

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathen und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen,
Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

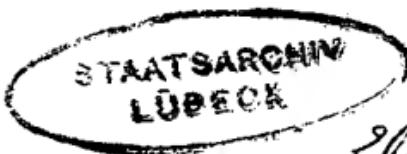


Neun und zwanzigsten Theiss erste Abtheilung
Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

Durkopp
15 Ak 35

Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

DIG: 115780



203/13.

641
3387

F o r t s e z u n g
des ersten Titels im 26. Buche.

D e T u t e l i s .

§. 1298. a.

Erklärung der übrigen Worte: *ad tuendum eum* etc. in dem Begriff des *Servius* von der Tutele. Eigenthümlicher Charakter der Tutele. Unterschied derselben von der Curateli.

Die Worte: *ad tuendum eum*, *qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit*, in der Definition des *Servius* von der Tutele, welche den Zweck derselben, nämlich Schutz und Vertretung des Unmündigen bezeichnen, sind auf mancherley Art, zum Theil ganz unrichtig, verstanden worden. Nach der gewöhnlichen Ansicht soll unter diesem Schutze nur hauptsächlich die Sorge für die Erziehung und Erhaltung der Person des Mündels zu verstehen seyn, nach der Regel: *tutor datur personae, non rei vel causae*¹⁾; und hierin soll das Unterscheidende der Tutele von der Curateli liegen, indem

1) §. 4. I. *Qui testam. tut. dari possunt.* L. 12. 13. et 14.
D. de testam. tut.

letztere blos in der Verwaltung des Vermögens bestehet^{2).} Allein daß diese Behauptung unrichtig sey, und auf einem offensbaren Mißverstande der Gesetze beruhe, hat H. Geh. R. R. von Löhr in der schon mehrmals angeführten trefflichen Abhandlung über die Röm. Begriffe von Tute-
tel und Curat^{el} einleuchtend dargethan^{3).} Daß auch bei der Tute^l der Schütz sich vorzüglich auf das Vermögen beziehe, lehrt nicht nur Theophilus in seiner griechischen Paraphrase zum §. 2. dieses Titels, wo er die Worte des Textes: Appellantur enim tutores quasi tutores atque defensores, so erklärt: ὁσανεὶ ἐν ἀσφαλεστέρᾳ τάξει τιθέμενοι τὰ τὸν νέον πράγματα, καὶ πανταχόδεν αυτον δεφενδέοντες. i. e. quasi in tuiore statu collocantes PUPILLI bona, et ubique eum defendantes; sondern eben dieses erhellet auch aus mehreren Gesetzstellen ganz deutlich. So heißt es von der tutela legitima: Hoc summa providentia, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur^{4).} Und Marcelius⁵⁾ sagt: Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat, welches Ulpian⁶⁾ dahin erläutert: Generaliter quotiescumque non fit

a) L. 8. C. de nupt. (V. 4.) quia curator solam rei familiaris sustinet administrationem. L. 20. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.)

3) Man sehe auch von Savigny vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. §. 7. S. 102. ff. und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 232. S. 865. ff.

4) L. 1. pr. D. de legitimis tutorib.

5) L. 30. (XXV. 7.) D. de administr. tutor.

6) L. 10. D. eodem.

nomine pupilli, quod *quivis paterfamilias idoneus* facit, *non videtur defendi*: sive igitur solutionem, sive iudicium, sive stipulationem detrectat: *defendi non videtur*. Wie sehr die Verwaltung des Vermögens vor des Wormunds Competenz gehöre, beweist auch die Caution desselben: *rem pupilli salvam fore*⁷⁾; und die Berechnung der *tria onera tutellarum* als Excusation, welche nicht nach dem *numerus pupillorum*, sondern der *patrimoniorum* bestimmt werden soll⁸⁾. Wie wenig hingegen die Sorge für die Person den eigenthümlichen Charakter der Tute bilde, lehrte schon die Weibertute. Der tutor sexus hatte weder für die Erziehung, noch für die Person seiner Pflegbefohlnen zu sorgen. Sein ganzes Amt bestand blos darin, daß er bei solchen Geschäften der Frau, welche ohne seine Auctorität nicht gültig abgeschlossen werden könnten, diese interponirte⁹⁾.

7) *S. Tit. Dig. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore.*
(XLVI. 6. Pr. I. de satisdat. tutor. vel curator I. 20.
und besonders THEOPHILUS Paraphr. graec. ad Pr. J.
cit.

8) *L. 3. D. de excusat.* und THEOPHILUS Paraphr. graec.
ad §. 5. J. eod.

9) *GAJUS Instit. Comm. I. §. 190.* Mulieres, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam.
§. 191. Unde cum tutoe nullum ex tutela iudicium mulieri datur. *ULPIANUS Fragm. Tit. XI. §. 25.* Mulierum tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.
§. 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege, aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, — si rem mancipi alienent. *CICERO pro Caeccina, Cap. 25.*

Aber auch selbst bey der Pupillentutel ist die Sorge für die Person weder nothwendig noch eigenthümlich. Denn gewöhnlich wird der Pupill von einem Andern, als dem Vormund, erzogen, und wenn darüber ein Zweifel entsteht, so hat die Obrigkeit zu bestimmen, bey wem der Mündel sich aufzuhalten, und von wem er erzogen werden soll, und eben so tritt auch die Obrigkeit bey Bestimmung der Alimente und Erziehungskosten ein¹⁰⁾). Dahingegen kann den Curatoren die Sorge für die Erhaltung, häufig auch die Sorge für die Erziehung ihrer Curanden obliegen. Von dem Curator eines Wahnsinnigen ist es entschieden, daß er nicht nur sein Vermögen, sondern auch die Person desselben schützen muß¹¹⁾). Eben so muß der Curator eines Minderjährigen, und der des ventre, so gut für die Alimente seines Pflegbefohlnen sorgen, wie der Tutor¹²⁾). Aus diesem Allen folgt, daß in der Sorge für die Person das Characteristische der Tutel nicht liegen kann. Entwickeln wir aber die Bedeutung von TUERI genauer, so belehrt uns Ulpian¹³⁾), daß die Tutel über Unmündige zwey Bestandtheile habe. Sie begreift erstens das Recht, aber auch die Pflicht in sich, die Geschäfte des Pupillen zu besorgen, zweytens das Recht bey den Handlungen desselben Auctorität zu ersetzen. Ulpian sagt:

10) Vid. tit. Pand. *Ubi pupillus educari vel morari debet, et de alimentis ei praestandis.* (XXVII. 2.)

11) *L. 7. pr. D. de curatorib. furioso et aliis dand. Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus et salus furiosi.*

12) *L. 1. §. 15. D. de ventre in poss. mitt.* (XXXVII. 9.)
L. 3. pr. et §. 5. D. Ubi pupillus educari deb.

13) *Frags. Tit. XI. §. 25.*

Pupillorum, pupilarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt.

Das Erste hat die Tutel mit der Curotel gemein. Denn in Rücksicht auf negotiorum gestio stehen Tuto- ren und Curatoren vollkommen gleich. Beide werden hier in Beziehung auf die Administration des Vermögens als Stellvertreter der Eigenthümer betrachtet¹⁴⁾). Beide kön- nen sogar Veräußerungen vornehmen, soweit die Gesetze sie dazu berechtigen. Hiervon handelt der Titel de ad- ministracione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint vel non. Das Letztere hingegen ist der Tutel eigenthümlich. Denn nur der Tutor kann Auctorität interponiren, nicht der Curator¹⁵⁾; und dieses Recht kann daher auch demjenigen zustehen, welcher die Administra- tion des Vermögens nicht hat, wie z. B. dem tutor hono- rarius¹⁶⁾, und ehemals auch dem tutor mulie-

14) *L. 27. D. de administr. et peric. tutor.* PAULUS. Tu- tor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pu- pillarem, DOMINI loco haberi debet. *L. 56. §. 4. D. de furt.* Und ganz allgemein sagt ULPIANUS *L. 157. pr. D. de div. Reg. iuris vice dominorum* habentur tutores et curatores.

15) *L. 17. §. 1. D. de appellat.* (XLIX. 1.) MODESTINUS. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.

16) *L. 49. D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) AFRICANTUS: Pupillum etiam eo tuteore auctore, qui tu- telam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait. Diesem ist nicht entgegen, wenn POMPONIUS *L. 4. D. de auct. et cons. tutor. et curator.* (XXVI. 8.) sagt: Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, ta- men si tutor auctoretur, cui administratio tutelae con-

xis¹⁷). Denn beydes ist von einander unabhängig. Der Unterschied zwischen TuteL und CurateL beruhet also in dem Rechte des Tutors durch auctoritatis interpositio, welches schon Gundling¹⁸) nicht unrichtig durch Volkswort übersehzt, die unvollständige Person des Mündels, der noch keinen rechtlich vollgültigen Willen hat, zu ergänzen. Es beweisen dieses et stens deutliche Gesetzstellen, Dahir gehören besonders folgende,

L. 189. D. de div. Regulis iur. CELSUS lib. XIII. Digestorum¹⁹). Pupillus nec velle nec nolle in ea aetate, nisi adposita tutoris auctoritate, credi-

cessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet.

Denn diese Stelle spricht von einem solchen Tutor, dem die Administration untersagt ist, während jene von einem tutor honorarius handelt, wie aus *L. 14. §. 1. D. de solut. erhelllet.* Man sehe Ger. Noordt Comment. ad Dig. Lib. XXVI, Tit. 8. §. Sed apparent. (Opp. Tom. II. pag. 562.) Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad *L. 4. D. de auct. et cons. tut. et curator.* pag. 444. PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 56. und von Löhr angef. Abhandl. §. 7. S. 29 ff.

^{27) ULPIAN. Fragm. XI. 25.} Mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. S. die Note g.

^{18) Gundlingiana. Stück XXIX. Nr. VI. §. 6. Not. (*)} S. 569.

^{29) Celsus handelt libro XIII. Digestor.} von der Erbschaft und honorum possessio, wie aus *L. 7. D. de collat. bonor.* erhelllet. Eine Erbschaft kann der Pupill weder antreten, noch ausschlagen, eben so wenig die honorum possessio suchen ohne Volkswort des Normunds. Dies ist der Sinn dieser Stelle. S. Jac. GOTTHOFREDI Comment. in Tit. Pand. de div. Reg. iur. ad h. L. 189. pag. 742. sq.

tur; nam quod animi iudicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est.

L. 25. D. de manumissis vindicta. GAJUS libro primo de *Manumissionibus*. Si tutoris habendi causa pupillus manumittat, probationis esse causam FUFIDIUS ait, NERVA filius contra sentit, quod verius est. Namque perabsurdum est, in eligendo tutele firmum videri esse iudicium pupilli, cuius in omnibus rebus ut infirmum iudicium tutele auctore regitur.

L. 9. D. de acquir. vel omitt. heredit. PAULUS libro secundo ad *Sabinum*. Pupillus, si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam adquirendae hereditatis non intelligat; quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer: neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis, quam furiosus: tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest: hoc enim favorabiliter eis praestatur.

L. 5. D. de dip. Reg. iuris. PAULUS eodem. In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent. Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia TUTORE AUCTORE agere potest.

L. 32. §. 2. D. de acquir. vel amitt. possess. PAULUS libro XV. ad *Sabinum*. Infans possidere recte potest, si tutele auctore coepit: nam iudicium infantis SUPPLETUR auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est.

Daher werden zweyten s die Benennungen tutor und auctor bey den Alten²⁰⁾ häufig als gleichbedeutend gebraucht, und von denjenigen, welche nicht Auctorität interponiren können, wird gesagt, daß sie unsfähig sind, Tutoren zu werden²¹⁾.

Warum der Curator keine Auctorität interponiren könne, läßt sich sehr leicht darthun. Denn hat er die Curatel über einen Wahnsinnigen, so hat ein solcher Curand in diesem Zustande gar keinen Willen²²⁾. Eine Ergänzung bey Erklärung desselben ist daher völlig undenkbar. Hat er dilucida intervalla, so kann er in solchen Augenblicken ohne den Curator selbst vollkommen frey und gültig handeln²³⁾.

Da ein gerichtlich erklärter Verschwender wie ein Wahnsinniger behandelt wird, nur daß bey ihm keine dilucida intervalla vorkommen können; so gilt von der Curatel derselben das Nämliche²⁴⁾.

Eben so wenig kann auch der Curator eines minderjährigen Auctorität interponiren. Denn der Minderjährige ist eine vollständige Person. Er ist suaे tute-

20) CICERO pro Caecinna. Cap. 25. Pro Cluentio. cap. 5.
Livius XXXIV. 5.

21) L. 1. §. 2. D. de tutelis. *Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem praebere non potest.*

22) L. 40. D. de div. Reg. iur. *FURIOSI, vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.*

23) §. 1. I. Quib. non permitt. fac. testam. L. 2. Cod. de contrah. emt. et vendit. (IV. 58.)

24) L. 1. D. de curatorib. *furioso et aliis extra minor. dand.* L. 40. D. de div. Reg. iuris.

iae²⁵), suae aetatis²⁶), und kann daher seinen Willen vollkommen gültig erklären, und sich verbindlich machen. Modestinus²⁷) sagt es ausdrücklich, *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*. Der Minderjährige kann sich daher ohne Beziehung des Curators verheyrathen²⁸). Er kann ohne ihn testiren²⁹). Es ist ihm blos während der Curatel die Administration seines Vermögens entzogen, weil man ihm die erforderliche Einsicht und Ueberlegung nicht zutraut, um dem Seinigen gehörig vorzustehen³⁰). Er darf daher für sich nichts veräußern, noch sonst etwas vornehmen, das mit der Verwaltung seines Vermögens in Verbindung

25) L. 50. pr. D. de legat. III. (XXXII.) L. 9. §. 1. D. de admin. et peric. tutor.

26) L. 27. D. de negot. gest. L. 5. §. 2. D. de auct. tutor. L. 50. §. ult. XXXII. D. de legat.

27) L. 100. D. de Verb. obligat. Besonders deutlich bezeichnet Paulus L. 45. D. de Obligat. et Action. den Unterschied zwischen pubes und impubes. Obligari potest, sagt er, paters familias, suae potestatis pubes, compos mentis: *pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili*.

28) L. 20. D. de ritu nupt. L. 8. Cod. de nupt.

29) L. 5. D. Qui testam. fac. possunt.

30) L. 1. D. de minorib. XXV. annis. ULPIANUS. Nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatis consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium eis Praetor hoc Edicto pollicitus est, et adversus captiones opitulationem. — *Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus.*

steht³¹⁾). Denn die Verwaltung desselben ist dem Curator übertragen, um ihn gegen leicht mögliche Vervortheilung zu schützen. Williget dieser in eine mit derselben in Verbindung stehende Handlung, so erhält sie dadurch Gültigkeit. Diese Einwilligung heißt aber nicht auctoritas, sondern consensus. Beydes ist in Ansehung der Form und Wirkung sehr unterschieden³²⁾). Denn die Gültigkeit der auctoritatis interpositio ist an eine bestimmte Form gebunden. Der Tutor muß selbst beym Abschluß des Geschäfts gegenwärtig seyn, und sogleich seine Auctorität unbedingt und ausdrücklich ertheilen, sonst ist das ganze Geschäft nichtig³³⁾). Eine solche Form ist bey dem Consens des Curators nicht vorgeschrieben. Die Wirkung der auctoritas aber ist, daß dadurch die Unvollständigkeit der Willensäußerung des Pupillen ergänzt werde. Durch den Consens des Curators hingegen wird der Minderjährige blos berechtigt ein Geschäft vorzunehmen, welches mit der dem Curator übertragenen Administration des Vermögens in Verbindung steht.

Die unvollständige Persönlichkeit des Pupillen bey allen verbindlichen Handlungen desselben zu ergänzen, ist also der Hauptberuf des Tutors³⁴⁾). Daher werden Tutor und Pupill in Rücksicht des Geschäfts, welches der

31) L. 3. Cod. de in integr. restituzione minor. Cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est.

32) Vid. titulus Pandectar. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. XXVI. 8.

33) §. 2. J. de auctorit. tutor. L. 9. §. 3. et 4. L. 8. D. eodem.

34) L. 9. pr. D. de auct. et cons. tut. et curat. Vid. et tit. Cod. de auctoritate praestanda. (V. 59.)

Pupill mit Auctorität seines Tutors vornimmt, als eine Person betrachtet, und so ist die Römische Rechtsregel zu verstehen: *tutor PERSONAE, non rei datur*³⁵). Das Wort *persona* bezeichnet nämlich hier die ganze juristische Persönlichkeit des Pupillen mit Inbegriff aller Theile seines Vermögens, und aller ihn betreffenden Rechtsverhältnisse. Der Sinn jener Rechtsregel geht also dahin, der Hauptberuf des Tutors besteht darin, die Fähigkeit des Mündels, und seine ganze Person in allen Angelegenheiten und Geschäften desselben zu vertreten und zu ergänzen. Darum muß sich sein Amt allgemein auf alle Theile des Vermögens erstrecken, und kann nicht blos auf einzelne Sachen, und einzelne Rechtsverhältnisse des Pupillen beschränkt werden³⁶). In diesem Sinn ist also der Vor-

35) L. 14. *D. de testam. tut.* S. Hugo Lehrb. der Gesch. des R. Rechts S. 115. §. 25. ff. der S. Aufl. von Gasvigny Beruf unsr. Zeit ic. S. 104. und der SCHROETER Diss. de nexus tutelae et iuris succedendi. Specim. I. pag. 25. sq.

36) §. 17. *I. de excusat. tutor. curat.* (I. 25.) *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.* Die L. 12—14. *D. de testam. tut.* wo es heißt: *Ceterum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest: — quia personae, non rei vel causae datur,* reden zwar nur von der testamentarischen Tutel. Die Regel gilt aber in dem angeführten Sinn für jede Art der Tutel, für die legitima, und die obligatio[n]e Bestellung. S. THEOPHILUS Paraphr. gr. ad §. 17. *I. de excusat.* Εδόθη τις ἐπίτροπος· οὗτος· επὶ πᾶσι τοῖς τοῦ ποντιλλοῦ πράγμασι δεδόσθαι πιστεύεται· καὶ οὐ λέγουμεν ὅτε τῶνδε μέν ἐστιν ἐπίτροπος, ἐπὶ δὲ τοῖςδε οὐκ ἐστιν· i.e. *Datus quis est tutor: hic AD OMNES RES PUPILLI datus creditur.* *Neque dicimus, eum harum quidem rerum tutorem*

mund der Person des Pupillen vorgesetzt, und so erklärt sich's, warum er nicht blos für einen einzelnen Gegenstand ernannt werden kann. Eine Folge dieser Personen-Einheit ist, daß der Tutor in keinem Falle *in rem suam auctor* werden kann³⁷⁾. Denn die durch ihn ergänzte unvollständige Willensäußerung seines Mündels ist ja zugleich sein Wille, der Tutor kann also nicht zugleich der Berechtigte und auch der Verpflichtete seyn³⁸⁾.

Ganz anders ist das Rechtsverhältniß zwischen dem Minderjährigen und seinem Curator. Denn da hier keine Personen-Einheit eintritt, so kann auch zwischen Beyden ein Geschäft gültig vorgenommen werden, wozu kein Consens erforderlich ist³⁹⁾.

Die auctoritatis interpositio setzt jedoch voraus, daß der Pupill kein Kind mehr sey, sondern die Fähigkeit habe mit Auctorität des Vormunds selbst zu handeln. Denn solange der Pupill noch infans ist, kann kein Auctoritiren Statt finden. Nam infans et qui infantii proximus est, non multum a furioso distant⁴⁰⁾. Von dem infans gilt also, wie von dem furiosus, *nulla eius voluntas est*⁴¹⁾, quia huius aetatis pupilli nullum

esse, in illis vero non esse. S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. I. B. §. 232. S. 866. Not. 20. und Scheppe Röm. Rechtsgeg. und Rechtsalterthümer. §. 420. S. 608. Not. 5.

37) §. 3. I. de auct. tutor.

38) L. 5. pr. et §. 2. D. de auct. et cons. tutor et curator.

39) L. 1. §. 13. et 14. L. 57. §. 1. D. ad SClum Trebell. (XXXVII. 1.)

40) §. 10. J. de inutilib. stipulat. (III. 19.)

41) L. 40. D. de div. Reg. iuris.

*habent intellectum*⁴²⁾). Für einen solchen Mündel muß der Tutor selbst handeln, und seine ganze Person vertreten. Ulpian sagt *libro XXXV. ad Edictum*⁴³⁾: *ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt, vel absunt, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt, et praesto fuerint, auctoritatem praestent.* Hier kann also der Tutor keine grössere Competenz haben, als ein *curator furiosi*, denn sein Beruf ist hier nur eine *gestio*. Nur darin liegt ein Unterschied, daß diese Verwaltung, der Zukunft wegen, schon jetzt *tutela* genannt wird, weil der Tutor für alle Angelegenheiten des Mündels, und also auch zur Verwaltung des Vermögens bestellt wird, und bei den *proximis infantī*, propter utilitatem eorum, eine benignior iuris interpretatio insofern eintritt, *ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi*⁴⁴⁾. Daher erlaubten die Kaiser Theodosius und Valentinianus⁴⁵⁾ sogar dem Tutor für den *infans* eine Erbschaft anzutreten, während selbst noch nach der Verordnung Justinian's⁴⁶⁾ der *curator furiosi* für seinen Curanden nur die bonorum possessio ex decreto agnosciren kann. Darin hat jedoch Justinian beyde, der Billigkeit wegen, einander gleichgesetzt, daß an den Tutor eines Purpilleren, so wie an den Curator eines Wahnsinnigen, und

42) §. 10. *J. de inutilib. stipulat.*

43) *L. 1. §. 2. D. de administrat. et peric. tutor. et cura-*
tor. S. Gundling de auctoritate tutorum, in Gund-
lingianis St. XXIX. Nr. VI. §. 1. et §. 5.

44) §. 10. *J. de inutilib. stipulat.*

45) *L. 18. Cod. de iure delib. (VI. 30.)*

46) *L. 7. §. 3. Cod. de curat. furiosi. (V. 70.)*

eben so auch von demselben eine Erbschaft restituirt werden könne, ne dum nimia subtilitate utimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum reveratur⁴⁷).

Dass übrigens das Recht der vormundschaftlichen Auctorität sich nicht durchgehends daraus erklären lasse, dass die Gewalt des Tutors eine Art der potestas, d. h. eine der Familiengewalt des Vaters ähnliche Gewalt sey⁴⁸), erscheint daraus, weil auch von der Curatell der Ausdruck potestas selbst in dem Gesetz der XII. Tafeln gebraucht wird, und ein Unmündiger, der noch unter der väterlichen Gewalt ist, auch nicht einmal auctore patre verbindliche Geschäfte schliessen kann⁴⁹); zum Beweise, dass die auctoritatis interpositio der Tutei eigenthümlich sey⁵⁰).

Die Worte in der Definition des Servius: qui propter aetatem suam⁵¹) se defendere nequit, drücken

47) L. 7. pr. Cod. ad SCium Trebell.

48) S. Scheppe jurist. Magazin 1. B. 1. Heft. Nr. VII. S. 97. ff.

49) L. alt. §. 1. D. de Verbor. obligat. Pupillus licet ex quo fari cooperit, recte stipulari potest: tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur.

50) S. die Heidelberg. Jahrbücher der Litteratur. Jahrgang XII. 1819. 1. Heft. S. 70 — 72. und von Löhr Vertheidig. seiner früheren Ansichten über die R. Begriffe von Tutei u. Curatell, im N. Magazin 1. B. Nr. XIV. S. 455 — 477.

51) Die Worte suam sponte stehen in den Institutionen §. 1. h. t. nicht. HOTOMAN in Comm. in Instit. glaubte sie daher aus der Pandectenstelle einzüden zu müssen.

das Subject aus, welches nach dem Rechte des justiniac-neischen Zeitalters nur noch allein in der Tutel seyn konnte, nachdem die Tutel über Weiber außer Gebrauch gekommen war. Es wird darunter ein Unmündiger verstanden, der wegen seiner unvollständigen Persönlichkeit nicht allein handeln kann, wenig Fälle ausgenommen, wo er der Auctorität des Tutors nicht bedarf⁵²⁾). Bey den Worten propter aetatem noch impuberem hinzuzufügen, war nicht nöthig, weil nur Unmündige einen Tutor erhielten, nicht puberes. Denn diesen wurde, so lange sie noch minderjährig waren, in gewissen Fällen ein Curator bestellt. Hierzu kommt, daß so lange die Weiber-Tutel noch im Gebrauch war, ohnehin nur unmündige Manns Personen unter der Tutel stehen konnten, weil sich eben dadurch die Pupillen-Tutel von der Weiber-Tutel unterschied, daß dieser nicht blos Unmündige, sondern auch Mündige unterworfen waren⁵³⁾).

Allein mit Recht hat Ev. Otto diese Kritik verworfen. Jedoch lesen einige, z. B. BALDUINUS und VINNIUS, qui per aetatem se ipse defendere nequit. THYOPHILUS in Paraphr. gr. hat: διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς, οὐδὲ ναιμένης αὐτῆς ἐαυτῇ προστάταν. i. e. propter aetatis imbecillitatem, quae sibi ipsa praesesse sequere regere nequit. In der Pandectenstelle liest Haloander statt suam, sua sponte. Diese Lesart billigt auch Brenfman, und sie ist in der neuesten Bechischen Ausgabe angenommen. Allein die Basilica Tom. IV. p. 826. haben sich genau an den Begriff des Paulus gehalten: πρὸς τὸ φυλάττειν ἐκπίνον, ὃς διὰ τὴν ἡλικίαν δεφένδενειν ἐαυτὸν κατὰ οἰκεῖαν οὐ δύναται γνῶμην.

52) *Pr. I. de auctorit. tutor.*

53) ULPIAN. *Frag. Tit. XI. §. 1.* Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. Sed masculis quidem Glück's Ecläut. b. Pand. 29. Th.

Da nun aber, nach aufgehobener Weiber-Tutel, nur noch Unmündige in der Tutel sich befinden, so kommt es jetzt nicht mehr auf den Unterschied des Geschlechts an, und es ist daher unter dem männlichen Geschlecht, von welchem hier gesprochen wird, nach einer bekannten Regel⁵⁴⁾, auch das weibliche zu verstehen.

Es entscheidet jedoch bey der Pupillen-Tutel lediglich das Alter, wenn auch der Pupill wahnsinnig seyn, oder in Wahnsinn verfallen sollte. Hierdurch wird die Tutel nicht in eine Curatel verwandelt. Ulpian giebt uns *libro trigesimo septimo ad Sabinum*⁵⁵⁾ hiervon folgenden Grund an:

Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cooperunt, in ea causa sunt, ut in tutela

IMPUBERIBUS dumtaxat, propter aetatis infirmitatem: feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam. Daher sagt der Prätor in seinem Edict bey Ulpian L. 5. §. 2. D. Quib. *ex causis in possess. eatur* nicht: Si is pupillus, eave pupilla in suam tutelam venerit, sondern er sagt: **SI IS PUPILLUS IN SUAM TUTELAM VENERIT, EAVE PUPILLA VIRIPOTENS FUERIT.** Man nannte also nur die Männerpersonen im eigentlichen Sinn *puberes*, von den Frauenpersonen sagte man, sie sind *viripotentes*. S. Cujacius Paratitl. in hunc Pand. titul. *Ant. Contius Lection.* Lib. II. Cap. 14. (*Operum pag. 95.*) und Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abb. 7. Nr. III. §. 284. Not. 104.

54) *L. 195. pr. D. de Verbor. Signif. Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Add. L. 16. §. 1. D. de testam. tut.*

55) *L. 5. D. h. t.*

nihilo minus durent: quae sententia QUINTI quoque MUCII fuit, et a JULIANO probatur: eoque iure utimur, ut casset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur: sive non habent, et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat⁵⁶⁾.

Eine TuteL kann aber nur dann Statt finden, wenn der Pupill gebohren ist, wenn auch der Vater einem noch ungebohrnen Kinde in seinem Testamente einen Bormund ernennen kann⁵⁷⁾). Hierdurch unterscheidet sich die TuteL von der Cura, welche auch schon bey dem venter vorhanden kann⁵⁸⁾). Ersteres erklärt sich daraus, weil nur bey Gebohrnen auctoritas interponirt werden kann, worin die characteristische Thätigkeit des Tutors besteht.

Auch die letztern Worte der Definition: *iure civili data ac permissa* werden sehr verschieden erklärt. Daß die TuteL, oder eigentlich die potestas tutoris blos dem Civilrecht angehört, ist wohl außer Zweifel. Denn die rechtliche Eigenschaft des Tutors, die juristische Persönlichkeit des Pupillen, die Art der auctoritatis interpositio, die Bestellung und Endigung der TuteL, alles zeigt ja, daß die TuteL civilrechtlich sey. Dennoch streitet man über den gesetzlichen Grund der Entstehung, oder die Gattung des hier genannten Civilrechts. Einige verstehen unter dem *ius civile* die Gesetze der XII Tafeln,

56) S. Ant. SCHULTING ad Gagi Institut. Lib. I. Tit. 8.
Not. 7. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 67.)

57) L. 5. et 6. D. de tat. testam.

58) L. 1. §. 14. et 16. D. de ventre in possess. mitt.

z. B. Muretus. Andere nicht nur diese, sondern auch andere Gesetze, ja selbst Senatusconsulte, vermöge welcher Tuteuren bestellt werden konnten, z. B. Franz Broeus⁵⁹), Conrad Rittershusius⁶⁰), und Posthier⁶¹). Noch andere erklären das ius civile von der interpretatio Prudentum. Sie sagen, die zwölf Tafeln hätten zwar das Recht der Tutelei angeordnet, nachdem die Vormundschaft schon vorher als ein Institut des natürlichen und Völkerrechts im Gebrauche gewesen, aber die Gewalt des Vormundes hätten sie nicht bestimmt. Diese sey erst durch die interpretatio Prudentum festgesetzt worden. Diese Meinung haben besonders Paul Montanus⁶²), Gerh. Noodt⁶³), Heinrich Ernst⁶⁴), und Janus a Costa⁶⁵) zu vertheidigen gesucht. Wenn Cicero⁶⁶), des Servius Zeitgenosse, sagt: *Jus civile id esse, quod in legibus, Senatus-consultis, rebus iudicatis, iurisperitorum auctoritate, edictis Magistratum, more, aequitate consistat;* so haben wir hier über die Worte *iure civili* den besten Commentar. Mit Unrecht tadeln daher Gebauer den Rittershus, daß er die Senatusconsulta mit hier-

59) Exposit. in Justin. Institut. h. t. nr. 4. pag. 121.

60) Comment. nov. in Justin. Institut. h. t. pag. 95.

61) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. d. pag. 91.

62) Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. 6. pag. 71.

63) Commentar. ad Dig. h. t. (Opp. Tom. II. pag. 538.)

64) Variar. Observation. Lib. II. cap. 55. (in Thes. I. R. Otton. Tom. V. pag. 1160.)

65) Comm. ad Institut. ad §. 1. h. t.

66) Topica. Cap. 5.

her gerechnet hat, da Cicer o derselben namentlich gedacht⁶⁷⁾.

Die letzten Worte *data ac permissa* versteht man nun fast allgemein so, daß hierdurch auf die verschiedenen Arten der Tutel hingedeutet werde, nämlich die *tutela legitima* ſey *iure civili data*, die *testamentaria* hingegen und *dativa* ſey *iure civili permissa*⁶⁸⁾. Allein eine ſolche räthſelhaften Erklärung dachte ſich wohl ſchwerlich Servius bey diesen Worten. Denn die Worte *data ac permissa* gehen ja nicht auf *tutela*, ſondern auf die *potestas tutoris in pupillum*, wie ſchon Emund Merillius⁶⁹⁾ ſehr richtig gegen die gemeine Erklärung

67) *GAIUS Institut. Comment. I. §. 173.* sqq. führt ſelbst bey der Weibertufel mehrere *Senatusconsulte* an, die sehr alt zu ſeyn ſcheinen. Und *ULPIAN. Fr. XI. §. 2.* sagt: *Tutores aut legitimi sunt, aut Senatusconsultis constituti, aut moribus introducti.* Man vergleiche hiermit *Tit. XI. §. 22.* und von Brodorff *Institutionen Commentare des Gaius* zum angeführt. §. 173. S. 646. ff.

68) *CUJACIUS Paratitl. ad h. Tit. Franc. DUARENUS Comm. ad h. t. Cap. 1.* (*Opp. pag. 295.*) *DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. III. Cap. 1. §. 11.* *HUBER Digress. Just. Lib. III. cap. 2. §. 5.* *Janus a COSTA, MARCILIUS, Franc. BROEUS, Ev. OTTO, Conr. RITTERHUSIUS, Ant. MATTHAEI* in *Comment. ad §. 1. I. h. t. Pet. de TOULLIEU Collectan.* pag. 287. *WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 9.* *WALCH ad HOPPII Comm. §. 1. h. t. nr. 4.* et in *Diss. de tutela extraneor. legitima. §. 2.* *GBAUER cit. Progr. pag. 8. sq.* *WAGNER cit. lib. sing. §. 15.* *SEGER Hist. tutelar. et curat. §. 3. Opusc. pag. 83.*

69) *Commentar. in Institut. ad §. 1. I. h. t. pag. 62.*

erinnert hat. Wie kann denn auch die tutela legitima unter den Worten *iure civili data* verstanden werden, da der Ausdruck *dare* von der testamentarischen Tutel⁷⁰⁾ eben so, wie von der obrigkeitlich bestellten Tutel⁷¹⁾ gebraucht wird, ja die testamentarischen Tutores von Ulpian⁷²⁾, ausdrücklich *tutores dativi* genannt werden; dagegen derselbe Ulpian⁷³⁾ von den gesetzlichen Tutores sagt: *legitimos tutores nemo dat: sed lex duodecim tabularum fecit tutores?* Theophilus dachte auch wohl bey der Paraphrase der Definition des Servius nicht an die verschiedenen Arten der Tutel, wenn er sie auf folgende Art erläutert: Επιτροπὴ ἔστιν, ὡς Σέρβιος ὁρίζεται, δικαιον τι καὶ ἐξουσία κατὰ ἐλευθέρας κεφαλῆς διδομένη, καὶ πρὸς ἀσφάλειαν αὐτῆς ἐπινενομένη, διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελεῖς, οὐ δυναμένης αὐτῆς ἑαυτῇ προΐσταναι, ἐκ τῆς πολιτικῆς ἀκριβείας ἐπιτετραμμένη i. e. *Tutela est, ut*

70) ULPIAN. Fr. Tit. XI. §. 14—17. et tot. tit. Pand. de testam. tut. XXVI. 2.

