POTHIER Pan-*

Derselbe Paulus führt an einem andern Orte libro VI. ad Plautium<sup>41)</sup> noch einen andern Begriff von Fulcinius an. Es heißt nämlich daselbst:

*Utiles impensas esse FULCINIUS ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non*

dect. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 16. Nr. 210, Not. k.  
pag. 692. aus einer Stelle des Festus.

40) Die Künste können auch artificia necessaria seyn. L. 25.

*D. de pign. act.* Ertrag konnte aber der Mann nur dann fordern, wenn nicht der von ihm deshalb gemachte Aufwand durch den daraus gezogenen Nutzen bereits compensirt war. So ist unsere Stelle mit L. 28. § 1. *D. de donat. inter vir et uxor.* zu vereinigen. S. PACIUS Εγνατιοφανῶν. Cent. V. Qu. 66. Der griechische Scholast in den Basiliken Tom. IV. pag. 420. Sch. e. bemerkt, daß überhaupt der Sklave, dem der Mann eine Kunst hat lernen lassen, noch nicht 25 Jahre alt seyn müsse, (*τοὺς διδαχθεῖτας οἰκέτας ἡττονας εἴναι τῶν ξε'. ἔνιαυτῶν*). Denn nach dem 25sten Jahre kann der verwandten Unkosten wegen nichts weiter in Abrechnung gebracht werden, wie Modestin sagt L. 32. *D. de Rei vindicat.* Der Grund ist, weil, wenn der Sklave 25 Jahre alt ist, angenommen wird, daß nach einer so langen Reihe von Jahren, (Denn man pflegte die Sklaven schon vom 5ten Jahre an in Künsten unterrichten zu lassen) der Sklave die auf ihn verwandten Unkosten längst abverdient habe. S. Joh. van NISSEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. IX. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. in Academ. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. I. pag. 88—90.) und Jo. Guil. HOFFMANN Observation. variae s. Meletemat. ad Pandect. Diss. VII. §. 2.

41) L. 79. §. 1. *D. de Verbor. Signif.*

sinant<sup>42)</sup>: ex quibus redditus mulieri adquiratur: si-

42) Einige alte Ausgaben, z. B. die haloanbrinische, ferner die von Claud. CHEVALLONIUS Paris 1527. 8. lesen hier, mit Hinweglassung der ersten Negation, deteriorem esse non sinant. Allein die florentinische Lesart vertheidigen *Ant. AUGUSTINUS Emendationum et Opinion. Lib. I. Cap. 2.* (in *Thes. Iur. Rom. Otton. Tom. IV. pag. 1458.*) und JAUCHIUS *Meditat. criticar. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. V. §. 53.* p. 108. Diese Lesart hat auch die Auctorität der Basiliiken für sich. In diesen lauten die Worte Tom. I. Lib. II. Tit. 2. Const. 79. pag. 51. so: οὐ μὴν οὐ συγχωρούσας εἰναι αὐτὴν χειρώ. Hier ist die Conjunction μὴν nicht zu übersehen, welche gerade Fabrot hier zu übersetzen vergessen hat; μὴν heißt soviel als *autem*, aber. Der Sinn dieser Worte, wie sie auch Augustin a. a. D. ganz richtig erklärt, geht also dahin: Nützliche Verwendungen, sagt Fulcinius, seyen diejenigen, wodurch die das wirklich verbessert wird, nicht aber solche, welche bloß verhüten sollen, daß die das nicht verschlechtert werde. Denn eben dadurch unterscheiden sich die impensae utiles von den necessariis, deren wesentlicher Charakter darin besteht, daß dadurch die das nur gegen gänzlichen Verfall, oder Untergang gedeckt worden ist. Alle Schwierigkeit ist also gehoben, wenn nach der ersten Negation das Wort *autem* eingeschaltet, oder subintelligirt wird, wie auch Balett in der anges. Abhandl. von den Verwendungen auf die das §. 5. mit Beziehung auf die Basiliiken, aus welchen er aber den Ort anzuführen vergessen hat, sehr richtig bemerkt. Eben so hat auch Jo. JENSII in *Strictur. ad Rom. iuris Pandectas et Cod.* (*Lugd. Batav. 1764. 4.*) pag. 518. unsere Gesetzstelle richtig erklärt. Ich bemerke nur noch, daß auch des THEOPHILI fragmenta graeca Tituli de Verborum Signific. (Tom. II. der

cuti arbusti pastinatione<sup>43)</sup> ultra quam necesse fuerat. Item doctrinam puerorum, quorum nomine

*Paraphr. graec.* nach der Ausgabe des *Gul. Ott. Reitz* pag. 978.) mit den *Basilicis* vollkommen übereinstimmen. Es kann also über die Richtigkeit der Lesart kein Zweifel übrig seyn, und es darf uns daher nicht irre machen, wenn in des *LEUNCLAVII* *Synopsi Basilicor.* das letztere ob nicht gelesen wird. Zwar hat Russard auch die erste Negation mit seinem Zeichen || markirt, und *Alber. GENTILIS* in *Comm. in Tit. Dig. de Verb. Signif.* ad L. 79. nostr. pag. 180. sieht dies als ein Kennzeichen an, daß die erste Negation nicht in den florentinischen Pandecten stehe, und beschuldigt den *Turrellius*, er sei bey der Edition derselben nicht bona fide zu Werke gegangen. Allein Russard sagt ja ausdrücklich: Male in aliis deest haec negatio, und auch *Gentilis* hält die doppelte Negation für die richtigere Lesart, er hat auch das Gesetz ganz richtig erklärt. Die doppelte Negation vertheidigt auch *Jo. GOEDDARUS* in *Comm. repetitae paelect.* in *Tit. D. de Verb. Signif.* ad L. 79. nr. 5. pag. 695.

- 43) *Pastinatio arbusti*, die Umgrabung eines mit Weinstöcken oder Bäumen in Reihen besetzten Orts, wird hier, so weit sie nicht eben nothwendig war, sondern bloß zur Verbesserung des Grundstücks gereichte, zu den nützlichen Verwendungen gezählt. In des *THEOPHILI Fragm. graec. de Verb. Sign.* bey *Reitz* Tom. II. pag. 978. heißt es: ὡς ἐπὶ τῆς τοῦ ἀλσοῦ φιλοκαλίας, i. e. in nemoris politione. Es kann also die *pastinatio* bald zu den nothwendigen, bald zu den nützlichen Verwendungen gehören. S. die Note 53. S. 387. Man füge zu den dort angeführten Schriftstellern noch *Festus* voc. *Repastinari* nach *Scaliger*, und besonders was die Bedeutung von *arbustum* anbetrifft, *Cujacius* ad *Tit. Pand. de Verb. Sign.* h. L. und *Jo. GOEDDARUS Comm. cit.* ad h. L. 79. §. 1. nr. 2. pag. 694 sq. hinga.

onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet: ne cogatur fundo, aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum, et horreum insulae dotali adjectum, plerumque dicemus.

Soviel nun die Rechtsmittel anbetrifft, die dem Ehemanne wegen solcher Verwendungen zustehen, so unterscheiden sich dieselben von den nothwendigen Verwendungen dadurch, daß sie die dos nicht ipso iure vermindern, sondern eigentlich nur eine Klage begründen. Hierher gehört, was Ulpian libro XXXVI. ad Sabinum sagt, woraus die L. 7. §. 1 D. h. t. genommen ist.

Quarum utiles non quidem minuunt ipso iure dotem, verumtamen habent *exactionem*.

Wegen der nützlichen Verwendungen steht also dem Ehemanne kein Retentionsrecht zu, sondern der Mann kann sich nur mit der actio mandati oder negotiorum gestorum helfen. Es kommt nämlich darauf an, ob die Verwendungen mit Willen und im Auftrage der Frau gemacht worden sind, oder nicht. Der Unterschied besteht darin, daß im letztern Falle die Verwendungen für die Frau wirklich nützlich, und auch nicht im Uebermaße gemacht seyn müssen, so daß sie, um die Verwendungen zu erstatten, ihre Sachen zu verkaufen genötigt wäre. Die hierher gehörigen Stellen sind.

L. 8. D. h. t. PAULUS libr. VII. ad Sabinum: Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam aiunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest. Quod summam habet aequitatis rationem.

*L. 79. §. 1. D. de Verbor. Signif.* PAULUS libro VI. ad Plautium<sup>44)</sup>. Item doctrinam puerorum, quorum<sup>45)</sup> nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet: ne cogatur fundo, aut mancipiis carere.

*L. un. §. 5. C. de rei uxor. act.* Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Cum enim NECESSARIAE quidem EXPENSES dotis minuant quantitatem, UTILES autem non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri: quatenus possit per hanc, quod utiliter impensum est, adservari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficere actionem.

44) Paulus handelte in diesem libro VI. ad Plautium hauptsächlich de dotis repetitione et impensis in illam factis, wie aus der Vergleichung der aus demselben Buche genommenen Fragmenten, L. 58. *D. de usuris* L. 59. *D. de ritu nupt.* L. 56. *D. de iure dot.* L. 56. *D. Soluto matr.* L. 19. L. 21. L. 23. *D. de re iudic.* erhelet. S. Jo. GOEDDAEI Commentar. in Tit. Pand. de Verb. Signif. ad h. L. pag. 688.

45) Statt quorum lesen mehrere alte Ausgaben, z. B. die des Claud. CHEVALLON, BAUDOZA, und MERLIN, richtiger quarum. Denn die nachfolgenden Worte beweisen ja deutlich, daß das Relativum nicht auf puerorum gehen könne, sondern sich auf utiles impensas beziehen müsse, von welchen hier die Rede ist.

Mehrere Rechtsgelehrten<sup>46)</sup> haben dieses letztere Gesetz so verstehen wollen, als ob Justinian alle Retention wegen der Verwendungen gegen die *actio de dote* aufgehoben habe, so daß sie auch nicht einmal wegen der nothwendigen Verwendungen mehr Statt finden solle. Man glaubt, die Worte am Schlusse des §. 5. *et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem*, ließen gar keinen Zweifel übrig. Noch andere<sup>47)</sup> wollen behaupten, Justinian habe nur die Retention aufgehoben, welche *pignoris loco* geschieht, bis der Mann befriedigt worden ist; nicht aber diejenige Retention, welche durch Compensation auf immer geschieht, und die Wirkung einer Zahlung hat; und suchen auf solche Art die *L. un.* mit dem §. 37. *I. de actionib.* zu vereinigen, wo dem Manne ob *impensas in res dotales factas* die Retention ausdrücklich gestattet wird. Allein die meisten Rechtsgelehrten<sup>48)</sup> sind der Meinung, daß Justini-

46) DONELLUS Commentar. de iure civili. Lib. IX. Cap. 8. §. 8. (Vol. VIII. edit. Koenig. Bucherian. Norimb. 1825. 8. pag. 240.) PAUL VOET Comm. ad Institut. ad §. 37. I. de actionib. ANT. SCHULTING ad Ulpian. Tit. VI. de iure dot. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 585. sq. Not. 28.) HAB. GIPHANIUS Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. un. §. Taceat. de R. U. A. pag. 418. und Balett angef. Abhandl. §. 34.

47) JUL. PACIUS Εναντιοφανῶν. Centur. V. Qu. 60. p. 593. Helf. ULR. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris Lib. IV. P. IX. Qu. 3. pag. 1145. und LUD. CHARONDAS Πετ. Σενῶν seu Verisimilium Lib. II. cap. 16. (in Thes. iur. Rom. OTTON. Tom. I. pag. 766. sq.)