71) ULPIAN. c. l. §. 18. 20. 21. et tot. Tit. Pand. de tuto-ribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi ha- bent. XXVI. 5.

72) Fr. Tit. XI. §. 14. *Testamento quoque nominatim tu- tores dati confirmantur eadem lege duodecim tabula- rum, — qui tutores DATIVI appellantur.*

73) L. 5. pr. D. de legitim. tutor. und L. 1. pr. D. eod. sagt Ulpian: *Legitimae tutelae lege duodecim tabu- larum agnatis delatae sunt et consanguineis.* Man vergleiche auch *Fragm. Tit. XI. §. 5.* *LEGITIMI TU- TORES sunt, qui ex lege aliqua descendunt: per emi- nientiam autem LEGITIMI dicuntur, qui ex lege duode- cim tabularum INTRODUCUNTUR.*

SERVIUS *definit*, *ius aliquod et potestas in caput liberum DATA*, *et in tuitionem eius inventa*, *propter aetatis imbecillitatem*, *quae sibi ipsa praeesse sequere regere nequit*, *ex civili iuris ratione PERMISSA*, wie Reiz diese Stelle übersezt hat. Eben deswegen hat auch Everhard Otto seine fröhre Meinung nachher⁷⁴⁾ wieder geändert, und die Worte *iure civili data ac permissa* so erklärt, daß durch das Wort *data* eine dem Tutor nach dem Civilrecht über den Pupillen auch ohne dessen Willen⁷⁵⁾ zustehende Gewalt, durch *permissa* aber eine solche Gewalt des Tutors angedeutet werde, welche durch die Interpretation in gewisse Gränzen eingeschlossen worden ist, so daß sie der väterlichen Gewalt zwar ähnlich, aber doch geringer, als dieselbe sey, z. B. sich nicht so weit erstrecke, daß der Tutor ein *caput liberum* einer fremden potestas unterwerfen könne, wie Gellius⁷⁶⁾ sagt. Gebauer hat zwar dagegen erinnert, durch die Worte *ad tuendum eum etc.* wäre die Grenzlinie zwischen der potestas tutoris und patria schon hinlänglich gezogen, es wären auch die den Worten DARE und PERMITTERE untergelegten Bedeutungen durch keine hinlänglichen Zeugnisse der Alten unterstützt worden. Er erklärt daher seine eigne Meinung dahin, der Ausdruck *ius civile* bezeichne hier schlechterdings das Gesetz der zwölf Tafeln. Denn Paulus habe ohne Zweifel den Begriff des Servius aus desselben Commentaren über die zwölf Tafeln genommen, und Servius habe daher nur die darin gesündeten beyden Arten der Tutel, nämlich die legitima,

74) Vita Servii Sulpicii. Cap. VI. §. 4.

75) L. a. D. de Tutel. L. 6. D. de tutor. et curat. datis.

76) Noct. Atticar. Lib. V. cap. 19.

als die *data agnatis*, und die *testamentaria*, als die *permissa parentibus*, andeuten wollen. Allein der eigenen Erklärung Gebauer's steht entgegen, was schon oben gegen die gemeine Meinung erinnert worden ist; was er hingegen wider Otto's Erklärung eingewendet hat, steht derselben nicht entgegen. Denn es könnte wohl die Frage noch zweifelhaft gewesen seyn, wie weit sich das *TUERI eum, qui propter aetatem se defendere nequit*, worin der Beruf des Tutors besteht, erstrecke. Dies könnte nun aber allerdings durch das *ius civile*, d. i. durch die *interpretatio Prudentum*, welche Pomponius⁷⁷⁾ als die Quelle desjenigen *ius non scriptum* angiebt, welches *communi nomine ius civile* genannt wird, seine nähere Bestimmung und Beschränkung erhalten haben. Mit Recht konnte also Servius sagen, die Tutele, nämlich die über Pupillen, worauf die justinianeische Gesetzgebung den Begriff der noch allein üblichen Art der Tutele beschränkt hat, sey eine Macht und Gewalt über eine Person, die *sui iuris*, d. i. von aller andern Familiens Gewalt befreit ist, aber wegen ihres jugendlichen Alters ihre Rechte selbst nicht wahrzunehmen, und für sich selbst auf eine rechts gültige Art zu handeln vermag, zum Schutz und rechtlichen Vertretung derselben, von dem Civilrecht angeordnet und gestattet.

Ganz hiervon abweichend ist eine neuere Erklärung⁷⁸⁾, nach welcher die Definition des Servius nicht

77) L. 2. §. 5. *D. de orig. iuris.* S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 1. Abth. §. 15. S. 57.

78) S. Aug. Wilh. *de SCHROETER* Diss. cit. de *nexus tutelae et iuris succedendi in bona defunctor.* pag. 22.

von einer Gewalt des Vormundes über den Pupillen, sondern von der Macht über das Seinige zu gebieten verstanden wird, welche dem von der väterlichen Gewalt befreiten Unmündigen dem Rechte nach zusteht, und von dem Vormunde verwaltet wird. Dem Vormunde selbst könne keine Gewalt über den Pupillen zustehen. Eine potestas über ein caput liberum könne nur der Vater haben. Der tutor auch nicht einmal eine dieser patria potestas ähnliche Familiengewalt. Von dieser sey in der Definition des Servius gar nicht die Rede, und könne auch nicht die Rede seyn, weil es an sich widersprechend seyn würde, daß nur Personen, quae in potestate non sunt, sich in der Tutei befinden, wenn gleichwohl die Tutei selbst eine potestas in caput liberum seyn sollte⁷⁹⁾). Das Wort potestas habe hier eine ganz andere Bedeutung. Es bezeichne die einem Paterfamilias zustehende freye Gewalt, über sein Vermögen zu verfügen⁸⁰⁾). Eine solche Macht habe jeder, der sui iuris ist, auch der Pupill, weil sie im Eigenthume begriffen ist. Allein so lange der Paterfamilias noch unmündig ist, habe er das Recht nicht sie auszuüben und selbst zu verwalten. Diese Verwaltung habe der Tutor, der Pupill nur das ius potestatis. Werde er von der Tutei frey, so erhalte er diese Dispositionsgewalt wieder. Dieß hätten die Rö-

TUTELA est potestas, libera plenaque de nostris iubendi facultas, pupillo competens, a tutoe administrata.

79) *Pr. I. de tut.*

80) §. 4. *I. de Usufr. L. 4. §. 6. 7. 8. 9. 10. et 12. D. de usurpat. et usucap. L. 41. D. eodem. THOPHILUS Paraphr. gr. Lib. III. Tü. 1. §. 5.*

mer genennt, *tutelam recipere, in suam tutelam venire, suae tutelae fieri*: oder, wie Gajus⁸¹⁾ sage, ad eam aetatem pervenit, in qua res suas tueri possit. Diese tutela sey also nichts anders, als potestas. Beydes in *suam tutelam et in suam potestatem* habe auch Ulpius⁸²⁾ ausdrücklich mit einander verbunden. Wer also die freye und vollkommene Dispositions- Gewalt über ein fremdes Vermögen in eigenem Namen ausübt, von dem sage man, er verwalte die TuteL des Eigentümers; er habe desselben potestas. Jedoch sey dieses so zu verstehen, daß das proprium ius potestatis, d. h. wenn man auf das Recht sieht, Niemand als der Pupill habe. So lange er jedoch in der TuteL sich befindet, sey er der alleinigen Verwaltung dieser Dispositions- Gewalt beraubt; das Recht selbst aber behalte er, wie daraus erhelle, weil er einige Geschäfte, einige Handlungen, ohne den Tutor, für sich allein vornehmen könne⁸³⁾, ohne daß dem in einem solchen Falle handelnden Pupillen, vor Schließung solcher Geschäfte, die TuteL restituirt werde. Daher habe Servius die TuteL sehr richtig definit, wenn er sagt, sie sey eine potestas in capite libero, denn darunter werde nichts anders als die sola de bonis disponendi facultas, patrifamilias competens, verstanden, die von dem Tutor verwaltet werde⁸⁴⁾; und so sey es nun auch kein Widerspruch,

81) *Instit. Comm. I. §. 197.*

82) *L. 15. §. 16. D. de excusat. Boethius ad Topica Ciceronis. Cap. 5.*

83) *Pr. I. de auct. tutor.*

84) *L. 5. C. de tuteore vel curatore, qui satis non dedit.*
(V. 42.)

wenn Justinian in seinen Institutionen sage, daß von den Personen, quae in potestate non sunt, einige in der Tutel sich befänden, und gleichwohl die Tutel mit Servius durch ius und potestas definire. Auch die Worte *in capite libero* könnten keinen Zweifel erregen, weil dadurch nichts anders angedeutet werde, als daß die potestas oder Tutel einer von der väterlichen Gewalt befreiten Person verwaltet werde. Diese tutelas oder potestatis administratio geschehe nun von Seiten des Tutors durch auctoritatis interpositio⁸⁵⁾). Wird der Pupill von der Tutel befreit, so erlange er mit der Tutel auch die Auctorität wieder, d. h. nun sey er selbst negotiorum suorum auctor. Von dem Augenblick an, da die Tutel geendiget ist, sey es, wenn wir auf das Recht sehen, jedem erlaubt, sein Vermögen selbst zu verwalten. Allein es könne geschehen, daß jemand wegen eines physischen Naturfehlers, dennoch die ihm als paterfamilias suae aetatis zustehende potestas de facto zu verwalten unfähig sey. In einem solchen Falle bekomme der, wenn gleich nicht mehr Unmündige, einen Curator, welcher die Dispositions-Gewalt über sein Vermögen de facto ausübe. Der Unterschied zwischen Tutel und Curatell wird nun darin gesetzt, Wer in der Tutel ist, habe in Absicht auf das Recht selbst keine Administration seiner potestas, während derjenige, welcher in der Curatell ist, zwar das Recht zur Administration hat, allein diese Administration wegen eines ihm beywohnenden physischen Mangels selbst de facto nicht ausüben könne. Der Tutor interponire daher seine Auctorität, indem er erklärt, daß das Geschäft seines Mündels gültig sey, das heißt, wegen der dem Handelnden mangelnden Verwaltung seiner

85) L. 5. D. de auct. et cons. tut. et curat.

potestas mit keinem Fehler behaftet sey. Der Curator hingegen gebe seinen Consens, indem er erklärt, daß in dem gegenwärtigen Falle aus dem physischen Mangel, der dem Curanden beywohnt, demselben kein Schade entstehen sey, oder entstehen werde. Die Gesetze der XII Tafeln gedenken nur der Curatel der Wahnsinnigen und der Verschwender. Daß der furiosus nicht aus Mangel des Rechts, sondern blos wegen eines physischen Mangels seiner Natur von der eigenen Verwaltung der ihm zustehenden potestas abgehalten werde, lasse sich daraus beweisen, weil bey lichten Zwischenräumen, wo das physische Hinderniß aufhört, der Wahnsinnige sogleich wieder selbst de facto handeln kann. Den Verschwender hätten die Römer wegen seiner Prodigalität, welche sie für eine Krankheit der Seele gehalten, wie einen furiosus behandelt, und ihm daher einen Curator gegeben, damit er nicht sich selbst um sein Vermögen bringe. Der Prodigus könne daher, eben so, wie der Wahnsinnige, nur wegen eines physischen Naturfehlers sein Vermögen selbst factisch nicht verwalten; diese Macht aber habe er nicht nur, wenn man auf das Recht sieht, sondern übe sie auch aus. Dies gelte auch sogar von einem furiosus. Denn was der Curator thut, sey dem Rechte nach so anzusehen, als wäre es von dem furiosus selbst geschehen. Der Tutor hingegen verwalte nicht nur de facto, sondern auch de iure die dem Pupillen zustehende potestas. Daher sage man vom Tutor, auctor sit, weil er selbst de iure für den Pupillen handelt. Der Curator aber gebe blos seinen Consens, und schon dieses Wort selbst deute an, daß hier ein Anderer de iure handle, nämlich der Prodigus, oder solches, wie beym furiosus, de iure angenommen werde. Eben deswegen, weil das ganze Verhältniß bey der Curat-

tel mehr factisch, als rechtlich ist, sey auch in dem Gesetz der XII Tafeln keine gewisse Zeit festgesetzt, da sie sich endige, sondern sie höre auf, wenn der Naturfehler gesessen ist. Der Tutel hingegen sey eine gewisse Zeit gesetzt, nach deren Ablauf sie wieder in die Hände des Pupillen zurückkehre. Löhr habe zwar Recht, wenn er den Unterschied zwischen Tutel und Curatel in dem Unterschied zwischen auctoritas und consensus seze. Allein dieser Unterschied betrefse mehr die Art, wie sich die Tutel und Curatel wirksam äussere; der letzte Grund dieses Unterschiedes beruhe vielmehr darin, daß demjenigen, welcher in der Tutel ist, die administratio potestatis de iure mangle, der Tutor diese potestas de iure verwalte, der Tutor also de iure handle. Der Curator hingegen verwalte die dem Curanden zustehende potestas blos de facto, und scheine nur de iure zu handeln, indem derselbe, welcher in der Curatel ist, seine potestas oder tutela dem Rechte nach selbst administriere.

Es ist nicht zu läugnen, daß diese Ansicht sehr consequent durchgeführt ist; allein sie hat den Sprachgebrauch, und die ganze Construction gegen sich. Denn die Bedeutung von *potestas*, welche hier in der Definition der Tutel zum Grunde gelegt wird, gehört offenbar nicht hierher. Nur in der Sphäre der Vermögensrechte ist von einer *potestas*, als einem Rechte des Eigenthümers, frey über das Seinige zu verfügen, die Rede⁸⁶⁾. Darauf deuten auch alle die für jene Erklärung angeführten Gesetzstellen hin. Allein ganz verschieden davon ist die Bedeutung dieses Worts im Familienrecht, und dies

86) G. Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. Abb. VII. Nr. III. S. 286.

ist doch, wie schon oben bemerkt worden, die Stelle, welche beyde Institute, die TuteL und Curatel, in dem Röm. Rechts-System einnehmen. Hier bezeichnet der Ausdruck *potestas* im eigentlichen Sinn die auf väterlicher und herrschaftlicher Gewalt beruhende Familien-Verbindung⁸⁷⁾, und bezieht sich daher, wie das ganz gleichbedeutende Wort *manus*, auf die Gewalt, die wir über einen Andern ausüben⁸⁸⁾. Daher wird von Sklaven gesagt, sie sind *manui et potestati suppositi*⁸⁹⁾, und von Kindern, sie sind *in manu parentum*⁹⁰⁾; überhaupt aber sagt Ulpian⁹¹⁾: *Potestatis verbum ad omnes, qui sunt alieno iuri subiecti, porrigitum est, und nur in Beziehung auf diese Familien-Gewalt wird das Daseyn der Selbstständigkeit einer Person, durch die Formel: sui iuris, oder sua potestatis homo*⁹²⁾ ausgedrückt. Dieselben Ausdrücke, *potestas* und *manus* werden nun auch von der TuteL und Curatel, als Analogien der väterlichen Gewalt, gebraucht. Denn so wird die Benennung *manus* von den Classikern⁹³⁾ auf die

87) Dirksen a. a. D. S. 282. f.

88) S. Gans Scholien zum Gajus. 5. Schol. S. 158.

89) L. 4. D. de iustit. et iure.

90) Livius Lib. XXXIV. cap. 2. XXXIV. c. 7. XXXIX, cap. 9. et 18.

91) L. 1. §. ult. D. de tribut. act. L. 1. §. ult. D. de pecunio. L. 20. §. 1. D. Qui testam. fac. poss.

92) Gajus Institut. Commentar. II. §. 147. L. 43. D. de obligat. et act. L. 2. C. ad SCtam Macedon.

93) Livius Lib. XXXIV. cap. 2. PLAUTUS Trucul. Act. IV. Sc. IV. v. 6. In dieser legtern Stelle ist das *mans* für *manus* gesetzt, und also *manus tutor* zu lesen. S. TUR-

tutela seminarum angewendet, und die cura furiosi in den zwölf Tafeln selbst⁹⁴⁾) eine potestas agnatorum gentiliumque IN EO (sc. furioso,) PECUNIAVE EIUS genannt. Offenbar deutet dieses auf eine Art von Familiengewalt hin, welche dem Vormund über den Pflegbefohlnen eingeräumt wird. Dies beweist nicht nur die Zusammensetzung der manus parentum, manus virorum, und manus fratrum, bey den Frauenspersonen in der bekannten Stelle beym Liviūs⁹⁵⁾), unter welcher Letztern nichts anders als die tutela seminarum legitima verstanden wird⁹⁶⁾); sondern eben dieses beweist auch die Stelle des Paulus, welcher libro XXXVIII. ad Edictum⁹⁷⁾ sagt: quod tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur. Von einer solchen potestas tutoris sprechen auch Cicero⁹⁸⁾ und Gellius⁹⁹⁾, und von einer solchen potestas tutoris in pupillum versteht auch Theophilus den Begriff des Servius von der Tute. Die Bedeutung von potestas, welche dem Sachenrechte eigen ist, kann also hier um so weniger zum Grunde gelegt werden, da die tutela

NEBUS Adversar. Lib. II. cap. 21. GESNER Thes. Ling. Lat. v. *Manustutor*. und DIRKSEN's Beiträge S. 285. Not. 109. Anderer Meinung ist jedoch HUGO in d. Gesch. des Röm. Rechts. S. 571. Not. 3. der 8. Aufl. welcher das Wort mans für amans nimmt.

94) AUCTOR ad HERENN. Lib. I. cap. 15.

95) LIVIUS XXXIV. 2.

96) S. den 28. Th. §. 1298. S. 447. Not. 76.

97) L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor. et curat.

98) Pro Muraena. cap. 12.

99) Noct. Atticar. Lib. V. cap. 19.

seminarum mit der Verwaltung des Vermögens gar nichts zu thun hatte ¹⁰⁰), und es überdem gegen die lateinische Construction streitet, wenn man, um die Dispositionsgewalt des Eigenthümers auszudrücken, sagen wollte potestas in eo data est. Wie kann endlich die TuteL nach dem Begriff des Servius eine potestas libera de nostris iubendi, pupillo competens, a tutore administrata seyn, da die auctoritatis interpositio, worin doch der wesentliche Character der TuteL besteht, voraussetzt, daß der Pupill selbst handle, und der Tutor die unvollständige Willenserklärung des Mündels nur durch sein Vollwort ergänzt. So lange der Pupill noch Kind ist, handelt freylich der Tutor Statt desselben allein; es ist aber auch, in Absicht auf diese gestio oder administratio, zwischen der TuteL und Curatel kein Unterschied, wie dieses schon oben bemerkt worden ist. Daß die Curatel aufhört, wenn das Hinderniß gehoben ist, ist kein unterscheidendes Merkmal, weil dieses auch bey der TuteL Statt findet. Denn auch diese hört auf durch Wegfallen der Voraussetzung, um desrentwillen sie bestellt wurde, also wenn das Hinderniß des Alters gehoben ist. Nun war ja der männlichen Pubertät vor Justinian ¹⁾ eben so wenig, wie der Curatel der Wahnsinnigen und der Verschwender, eine gewisse Zeit gesetzt, da sie eintrat, und nach deren Ablauf sich die TuteL endigte ²⁾). Sie konnte sich daher bald früher, bald später endigen. Denn wie bald die Pubertät eintrete, darüber stritt man sich ja noch zu Ulpian's Zeiten ³⁾). Gewöhnlich

^{100) GAIUS Comm. I. §. 190.}

^{1) L. ult. Cod. Quando tutor. vel curator. esse desin.}

^{2) S. EM. MERILLII Observation. Lib. V. cap. 16.}

^{3) ULPIAN. Fragm. Tit. XI. §. 28. Man sehe auch GAIUS}

hing dieses von der früheren oder späteren Entwicklung des Einzelnen ab⁴⁾). Von einer allgemeinen Zeitbestimmung nach Jahren war Anfangs noch keine Rede⁵⁾. Daher pflegten die Testatoren gewöhnlich die Zeit der Pubertät zu bestimmen⁶⁾, oder sie ließen die Zeit unbestimmt, wie in den Formeln: *cum ad pubertatem pervenerit*⁷⁾, *cum in tutelam suam pervenerit*⁸⁾). Dahingegen hatte schon längst vorher die Lex Plaetoria die Jahre der Großjährigkeit bestimmt, welche daher Plautus⁹⁾ *lex quinavicensaria* nannte, mit deren Eintritt die Curatel der Minderjährigen erlischt. Wenn endlich der Hauptun-

Instit. Comm. I. §. 196. und *Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechtes. S. 670.* der 8. Aufl.

4) *Hugo Lehrb. S. 121.*

5) *Hugo Lehrbuch. S. 570. f.*

6) *L. 56. §. 1. D. de condit. et demonstr. L. 46. D. ad SCiam Trebell.* Hierher gehört auch die Stelle aus Paulus Briefe an die Galater Kap. IV. v. 1. u. 2. ἐφ' ὅτον χρόνον ὁ κληρονόμος νήπιος ἐστιν, οὐδὲν διαφέρει δούλον, κύριος πάντων ὁν· Ἀλλὰ ὅποι ἐπιτρόποντος ἐστὶ καὶ οἰκονόμους ἀχρι της προσεσμίας τοῦ πατρός; i. e. *Quamvis heres imputes est, nihil differt a servo, quamvis omnium (bonorum) sit dominus; sed tutoribus subest et dispensatoribus usque ad tempus a patre constitutum.* Man sehe über diese Stelle Jo. Ortw. WESTENBERG Diss. de iurisprudentia Pauli Apostoli: (in *Opuscul. a PÜTTMANN edit. Fasc. I. Lipsiae 1794.* S. pag. 42. sq.)

7) *L. 56. pr. D. de fideicomm. libertat.*

8) *L. 54. D. de hered. instituend. L. 59. D. de vulg. et pupill. substit.* GAIUS *Comm. II. §. 179.*

9) *Pseudol. Act. I. Sc. III. v. 69.*

terschied zwischen TuteL und Curatel darin gesetzt wird, daß der Pupill die Ausübung der ihm als Eigentümmer zustehenden Dispositions-Befugniß, rücksichtlich des Rechts, nicht habe, dem Curanden hingegen diese Administration in Absicht auf das Recht zustehe, und nur wegen eines physischen Natur-Fehlers an deren Ausübung *de facto* gehindert werde; und wenn daraus erklärt werden will, warum der Tutor Auctorität interponire, der Curator aber nur seinen Consens gebe; so möchte auch dieser Unterschied schwer zu beweisen seyn. Denn erstens beschränkt sich dieses nur auf die cura furiosorum und prodigorum; ohne Rücksicht auf die Curatel der Minderjährigen. Es ist aber auch zweitens dem Wahnsinnigen - so gut, wie dem unter die Curatel gesetzten Verschwender, die Administration seines Vermögens nicht blos *de facto*, sondern auch in Rücksicht des Rechts entzogen. Von dem Verschwender sagen dieses klare Gesetze.

Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio.

So lehrt Ulpian libro primo ad Sabinum¹⁰⁾. Diesem ist auch nicht entgegen, wenn eben dieser Jurist in eben diesem Buche¹¹⁾ sagt:

Eum, cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat¹²⁾.

10) *L. 1. pr. D. de curatoriis. furioso et aliis dandis.*

11) *L. 5. §. 1. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

12) Dass die Antretung der Erbschaft, als eine verbindliche Handlung, nicht ohne Consens des Curators geschehen könne, versteht sich. S. Bernh. Henr. REINOLDI Va-

Denn dieses beweist noch nicht, daß ihm die Administrations-Befugniß de iure gebühre, und von dem Curator blos de facto ausgeübt werde; sonst würde ja Ulpian mit sich selbst im Widerspruche seyn, wenn er an einem andern Orte, nämlich *libro XXVI. ad Edictum*¹³⁾, einen solchen, cui bonis interdictum est, dem Pupillen gleichsetzt. Wie verträgt sich ferner mit jener Theorie die bekannte Interdictions-Formel, die uns *Paulus*¹⁴⁾ aufbehalten hat:

QUANDO TIBI BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS: OB EAM REM TIBI EA RE COMMERGIOQUE INTERDICO?

Könnte man nach einer solchen Interdiction wohl im Ernst behaupten, prodigum, cui bonis interdictum, si ad ius respicimus, potestatem non solum administrare posse, sed eam quoque administrare, curatorem vero in ipsa administratione ei tantum succurrere, ne ex animi morbo bona damnum caperent? Wer erinnert sich nicht hier an die treffende Stelle des Horaz¹⁵⁾:

Interdicto huic OMNE adimat ius Praetor, et ad sanos abeat tutela¹⁶⁾ propinquos?

rior. Cap. 1. (in *Opuscul. iurid. a Juclero editis* pag. 56. sqq.)

15) L. 9. §. 7. *D. de rebus credit.*

14) *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. 4. A. §. 7.*

15) *Satyrar. Lib. II. Sat. III. v. 217. sq.*

16) Daß hier tutela für curatio steht, hat schon Crispinus in Comment. ad h. L. pag. 451. (*Lugd. Bat. 1597. 4.*)

Das Nämliche gilt noch mehr von einem furiosus, von dem Gajus¹⁷⁾ sagt: *sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est.* Daher entsteht aus den Handlungen eines prodigi, die er ohne Consens seines Curators vornimmt, nicht einmahl eine obligatio naturalis, so wenig, wie aus den Handlungen eines furiosi, da beyde immer einander gleichgesetzt werden^{18).}

Heutzutage erscheint die Vormundschaft blos als eine Pflicht der Fürsorge für solche Personen, die factisch oder juristisch unfähig sind, für sich oder ihr Vermögen zu sorgen. Diese ist entweder einem Privatmanne übertragen, oder sie liegt der Obrigkeit ob. Im ersten Falle nennen wir sie Vormundschaft im eigentlichen Sinne, und sie wird jezt blos als eine Bürgerpflicht betrachtet, die Jeder zum Besten des Staats übernehmen muß, den nicht gesetzlich anerkannte Gründe entschuldigen^{19).} Unter dieser Vormundschaft ist die römische Tutele und Curatel begriffen, für welche das Röm. Recht keinen gemeinschaftlichen Namen hat. Beyde kommen zwar rücksichtlich der

bemerk. Noch mehrere Beyispiele führt Jac. Cujacius in Commentar. in Tit. Pandect. de Excusationib. ad L. 8—12. circ. fin. an. Man sehe auch MONTANUS de iure tutelar. et curat. Cap. 1. nr. 14. et 15.

17) L. 1. §. 12. D. de oblig. et act.

18) L. 6. D. de Verbor. obligat. S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 288. S. 57.

19) Pr. I. de Excusat. tutor. et curator. Nam et tutelam et curam placuit publicum manus esse. L. 1. §. 4. D. de munerib. et honor. Personale manus est tutela, cum adulti, furiosive item prodigi etc.

Rechte in den meisten Puncten mit einander überein²⁰⁾); jedoch besteht noch immer ein wesentlicher Unterschied darin, daß die Tutei nur bey Unmündigen vorkommen kann, die sui iuris, und also nicht mehr unter väterlicher Gewalt sind, in Ansehung deren dem Tutor die Gewalt zusteht, die unvollständige Persönlichkeit derselben durch Interposition seiner Auctorität zu ergänzen. Eine solche Gewalt ist dem Curator nicht gegeben. Wo also die Ergänzung der juristischen Persönlichkeit entweder nicht möglich, oder nicht nöthig ist, tritt die cura ein²¹⁾). Sie kann daher sowohl bey Mündigen als Unmündigen²²⁾,

20) Z. B. in Rücksicht der Fähigkeit zur Uebernehmung einer Vormundschaft, Cautionleistung, Verwaltung und der dabei zu beobachtenden Pflichten, der Excusation und Remotion. S. MÜHLENBRUCH Doctrina Pandectarum. Vol. II. §. 512. und SCHWEPPES Römisches Privatrecht §. 743.

21) Z. B. Ventri tutor a magistratibus Populi Romani dari non potest, curator potest. MODESTINUS L. 20. D. de tutoribus et curatoribus datis. (XXVI. 5.) S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutei und Curateli. §. 6. S. 27. und von WENING-INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. B. §. 113.

22) Daß auch einem Unmündigen, der keinen Tutor hat, gleich Anfangs zur Verwaltung seines Vermögens ein Curator gegeben werden könne, lehrt PAULUS L. 19. D. de auct. et cons. tutorum et curator. Diese Curateli reicht aber freylich nicht hin, wo eine Formlichkeit des Rechts eintritt, und eine interpositio auctoritatis die Berufung eines Tutors nöthig macht. Daher sagt PAULUS a. a. D. Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae solemnitatem iuris desiderant, explicanda, tutore auctore opus esse. Es kommt z. B.

sowohl bey denen, die sui iuris sind, als auch sogar bey denen vorkommen, die noch unter väterlicher Gewalt stehen^{23).}

Das Uebrige bleibt dem Titel de curatoribus (XXVII. 10.) vorbehalten.

Sofern aber den ordentlichen Obrigkeitene die Bestellung der Vormünder und die Aufsicht über deren Verwaltung obliegt, pflegt man dieses h. z. Z. die Obervormundschaft, (suprema magistratum tutela) zu nennen, welche den Römern zwar dem Namen nach fremd, aber der Sache nach allerdings bekannt ist^{24).} Sie war

auf Amtretung einer Erbschaft an. Hier muß ein Tutor gegeben werden, damit der Pupill durch ihn ergänzt, selbst handeln könne. Der Consens eines Curators ist hierzu nicht hinreichend. L. 17. §. 1. D. de Appellat. Des curatoriis pupilli gebeten auch L. 9. §. 9. L. 32. pr. L. 33. L. 48. D. de admin. et peric. tut. S. von Löhr a. a. D. §. 7. S. 59. und Derselbe von der Cura über Unmündige; im neuen Magazine 1. B. S. 440. ff. und von Wening - Ingenheim angef. Lehrbuch 3. B. §. 115. S. 87.

23) B. wenn wegen der Verwaltung des peculii adventitii irregularis eine Curatela nothwendig ist, weil sie der Vater nicht übernehmen will, oder derselbe, welcher die Güter dem Kinde hinterließ, sie dem Vater entzogen hat. L. 8. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis. (VI. 61.) Nov. CXVII. cap. 1. pr. S. Schweppe Römisches Privatrecht. §. 748. von Wening - Ingenheim a. a. D. §. 88.

24) S. Jo. Gottl. HEINRICII Diss. de supra principum magistratumque tutela; (in Opusculor. varior. Sylloge. Exerc. XIX. pag. 703 — 755.) Danz Handbuch des deutsch. Privatr. 7. Band §. 625. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 731.

nach dem Röm. Recht kein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern gehörte zur legis actio, und war daher nur in den Händen gewisser Obrigkeiten²⁵⁾), von denen Lib. XXVI. Tit. 5. die Rede seyn wird. In Deutschland ist sie mit einer jeden Civilgerichtsbarkeit verbunden. Sie äussert ihre Wirksamkeit besonders in Bestellung oder Bestätigung und Absetzung der Vormünder. Beydes geschahe bey den Römern gewöhnlich auf Antrag. Ein solcher Antrag auf Bestellung wird petitio tutorum vel curatorum genannt, davon ein Mehreres Lib. XXVI. Tit. 6. Der Antrag auf Absetzung aber postulatio suspecti tutoris vel curatoris, davon Lib. XXVI. Tit. 10. Sie hält ferner den Vormund zur erforderlichen Cautionsleistung an. (Satisfatio tutorum vel curatorum), wovon in den Institutionen Tit. 6. Lib. I. und in den Pandecten der Tit. *Rem pupilli vel adolescentis salvam fore XLVI.* 6. handelt. Sie concurrit auch bey der Verwaltung der Vormundschaft in Fällen, wo die Zuziehung des Gerichts vorgeschrieben ist, z. B. bey Versässerungen, wovon Lib. XXVII. Tit. 9. ferner bey Ablegung der Rechnung, wozu zwar der Vormund nach dem Röm. Recht erst, wenn die Vormundschaft geendigt war, mittelst der actio tutelae angehalten werden konnte²⁶⁾; jetzt aber, nach der Vorschrift der deutschen Reichsgesetze²⁷⁾, alle Jahre verlangt werden kann. Sogar über

25) L. 6. §. 2. D. h. t.

26) L. 1. in fin. L. 4. pr. L. 9. §. 4. D. de tutelae et rationibus distrahend. (XXVII. 5.) L. 2. L. 14. Cod. de administr. tutor.

27) Reichs-Polizey-Ordnung vom Jahre 1577. Tit. 52. §. 5.

Anordnungen des Vaters kann sich die Obrigkeit hinwegsetzen, wenn sie dieselben nachtheilig findet²⁸⁾.

§. 1299.

In wiefern wird die Tute ein munus publicum genannt?

Die Vormundschaft, und zwar sowohl die Tute, als Curat, wird in den Gesetzen ein publicum munus genannt²⁹⁾. Das Wort *munus* bezeichnet in der Sprache des Röm. Rechts eine Last, eine Bürde, zu deren Uebernehmung ein Bürger nach den Gesetzen des Staats gesöthiget werden kann, weil der Staat dabei interessirt ist. Marcian³⁰⁾ sagt: *Munus proprius est, quod necessarie obimus, lege, more, imperiove eius, qui iubendi habet potestatem.* Und Paulus³¹⁾: *Munus — dicitur onus, quod cum remittatur, vacationem militiae munerisque praestat, inde immu-*

28) *L. 10. D. de confirm. tut. TRYPHONINUS libro XIV.*

Disputat. Utilitatem pupillorum Praetor sequitur: non scripturam testamenti vel codicillorum: nam patris voluntatem Praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa Praetor de tute comperta habet.

29) *Pr. I. de excusat. L. 9. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. S. Ant. FABRI Jurisprudent. Papinianae scientia. Tit. XXIV. Princ. 1. pag. 1090. Ulr. HUBERI Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 21. pag. 541 — 545. und Ev. OTTONIS de Aedilibus coloniarum et municipior. lib. sing. Cap. XIV. §. 2. pag. 498. sq.*

30) *L. 214. D. de Verbor. Signif. Add. L. 9. D. de munierib. et honorib.*

31) *L. 18. D. de Verb. Signif.*

nitatem appellari. Ein solches Amt ist nun entweder mit Rang und Würde im Staate, auch wohl mit Gehalt verknüpft, oder nicht. In jenem Falle wird es *honor*, ein Ehrenamt, in diesem aber *munus* im eigentlichen Sinne, ein bloßes Pflichtamt genannt³²⁾). Beydes unterscheidet Modestin³³⁾ wenn er sagt: *Honorem sustinenti munus imponi non potest: munus sustinenti honor deferri potest.* Ein solches *munus*, mit welchem kein Rang und Würde verbunden ist, war wieder von zweierley Art. Es bestand entweder in solchen Leistungen, die einen Vermögens-Aufwand und Kosten erforderten; ein solches wird *munus patrimonii*, oder *patrimoniale* genannt; oder in einer bloßen Dienstleistung, die zwar Mühe und Sorgfalt erfordert, aber doch mit keinem weiteren Kosten und Vermögens-Aufwande verknüpft ist. *Munus personale.* Hermogenian³⁴⁾ sagt. *Illud tenendum*

32) S. tot. Tit. Pand. *de muneribus et honoribus* (Lib. L. Tit. 4.) besonders L. 14. h. t. S. Jos. FINESTRES et DE MONSALTO in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Commentar. Lib. I. ad L. 1. D. de munerib. et honor. pag. 569 — 591.

33) L. 10. D. *de munerib.* S. Jo. van NISBEN Diss. ad fragmenta, quae in Digest. ex Herennii Modestini XI. libris Differentiar. supersunt. Cap. VI. (in OBLRICH'S Thes. Belgic. Vol. I. T. I. p. 45.)

34) L. 1. §. 3. D. *de munerib. et honor.* ARCADIUS CHARSIUS L. ult. D. eodem nimmt zwar noch eine dritte Gattung an, nämlich *munera mixta*; allein ohne hinreichenden Grund, wie FINESTRES cit. loc. §. 4. p. 371. gezeigt hat. Mit Hermogenian stimmt auch Ulpian überein, welcher L. 6. §. 3. D. eodem sagt: *Sciendum est, quaedam esse munera, aut personae, aut patrimoniorum: itidem quosdam esse honores.*

est generaliter, *personale* quidem *munus* esse, quod corporibus, labore, cum sollicitudine animi ac vigilantia solemniter³⁵⁾ extitit³⁶⁾: *patrimonii* vero, in quo sumptus maxime postulantur. Alle diese munera werden *civilia*, oder *publica*³⁷⁾ genannt, je nachdem sie den Staats-Organismus (statum reipublicae)³⁸⁾ selbst, und das allgemeine Beste desselben, (quae sunt publice utilia)³⁹⁾ unmittelbar zum Gegenstande haben, oder an sich blos den Privatnuzen

35) Statt *solemniter* lesen *haloander*, *Chevalloius*, *Miräus*, *Baudaga* und *Bed*, principaliter. Dieser Lesart geben auch *Cujacius* Paratitl. in Pand. Tit. de *muneribus et honoribus*, und *Jos. FINESTRES* c. l. §. 3. pag. 270. Beyfall, weil ihr auch die *Basilica* entsprechen, welche πρωτοτόπως haben. Klein *POTHIER* Pandect. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 4. Nr. II. Not. c. pag. 602. vertheidigt die florentinische Lesart, welche von den glossirten Ausgaben auch *Merlinus* und *Hugo a Porta* beh behalten haben, weil bey den Alten dasjenige *solemne* genannt wurde, was alle Jahr geleistet werden mußte. Diese Bedeutung bestätigen *Festus* voc. *Sollo*. *SERVIUS* Comm. ad Aeneid. Lib. III. v. 501. besonders *AUGUSTINUS* Sermon. 186. S. *Alb. Diet.* *TRECKELL* ad *BRISSONII* Antiquitat. ex iure civ. select. Lib. IV. cap. 5. pag. 134.

36) Statt *extitit* will *FINESTRES* c. l. lieber *exercetur*, oder *expeditur* lesen. *Chevalloius*, *Baudaga*, *Merlinus*, und *Hugo a Porta* lesen hingegen mit der Glossa *existit*. Dies scheint auch wohl die richtigere Lesart zu seyn, wie *FINESTRES* selbst dafür hält.

37) *L. ult. §. 28. D. de munerib. et honor.*

38) *L. 1. §. 2. D. de instit. et iure.*

39) §. 4. *I. eodem.* *THEOPHILUS* in *Paraph. gr. ad h. §.*

einzelner Staatsbürger betreffen, den Staat selbst aber nur mittelbar interessiren. Erstere werden *publica* im eigentlichen Sinne, letztere auch *privata* genannt⁴⁰⁾. Daher sagt Callistratus⁴¹⁾: *Munus aut publicum aut privatum est. PUBLICUM MUNUS dicitur, quod in administranda republica cum sumtu sine titulo dignitatis subimus. Und Pomponius⁴²⁾: *MUNUS PUBLICUM est officium privati hominis⁴³⁾, ex quo commodum ad singulos, universosque cives, remque eorum imperio magistratus extraordinarium⁴⁴⁾ pervenit.* Es fragt sich nun, inwiefern die Vormundschaft ein munus publicum sey? Daß sie ein munus personae oder privati hominis sey, ist ausser Zweifel. Denn Hermogenian⁴⁵⁾ und Arcadius⁴⁶⁾ nennen sowohl die Tutel als Curatel ausdrücklich ein personale munus. Daß aber die Vormundschaft auch ein munus*

40) S. POTIER Pand. Justin. c. l. Not. d.

41) L. 14. §. 1. D. de munerib. et honorib.

42) L. 259. §. 5. D. de Verb. Signif.

43) Dieses deutet dahin, daß ein munus mit keiner Dignität verbunden ist. S. POTIER c. l. Not. a.

44) Einige wollen *extraordinario* lesen, z. B. FINESTRES c. l. §. 2. und POTIER c. l. Not. b. weil die Obrigkeit ein solches munus extra ordinem, nämlich captis pignoribus, auflegen konnte. Eben so liest und erklärt auch die Glossa. So lesen auch mehrere Ausgaben. Halconeder, Miraus, Baudoza, Merlinus, und Beck. Andere, z. B. Chevallonius, *extra ordinem. Andr. Guil. CRAMER de Verbor. Significatione pag. 125.* hat die florentin. Lesart vorgezogen.

45) L. 1. §. 4. D. de munerib. et honorib.

46) L. 18. §. 1. D. eodem.

publicum sey, mag Anfangs nicht ausser Zweifel gewesen seyn. Dies läßt sich aus den Worten schließen: nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse⁴⁷⁾. Denn der Ausdruck PLACUIT wird gewöhnlich gebraucht, wenn ein Satz Anfangs controvers war, aber nachher von allen, oder von den meisten Rechtsgelehrten angenommen worden ist⁴⁸⁾. Diese Bedeutung liegt auch hier zum Grunde⁴⁹⁾. Es ist also nun ausser allem Zweifel, daß die TuteL ein munus publicum sey. Aber inwiefern? Daß die Vormundschaft kein öffentliches Amt in dem Sinne sey, in welchem darunter ein solches Amt verstanden wird, das in Verwaltung öffentlicher, den Staat selbst betreffender, Geschäfte besteht, ist offenbar. Denn zunächst gereicht die Vormundschaft doch nur zum Nutzen einer Privatperson, nicht des ganzen Staats. Daher hat auch der Vormund nicht das öffentliche Ansehen eines Staatsbeamten, sondern er ist, als Vormund, eine bloße

47) *Pr. I. de Excusat. tutor. vel curator.*

48) *GAIUS Institut. Comment. I. §. 147. Lib. II. §. 91. 92. 178. 196. L. 9. §. 4. D. de Usufr. L. 65. §. 5. D. Pro socio. u. m. a. S. Jos. Fern. de RETES Opusculeor. Lib. VII. Cap. 4. §. 1. (in Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 554.) CORN. VAN BYNKERSHOEK Observation. Jur. Rom. Lib. V. cap. 7. pag. 24. edit. Heinecc. und FRID. HÄNEL Commentat. de verborum formulis Vett. ICtorum. §. 7.*

49) *S. MORETUS ad pr. I. de Excusat. MARC. VERTRANIUS MAURUS de iure liberorum. Cap. 18. (in Thes. Jur. Rom. Otton. Tom. III. pag. 1015.) EV. OTTO de Adilib. coloniar. et municipiorum. Cap. XIV. §. 2. und CAR. FRID. WALCH ad HOPPI Commentar. ad Institut. Pr. I. de Excusat. Nr. 2. Not. c. pag. 211.*

Privatperson. In dieser Beziehung sagt daher Modestinus in libro secundo *Excusationum*⁵⁰): TUTELA non est reipublicae munus, nec quod ad impensam pertinet: sed civile, nec provinciale⁵¹) videtur tutelam administrare. Und in eben dieser Beziehung sagt Ulpian libro primo *Disputationum*⁵²): Reipublicae nihil, quod ad rem pecuniariam attinet, interest,

- 50) L. 6. §. 15. D. de *Excusat*. Einige wollen die Rechtlichkeit dieser hier zwischen dem Griechischen eingerückten lateinischen Stelle bezweifeln. Z. B. CUVACIUS in Not. ad pr. I. de *Excusat*. tut. vel curat. AUGUSTINUS ad *Modestinum* h. L. und OTTO c. l. pag. 499. Allein daß hierzu kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, hat Jan. Thom. GUIL. van ALPHBN in Specim. exhibente selecta quaedam iuris publici et privati capita (*Lugd. Batavor. 1792.*) Cap. 2. wo er über die Fragmenta graeca ex *Modestini* libris *Excusationum* in Pandectis reliqua commentirt, pag. 45. sq. gezeigt. CUVACIUS hat in der Folge, nämlich in Recitation. ad *Modestinum*, ad h. L. seine Meinung wieder zurückgenommen. ABR. WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 15. pag. 173. hält diese Stelle für Worte Ulpian's wegen §. 5. fin. §. 6. et 13. iunct. L. 1. §. 2. D. eodem.
- 51) Statte *provinciale* will FRANC. ZOANNETTUS in Restitution. ad libros L. Digestor. Lib. sing. Cap. 10. (*Thes. Otton. Tom. IV. pag. 655.*) *patrimoniale* lesen. Allein WIELING c. l. hat dagegen erinnert, daß auch schon vorher von *muneribus provincialibus* die Rede gewesen, und in den *Basilicis* Tom. V. pag. 4. heiße es ebenfalls οὐτε ἐπαρχικόν.
- 52) L. 2. §. 5. D. ad *Municipalem*. Man sehe über diese Stelle ED. HENRYSONIS pro EG. BARONE adversus GOVEANUM de *iurisdictione* Lib. I. (in *Thes. Meerman. Tom. III. pag. 458.*)

pupillis tutores dari. Das heißt, der Staat ist bey der Verwaltung der Vormundschaft nicht unmittelbar interessirt, weil sie blos ein Privatvermögen, und die Privatangelegenheiten eines Pupillen oder Curanden zum Gegenstande hat. Daher hastete auch der Vater nicht, mit dessen Bewilligung der Sohn Decurio geworden, wenn letzterer bey Bestellung der Vormünder etwas versehen hatte. Der Vater hastete nur für die Verwendung des Staatsvermögens, welches der Sohn als Decurio zu verwalten hatte, wie Ulpian in der angeführten Stelle sagt. Wegen der Vormundschaft konnte der Vater nur allenfalls de peculio belangt werden⁵³⁾). Daran, daß die Tutele im ältern Röm. Recht ein Privatrecht der Agnaten und Patronen, und blos zu ihrem Nutzen bestimmt gewesen, dachte also wohl Ulpian hier nicht⁵⁴⁾). Streng genommen ist demnach die Tutele, so wie die Curatel, nur ein munus privatum, infofern, nach Ulpian⁵⁵⁾), *privati iuris* alles dasjenige genannt wird, *quod ad singulorum utilitatem spectat*. Callistratus⁵⁶⁾ rechnet daher auch die Tutele zu den privatis muneribus. Allein durch die Auctorität der Röm. Rechtsgelehrten ist es geschehen, daß man zu Gunsten der Unmündigen, und derjenigen, welche für sich oder ihr Vermögen zu sorgen unsfähig sind, die Tutele, so wie die Cura, den muneribus publicis gleichgestellt hat. Wenn daher Pomponius⁵⁷⁾ den

55) L. 1. §. ult. *D. de magistrat. convenient.* (XXVII. 8.)

54) S. Burckardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 24. S. 156. ff.

55) L. 1. §. 2. *D. de Iustit. et iure.*

56) L. 17. §. 4. et 5. *D. de Excusation.*

57) L. 9. *D. de his, qut sui vel alieni iuris sunt.*

Satz aufstellt: *Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur*, so führt er als Beispiele an: si magistratum gerat, aut tutor detur. Der Grund ist, weil dem Staate selbst daran liegt, daß für dieselben gen, die sich selbst nicht schützen und vertheidigen können, unter öffentlicher Auctorität gesorgt, und daß Vermögen derselben verwaltet und erhalten werde⁵⁸⁾. Divus Severus rechnet diese Fürsorge in seinem Rescript an den Eusebius Rufinus⁵⁹⁾ ausdrücklich zur cura publica, und sagt: omnem se rationem adhibere subveniens pupillis. Daher kann der dazu tüchtige Bürger zur Uebernehmung der Vormundschaft genöthigt werden, eben so, wie zur Uebernehmung anderer Pflichtämter⁶⁰⁾. Der Vormund steht ferner unter der Controlle des Staats; so wie sich der Staatsbeamte durch pflichtwidrige Verwaltung seines öffentlichen Amtes verantwortlich macht; so finden auch Klagen gegen den Vormund statt, wenn er etwas gegen seine Pflichten gethan oder unterlassen hat, woraus seinem Pflegbefohlnen ein Schaden erwachsen ist⁶¹⁾. Daher kann auch ein filiusfamilias zum Vormund bestellt werden⁶²⁾, weil in causis publicis das

58) S. MURETUS, Franc. BROUS, Jan. a COSTA, Arn. VINNIUS in Comm. ad pr. l. de Excusat. tut. et curat. auch Jos. Fernand. de RETES ad Tit. D. de Interdictis et Relegatis Commentar. Lib. I. Cap. 4. (in Thes. Otton. Tom. V. pag. 1205. sqq.) und Paul MONTANUS Cap. 25. nr. 15 — 18. et Cap. 26. nr. 15 et 16.

59) L. 2. §. 2. D. Qui petant tutor. vel curator. (XXVI. 6.)

60) L. 9. D. de muneric. et honoric.

61) S. Tit. Dig. de tutelae et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione. (XXVII. 5.)

62) L. 7. D. de tutelis.

Verhältniß der väterlichen Gewalt nicht berücksichtigt wird⁶³⁾). Und durch die capit is deminutio minima, von der ausdrücklich gesagt wird, daß sie auf die publica iuxa keinen Einfluß habe⁶⁴⁾, wird die Vormundschaft, welche der capite minutus führt, nicht geendiget⁶⁵⁾). Die Vormundschaft ist ferner, wie jedes öffentliche Amt, an die Individualität des Subjects geknüpft, dem sie übertragen worden ist, und es findet weder Uebergang derselben auf die Erben⁶⁶⁾, noch Uebertragung auf andere Statt, und eben so wenig kann auch der Vormund sein Amt willkürlich aufgeben, wosfern ihm nicht gesetzlich anerkannte Excusations-Gründe zur Seite stehen⁶⁷⁾). Es tritt endlich bey der Vormundschaft auch die Regel ein: ius publicum privatorum pactis mutari non potest⁶⁸⁾. Sie ist von Privat-Dispositionen unabhängig⁶⁹⁾, das heißt, es finden keine von den zu Gunsten der Pupillen gemachten Vorschriften des gemeinen Rechts abweichende Verfugungen Statt.

Als munus personale ist die Vormundschaft zwar mit keinem Vermögens-Aufwand von Seiten des Vormundes

63) L. 13. §. ult. L. 14. D. ad SCt. Trebell. S. den s. Th. dieses Commentare. §. 132. S. 252.

64) L. 5. §. 2. L. 6. D. de cap. minut.

65) §. 4. I. Quib. mod. tut. finitur.

66) L. 16. §. 1. D. de tutelis.

67) S. Burghardi angef. Grundzüge. §. 24. S. 158.

68) L. 53. D. de pactis. L. 1. §. 9. D. de magistratibus convenient.

69) L. 5. §. 7. et 8. D. de administrat. et peric. tutor. et curator. S. Schweppe Röm. Privatrecht §. 750. a. E.

verknüpft⁷⁰), er kann aber auch für seine Bemühung kein Honorar fordern⁷¹), wenn ihm nicht von dem Vater des Pflegbefohlenen, oder aus besondern Rücksichten, weil z. B. der Vormund durch die Geschäftsführung viel Zeit und Gelegenheit zu seinem eigenen Gewerbe oder Verdienst einbüßt, oder die Vormundschaft sonst sehr weitläufig, und mühsam ist, von der Obrigkeit, oder den Mitvormündern ein billiges Salar ausgesetzt worden ist⁷²). Nach den ältern deutschen Rechten hatte der Vormund einen Untheil an den Einkünften des Mündels, die tutela war fructuaria⁷³). Dieses ist nun zwar jetzt außer Gebrauch gekommen, indessen liegt vielleicht hierin der Grund, warum h. z. T. den Vormündern gewöhnlich ein Salar, auch schon in den Vormundschaftsordnungen, ausgesetzt ist⁷⁴).

70) *L.* 18. §. 1. *D. de munerib. et honor.*

71) *L.* 58. in fin. *D. de negot. gest.* sagt von den Vormündern: *cum gratuitam, certe integrum et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent;* und *L.* 58. *C. de administr. et peric. tutor. et curator.* — *quia lucrum facere ex tutela non debet.*

72) *L.* 53. §. fin. *D. de admin. et peric. tut. et cur.* *L.* 1. §. 6. *D. de tut. et rat. distrah.* *S. Lüd. MUNCKEN* Diss. de salario tutorum et curatorum. *Lipsiae* 1758. von *Wening*. *Ingenheim* Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. *B.* §. 126.

73) *S. Jo. Pet. LUDEWIG* Diss. Differentias iuris Rom. et Germ. in fructuum attributione in primis tutelae fructuariae cont. *Halae* 1712. Diff. 1. *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 47. *Henr. God. BAUER* Diss. de tutela Germanor. fructuaria. *Lipsiae* 1761. und *Wilh. Aug. FRIED.* *Danz* Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts. 7. *B.* §. 631.

74) *S. von Lynder* Abhandl. von der Vormundschaftsstellung. 1. *Th.* §. 24. *S.* 72 — 76. Beispiele geben Glück Erklärt. d. Pand. 29. *Th.*

§. 1300.

Fähigkeit zur Uebernahme der Vormundschaft. Unfähige, besonders Frauenspersonen. Ausnahmen.

Fähig zur Vormundschaft sind I. nur Mannspersonen. Denn Meratius⁷⁵⁾ nennt die Vormundschaft ausdrücklich ein munus *mascularum*. Frauenspersonen konnten daher von jeher weder Tutoren noch Curatoren seyn⁷⁶⁾. Denn da sie selbst unter einer beständigen Tutel standen, so wäre es ja widersprechend gewesen, sie zur Führung einer Vormundschaft über Andere für fähig zu halten⁷⁷⁾. *Feminae*, sagt daher Meratius, *tutores dari non possunt*, und Ulpian⁷⁸⁾ giebt die Regel: *Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae*

das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 264 u. 265. und das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die Österreich. Erbländer. 1. Th. 4. Hauptt. §. 266. S. von Zeiller Commentar 1. B. S. 534.

75) L. 18. D. h. t.

76) L. 1. §. 1. L. 3. §. 4. L. 10. *D. de legit. tut. L. 11. pr. D. de tutor. et curat. dat. L. 1. C. Quando mulier tutelae officio fungi potest.* (V. 55.) S. Hald. ab EYBEN Diss. de tutela foeminea. Gissae 1655. (in Eius Scriptis iuris civ. etc. Argentor 1708. f. pag 521 — 568.) und besonders was das Geschichtliche dieser Lehre betrifft, VOORDA Thes. Controv. Dec. XIX. §. 1 et 2.

77) Justinian sagt §. 15. *J. de Excusat.* wenn er gleich baselbst eigentlich nur von Pupillen und Minderjährigen, als zur Vormundschaft unfähigen Personen, spricht: *In civile erat, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.*

78) L. 2. *D. de Reg. iuris.*

sunt. Nur den Fall nimmt Meratius aus, wenn die Mutter die Tutel über ihre Kinder vom Kaiser als Gnade erbeten hatte: nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent. In dieser Beziehung sagte vielleicht Gajus⁷⁹⁾: *Tutela plerumque virile officium est.* Es war dieses nur Ausnahme von der Regel, die noch Kr. Alexander⁸⁰⁾ der Octacilia, - vermutlich einer Mutter, vorhält: *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis talis officium est,* als sie um die Tutel ihrer Kinder anhielt. Der Kaiser konnte ihr auch dieses Gesuch mit Recht abschlagen, weil dieses bloß Gnadensache war⁸¹⁾). Jacob Rävard⁸²⁾ hat daher wohl offenbar Unrecht, wenn er behauptet, daß die mütterliche Tutel in den ersten Zeiten der Römer gewöhnlich gewesen sey. Denn das von ihm

79) L. 16. D. h.c. Das plerumque wird gewöhnlich einer Interpolation Tribonian's zugeschrieben. S. WISSENBACH Emblemata Triboniani. Cap. IV. pag. 72. Jos. FINESTRES et de MONSALVO in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Comm. Tom. I. ad L. 10. D. de legitim. tutorib. §. 6. pag. 547. WALCH ad Eckhardi Hermeneut. iur. Lib. I. §. 244. nr. III. et §. 248. VOORDA Thes. Controv. Dec. XVII. §. 7. Anderer Meinung sind jedoch Jo. WYSO Tribonian. ab emblem. Wissenb. lib. Cap. IV. §. 18. und van BYNKERSHOEK in Praefat. ad Tom. II. Observat. iuris Rom. Sect. *In eo igitur, in fin. et in not. ad L. 16. in Corp. iur. Geb.*

80) L. 1. Cod. *Quando mulier tut.* (V. 55.)

81) S. ZIMMERN Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian 1. B. 2. Abth. §. 240. S. 901. Not. 27. a.

82) Comment. ad Tit. Pand. de diu. Reg. iur. in L. 73. (Oper. Tom. I. pag. 253.)

aus *Livius*⁸³⁾ angeführte Beispiel beweist gar nichts, weil hier von keiner rechtmäßig übertragenen TuteL die Rede ist, sondern von einer Verwaltung, in die sich die Mutter nach dem Tode der Vormünder ihres unmündigen Sohnes nebst dem Stiefvater auf eine rechtswidrige Art eingemischt hatte, und die so schlecht geführt worden, daß der Stiefvater keine Rechnung darüber abzulegen vermochte⁸⁴⁾). Es konnte ja nicht einmahl der Vater in seinem Testamente die Mutter zur Vormünderin ihrer gemeinschaftlichen Kinder ernennen⁸⁵⁾). Nur allenfalls den

83) *Lib. XXXIX. cap. 9. P. Aebutius*, cuius pater publico equo stipendia fecerat, pupillus relictus, mortuis deinde tutoribus, sub tutela *Duroniae* matris et vitrici *T. Sempronii Rutili* educatus fuerat. Et mater dedita viro erat: et vitricus, quia tutelam ita gesserat, ut rationem reddere non posset, aut tolli pupillum, aut obnoxium sibi vinculo aliquo fieri cupiebat.

84) *S. Ulr. HUBER* Digression. *Justinian. Lib. III. cap. 11.* pag. 199 — 201. und *FINESTRES c. l. §. 5.* pag. 547.

85) *L. 26. D. de testam. tutela.* Selbst die obrigkeitsliche Bestätigung konnte eine solche ungültige testamentarische TuteL nicht gültig machen. Hatte die Mutter vom Kaiser die Erlaubniß erhalten, die ihr angetragene TuteL übernehmen zu dürfen, so ward sie zwar Vormünderin, aber nicht sowohl wegen der testamentarischen Bestellung, sondern weil es ihr vom Kaiser auf ihr Verlangen, als eine besondere Gnade, war verwilligt worden. *S. DONELLUS Commentarius de iure civ. lib. III. Cap. 5. §. 8.* (Vol. II. pag. 22. edit. Norimb.) Einen solchen Fall hat *Ulpian L. 2. §. 25. D. ad Sctum Tertull.* wo die Worte: *nec legitime tutelam administrat*, so zu verstehen sind, wenn die Mutter die TuteL übernahm, ohne die Erlaubniß dazu vom Princeps aus-

testamentarischen Tutoren konnte er empfehlen, daß sie die Mutter bey der Verwaltung der Vormundschaft zu Mathe ziehen möchten⁸⁶⁾). Erst Kaiser Theodos der Große, oder vielmehr Valentinian II. verordnete⁸⁷⁾), daß in Ermanglung eines gesetzlichen und testamentarischen Tutors⁸⁸⁾ der Mutter auf ihr Verlangen, wenn sie großjährig wäre, und vor Gericht erklärte, daß sie nicht wieder heyrathen wolle, die Vormundschaft über ihre Kinder überlassen werden sollte⁸⁹⁾). Nach einer Verordnung des Kais-

gewirkt zu haben, wie sie auch Cujacius Commentar. in libr. IV. Responsor. Papiniani ad L. 26. D. de testam. tut. (Oper. postum. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 181.) und POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 6. Nr. XVI. Not. e. pag. 107. erklären.

- 86) L. 5. §. 8. D. de administr. et peric. tutor. et curat.
- 87) L. 4. Cod. Theod. de tutorib. et curator. creand. (III. 17.) gegeben zu Matland 590.
- 88) Wenn es in der angef. Constitution §. 5. heißt: His illud adiungimus, ut mulier, si aetate maior est, tum demum petenda tutela ius habeat, cum tutor legitimus defuerit; so wird hier unter **TUTOR LEGITIMUS**, wie Jac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad h. L. (Tom. I. Cod. Theod. pag. 363.) bemerkt, ein solcher tutor verstanden, qui legitime sive a lege vocatus, sive testamento datus est. So verstand auch Justinian das Valentinianische Gesetz in der daraus genommenen L. 2. C. Just. Quando mulier tut. off. wo es heißt: cum tutor vel TESTAMENTARIUS vel legitimus defuerit. S. Zimmern a. a. D. §. 240. S. 901. Not. 29.
- 89) Da hier die Zulässigkeit einer solchen Erbittung als Gnade vorausgesetzt zu werden scheint; so hat man wohl nicht nöthig, mit FINSTERAS c. l. §. 6. pag. 547.

fers Theodos II. sollte das Versprechen der Mutter nicht wieder zu heyrathen, eidlich geschehen⁹⁰). Aus dieser Constitution stammen die in der L. 2. Cod. Just.. *Quando mulier tutelae officio fungi potest*, interpolirten Worte: **SACRAMENTO PRAESTITO**, her. Justinian dehnte diese Verordnung auf die Concubine aus. Auch dieser sollte erlaubt seyn, wenn der Vater seinen natürlichen Kindern in dem Vermögen, welches er ihnen hinterlassen, keinen Tutor bestellt hat, die Vormundschaft über die Kinder, wenn sie dieselbe verlangt, nach dem Beyspiel einer legitimen Mutter, zu übernehmen, sofern auch diese vor Gericht aufs Wiederheyrathen, so wie auf den Schutz des Vellejanischen Senatsschlusses, und jede andere gesetzliche Hülfe verzichtet, auch zugleich ihr Vermögen verpfändet⁹¹). Eben dieses bestätigte nachher Justinian⁹²) nochmals in An-

die oben angeführten Worte des Meratius L. 18. D. h. t. nisi a Principe filiorum suorum tutelam specialiter postulent, für interpolirt zu halten. S. Zimmerman a. a. D.

90) *Nov. Theod. Tit. 5.* gegeben zu Constantinopel 439. nach Ritter Cod. Theod. Tom. VI. P. II. Novellar. Constitution. pag. 17. sqq. Bey Hugo in iure civ. Antejustin. *Nov. Theod. II. Tit. 11.* Tom. II. pag. 1243. sq.

91) *L. 5. Cod. Quando mulier.*

92) *Nov. XCIV. Cap 2.* — *Propterea sancimus, ut idem plane, quod in matribus custodimus, secundum priorem formam obtineat, ipsaeque Vellejano SCto et omni auxilio renuncient, omniaque faciant, quae ante definita sunt: iusiarandum vero non praestent, sed sola renunciatio tum reliquis omnibus, tum etiam secundis nuptiis facta sufficiat, nullo iureiurando hac de re praestando.*

sehung aller Mütter, jedoch so, daß die Entsaugung ohne Eid geschehen sollte, um Meineide zu verhüten⁹³⁾). Alle diese Verordnungen sprachen jedoch nur allein von der Mutter. Justinian aber verordnete⁹⁴⁾, indem er in der Regel nochmals den Frauenspersonen Vormundschaften zu übernehmen verbot, daß von dieser Regel nicht nur die Mutter, sondern auch die Großmutter, wenn letztere, in Ermanglung der Mutter, unter der vorgeschriebenen Verzichtleistung, die Tutei übernehmen wolle, eine Ausnahme machen sollten; zugleich dabei bestimmt, daß die Mutter und Großmutter zwar nicht den testamentarischen Vormündern, wohl aber allen Seiten-Verwandten bei der Tutei vorgehen sollten. Die hierher gehörigen Worte nach Homberg's Uebersetzung sind:

Sancimus enim, ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus, vel cum aliis vocatur, munus quoque tutelae suscipiat. — Mulieres etiam nos tutelae munus subire prohibemus, nisi MATER aut AVIA sit. His enim SOLIS secundum ordinem hereditatis tutelam quoque suspere permittimus, si apud acta secundis nuptiis et beneficio Senatusconsulti Vellejani⁹⁵⁾ renunciaverint. Haec

93) Ueber die fehlerhafte griechische Lesart bey SCRINGER: ὅρκον ἐπὶ ὅρκῳ δεδομένον, der auch CHARONDAS gefolgt ist, statt ὅρκον επιόρκου (perirurium s. peieratum) wie HALOANDER hat, siehe CONR. RITTERSHUSII ius Justinian. P. VIII. Cap. 5. nr. 12. pag. 454.

94) Nov. CXVIII. cap. 5. und Auth. *Matri et aviae Cod. Quando mulier tutor. officio fungi pot.*

95) Nam auctoritas tutoris in negotiis pupilli intercessio est, sagt CUSACIUS in Comm. in libr. IV. Responsor. Papin. ad L. 26. D. de testam. tut. (Opp. postum.

enim si observent, omnibus cognatis ex latere in tutela praferentur, TESTAMENTARIIS solum TUTORIBUS eas praecedentibus. Nam defuncti voluntatem electionemque praferri volumus.

Nach dem neuern Rechte bedarf also die Mutter keiner Dispensation mehr, wenn sie die Vormundschaft über ihre Kinder übernehmen will, wozu sie jedoch nicht genöthigt werden kann. Es hat daher auch keinen Zweifel, daß sie vom Vater im Testamente zur Vormünderin ihrer gemeinschaftlichen Kinder bestellt werden kann. Der Vater kann sie aber auch ausschließen, wenn er einen andern Vormund für seine Kinder ernennt. Denn die testamentarischen Vormünder sollen der Mutter und Großmutter vorgehen. Ob aber der Vater auch ohne Ernennung eines andern Vormundes, durch ein bloßes Verbot, die Mutter von der Tutel der Kinder ausschließen könne, ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten⁹⁶⁾ finden kein Bedenken dieses zu behaupten.

Tom. I. pag. 181.) Richtiger giebt Gustian. Nov. 118. Cap. 5. in fin. den Grund selbst an, nämlich: periculo tutelae omnibus imminente, qui ad tutelam vocantur, eorumque bonis tacite pupillo pro hac administratione oppigneratis. Man sehe hier noch Mich. God. WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. P. II. h. t. §. 12. p. 453.

96) BACHOV ad Treutlerum Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. A. SCHILTR PRAX. iuris Rom. Exercit. XXXVII. § 56. SAM. de COCCONI iur. civ. controv. P. II. Libr. XXVI. Tit. 4. Qu. 5. AUG. a LERSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit. 1. MICHAEL GOD. WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 12. Verb. Quam tutela. pag.

Ihre Gründe sind, weil die Gesetze⁹⁷⁾ dem Richter ausdrücklich verbieten, einen solchen zum Vormund zu bestellen, dessen Ernennung die Eltern verboten haben. Dann sage auch Justinian⁹⁸⁾ ganz bestimmt: *defuncti voluntatem electionemque praeferri volumus.* Andere⁹⁹⁾ hingegen wollen dem Vater dieses Recht nur dann einräumen, wenn er eine begründete und wichtige Ursache gehabt habe, aus welcher er die Mutter von der Vormundschaft ausgeschlossen hat, weil sie ein ius ex lege quaesitum habe, welches ihr nicht ohne Grund, und nur durch Bestellung eines testamentarischen Vormundes entzogen werden könne. Noch Andere¹⁰⁰⁾ wollen jetzt dem Vater nicht einmal mehr das Recht gestatten, durch Ernennung eines testamentarischen Vormundes die Mutter auszuschließen, weil nach deutschen Rechten die Mutter schon bey Lebzeiten des Vaters an der elterlichen Gewalt Theil nehme. Alle diese Meinungen glauben hingegen Andere¹⁾ dadurch

451. sq. *Car. Frid. WALCH* Introd. ia controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 3. *Jo. Ern. Just. MÜLLER* Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II Obs. 594. *THIBAUT* Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 501.

97) *L. 21. §. 2. D. de tutor. et curat. dat.*

98) *Nov. CXVIII. Cap. 5.*

99) *VOET* Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 2. *EYBEN* Diss. de tut. foemin. P. II. Membr. V. §. 7. *LAUTERBACH* Colleg. th. pr. Pand. P. II. Libr. XXVI. Tit. 4. §. 5.

100) *Jo. Pet. LUDEWIG* Different. iur. Rom. et Germ. in maternis tutelis. Diff. XI. not. gg. et hb.