48) GUIL. MARANUS Paratitl. in XLII. prior Libb. Pand. h. t. ANT. FABER de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXXII Err. 4. MATTH. WESEN-

nian in Ansehung der nothwendigen Verwendungen nichts geändert, sondern nur das ältere Recht, nach welchem bey der rei uxoriae actio dem Manne auch wegen der nützlichen Verwendungen ein Retentionsrecht zustand, wenn sie mit Willen der Frau waren gemacht worden, aufgehoben habe, so daß der neuen actio ex stipulatu keine Retention solcher Verwendungen wegen entgegenstehen sollte. Diese Meinung scheint mir auch die richtigste zu seyn, wenn nicht Justinian mit sich selbst in Widerspruch gerathen soll. Die Worte: *Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuant quantitatem,* sind so gefaßt, daß man schon daraus deutlich sieht, Justinian habe in Ansehung der nothwendigen Verwendungen nichts ändern wollen. In Ansehung der nothwendigen Verwendungen, will er sagen, verstehe es sich freylich von selbst, daß sie die dos ipso iure vermindern. Daß aber dieses

sec Comment. ad §. 37. I. de action. Arn. VENNUS Comm. ad eund. §. I. nr. 5. Pet. de TOUELLIU de iure nuptarum Disp. II. Cap. 8. (in FELLENBERG Jurisprud. antiqua. Tom. II. pag. 261.) Em. MERILLIUS Comm. ad §. 37. I. de action. Greg. MAJANSIUS Disputat. de impensis in res dotaes factis. §. 13. (in Disputation. iuris civ. Tom. I. pag. 455. sq.) Jo. Jac. WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XLIX. Th. 3. pag. 509. Jo. ORTW. WESTENBERG Princip. iur. secund. ord. Dig. h. t. §. 12. POTIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. pag. 76. Ge. Lud. BOEHMIS Diss. de iure retentionis §. 9. (in Elect. iuris civ. Tom II. pag. 651.) Car. FRID. WALCH ad HOPPI Commentar. in Institut. ad §. 37. de actionib. not. a. p. 938. THIBAUT System des Pand. Rechte. 1. Band. §. 465. SCHWEPPES Röm. Privatrecht. §. 689. von WENING. INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 3. B. §. 49. u. a. m.

*ipso iure dotem minuere auch durch Retention geschehe, und soviel heißen solle, daß dem Manne ein Retentionsrecht in Ansehung der dos wegen der nothwendigen Verwendungen zustehen solle, bis sie ihm wieder erstattet worden sind, sagt nicht nur Justinian in den Institutionen selbst §. 37. de actionib.*

*Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotaes factas marito retentio<sup>49)</sup> concessa est, quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur;*

49) Mehrere alte Ausgaben lesen zwar marito quasi retentio concessa est, z. B. die von Anton Koberger, Nürnberg 1486. von Halsander, von Baptista de Tortis, Venetia 1495. f. von Johann Petit, Paris 1531. 4. von Hugo a Porta, Lyon 1572. f. u. a. In andern Ausgaben aber ist das Wort quasi eingeschlossen, wie bey Gaudioza, Russard, Charondas, und Pacius, auch in den Gothofredischen Ausgaben, selbst in der von Simon van Leeuwen. Allein mit Recht haben Cujaz, und die neuern Editoren der Institutionen, Biener, Beck, und Bucher das quasi verworfen. Denn es steht weder bey Theophilus Ius; noch in den Handschriften, wie schon Russard bemerkst hat. Auch in der Erlanger Handschrift der Institutionen findet sich das quasi nicht. Ich stimme daher dem Janus a Costa vollkommen bey, wenn er in seinem Commentar. in Institut. ad §. 37. de act. sagt, das Wort quasi sey von einem nase weisen Klügling (Sciolus) dem Text eingeschaltet worden. Gleichwohl meint CANNEGIETER ad Ulpiani fragmenta pag. 57. not. b. man könne, statt quasi, vielleicht quoque lesen. Allein wozu dieses, wenn das Wort quasi überhaupt wegzustreichen ist?

sondern er verweist dabei zugleich auf die Pandecten, (sicut ex lationibus Digestorum libris cognoscere licet) in welchen das *dotem ipso iure minuere*, sowohl vom Paulus *L. 56. §. 5. D. de iure dotiam*, als vom Ulpian *L. 5. pr. D. de impens. in res dotaes factis* noch ausführlicher erklärt worden ist. Hierdurch hat also Justinian das Pandectenrecht ganz bestimmt als noch praktisch anerkannt. Da nun die Institutionen jünger sind, als die *L. un. Cod. de rei uxor. act.* welche schon früher, nämlich im Jahre 530 gegeben worden ist; so kann ja durch diese Verordnung unmöglich das Recht aufgehoben seyn, welches Justinian in den Institutionen ausdrücklich bestätigt hat,

Man will zwar das Wort *retentio* in der angeführten Stelle der Institutionen von einer bloßen Compensation verstehen, welche auch der Natur der neuen *actio ex stipulatu* nicht zuwider sey. Denn dieser solle nur keine eigentliche Retention entgegengesetzt werden, wodurch die Restitution der dos, wenn sie in körperlichen Sachen besteht, der Frau so lange vorenthalten werden kann, bis sie die Kosten dem Manne erstattet hat. Allein wie wenig diese Ansicht dem Geist der Justinianeischen Verordnung entspreche, ist leicht zu begreissen. Sowohl Paulus als Ulpian sprechen in den oben angeführten Pandecten-Stellen ausdrücklich von dieser Retention. Es sind gerade die beyden einzigen und gewiß die Hauptstellen, worin ausführlich erklärt wird, was das heißt; *necessarias impensas ipso iure dotem minuere*. Wie hätten diese Hauptstellen so ganz ohne alle Abänderung in die Pandecten aufgenommen werden können, wenn Justinian in der *L. un. §. 5. C. de rei uxoriae actione* bey-

der actio ex stipulatu alle Retention der dos, auch wegen nothwendiger Verwendungen, aufgehoben hätte, da diese Constitution zu der Zeit, als Tribonian mit seinen Gehülfen an den Pandecten arbeitete, längst gegeben war? Weil nun also jene Pandecten-Stellen nicht blos von der Compensation, sondern ausdrücklich auch von einer eigentlichen Retention der dos sprechen; so kann ja auch die Stelle der Institutionen nicht anders zu verstehen seyn, in welcher wir ausdrücklich auf die Pandecten, und die darin enthaltenen näheren Bestimmungen und ausführlicheren Erörterungen verwiesen werden. Theophilus giebt auch in seiner griechischen Paraphrase<sup>50)</sup> gerade solche Beispiele, wo die nothwendigen Kosten auf species, auf agros vel domos dotis nomine mihi traditas ( $\piερὶ τοὺς ἀγροὺς ή τὰς οἰκίας, τὰς λόγω προικὸς επιδοθεῖσας μοι$ ) also auf Sachen verwendet worden, welche der Frau in Natur zu restituiren sind. Er sagt am Schluß dieses Paragraphen:

ημελλε γὰρ ἔσθ' ὅτε καταπίπτειν ή οἰκία, εἰ μὴ περὶ ἀνανέσιν ἀυτῆς ἐκατὸν ἀνηλώθησαν νομίσματα. διὰ τοῦτο ταύτη χρήσομαι τῇ ρέτεντιν, τούτεστι τῇ παρακατασχέσει, ητις λέγεται ob necessarias impensas.

Das heißt, wie es Reiz übersetzt hat: forte enim futurum erat, ut domus corrueret, nisi in renovationem eius centum solidi impensi fuissent: idcirco hac RETENTIONE utar, quae dicitur OB NECESSARIAS IMPENSAS.

Hierzu kommt nun noch, daß Justinian in dem §. 57. gerade von der neuen actio ex stipulatu de dote

50) Tom. II. pag. 835. nach der Reiz. Ausgabe.

repetenda spricht. Denn daß dieselbe unter dem *de dote iudicio* zu verstehen sey, von welchem gleich in den ersten Worten dieses §. die Rede ist, erhellet deutlich aus der Paraphrase des Theophilus, wo es heißt: *κινοῦσα κατ' έυοῦ τὴν ex stipulatu ἐπὶ ἀπαιτήσει τῆς προικὸς.* i. e. illa adversus me *ex stipulatu* agens ad repetitio- nem dotis. Von dieser neuen Klage hatte Justinian auch schon vorher §. 29. gehandelt.

Betrachtet man endlich den Zusammenhang der Worte in der L. un. §. 5. C. de R. U. A. noch etwas genauer, so kann es dem aufmerksamen Leser kaum entgehen, daß Justinian nur in Ansehung der nützlichen Verwendungen das ältere Recht, was bey der rei uxoriae actio Statt fand, habe abändern wollen. Man betrachte nur die Worte: *utiles autem non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris.* Hier referirt Justinian das ältere Recht, welches dem Manne bey der rei uxoriae actio auch in Ansehung der nützlichen Verwendungen das Retentionsrecht gestattete, wenn sie mit Willen der Frau waren gemacht worden<sup>51)</sup>). Indem er nun zur Abänderung des ältern Rechts schreitet, gedenkt er der impensarum necessariarum nicht weiter, welches den von mir oben angegebenen Sinn der Worte: *Cum enim necessariae QUIDEM expensae dotis minuant quantitatem, noch mehr bestärkt, und den vollkommensten Beweis giebt, daß in Ansehung derselben nichts geändert werden solle.* Nur in Rücksicht der nützlichen Verwendungen sagt er: *non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra ux-*

51) S. BALDUINI Justinianus Lib. II. §. Sed persequamur.

rem indulgeri: quatenus possit per hanc, quod UTILITER impensum est, adservari. Statt der Retention, soll also wegen der nützlichen Verwendungen, wenn sie mit Einwilligung der Frau gemacht worden sind, nur die actio mandati Statt finden. Warum Justinian sagt, mandati actionem a nostra auctoritate indulgeri, erklärt der griechische Scholiast Thalelaus<sup>52)</sup> auf folgende Art.

Ἐπειδὴν γὰρ δεσπότης ἐστίν ὁ ἀνήρ τῶν προκαταιών πραγμάτων, καὶ περὶ τὰ ἴδια δαπανᾷ· πᾶς δυνάται εἶναι μανδάτι ἐξ ὧν τις ποιεῖ περὶ τὰ ἴδια πράγματα; διὰ τοῦτο οὖν ὡς ἐξ ἀνθεντείας ἴδιας τοῦτο εἶπεν ὃ διάταξις. i. e. Quoniam enim maritus rerum dotalium dominus est, et in rem suam impendit: quomodo potest esse mandati actio ex his, quae impendit in res suas? Itaque tanquam ex sua auctoritate hoc dicit constitutio.

Cujaz<sup>53)</sup> meint auch, Justinian habe hier sua auctoritate jene Subtilität, als ob gar keine Klage Statt finde, aufheben wollen.

Allein richtiger scheint mir die Erklärung Anton Faber's<sup>54)</sup> zu seyn. Wegen der nützlichen Verwendungen stand dem Manne nach dem ältern Rechte keine Klage, sondern nur eine Retention zu<sup>55)</sup>. Indem nun Justinian

52) *Basilica* Tom. IV. pag. 662. Schol. d.

53) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. Sileat. de rei uxori. act. Vers. Ultima retentio.

54) De errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXXII. Err. 4.