2) *E. L. U. Eisenhart*: Inwiefern kann nach gemeinen deutschen Rechten der Mutter durch den letzten Willen

vereinigen zu können, wenn man einen Unterschied mache zwischen der Erziehung der Kinder, und der Verwaltung ihres Vermögens. Jene könne der Mutter auf keine Weise entzogen werden, weil ihr solche nach deutscher Sitte und Verfassung schon bey Lebzeiten ihres Mannes, als Mutter, gebühre, und zwischen ihr und dem Vater getheilt sey. Letztere aber darum, weil dem Vater die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder, als ein Recht der väterlichen Gewalt, ausschließlich zustehe. Er müsse also auch, als Vater berechtigt seyn, über diesen Theil des vormundschaftlichen Amts in seinem Testamente disponiren zu können, weil kein Grund vorhanden sey, den Gebrauch des Röm. Rechts hierin zu bezweifeln. Nur der Fall sey auszuzunehmen, wenn die Ehegatten in einer allgemeinen Gütergemeinschaft gelebt hätten, weil dann nach den besondern Rechten derselben der überlebende Ehegatte in dem gesammtten Vermögen bleibe, und dasselbe administrire²⁾. Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen halten endlich Einige³⁾ für das Beste, der Beurtheilung des Richters zu überlassen, ob er nicht wenigstens den testamentarischen Tutor, als Mitvormund, der Mutter an die Seite setzen wolle.

Ihres Ehemannes die Vormundschaft über ihre Kinder entzogen werden? (im Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeb. von Hagemann und Günther. 2. Th. Nr. X.) und Wilh. Aug. Fried. Danz Handb. des heut. deutsch. Privatrechts. 7. Band. S. 624. S. 144.

2) Ge. Lud. BOEHMIS Diss. de iuribus et obligationibus coniugis superstitis ex communione honor. universal. §. 17. (in Elect. iuris civ. Tom. III. pag. 28.)

3) Heinr. Ferd. Christ. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung 1. Th. S. 17.

Ich glaube, keine dieser Meinungen entspricht dem Geist des Gesetzes vollkommen, nach welchem das bloße Verbot des Vaters, ohne besondere Ernennung eines testamentarischen Vormundes, zur Ausschließung der Mutter nicht zu genügen scheint. Denn daß Verbot könnte nur so viel bewirken, daß entweder ein gesetzlicher, oder ein Dativvormund eintrete. Das Gesetz sagt aber, wenn kein testamentarischer Vormund da ist, soll die Mutter allen anderen Vormündern vorgehen. Sie kann also weder von einem gesetzlichen noch Dativ-Vormunde ausgeschlossen werden⁴⁾. Denn die Mutter und Großmutter sollen allen Seitenverwandten vorgezogen werden. Sie schließen also auch die Geschwister des Kindes aus, wenn gleich nach der Novelle 118. die leiblichen Geschwister des Kindes mit der Mutter und Großmutter ein gleiches Intestaterbrecht haben. Denn das Gesetz spricht ganz allgemein. Da jedoch hier auf den Grad der Verwandtschaft, und auf die Ordnung der Intestaterfolge Rücksicht genommen werden soll, so versteht sich's, daß die Mutter den Vorzug vor der Großmutter habe.

Ob sie aber auch den Vorzug vor dem Großvater habe, ist bestritten. Mehrere Rechtsgelehrten⁵⁾ machen ihr

- 4) Mit mir stimmen überein Barth. Leonh. SUNDENDOERFFER ad Amad. ECKOLTI Compend. Pand. Tractat. Lib. XXV. Tit. 4. §. 4. MONTANUS Tr. de iure tutellar. Cap. XV. nr. 45. Pet. MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. P. II. Exerc. XXXI. Th. 26. Not. 3. pag. 532.
Man sehe auch DONELLUS Commentar. de iure civ. lib. III. Cap. 3. §. 8. (Vol. II. pag. 21. edit. Norimb.)
- 5) Ge. Ad. STRUV Synt. iur. civ. P. II. Exerc. XXXI. Th. 26. Christ. PHIL. RICHTER Exposit. Authenticar. ad Auth. Matri et aviae. nr. 16. pag. 29. Amad.

diesen Vorzug streitig, weil ihr blos der Vorzug vor den Seitenverwandten eingeräumt werde. Der männlichen Ascendenten aber geschehe keine Erwähnung. Die Worte: *secundum hereditatis ordinem* stünden auch nicht entgegen. Denn diese bezögen sich blos auf den Fall der Concurrenz der Mutter mit der Großmutter, nicht auf das Verhältniß der Mutter zu andern Ascendenten. Noch andere⁶⁾ unterscheiden zwischen dem väterlichen und mütterlichen Großvater. Nur vor dem letztern, nicht aber vor dem erstern habe die Mutter den Vorzug. Allein beyde Meinungen haben das Gesetz gegen sich. Denn das Gesetz sagt ausdrücklich, es soll bey Uebernehmung der legitimen Vormundschaft auf Nähe des Grades und Erbsfolgeordnung gesehen werden. Die Mutter geht also bey der Tutel dem Großvater nicht nur dem Grade nach vor, sondern sie schließt ihn auch nach den Regeln der Erbs-

ECKOLT Compend. Pand. Tractat. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 4. Jo. Henr. de BERGER Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 3. (Tom. I. pag. 175. edit. HAUBOLD.) Car. Christ. HOFACKER Prince. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 657. Christ. Aag. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 502. Not. c. u. a. m.

- 6) Reinh. BACHOV Echt Not. et Animadv. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. D. pag. 420. sqq. Jo. Pet. LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in maternis tutelis. Halae 1712. Differ. IV. (in Opusc. miscell. T. II.) und Sam. de COCESSI iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVI. Tit. 4. Qu. 4. Dieser Meinung entspricht das allgem. bürgerliche Gesetzbuch für die österreichischen Erbländer 1. Th. 4. Hauptst. §. 198. nach welchem der väterliche Großvater den Vorzug vor der Mutter haben soll. S. von Beiller Commentar. 3. B. S. 422.

folgeordnung aus, und es ist offenbar eine dem Gesetz durchaus nicht entsprechende Subtilität, wenn man die Worte: *secundum ordinem hereditatis* blos auf den Fall beschränken will, da Mutter und Großmutter mit einander concurriren. Mit Recht werden daher jene Meinungen jetzt durchgehends verworfen^{7).}

Concurrit die Mutter mit dem Vater, oder die Großmutter mit dem Großvater; so sind auch hier die Meinungen getheilt. Einige⁸⁾ glauben, sie haben beyde ein gleiches

7) *S. Alex. Arn. PAGENSTACHER Irnerius iniuria vapul. Coit. XXIII. pag. 196. sq. Huld. ab ERBEN Diss. de tutela foeminea. P. II. Membr. 5. pag. 557 — 559. Jo. God. KRAUSS Diss. de eo, quod iustum est circa tutelam maternam. Vitemb. 1724. §. XXXV. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXXVII. §. 59. MONTANUS Cap. XV. nr. 24. besonders Casp. Henr. HORN Diss. de praerogativa matris et aviae in suscipienda tutela prae ascendentibus et collateralib. Vitemb. 1711. Jo. ORTW. WESTENBERG Dig. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 18. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 660. in fin. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß das Kind *sui iuris* sey, wenn die Mutter nach dem Tode des Vaters die Vormundschaft über dasselbe übernehmen will. Denn wäre es in der väterlichen Gewalt des väterlichen Großvaters, weil der Vater selbst noch nicht *sui iuris* war, so würde von einer Tutel gar nicht die Frage seyn können. S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. VI. Err. 7. Auch nach dem allgem. Preuß. Landrechte 2. Lth. 18. Tit. §. 186. geht die Mutter, in Ermangelung eines vom Vater ernannten Vormundes, wenn sie zur Übernehmung der Vormundschaft fähig, und dazu willig ist, allen übrigen Verwandten vor.*

8) KRAUSS Diss. cit. de eo, quod iustum est circa tut. mat. §. 56. PAGENSTACHER Irnerius. Coit. XXIII. §. 5.

ches Recht zur TuteL. Andere⁹⁾ geben dem Vater den Vorzug vor der Mutter, und dem Großvater den Vorzug vor der Großmutter. Noch andere¹⁰⁾ unterscheiden, ob die Ascendenten von derselben Linie, oder von verschiedenen Linien sind. Im ersten Fall gehe der Vater der Mutter, der Großvater der Großmutter vor. In dem letztern aber hätten Großvater und Großmutter ein gleiches Recht. Endlich sagen Andere¹¹⁾, Großvater und Großmutter concurrirten zwar bey der TuteL ihrer Enkel zusammen, aber bey der TuteL eines emancipirten unmündigen Kindes schließe der Vater die Mutter aus. Ich denke so, wenn die Gesetze der Mutter und Großmutter die Uebernehmung der Vormundschaft Ausnahmsweise wegen der besondern Liebe zu ihren Kindern und Enkeln (propter pium et naturalem erga liberos amorem¹²⁾) gestatten; so setzen sie voraus, daß sie die Vormundschaft nach dem Tode ihres Mannes über die Kinder übernehmen wollen. Denn daß sie blos von der Wittwe sprechen, erscheint daraus ganz klar, weil sowohl die Mutter als Großmutter bey Uebernehmung der Vormundschaft der weitem Verheyratung entsagen muß¹³⁾. Wie

9) MONTANUS de iure tut. et curat. Cap. XV. nr. 47. BACHOV. ad Treutler. Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. III. Litt. D. Verb. *Et cum omnibus legitimis.* JAC. FRID. LUDOVICI Us. pract. Distinction. iuridic. Lib. XXVI. Tit. 4. Dist. 1.

10) STRYK Us. mod. Pandectar. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 52.

11) THIBAUT Syst. des Pand. Rechts: I. B. §. 505. und von WENING-INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. B. 4. Buch. §. 137.

12) Nov. XCIV. Cap. 1.

13) Die L. a. C. *Quando mulier tut. offic. fungi potest redet* ausdrücklich von Müttern, quae amissis viris tutelam ad-

kann also, wenn der Vater noch lebt, von einer Tute der Mutter, oder wenn der Großvater noch am Leben ist, von einer Tute der Großmutter die Rede seyn? Daran dachte Justinian nicht, und konnte auch daran nicht denken¹⁴⁾. Daher ist auch von männlichen Ascendenten gar keine Rede. Zwar sagt Justinian in der angeführten Nov. 118. Kap. 5. *Ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus vel cum aliis vocatur, munus quoque tutelae suscipiat;* man könnte also denken, Vater und Mutter, Großvater und Großmutter hätten ein gleiches Recht zur Tute, so wie sie ein gleiches Intestaterrecht haben. Allein Justinian will nur, daß bey der Tute der Mutter und Großmutter die Erbfolgeordnung (*ordo hereditatis*) gelten solle. Die Mutter geht also der Großmutter und auch dem Großvater bey der Tute, eben so wie bey der Erbfolge, vor, und die väterliche und mütterliche Großmutter concurriren bey der Tute zusammen, so wie sie auf gleiche Weise ab intestato erben¹⁵⁾). Aber so weit wollte Justinian diese Vormundschaft, die ohnehin nur eine aussers-

ministrandorum negotiorum in liberos postulant; und die Nov. CXVIII. cap. 5. hat die Tute nur noch auf die Großmutter ausgedehnt.

14) EYBEN Diss. cit. P. II. Membr. 5. §. 4. pag. 557. sagt:
Si ascendentes sint eiusdem gradus, E. C. avia materna et avus maternus, avus paternus eiusque uxor, non potest quaeri de tutela muliebri, quae viruis tantum patet.

15) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 9. EYBEN c. l. §. 4. PAGENSTECHER Irnerius. Coit. XXIII. §. 4. pag. 197. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 657. in fin.

ordentliche ist, nicht ausdehnen, daß auch die Mutter mit dem Vater, und die Großmutter mit dem Großvater die Vormundschaft verlangen könne. Nicht ohne Grund sieht daher Justinian hinzu: *Haec autem dicimus, si masculi et perfectae aetatis sint, et nulla lege tutelam suscipere prohibeantur. Mulieres enim etiam nos tutelae munus subire prohibemus, nisi MATER et AVIA sit.* Die Ausschließung der Frauenspersonen von der Vormundschaft bleibt also immer noch die Regel, und die Ausnahme kann nicht weiter ausgedehnt werden, als das Gesetz will. Hierzu kommt, daß nach den Gesetzen der Institutionen¹⁶⁾, der Pandecten¹⁷⁾, und des Codex¹⁸⁾, der Vater, wenn er ein unmündiges Kind emancipirte, desselben legitimus tutor wurde, und mit dieser legitima tutela allen andern vorging. Dieses ausschließliche Vormundschaftsrecht des emancipirenden Vaters ist durch die Novelle 118. Kap. 5. nicht aufgehoben worden¹⁹⁾). Eben deswegen weil die Ausnahme keine Ausdehnung zuläßt, kann auch die mütterliche Vormundschaft nicht über die Großmutter hinaus, und noch weniger auf andere weibliche Verwandte, wenn sie auch sonst der Mutter Stelle vertreten, wie z. B. Vaters-Schwester oder Mutter-Schwester, erstreckt werden. Die Meinung derjenigen²⁰⁾, welche auch der Urgroßmutter ein Recht

16) *Tit. de legitima parentum tutela.* (I. 18.)

17) *L. 5. §. ult. D. de legitiim. tutor.*

18) *L. 5. C. de dolo.* (II. 21.)

19) *S. Thibaut cibilit. Abhandlungen.* Nr. XII. S. 296 ff.

20) *STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 52.* Ludwig Differen. iur. Rom. et Germ. in maternis tutelis. Diff. V.

zur Tutel ihrer Urenkel einräumen wollen, so wie derjenigen ²¹⁾, welche dem Richter das Recht gestatten wollen, die Schwester des Vaters oder der Mutter den unmündigen Kindern zur Vormünderin zu bestellen, ist daher den Gesetzen offenbar entgegen. Denn Justinian sagt ausdrücklich: *his enim solis, nämlich matri et aviae, secundum ordinem hereditatis tutelam suspicere permittimus* ²²⁾, und schon in den ältern Gesetzen ²³⁾ werden amita und matertera ausdrücklich ausgeschlossen. Da dieses durch keine neueren Gesetze aufgehoben ist; so darf auch der Richter hiervon nicht abgehen ²⁴⁾. Noch weniger aber kann die Stiefmutter auf diese Vormundschaft Anspruch machen ²⁵⁾, da bey dieser der Grund der natürlichen Zuneigung wegfällt. Daher kann auch die Wittwe des Adoptivvaters sich über den unmündigen Adoptivsohn

21) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXI. med. 4.

22) LAUTERBACH Colleg. Pand. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 10. KRAUS Diss. de eo, quod iustum est circa tutel. matern. §. 16. EYBEN Diss. de tutela foeminea. P. II. Membr. 3. §. 1. GUDELINUS de iure noviss. Lib. I. cap. 17.

23) L. 10. D. de legitim. tutor.

24) S. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iur. univers. Tom. II. Obs. 11. §. 10 sqq. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 12. pag. 451. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum. Tom. III. Fasc. II. Obs. 596. Sie werden nicht einmal im Testament des Vaters zugelassen. S. KRAUS Diss. cit. §. 13.

25) EYBEN Dissert. cit. P. II. Membran. IV. §. 18. KRAUS cit. Diss. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. Lib. XXVI. Tit. 4. §. 10.

keine Vormundschaft anmassen²⁶), nam, si filium adopta-
verim, sagt Paulus²⁷), uxor mea matris loco non
est. Dahingegen wird der leiblichen Mutter die Tute-
l über ihre Kinder ohne Unterschied eingeräumt, sie seyen
eheliche oder uneheliche²⁸). Denn die Praxis dehnt das,
was nach dem Röm. Rechte blos von Concubinen-Kin-
dern galt, auch auf die spurios aus²⁹). Ueberall wird
jedoch vorausgesetzt, daß die Mutter großjährig; und übers-
haupt zur Uebernehmung der Vormundschaft fähig sey³⁰).

26) KRAUS Diss. cit. §. 12. EYBEN Diss. cit. P. II. Mem-
br. IV. §. 18.

27) L. 23. *D. de adopt.*

28) Denn uneheliche Kinder, selbst vulgo quae-
siti, werden, in Ansehung der Mutter, welche immer gewiß ist, wie
eheliche Kinder betrachtet. S. MONTANUS Cap. XV.
nr. 25 — 51. pag. 155. MÜLLER ad *Struvium*. P. II.
Lib. XXVI. Th. 26. Not. S. Nr. III. KRAUS Diss. cit.
§. 14. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. §. 505.

29) EYBEN Diss. cit. P. II. Membr. IV. §. 13 et 14.

30) L. 2. C. *Quando mulier. tut. off. fungi potest. Nov.*
CXVIII. cap. 5. EYBEN Diss. cit. P. II. Membr. IV.
§. 1 — 5. pag. 339. KRAUS Diss. cit. §. 18. Mehrere
glauben zwar, daß hiervon das deutsche Recht abweiche,
nach welchem in einem solchen Falle der Mutter nur ein
Mitvormund beigeordnet werde. S. LUDWIG Diss. de
maternis tutelis. Diff. VII. von Lyndner Abh. von der
Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 18. S. 49. f. Dazu
Handb. des heut. deutsch. Privatrechts. 7. B. §. 624.
S. 146. Nr. 3. Allein KRAUS cit. Diss. §. 19. hat die
Gründe dieser Meinung näher geprüft und widerlegt.
Man sehe auch STRYK Us. mod. Pandect. Lib. XXVI.
Tit. 4. §. 53. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod.

II. Vormünder müssen das gehörige Alter haben, d. h. daßjenige Alter, in welchem sie für fähig gehalten werden, ihren eigenen Geschäften vorzustehen, und ihr Vermögen mit Hypothek belastet werden kann³¹⁾). Dieses besteht in der Grossjährigkeit. Vor Justinian gab Minderjährigkeit zwar nur einen Entschuldigungsgrund; allein Justinian erklärte den *minor XXV. annis* überhaupt für unfähig. Ein Minderjähriger braucht sich also gar nicht mehr zu entschuldigen, denn er darf gar nicht zugelassen werden. Justinian sagt in seinen Institutionen §. 13. *de Excusat. tutor. vel curatorum:* MINORES VIGINTI QUINQUE ANNIS olim quidem excusabantur: a nostra autem Constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare: adeo ut nec excusatione opus sit³²⁾). Qua Constitutione caveatur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire. Die Constitution, worauf hier Justinian verweist, ist *L. ult. Cod. de legitima tutela* (V. 30.) vom J. 529. wo es heißt:

Nemo neque frater, neque aliis legitimus in tutelam sive ingenui, sive liberti vocetur, antequam quintum et vicesimum suae aetatis annum impleat.

31) *L. ult. Cod. de legit. tutela.* (V. 30.)

32) Cujacius liest zwar: *ut nec excusationis opus fiat*, und BIENER: *adeo ut ne excusatio opus sit*. Allein Halsoander, Russard, Baudoza, Charondas, Bucher, und alle übrige Ausgaben, besonders die glossirten, haben die von mir angenommene Lesart.

Immineat enim cuique pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onere alias praegravetur. Sic etenim et pupillis et adultis competens gubernatio inducetur, et naturalis ordo per omnia conservabitur. *Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem, et sub tutela constitui: et iterum eundem esse curatorem, et sub cura agere?* Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est. *Discretis itaque omnibus, vel dativi, vel legitimi fiant tutores vel curatores hi, qui talis aetatis sunt, cui suarum rerum administratio committitur, quorumque res possunt plenissimo iure hypothecarum teneri.*

Ist jedoch ein Minderjähriger zum testamentarischen Vormund ernannt, so war man von jeher darin einverstanden, daß eine solche Vormundschaftsbestellung gültig sey. Der Tutor erhält aber die Vormundschaft nicht eher, als nachdem er das gesetzliche Alter der Großjährigkeit erfüllt hat³³⁾). Bis dahin wird ein anderer Vormund an seine Stelle gesetzt³⁴⁾). Justinian sagt §. 2. J. Qui

33) L. 32. §. 2. D. de testam. tut. L. 10. §. 7. D. de Excusat. Wenn es in der letzten Stelle heißt: *donec quidem IMPUBES fuerit*, so beruht dieses auf einer falschen Übersetzung des griechischen Textes. Modestin sagt: ἐώς μὲν ἀφῆλιξ ἦ. Das Wort ἀφῆλιξ bezeichnet aber keinen impubes, sondern einen *adultus oder minor*, wie auch Ev. Otto in Comm. ad h. §. Institut. bemerkt hat. Man sehe noch Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 461. und van ALPHEN cit. Specim. exhib. selecta quaedam iuris public. et privati. Cap. 2. pag. 48.

34) L. cit. 10. §. 7. D. de excusat. wo der Ausdruck *κηδεμὼν* gebraucht ist. S. MARCILIUS ad §. 2. I. cit. in Jani a COSTA Comm. ad Inst. pag. 91.

dari tutores testam. poss. MINOR VIGINTI QUINQUE ANNIS tutor testamento datus, tutor exit, cum — maior viginti quinque annis factus fuerit.

III. Vormünder können ferner nur diejenigen werden, welche mit keinem solchen körperlichen oder Gemüths-Fehler behaftet sind, der sie zur Führung einer Vormundschaft unfähig macht. Aussgeschlossen von Vormundschaften sind also

1) Wahnsinnige und Verstandlose. Ist jedoch eine solche Person zum Vormund bestellt worden, und es ist Hoffnung der Wiedergenesung vorhanden; so wird ein Interims-Curator angeordnet³⁵⁾). Denn man nimmt in diesem Falle an, die Bestellung eines solchen Vormundes sey unter der Bedingung geschehen, wenn er wieder zu Verstande kommen wird³⁶⁾.

35) *L. 10. §. 8. L. 12. D. de Excusation.*

36) *L. 11. D. de tutel. PAULUS lib. III. ad Vitellium.* Furiosus si tutor datus fuerit, potest intelligi ita dari, cum suae mentis esse cooperit. Die ältern Rechtegelehrten waren zwar darüber verschiedener Meinung, ob die Bestellung eines solchen Vormundes gültig sey. Proculus läugnete es. Allein Pomponius, Paulus und Ulpian hielten zu Gunsten der Pupillen, und um des gemeinen Bestens willen, die Bestellung der Tute für gültig, weil hier als stillschweigende Bedingung anzunehmen sey, wenn der zum Vormund Bestellte wieder zu Verstande gekommen seyn wird. *L. 10. §. 3. D. de testam. tut.* Diese Meinung hat auch Justinian §. 2. I. *Qui testam. tutores dari possunt.* bestätigt. Er sagt daselbst: Furiosus — tutor testamento datus, tutor erit, cum compos mentis — factus fuerit. Man sehe DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. III. Cap. III. §. 3.

2) Erklärte Verschwender. Denn diese werden den Wahnsinnigen in Absicht auf die Verwaltung des Vermögens gleich geachtet, und stehen daher eben so, wie Wahnsinnige selbst unter der Curatell³⁷⁾). Es gilt also hier, was Justinian³⁸⁾ von den Minderjährigen sagt: *Cui ferendum est, eundem esse tutorem, vel curatorem, et sub cura agere?*

3) Blinde, Taube und Stumme. Denn solche Personen können ihren eigenen Geschäften nicht vorstehen, und bedürfen fremder Hülfe³⁹⁾). Noch einen besondern Grund führt Paulus⁴⁰⁾ an. Ein Vormund, der nicht hören, oder reden kann, kann keine Auctorität interponiren. Er ist also auch unsfähig Vormund zu werden. Ein Tauber oder Stummer, sagt Hermogenian⁴¹⁾, kann weder gesetzlicher Vormund seyn, noch im Testamente, noch auf eine andere Art gültig zum Vormund bestellt werden. Daß auch ein Blinder eben so wenig Tutor, als Curator seyn könne, lehren zwey Constitutionen des Kaisers Philippus.

L. un. C. Qui morbo se excusant. (V. 67.) Lu-minibus captus, aut surdus aut mutus, aut furio-

37) *L. 12. §. 2. D. de tutorib. et curator. datis.*

38) *L. 5. C. de legitima tut. (V. 50.)*

39) *S. 4. I. de Curatorib. L. 8. D. de tutor. et curat. dat.*

40) *L. 1. §. 2. et 3. D. de Tutelis. Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem praebere non potest. SURDUM non posse dari tutorem, plerique et Pomponius libro sexagesimo nono ad Edictum probant, quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet.*

41) *L. 10. §. 1. D. de legitim. tutor. S. Jos. FINESTRES Hermogenian. ad h. L. pag. 548. sqq.*

sus, aut perpetua valetudine tentus, tutelae seu curae excusationem ⁴²⁾ habet.

L. 3. C. *Qui dare tutores vel curator. poss.*
(V. 34.) Luminibus captum curatorem haberi debere falso tibi persuasum est.

Wie kann ein Blinder seinen Pflegbefohlten genugsam gegen Betrug schützen ⁴³⁾? Neuzern sich solche körperliche Gebrechen auch erst während der Vormundschaftsverwaltung, so machen sie derselben ein Ende ⁴⁴⁾. Ist jedoch ein Vormund erst während der Vormundschaft blind geworden, er ist aber von den Geschäften seines Mündels hinlänglich unterrichtet, so kann er, wie Paulus ⁴⁵⁾ sagt, doch noch gültig Auctorität interponiren, wenn er sich nicht entschuldigen will. Ein Einäugiger ist jedoch zur Vormundschaftsführung untüchtig, und kann sich auch nicht entschuldigen ⁴⁶⁾.

4) Personen, die wegen Kränklichkeit und körperlicher Schwäche, weshalb sie nicht einmal ihre eignen Geschäfte besorgen können, zur Vormundschaftsführung untüchtig sind ⁴⁷⁾. Eine

42) Das Wort *excusatio* wird hier im uneigentlichen Sinne genommen. Ein Mehreres Lib. XXVII. Tit. 1.

43) S. DONELLUS Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 5. §. 5.
(Vol. II. pag. 19. edit. Norimb.)

44) L. 40. pr. D. de *Excusat.*

45) L. 16. D. de *auctor. et cons. tutor. et curat.* S.
STAV Tr. de iure Sensuum. Diss. I. Cap. II. nr. 13—18.

46) L. 9. C. de *Excusat. tut.*

47) §. 7. I. de *Excusat.* L. 10. §. 8. D. eodem. L. 45.
§. 4. D. eodem. L. un. Cod. *Qui morbo se excusant.* (V. 67.)

solche Kränklichkeit berechtigt auch zur Niederlegung der schon übernommenen Tutei⁴⁸⁾. Wegen einer vorübergehenden Krankheit wird ein Interims-Curator bestellt⁴⁹⁾.

§. 1301.

Ausgeschlossen sind Nichtbürger und Verdächtige.

Da die Tutei nach Modestin⁵⁰⁾ ein munus civile, und die potestas tutoris eine potestas *iure civili* data ist, wie Servius in seinem Begriff von der Tutei sagt; so werden ferner von Vormundschaften

IV. Nichtbürger ausgeschlossen. Daher machte die Deportation der Tutei ein Ende. Denn die deportati wurden wie peregrini betrachtet⁵¹⁾. Nicht einmal ein Latinus Junianus konnte nach dem ältern Rechte Vormund seyn⁵²⁾. Noch viel weniger konnten Sklaven zu Vormündern ernannt werden⁵³⁾. War jedoch ein Sklave im Testamente zum Vormund bestellt worden, so kam es darauf an, ob der Herr seinen eignen Sklaven zum Tutor ernannt hatte, oder ob es ein fremder Sklave war. Im ersten Falle war die Vormundschaftsbestellung gültig, wenn auch der Sklave, ohne ihn ausdrücklich für frey erklärt zu haben (*sine libertate*), zum Vormund war bestellt worden. Denn das Justinianeische Recht erkannte darin eine stillschweigende testamentarische Manumission, d. h. der

48) L. 11. D. eodem. L. 40. pr. D. eodem.

49) L. 10. §. 8. D. de Excusat.

50) L. 5. §. 15. D. de Excusat.

51) §. 4. I. Quib. mod. tut. fin.

52) L. 17. D. de poenis. In insulam deportati ea, quae iuris civilis sunt, non habent.

53) UPIANUS Fragm. Tit. XI. §. 16.

*) L. 7. C. Qui dare tutor. vel curat. (V. 54.)

Sklave erhielt die Freyheit unmittelbar aus dem Testam-
ment, (tacite libertatem directam accepisse vide-
batur), und ward dadurch fähig Wormund zu seyn ⁵⁴⁾.

- 54) §. 1. I. *Qui testam. tutores dari poss. L. 5. pr. Cod. de necessar. servis heredibus instituend.* (VI. 27.) Nach dem älteren Rechte ward in dem Falle, da der Testator seinen eignen Sklaven, ohne ausdrückliche Freylassung, zum Tutor seiner Kinder ernannt hatte, nur ein Fideicommis der Freyheit angenommen, wie aus L. 9. *Cod. de fideicomm. libertatt.* (VII. 4.), einer Verordn. der Kaiser Valerian und Gallienus, erhellet. Allein die große Schwierigkeit, welche dadurch besonders in dem Falle veranlaßt wurde, wenn der Herr sein unmündiges Kind, über welches der Sklave die Tutel führen sollte, allein zum Erben eingesetzt hatte, veranlaßte den Kaiser Justinian, die fideicommissarische Manumission bey der Ernennung eines eigenen Sklaven zum Wormund aufzuheben. Vorher mußte man das SClum Dasumianum zu Hülfe nehmen, und den Pupillen wie einen Abwesenden betrachten, damit dem Sklaven vermöge desselben die Freyheit gegeben werden, und derselbe auf solche Art die Wormundschaft erhalten konnte. PAULUS *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit. 13. §. 3. MAECLAN.* L. 56. pr. D. *de fideicomm. libertatt.* Die L. 52. §. 2. D. *de testam. tut.* erregt zwar einen nicht geringen Zweifel, wo es heißt: *liberum quidem ab adita hereditate esse*, tutela autem post legitimam aetatem oneriari. Denn die ersten Worte gehen offenbar auf direkte Freyheit. Es scheint also auch schon nach älterem Rechte zu Paulus Zeiten die Ernennung zum Tutor bey einem eigenen Sklaven die Wirkung testamentarischer Manumission gehabt zu haben. Allein daß diese Stelle auf mehr, als eine Art, interpolirt sey, hat Göschel in den Bemerkungen in Beziehung auf das ältere Recht der Freylassungen bey den Römern §. VIII.

In dem letztern Falle hingegen war die Ernennung eines Vormundes ungültig. Denn so wenig der Erbe schuldig war den fremden Sklaven zu kaufen, und ihn zu manumittiren, eben so wenig war auch sein Herr schuldig, ihn zu verkaufen. Sie konnte also nur unter der Bedingung gelten, wenn er frey werden wird. Nach Ulpian's Meinung⁵⁵⁾) sollte zwar dieses als stillschweigende Bedingung anzunehmen seyn. Allein nach Justinian's⁵⁶⁾ Entscheidung galt die Ernennung eines fremden Sklaven zum Vormund nur unter der ausdrücklichen Bedingung erhaltener Freyheit. Unter einer solchen Bedingung konnte freylich der eigne Sklave des Testirers nicht zum Vormund ernannt werden⁵⁷⁾), weil ja die Freylässung in seiner

(S. Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn u. Göschén S. 287.) augenscheinlich dargethan.

55) L. 10. §. 4. D. de testam. tat.

56) §. 1. I. Qui testam. tutor. dari poss. Dieser Entscheidung ist zwar die L. 9. C. de fideicomm. libertatib. entgegen, in welcher gesagt wird, daß auch bei einem fremden Sklaven die Ernennung desselben zum Vormund eine fideicommissarische Freyheit in sich schließe. Allein so viel Mühe man sich auch gegeben hat, dieses Gesetz mit der Theorie des Justinianischen Rechts zu vereinigen, so wenig ist es gelungen. Man sehe Ev. Otto, Jan. a Costa, und Walch ad Hoppii Commentar. in Institut. ad §. 1. Qui testam. tutor. dari poss. Not. a. pag. 151. Es scheint vielmehr dieser Widerspruch der Aufmerksamkeit der Compilatoren entgangen zu seyn, weil sie ihn sonst gewiß durch Interpolation beseitigt hätten. S. HBINCCIUS ad Vinnii Comm. in Institution. ad §. 1. I. cit. und Göschén a. a. D. S. 288.

57) §. 1. I. cit. in fin. L. 21. D. de condit. institution.

Macht stand ⁵⁸⁾). Filiusfamilias können allerdings Vormünder seyn ⁵⁹⁾). Denn im Verhältniß zum Staate ist der filiusfamilias eine selbstständige Person, und ist aller bürgerlichen Rechte fähig. Er kann also auch, wenn er das gesetzliche Alter hat, Vormund werden ⁶⁰⁾). Ausgeschlossen von Vormundschaften sind

V. diejenigen, welche in solchen Aemtern und Pflichtverhältnissen stehen, mit welchen sich die Führung einer Vormundschaft nicht wohl verträgt, wenn nicht das Amt darunter leiden soll. Daher können

a) Soldaten, welche wirklich im Dienst stehen, nicht Vormünder werden. Sie werden nicht einmal als legitimi, oder testamentarii tutores zugelassen, wenn sie auch die Tute freywillig übernehmen wollten ⁶¹⁾).

b) Bischöfe und Mönche ⁶²⁾.

VI. Werden diejenigen als Vormünder nicht zugelassen, bey denen der Verdacht eintritt, daß sie

58) *L. 22. D. de condit. institut.* THORPHILUS Paraphr. gr. ad §. 1. I. cit.

59) *Pr. I. Qui dari tutores testam. poss.* *L. 7. D. de tutelis.*

60) *L. 9. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* *L. 14. pr. D. ad SClum Trebell.* GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. II. cap. 2. *S. Ev. Otto ad pr. I. cit.* und DONELLUS Lib. III. c. 5. §. 15.

61) §. 14. *I. de Excusat.* *L. 4. C. Qui dare tutores vel curator. poss.* (V. 54.) *L. 8. C. de legat.* (VI. 37.) Der allgemeine Grund wird *L. 51. C. de locato et cond.* (IV. 65.) angegeben.

62) *Nov. CXXIII. Cap. 5.*

die Vormundschaft nicht gewissenhaft führen möchten. Dahir gehören

1) ungewisse Personen. Nicht nur die ältern römischen Rechtsgelehrten, Gaius⁶³⁾ und Paulus⁶⁴⁾, lehren: *Tutorem certum dari debere, incertum dari non posse*, sondern eben dieses hat auch noch Justinian in einer neuern, aber verlohrnen gegangenen Verordnung bestätigt, in welcher er übrigens die Strenge des ältern Rechts, nach welcher ungewisse Personen weder zu Erben eingesetzt, noch denselben ein Legat hinterlassen werden konnte, aufgehoben hat⁶⁵⁾). Wir kennen sie blos aus seinen Institutionen. Hier sagt er §. 27. *de legatis. TUTOR autem nec per nostram constitutionem IN-*

63) *Institut. Commentar. II. §. 240.*

64) *L. 20. pr. D. de testam. tutela.*

65) CONTIUS, CHARONDAS, und alle neuere Editoren des Just. Codex haben diese Constitution, aus den Basiliken restituit, in ihre Ausgaben aufgenommen, wo sie sich *Lib. VI. Tit. 48.* befindet. Dass sie im Codex gestanden, und auch in den Codex repetitae preelectionis übergegangen sey, ist keinem Zweifel unterworfen, weil Photius, Patriarch zu Constantinopel, und sein Scholastik, Theodor Balsamon, von denen jener im neunten, dieser im zwölften Jahrhundert lebte, diese Constitution anführen, welche doch wohl gewiss keinen andern Codex, als den neuern Justinianischen, kannten. S. Christ: RAV Historia iuris civilis Rom. de personis incertis ex testamento heredibus. Lipsiae 1784. Vergl. auch Jo. God. SCHAUMLBURG Commentar. de constitutionibus Imperatorum antiquis, iis speciatim, quae in Institutionibus citantur, et in Cod. repetitae preelect. omissae sunt. Lemgovii 1755. 4. Manipul. III. Obs. 7.

CERTUS dari potest: quia certo iudicio debet quis pro tutela suaे posteritati cavere. Welche aber unter den ungewissen Personen zu verstehen sind, haben die Römischen Rechtsgelehrten mehr nur durch Beispiele, als durch einen bestimmten Begriff erklärt⁶⁶⁾). Gaius allein giebt einen Begriff davon in seinen wieder aufgefundenen Institutionen⁶⁷⁾ bey der Gelegenheit, da er sagt, daß einer ungewissen Person kein Legat hinterlassen werden könne. Da heißt es: INCERTA autem videtur PERSONA, quam per incertam opinionem animo suo testator subiicit, veluti si ita legatum sit: Qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus X. millia dato. — In eadem causa est, quod ita relinquitur: Quicunque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, ei heres meus X. millia dato. Illud quoque in eadem causa est, quod ita relinquitur: qui post testamentum Consules designati erunt, nam aequae incertis personis legari videtur, et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Diese Stelle hat Justinian mit wenigen Veränderungen in seine Institutionen⁶⁸⁾ aufgenommen. Nach diesem Begriffe und den angeführten Beispielen wäre also eine persona incerta eine solche Person, von welcher der Testator zur Zeit des errichteten Testaments noch keine bestimmte Kenntniß, keine

66) S. ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII. §. 4.* (in *Ant. SCHULTING Jurispr. Antejust.* pag. 654.) und *Tit. XXIV. §. 18.* (SCHULTING pag. 656.) Man sehe über diese Stellen Jo. CANNEGIETER ad ULPIANI Fragmenta (*Lugd. Batav. 1774. 4.*) pag. 92. et pag. 119.

67) *Commentar. II. §. 258.*

68) §. 25. *I. de legatis.*

deutliche Vorstellung hatte, so daß, wie Theophilus⁶⁹⁾ die *incerta opinio* erklärt, wenn man den Testirer darüber befragt hätte, er nichts Deutliches hätte sagen können, ($\piερὶ\;οὐ\;\epsilonρωτώμενος\;οὐδὲν\;\sigmaαφές\;είπειν\;\δύναται$.) Wendet man diesen Begriff auf den *tutor incertus* an, so wird also darunter ein solcher zu verstehen seyn, von welchem dem Testator zu der Zeit, da er ihn ernannte, entweder gar nichts, oder nichts Gewisses bekannt war⁷⁰⁾. Dies ist nun besonders der Fall, wenn der Testirer sich solcher Worte bedient hat, die den Vormund blos nach einem gewissen Erfolg bezeichnen, welcher nach Errichtung des Testaments, oder nach seinem Tode sich ereignen soll, und dem Testirer selbst noch unbekannt ist. Z. B. wenn er sagt: Für meinen unmündigen Sohn soll derjenige Vormund seyn, welcher nach meinem Tode zuerst zu meiner Leiche kommen wird, oder der zur Zeit meines Todes Consul seyn wird⁷¹⁾. Kurz ein ungewisser Vormund ist ein solcher, von welchem der Testirer zu der Zeit, da er ihn ernannte, selbst nicht wußte, wer es seyn werde. Es erhellte hieraus, daß blos von Bestellung eines testamentarischen Vormundes die Rede seyn könne, wenn über die Gewißheit des Vormundes ein Zweifel entsteht. Eine solche Vormundschaftsbestellung ist auch nach dem Justi-

69) *Paraphras. gr. ad §. 25. I. de legat. edit. Reitz.*
pag. 462.

70) *S. Christ. Gottl. HAUBOLD Exercitat. iuris civ. de tu-*
tore incerto. Lipsiae 1790. (in Eius Opuscul. aca-
dem. a Car. Frid. Christian. WENCK editis et auct.
Vol. I. Lipsiae 1825. pag. 349—376.)

71) *GAIUS Comm. II. §. 238. JUSTINIAN. §. 25. I. de legat.*
THEOPHILUS Paraphr. ad §. 25. et 27. in fin. Instit.
eodem.

nianischen Rechte ungültig, wie die oben angeführte Stelle aus Justinians Institutionen beweist, wo zugleich der Grund angeführt wird, weil man mit Ueberlegung und gewissem Entschlusse über die TuteL seiner Kinder verfügen müsse. Denn die Gesetze der zwölf Tafeln hatten dem Vater darum erlaubt, die Vormundschaft seiner Kinder in seinem Testamente anzuordnen, weil sie das Vertrauen zu ihm hatten, er werde einen solchen Vormund ernennen, dessen Treue und Fleiß er hinlänglich geprüft haben wird. Darum leistete auch der testamentarische Vormund keine Caution⁷²⁾). Wie konnte man aber ein solches Vertrauen zu dem Vater haben, wenn er eine ungewisse Person zum Vormund seiner Kinder gesetzt hatte? Es konnte ja, wenn es der Zufall so fügte, gerade ein solcher seyn, der zur Vormundschaft gar nicht tauglich war. Schon *Seneca*⁷³⁾ sagt daher: *Demendissime testabitur, qui tutorem filio reliquerit pupillorum spoliatorem.* Ohne Zweifel ist also der Satz, daß der Tutor keine ungewisse Person seyn, sondern mit Namen genannt werden müsse, aus den zwölf Tafeln durch die Interpretation der Rechtegelehrten abgeleitet worden. In dieser Hinsicht sagt *Ulpian*⁷⁴⁾: *Testamento NOMINATIM tutores dati confirmantur eadem lege duodecim Tabularum his verbis: Uti legassit super pecunia tutelave sua rei, ita ius esto.* Ich übergehe den Grund des ältern Rechts, nach welchem eine ungewisse Person nicht zum Erben eingesetzt werden konnte, zu testamentarischen

72) *Pr. I. de satisdat. tutor. et THEOPHILUS Paraphr. gr. ad h. l.*

73) *De Beneficiis Lib. IV. cap. 27.*

74) *Fragm. Tit. XI. §. 14.*

Vormündern aber nur diejenigen ernannt werden konnten, cum quibus testamenti factio est⁷⁵⁾). Dieser Grund des ältern Rechts fiel nun zwar weg, nachdem vermöge des neuern Rechts auch ungewisse Personen zu Erben eingesetzt werden konnten, allein in Rücksicht des Vormundes blieb die Strenge des ältern Rechts unabgeändert⁷⁶⁾). Hierzu kommt nun noch die Gefahr, welcher die Pupillen ausgesetzt seyn würden, wenn auch in Ansehung der TuteL das ältere Recht wäre abgeändert worden. Denn wie leicht konnte der Pupill einen unerzählichen Verlust an seinem Vermögen erleiden, während man die Gewissheit des Vormundes auszumitteln suchte, und der Pupill ungeschützt blieb⁷⁷⁾). Für einen solchen Pupillen könnte auch nicht

75) ULPIAN. *Fragmenta. Tit. XI. §. 16.* und PAULUS *L. 21. D. de testam. tuz.* Diese Verwandschaft zwischen Testamentsfähigkeit und TuteL scheint ihren Grund darin zu haben, weil die Testirer diejenigen, welche sie ihren unmündigen Kindern zu Vormündern bestellten, häufig den Kindern zu substituiren pflegten, um die Treue des Vormundes durch ein desto engeres Band an das Beste des Pupillen zu knüpfen. Beispiele findet man bey CICERO *ad Familiar. Lib. XIII. Epist. 61.* SUBTONIUS *in Galba cap. 9.* und *L. 36. D. de Excusat.* S. HAUBOLD. *Exercit. cit. §. 4.* pag. 564.

76) Es ist sehr glaublich, daß Justinian in derselben Constitution, worin er das ältere Recht in Absicht auf die Ernennung einer ungewissen Person zum Erben aufgehoben, ausdrücklich des tutoris incerti gedacht, und in Ansehung desselben namentlich verordnet habe, daß das alte Recht, welches die Bestellung eines solchen Vormundes nicht zuläßt, unabgeändert bleiben solle. S. HAUBOLD cit. Diss. §. 7. (*Opusc. Vol. I.* pag. 574.)

77) HAUBOLD cit. Diss. §. 4. (*Opusc. Vol. I.* pag. 561 sqq.)

einmal durch Caution hinlänglich gesorgt werden, wenn eine solche Vormundschaftsbestellung gültig seyn sollte. Denn ein solcher Tutor würde doch immer ein testamentarischer seyn, welcher von der Cautionsleistung gesetzlich befreit ist.

Zuweilen kann jedoch auch ein solcher tutor incertus seyn, der zwar genannt ist, von dem aber nicht ausgemittelt werden kann, wen der Testator gemeint hat. Z. B. wenn es mehrere desselben Namens giebt, und der Testator hat nicht genau bestimmt, wer der Vormund seyn soll. Von diesem Falle handelt Paulus *libro sexto Quaestionum*, woraus die L. 30. D. de *testamentar. tut.* genommen ist.

Duo sunt Titii, pater et filius: datus est tutor Titius: nec appareat, de quo sensit testator. Quaero, quid sit iuris? Respondit, is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non appareat, non ius deficit, sed probatio: igitur neuter est tutor.

Der Sinn dieser Stelle ist. Wenn gleichwohl gewiß ist, daß es der Wille des Verstorbenen gewesen, einen von beyden zum Vormund zu bestellen, und der Testator auch wohl gewußt hat, wen er gemeint habe; so kann doch, weil nur Einer von beyden Vormund werden soll, und nicht gewiß ist, wen eigentlich der Testator gemeint hat, sein Wille nicht vollzogen werden, damit nicht einer von Beyden gegen den Willen des Vaters zugelassen, oder ausgeschlossen werde. In Absicht auf die Rechtsgültigkeit ist zwar freylich gegen die Vormundschaftsbestellung selbst nichts einzuwenden, wie in jenem Falle, da der Vater einen ganz ungewissen Vormund bestellt hat, den er gar nicht genannt und gekannt hat. Allein es fehlt

hier am Beweise, weil man nicht mit Gewissheit bestimmen und ausschließen kann, wer diejenige Person sey, welche der Testator zum Vormund ernannt und gemeint hat. Also wird keiner Vormund⁷⁸⁾. Könnte jedoch deutlich nachgewiesen werden, wen der Vater im Sinne gehabt; so ist zwar die Tutelei gültig, es kann aber auch hier nicht eigentlich gesagt werden, daß der tutor incertus sey. Denn wirklich hat hier der Vater für die Tutelei seiner Kinder mit Ueberlegung und Einsicht gesorgt. Eine bloße Muthmassung ist jedoch nicht hinreichend, sondern es werden, wie Modestin⁷⁹⁾ sagt, *apertissimae probationes, ex quibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit*, erforderlich. Dahin gehört z. B. wenn der Testator von mehreren, die gleichen Namens sind, entweder vor, oder nach der Errichtung des Testaments denjenigen genau bezeichnet, und erklärt hat, wenn er von diesen die Tutelei über seine Kinder aufgetragen habe; oder mit dem Einem einen so freundschaftlichen Umgang gehabt hat, daß man gar nicht anders glauben kann, er werde keinen Andern,

78) Eben so haben diese Gesetzstelle auch Ant. FABER in *Jurisprud. Papin. Tit. XII. Pr. I. Illat. XLIII. p. 728.* Greg. MAJANSIUS in *Diss. de incertis legatis. §. 24.* (in *Eiusdem. Disputatt. iuris civ. Tom. II. Disp. LXIX. pag. 361. seqq.*) Jo. CANNEGIETER Observation. miscellanea. lib. singular. Cap. I. in fin. adject. ULPIANI fragmentis ab BOD. editis, *Lugd. Batav. 1774. 4.* pag. 577. und HAUBOLD cit. Diss. §. 2. (*Opusc. I. pag. 353*) verstanden.

79) *L. 62. §. 1. D. de heredib. instit.* Es ist zwar hier eigentlich von der Erbeneinsetzung die Rede, allein der Grund ist der nämliche. Ant. FABER c. l. will diese Worte für einen Tribonianismus halten; jedoch ohne hinlänglichen Grund.

als diesen, zum Vormund seiner Kinder haben ernennen wollen ⁸⁰).

Nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian ⁸¹) soll in dem Falle, da der Vater mehrere Vormünder im Testamente disjunctiv bestellt hat, z. B. Licius oder Sempronius soll Vormund meiner Kinder werden, welcher Fall ebenfalls unter den ältern Römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen zu seyn scheint ⁸²), keiner von beyden ausgeschlossen werden, sondern beyde sollen die Vormundschaft führen, so daß also die Conjunction aut für et genommen werden soll, und zwar nicht nur bey Bestellung von Vormundschaften, sondern auch bey der Erbeinsetzung und Vermächtnissen. Diese Entscheidung widerspricht auch der Meinung des Erblassers nicht, denn er hat ja Beyde für tüchtige Vormünder erklärt, keiner erhält also die Vormundschaft wider desselben Willen ⁸³).

Hat der Testirer den Vormund genannt, gesetzt auch, daß er ihn nicht von Person gekannt hat, so ist dieses kein tutor incertus, sondern nur ignotus ⁸⁴). Einen solchen tutor kann der Testirer mit aller Vorsicht bestellt haben. Denn er kann ihn aus zuverlässiger Empfehlung für einen zur Vormundschaftsführung tüchtigen Mann gehalten haben, wenn er ihn auch nicht von Person gekannt hat. Daher kann sich auch ein solcher Vormund nicht da-

80) HAUBOLD Diss. cit. §. 6. pag. 569.

81) L. 4. Cod. de Verb. Signif.

82) G. Em. MELLILLI Expositiones in L. Decision. Justinian. Nr. XXXIX. (Operr. P. II. pag. 109 eqq.)

83) HAUBOLD cit. Diss. §. 6. pag. 570.

84) HAUBOLD pag. 371.

mit entschuldigen, daß ihn der Vater des Pupillen nicht gekannt habe, wie Modestin⁸⁵⁾ lehrt, und die Divi Fratres, Marcus Antoninus Philosophus, und Aelius Verus rescribirt haben. Justinian⁸⁶⁾ sagt: Non esse autem admittendam excusationem eius, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, DIVI FRATRES rescripserunt. Es ist daher unrichtig, wenn Hellfeld die ignoti und incerti in eine Classe setzt.

2) Diejenigen, welche sich zur Vormundschaft drängen, ja sogar, um zur Vormundschaft zu gelangen, Geld geben wollten, oder gegeben haben. Solche sind nicht nur nicht zur Vormundschaft zu lassen, sondern sie können noch überdem bestraft werden, wie Modestin in einer griechischen Pandectens Stelle⁸⁷⁾ lehrt.

3) Verbrecher, oder die schon bekanntlich vorhin einmal eine TuteL schlecht verwaltet haben,

85) L. 15. §. 14. D. de Excusation.

86) §. 10. I. de excusat. tut. vel curator. G. Jul. PACIUS Analys. Institution. ad h. §. Nr. XI. und VINNIUS Comm. in Institut. ad h. §. 10.

87) L. 21. §. 6. D. de tutor. et curat. datis. (XXVI. 5.) Man verbinde damit L. 9. D. de tutelis. §. 10. in fin. I. de suspectis tutor. vel curator. L. 3. §. 15. D. eodem. (XXVI. 10.) und L. 1. §. 7. D. de officio Praef. urbi. Vergl. auch MONTANUS Tr. de iure tutelarum et curation. Cap. XXVI. nr. 53. et Cap. XXXVI. nr. 14 — 17. und HEINECCIUS ad VINNII Commentar. in Institut. Justin. ad §. 10. J. de suspect. tutor.

und denen also mit Sicherheit keine Tutel mehr anvertraut werden kann⁸⁸⁾.

4) Diejenigen, welche gegen den Mündel, oder desselben Eltern offensbare Feindschaft hegen, ohne sich mit denselben wieder ausgesöhnt zu haben. Ulpian sagt L. 3. §. 12. *D. de suspect. tutor.* Si tutor inimicus pupillo parentibusque eius sit, et generaliter, si qua iusta causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reiicere eum debet. Paulus in *Sententiis Receptis.* Lib. II. Tit. 26. §. 1. sagt das Nämliche, und fügt den Grund hinzu: ne paterno inimico pupilli committantur. Vergleicht man damit den §. 11. *J. de excusation. tutor. vel curator.* wo es heißt: Inimicitiae, quas quis cum patre pupillorum vel adulorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent EXCUSARE; so sollte man glauben, die Feindschaft, ja selbst Todfeindschaft, sey ein bloßer Entschuldigungsgrund, dessen Geltendmachung der Willkür des Vormunds überlassen bleibe. Man wird sich noch mehr in dieser Meinung bestärkt fühlen, wenn man liest, wie Theophilus diese Stelle paraphrasirt hat. Εχθρα συμβάσα μοι πρὸς τὸν πατέρα τῶν ἀνίβων ή τῶν ἀφηλίκων, εἰ μὲν εἴη κεφαλική, φιλίας ἐν τῷ μεταξὺ μὴ παρεπεδεῖσης, ἀπολύει με τῆς επιτροπῆς d. h. nach der

88) L. 5. §. 8. *D. de suspect. tutor. et curator.* Semel enim malus probatus semper in posterum malus futurus praesumitur in eodem mali genere. Cap. 8. de Reg. iuris in VIto. L. 7. §. 3. *D. de accusat. Nov. LXXVII. Praef. in fin.* G. Voigt Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 10. §. 1.

lateinischen Uebersetzung des Reich⁸⁹⁾): *Inimicitia interveniens mihi cum patre impuberum vel adolescentium, si quidem capitalis sit, non interposita interim amicitia, LIBERAT ME A TUTELA.* Der Ausdruck *απολύει* scheint ja nicht undeutlich auf eine freywillige Excusation hinzudeuten, besonders wenn man damit noch die letzten Worte verbindet: *εἰ δὲ οὐκ ἔστι κεφαλική, οὐδὲ διδώσειν ἐξκονσατιόνα: Si autem non sit capitalis, excusationem non praestat.* Hierzu kommt endlich noch eine Stelle in den Pandecten, die L. 6. §. 17. D. de Excusat. wo Modestin sagt: *Dat REMISSIONEM tutelae et capitalis inimicitia a creato facta adversus patrem pupillorum.* Kein Wunder, wenn angesehene Rechtsgelehrten, ein Franz Balduin⁹⁰⁾, Everh. Otto⁹¹⁾, Arnold Winnius⁹²⁾, Joh. Gottl. Heinzeccius⁹³⁾ Johann van Muyden⁹⁴⁾ und andere, diesen Grund als eine bloße Entschuldigungsursache angegeben haben. Allein man scheint hier übersehen zu haben, daß der Ausdruck *excusare* in der Institutionen-Stelle für prohibere oder removere genommen worden ist, welche Ausdrücke nicht nur in ebendemselben Titel der Institutionen⁹⁵⁾ sondern auch in mehreren Stellen der Pan-

89) THIBORPHILI Paraph. gr. Institut. Tom. I. pag. 195.

90) Commentar. in Institut. ad §. 11. de Excusat. (Paris. 1554.f.) pag. 144.

91) Not crit. et Commentar. ad Institut. ad §. 11. eund.

92) Comm. ad eund. §. 11.

93) Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. IV. §. 559.

94) Compendiosa Institution. Justiniani tractat. (Traj. ad Rhen. 1757. 8.) Lib. I. Tit. 25. pag. 66.

95) S. §. 19. J. de Excusat. verglichen mit L. 1. §. 5. D. eodem. L. 14. D. de curator. furios. L. 2. C. Qui dare tutor. L. 4. C. de Excusat. tut. et curat.

decten⁹⁶⁾ in solchen Fällen, wo man etwas nicht thun darf, für einander gebraucht werden, wie auch Franz Bröüs⁹⁷⁾ bemerkt hat. Soviel die andere Stelle aus den Pandecten anbetrifft, so sind die oben angeführten Worte gar nicht Worte des Modestinus. Denn dieser hat seine *libri Excusationum* griechisch geschrieben. Es sind die lateinischen Worte des Uebersetzers, der nicht überall den Text richtig übertragen hat⁹⁸⁾. Im griechischen Text heißt es: Διδωσιν ἀφεσιν ἐπιτροπῆς καὶ κεφαλικὴ ἔχθρα etc. Das griechische Wort ἀφεσις aber heißt nicht blos eine Erlassung oder Befreiung, sondern auch eine Entlassung, Verwerfung, Verstossung, von ἀφίημι⁹⁹⁾). Selbst ein vom Vater bestellter Vormund kann daher wegen einer nachher entstandenen Feindschaft vom Richter verworfen werden, weil hier eine Willensänderung auf Seiten des Vaters anzunehmen ist¹⁰⁰⁾). Es müste ihn denn der Vater selbst aus Feindschaft und Ehrfane im Testamente zum Vormund seiner Kinder ernannt

96) L. 1. §. 3. D. de postul. L. 11. D. de Decurionibus.
G. CORN. VAN BRINKERSHOEK Observation. iur. Rom.
Lib. IV. cap. 11.

97) Exposition. in Imp. Justin. Institut. ad §. 11. J. de
Excusat. nr. 2. pag. 164.

98) Man vergleiche hier besonders Ge. Steph. WIBBAND
Commentat. ad L. VI. §. XVII. D. de Excusationibus.
Vitembergae 1793.

99) G. SCHNEIDERS griechisch - deutsches Wörterbuch.
I. B. voco. ἀφεσις und ἀφίημι. pag. 242.

100) L. 4. in fin. D. de testam. tut. L. 8. D. de confirm.
tutor.

haben, um ihm eine schwere Last aufzubürden. Dies giebt ihm dann eine Ursach sich zu entschuldigen¹⁾.

Da jedoch sowohl Justinian, als Modestin ausdrücklich von *inimicitiae capitales* sprechen, und diese zur Bedingung machen, ja Theophilus ausdrücklich sagt, daß eine *inimicitia, si non sit capitalis*, keine *Excusation* gewähre; so entsteht die Frage, was unter jener Benennung für eine Feindschaft zu verstehen sey²⁾? Der Ausdruck *inimicitiae capitales* bezeichnet zwar im eigentlichen Sinn, in welchem derselbe in unsren Gesetzen genommen wird, eine solche Feindschaft, welche aus einer *capitalis accusatio* entstanden ist³⁾. Denn *Capitale* wird im eigentlichen Sinn des Römischen Rechts dasjenige genannt, was das Leben, die bürgerliche Ehre, die Freyheit und das Bürgerrecht eines Menschen angreift⁴⁾. Allein hier wird diese Benennung in einem noch weiterem Sinne genommen, in sofern unter *capitale* bald dasjenige verstanden wird, was sehr schädlich ist⁵⁾, z. B. *morbus*

1) §. 9. *J. de Excusat.* L. 6. §. 17. *D. eodem.* S. PÜTTMANN *Adversarior. iuris univ. lib. I.* pag. 17—20.

2) *J. L. E.* PÜTTMANN hat diese Frage in einer eigenen Abhandlung *de inimicitis capitalibus, earumque in iure effectibus* ausführlich erörtert, welche in den angef. *Adversar. iur. univ. lib. I. Cap. I.* befindlich ist.

3) *L. 51. §. 2. D. de adim. legat. iuncta L. 3. §. 11. D. eodem.* S. *Ant. AUGUSTINUS libr. sing. ad Herenn. Modestinum de Excusationib.* (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 1582.) *Cujacius Comment.* ad *L. 6. D. de Excusat.* (*Oper. Tom. II.* pag. 195.)

4) *L. 2. D. de publ. iud.* L. 15. *D. de bon. poss.* L. 10. *D. de iure patron.* L. 103. *D. de Verb. Sign.*

5) *CICERO de Offic. Lib. I. cap. 15.*

capitalis, error capitalis, bald dasjenige, was in seiner Art einen hohen Grad erreicht hat, z. B. capitale ingenium ⁶), ira capitalis ⁷). In dieser weiteren Bedeutung werden also unter *inimicitiae capitales*, inimicitiae admodum atroces et graves, immo gravissimae verstanden, ex quacunque causa illae ortae sint ⁸). Wir sagen eine Todfeindschaft, d. h. eine solche Feindschaft, wobey man den Andern mit dem größten Haß verfolgt, und ihm seinen Untergang zuzubereiten sucht ⁹). Die Meinung des Jacob Råvard ¹⁰), daß nur eine solche Feindschaft für capital gehalten worden sey, welche auf eine feyerliche Art, mit Außagung der Freundschaft, vor Zeugen dem Gehästen sey angekündigt worden, welcher mehrere Beyfall gegeben haben ¹¹), hat zwar einige Beyispiele bey den Alten ¹²) für sich; allein sie

6) OVIDIUS *Fastor.* Lib. III. v. 859.

7) HORATIUS *Satyr.* I. 7. v. 12.

8) G. ANT. SCHULTING ad PAULI *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit. 27. §. 1. Not. 5. in *Jurispr. vet. Antejust.* p. 525. JOS. FINESTRES et DE MONSALVO Comm. in Hermogenian. ad L. 23. D. Mandati. §. 7. pag. 447. und PÜTTMANN *Adversar.* lib. I. pag. 12.

9) G. WIBSAND cit. *Commentat.* §. 4.

10) Varior. Lib. V. cap. 15.

11) G. EV. OTTO Not. et Comment. ad Institut. ad §. 11. de Excusat. CONR. RITTERSHUSIUS Commentar. in Institut. ad eund. §. 11. pag. 139. und HENR. JO. ZOBISIUS Comm. ad eund. §. pag. 137.

12) G. JUST. LIPSIUS ad TACITI *Annal.* Lib. II. cap. 70. EXCURS. L. Tom. II. pag. 602. ex recens. ERNESTI. und ANT. MATTHAEI Commentar. ad Institut. §. 11. de Excusat. pag. 509.

beweisen nicht, daß es eine allgemeine Sitte gewesen, sie konnten also auch keinen Begriff bilden¹³⁾). Nicht selten verbarg man die Feindschaft. Sehr richtig sagt daher Cicero¹⁴⁾. *Etenim tacitae magis et occultae inimicitiae timendae sunt, quam indictae et apertae.* Der Unterschied, den Einige¹⁵⁾ bey einem testamentarischen Vormunde machen wollen, ob nämlich die Feindschaft schon vor dem Testamente obgewaltet habe, oder erst nachher entstanden sey, ist ungegründet. Denn die vermeintliche Vermuthung, daß die Ernennung zum Vormunde eine Verzeihung und Aussöhnung zu erkennen gebe, wird durch den § 9. J. de Excusat. entkräftet. Mit Recht hat daher diesen Unterschied Franz Bröus¹⁶⁾ verworfen.

5) Die mit den Pupillen oder Minderjährigen in Rechtsverhältnissen stehen, und Gläubiger oder Schuldner derselben sind, sollen nach dem justinianischen Rechte¹⁷⁾ zur Vormundschaft über dieselben

13) S. PÜTTMANN c. l. pag. 9. sq.

14) In Verrem. Lib. V. cap. 71. ex rec. Graevii.

15) S. Paul. MONTANUS Tract. de iure tutelar. et curation. Cap. XXXV. nr. 168. pag. 463. Conr. RITTERSHUSIUS Comm. in Institut. c. l. pag. 129. Jul. PACIUS Analys. Institution. Lib. I. Tit. 25. Nr. XII. pag. 131. u. a.

16) Exposition. in Justin. Institut. ad §. Item si propter, de Excusation. tutor. et curator. nr. 1. pag. 164.

17) Nov. LXXII. Cap. 1—4. S. CUSACIUS in Exposit. Novellar. ad h. Nov. Jo. Jac. ETTMÜLLER Diss. de tuteore creditore vel debitore minoris. Altorfii 1687. und Car. Frid. WALCH Diss. de tuteore pupilli sui ante susceptam tutelam debitore. Jenae 1777. Höpfners Commentar über die Heinec. Institutionen. §. 245. Mot. 6. S. 261.

nicht zugelassen werden. Vor Justinian hinderte ein solches Rechtsverhältniß an Uebernehmung der Vormundschaft nicht. Es gewährte nicht einmal einen Entschuldigungsgrund. So prescribte der Kaiser Alexander¹⁸⁾:

Neque a tutela, neque a cura ideo quis excusatur, quod creditor sive debitor eius est, cui tutor sive curator datus est.

Es wurde ihm blos ein Mitvormund an die Seite gesetzt, um den Pflegbefohlnen auf diesen Fall, wenn es etwa die Umstände erforderten, zu vertreten und bezeugen. Daher fügt Alexander noch hinzu:

Sed participem in munere habere debet, ut si res exegerit, is, qui alieno auxilio eget, defendatur.

Nicht einmal ein Proces mit dem Pupillen befrechte von der Tute über denselben, wenn dieser nicht etwa das ganze Vermögen betraf, oder den größten Theil desselben. Z. B. der Proces betraf eine Erbschaft. Der Vormund behauptete, der Pupill sey enterbt, und er zum Erben eingesetzt¹⁹⁾. Außerdem veranlaßte ein solcher Rechtsstreit nur die Beyordnung eines Beystandes für diese Sache.

Daher durfte auch der Gläubiger, wenn er sich zum Vormund bestellen ließ, keinen Verlust seiner Forderung befürchten. Er könnte sich sogar selbst Zahlung leisten. Daß dieses nicht dem geringsten Zweifel unterworfen ge-

¹⁸⁾ L. 7. *Cod. de Excusation. tutor. et curator.* (V. 62.)

¹⁹⁾ §. 4. *J. de Excusat.* (I. 25.) L. 20. L. 21. pr. D. eodem.

wesen, erhellet aus folgenden Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian²⁰⁾.

Creditorem debtoribus tutorem datum, non tantum petitionem non amittere, sed etiam ipsum sibi posse solvere, non ambigitur.

Sogar sagt Marcius *libro sing. ad formulam hypothecariam*²¹⁾: es sey nicht gegen das Gesetz, wenn der Vormund den Gläubiger des Vaters seines Pupillen abzahlt, und in seine Stelle tritt.

Allein Justinian fand dieses bedenklich. Wie kann man auch den Vormund hier trauen, der in einem solchen Rechtsverhältnis mit dem Pupillen steht? Was wird sich dieser nicht erlauben um seines Interesse willen? Hatte nun gleich Justinian dasjenige Anfangs selbst stillschweigend genehmigt, was dreihundert Jahre vorher jene Kaiser rescribirt hatten, dadurch, daß er die Verordnungen derselben in seinen Codex aufnehmen ließ; so hat er doch nicht lange nachher seine Gesinnungen geändert, und, jene Gesetze des ältern Rechts aufhebend, verordnet, daß der Schuldner des Pupillen eben so wenig, wie der Gläubiger desselben zur Vormundschaft über einen solchen Unmündigen oder Minderjährigen gelassen werden solle. Es ist die wichtige Novelle LXXII. vom J. 538. Hier sagt Justinian Cap. 1. nach Homberg's Uebersetzung:

Haec omnia lege corrigere volumus, et insuper illud, si quis minorem, vel res eius sibi obligatas habeat, ut hic nullo modo ad tutelam eius

20) L. 8. Cod. *Qui dare tutores vel curatores possunt.*
(V. 34.)

21) L. 12. D. *de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.*
(XXVII. 9.)

accedat, etsi a legibus vocetur. Quid enim ille in suam utilitatem non faceret, qui dominus sui ipsius et rerum adversarii factus est? Quare etiam illud sancimus, si apertissime constet, tutorem minori obligatum esse, ut neque is tutor sit: ne forte aut instrumentum surripiat, aut alias probationes, quas minor habet, subducat, eique tutela in rerum suarum perniciem cedat. Hoc igitur certa lege comprehendatur, *ut nemo, qui res defuncti et minorem ipsum eiusve res obligatas se habere dicit: aut aperte illi obligatus est, ad tutelam eius accedat, nec licentiam tale quid faciendi habeat.*

In diesem Gesetz spricht zwar Justinian immer nur von Minderjährigen und Curatoren. Denn in dem griechischen Text werden die Ausdrücke *κηδεμονες*, und *νεοι* gebraucht, daß aber *κηδεμονες*, curatores, und *νεοι* minores heißen, lehren uns die griechischen Rechtsgelehrten²²⁾ selbst. Auch die aus der Novelle gezogene *Authentica. Minoris debitor. Cod. Qui dare tutores.* gedenkt, ganz der Novelle gemäß, blos des minor und curator. Von Pupillen und Tutores ist keine Rede. Eben so hat Constantinus Harmenopulus²³⁾, welcher den Inhalt der Novelle fast wörtlich nach

22) S. THEOPHILUS *Paraphr. gr. Lib. I. Tit. 25. §. 4.* wo er *τον πουπίλλον* und *τὸν νέον* unterscheidet. CONSTANTIN. HARMENOPULUS *Promptuar. iur. Lib. I. Tit. 12. §. 15.* (in *Supplement. Thes. Meerm. pag. 75.*) wo der Ausdruck *κηδεμόνες* für curatores gebraucht ist. Auch Modestus unterscheidet *L. 10. §. 7. D. de Excusat.* genau zwischen *ἐπίτροπος* und *κηδεμόνες*.