55) PORCIUS Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. not. 6 pag. 76. behauptet daher nicht ohne Grund, daß Er-

nian dem Manne, statt jenes Retentionsrechts, welches gegen die neue actio ex stipulatu nicht mehr so, wie ehemals gegen die rei uxoriae actio, Statt finden solle, die actio mandati giebt, wenn die nützlichen Verwendungen im Auftrage der Frau gemacht worden sind; so konnte er mit Recht sagen, mandati actionem a sua auctoritate marito contra uxorem indulgeri.

Sollte aber auch kein Auftrag von Seiten der Frau geschehen seyn, so soll ihm die actio negotiorum gestorum wegen dieser Verwendungen zu statten kommen.

Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß Justinian durch seine Constitution alle Retentionen bey der dos abschaffen wollte, welche der rei uxoriae actioni entgegengesetzt werden konnten. Dies konnte nun aber auf die Retention wegen nothwendiger Verwendungen darum nicht gehen, weil diese die dos ipso iure mindern, ohne Unterschied, die Klage, mit welcher die dos zurückgefördert wird, sey eine actio bonae fidei, oder stricti iuris, z. B. die actio ex testamento, wenn der Mann die dos der Frau prälegirt hat<sup>16</sup>). Dieses lässt sich auch leicht erklären. Denn das Retentionsrecht wird mittelst der exceptio doli mali ausgeübt<sup>17</sup>), und

bonian in der L. 7. §. 1. D. h. t. für retentionem, das Wort exactio substiuirt habe.

- 56) L. 1. pr. et §. 4. L. 2. pr. L. 5. D. de dote praeleg. §. 15. I. de legatis. Dass die in diesem Falle der Frau zustehende actio personalis ex testamento so gut, wie die actio ex stipulatu de dote des ältern Rechts, eine actio stricti iuris sey, hat keinen Zweifel. L. 5. §. 4. L. 6. D. de in litem iurando. S. Vinnius Commentar. ad §. 28. I. de actionib. nr. 5.

- 57) L. 27. §. 5. D. de rei vindicat. L. 48. D. eodem. L. 11. D. de noxal. act. L. 14. §. 1. D. Communi di-

diese Einrede wird der Billigkeit wegen gegen eine jede Klage gestattet, wenn es auch dem Beklagten an einer eigenen Klage nicht fehlt<sup>58)</sup>). Ja die Regel: *impensa necessariae dotem ipso iure minuunt*, hat eine so uneingeschränkte Ausdehnung, daß sie auch sogar in dem Falle eintritt, wenn wegen einer unerlaubten Ehe die *dos caduc* geworden ist<sup>59)</sup>.

Noch ist jedoch in Absicht auf den Erfolg nützlicher Verwendungen zu bemerken, daß wenn solche nicht im Auftrage der Frau gemacht worden sind, die *actio negotiorum gestorum* anders nicht begründet ist, als wenn die *dos* dadurch wirklich verbessert worden. Justinian setzt ausdrücklich voraus, *ut utiliter res gesta sit*<sup>60)</sup>.

*vid. L. 4. §. 9. L. 5. §. 1. D. de doli mali et met. except.* Ja die *L. 21. D. Soluto matrim.* sagt: *Cum doli exceptio insit de dote actioni, ut ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celsus videtur, inesse hunc sumtam actioni de dote.*

58) *L. 21. D. ad Sctum Trebell. L. 7. D. de doli mali except.* Besonders *L. 8. D. eodem*, welche Stelle gerade so, wie die *L. 79. D. de Verb. Signif.* aus PAULI libro VI. ad Plautium genommen ist. Hier sagt PAULUS, und zwar gerade in Beziehung auf die nothwenden Verwendungen, wie JO. GORDONIUS in Comm. ad L. 79. pag. 691. bemerkt hat, *dolo facit, qui petit, quod redditurus est.* Man vergleiche auch *L. 173. §. 5. D. de div. Reg. iuris.*

59) *L. 61. D. de ritu nuptiar.* Cf. FRANC. RAMOS del MANGANO Comm. ad Leges Julianam et Papiam Lib. II. Cap. 20. nr. 15. sqq. (in Thes. Meerman. Tom. V. pag. 192. sqq.)

60) *L. un. §. 5. C. de R. U. A.*

Eben dieses sagt auch Ulpian<sup>61)</sup>). Hierdurch unterscheiden sich eben die nützlichen Verwendungen von den nothwendigen. Denn letztere vermindern die dos ipso iure, etsi res male gesta est, d. h. wenn sie auch ohne des Mannes Schuld die beabsichtigte Wirkung nicht gehabt haben, oder ohne Erfolg geblieben sind<sup>62)</sup>).

Bey den nützlichen Verwendungen kommt es auch noch darauf an, daß, wenn sie nicht im Auftrage der Frau gemacht worden sind, der Aufwand nicht so übermäßig seyn dürfe, daß die Frau, aus Unvermögenheit des Ersatzes, ihre dos verlieren sollte<sup>63)</sup>). Sonst würden die Grundsätze eintreten, welche in diesem Falle bey der Reivindication Statt finden<sup>64)</sup>). Uebrigens, sofern die Frau die aufgewandten Kosten aus ihrem übrigen Vermögen zu ersinnen vermag, kommt es bey nützlichen Verwendungen nicht in Betrachtung, ob dieselben von Bedeutung sind, oder nicht<sup>65)</sup>). Aller Ersatz derselben fällt jedoch weg, wenn der Mann die dos seiner Frau prälegirt hat<sup>66)</sup>.

61) L. 5. § 5. D. h. t. Man s. auch GENTILIS Comm. in Tit. de Verb. Signif. ad L. 79. cit. pag. 182.

62) S. oben §. 1281. S. 585. und MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 276. Not. 3. pag. 140.

63) L. 8. D. h. t. L. 79. §. 1. D. de Verb. Signif. S. MAJANSIUS cit. Diss. §. 15. pag. 436.

64) L. 58. D. de rei vindic. S. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad L. 8 h. t. pag. 357. und den 8. Th. dieses Commentaris §. 593. S. 303. ff. Man s. auch DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 8. §. 6. Vol. VIII. pag. 259.

65) Nur bey den nothwendigen Verwendungen wird darauf gesehen. Bey der actio negotiorum gestorum kommt

Wenn nun gleich in der *L. un. §. 5. Cod. de R. U.A.* die Retention der dos wegen der nützlichen Verwendungen ausdrücklich untersagt ist; so wird doch von den meisten Rechtsgelehrten<sup>67)</sup> h. z. T. behauptet, daß wenn Geld zum Heyrathsgute gehört, in Ansehung derselben die Compensation Statt finde, theils weil auch dadurch die Schuld ipso iure vermindert wird, theils weil Justinian in der *L. ult. Cod. de compensation.* ausdrücklich verordnet, daß sie allen Klagen, sie seyen Real- oder

auf den Betrag nichts an. *L. 12. D. h. t. S. Cursive Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. Sileat. de rei uxori. act. Vers. Ultima retentio.*

- 66) *L. 5. D. de dote praeleg.* MARCIANUS *Libro III. Regularum.* Dote relegata, non est heres audiendus, si velit, — solutionem differre, — ob impensas alias, quam quae ipso iure dotem minuantur. Aliud est enim, minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit: aliud, pignoris nomine retineri dotem ob ea, quae mulierem invicem praestare sequum est.
- 67) HUNNIUS Variar. Resolution. iur. Lib. IV. P. IX. Quod. p. 1145. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XIV. Cap. VIII. §. 8. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Codicis ad L. un. §. Taceat. de R. U. A. pag. 418. Ant. SCHULTING ad *Ulpianum* Tit. VI. de dotibus Not. 28. in Jurisp. vet. Antej. pag. 584. VORT Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 10. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 452. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Pandect. P. II. Sect. II. §. 648. u. a. m. Anderer Meinung sind jedoch COCCAJI iur. civ. controv. h. t. Qu. un. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 465. von WENING. INGENHEIM Lehrbuch des 9<sup>o</sup> meinen Civilrechts. 3. B. §. 49. u. a.

Personal-Klagen, solle entgegengesetzt werden können, und nur allein die *actio depositi* ausgenommen ist.

§. 1285.

C. Impensa voluntuariae. Begriff, Wirkungen.

Die Verwendungen können endlich C. auch nur *impensa voluntuariae* seyn, wodurch die Substanz der dos weder gegen Untergang oder Deterioration gedeckt, noch der Ertrag derselben erhöhet worden, sondern welche bloß zur Verzierung der Sache, und zum Vergnügen gemacht worden sind, mithin nur einen sinnlichen Reiz gewähren. Ulpian hat sie eben so erklärt.

*Fragm. Tit. VI, de dotibus. §. 17* <sup>68)</sup>. VOLUPTUOSAE sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret: neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis <sup>69)</sup> et picturis similibusque rebus.

*L. 7. pr. D. h. t. ULPIANUS libro XXXVI. ad Sabinum.* VOLUPTARIAE autem *impensa* sunt, quas maritus ad voluptatem fecit, et quae species exornant.

*L. 14. §. 2. h. t. ULPIANUS libro V. Regulam.* VOLUPTUOSAE sunt, balinea exstruere.

68) *S. Hugo ius civ. Antejustin. Tom I. pag. 27.*

69) *Viridiaria*. oder *viridaria*, oder auch *viridia* sind Orte, die mit grünen Bäumen bepflanzt sind, Lustgärten, insonderheit Alleen von hohen belaubten aber unfruchtbaren Bäumen. *L. 15. §. 4. D. de Usufr. L. 8. §. 1. D. de instructo vel instrum. leg. L. 15. §. 1. D. de Servitutibus. S. GOEDDAEUS ad L. 79. §. 2. D. de Verb. Signif. nr. 4. pag. 699.*

Hiermit stimmt auch Paulus überein, welcher in der schon mehrmals angeführten L. 79. §. 2. *D. de Verbor. Signif.* sagt:

VOLUPTUARIAE sunt, quae speciem duntaxat exornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridia, et aquae salientes<sup>70</sup>), incrustationes<sup>71</sup>), loricationes<sup>72</sup>), picturae.

Sind jedoch solche impensae voluptuariae auf Dotsachen verwendet, welche die Frau nach erfolgter Trennung der Ehe verkaufen will, und für welche der Kaufliebhaber eben deswegen einen höhern Preis bezahlt; so nehmen diese Verwendungen die Natur der nützlichen an, wie ebenfalls Paulus sagt.

L. 10. *D. h. t. PAULUS libro XXXVI. ad Edictum.* Quodsi hae res, in quibus impensae factae

70) Fontainen, welche auf eine künstliche Art in Häusern, zur Erfrischung und Vergnügen, in der Mitte eines grossen Zimmers oder Salons angelegt waren, wo sich das springende Wasser in einem Becken oder Bassin von Marmor oder Bronze sammlete. L. 11. *D. de supellect. leg.* S. Cujacius ad h. L. und Goeddeus c. l.

71) Vertäfelungen von Marmor-Platten, d. h. wenn die Wände eines Saals mit Marmortafeln überzogen sind. Isidorus Lib. XIX. Cap. 15. sagt: CRUSTAE sunt tabulae marmoris: unde et marmorati parietes et crustali dicuntur. INCrustationes igitur investiunt parietes crustis marmoreis, autore HADRIANO JUNIO.

72) Lambrien von Lünchwerk und Strukturarbeit zur Beziehung der Wände. S. VITRUVIUS *de Architectura*. Lib. VII. Cap. 1. Cujacius Comm. ad Tit. Pand. de Verbor. Signif. h. L. 79. und Goeddeus c. l. pag. 700.

sunt, *promerciales fuerint*<sup>73)</sup>: tales impensaæ non voluptariae, sed utiles sunt.