23) *Promptuar. iur. Lib. V. Tit. 11. §. 55.* (in *Suppl. Thes. Meerman. pag. 528.*)

dem griechischen Text anführt, ebenfalls die Ausdrücke *τὸν νέον*, *κηδεμῶν*, und *κηδεμονία* beibehalten. Ja selbst Justinian, wenn er in der Präfation einer jüngern Novelle²⁴⁾ jenes Gesetz nochmals bestätigt, sagt ausdrücklich:

Legem nuper de cura minorum (ἐπὶ τῇ τῷ νέῳ κηδεμονίᾳ) scripsimus (cum multas fraudes adversus eos committi ex frequentibus causis apud nos agitatis invenissemus) ne quis eorum curam gerat, (κηδεμονένη) qui minoribus (τοῖς νέοις) obligatus est, vel se eos obligatos habere dicit: ne forte rebus in potestatem acceptis, scelus aliquod in minorem committat. Atque haec ipsa lex rata, et hac praesente confirmata esto.

Sollte also etwa das Gesetz nicht mit auf Pupillen und Tutoren gehen? Dies könnte beynaha aus den angeführten Gründen zweifelhaft scheinen. Allein wenn auch nicht schon nach den Regeln einer vernünftigen Interpretation die verneinende Meinung verworfen werden müßte; so sagt es vollends die Präfation der Novelle außer Zweifel, daß das Gesetz eben sowohl auf Tutoren als Curatoren gehe. Denn diese sagt es deutlich genug, daß unter *minores* sowohl puberes als impuberes zu verstehen sind. Es heißt daselbst nach der Hombergkischen Uebersetzung:

Multas igitur lites audivimus, ubi egregiis tutoribus contra minores, sive IMPUBERES, sive PUBERES quidem, in secunda tamen aetate constitutos²⁵⁾,

24) Nov. XCIV.

25) Im Text heißt es: ἐνδα οἱ Δαυμαστοὶ κηδεμόνες ἐνχωροῦντα κατὰ τῷ νέῳ νέον, εἴτε ἀνήβων, εἴτε

cessiones fiunt, hique statim domini efficiuntur substantiae illorum, et forsitan debita non existentia subeunt, vel exiguo pretio cessa accipiunt, quae plane idonea non sunt, vel etiam epochas debitorum, quae inter res minorum sunt, occultant.

Hierzu kommt, daß der Ausdruck *νέος* bei Theophilus²⁶⁾ mehrmals in der Bedeutung vorkommt, daß sowohl der impubes als pubes darunter begriffen ist, so wie in mehreren Stellen des Röm. Gesetzbuches²⁷⁾ unter *minores* auch die impuberis verstanden werden. Eben so wird denn auch der von Justinian gebrauchte Ausdruck *κηδεμών*, welcher überhaupt soviel als ein Pfleger oder Wormund heißt, in der Bedeutung genommen, daß es nicht nur einen Curator, sondern auch einen Tutor bezeichnet²⁸⁾. Ich würde auch noch die Inscription des Kap. 1. unserer Novelle zum Beweise anführen, welche so lautet: *Qui tutores vel curatores pupillo vel adolescenti esse non possunt*²⁹⁾, wenn nicht

ἐφῆβον μὲν. Das Wort *Δαρμαστοι* übersetzt die vulgata durch administrantes, allein unrichtig.

- 26) Paraphr. graec. Institut. Lib. I. Tit. 24. §. 1. (Tom. I. pag. 183. edit. Reitz.)
- 27) L. 2. 3. et ult. Cod. Si tutor vel curat. intervenerit. (II. 25.) L. 2. in fin. Cod. Quando mulier tut. S. Conr. RITTERSHUSII Jus Justinian. P. VIII. Cap. 3. nr. 5. pag. 456. und BRASSONIUS de Verb. iur. Signif. voc. Minor. nr. 2. pag. 840.
- 28) THEOPHILUS Paraphr. gr. Institut. Lib. I. Tit. 21. Princ. Tom. I. pag. 169. Vergl. auch GUIL. OTT. REITZII Glossar. Theophilin. Voc. *κηδεμων*. Tom. II. pag. 1276.
- 29) Ποιοι τουτορες ἢ κηδεμονες είναι τῷ πουπιλῷ ἢ νεαγοσκῷ δυγαυται.

die Authenticität derselben noch zweifelhaft wäre³⁰). Es bedarf aber auch dieses Beweises gar nicht, weil alle übrigen Bestimmungen der Novelle auf Tutoren sowohl, wie auf Curatoren sich beziehen³¹).

Ob das Gesetz auf alle Vormünder gehe, ist ebenfalls streitig. Soviel ist gewiß, daß das Gesetz keinen Unterschied macht. Es sagt ganz allgemein, wer Gläubiger oder Schuldner des Unmündigen oder Minderjährigen ist, soll auf keine Weise zur Vormundschaft über denselben gelassen werden; (*τοῦτον μηδὲ παριέναι παρτελῶς εἰς τὴν αὐτοῦ κηδευοντας*) wenn es auch gleich ein solcher seyn sollte, den das Gesetz zur Vormundschaft ruft. Es soll also nach diesem Gesetz nicht einmal der gesetzliche Vormund eine Ausnahme machen. Der Grund, den das Gesetz anführt, ist auch ganz allgemein. Denn was wird sich ein Gläubiger des Mündels nicht erlauben, der das Vermögen desselben in Händen hat, wenn seine Forderung auch noch so schlecht seyn sollte? Und ist er Schuldner des Mündels, so könnte er ja die Schuldurkunde, und andere Beweismittel, die der Pflegbefohlene für sich hat, beiseiteschaffen, und auf solche Art die Vormundschaft zum größten Nachtheil desselben missbrauchen. Erst durch ein neueres Gesetz machte Justinian eine Ausnahme in Ansehung der Mutter und Großmutter,

30) S. HOMBERG Praefat. Novellis Justin. a se editis, praemiss. §. *Inscriptiones*. und Fried. Aug. Bie-ner Geschichte der Novellen Justinian's. Abth. I. 2. Kap. Nr. III. S. 57. f. Anderer Meinung ist jedoch WALCH Diss. cit. §. 2.

31) S. Mühlensbruch's Lehre von der Cession der Forde-rungstrechte. §. 52. S. 581. (der 2. Aufl.) Greifswalde 1826.)

weil derselbe Grund, welcher zu Gunsten derselben eine Ausnahme von der Regel rechtfertigte, daß Frauenspersonen nicht Vormünder seyn dürfen, Mißbräuche der Art, wie sie hier das Gesetz zu verhindern sucht, nicht befürchten läßt, wie aus der Novelle XCIV. Kap. 1. zu ersehen ist, wo es nach der Hombergfischen Uebersezung heißt:

Quoniam vero MATRIBUS, quae liberorum curam suscipere volunt, et tam secundum veteres, quam nostras leges curam subire desiderant, haec constitutio praeter intentionem nostram a quibusdam non recte opposita est: volumus, ut a lege, quae ea dicit, matrum personae excipientur. Primum enim id nunc prohibere, quod pro minoribus semper introductum est, absurdissimum existimamus: deinde nemo eodem loco et matrem et alios collocaverit. Illam enim pius et naturalis erga liberos amor a suspicione liberam ut plurimum reddit: illis vero, quibus nulla cum liberis necessitas benevolentiae intercedit, merito matres comparandae non sunt. Liceat itaque MATRIBUS³²⁾

32) Unter den Müttern ist hier sowohl die Mutter als Großmutter zu verstehen, wie CUSACIUS ad. h. Nov. richtig bemerkt hat. Denn es ist ja, wie es im Anfange des Kap. 1. heißt, von *matribus* die Rede, *quae liberorum curam suscipere volunt*. Nun kann ja auch die Großmutter die Vormundschaft über ihre Enkel übernehmen. Man sehe auch GUDELINUS Commentarior. de iure noviss. Lib. I. Cap. 17. §. Praeterea. pag. 47. u. RITTERHUSIUS Jur. Justinian. P. VIII. Cap. 5. nr. 8. pag. 457. Aus gleichem Grunde, sagen einige, müsse auch in Ansehung des Vaters und Großvaters eine Ausnahme statt finden, wenn der Fall eintritt, Glück Erläut. b. Pand. 29. Th.

secundum veterem observationem, si renuncient, et res suas obligent, (sicut antea in usu fuit) liberorum tutelam suscipere, neque hanc exceptionem metuant, sed, quantum ad illas, ita se res habeat, ac si ea de re lex plane scripta non fuisset. Quare sive dotes, sive donationes ante nuptias exigant, sive mater minoribus, sive minores matribus, ex paternis forsitan, vel ex propriis causis quid debeant, (multa enim, qui cogitabit et circumspiciet, invenerit) illa ab utraque parte integra sint, et secundum priores constitutiones iudicentur atque tractentur, sive legitimorum, sive naturalium liberorum tutelam mater gerat.

Da also nach dieser neuern Verordnung Justinian's nur in Ansehung der Mütter eine Uenahme Statt haben soll; so ist hierdurch gewiß in Ansehung aller andern Vors-

dass sie die Vormundschaft über ihre minderjährige Kinder übernehmen. Auch diese hindere ein Schuldverhältniss nicht an Uebernehmung der Vormundschaft. So Cujacius in Exposit. Novellar. ad Nov. LXXII. und Gudelinus Commentarior. cit. loc. Allein Ritterhusius in Jure Justin. c. l. nr. 11. und Stephani Commentar. in Novell. ad Nov. LXXII. nr. 10. et 11. verwirren diese Meinung darum, weil das neue abändernde Recht streng zu erklären, und nicht folgeweise auf andere Fälle ausgedehnt werden könne. Die Worte der Nov. LXXII. Cap. 1. *etsi a legibus vocetur*, stehen freylich jedem andern gesetzlichen Vormunde entgegen. Es ist indessen doch nicht abzusehen, warum die Gesetze ein grösseres Vertrauen zur Mutter, als zum Vater haben sollten. Der pius et naturalis erga liberos amor, welcher die Mutter von allem Verdacht freyspricht, findet ja auch bey dem Vater Statt.

münden die Regel bestätigt worden³³⁾). Dieses bestärken noch mehr die letzteren Worte des Kap. 5.

*Atque haec dicimus de omni curatore, (επι
κηδεμόνος πατέρος) in quibuscumque etiam leges
curam inducunt, sive in prodigiis forte, sive fu-
riosis, sive mente captis, vel si quid aliud lex
iam dixit, vel natura quid inopinati inveniet.*

Gleichwohl sind viel Rechtsgelehrten³⁴⁾ der Meinung, daß Gesetz gehe nicht auf testamentarische Vormünder. Man sagt, wenn der Vater einen solchen zum Vormund seiner Kinder ernannt habe, der Schuldner oder Gläubiger ist, so habe er ihn gewiß für einen redlichen

33) Eben dieses behaupten auch Hug. DONELLUS in Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 3. §. 11. (Vol. II. pag. 23. edit. Koenig) Matth. STEPHANI Comment. in Novellas Constit. Justin. Imp. ad Nov. LXXII. nr. 8. pag. 417. WALCH cit. Diss. § 5 et 4. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 656. nr. VIII. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 510. u. a. m.

34) Unter den ältern behaupteten dieses schon der Glossator MARTINUS, OLDRADUS und BARTHOLUS, welche RITTEREHRHUSIUS in Jur. Justin. P. VIII. Cap. IV. §. 14. anführt, der ihnen bestimmt. Unter den neuern ANT. FABER in Cod. Definition. forens. Lib. V. Tit. 20. Def. 1. Christph. PHIL. RICHTER Exposit. Authenticar. Lib. V. Tit. 34. nr. 11. SAM. de COCCINI iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. Qu. 4. TOB. JAC. REINHARTH Select. Observation. ad Christinaeum. Vol. V. Obs. 25. pag. 35. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institut. §. 245. Not. 6. Nr. 5. S. 261. und ehemals auch WALCH in Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. 2. Membr. 3. §. 5. Er hat aber nachher seine Meinung in Diss. cit. §. 4. geändert.

Mann gehalten, und, dieses Verhältnisses ungeachtet, desselben Treue bewährt gefunden. Von einem solchen Vormunde sey also auch nichts Nachtheiliges zu befürchten. Dieses setze aber freylich voraus, daß dem Vater dieses Schuldverhältniß nicht unbekannt gewesen seyn dürfe. Für diese Meinung werden auch einige Gesetzstellen³⁵⁾ angeführt. Ja es wird sogar der Beweis aus der Novelle LXXII. selbst hergenommen. Denn das Gesetz, sagt man, rede ausdrücklich nur von gesetzlichen Vormündern, und solchen, die von der Obrigkeit bestellt werden, wie daraus zu ersehen sey, weil es dem Vormunde erlaube, das Schuldverhältniß bey der Obrigkeit, die ihn bestellt, nachzuweisen, wenn er sich deshalb entschuldigen will. Von einer Bestellung des Vormundes im Testamente sey nirgends die Rede. Allein diese Gründe hat schon Lauterbach³⁶⁾ ausführlich widerlegt. Sie werden auch durch die bereits oben für die Allgemeinheit des Verbots angeführten Gründe unstreitig überwogen. Die angeführten Gesetzstellen können ohnehin nichts beweisen, weil das ältere Recht durch das neuere gänzlich aufgehoben worden ist. Der Beweis aber, welcher aus der Novelle LXXII. Kap. 4. genommen ist, beruht auf einem offensabaren Mißverständne. Denn wenn es daselbst heißt: si quis dicat, minorem vel res eius, vel parentes minoris sibi obligatos esse, ut intra tempus excusationis apud eum, qui curatorem dat, illud ostendat, et liberetur; so ist dieses nicht blos auf Dativ-Vormünder zu beschränken, sondern es ist unter dem, qui curatorem dat,

35) *L. 70. D. de procurat. L. 7. pr. C. de curator. furiosi.*

36) *Colleg. th. pract. Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 18. et 19.*

vielmehr der Magistrat zu verstehen, unter dessen Aufsicht die Vormundschaft geführt wird³⁷⁾, und den wir den Obervormund nennen. Denn bey diesem müssen die Excusationen binnen der gesetzlichen Frist vorgeschrifft und ausgeführt werden³⁸⁾. Da sich nun der angeführten Excusation jeder Vormund bedienen kann, der in einem solchen Verhältniß mit dem Pupillen, oder Minderjährigen steht, so kann wohl das Gesetz den testamentarischen Vormund nicht haben ausschließen wollen. Ueberhaupt fällt ja auch darum die Anwendbarkeit eines Gesetzes noch nicht weg, daß die üblichen Folgen, die das Gesetz durch das allgemeine Verbot einer Handlung, weil sie gemißbraucht werden kann, hat verhüten wollen, in einem oder dem andern Falle vielleicht nicht zu besorgen seyn dürfen, wenn das Gesetz selbst in einem solchen Falle keine Ausnahme gemacht hat³⁹⁾. Daß indessen die entgegengesetzte Meinung in der Praxis die vorherrschende sey, behaupten viele⁴⁰⁾.

Es ergiebt sich übrigens hieraus, daß das Schuldverhältniß müsse außer Zweifel seyn, wenn die Vorschrift des Gesetzes Anwendung finden soll, wie aus den Worten

37) S. WALCH cit. Diss. §. 4. in fin.

38) S. von WENING · INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. B. IV. Buch §. 146.

39) S. WEBER'S syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 64. S. 226.

40) S. MONTANUS de iure tutel. et curation. Cap. IX. nr. 67 — 72. Jo. a SANDE Decision. aur. Lib. II. Tit. 9. Def. 1. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 87. CARPOV Jurispr. for. P. II. Constit. XI. Desin. 19. STRYK Us. Mod. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 17. und REINHARTH Select. Observat. ad Christinaeum. Vol. V. Obs. 25.

des ersten Kap. *aut APERTE illi obligatus est*, deutlich erhelet. Schützt der bestellte Wormund dieses Verhältniß, als einen Befreiungsgrund, vor, so muß er dasselbe, in Ermangelung anderer Beweise, eidlich bestärken, wie Justinian Kap. 3. verordnet.

Ne vero omnibus hominibus excusationem tutelae aut curae concedamus, si res minorum sibi obligatas habere dicant, vel illi manifesto obligati sint: sancimus, — — vel si id obscurum sit, iure-iurando coram sacris eloquiis praestito, quod revera se eum obligatum habere credat, excusetur: quo facto neque tutelam neque curam attingat, sed longissime ab hoc negotio removeatur, ne hoc ipso hostem, non vero curatorem minori demus.

Ob nicht etwa die Größe der Schuld zu berücksichtigen sey, ist ebenfalls streitig. Mehrere Rechtsgelehrten⁴¹⁾ sind der Meinung, daß die Novelle keine Anwendung finde, wenn die Schuld nicht erheblich sey, und überlassen es übrigens der Beurtheilung des Richters, ob die Schuld für erheblich zu halten sey, oder nicht. Allein das Gesetz macht keinen Unterschied. Der in dem griechischen Text gebrauchte Ausdruck *ὑπὲνδυνος* bezeichnet jeden Schuldner. Ein solcher ist auch derjenige, der den Pupillen auch nur wenig schuldig ist. Genug das Gesetz wollte den Pflegbefohlnen gegen allen besorglichen Nachtheil schützen⁴²⁾.

41) Z. B. ACCURSIUS, BARTOLUS, und JOH. FABER, welche RITTERSHUS. iure Justinian. P. VIII. Cap. 4. §. 3. pag. 459. anführt. Eben dieser Meinung ist auch RICHTER in Exposit. omn. Authenticar. P. II. Lib. V. Tit. 31. nr. 8. pag. 18.

42) Man sehe HUG. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 3. §. 11. (Vol. II. pag. 23. edit. Koenig.)

Berschweigt derjenige, welcher Gläubiger oder Schuldner des Pupillen ist, wissenschaftlich dieses Verhältniß, und er übernimmt die Tutel; so verliert jener sein Forderungsrecht zum Besten des Minderjährigen, wenn auch die Schuld noch so gegründet seyn sollte; letzter aber wird durch die während der Vormundschaft geleistete Zahlung nicht befreit. Hierher gehört das Kap. 4. der Novelle LXXII. welches nach Homberg f. so lautet:

Si vero initio hoc tacuerit, et tutor factus sit, omni actione adversus minorem, etsi vera sit, se casurum esse sciatur, quod de industria contra hanc nostram legem id dissimulaverit. Si vero quis, cum manifeste obligatus esset, tacuerit, ille quoque hanc poenam se subiturum esse sciatur, quod numerationibus vel aliis solutionibus tempore forte tutelae dolose adornatis debito se eximere non possit.

Dass auch bey einer wahren Schuld des Pflegbefohlsen die obligatio naturalis zugleich und dergestalt aufgehoben sey, dass auch sogar das dem Vormunde Gezahlte wieder zurückgefördert werden könne, lässt sich aus dem Gesetz nicht erweisen. Denn es sagt nur, der Gläubiger, der dem Gesetz zuwider handelt, solle sein Klagerecht verslieren. Dann stellt schon das Pandectenrecht⁴³⁾ die Regel auf, wenn der Schuldner zur Bestrafung des Gläubigers von seiner Schuld befreit worden ist, so soll dennoch

Pet. GUDELINUS Commentar. de iure novissimo. Lib. I. cap. 17. pag. 48. und WALCK cit. Diss. §. 5. in fin.

43) L. 19. pr. D. de conduct. indeb. L. 40. pr. D. eodem.

S. Mühlensbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 32. S. 383. der 2. Aufl.

die Naturalobligation bleiben, und keine Zurückforderung des Gezahlten Statt finden. Eben so läßt sich auch mit Grund behaupten, daß der Vormund sich gegen die Klage seines Pflegbefohlenen mit der exceptio doli müsse schützen können, wenn der Vormund nachweisen kann, daß er dasjenige, was er dem Pupillen schuldig war, ehrlich berechnet, und zur Rasse des Pupillen gebracht habe. Denn auch Pupillen sollen sich nicht mit eines Andern Schaden bereichern⁴⁴⁾; und überdem redet das Gesetz von solutionibus dolose adornatis. Wo kein Dolus vorhanden war, und das gezahlte Geld wirklich zum Besten des Pupillen verwendet worden, da geben die Gesetze⁴⁵⁾ die exceptio doli gegen die Klage auf nochmalige Bezahlung.

Wird der Vormund erst während der Vormundschaft Schuldner oder Gläubiger des Pupillen, z. B. dem Vormund ist die Erbschaft eines Verstorbenen angefallen, dem der Pupill schuldig ist; so wird dem Pupillen oder minderjährigen zur Berichtigung der Schuld ein anderer Tutor oder Curator beigeordnet, um ihn gegen alle Verlezung zu sichern. Justinian sagt Nov. LXXII. Cap. 2.

Et in universum, si ei, qui iam curam gerit, minor obligetur, delata forte ad eum hereditate cuiusdam, qui minorem obligatum habuit, vel alia eiusmodi causa: non amplius illi soli impuberum vel minorum cura credatur, sed aliis illi tutor vel curator adiungatur, (id quod in multis legum casibus invenimus) ut is observet, ne contra minorem vel substantiam eius, ab illo, cui is obligatus est, dolosa quaedam machinatio interim fiat.

44) *L. 13. et 14. D. de conduct. ind.*

45) *L. 15. D. de solutionib.* Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 21. in fin.

Hat jedoch der Vormund seinen Mündel selbst zu seinem Schuldner gemacht, dadurch, daß er sich eine Schuldforderung gegen den Pupillen oder Minderjährigen von dem Gläubiger desselben hat abtreten lassen; so ist eine solche Cession nichtig, auch wenn sie erst nach niedergelegter Vormundschaft geschehen seyn sollte, vorausgesetzt, daß die Schuldforderung früher schon vorhanden war. Es soll nicht nur gegen den Minderjährigen keine Klage Statt finden, sondern die Forderung selbst soll in Folge der, als rechtswidrige Handlung, verbotenen Cession, zum Besten des Minderjährigen vernichtet seyn, wenn auch die Schuld an sich gewiß seyn sollte. Hierher gehört, was Justinian Nov. LXXII. Cap. 5. verordnet hat, aber schon bey einer andern Gelegenheit⁴⁶⁾ vorgekommen ist.

An der heutigen Gültigkeit dieser Verordnungen des Kaisers Justinian läßt sich wohl mit Grund nicht zweifeln, obwohl mehrere Rechtsgelehrten⁴⁷⁾ anderer Meinung sind, oder wenigstens alles hierbey auf das Ermessen der Obrigkeit ankommen lassen wollen. Die heutige Anwendung beweisen nicht nur die in den Schriften der praktischen Rechtsgelehrten⁴⁸⁾ vorkommenden Fälle, sondern auch

46) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1021. §. 450.
Vergl. auch Mühlenbruch's Lehre von der Cession
der Forderungsrechte. §. 52. §. 579 — 583.

47) Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 4. und
Walch Diss. cit. de tutore pupilli debitore. §. 6.

48) STRYK Us. mod. Pand. Tom. II. h. t. §. 16. LEYSER
Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXVII. me-
dit. 1. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 120.
§. 471. und 5. Th. Bed. 8. §. 14. BERGER Oecon. iur.
Lib. I. Tit. 4. Th. 5. Not. 4. et 5. WERNHER Select.

mehrere deutsche Gesetzgebungen⁴⁹); ob man wohl freylich diese Verordnungen auf mancherley Art in der Praxis einzuschränken pflegt, und solche z. B. in den Fällen nicht Statt finden lassen will, wenn die Schuld notorisch, oder nicht bedeutend ist⁵⁰).

Untauglich sind ferner, aber nur in Beziehung auf eine einzelne bestimmte Vormundschaft, so wie Gläubiger oder Schuldner des Minderjährigen,

6) diejenigen, welche die Eltern des Unmündigen zur Vormundschaft zu lassen, in ihrem letzten Willen ausdrücklich verboten haben. Dieses Recht, gewisse Personen von der Vormundschaft ausschließen, wird den Eltern in den Gesetzen ausdrücklich eingeräumt. Wären sie auch bestellt worden, so müssen sie entfernt werden, jedoch ohne Nachtheil ihrer Ehre, wie aus folgenden Geschstellten erhellet.

L. 8. pr. D. de testam. tat. ULPIAN. Lib. XXIV. ad Sabinum. Tutor datus vetari tutor esse potest vel testamento, vel codicillis.

Observatt. For. Tom. II. P. VIII. Obs. 475. Westphal Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts 1. B. h. t. §. 2. §. 158. Ge. Ludw. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 1. Abth. Nr. 7. §. 47. f.

49) S. Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 18. §. 147 — 149. Allgem. bürg. Gesetzbuch für die deutsch. Erbländer der Hesterreich. Monarchie. 1. Th. 4. Hptst. §. 193. 1. Sächs. Vormundschaftsordn. 1. Kap. 8. §. 4. ff. Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 5. u. a. m.

50) CARPOV P. II. Decis. 119. et Lib. V. Respons. 89. Man sehe jedoch STRYK Us. mod. Pand. T. II. h. t. §. 17. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. h. t. §. 22.

L. 21. §. 2. D. de tutorib. et curat. dat. MODESTINUS Lib. I. Excusation. Άλλὰ κάν τις ἀπὸ γονέων κολύθη ἐπιτροπένειν τοῦτον οὔτε χειροτονεῖσθαι προσήκει· κάν χειροτονηθεὶς μὴ παραιτήσῃ, κωλύεσθαι ἀντὸν ἐπιτροπένειν, μενούσις τῆς επιτυμίας.

Oder nach der Uebersezung des Anton Augustinus⁵¹⁾.

Sed et si quis a parentibus prohibeatur tutor esse, creandus non est: quod si fuerit creatus, neque se excusaverit, prohibendus est, existimatione quidem salva⁵²⁾), tutelam gerere.

51) Ad Modestinum sive de Excusationibus lib. sing. (in Thes. J. R. Otton. Tom. IV. pag. 1561.) Man sehe auch Jan. Thom. Wilh. van ALPHBN Specim. exhib. Selecta quaedam Juris publici et privati. (Lugd. Batav. 1792.) Cap. II. Sect. 1. pag. 54. sqq.

52) In der schlechten lateinischen Uebersezung, welche in unserm Corp. iur. civ. dieser Stelle des Modestinus beigefügt ist, ist das griechische Wort *epitimia* beibehalten. Unrichtig las Accursius *epitimio*, und erklärte dieses Wort eben so unrichtig durch *voluntas testatoris*. Andr. ALCIATUS Parergor. iuris Lib. II. Cap. 29. (in Operib. Basiliae 1550. F. edit. Tom. I. pag. 256.) hat zwar diesen Irrthum widerlegt. Er selbst aber erlärt diese Stelle auch ganz unrichtig von einem Sohne, dem die Eltern die Uebernehmung einer Wormundschaft untersagt haben. Schon FRANDUS ADDUENSIS Explication. in Pandect. Lib. I. cap. 25. (in Thes. Otton. Tom. II. pag. 555.) hat dagegen erinnert, daß selbst der Vater, wenn er noch lebte, den Sohn nicht hätte hindern können, Wormund zu werden.

L. un. Cod. Si contra matris voluntatem tutor datus sit. Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Tertio. Si contra matris ultimam voluntatem Fuscinius filio communi tutorem datum probaveris: eum sine damno existimationis a tutela removendum Praetor decernet.

7) Juden konnten zwar nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus Vormünder auch sogar von nichtjüdischen Pupillen werden, und hatten deswegen nicht einmal eine Excusation, so wenig als sie von anderen Staatslasten befreit waren, wie aus folgender Stelle des Modestinus erhellet.

L. 15. §. 6. D. de Excusation. Ή δὴ δὲ καὶ οἱ Τουδαιοὶ τῶν μὴ Τουδαιῶν ἐπιτροπέυσονσιν, ὥσπερ καὶ τὰ λοιπὰ λειτουργίσονσιν· αἱ γὰρ διατάξεις ἐκείνοις μόνοις ἀνενοχλήτοις αὐτοῦς ἔιναι κελένουσιν, διὰ ὧν ἡ θρησκεία χραίνεσθαι δοκεῖ.

Oder nach der richtigern lateinischen Uebersetzung des Anton Augustinus⁵³⁾: Jam vero JUDAEI quoque non *Judeorum tutores erunt*, quemadmodum cetera munia subeunt. Namque eos *constitutione*⁵⁴⁾ solutos esse volunt solis illis rebus, per quas supersticio illorum pollui videtur.

Es erklärt sich dieses daraus, weil die Juden in mehreren Provinzen des Römischen Reichs das Bürgerrecht erhalten hatten, darum konnten und mussten sie auch Vor-

53) In Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 1601.

54) Dies war die Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, deren Ulpian libro III. de officio Proconsulis L. 3. §. 5. D. de Decurionib. gebent.

mundschaften übernehmen, wie Ezechiel Spanheim⁵⁵⁾ gezeigt hat. Allein unter den *non Judaei* sind hier nicht Christen, sondern *Gentiles*, Heiden zu verstehen, wie ebenfalls Spanheim⁵⁶⁾ ausführlich bewiesen hat. Denn die Christen waren ja unter den heidnischen Kaisern den härtesten Verfolgungen ausgesetzt, daher sorgte auch der Staat nicht für deren Kinder. Ulpian, den Modestin, dessen Lehrer er war, hier vor Augen hatte⁵⁷⁾ hatte im siebenten Buche seines Werkes *de Officio Proconsulis* die Rescripte der Kaiser gegen die Christen gesammelt, wie aus einer Stelle des Lactantius⁵⁸⁾ erhellet, wo er sagt: *Domitius de officio Proconsulis libro septimo, rescripta Principum nefaria collegit, ut doceret, quibus poenis affici oporteret eos, qui se cultores Dei confiterentur.*

Soviel ist indessen gewiß, daß nach der Analogie des neuern Römischen⁵⁹⁾ und des Canonischen Rechts⁶⁰⁾, so wie nach der heutigen Praxis die Juden keine Vormundschaft über Christen führen dürfen⁶¹⁾. Eben so darf

55) Orbis Rom. Exercit. I. Cap. 16. pag. 99. sq.

56) Cit. loc. pag. 100. sq. S. auch Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. 15. §. 6. D. de excusat. pag. 463.

57) In der L. 6. §. 5. D. de Excusat. führt Modestin eine lateinische Stelle aus Paulus an, in welcher des Werks des Ulpianus *de Officio Proconsulis* gedacht wird. S. Ev. Otto de Aedilib. Coloniari. et Municipior. Cap. VII. §. 2. pag. 225. sq.

58) *Divinar. Institution.* Lib. V. cap. 11. in fin.

59) L. 19. Cod. de Judaeis. (I. 9.)

60) Cap. 18. X. de Judaeis. (V. 6.)

61) Jo. SCHILTER *Prax. iuris Rom. in for. Germ. Exercit.* XXXVII. §. 15 — 21. Sam. STRYK Us. mod. Pand.

8) der Ehemann nicht Curator seiner Frau werden. Auch nicht der Schwiegervater Curator seiner Schwieger-tochter. Es ist dieses Verbot nach der Analogie des unterm Kaiser Marcus gemachten *Senatusconsultum*, welches den Vormündern die Heyrath mit ihren Pflegbefohl-nen untersagt, eingeführt worden, und die Strafe der Infamie darauf gesetzt, wennemand mit Wissen und Wil-len eine solche Curatel übernimmt⁶²⁾). Die hierher gehö-rigen Gesetzstellen sind.

L. 14. D. de curatorib. furioso et aliis. PAPINIA-NUS lib. V. Responsor. Virum uxori mente captae curatorem dari non oportet.

L. 4. Cod. de excusation. tutor. et curator. Imp. ANTONINUS A. Agatho. Amplissimi ordinis con-sulto, qui pupillam suam uxorem dicit, nuptias contrahere non intelligitur, et tamen infamis con-stituitur. Sed si tu Demetriae, cum eam in ma-trrimonio haberes, *absens et ignorans* curator con-stitutus es: potes esse securus, dum tamen alias substituatur. Non enim debet ignorantia marito-rum, amplissimi ordinis Consulto fraus quaeri.

*h. t. §. 20. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II.
h. t. §. 23. PAUL. MONTANUS de iure tutelar. et cura-tion. Cap. IV. nr. 32 — 40.* Eine Ausnahme wollen jedoch einige in dem Falle machen, wenn der Vater einen Juden aus besonderem Vertrauen in seinem Testamente zum Vormund seiner Kinder bestellt habe. Es dürfe ihm nur nicht die Erziehung anvertrauet werden. *S. Bed* vom Rechte der Juden. *Kap. IX. §. 2. und Jo. Siegm.* THIEL Princip. iurisprud. iudaicae. (*Halae 1790. 8.*) §. 170. pag. 109.

62) *S. PÜTTMANNI Interpretation. et Observation. iur. Rom. Cap. 3.*

L. 17. C. eodem. Impp. GALLIENUS et VALEBRIANUS AA. Epagatho. Licet orationis sub DIVO MARCO habitae verba deficiant: is tamen, qui post contractas nuptias nurui suae curator datur, excusare se debet, ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat.

L. 2. Cod. Qui dare tutores vel curator. possunt. Imp. ALEXANDER A. Artemisiae. MARITUS, etsi rebus uxoris suae debet affectionem, tamen curator ei creari non potest.

Diesen ist nicht entgegen, wenn Justinian §. 19. *J. de excusat.* sagt: Jidem, (sc. Divi SEVERUS et ANTONINUS) rescripserunt, maritum uxori suae curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat. Denn dieß ist nicht von einer freywilligen, sondern von einer nothwendigen Excusation zu verstehen, so daß excusare se posse hier eben so viel heißt, als excusare se debere, wie in der angeführten *L. 17. Cod. eodem*⁶³⁾. Es ist auch nicht nöthig, mit Walch⁶⁴⁾ anzunehmen, daß durch die von Justinian angeführte Constitution der Kaiser Severus und Antoninus der *L. 4. C. de excu-*

63) Daß posse für debere, oportere, gebraucht wird, ist in unsern Gesetzen nichts Ungewöhnliches, wie Cujacius Observation. Lib. XXI. cap. 12. und RITTERHUSIUS ad Pauli Recept. Sentent. Lib. IV. Tit. 14. §. 1. (in Ant. SCHULTING Jurispr. Antejust. pag. 427.) aus mehrern Beispiele bewiesen haben. Man vergleiche auch HANNECII Diss. de marito tute et curatore uxoris legitimo. Cap. I. §. 22. (in Opusculor. varior. Syllog. Exercit. XXIV. pag. 856. sq.)

64) Ad HOPPI Comment. ad Institut. Lib. I. Tit. 25. §. 19. Not. a. pag. 250.

sat. derogirt worden, und die Strafe der Infamie bey erfolgter Excusation erlassen sey, wenn auch gleich der Ehemann schon angefangen habe, sich mit der Verwaltung der Vormundschaft zu befassen; sondern es ist vielmehr, wie Püttmann⁶⁵⁾ gezeigt hat, die Stelle der Institutionen aus der L. 4. cit. zu erklären. Hat nämlich der Ehemann, der vielleicht ohne sein Wissen, oder in der Abwesenheit zum Curator seiner Frau bestellt worden, sich auch in die Angelegenheiten seiner Frau gemischt, aber nicht als Curator, sondern als Ehemann aus ehelicher Zuneigung, so darf er keine Infamie befürchten, wenn er die Curatel, wie ihm das Gesetz gebietet, von sich ablehnt. Der Grund des gesetzlichen Verbots ist übrigens der nämliche, wie bey dem Verbot der Ehe des Vormundes mit seiner Pflegbefohlnen. Man besorgt, die Frau werde sich nicht unterstehen, von ihrem Manne Ablegung der Rechnung zu fordern. Man hat daher das Senatusconsultum⁶⁶⁾ sogar auf den Bräutigam ausgedehnt, und auch diesem die Curatel über seine Braut untersagt⁶⁷⁾.

Man verwechsle diese Vormundschaft über die Frau, von welcher das Römische Recht den Ehemann ausschließt,

65) Interpretat. cit. Cap. 5. pag. 11. sqq. Man sehe auch Jan. a Costa Comment. ad §. 19. J. de excusation.

66) S. Arn. VINNIUS Comment. ad §. 19. J. de excusat. nr. 2. in fin.

67) L. 1. §. 5. D. de excusat. MODESTINUS lib. I. Excusation. Οὐκ ἔξεστιν κουρατορεύειν μην στῆρα μην στῆς, ὡς ή σύγχλητος λέγεται χείροτονθεῖς δὲ ο τοιοῦτος ἀπολυθήσεται. Non potest curator esse sponsae sponsus, ut Senatus dicit: creatus autem talis absolvetur.

nicht mit der an mehreren Orten Deutschlands üblichen Geschlechtsvormundschaft, welche dem deutschen Ehemann gebührt, und mit dem Missbrauche des weiblichen Vermögens verbunden ist⁶⁸⁾). Den Römern war sie in dieser Art nicht bekannt⁶⁹⁾), sie macht auch der Vormundschaft, unter welcher die Frau vor ihrer Verheirathung stand, kein Ende, sondern diese dauert fort, bis die Frau die Majorenntät erreicht hat⁷⁰⁾). Denn der Geschlechtsvormund ist kein eigentlicher Tutor oder Curator, sein Verhältniß besteht blos darin, daß er der Frau bei Geschäften von Wichtigkeit, z. B. bey den gerichtlich vorzunehmenden, oder eine Veräußerung betreffenden Handlungen, seine Einwilligung ertheilt⁷¹⁾). Bey dieser kommt es auch auf kein gewisses Alter an. Sie hat jedoch durch Einführung des Römischen Rechts an den meisten Orten aufgehört⁷²⁾.

68) S. HEINECCI Dissertat. cit. Cap. II. §. 16. (*Opuscul.* pag. 856. sq.)

69) HEINECCII Diss. cit. Cap. I. §. 25. (*Opusc.* pag. 857.) HOFACKER Princip. iur. ciy. R. G. Tom. I. §. 711.

70) Man sehe *Tob. Jac. REINHARTH* Diss. sistens genuinas curae sexus et aetatis differentias, cum usu practico. Erford. 1728. §. 51. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 247.

71) S. REINHARTH Diss. cit. §. 23 — 55. Dazu Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 632. und Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 581. (der dritten Ausg.)

72) S. HEINECCI Dissertat. cit. Cap. II. §. 19. Dazu a. a. D. §. 632. §. 163. Mittermaier a. a. D. §. 580. §. 698.

§. 1301. a.

Regel. Einige streitige Fälle. Schreibensunkundige. Stiefväter.

Noch ist bey der Beurtheilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vormünder die allgemeine Regel zu bemerken, daß wenn der Richter aus dem Zusammenhange der Umstände ersieht, daßemand, ohne den offebaren Nachtheil des Pupillen, zum Vormund desselben nicht bestellt, oder bestätigt, oder beybehalten werden kann, er solchen entfernen müsse⁷³⁾). Daher sind manche Vormünder nicht schlechterdings auszuschließen, sondern unter gewissen Umständen zulässig, oder unzulässig. Dies ist

I. der Fall bey denen, welche unkundig im Lesen und Schreiben sind. Von diesen sagt Justinian §. 8. *J. de excusat. tutor. et curat.*

Similiter eum, qui litteras nescit, excusandum esse, Divus Pius rescripsit: quamvis et imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

Daß hier die Ausdrücke *litteras nescire*, und *imperiti litterarum* von solchen Personen zu verstehen sind, die weder lesen noch schreiben gelernt haben, darin sind alle Ausleger einverstanden. Franz Duarenus⁷⁴⁾ hat

73) *L. 3. §. 12. D. de suspect. tutor. Utilitatem enim pupillorum Praetorem sequi oportet, non scripturam testamenti vel codicillorum. L. 10. D. de confirm. tutor. L. 45. §. ult. D. de excusat. S. MÜLLENBRUCH doctrina Pandectar. Vol. II. §. 515. in fin.*

74) Disputation. anniversariar. Lib. I. cap. 5. (*Operum Francofurti 1592. f. editor. pag. 1031.*) Man vergleiche auch Pet. GRANGIANUS Paradoxor. iur. civ. Cap. 45. (in *Thes. J. Rom. Otton. Tom. V.* pag. 655.)

diese Bedeutung aus so vielen Stellen und Zeugnissen der Classiker bewiesen, daß Ulrich Huber⁷⁵⁾ nicht ohne Grund die nimia et pene misera diligentia tadelst, mit welcher Duaren dasjenige zu beweisen bemüht gewesen, woran noch Niemand gezweifelt habe. Obwohl nicht zu läugnen ist, daß das Wort litterae auch häufig sowohl in den Gesetzen, als bey den Classikern in der Bedeutung von Künsten und Wissenschaften gebraucht wird, wie Anton Matthäi⁷⁶⁾ und Brissoniūs⁷⁷⁾ gezeigt haben. Die Constitution des Kaisers Antoninus Pius, worauf sich hier Justinian bezieht, ist vielleicht die nämliche, welche auch Paulus bey Modestin *libro secundo Excusationum* anführt, woraus die L. 6. §. ult. D. de excusation. genommen ist, wo es heißt: .

De rusticis autem, et humilibus, et illiteratis scribit PAULUS ita: Mediocritas et rusticitas interdum excusationem praebent, secundum epistolas Divorum HADRIANI et ANTONINI. Eius, qui se neget LITTERAS SCIRE, excusatio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum.

Viele haben zwischen diesen beyden Stellen einen Widerspruch zu finden vermeint, und sich daher auf verschiedene Art bemüht den Knoten zu lösen. Der Irrthum des Cujaz⁷⁸⁾, daß dasjenige, was Modestin aus Paulus

und Jan. a Costa Commentar. ad §. 8. Institut. de Excusationib. pag. 129.

75) Digression. Iustinianear. P.I. Lib.III. Cap.25. §.1.
pag. 241.

76) Commentar. ad Institut. §. 8. de excusat. pag. 507.

77) De Verbor. iuris Significat. voc. *Litterae*.

78) Commentar. ad Tit. Pandectar. de Excusationibus, ad L. 6. §.ult. h. t.

Ius anführt, von Antoninus Pius abgeändert worden seyn, fällt zwar in die Augen. Denn Paulus und Modestin lebten ja erst lange nach Antonin; und dann führt auch Paulus selbst die *epistola Divi ANTONINI* an, welches keine andere gewesen zu seyn scheint, als diejenige, deren Justinian gedenkt. Marcilius und Janus a Costa⁷⁹⁾ haben daher diese Meinung mit Recht verworfen.

Ob aber auch diese den Kaiser Justinian richtig verstanden haben, ist sehr zweifelhaft. Sie sagen, Justinian führe hier zuerst das ältere Recht nach einer Constitution des Kaisers Antoninus Pius an, nach welcher diejenigen zu entschuldigen seyn sollen, welche weder lesen noch schreiben können. Dieses ältere Recht habe Justinian hier erweitert, und das Neue hinzugefügt, daß die im Lesen und Schreiben Unkundigen entschuldiget seyn sollen, wenn auch gleich solche Unkundige sonst Geschäfte zu verwalten vollkommen tüchtig wären, nämlich wegen der Errichtung eines Inventars, und wegen Ablegung der Rechnung. Hierdurch habe Justinian das Recht abgeändert, welches zu Modestins Zeiten gegolten habe, und wodurch jenes ältere Recht beschränkt worden sey. Man müsse hier also ein dreyfaches Recht unterscheiden, das ältere des Antoninus, das mittlere des Modestinus, und das neuere von Justinian.

Diese Erklärung hat nun zwar von der einen Seite die Paraphrase des Theophilus für sich, in welcher es heißt: *εἰ καὶ τὰ μάλιστα καὶ οἱ αγνοῦντες γράμματα ἔστιν ὅτε δύνανται ἀλλοτρίας δοκεῖν περιου-*

79) Commentar. ad §. 8. Institut. de Excusationib.
pag. 129. sq.

olac: id est, quamvis et imperiti litterarum quam maxime aliquando aliena patrimonia administrare possint. Auf der andern Seite aber scheint ihr Erstens der Zusammenhang dieses Paragraphen mit dem unmittelbar vorhergehenden entgegen zu stehen. Justinian verbindet diesen Paragraphen mit dem vorhergehenden durch das Wort *Similiter*. Nun spricht er in dem §. 7. von der Krankheit, und erklärt diese nur in so fern für eine Entschuldigungsursache, als sie den Berufenen hindert, seinen eignen Geschäften vorzustehen. Dies muß also auch bey der Unkunde im Lesen und Schreiben angenommen werden. Sollte also der Schreibensunkundige dennoch Geschäftstüchtigkeit besitzen, und so, wie sein eigenes Vermögen, auch fremdes zu verwalten im Stande seyn; so kann er sich nicht excusiren⁸⁰⁾). Zweyten streitet es auch ganz gegen Justinians bekannten Charakter ein altes Recht abzuändern, ohne dieses ausdrücklich, und zugleich etwas dabey zu seinem eignen Lobe zu sagen⁸¹⁾).

Daß aber Justinian den Ausdruck *litteras nescire* in einer andern Bedeutung genommen haben sollte, als Paulus, wie Anton Muretus⁸²⁾, und Anton Matthäi⁸³⁾ meinen, ist höchst unwahrscheinlich. Sie unterscheiden nämlich zweyerley Arten von *imperitis littera-*

80) S. besonders *Marci LYCKLAMA a NYKHOLT Membranar.*
Lib. I. Ecclog. 12.

81) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Roem. Rechts. §. 9. S. 41. (Der 2. Ausg.)

82) Comment. ad §. 8. J. de excusat. bey Jan. a COSTA pag. 150.

83) Comm. ad Institut. cit. §. 8. de excusat.

rum, 1) solche, die nicht studirt haben, und 2) solche, die nicht schreiben noch lesen können. Von letzteren rede Justinian. Diese seyen völlig entschuldiget, weil sie keine Rechnung ablegen können, wozu die Schreibkunst erfordert werde. Erstere aber hätten keine Entschuldigung, und von diesen rede Paulus. Allein so wenig Paulus den Ausdruck *nescire litteras* in einer andern, als der gewöhnlichen Bedeutung genommen hat; eben so wenig war es gewiß Justinians Absicht, die *imperiti litterarum* ganz von der Bürde der Zutel zu befreien. Mag auch vielleicht das Rescript des Kaisers Antoninus allgemein gefaßt gewesen seyn, welches doch noch zu bezweifeln ist; so ward es doch nicht so allgemein verstanden, wie die Stelle des Paulus ganz bestimmt sagt. Die Stelle der Institutionen ist daher ganz gewiß nicht ohne alle Einschränkung zu verstehen, wie auch die meisten Ausleger dafür halten. Es sind noch zweyerley Erklärungen übrig.

Einige⁸⁴⁾ erklären nämlich die Worte: *quamvis et imperiti litterarum* etc. für eine Ausnahme, wie bei Paulus, welcher sie deutlich ausgedrückt habe. Nichts anders habe auch Justinian sagen wollen. Wenn also der Schreibensunkundige sonst zur Geschäftsverwaltung nicht untüchtig ist, so könne er auch Vormund seyn, und

84) *Franc. DUARENUS Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 5.*
Jos. NERIUS Analector. Lib. II. Cap. 12. (in Thes. J. R. OTTON. Tom. II. pag. 409.) Jul. PACIUS Evartrio-
φανερος Legum conciliatarum Centur. V. Qu. 81.
Jo. Jac. WISSENBACH Disputat. ad Instituta Imp.
Disp. VIII. §. 27. Helf. ULR. HUNNIUS Resolution. iuris
civ. Lib. I. Tract. IV. Qu. 24. Herm. VULTEJUS Discep-
tation. Scholast. cap. 7. und Ev. OTTO Comm. ad §. 3.
J. de excusation.

habe keine Excusation. Das Inventar, und die Rechnungen könne er allenfalls durch einen Andern versetzen lassen, zumal wenn das Vermögen des Pupillen nicht beträchtlich ist, und überdem der Wurmund ein gut Gedächtniß hat. Andere⁸⁵⁾ wenden dagegen ein, es streite gegen den lateinischen Sprachgebrauch, *quamvis* durch nisi, und also von einer Ausnahme zu erklären. Diese Erklärung sey auch der griechischen Paraphrase des Theophilus zu wider. Der Sinn des §. 8. *J. de excusat.* sey vielmehr folgender. Unkunde im Lesen und Schreiben entschuldige zwar nach der Verordnung des Kaisers Antoninus Pius. Jedoch sey dies nicht so zu verstehen, als ob sie immer und schlechterdings entschuldige, sondern nach Besinnen der Umstände, wenn nämlich die Tute so mühsam und weitläufig ist, daß sie wegen der Schwierigkeit der Rechnungsablegung, ohne die Schreibkunst zu verstehen, in dem vorliegenden Fall nicht wohl verwaltet werden könne. Ein solcher Unkundiger dürfe nicht einmal zur Wurmundschaft berufen werden, wenn er auch zu einer andern Geschäftswelt geschickt seyn sollte, weil es viel zu unsicher sey, sich auf sein Gedächtniß zu verlassen, und zur Aufzeichnung der Ausgaben und Einnahmen sich fremder Hilfe zu bedienen. Wäre hingegen das Vermö-

85) *Arn. VINNIUS* Commentar. ad §. 8. *J. de excusation.*
Ulr. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. I. Tit. 25. §. 8.
Emund. MERILLIUS ad §. 8. *J. de excusat.* *Franc. BROBUS* Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 8. eund. pag. 163. *Hug. DONELLUS* Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 9. et 10. (Vol. II. pag. 112. edit. Norimb. 1805.) und *Car. Frid. WALCH* ad *Hoppii* Commentat. in Institut. Lib. I. Tit. 25. §. 8. Not. a. pag. 219.

gen eines Pupillen gering, und die Vormundschaft unbedeutend, so daß sie im Nothfall auch wohl ein Schreibensunkundiger verwalten kann, so finde blos aus dem Grunde einer Unkunde im Schreiben keine Entschuldigung Statt. Dies scheint mir die richtigste Erklärung zu seyn. So steht auch Justinian mit Paulus im vollkommenen Einklange⁸⁶).

II. Auch der Stiefvater ist kein schlechterdings unzulässiger Vormund⁸⁷). Dieses ergiebt sich aus folgenden Gesetzstellen.

L. 32. §. 1. D. de adopt. PAPINIANUS Lib. XXXI. Quaestionum. Imperator TITUS ANTONINUS rescriptsit, privignum suum tutori adoptare permittendum.

L. ult. Cod. de contrario iudicio tutelae. Impp. DIOCLETIAN. et MAXIM. Si pater tuus, quem pri-

86) Man vergleiche noch *Franc. BALDUINI Comm. in Institut. ad §. 8. J. de excusat.* pag. 143. *Franc. HOTOMANI Commentar. ad Tit. Institut. de excusat. tutor. et curator.* Nr. III. pag. 95. *LYCKLAMA a NYBOLT Membranar.* Vol. I. Lib. I. Eccl. 15. *POTHIER Pand. Iustinian.* Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 1. Nr. XIX. Not. b. pag. 128. *THIBAUT System des Pand. Rechts.* I. B. §. 501. a. E.

87) *Jac. CUCACIUS Observation.* Lib. VI. Cap. 29. *Pet. MÜLLER ad Struvii Syntag. iur. civ. P. II. Exercit.* XXXI. Th. 50. Not. γ. pag 538. *Henr. HAHN Observata th. pract. ad Wesenbeciam.* Lib. XXVI. Tit. 1. Verb. *Qui vitricus sit pupillo.* pag. 224. und *Car. Frid. WALCH Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I.* Cap. II. Memb. III. §. 10. besonders aber *Ern. Martin. CHLADEKII Dissert. de vitrico tuteore privigni minus suspecto.* Vitembergæ 1761. 4.

vigni sui tutelam administrasse proponis, testamento recte facto, pupillo etiam quondam suo herede instituto, decessit: quoniam non nisi pro portione hereditaria tutelae petitionem confusione constet extingui, pro residua parte succedentem patri, tutelaē te convenit apud competentem iudicem reddere rationem, qui secundum bonam fidem eorum etiam, quae patrem tuum in rem eius erogasse dicis, admissa compensatione, reliqui si quid amplius debetur, faciet condemnationem.

L. 2. C. de interdicto matrim. Imp. ALEXANDER.
Mater pupillae cum tute filiae suae — nuptias contrahere non prohibetur.

Mehrere Rechtsgelehrten⁸⁸⁾ glauben zwar, daß dieses nur das ältere Recht sey, welches den Stiefvater zulasse. Dieses sey aber durch das neuere Recht aufgehoben worden, nach welchem die Mutter nur unter der Bedingung zur Vormundschaft ihrer unmündigen Kinder gelassen werden soll, wenn sie der zweyten Ehe entsagt, und die Vormundschaft verlieren soll, wenn sie zur andern Ehe schreitet⁸⁹⁾.

88) *Diodor. TULDENUS Commentar. ad Cod. Iustin. (Lovanii 1651. f.) Lib. V. Tit. 55. nr. 6. pag. 343. Matth. WESENBECIUS Comm. in Pand. iuris civ. Lib. XXVI. Tit. 1. nr. 6. pag. 814. Reinh. BACHOV Eccl Not. et Animadvers. ad Hieron. Treutlerum. Vol. II. Part. I. Disp. VIII. Th. 5. Lit. B. ad verb. *adeo ut vitricum excludat.* pag. 419. Just. Henn. BOEHMER Consultation. et Decision. iuris. Tom. III. P. II. Resp. 436. Qu. 8. pag. 792. und Jo. Henr. de BERGER Oeconom. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 10. Not. 1.*

89) *L. 1. Cod. Ubi pupillus educari deb. (V. 49.) L. 2. C. Quando mulier tut. officio fungi pot. (V. 55.) Nov. XXII. cap. 38.*

Kann also die Mutter selbst, wegen des Stiefvaters, nicht mehr Vormünderin bleiben, so könne der Stiefvater selbst noch viel weniger zur Vormundschaft gelassen werden. Ueberhaupt traue man auch dem Stiefvater die gute Gesinnung gegen die Stieffinder gar nicht zu⁹⁰), die bey einem Vormund vorausgesetzt werde, welcher Vaters Stelle vertreten soll, wenn nicht etwa der vom Vater den Kindern bestellte Vormund die Mutter derselben gehyrathet haben, oder der Stiefvater der nächste Verwandte, und also der gesetzliche Vormund der Kinder seyn sollte, und hiermit jener Verdacht beseitigt ist.

Allein man denke ja nicht, als ob die Gesetze, wenn sie der Mutter die Vormundschaft und Erziehung ihrer Kinder nur so lange gestatten wollen, als sie nicht zur zweyten Ehe schreitet, deswegen die Gesinnung des Stiefvaters gegen die Stieffinder für verdächtig hielten. Wäre dies, so hätten sie ja wohl die Vormundschaft des Stiefvaters nie genehmigen können, für welche doch die oben angeführten Gesetze sprechen. Nein, die Gesetze trauen nur

90) CARPOV in Jurispr. for. P. II. Const. X. Def. 25. nr. 4.

sagt unter andern: *Vitricus in dubio praesumitur odio habere privignos; und an einem andern Orte P. II. Const. XI. Def. 42. nr. 5. Subest periculum, ne vitae privigni insidietur vitricus.* Allein eine bessere Melnung hegt *SIM. & GROBNEWEGEN Tract. de Legibus abrogatis et inusitatibus.* P. III. ad Tit. Cod. *Ubi pupilli educari debeant.* nr. 2. pag. 211. *Haec autem tam tetrica atque funesta praesumtio, quod vitrici privignos suos odio prosequi, eorumque vitae insidiari velle credantur, licet forte iure merito cadat in Italos, a morum nostrorum simplicitate atque integritate omnino aliena est, ideoque hodie pupilli passim educantur apud matrem, quamvis ad secunda vota transierit.*

der Mutter nicht, die ihre Hand und Herz einem neuen Gatten geschenkt hat. Von dieser befürchten sie blos, ihre Gesinnungen gegen die Kinder möchten durch Eintretung eines Stiefvaters sich ändern, sie werde die Liebe, die sie vorher gegen ihre Kinder gehabt hat, nun ihrem zweyten Manne zum Opfer bringen, und hiermit die Sorge für ihre Kinder erster Ehe vernachlässigen, zumal wenn die neue Ehe auch mit Kindern gesegnet seyn sollte ⁹¹⁾). Ueberdem aber zeigt sich auch in jenen gesetzlichen Verordnungen, welche der Mutter nur unter der Bedingung, wenn sie nicht zur andern Ehe schreitet, die Vormundschaft über ihre Kinder einräumen, eine unverkennbare Abneigung der Gesetze gegen die zweyte Ehe. Daß sie aber gegen den Stiefvater selbst, als solchen, nichts haben, beweisen nicht nur die angeführten Gesetze, die von der Vormundschaft des Stiefvaters sprechen, sondern man sieht es auch noch mehr daraus, weil sie sogar von einem paterno affectu des Stiefvaters gegen die Stiefländer reden, wie aus einer Verordnung des Kaisers Gordian ⁹²⁾ erhellet. Der Schluß, den man also von der mater binuba auf den vitricus macht, ist offenbar unrichtig. Der Name macht den Stiefvater nicht verdächtig, sondern ein suspectus tutor ist, wie Ulpian ⁹³⁾ sagt, nur derjenige, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Der Stiefvater kann

91) Hierauf geht, wenn R. Constantin in der L. 22. Cod. de administr. tutor. sagt, er habe die Minderjährigen contra feminas immoderatas atque intemperantes in seinen Schutz nehmen müssen, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.

92) L. 15. Cod. de negot. gestis. (II. 19.)

93) L. 8. D. de suspect. tutor.

aber ein achtbarer Mann seyn, der gegen die Stieffinder die besten Gesinnungen hegt. Wie könnte hier der Richter einiges Bedenken finden, einen solchen Stiefvater zum Vormund seines Stieffindes zu ernennen? Ist freylich der Stiefvater ein Mann, der wegen seines Lebenswandels im übeln Ruf steht, oder seine eigennützige schlechte Gesinnung gegen die Stieffinder schon bey Gelegenheiten bewiesen hat, so wäre es bedenklich, einen solchen Stiefvater zum Vormund zu bestellen. Dann schließt ihn aber nicht die Eigenschaft eines Stiefvaters von der Vormundschaft aus, sondern seine Aufführung, sein schlechter Charakter macht ihn verdächtig. So harmonirt Theorie und Praxis⁹⁴⁾.

94) MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decis. 330. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 24. STRUV Synt. juris civ. P. II. Exercit. XXXI. §. 50. JO. FRID. OLBARIUS in Diss. de affectu vitri ci paterno. Lipsiae 1718. LÜD. MENCKEN Synops. Pand. h. t. §. 3. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 501. a E. und SCHWEPPPE Röm. Privatrecht. §. 735. Nach dem allgem. Preuss. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 159. sind jedoch Stiefväter in der Regel nicht, wohl aber in besondern Fällen, wo nach richterlichem Ermessen ein erheblicher Vortheil für die Pflegebefohlten davon zu erwarten ist, ihren Stieffindern zu Vormündern zu bestellen. Auch das Bayerische Landrecht, (Codex Maximilian. Bavanicus civil.) 1. Th. Kap. 7. §. 3. schließt Stiefväter aus, wofern nicht eine besonders erhebliche und von der Obrigkeit gut befundene Ursache deren Zulassung rechtfertigt, wobei denn vorzüglich auf die Eigenschaften der Person, und deren sittliches Verhalten gesehen wird. S. KREITMAYER's Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 3. Nr. 6. S. 598. Die Churfächl.

§. 1502.

Inwiefern gilt die Regel: *Tutorem habenti tutor non datur, sed curator?*

Zuweilen wird einem Pupillen, der schon einen Tutor hat, ein anderer Vormund gegeben. Hier entsteht nun die Frage, wenn ein solcher Vormund Tutor heiße, wenn *Curator*⁹⁵)? Das Römische Recht giebt zwar die Re-

sche Vormundschaftsordnung Kap. 8. §. 1. läßt hingegen Stiefsväter zur Vormundschaft ihrer Stiefsöhner gar nicht zu. S. HAUBOLD ad *Bergeri Oeconomie Tom. I.* pag. 204. Not. h.

- 95) Man vergleiche über diese Frage *CURACIUS* in Not. ad *Institut.* ad §. 5. de *Curator.* Id. in *Comm.* ad Tit. *Pand.* de *excusationib.* in L. 8. — 12. IDEM in *Paratitl.* in *Libr. V.* Tit. 56. *Cod.* et in *Recitation.* *solemn.* in *Cod.* ad Tit. 56. *Lib. V.* in *quibus casibus tutorem vel curatorum habenti tutor vel curator detur.* *GRIMANIUS* *Explanat.* *difficilior.* ac *celebrior.* *Legg.* *Cod.* ad L. 4. eiusd. Tit. p. 461. sqq. *DONELLUS* *Comm.* de *iure civ.* *Lib. III.* Cap. II. §. 11. et Cap. 18. §. 19 — 21. (Vol. II. pag. 17. et pag. 250. sq. edit. noviss. *Norimb.*) *Reinh. BACHOV* *Echt Not.* et *Animadversion.* ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. IX. Th. 1. Litt. C. pag. 462 — 464. *Ulr. HUBER* *Digression.* *Iustinian.* *Lib. III.* cap. 19. pag. 229 — 251. *Jos. FINESTRES* et *de MONSALVO* *Hermogenian.* ad L. 10. §. 1. D. de *legitim.* *tutor.* §. 6. pag. 551. *Arn. VINNIUS*, *Franc. BALDUINUS*, *Franc. HOTOMANUS*, *Jan. a COSTA*, und *Ev. OTTO* in *Commentar.* ad §. 5. J. de *curator.* *Alfr. SCHWEPPPE* von der *Curatel* über *Pupillen.* (in dem jurist. *Magazin* 1. B. 1. Heft. (Altona 1818. 8.) Nr. VIII. S. 110 — 115. und desselben *Röm. Rechtsgeschichte* und *Rechtsalterthümer* §. 429 — 451. S. 618 — 624. Egid. von Löhr von der *Cura* über *Unmündige*, (im neuen *Magazin*

gel: *Tutorem habenti tutor dari non potest*⁹⁶); diese Regel hat aber so viele Ausnahmen, daß es schwer ist, streng zu bestimmen, wenn einem Unmündigen, der schon einen Tutor hat, ein Tutor, und wenn ihm ein Curator gegeben werde. Einer der wichtigsten Stellen ist wohl die in den Institutionen Lib. I. Tit. 23. §. 5. *de Curatoribus*, welche folgendermassen lautet:

Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta, si legitimus eorum tutor non sit idoneus: quia *habenti tutorem tutor dari non potest*. Item si testamento datus tutor, vel a Praetore, vel a Praeside idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adiungi. Item in locum tutorum⁹⁷), qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.

Nach dieser Stelle erhält also, wegen der angegebenen Regel, der Pupill einen Curator, 1) wenn der gesetzliche Vormund desselben zur Verwaltung untüchtig ist; 2) wenn der testamentarische oder obrigkeitlich bestimmte Tutor zwar

für Rechtswissensh. und Gesetzgebung 1. B.
(Gießen 1820.) oder 5. Bandes 4. Heft. Nr. XIII.
§. 453—454.) und Christ. Frid. MÜHLENBRUCH Doctr.
Pandect. Vol. II. §. 552. pag. 201. (edit. sec. emend.
Halae 1827. 8.)

96) §. 5. J. de *Curator*. L. 27. pr. de *testam. tut.* L. 10.
D. de tutorib. et curator. datis. L. 9. Cod. Qui pe-
tant tutores. (V. 51.) L. 4. Cod. In quibus casib.
tutor. vel curatorem habenti tutor vel curat. dari po-
test. (V. 56.)

97) Halaander, Russard und Charondas lesen Item
loco tutorum. Biener in *loco tutorum.*

untauglich ist, sich aber doch bey der Verwaltung der Geschäfte des Mündels keines Betrugs schuldig gemacht hat, und 3) wenn der Tutor nicht auf immer, sondern nur eine Zeitlang excusirt wird. *Theophilus* hat zur Erläuterung dieser Stelle nichts hinzugefügt, sondern sie beynaher wörtlich in seine Paraphrase übertragen; er hebt nur den ersten Satz noch mehr hervor, indem er sagt: *Ideo enim alius tutor non datur, sed curator, quia regula est, quae dicit: tutorem habenti tutor dari non potest.* Soviel ist indessen gewiß, daß in dieser Stelle nicht alle Fälle, wo die Obrigkeit dem Unmündigen einen Curator bestellen kann, angegeben sind. Dahin gehören noch folgende: a) wenn der Wurmund wegen des Anwachsens der Geschäfte dieselben allein zu besorgen nicht mehr im Stande ist, oder wenn wegen der großen Entlegenheit einiger Güter des Pupillen eine besondere Aufsicht in Ansehung derselben nöthig ist, weil diese entfernte Lage dem Tutor, der für das ganze Vermögen bestellt worden, die Verwaltung dieser Güter allzu beschwerlich ja unmöglich macht⁹⁸⁾. b) Wenn ein Geschäft zwischen dem Tutor und dem Pupillen selbst zu verhandeln ist; z. B. es entsteht zwischen beyden ein Prozeß⁹⁹⁾; oder c) wenn Ansprüche unter ihnen entstehen, welche zu reguliren sind¹⁰⁰⁾. d) Wenn der Tutor eine Excusation vorschüttet, und diese einer gerichtlichen Erörterung bedarf¹⁰¹⁾. Und wenn auch

98) *L. 9. §. 9. L. 39. §. 7. D. de administrat. et peric. tutor. L. 5 et 5. Cod. In quib. casib. tut. vel curat. habenti tut. vel curat. dar. pot. L. 11. C. de Excusat.*

99) §. 5. *J. de auctorit. tutor.* (I. 21.)

100) *Nov. LXXII. cap. 2.*

101) *L. 17. §. 1. D. de appellat.*

in diesen Fällen der beygeordnete Vormund Curator genannt wird; so kann doch in mehreren derselben ausnahmsweise auch eben sowohl ein Tutor gegeben werden. Es läßt sich darüber keine bestimmte Regel angeben. Nur dann, wenn der bisherige Vormund blos von der Verwaltung entfernt wird, ohne daß er aufhören soll, wenigstens den Namen nach Vormund zu seyn, oder wenn zwischen dem Vormund und Pupillen ein Proceß entsteht, und in diesen Fällen ein Vormund bezuordnen ist, wird derselbe nicht Tutor, sondern immer Curator genannt, so wie hingegen, wenn ein Vormund zu einem solchen Geschäft verordnet wird, welches nicht durch den Vormund allein verrichtet werden kann, sondern der Pupill selbst vornehmen muß, und also eine auctoritas nothwendig ist, ein solcher Vormund nie Curator, sondern Tutor heißt. Es läßt sich dieses auch sehr leicht erklären. Denn 1) ist ein Tutor als suspect removirt worden; so hört er durch die Entfernung allein nicht auf Vormund zu seyn, sondern er verliert erst durch die Anstellung eines neuen Vormundes die Tutele, so wie derjenige, welcher sich aus rechtmäßiger Ursache excusirt hat. Gajus²⁾ sagt, es sey dieses durch ein Senatus-consultum eingeführt worden. Soll also der als suspect removirte Vormund aus Schonung nicht aufhören Tutor zu seyn, so darf an seine Stelle kein neuer Tutor gesetzt werden. Es ist also sehr natürlich, daß der ihm beygeord-

2) *Institution. Commentar. I. §. 182.* Praeterea Senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo dato prior tutor amittit tutelam.

nnte Wormund kein anderer, als ein Curator seyn könne. Dieses ergiebt sich auch aus folgenden Gesetzstellen.

L. 9. D. de suspect. tutor. MODESTINUS libro singulari de Eurematicis. Si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutela removendus videatur: optimum factum est, curatorem ei potius adiungi, quam eundem cum notata fide et existimatione³⁾ removeri.

L. 9. §. 5. D. de tutelae et rationib. distrah. ULPIANUS libro XXV. ad Edictum. Si tutori curator sit adiunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelae iudicium tutor suspicere, quia tutor maneret.

Hiermit stimmt nun auch vollkommen zusammen, wenn Justinian sagt §. 2. *I. de suspect. tutor.*

Et quidem omnes tutores (*suspecti fieri*) possunt, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores: quare et si legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc erit idem dicendum: dummodo meminerimus, famae patroni esse parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.

Und es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, die letzten Worte für einen unächten Zusatz irgend eines uns verständigen Auslegers zu halten, wofür sie Heinrich Brenkman⁴⁾ halten will. Ulpian, aus dessen libro

3) Einige alte Außgaben, z. B. Baudoza und Merlinus lesen cum nota fidei, et existimationis. Hallo ander, und Ged notata fide mit Hinweglassung des cum.