Wegen der blos zierenden und zum Vergnügen gemachten Verwendungen steht nun dem Manne kein Fordersungsrecht zu. Er erhält solches nicht einmal dann, wenn er dazu von der Frau beauftragt war. Ulpian sagt dieses ausdrücklich, mit Beziehung auf Aristo in einer Stelle, die aus desselben *Libro XXXVI. ad Sabinum* genommen ist.

*L. 11. D. h. t. In voluptariis autem Aristo scribit, nec si voluntate mulieris factae sunt, exactio-nem parere*<sup>74)</sup>:

Der Mann hat blos das Recht sie wegzunehmen, im Fall die Trennung ohne Schaden geschehen kann, und die Sachen für den, welcher sie hinwegnimmt, einen Nutzen haben, sonst muß er sie der Frau überlassen, ohne allen Ersatz. Justinian sagt in der *L. un. §. 5. C. de R. U: A.*

*Quodsi voluptariae sint, licet ex voluntate eius*

73) *S. Cujacius Commentar. in Libr. XXXVI. Pauli ad Edictum ad h. L. io. (in Operib. postum. a FABRO edit. Tom. II. pag. 598..sq.)*

74) Statt *parere* schlägt *Jo. Guil. HOFFMANN* in *Observation. var. seu Meletemat. ad Pand. Diss. XXII. §. 10.* die Lesart *exactionem patere* vor. Allein eine Wendung der Lesart scheint mir hier ganz unnöthig zu seyn. Das Wort *parere* hat hier einen sehr treffenden Sinn, wenn man es in der Bedeutung von erzeugen, verschaffen, hervorbringen nimmt. Man subintellire nur nach dem Worte scribit, das Wort *eas* mit einem Komma.

*expensae: deductio operis, quod fecit, sine la-  
sione tamen prioris speciei, marito relinquatur.*

Jedoch giebt es zwei Fälle, wo auch wegen der impensae voluptariae dem Manne die Klage nicht ver, sagt wird, nämlich 1) wenn die Frau eine unschädliche Trennung derselben dem Manne nicht gestatten will. 2) Wenn sie auf solche Detailsachen verwendet sind, welche die Frau verkaufen will, und eben derselben wegen um einen höhern Preis verkaufen kann. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

*L. 9. D. h. t. ULPIANUS libr. XXXVI. ad Sa-  
binum. Pro voluptariis impensis, nisi parata sit  
mulier pati maritum tollentem, exactioem patitur.  
Nam si vult habere mulier, reddere ea, quae im-  
pensa sunt, debet marito: aut si non vult, pati  
debet tollentem, si modo recipient separationem.  
Ceterum, si non recipient, relinquendae sunt:  
ita enim permittendum est marito auferre orna-  
tum, quem posuit, si futurum est eius, quod  
abstulit<sup>75)</sup>.*

75) BAUDOZA Cestius liest hier: *si profutarum est ei, quod abstulerit.* Andere behalten zwar die florentinische Lesart bey, erklären aber das *futurum* durch *profuturum*, nämlich, was der Mann wegnimmt, müsse auch für ihn Nutzen haben, sonst sey ihm das hinwegnehmen nicht zu gestatten. So erklärt diese Worte die Glossen, und eben so POTIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XII. not. d. pag. 77. An der Richtigkeit der Lesart lassen uns die *Basilica* nicht zweifeln. In diesen heißt es Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 9. pag. 418.: *εἴ γε δύναται περιαργεθῆναι, καὶ μέλλει ἔχειν αὐτὸν, ἐκεὶ οὐ περιαργεῖ αὐτὸν.* i. e. *siquidem et tolli possit,*

L. 10. D. h. t. Quod si hae res, in quibus impensa factae sunt, promercales fuerint: tales impensa non voluptariae, sed utiles sunt.

*et eius futurum sit: ceterum non tollit.* JENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 178. erläutert dies so, daß das, was der Mann hinweggenommen, nicht etwa gerade deswegen, weil es nun von der Hauptsache getrennt ist, von einem Dritten vindicirt werden könne, mithin die Absonderung dem Manne nichts helfen würde, weil er das Hinweggenommene nicht behalten darf. Er denkt sich den Fall, daß z. B. dazu, was zur Vergierung des Hauses verwendet worden, eine fremde Materie genommen sey, die nun der Eigenthümer vindiciren kann. Er meint jedoch die Negation ov müsse in den Basiliken ausgestrichen, und die Stelle nach einer richtigern Diépunction so gefaßt werden: *Potest mulier vel impensas voluptatis causa in rem dotalem factas restituere, vel permittere viro tollere id, quod vir struxerit, si quidem et possit tolli, et sublatum futurum sit viri, ita scilicet, ut non possit vindicari.* Nicht undeutlich deutet dahin auch der griechische Scholiast Sch. g. pag. 421. welcher sagt: τότε δὲ ὁ προσέθηκεν δύναται ἀφαιρεῖν ὁ ἀνὴρ ὅτε μέλλει σώζεσθαι παρ' ἀντῷ ἀφαιρουμένῳ εἰ γὰρ μὸνον ἀφανίσαι βόύλεται τὸ προστεθὲν, ἐπειδὰς ἀντὸς οὐδὲν φέρειται, ἀλλὰ καταβλάπτει τὴν γνωναῖα, οὐ συγχωροῦμεν αὐτῷ. *Tunc autem maritus, quod adiecit, potest auferre, cum apud ipsum tollentem salvum futurum est, nam si, ut depereat, tollere vult, quia nec ullum commodum sentit, et exinde mulier damnum patitur, hoc ei non permittimus.* Aus allem ergiebt sich indessen soviel, daß die Hinwegnahme der Verwendung dem Manne nur dann gestattet wird, wenn sie für die Frau unschädlich ist, und für den Mann von Nutzen seyn kann.

Denn in dem letztern Falle setzt das Gesetz die impensae voluptuariae den nützlichen gleich, in dem ersten Falle aber hat die Frau selbst durch Verweigerung der Begnadung erklärt, daß sie die Verwendungen für nützliche halte<sup>76</sup>). Hier muß also eine der Klagen gegen die Frau statt finden, welche wegen der nützlichen Verwendungen dem Manne gegeben werden.

Da Justinian diese Gesetze durch seine Constitution nicht aufgehoben hat, welche überhaupt älter, als die Pandecten, ist; so hat Anton Faber<sup>77</sup>) wohl mit Unrecht seinen Zorn gegen den Tribonian ausgelassen, den er hier einmal über das andere einer Ungereimtheit beschuldigt. Es geziemt sich überhaupt nicht über die Gesetze, welche einmal als noch gültig anerkannt sind, zu erheilen, sondern nach denselben zu sprechen.

### §. 1283. a.

#### Allgemeine Schlussbemerkung.

Die bisher vorgetragenen Grundsätze setzen nun eine wahre dos voraus. Da nun aber ohne eine geschmäßige Ehe keine dos denkbar ist<sup>78</sup>); so kann von diesen Grundsätzen kein Gebrauch gemacht werden, wenn entweder eine geschlossene Ehe nach den Gesetzen als eine solche gar nicht bestehen kann<sup>79</sup>), oder noch gar keine Ehe geschlossen wor-

76) S. GOEDDABUS ad L. 79. §. 2. D. de V. S. nr. 2. pag. 698.

77) De errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris. Decad. LXXXII. Err. 4.

78) L. 76. in fin. D. de iure dot. L. 20. C. de donat. ante nupt.

79) 4. 5. D. de iure dot. S. Hafse Güterrecht der Ehegattin 1. B. §. 70. S. 243. ff.

den, sondern noch vor deren Eingebung dem Bräutigam Sachen gegeben worden sind, die künftig das werden sollen, wenn die Ehe nachher nicht erfolgt. Denn so wenig hier die actio ex stipulatu de dote, sondern eine bloße conductio, entweder sine causa<sup>80)</sup>, oder ob causam datorum, causa non secuta<sup>81)</sup>, Statt findet; eben so wenig können hier die vorgetragenen Grundsätze vom Ersatz der impensarum in res dotaes factarum zur Anwendung kommen, sondern es treten hier die allgemeinen Regeln ein, so wie sie bey jedem andern bonae oder malae fidei possessor in Rücksicht der Verwendungen Statt finden<sup>82)</sup>. Hierher gehört, was Paulus libro XXXVI. ad Edictum sagt, woraus die L. 23. D. Solutio matrimon. genommen ist.

*Et si quid in dotem impensum est, nec a muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur.*

Es bezieht sich dieser Ausspruch des Paulus auf den Fall, welchen Ulpian in der vorhergehenden L. 22. §. ult. vergetragen hat, nämlich wenn die Frau aus Erthum einen Sklaven, statt einer freien Person, gehyrathet hat. Hier sagt Ulpian: concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri. Die Frau klagt hier gegen den Herrn ihres Mannes mit der actio de peculio, dieser kann aber abziehen, was ihm der Sklave

80) L. 5. D. de conduct. sine causa.

81) L. 7. pr. D. de conduct. causa data L. 7. §. 3. L. 59. §. 2 D. de iure dot.

82) G. Franc. DUARENUS in h. Tit. ad L. 23. Sol. matrim. Oper. pag. 280. und Walett angef. Abhandl. §. 51. S. 51. f.

schuldig ist, und was der Sklave auf die das verwendet hat, weshalb ihm, wenn die Frau den Ersatz dieser Verwendungen verweigert, die exceptio doli mali gestattet wird <sup>83</sup>).

83) *S. Jac. Cujacii Commentar. in Libr. XXXVI. Pauli ad Edictum ad L. 25. D. Soluto matrim. (Oper. postumor. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 592. sq.)*

---

## Lib. XXV. Tit. II.

## De actione rerum amotarum.

§. 1284.

Begriff der Klage. Edict des Prätors. Verschiedene Ansichten  
der ältern Röm. Rechtsgelehrten. Erläuterung der  
*L. i. h. i.*

So wie bey der alten rei uxoriae actio retentiones ex dote wegen der Verwendungen Statt hatten; so traten auch dergleichen Retentionen wegen Entwendungen unter Ehegatten, (propter res amotas) ein. Nach der neuern Constitution des Kaisers Justinian sollen aber auch diese Retentionen bey der actio ex stipulatu nicht mehr Statt finden, weil dem Ehemanne die actio rerum amotarum zu Gebote stehe<sup>84)</sup>. Daher die Verbindung dieses Titels mit dem vorigen. Unter dem *iudicium*, oder *actio rerum amotarum* wird nun diejenige Personalklage verstanden, welche nach dem Edict des Prätors eigentlich in dem Falle Statt findet, da ein Ehegatte dem andern während der Ehe, und zwar in Rücksicht einer vorhabenden Ehescheidung, etwas von seinen Sachen entwendet hat, und

84) *L.un. §.5. Cod. de rei ux. act.*

gleich nach erfolgtem Divortium von dem Bestohlenen gegen den Entwender auf vollständigen Ersatz angestellt werden kann<sup>85)</sup>). Diese Klage hat der Prätor in seinem Edict eingeführt. Die Kaiser Diocletian und Maximian sagen in der L. 2. Cod. h. t.

Divortii causa rebus uxoris a marito amotis,  
vel ab uxore mariti, rerum amotarum *Edicto per-*  
*petuo permittitur*<sup>86)</sup> actio. Constante etenim matri-  
monio neutri eorum neque poenalis, neque famo-  
sa actio competit, sed de damno in factum da-  
tur actio.

Die verschiedenen Versuche von Ranchin, Noodt, und Westenberg, daß Edict selbst wiederherzustellen, findet man, nebst den dahin gehörigen Stellen der Pandecten und des Codex, in Abraham Wieling's äußerst seltnem Werke, welches unter dem Titel: *Fragmenta Edicti perpetui in usum lectionum publicarum zu Franeker 1733 4.* erschienen ist, S. 153 f. Nach

85) Man vergl. hier vorzüglich *Jac. Cujacii Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 21. Libri V. Rerum amotarum. Reinh. Bachovii sententia Tract. de Actionibus Disp. V. S. 7. — 12. Ger. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. (Operum Tom. II. pag. 530. sqq.) und Franc. RAMOS DEL MANZANO Praelectio ad L. 25. D. de act. rer. amo- tar. (in Ger. MEERMANNI nov. Thes. iur. civ. et canon. Tom VII. pag. 206 — 211.)*

86) Statt *permittitur*, wie alle Ausgaben, welche ich ver-  
glichen habe, lesen, müsse, sagt Cujac a. a. *D. pro-*  
*mittitur* gelesen werden. *Promittit enim Praetor actio-*  
*nes in suo Edicto, easque dat postulantibus.* Allein  
das Wort *permittitur* kommt auch *L. un. C. de alienat.*  
*iud. mut caus. facta vor.*

der Restitution des vortrefflichen Noodt's<sup>87</sup>), dessen Bemühungen in dem Studium des Edicts nach dem Urtheil eines Haubold's<sup>88</sup>) den Fleiß der übrigen bey weitem übertroffen haben, lautete das Edict folgendermassen.

*Rerum amotarum si agetur, quod uxor res mariti, aut maritus res uxor, divortii causa, amovisse dicetur, et divortium secutum erit, iudicium dabo.*

Die alten römischen Rechtsgelehrten waren darüber nicht einig, wie eine solche Entwendung unter den Ehegatten anzusehen sei? Wir haben hier ein merkwürdiges Beispiel von der Art, daß selbst zwischen den Anhängern derselben Secte in dem nehmlichen Puncte Zwiespalt herrschte. Zwar waren darin alle einig, daß die beim Diebstahl gestattete actio furti nicht Statt finde, und daher für diesen Fall eine besondere Klage habe eingeführt werden müssen. Warum aber die actio furti hier nicht gestattet werde, dies ist der Punct, worüber selbst die Rechtsgelehrten derselben Schule nicht einerley Meinung waren. Paulus, aus dessen libro VII. ad Sabinum die L. 1. D. h. c. genommen ist, belehrt uns darüber aussführlich. Er sagt:

*Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit: quia non placuit, cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut*

87) S. Derselben Commentar. ad Dig. h. t. Princ. (*Opusculum Tom. II.* pag. 550.)

88) S. Derselben Aufsatz über die Versuche, das Prätorische Edict herzustellen, (in Hugo's *civiliſt. Magazin* 2. B. S. 509.)

NERVA<sup>89)</sup>, CASSIO, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut SABINO et PROCULO, furto<sup>90)</sup> quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure: in qua sententia et JULIANUS rectissime est<sup>91)</sup>.

Einige der ältern Rechtsgelehrten behaupteten also, eine Entwendung unter Ehegatten sey nicht einmahl ein furtum zu nennen. Für diese Meinung werden Nerva und Cassius angeführt. Nerva war Labeo's Nachfolger, auf welchen Proculus folgte, von dem die Schule des Labeo den Namen der Proculianer<sup>92)</sup> erhielt. Cassius hingegen folgte auf Massurius Sabinus, den Schüler des Capito, von welchem desselben Schule den Namen der Sabinianer hat, sich aber auch vom Gaius Cassius benennt<sup>93)</sup>. Also zwey Rechtsgelehrten von

89) Mehrere alte Ausgaben lesen Nerva et Cassio; z. B. Haloander, Baudoza, Miräus, Merlin u. a. Allein Paulus hat die copula zwischen den Namen der Rechtsgelehrten öfters weggelassen. Man sehe z. B. die L. 3. §. 4. h. t. Jo. Guil. HOFFMANN in Observationib. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXII. §. 10. meint, man könne auch mit Hülfe der Gemination Nerva ac Cassio lesen.

90) Die meisten lesen hier *fartum*. Z. B. Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus, u. a.

91) S. Petri de VELASCO Concertationes inter Proculum et Cassium ad L. 1. D. Rerum amotar.

92) Nicht Proculianer. S. Dirksen über die Schulen der römischen Juristen. §. 3. Not. 45. (in Derselben Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts. S. 20.)

93) L. 2. §. 47. D. de Origine iuris.

zwey verschiedenen Secten, der eine ein Proculianer, der andere ein Sabinianer, stimmten hier mit einander übec ein. Sie sagten, die *societas vitae*, welche in der Ehe enthalten sey, bringe es mit sich, daß die Frau, (wohl in keiner andern Beziehung, als in Rücksicht des ehelichen Vermögens) gewissermassen als *domina* zu betrachten sey<sup>94</sup>). Ein solches Verhältniß lasse unter Ehesgatten kein furtum Statt finden. Man ist sehr geneigt, dieses nur auf eine Art der römischen Ehe zu beziehen, nämlich auf diejenige, welche mit der *conventio in manum* verbunden war<sup>95</sup>). Denn die Frau trat durch eine solche Ehe in das Verhältniß einer filiafamilias zum Hausvater. Man sagt, sie werde ja nachher vom *Proculus* ausdrücklich eine *filia* genannt. Denn der Grund des *Sabinus* und *Proculus*: *furtum quidem eam facere, sicut filia patri facit*, deute offenbar auf das Recht der Ehe per coëmptionem hin. Allein dazu ist eben so wenig Grund vorhanden, als wenn man den vom *Modestin* gegebenen Begriff von *nuptiae*, wenn er ihnen eine *divini et humani iuris communicatio* zuschreibt<sup>96</sup>), blos von einer solchen strengen Ehe verstehen wollte<sup>97</sup>). Die Ehe mit *Conventio in manum* war schon zu Tacitus Zeiten selten, und zu den Zeiten des

94) Auch der Apostel Paulus I. Thymoth. V. v. 14. braucht von der Frau den Ausdruck *οἰκοδεσπότειν*.

95) S. Jo. SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib. II. Cap. III. Sect. III. nr. 16. (in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 125.) Franc. RAMOS DEL MANZANO Praelect. cit ad L. 25. D. h. t. §. 2. (in Thes. eod. Tom. VII. pag. 207.) u. a. m.

96) L. 1. D. de Ritu nupt.

97) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1205.

Kaisers Gordianus gewiß noch seltner, wo nicht ganz verschwunden<sup>98)</sup>). Dennoch setzt derselbe den Grund, warum die Erben des verstorbenen Mannes gegen die Frau die accusatio expilatae hereditatis nicht anstellen können, darin, weil dieselbe als eine socia rei humanae atque divinae in das Haus des Mannes aufgenommen werde<sup>99)</sup>). Diese societas vitae wurde sogar auch noch nach dem Tode des Mannes, vermöge einer rechtlichen Fiction, als fortdauernd angenommen, so lange desselben Erbschaft noch nicht angetreten war; weil der Nachlaß gleichsam die Person des verstorbenen Mannes vorstelle, und für ein noch fortdauerndes Eigenthum desselben gehalten wurde<sup>100)</sup>). Darum konnte die Frau wegen der expilata hereditas eben so wenig angeklagt, als wegen einer Entwendung actione furti belangt werden<sup>101)</sup>). Tryphoninus, der noch vor Alexander Severus lebte, hat den umgekehrten Fall, wenn die Entwendung von dem Manne geschehen ist, und doch setzt auch dieser Rechtsgelehrte den Grund der gegen den Mann gestatteten rerum

98) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 668. 3. 18 — 22 und S. 818 3. 21 — 24 (der 8. Aufl.)

99) L. 4. C. de crimine expilatae hereditatis. (IX. 52.) S. Ge. D. ARNAUD Variar. Conjecturar. juris. civ. Lib. II. cap. 19. pag. 542. sq.

100) L. 61. D. de acquir. rer. dom. L. 15. §. 2. D. ad Leg. Aquil. L. 9. Cod. Deposit.

101) L. 5. D. Expilatae hereditatis. HERMOGENIANUS Libr. II. Juris epitomar. Uxor expilatae hereditatis crimine idcirco non accusatur, quia nec furti cum ea agitur. S. Jos. FINESTRES et DE MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. ad h. L. §. 4. pag. 652.

amotarum actio ausdrücklich *in praecedentis societatis vitae causa*<sup>2)</sup>). Hier kann doch wohl keine conventio in manum angenommen werden, deren Wirkung war, daß die Frau so wenig, als eine filiafamilias, etwas Eigenes für sich haben konnte, sondern alles, was sie während der Dauer dieses Verhältnisses erwarb, ihr Mann durch sie, gleichwie ein Paterfamilias durch seinen Sohn oder die Tochter, erwarb<sup>3)</sup>). Mit Recht erklärt daher Hasse<sup>4)</sup>, die Behauptung derjenigen, welche die hier von Paulus angeführte Meinung des Nerva und Cassius blos auf die römische Ehe mit conventio in manum beziehen wollen, für ganz willkürlich. Beyde Römische Juristen läugneten also, daß die Entwendung unter Ehegatten ein eigentliches furtum zu nennen sey.

Andere hingegen behaupteten, die Frau begehe durch Entwendung während der Ehe allerdings ein furtum. Es finde nur die actio furti gegen sie nicht Statt. Als Verfechter dieser Ansicht werden Sabinus und Proculus genannt, gerade diejenigen, von denen die beyden Secten der alten römischen Juristen ihren Namen hatten. Ihr Grund war, weil auch die filiafamilias ein furtum begehe, wenn sie ihren Vater bestiehlt. Wenn Paulus hier sagt: sed furti non esse actionem constituto iure; so wollen einige unter dem ius constitutum das Gesetz des Romulus verstehen, nach welchem die Frau, welche in manum mariti gekommen ist, an dem Vermö-

2) L. 52. D. de re iudicata.

3) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 27. §. 85. und den 24. Th. dieses Commentars. §. 1220. §. 334. f.

4) Güterrecht d. Ehegatten §. 4. S. 9.

gen des Mannes, und den sacris privatis desselbent Untheil haben sollte; in dessen Gemässheit sie eben so Herrin im Hause gewesen wäre, wie der Mann Herr. So habe Dionys.<sup>5)</sup> dieses Gesetz aufbehalten. Dies ist besonders des Ramos Del Manzano<sup>6)</sup> Ansicht. Da nun in unserm Fragment die Hausfrau mit der filiafamilias in eine Parallele gesetzt wird, so hält er dies für einen genügenden Beweis, daß sämtliche Rechtsgelehrten, deren verschiedene Meinungen hier angeführt werden, eine Ehe mit conventio in manum vorausgesetzt hätten. Allein Pothier<sup>7)</sup> erklärt vielmehr das ius constitutum, durch ius positivum, ius singulare. Ludwig Charon das<sup>8)</sup> bemerkt mit Andreas Alciatus<sup>9)</sup>, daß ius constitutum bezeichne hier ein solches Recht, quod non secundum regulas iuris communis inducitur, sed singulari aliqua ratione, quam usus prudentium approbaverit simul et statuerit. Mit dieser Erklärung stimmt nun auch die Erklärung des griechischen Scholasten überein, welcher in den Basiliken<sup>10)</sup> sich folgendermassen äußert:

Tὸ τῆς ρέρουμ ἀμοτάρουμ δικαιοτήριον παρὰ κανόνα καὶ παρὰ τὴν ἀκρίβειαν ἐπενοήθη κατὰ τῆς

5) *Antiquitat. Rom.* Lib. II. pag. 95. der Sylburg. Ausgabe.

6) *Praelect. cit. ad L. 25. D. h. t. §. 2.* pag. 206.

7) *Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. c.* pag. 77.

8) In Digestis a se editis *Antwerpiae* 1575. f. ad L. 1. h. t. pag. 305.

9) *Parergor. Lib. VII. cap. 26.*

10) *Basilic. Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Schol. a.* pag. 430.

*γενομένης ποτὲ γαμετῆς. ἐπειδὰν ἡρεσε μὴ δυνάσθαι  
κινεῖσθαι κατ' αὐτῆς ή φουρτί. i. e. Rerum amotarum iudicium contra regulas et contra rationem iuris introductum est adversus eam, quae uxor fuit; quia placuit, furti adversus eam agi non posse.*

Dieser Ansicht stimmte denn auch Julian bey, dessen Meinung nicht minder Paulus billigt; und sie ward die gemeine Meinung aller übrigen Rechtsgelehrten. Man unterstützte sie vorzüglich mit dem Grunde, weil auch eine Tochter und überhaupt Kinder, die noch in parentum potestate sind, den Vater bestehlen könnten, und doch die actio furti gegen sie nicht Statt finde. Dieses wird auch als ein ganz allgemeiner und unbestrittener Satz in den Institutionen<sup>11)</sup> aufgestellt. Der Grund, warum die actio furti nicht Statt findet, ist jedoch bey beyden verschieden.

Bey Entwendungen unter Ehegatten versagt das Recht die beym Diebstahl gestattete Klage zur Ehre der Ehe, wie Gaius sagt in der *L. 2. D. h. t.*

Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.

Aus Achtung für die Ehe mußte daher eine gemilderte Klage eingeführt werden. Man nannte sie *rerum amotarum actio*, so wie die Entwendung selbst nicht furtum, sondern *rerum amatio*. Justinian<sup>12)</sup> sagt; *maritus quidem propter matrimonii pudorem, non furti, sed rerum amotarum actionem habeat.*

Bey Kindern aber, die noch in väterlicher Gewalt

11) §. 12. *I. de obligationibus, quae ex delicto nascent.*

12) *L. ult. §. 4. in fin. Cod. de furtis. (VI. 2.)*

find, führt Paulus in einer Stelle, die aus demselben *libro VII. ad Sabinum*, wie unsere *L. 1. h. t.* entlehnt ist, die Einheit der Person, vermöge welcher auch aus keinem andern Grunde eine Klage unter solchen Personen statt finden kann<sup>13)</sup>), als den ganz natürlichen Grund an, warum auch von keiner *actio furti* die Rede seyn könne. Er sagt nämlich in der *L. 16. D. de furtis*:

Ne cum filiofamilias pater furti agere possit,  
non iuris constitutio, sed natura rei impedimento  
est: quod non magis cum his, quos in potestate  
habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

Und Ulpian sagt gleich in der folgenden *L. 17. D. eodem*.

Servi et filii nostri furtum quidem nobis fa-  
ciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim  
qui potest in furem statuere, necesse habet adver-  
sus furem litigare: idcirco - nec actio ei a Veteri-  
bus prorita est.

Diese Verschiedenheit der Meinungen, welche nach der Erzählung des Paulus bey der hier vorgekommenen Frage, warum man bey Entwendungen unter Ehegatten die beym Diebstahle sonst gestattete Rechtsverfolgung versagt habe, zwischen den Unhängern derselben Secte herrschte, ist wohl ein sicheres Merkmal, daß hier kein Streitatz der beyden Schulen vorliege, sondern blos von einer Privatmeinung einzelner Sectirer die Rede sey<sup>14)</sup>). Gleich-

15) *L. 4. D. de iudiciis.*

14) S. Heinr. Ed. Dirksen Abh. über die Schulen der römischen Juristen. §. 5. (in Dasselben Beiträgen zur Runde des Röm.-Rechts. Leipzig 1825. S. 56 — 58.)

wohl haben viele<sup>15)</sup>), denen eine solche Unterscheidung von Privatmeinungen der vorzüglichsten Sectirer und den eigentlichen Lehrsätzen ihrer Schule, der doch offenbar in der Natur der Sache liegt<sup>16)</sup>, nicht einleuchten will, auch hier ein Beispiel von Schulcontroversen zu finden vermeint. Eujaz<sup>17)</sup> hat sogar behaupten wollen, es sey eine Verschmelzung der Schulen vorgegangen. Er trägt daher kein Bedenken, die Namen der hier genannten Häupter ihrer Schule zu versezen, und zu emendiren. Es soll nämlich statt: *ut Nerva et Cassio*, vielmehr: *ut Nerva et Proculo*, und nachher statt: *ut Sabino et Proculo* richtiger: *ut Sabino et Cassio* gelesen werden<sup>18)</sup>. Marquard Freher<sup>19)</sup> hat ihm zwar beygestimmt. Allein die Meinung, daß hier von einer Controverse der beyden Schulen die Rede sey, ist schon längst von andern<sup>20)</sup> widerlegt

15) *Em. MERILLIUS Observation. Lib. I. cap. 4. Gotfr. MASCOWIUS de Sectis Sabinianor. et Proculianor. in iure civ. Cap. IX. §. 13. pag. 194. sq. und Car. FRID. WALCK ad Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 158. Nr. VIII.*

16) *S. DIETRICHEN a.a.O. Einleitung §. 3. §. 25.*

17) *Not. ad Institution. Lib. II. §. 25. de Rerum divis. uab Observation. Lib. XXVI. Cap. 11.*

18) Ein gleiches Verfahren findet man Observation. Lib. XXV. Cap. 23. wo er in der *L. 1. §. 14. D. ad L. Falcid.* statt: *in qua specie et JULIANUS PROCOLO adsensit*, lesen will: *CASSIO adsensit*, weil Julian ein Cassianer war. *S. DIETRICHEN's* angef. Beiträge in den Zusätzen. §. 52b. zu §. 25. Not. 6i.

19) *Παρέποντες seu Verisimilium Lib. I. Cap. 5. in fin. in Thes. iuris Rom. OTTON. Tom. I. pag. 868.)*

20) *S. JO. LUD. CONRADI Observation. iuris civ. Vol. I. (Marb. 1782. 8.) Cap. XVI. pag. 120. sq.*

worden, und wollte man alle die Stellen in den Pandecten emendiren; wo in einzelnen Puncten die Anhänger derselben Secte verschiedener Meinung waren, und einige derselben der andern Schule beytraten, deren nicht wenig sind<sup>21</sup>); so würde des Emendirens kein Ende seyn. Mit Recht haben daher diesen offensbaren Mißgriff schon Andere<sup>22</sup>) gerügt.

## §. 1284. a.

Erfordernisse der *actio rerum amotarum*, *Actio rerum amotarum utilis*.

Es ist jedoch nöthig, die Natur der *actio rerum amotarum* noch etwas genauer zu zergliedern. Die erste wesentliche Bedingung derselben ist, daß die Entwendung mißt der Ehescheidung wegen geschehen seyn. Die Kaiser Diocletian und Maximian sagen ausdrücklich u. der oben angeführten L. s. C. h. t.

*Divortii causa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio.*

21) Man sehe Dirlsen's angef. Abh. Einleit. S. 3. Not. 85. in den Beiträgen S. 37. f. und Jo. MERCERII Conciliator. (Duisb. 1712. 8.) pag. 115. sq.

22) Lud. CHARONDAS ad L. 1. D. h. t. *Dion. GOTHOFREDUS* ad eand. L. 1. h. t. not. f. Jo. BERTRANDUS Biol. *uxor sive de Jurisperitis*. Lib. I. Cap. VII. §. 15. (in *Vitis tripartitis* ICtor. veterum a Jo. Christoph. FRANK edit. (Halae 1718. 4.) pag. 74. und Bern. Henr. REINOLD ad Mercerii Conciliatorem pag. 115. Not. 175. Man vergl. auch noch über die L. 1. h. t. Jo. Lud. CONRADI *Jus P. R. civile e Digestis Imp. Justiniani* (Lipsiae 1759. 8.) h. Tit. S. 1. pag. 333 sq.

Hierauf geht auch der Eid, den der Kläger deferiren kann: *Nihil DIVORTII CAUSA amotum esse*, von welchem Ulpian spricht, *L. 11. §. 1. D. h. t.*<sup>23)</sup>.

Der Thescheidung wegen geschieht aber die Entwendung nicht nur, wenn der Ehegatte bey der Entwendung eine Thescheidung beabsichtigte, sondern auch wenn die Entwendung während der Ehe zwar ohne diese Absicht geschehe, der Ehegatte aber nachher bey der Thescheidung die entwendeten Sachen verheimlicht hat. So erklärt sich das über Ulpian *libro XXX. ad Edictum*, woraus die *L. 17. h. t.* genommen ist, dessen §. 1. folgendermassen lautet:

Res amotas dicimus non solum eas, quas mulier amovit, cum divortii consilium inisset, sed etiam eas, quas nupta amoverit, si, cum discederet, eas celaret.

Hierher gehört auch, wenn ein Ehegatte den andern aus dem Hause getrieben, und den ausgetriebenen Ehegatten bey dieser Gelegenheit bestohlen hat; oder ein Ehegatte hat zur Zeit des Divortiums Diebe ins Haus eingelassen, die den andern Ehegatten haben bestohlen müssen, und es kommt in diesem Falle nicht darauf an, ob jener die gestohlenen Sachen erhalten hat, oder nicht. Beyde Fälle hat Ulpian, wie folgende Stellen aus seinen *libris ad Edictum* beweisen.

*L. 11. D. h. t. MARCELLUS libro octavo Digestorum scribit, sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, et res amoverunt<sup>24)</sup>, rerum amotarum teneri.*

23) S. auch *L. 28. §. 7. D. de iure iuriar.*

24) Statt amoverunt lesen einige, als Bauboga, Mer-

L. 19. D. eod. Sed et si *divortii tempore* fures in domum mariti induxerit, et per eos res amoverit, ita ut ipsa non contrectaverit, *rerum amotarum iudicio* tenebitur. Verum est itaque, quod LABEO scripsit, uxorem *rerum amotarum* teneri, etiam si ad eam res non pervenerit.

In dieser Beziehung sagt daher Ulpian<sup>25)</sup>: *rerum amotarum actionem non solere, nisi ex divortio, oriri; und an einem andern Orte*<sup>26)</sup>: *competere divortii causa*<sup>27)</sup>.

Geschehe die Entwendung in Erwartung eines nahen Todes, (*mortis causa*) so kann, wenn der Tod erfolgte, der Erbe des bestohlenen Ehegatten diese Klage nicht anstellen. Dieser muß die *hereditatis petitio*, oder die *actio ad exhibendum*, oder die *condictio ex iniusta causa* gebrauchen, wie Paulus *libro VII. ad Sabinum* lehrt, woraus die L. 6. §. 6. D. h. t. genommen ist.

Sed si *morte mariti* solutum sit matrimonium, heres mariti *hereditatis petione*, vel *ad exhibendum* actione eas consequi poterit: ARISTO et condici ei posse recte putat, quia ex *iniusta causa apud eam* essent.

Itin., und Bed *amoverit, haloander und Mitäus amovit.*

25) L. ult. §. 2. D. de *divortiis*.

26) L. 17. pr. D. h. t.

27) S. Noont Comm. ad Dig. h. t. §. Igitur, ut locum habeat. pag. 531.

Eben so sagt Julian in der L. 22. §. 2. D. h. & welche aus desselben libro XIX. Digestorum genommen ist:

*Si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus est maritus: hereditatis petitione, vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id, quod amotum est.*

Wird aber die Ehe durch den Tod nicht getrennt, sondern der bestohlene Ehegatte genas wieder, so wird dem Bestohlnen, wenn die Ehe doch durch Divortium aufgehoben worden ist, die *actio rerum amotarum utilis* gestattet, wie Paulus libro XXXVII. ad edictum sagt. In der daraus entlehnten Stelle, L. 21. pr. D. h. t. heißt es nämlich:

*Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus, divortisset, si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.*

Der Grund, warum in diesem Falle der Bestohlne sich dieser Klage nicht direct bedienen könne, beruhet darin, weil hier die Entwendung nicht der Ehescheidung wegen geschah, sondern auf den Todesfall. Utiliter aber kommt ihm die Klage darum zu, weil der Ehegatte die Sachen zur Zeit des nachher erfolgten Divortiums verheimlicht hat, welche derselbe wegen des vermutlich nahen Todesfalles entwendet hatte. War also auch zwar anfangs die Entwendung nicht divortii causa geschehen, so hätte doch in dem Falle, von welchem Paulus redet, die Frau nachher sich von dem Manne getrennt, und ihm die entwendeten Sachen nicht wieder zurückgegeben<sup>28)</sup>.

28) G. Jac. CUSACII Commentar. in Libr. XI. Quaest. Papiniani ad L. 5. D. h. t. (Oper. postumor. a Fa-

Allein warum findet denn in dem Falle, wenn die Entwendung mortis causa geschah, und der Tod des bestohlenen Ehegatten wirklich erfolgte, weder die *actio rerum amotarum directa*, noch *utilis Statu*? Man giebt folgenden Grund an. Geschieht die Entwendung der Ehescheidung wegen, so hat der entwendende Ehegatte feindselige Absichten. Er bestiehlt den andern, um ihm zu schaden. Schon die Absicht der Ehescheidung erklären die Gesetze für feindselig<sup>29)</sup>). Die Absicht zu stehlen ist also hier offenbar. Hat hingegen die Frau, während der Krankheit ihres Mannes, Sachen auf die Seite geschafft, weil sie an seiner Wiedergenesung zweifelte; so that sie es nicht, um ihrem todtfranken Mann zu schaden. Denn sie würde ihm nichts entwendet haben, wenn sie gewußt hätte, daß er wieder genesen würde. Sie hatte also hier nicht so, wie in jenem Falle, die Absicht einen Diebstahl zu begehen, da sie ihrem Manne, der auch nachher wirklich starb, schon für so gut, als todt hielt. Sie hat sich aber auch nicht an seiner Erbschaft vergriffen, weil damals der Mann noch lebte, und also noch keine Erbschaft existirte, und überdem an einer noch nicht angetretenen Erbschaft nicht einmal ein furtum begangen werden kann<sup>30)</sup>). Daher geben die Gesetze<sup>31)</sup> die Klage des Diebstahls auch nicht

BRORO editor. Tom. I. P. I. pag. 302.) und Ger. Noort Comment. ad Dig. cit. loc. pag. 531.

29) L. 78. §. 2. *D. de iure dot.* L. 59. *D. de poenis.*

30) S. CUSACII Comm. cit. ad L. 5. D. h. t. Tom. I. *Oper. postum* pag. 303. und Noort Comm. ad Dig. h. t. pag. 531.

31) L. 6. §. ult. *D. h. t.* PAULUS libro VII. ad Sabinum. Quod si mortuo viro amoverit, non fecit furtum: quia rei hereditarias nondum possessas non sit furtum:

einmal in dem Falle, wenn die Entwendung erst nach dem Tode des Ehegatten an der noch nicht angetretenen Erbschaft geschehen ist, sondern sie gestatten dem Erben nur die rei vindicatio, oder die hereditatis petitio.

Allein der Grund des Unterschiedes, den die Gesetze bei der actio rerum amotarum machen, scheint mehr historisch, als moralisch zu seyn, wie schon Franz Ramos Del Manzano<sup>32)</sup> gegen jene Ansicht erinnert hat. So wie die rei uxoriae actio ursprünglich blos für den Fall der Ehescheidung war eingeführt worden, weil für den Todesfall, so lange noch Ehescheidungen unerhört waren, und die Ehen durch conventio in manum geschlossen wurden, keine Klagen nöthig zu seyn schienen<sup>33)</sup>; so scheint auch die Neuheit der Ehescheidung die Nothwendigkeit der actio rerum amotarum veranlaßt zu haben<sup>34)</sup>, weil wenn eine Entwendung aus Besorgniß eines nahen Todes unter Ehegatten geschah, keine Klage nöthig zu seyn schien, indem schon das ältere Recht durch die hereditatis petitio für die Erben des verstorbenen Ehegatten gesorgt hatte<sup>35)</sup>. So bildete sich dann der Rechtsfaß, der uns aus Marscianus libro III. Regularum in den Pandecten<sup>36)</sup> aufbes-

ideoque aut vindicari poterunt, aut in hereditatis petitionem venient.

32) Praelect. ad L. 25. D. h. t. §. 5. (in Thes. Meerman. Tom. VII. pag. 208.)

33) G. Pet. de Toullieu Disp. II. de iure nuptiarum Cap. I. (in FELLENBERG Jurisprud. antiqua Tom. II. pag. 248.)

34) BoETHIUS in Topicā Ciceronis.

35) L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. D. h. t.

36) L. 25. D. h. t.

halten worden ist, daß die actio rerum amotarum nur dann Statt finde, wenn die Entwendung unter Ehegatten divortii causa geschehen ist, ja daß Vorhaben der Ehescheidung eine so wesentliche Bedingung dieser Klage, daß auch in dem Falle, da die Entwendung mortis causa geschehen ist, und die actio rerum amotarum dem wieder genesenen Ehegatten utiliter gestattet wird, die Ehescheidung erfolgt seyn muß, wenn die actio rerum amotarum utilis Statt finden soll<sup>37)</sup>).

Es ergiebt sich hieraus eine zweyte wesentliche Bedingung unserer Klage, nämlich die, daß die Entwendung während der Ehe geschehen seyn müsse. Ist also die Entwendung entweder noch vor Eingehung der Ehe, oder erst nach schon erfolgter Ehescheidung geschehen, so findet die actio rerum amotarum nicht Statt, sondern es kann in dem ersten Falle die conductio furtiva, in dem letztern aber sogar die actio furti angestellt werden<sup>38)</sup>). Der Unterschied besteht darin, weil jene auch während der Ehe gestattet wird.

*L. 3. pr. D. h. t. PAULUS lib. VII. ad Sabinum.*  
Et ideo, si post divortium easdem res contrectat,  
etiam furti tenebitur<sup>39)</sup>.

*§. 2. h. L.* Sed et cum uxore furti agere possibile est, si — furtum fecit — nobis, antequam

37) *L. 21. pr. D. h. t.*

38) *S. Cuiacius Recitation. Solenn. in Cod. ad h. Tit. §. Unde quaeritur. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 30. §. penult. u. CONRADI Dig. h. t. §. 2.*

39) *Die Basilica Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 21. Const. 5. pag. 425. haben: τὴν περὶ κλοπῆς εἰς τὸ διπλοῦν ἐρχέται: furti in duplum tenetur.*

nuberet: tamen propter reverentiam personarum — furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem, dicimus<sup>40</sup>).

Die dritte wesentliche Bedingung unserer Klage ist, daß die Ehescheidung wirklich erfolgt seyn müsse<sup>41</sup>). Ist die Ehe nicht getrennt worden, so findet die actio rerum amotarum auf keine Weise Statt, sondern der bestohlene Ehegatte muß sich der actio in factum<sup>42</sup>), oder der Condictio ex iniusta causa bedienen. Alles diesest bestätigt die Stelle aus Marcians libro III. Regulatum, woraus die L. 25. D. h. t. entlehnt ist:

Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, et

40) Ant. FABER de errorib. Pragmaticor. et Interpretum iuris Decad. LXXIX. Err. 1. hat dagegen viel einzubinden gewußt, und bezweifelt, ob Paulus so etwas je geschrieben haben könne. Er schreibt daher dieses Gesetz dem Tribonian zu. Schon der Ausdruck possibile est, soll Tribonians Hand verrathen. Allein BACHOV in Tract. de Actionib. Disp. V. Th. 7. not. c. pag. 175. hat ihn ausführlich widerlegt, und schließt seine Widerlegung mit den Worten: verendum est, ne illi ipsi rudes et imperiti sint, qui nihil nisi imperitiam et stultitiam TRIBONIANI crepare solent.

41) G. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Promittitur p. 53a. und VOORDA Thes. controversial. Decad. XIV. §. 3.

42) Id est, actione verbis temperata in factum. L. 11. §. 1. in fin. D. de dolo malo. Ohngefähr mit der Formel: Si paret, ex rebus meis hanc vel illam rem apud te esse. G. CUSACIUS Comm. ad L. 5. D. h. t. Opp. postum Tom. I. pag. 303. in fin. und NOODT c. 1. DONELLUS c. 1. nennt sie eine Condictio sine causa.

*secutum divorcium fuerit: sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cesset rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.*

Anton Faber<sup>43)</sup> versteht unter der Condictio, von welcher Marcian hier redet, eine condictio generalis non ex iusta causa, wie er sie nennt, welche den Fall vorausseze, daß die dem Manne von der Frau entwendeten Sachen, weder ihm eigen gehörten, noch Dotsachen waren, weil in dem Falle, da die Sachen dem Manne eigen gehörten, oder Dotsachen sind, sofern sie noch existiren, die Reivindicatio, in dem entgegengesetzten Falle aber eine condictio certi Statt finde. Denn eine Condictio stehe dem Eigenthümer nur gegen den Dieb zu. Existire aber die Sache nicht mehr, so sey der Kläger jetzt nicht mehr Eigenthümer, also finde eine Condictio Statt. Dieß sey die *condictio certi ex iniusta causa*, deren Paulus L. 6. §. 5. D. h. t. und Ulpian L. 17. §. 2. D. eod. gedenke, und welche auf den Werth der Sache gehe. Der Fall, von welchem Marcian handelt, müsse also ein solcher seyn, wo weder eine vindicatio, noch condictio dominii rerum amotarum zulässig sey, weil es sonst nicht nöthig gewesen wäre, zu einer Condictio generalis die Zuflucht zu nehmen. Die Condictio generalis aber, wenn die dem Manne entwendeten Sachen weder eigene noch Dotsachen wären, finde in jedem Falle Statt, die Sachen möchten noch existiren oder zu existiren aufgehört haben. Im ersten Falle gehe sie auf Restitution des Besitzes<sup>44)</sup>, im letzten aber auf

43) De erroribus Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 8.

44) L. 15. §. 1. D. de condic. indeb.

den Ersatz des Werths, weil die Billigkeit nicht erlaube, sich mit fremden Verlust zu bereichern<sup>45)</sup>). Daher sage auch Marcius: nam *iure gentium* condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident. Dass Marcius so zu verstehen sey, erhelle noch mehr daraus, weil er der Reivindication eben sowohl, wie der Condictio hätte gedenken müssen, wenn er von dem Falle spräche, da die Frau solche Sachen entwendet hätte, welche dem Manne eigen gehört hätten, oder Dotal-sachen gewesen wären.

Allein dass die Reivindicatio auch mit der Condictio concurriren kann, sagt Ulpian in dem unmittelbar vorhergehenden Gesetz ausdrücklich, welche aus desselben *libro V. Regularum* genommen ist. Er sagt daselbst:

Ob res amotas, vel proprias viri vel etiam dotaes, tam vindicatio, quam conductio viro adversus mulierem competit: et in potestate est, qua velit actione uti.

Es ist wohl offenbar unrichtig, wenn einige Rechtsgelehrten<sup>46)</sup> hier unter der Condictio die actio rerum amotarum haben verstehen wollen. Es ist keine andere als die conductio ex iniusta causa, welche gegen die Regel, neminem rem suam condicere posse, nach dem Beispiel der conductio furtiva, auch dem Eigentümer gestattet ist, wie Pothier<sup>47)</sup> sehr richtig bemerkt hat. Denn der Zusammenhang der L. 24. h. t. mit dem folgenden

45) L. 14. D. de conduct. indeb.

46) B. FABER c. l. und VOORDA Thes. controvers. De-  
cad. XIV. Th. 7.

47) Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIV. Not. e. p. 80.

Gesetz lehrt deutlich, daß Ulpian hier von dem Falle spricht, wo die *actio rerum amotarum* nicht Statt findet, und wegen der entwandelten Sachen während der Ehe gegen die Frau geflagt wird. Es mag wohl anfangs streitig gewesen seyn, ob die *condictio ex iniusta causa* dem Eigenthümer zustehe; allein Sabinus und Celsus billigten die Meinung der Alten, welche, wie uns Ulpian<sup>48)</sup> belehrt, behaupteten, *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*. Daher gedenkt auch Mari- cian in der L. 25. h. t. nur der *Condictio ex-iniusta causa* allein, als der wegen Entwendung während der Ehe unter den Ehegatten Statt findenden Klage, weil es bei derselben nicht darauf ankommt, ob der Kläger Eigentümer ist, oder nicht, obwohl es keinen Zweifel hat, daß sich der Eigentümer in dem Falle, von welchem Ulpian in der vorhergehenden L. 24. spricht, auch der Reivin- dication bedienen könne.

Warum die *actio rerum amotarum* nicht während der Ehe gestattet wird, davon wird in der oben angeführten L. 2. Cod. h. t. der Grund angegeben:

Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis, neque famosa *actio competit*, sed de damno in factum datur *actio*.

Sollte denn aber die *actio rerum amotarum* eine *actio famosa*, oder *poenalis* seyn? Das sey ferne. *Cessat ignominia in condictioribus*, sagt Ulpian

48) L. 6. D. de *condict.* ob *turpem vel iniustam causam*.

Man sehe auch Jac. Cujacii Commentar. in libr. XI. Quaest. Popin. ad L. 5. D. h. t. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 304.)

*libro 2. ad Edictum*<sup>49)</sup>, quamvis ex famosis causis pendeant. Daher infamirt nicht einmal die condictio furtiva, noch weniger also die actio rerum amotarum. Daß aber auch diese Klage keine Pönal-Klage sey, sagt Paulus *libro XXXVII. ad Edictum*<sup>50)</sup> ausdrücklich: *Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet.* Wie sollen wir also die angeführte *L. 2. C. h. t.* verstehen? vermutlich so, daß wenn auch die actio rerum amotarum an sich weder poenalis, noch famosa ist, sie doch, da sie ein wahres furtum zum Grunde hat<sup>51)</sup>, den guten Namen einigermassen befleckt<sup>52)</sup>. Daher darf in der Klage, die während der Ehe ein Ehegatte gegen den andern anstellt, des furtum nicht gedacht werden<sup>53)</sup>, sondern der Kläger kann den Grund der Klage blos darin sezen, der Beklagte besitze die in Anspruch genommene Sache mit Unrecht, sie gehöre nicht ihm, sondern dem Kläger, er suche sich mit dem Schaden des Klägers auf eine unbillige Art zu bereichern. Darauf sind eben die während der Ehe unter den Ehegatten Statt

49) *L. 36. D. de obligat. et action.*

50) *L. 21. §. 5. D. h. t.*

51) *L. 21. §. ult. D. h. t.* *Pendet enim ex furto.*

52) *S. CUSACIUS ad L. 5. D. h. t. Oper. postum Tom. I. pag. 304.* Was *Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 9.* dagegen eingewendet hat, ist von *BACHOV* in *Tract. de Actionibus Diss. V. Th. 11.* ausführlich widerlegt worden. Man sehe auch *Nooit* in *Julio Paulo Cap. 7. §. Quartum (Oper. Tom. I. p. 577.)* und *Comment. ad Dig. h. t. §. Porro.* (Tom. II. pag. 532.)

53) *Arg. L. 5. §. 1. L. 6. L. 7. pr. D. de obsequiis parentib. et patronis praestand.*

findenden Klagen, nämlich die *condictio ex iniusta causa*, die *rei vindicatio*, oder die *actio in factum*, zu gründen. Eben deswegen, weil keine *Pönalklage* unter Ehegatten statt findet, geht auch die *actio servi corrupti* gegen die Ehefrau nur auf das *simplum*<sup>54)</sup>, und da auch diese Klage an sich unter die *actiones turpes* gezählt wird<sup>55)</sup>, so muß in der Klage gegen die Frau jeder ehrenrührige Ausdruck vermieden, und das Factum so schmeidend als möglich, vorgetragen werden. *Actio verbis erit temperanda in factum*, sagt Cujaz<sup>56)</sup>; *detracta omni atrocitate et infamia verborum*. Eben dies gilt auch von der *actio legis Aquiliae*, insofern sie während der Ehe gegen die Frau gestattet wird<sup>57)</sup>. Sehr treffend bemerkt hier der griechische *Echoliast*<sup>58)</sup>: *καὶ ποιάλιος ὁρ ὁ ἀκονίλιος — ἔχεν ποιῆς καὶ περσεκουτίων, κινέται κατὰ τῆς γαμετῆς καὶ τοῦ γάμου συνεστῶτας, — καὶ δυνατὸν λέγειν μὴ ποιάλιος ἀντὸν κινεῖσθαι, μήτε εἰς ἀρνήσεως διπλάσια-ζεσθαι, ἀλλὰ διὰ τὴν θάλψιν τῶν γάμων εἰς τὸ ἀπλοῦν κατὰ τὸ εἰρημένον περὶ τῆς σέρβι κορόνπτι. i.e. Legis quoque Aquiliae actio, quae poenalis est, quia poenam et rem persequitur, intenditur adversus uxorem etiam constante matrimonio, et dici potest, eam non moveri POENALITER, neque duplari ex inficiatione, sed favore nuptiarum IN SIMPLUM dari, sicut dictum est de actione servi corrupti.*

54) *L. ult. D. de servo corrupto.*

55) *L. 56. D. pro Socio.*

56) *Cit. l. pag. 506.*

57) *L. 27. §. 30. D. ad Leg. Aquil.*

58) *Basilic. Tom. IV. pag. 459. Schol. 5.*

Einen Fall giebt es jedoch, wo die actio rerum amotarum auch schon während der Ehe dem bestohlenen Ehegatten gestattet ist, nämlich wenn die entwendete Sache eine fremde war, die z. B. dem Bestohlenen war geliehen worden. Hier kann zwar der Eigentümer die actio furti anstellen, aber nur erst dann, wenn der bestohlene Gatte, an welchen er sich zunächst halten muß, insolvent ist. Hat er von diesem seine Entschädigung erhalten, so kann nun der bestohlene Ehegatte noch während der Ehe gegen den Andern die actio rerum amotarum anstellen. Es beruht dieses auf einer Constitution des Kaisers Justinian, welche eine von den 50 Decisionen desselben ist, und nach den Worten der *L. ult. §. fin. Cod. de furtis* folgendermassen lautet:

Cum autem in confinio earum dubitationum tertia exorta est quaestio: quare non et eam decidimus? Quum enim apertissimi iuris sit, non posse maritum constante matrimonio furti actionem contra suam uxorem habere, quia Lex ita atrocem actionem dare in personam ita sibi coniunctam erubuit: eiusmodi incidit Veterum sensibus quaestio. Quidam etenim, re sibi commodata, huiusmodi rei furtum a sua muliere passus est: et dubitabatur, utrumne domino rei furti actio contra mulierem praestaretur; an propter necessitatem causae, et maritus eius, utpote actioni commodi suppositus, possit habere furti actionem. Et auctores quidem iuris et in hac specie contra se iurgium exercuerunt, ex praesenti autem lege, et anterioribus nostris decisionibus, quae in ista positae sunt constitutione, potest et haec species apertius dirimi. Si enim domino dedimus electionem, ad quem voluerit pervenire: sive ad eum, qui rem commodatam accepit, sive contra eum, qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem, non furti, sed *rerum amotarum actionem* habeat, si ipsum dominus elegerit. Dominus autem omnem licentiam possideat, sive adversus maritum commo-

*dati, sive adversus mulierem furti actionem exten-*  
*dere: ita tamen, ut si ipse, qui rem commodatam*  
*acepit, solvendo sit, nullo modo adversus mulierem*  
*furti actio extendatur: ne ex huiusmodi occasione in-*  
*ter maritum et uxorem, qui non bene secum vivunt.*  
*aliqua machinatio criatur, et forsitan marito volente*  
*uxor eius extrahatur, et furti patiatur poenalem con-*  
*demnationem.*

Daß Justinian in dem hier angeführten besondern  
 Falle dem Manne die *actio rerum amotarum* auenahmss-  
 weise auch während der Ehe gegen die Frau gestattet habe,  
 darin sind die Rechtsgelehrten<sup>59)</sup> einverstanden. Nicht anders  
 verstanden auch die griechischen Ausleger die Decision des  
 K. Justinian, wie aus den Scholien der Basiliken<sup>60)</sup>  
 erhellet. Da heißt es: ἐμφαίνει γάρ η διάταξις, ὅτι  
 καὶ τοῦ γάμου συνεστῶτος κινεῖται. i. e. Ostendit  
 enim Constitutio, etiam constante matrimonio institui-  
 sc. rerum amotarum actionem. Allein man erklärt  
 doch diese *actio rerum amotarum* mit Accursius nur  
 von einer *actio utilis*, oder in *factum*<sup>61)</sup>.

59) G. ANT. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXI.  
 Err. 8. Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod.  
 ad L. ult. Cod. de furt. Lib. VI. pag. 11. EM. ME-  
 BILLIUS Exposition. in quinquag. Decisiones Justin.  
 Nr. XIII. ad L. ult. §. ult. Cod. de furt. (Oper. P. II.  
 Neapoli 1720. 4. pag. 30) FR. RAGUELLUS Comm. ad  
 Constitution. et Decisiones Justiniani. ad §. ult. L. ult.  
 Cod. de furt. pag. 400. und von WENING. Ingens-  
 heim Lehrb. des gemeinen Civilr. 3. B. §. 62. S. 48.

60) Tom. IV. pag. 440. Schol. d.

61) CUSACIUS Recitat. solemn. in Cod. ad Tit. 21. Lib. V.  
 Rerum amotar. §. Unde quaeritur. Bacchov. Tr. de  
 Actionib. Diss. V. Th. 11. pag. 185. JO. JAC. WISSEN-  
 BACH Comm. in libros VII. prior. Cod. ad L. ult. de  
 furtis. §. 4. p. 512. GER. NOOT Comm. ad Dig. h. t. §.  
 Promittitur, in fin. pag. 532. und POTHEA Pandect.  
 Justinian. Tom. II. h. t. Nr. IX. not. n. pag. 78.