4) De Eurematicis Diatriba, sive in Herennii Modestini Glück's Erläut. d. Pand. 29. Et. J

XXXV. ad *Edictum* diese Selle genommen ist, hat freylich diese letzten Worte nicht, wie aus L. 1. §. 5. de *suspectis tutor.* erhellet. Daß sie aber doch ächt sind, beweist die Paraphrase des Theophilus, in welcher sie so lauten: *εἰ καὶ ὡς σούσπεκτος ἀποκινηθῆ.* Es ist auch nach den angeführten Gesetzen kein Widerspruch, daß ein Tutor als suspect angeklagt und removirt werden kann, und doch, um ihn zu schonen, wenigstens den Namen eines Tutors behält.

2) Hatte zwischen dem Tutor und seinem Pupillen ein Proces Statt, so wurde chemals, als noch die *legis actiones* im Gebrauche waren, ein anderer Tutor vom Praetor urbanus bestellt, welcher daher *praetorius* oder *praetorianus* hieß⁵⁾, vielleicht weil es die älteste der nur für einzelne Zwecke obrigkeitlich angeordneten Tutelen war, ehe durch die Lex Atilia eine beständige Dativ-Tutel für alle Angelegenheiten der eines Tutors bedürfenden Personen eingeführt wurde⁶⁾. Denn der ordentliche Vormund war hier selbst Parthey, er konnte also in einer ihn selbst

libr. singul. περὶ Εὐρωπατικῶν Commentar. (Lugd. Bat. 1706. 8.) Cap. VI. Nr. V. pag. 97. sq.

5) *Gaius Inst. Commentar. I. §. 184.* Olim cum *legis actiones* in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve *legis actione agendum* erat: nam quia ipse quidem tutor in re sua auctor esse non poterat, aliis dabatur, quo auctore (*suo ordine*) actio perageretur: qui dicebatur *praetorius tutor*, quia a Praetore urbano dabatur. *ULPIANUS Fragm. Tit. XI. §. 24.* nennt ihn *tutor praetorianus*. S. von Broddorff *Institutionen Commentare des Gaius. I. B. §. 184. S. 656. ff.*

6) S. Ed. Gans Scholien zum Gaius. S. 203.

betreffenden Rechtsangelegenheit nicht als Beystand seines Mündels auftreten. Durch einen Stellvertreter konnte auch der Proceß nicht geführt werden; weil die Rechtsregel im Gege war: *Nemo alieno nomine lege agere potest*⁷⁾. Handlungen, welche in einer durch das Civilrecht bestimmten Form vorzunehmen sind, mußte jeder für sich in Person verrichten⁸⁾. Nur für wenige Fälle waren gerichtliche Stellvertreter ausnahmsweise zugelassen⁹⁾. Wie aber nach Aufhebung der alten Gerichtsverfassung auch für Proceße Stellvertreter zugelassen wurden; so fiel nun der *tutor praetorius* weg¹⁰⁾. An seiner Statt

- 7) *L. 125. D. de Reg. iur.* Das *lege agere* bezieht sich jedoch nicht blos auf den Proceß, sondern auch auf außergerichtliche Geschäfte, welche in einer durch das Civilrecht bestimmten Form vorzunehmen sind. Man sehe hier vorzüglich Mühlendorf's Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 5. Not. 56. S. 55. f. der 2. Aufl.
- 8) *L. 18. et 19. D. de auct. tut.* THIOPHILUS Paraphr. gr. ad §. 5. I. eod. tit.
- 9) GAIUS Institut. Commentar. IV. §. 82. *Pr. J. de iis, per quos agere poss.* S. von Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curat. §. 9. (im Magazin für Wissenschaft und Gesetzgebung. 3. Band. Nr. I. S. 64—66.)
- 10) GAIUS Inst. Lib. I. §. 184. *Post sublatas legis actiones quidam putant, hanc speciem dandi tutoris (quoque sublatam esse; sed extra ordinem adhuc) in usu est, si legitimo iudicio agatur.* Was hier mit Cursivschrift eingeschaltet ist, scheint in dieser lückenhaften Stelle, wo nicht gerade mit diesen Worten, doch vielleicht dem Zusammenhange der Rede und der räthselhaften Zusammensetzung der Buchstaben nach, gestanden zu haben. S. von BROCKDORFF Institutionen-Commentars des

wird also jetzt immer ein Curator gegeben, wie die Institutionen §. 3. *de auctoritate tutorum* lehren.

Si inter tutorem pupillumque iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non *praetorius tutor*, ut olim, consti-

Gaius. I. Band. I. B. §. 184. Not. 4. S. 659. An einem andern Orte *Lib. IV.* §. 50. sagt GAIUS noch bestimmt: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulae litigaremus.* Nach der ersten lüdenhaften Stelle des Gaius scheint es indessen, daß doch noch zu den Zeiten dieses Rechtgelehrten wenigstens in einem Falle die Bestellung eines Tutors im Gebrauch geblieben sey. Es erscheint aber auch zugleich hieraus, daß zwischen *legis actio* und *legitimum iudicium* ein Unterschied gewesen sey, wie auch aus GAIUS *Commentar. IV.* §. 11. sqq. et §. 103. et 104. erhelet. Man sehe auch Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts S. 216. und S. 482. und Ed. DORONT *Disquisitiones in Commentar. IV. Institution. Gaji* (*Lugd. Batav. 1822.*) pag. 6. sq. et pag. 145. Es ist daher wohl eine unrichtige Erklärung, wenn Jo. CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani Fragmenta (*Lugd. Bat. 1774. 4.*) pag. 62. die Stelle *Tit. XI. §. 24. Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tatore suo lege, aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat etc.*, so verstehen will, daß das *aut* hier für *id* est zu nehmen sey. Er hält auch die vom Ulpian angegebene Benennung *praetorianus tutor* für einen Fehler des Abschreibers. Von Ulpian's Hand sey *praetorius*.

tuitur, sed *curator* in locum eius datur: quo interveniente, iudicium peragitur, et eo peracto *curator* esse desinit¹¹⁾.

Hierauf geht auch die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian.

L. 5. C. de in litem dando tuteore vel curatore, (V. 44.) Sive ex testamento, sive ex iure legitimo, fratris tui filiorum tutelae onus ad te perveniat: vereri non debes de his quaestionibus, quas adversus fratrem tuum quondam tibi fuisse dicis: cum si qua emerserit lis, procuratore dato, et illis curatore ad litem constituto, et solemnitati iuris, ubi tutor exigitur, et indemnitati utriusque prospici possit.

11) Diese Veränderung enthält den Grund der Interpolation vieler Stellen des Röm. Gesetzbuches über diesen Gegenstand. Z. B. *L. 5.* §. 2—4. *L. 4.* et *5. D. de tutelis.* *L. 24. D. de testam. tut.* *L. 9.* §. 4. et *5. D. de tut. et rat. distrah.* *L. 1. et 2. C. De in litem dando tuteore vel curatore.* S. Ant. SCHULTING ad Ulpiani Fragm. Tit. XI. §. 24. Not. 75. (in *Jurispr. Antejust.* pag. 602.) *Theod.* MARCILIUS ad §. 4. J. Qui testam. tutores dari poss. (in *Jan. a Costa* Comment. ad Inst. pag. 93.) und *Jos. FINESTRES et de MONSALVO Hermogenianus.* ad *L. 27. D. de tutor. et curat. dat.* §. 3. pag. 554. Anderer Meinung ist zwar BYNkersHOEK *Observat. iuris Rom.* Lib. VII. cap. 15. Allein man sehe von Löhr über die röm. Begriffe von Tutele und Curatele. §. 9. (in dem angeführten Magazin 3. B. Nr. I. S. 66. f. Not. 2.) und Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. Bandes 2. Abtheil. §. 254. S. 877.

Endlich 3) wenn das Geschäft des Pupillen, welches die Bestellung eines außerordentlichen Vormundes erfordert, ein solches ist, wobey eine Formlichkeit des Civilrechts eintritt, wo also der Pupill selbst handeln, und durch Auctorität ergänzt werden muß; so kann hier darum kein Curator sondern nur ein Tutor bestellt werden, weil kein Curator auctoritas interponiren kann, wie folgende Gesetzstellen außer Zweifel setzen.

L. 19. D. de auct. et cons. tutor. et curator.
PAULUS libro IX. Responsor. Curatorem etiam im-
 puberi dari posse: sed ad ea, quae solemnitatem
iuris desiderant, explicanda, *tutore auctore* opus
 esse.

L. 17. §. 1. D. de appellat. **MODESTINUS libro VIII. Regularum.** Tutor pupillo datus, si provo-
 cet, interim pupillo *curator* dabatur. Sed si tuto-
 ris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeun-
 dam hereditatem, *tutor* ei necessario dabatur, quo-
 niam *curatoris* auctoritas *ad hoc* inutilis est.

Das übrigens in den meisten Fällen, wo nach der Regel: *tutorem habenti tutor non datur*, ein Curator bestellt wird, auch eben so gut ausnahmsweise ein Tutor gegeben werden könne, erhellt aus folgenden Beispiele.

1) Wenn der Vormund noch zur Zeit wegen eines Hindernisses sein Amt nicht antreten kann. Z. B. wegen Mangels des erforderlichen Alters. Hierher gehört die griechische Stelle des Modestinus *L. 10. §. 7. D. de excusation.*

Ἐὰν ἀπελευθέρος δοδῇ ἀφίλις ὑπό πάτρωνος ἔχ-
 τρονος τοῖς τέκνοις ἀντοῦ, η καὶ ἔτερος οἷος δίποτε

ἱλάττων τῶν ἔικοσι πέντε ἑνιαυτῶν· οὓς μὲν ἀφῆλις
ἡ, ὅυκ ἐνοχληθήσεται. ἐν τοσούτῳ δὲ ἔτερος εἰς τό-
πον ἀυτοῦ χειροτονηθήσεται κηδεμών. Ὁμοιός ἐστιν
τούτῳ καὶ δ νόμιμος ἐπίτροπος, ἐὰν ἀφῆλις ὡν τύ-
χη καὶ γὰρ καὶ εἰς τὸν τόπον τούτου κηδεμών ἐν
τῷ τεως δοθήσεται.

Das heißtt nach der richtigern Uebersetzung des Anton Augustinus¹²⁾): *Si minor libertus a patrono tutor liberis suis dabitur, vel etiam aliis, qui minor viginti annis sit, dum minor est, non gravatur: interim tamen aliis CURATOR creabitur. Similiter si legitimus tutor minor sit: namque in huius quoque locum interea CURATOR dabitur.* Das hier gesbrauchte Wort *κηδεμών* bezeichnet aber eben sowohl den Tutor wie den Curator¹³⁾.

Eben so, wenn ein Tutor im Testamente unter einer Bedingung ernannt worden, und diese noch nicht erfüllt worden ist.

L. 11. pr. D. de testam. tut. ULPIANUS libro XXXVII. ad Sabinum. Si quis sub conditione vel ex die tutorem dederit, medio tempore aliis TUTOR dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat: sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.

Hierher gehört auch der Fall, wenn der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten, und der Vater das unmündige Kind enterbt hat.

12) Ad Modestinum, in *Thes. iur. Rom. Ottos. Tom. IV.*
pag. 1595.

13) G. REITZ Glossar. Theophilin. adj. Paraphr. graec.
Institut. Tom. II. pag. 1276.

L. 10. *D. de testam. tut.* ULPIANUS libro trigesimo sexto ad Sabinum. Si hereditas nondum adita sit, ex qua tutor speratur, verius est, alium TUTOREM posse dari: quasi nondum sit, nec speretur.

Man mag nun die gemeine Lesart beybehalten, oder mit einigen¹⁴⁾ statt nec speretur, richtiger SED speretur lesen, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß in den beyden letzteren Fällen, eben so gut, wie in jenem ersten, auch ein Curator bestellt werden könne¹⁵⁾.

2) Wenn der Vormund nur eine excusatio pro parte hat z. B. wegen der entfernten Lage gewisser Güter des Pupillen.

L. 21. §. 2. 3. et 4. *D. de excusation.* MARCIANUS Libro secundo Institutionum. Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit: et ideo illarum rerum dabunt TUTO-

¹⁴⁾ G. REITZ in Observation. Miscellaneis Vol. X. p. 375. PÜTTMANN Opuscul. iurid. ex observation. miscellan. Batavis in unum Volum. collect. (Halae 1782. 8.) pag. 157. POTIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 4. Nr. XIV. Not. d. pag. 100. und SMALLENBURG ad Ant. SCHULTINGII Notas ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. E. p. 396. Man vergleiche übrigens über die L. 10. Reinh. BACHOVIVS Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 2. Lit. C. Verb. Sed quia pag. 469. und besonders Jos. FINESTRES et de MONSALVO Hermogenian. ad L. 27. D. de tutor. et curator. dat. §. 2. pag. 553.

¹⁵⁾ G. von Lüdt Magazin 5. B. Nr. XIII. S. 435. Rot. 2.

RES in provincia Praesides eius. — Nec Senatores ultra centesimum lapidem urbis tutelam gerere coguntur. — *Habenti ergo tutorem tutor datur: sed aliarum rerum, non earundem datur.*

In den letzten Worten wird nun ganz deutlich gesagt, daß demjenigen, der schon einen Tutor hat, noch ein anderer Tutor gegeben werden könne, nämlich für verschiedene Gegenstände¹⁶⁾). Daß aber in diesem Falle auch eben sowohl ein Curator gegeben werden könne, ist schon oben¹⁷⁾ bemerkt worden.

3) Wenn der Vormund nur auf eine Zeit excusirt ist. Z. B. wegen Krankheit, oder Wahnsinn. Hier sagt Paulus libro VIII. ad Sabinum¹⁸⁾: daß in locum furiosi tutoris ein anderer Tutor gegeben werde. Mos destin aber libro III. Excusationum¹⁹⁾) nennt hier den Vormund Curator. Furor autem non in totum excusat, sed efficit, ut CURATOR interim detur. Und eben derselbe sagt in der L. 10. §. 8. D. de excusat.

Εὰν τις οὗτος νοσήσῃ, ὡς δεῖν αὐτὸν μὴ παντάπασιν ἀφεθῆναι ἐπιτροπῆς, εἰς τὸν τόπον αὐτοῦ πουράτωρ δίδοται· ραίσας δὲ πάλιν οὗτος ἀραλήψεται τὴν ἐπιτροπὴν· εἰ δὲ καὶ τις εἰς μανιαν ἔμπεση, ὅμοιος ἔστι τούτῳ.

16) Man vergleiche auf L. 59. §. 8. D. de administr. et peric. tutor.

17) S. die Note 98. S. 127.

18) L. 17. D. de tut. S. von Löhr a. a. D. S. 449. Not. 1.

19) L. 12. pr. D. de excusat.

Oder nach Anton Augustins lateinischer Interpretation²⁰⁾: *Si quis non ita aegrotet, ut oporteat tutela omnino vacare, in eius locum CURATOR datur. Postea vero quam convalescerit, tutelam suscipiet: cui similis est, qui in furorem inciderit.*

Hierher gehört auch Besorgung öffentlicher Geschäfte, weshalb der Tutor eine Zeitlang abwesend ist. Nach einigen Gesetzstellen wird hier an die Stelle des Abwesenden ein anderer Tutor bestellt.

L. 12. D. de tut. PAULUS libro X. Responsorum. Quaesitum est, an hi, qui in locum absentis reipublicae causa TUTORES dati sunt, mortuo illo TUTORES perseverent? an alii petendi essent? PAULUS respondit, eos, qui in locum absentis dati sunt, non reverso eo, in eadem causa perseverare usque ad tempus pubertatis.

L. 3. §. 10. D. de suspect. tutor. ULPIAN. libro XXIV. ad Edictum. Si quis abfuturus reipublicae causa desideravit in locum suum constitui alium tutorem, an reversus ex ante gesto suspectus postulari possit? Et quia potest ex priore gestu utili actione conveniri, cessabit postulatio.

Nach anderen Gesetzstellen hingegen tritt ein Curator ein, während der Tutor abwesend ist.

§. 2. J. de excusat. Sed et si fuerint tutores vel curatores, deinde *Reipublicae causa abesse coeperint, a tutela vel cura excusantur, quatenus Reipublicae causa absunt: et interea CURATOR loco eorum datur.*

²⁰⁾ In Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 1594.

L. 15. D. de tutor. et curat. dat. PAULUS libro II. ad Edictum. In omnem rem CURATOR dandus est in eius tutoris locum, qui Reipublicae causa abfuit.

L. 16. D. eod. IDEM libro LXXIII. ad Edictum. Nec ille desinit tutor esse. Quod et in omnibus, qui ad tempus excusantur, iuris est.

S. 1502. a.

Einige besondere Ausnahmen der Regel: *Tatorem habenti non datur tutor.* Die *L. 26. §. 2. L. 27. pr. D. de testam. tut.* enthalten keine Ausnahme.

Zu den besonderen Ausnahmen der angeführten Regel gehören noch folgende.

1) Wenn ein Pupill mehrere Tutores hat, und einer von denselben als suspect removirt worden ist, oder sich aus einer rechtmässigen Ursache für immer excusirt hat, oder gestorben, oder relegirt worden ist; so kann an seine Stelle ein anderer Tutor von der Obrigkeit gegeben werden.

L. 11. §. 4. D. de testam. tut. ULPIAN. Libro XXXVII. ad Sabinum. Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit, vel in civitate esse desiit, poterit dari alius.

L. 4. Cod. In quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest. IMP. VALERIANUS et GALLIENUS. Licet tutorem habenti tutor dari non potest, tamen certis ex causis aliis idoneus substitui sententia competentis iudicis sollet in locum suspecti, qui convictus ac remotus est,

et in locum excusati, vel defuncti, vel relegati tutoris²¹⁾.

2) Wenn auch nur ein Vormund vorhanden, und dieser relegirt worden ist, so kann an die Stelle desselben ein anderer Tutor ernannt werden²²⁾. Die Ausnahme ist hier außer Zweifel, weil die Tutei durch die Relegation nicht aufhört²³⁾.

L. 3. C. Qui petant tutores vel curatores. (V. 31.)
Imp. ANTONINUS. *In locum tutoris defuncti, vel in perpetuum relegati, alium dari TUTOREM filiis tuis idoneum ex eadem provincia a iudice competente postula: qui secundum officium suum utilitatibus eorum providebit.*

Es kann aber auch in diesem Falle eben so gut ein Curator bestellt werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erschillet.

L. 28. §. 2. D. de Excusat. PAPINIANS lib. V. Responsorum. *Tutorem ad tempus exulare iussum excusare non oportet: sed per tempus exilii CURATOR in locum ipsius debet dari.*

L. 14. §. 3. D. de solut. ULPIANUS lib. XXX. ad Sabinum. *Quid ergo, si ei solvit, in cuius locum CURATOR erat constituendus, utputa relegato in perpetuum, vel ad tempus?* *Dico, si ante solvit, quam substitueretur curator, oportere liberari.*

21) S. von Löhr a.a.O. S. 445.

22) S. Nicol. ANTONIUS de Exilio s. de exilii poena. Lib. II. cap. 3. (in Thes. Meerman. Tom. III. pag. 54: sqq.)

23) L. 52. §. ult. D. de administr. et peric. tutor. L. 7. §. 4. L. 18. D. de Interd. et Relegat. S. ANTONIUS c. 1. Cap. 13. pag. 82.

Man rechnet hierher auch noch

3) den Fall, wenn zur Unfechtung des Testaments, worin der Pupill enterbt worden ist, der in demselben Testamente ernannte Tutor von der Obrigkeit bestätigt, und dadurch der gesuchliche Wormund ausgeschlossen wird²⁴⁾. Von diesem Falle handeln folgende Geschäftstellen.

L. 26. §. 2. D. de testam. tut. PAPINIANUS libro. IV. Responsorum. Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam, exheredato filio, cui²⁵⁾

24) S. von Löhr Magazin 5. B. Nr. XIII. S. 442. ff.

25) Haloander liest hier: *quem ei tutorem pater dedit.* Eben so Baudaga. Diese Lesart hält Herr geh. Reg.-Rath von Löhr a. a. D. S. 442. Not. 1. für die allein richtige. Die florentinische Lesart: *cui* aber, welche die meisten Ausgaben, auch die neueste von Bed., haben, soll offenbar falsch seyn. Es ist schwer zu begreifen, warum? Die Worte: *eundem a Praetore confirmari oportet*, geben noch keinen Beweis, daß gerade *quem ei* vorausgehen müsse. Haloander ist nicht immer ein sicherer Wegweiser. Sehr treffend sagt MENAGIUS Amoenit. iur. civ. Cap. 8. HALOANDER, *vir licet undecumque doctus, et qui praeclara multa de iure scripsit, tot locos Pandectarum corrigendo corrupit, ut nescias, plusne obsuerit, quam profuerit iuris scientiae.* Noch weiter geht Jo. Conr. RÜCKER in Praefat. ad Diss. de civili et naturali temporis computat. in iure, wenn er pag. 4. sagt: *Verum ad HALOANDRUM in constituenta fragmenti alicuius lectione tuto recurrere vix unquam possumus: cum enim quam plurima audacter nimis ex ingenio passim mataverit, detraxerit, addiderit, dignoscere iam nulla ratione possumus, quae ipsi, quae vero antiquis codicibus, si forte quos adhibuit, debeantur.* Scäbola hat den nämli-

tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet: eventus²⁶⁾ iudicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto Praetoris auctoritatem acceperit.

L. 27. pr. D. eodem. TRYPHONINUS libro XIV. Disputationum. Idem fiet, si intestatum decessisse patrem pupilli nomine defendatur, falsumve testamentum nomine pupilli dicatur: et si patruus exstet, legitimus tutor futurus ab intestato, quia²⁷⁾ tutorem habenti tutor dari non potest: nam

hen Fall in L. 51. D. eodem, wo der Vater seiner enterbten Tochter Wormänder im Testamente bestellt hatte, und sagt auch: *commodissimum est, nosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem, ohne das quos vorhergegangen war. Quem ei mag wohl der Latinität nach eleganter gesagt seyn, allein diese Eleganz entscheidet nicht gerade über die Richtigkeit der Lesart.*

26) RYGERBOS Observation. juris Rom. Cap. VIII. pag. 69. will hier oportet, ~~er~~ eventus etc. lesen, mit Hülfe der Gemination; aber ohne alle Nothwendigkeit, wie schon CORN. ANT. VAN WACHENDORFF in Specim. exhib. Observationes ad Leges quasdam ex iure civ. Cap. III. §. 2. Not. i. (in GERH. OELRICHS Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. II. pag. 173. sq.) bemerkt hat.

27) Das quia will Herr geh. Rath von Löhr a.a. D. S. 442. Not. 2. mit dem Worte *quamquam* vertauschen, weil der Zusammenhang die gemeine Lesart völlig unmöglich mache. Die Nothwendigkeit und Natürlichkeit dieser Verbesserung seyen so augenscheinlich, daß es Zeitverderb seyn würde, sie besonders rechtfertigen zu wollen. Nach meiner geringen Einsicht scheint mir auch

commodius ipse, qui scriptura continetur, a Praetore dabitur, ut sine ullo litis praeiudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat.

Allein so weit ich diese beyden Stellen verstehe, enthalten sie nicht sowohl eine Ausnahme, als vielmehr eine Bestätigung der Regel. Der Vater hatte das unmündige Kind, welches noch in seiner Potestas war, enterbt, und demselben einen Wurmund im Testamente bestellt. Das Kind will die Inofficiositäts-Querel anstellen. Es muß also hier vorausgesetzt werden, wie auch Cujaz²⁸⁾ mit Recht bemerkt, daß der Testamentserbe die Erbschaft angetreten habe, weil eher die Querela inofficiosi testamenti gar nicht Statt findet²⁹⁾. Nun war aber die Frage, wer soll bey diesem Proces, als Tutor, des Kindes auctor seyn? der gesetzliche Wurmund, oder der testamentarische? Von dem gesetzlichen konnte kaum die Frage seyn. Denn Ulpian³⁰⁾ sagt ja ausdrücklich: *Sciendum est, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.* Hier ist nun aber ein testamentarischer Wurmund vorhanden, gegen dessen Bestellung von Seiten des Rechts gar nichts einzuwenden war³¹⁾. Tryphonin nennt ihn

diese Emendation nicht nöthig zu seyn, wie im Text ausgeführt ist.

28) Commentar. in Lib. IV. Respons. Papiniani ad L. 27. §. ult. D. de testam. tut. (*Oper. postumor. a FABROTO editor. pag. 182. sq.*).

29) L. 8. §. 10. D. de inoff. testam.

30) L. 11. D. de testam. tut.

31) Die Gothofredischen Ausgaben lesen daher: *eui tutorem pater iure dedit.* Allein das Wort *iure* haben weder die florentinischen, noch die übrigen Ausgaben, und ist auch nicht nöthig.

ja auch in der folgenden Gesetzstelle ausdrücklich einen iustus tutor. Dass aber der Vater auch einem enterbten Kinde, welches noch in seiner Potestas ist, einen Vormund geben könne, gehört zu den allgemein anerkannten Rechtswahrheiten³²⁾). Ob nun wohl durch Amtretung der Erbschaft die Tutelei begründet war³³⁾; so konnte sich der testamentarische Tutor dennoch vermöge des väterlichen Testaments allein der Vormundschaft nicht unterziehen, weil das Testament, wegen der Entfernung des Mündels, angefochten werden sollte. Wie konnte hier der Tutor seine auctoritas interponiren? Denn gewann der Pupill den Proces, so ging ja nach dem Rechte der Pandecten das ganze Testament mit allem, was darin verordnet war, und also auch die Anordnung der Vormundschaft, zu Grunde³⁴⁾). Es konnte aber auch der Proces für den Pupillen verloren werden, und also das Testament gültig bleiben. Wegen dieses uns gewissen Ausganges des Processes musste zwar der testamentarische Tutor, so lange der Proces nicht rechtskräftig entschieden war, als iustus tutor anerkannt werden;

32) L. 4. L. 10. §. 2. in fin. de test. tut. S. Jo. ALTAMIRANI et VALAZQUEZ Commentar. in libr. IV. Quaestionarionum Scaevolae Tr. IV. ad L. 31. D. de testam. tut. §. 2. (in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 425.) Ger. NOODT Comm. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 2. §. Hoc loco. (Operum Tom. II. pag. 540.) und Jo. van NISSEN Diss. ad fragmenta, quae in Digg. ex Herenn. Modestini libris Differentiar. supersunt. Cap. 8. (in G. OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. Nr. I. pag. 71.)

33) L. 10. §. 2. D. de testam. tut. L. 45. §. 1. D. de Excusat. L. 6. C. eodem.

34) L. 28. D. de inoff. testam.

allein eben deswegen mußte auch dieser Tutor erst von der Obrigkeit confirmirt werden, um bey diesem Processe seine Auctorität interponiren zu können. Damit ist nun seinem Rechte leinesweges zu nahe geschehen. Denn alles kommt auf den Ausgang des Processes an, dieser muß entscheiden, ob er die Tutel (dies heißt hier *auctoritas*, so wie auch der Tutor von den Alten³⁵) *auctor* genennet wird) aus dem Testamente des Vaters, oder durch das Decret der Obrigkeit erhalten habe, und ob er also für einen *testamentarius* oder *dativus tutor* zu halten sey.

Was hier Papinian von der Bestätigung des testamentarischen Vormundes sagt, um dem enterbten Kinde bey Anstellung der *Inofficiositätsklage* gegen das Testament beystehen zu können, wird auch, sagt Tryphonin, in anderen Fällen geschehen, wo das enterbte Kind die Gültigkeit des väterlichen Testaments noch sonst aus einem Grunde bestreitet; aus welchem die Intestaterbsfolge eintritt, z. B. weil behauptet wird, es sey nato postumo ruptum, welchen Fall Scavola³⁶ anführt, oder es sey ein falsum testamentum, welches Beispiel Tryphonin hat. Auch hier muß der im Testamente gegebene Vormund von der Obrigkeit bestätigt werden, sogar zu dem Zweck, daß er durch seine Auctorität die Anerkennung der Ungültigkeit des Testaments herbeiführe. Scavola sagt ausdrücklich:

Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum eius ruptum dicatur, nato postumo: commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.

35) S. oben §. 1298. a. S. 10.

36) L. 31. D. de testam. tut.

Auf den gesetzlichen Vormund konnte hier durchaus keine Rücksicht genommen werden, weil die testamentarische Tutelei defterirt und begründet war, sobald der Erbe die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hatte, und dies muß allemal vorausgesetzt werden, wenn von der Unfechtung eines Testaments die Rede ist. Der gesetzliche Vormund konnte also auch hier gar nicht als berufen angesehen werden. Denn diesem wird nur dann die Tutelei defterirt, wenn der Vater *intestatus* gestorben ist. *INTESTATUS* aber ist in Rücksicht auf Tutelei, wie Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum*³⁷⁾ sagt, nur derjenige, der entweder gar kein Testament gemacht hat, oder zwar ein Testament gemacht, aber darin den Kindern keinen Vormund bestellt hat. Ist also ein Testament vorhanden, aus welchem die Erbschaft angetreten ist, so ist der gesetzliche Vormund nie berufen, sondern der in dem Testamente gebene Vormund muß, wenn auch gleich das Testament angefochten worden ist, dennoch, sofern die Ungültigkeit desselben noch nicht rechtskräftig anerkannt worden, als *iustus tutor* angesehen werden, und die obrigkeitliche Bestätigung desselben geschieht hier ohne allen Nachtheil in Rücksicht des Processes, wie auch Tryphon in den letzten Worten ausdrücklich sagt: *ut sine ullo litis praejudicio iustus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat*³⁸⁾. Hieraus erklärt sich also, 1) warum der gesetz-

37) *L. 6. D. de legitim. tutor.* *INTESTATO parente mortuo adgnatis defertur tutela.* *INTESTATUS autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit, quantum enim ad tutelam pertinet, INTESTATUS est.*

38) Man sehe über den Sinn dieser Worte *Jo. ALTAMIRANUS ad Libr. IV. Quaestion. Scaevolae Tr. 4. ad L. 31.*

liche Vormund nicht eintreten, und auch 2) kein anderer, als der testamentarische Vormund, von der Obrigkeit gesgeben werden konnte. Der gesetzliche Vormund darum nicht, weil das Daseyn des testamentarischen Vormundes machte, daß ihm die TuteL nicht einmal deferiert werden konnte³⁹⁾. Ein Anderer, als der testamentarische Vormund, aber auch nicht, weil hier die Regel zur Anwendung kommt: *tutorem habenti tutor dari non potest*, und es wegen des ungewissen Ausganges des Processus doch immer für den Pupillen das rathsamste ist, daß der im Testamente ernannte Vormund bestätigt werde, gerade so, wie auch Scävola⁴⁰⁾ in einem hierher gehörigen Falle entscheidet. Von einer Ausnahme jener Regel wegen Daseyns eines gesetzlichen Vormundes ist also hier durchaus nichts zu finden, wenn man nicht den Worten Gewalt anthun will. Zwar sagt Tryphoninus: *et si patruus exstet, legitimus tutor futurus ab intestato*. Allein das heißt ja nicht so viel, als ob der gesetzliche Vormund in dem gegenwärtigen Falle gerufen sey. Dieser Sinn konnte dem großen Papinian gar nicht eingesallen. Es heißt vielmehr, wenn gleich in dem gegenwärtigen Falle ein solcher väterlicher Verwandter des ent-

D. de testam. tut. §. 7. et 8. (in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 424.) und POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 3. Nr. XI. Not. b. pag. 98.

39) *Neque enim*, sagt Cujacius in Commentar. in Libr. XXXVIII. Pauli ad Edictum ad L. 6. D. de legitim. tut. *legitimo tutori est locus, nisi cum mortis tempore deficit tutor testamentarius.* S. Oper. postum. à FABROTO editor. Tom. II. pag. 615. In unserm Falle aber kann man sagen, non deficit.

40) L. 51. D. de testam. tut.

erbten Kindes vorhanden ist, der, wenn der Vater desselben INTESTATUS gestorben wäre, gesetzlicher WORMUND geworden seyn würde; so kann doch auf denselben darum keine Rücksicht genommen werden, weil man hier, nach dem oben angegebenen Begriff des PAULUS, gar nicht sagen kann, der Vater des enterbten Kindes sey INTESTATUS gestorben⁴¹⁾). Wie lässt sich also behaupten, der gesetzliche WORMUND sey von dem Augenblicke des TODES DES ERBLÄSSERS gerufen, wenn die Richtigkeit des TESTAMENTS anerkannt wird? Nein der gesetzliche WORMUND wird auch dann nicht eintreten, wenn schon das TESTAMENT DURCH RICHTERLICHES URTHEIL RECHTSKRÄFTIG AUFGEHOBT worden ist; sondern der TESTAMENTARISCHE WORMUND wird BLEIBEN, jedoch nun als DATIV-WORMUND die TUTEL VERWALTEN, wie PAPINIAN in der vorhergehenden GESETZSTELLE ausdrücklich sagt. Ein neuer Grund, warum hier kein ANDERER TUTOR GEgeben werden konnte, sondern der im TESTAMENTE GEgebene bestätigt werden mußte. Denn ein DATIV-TUTOR kann nicht bestellt werden, wo ein TESTAMENTARISCHER WORMUND vorhanden ist⁴²⁾; und hiermit rechtfertig

41) DASS DIE WORTE DES TRYPHONINUS: *etsi patruus extet, legitimus tutor futurus ab intestato,* WIRKLICH BLOS VON DEM FALLE ZU VERSTEHEN SIND, WENN KEIN TESTAMENT VORHANDEN IST, ERHESSELT AUS DEM §. 1. DER L. 27. D. DE TEST. TUT. WO ES HEIßT: *Cum autem ipse patruus, quem tutorem legitimum sibi dicebat pupillus esse, subiectum filium criminaretur, et ad se legitimam hereditatem pertinere contenderet: alium tutorem petendum JULIANUS respondit.*

42) S. JAC. CUSACII COMMENTAR. IN LIBR. XV. RESPONSOR. PAPINIANI AD L. 29. D. DE TESTAM. TUT. (*OPER. POSTUM.* A FABROTO EDITOR. TOM. I. pag. 580.)

get sich noch mehr der vom Tryphonin angeführte Entscheidungsgrund: *quia tutorem habenti tutor dari non potest.*

Bey der Curatel findet die mehr gedachte Regel nicht Statt. Modestin sagt *libro septimo Differen- tiarum* ⁴³).

Curatorem habenti, quominus aliis curator detur, regula iuris non est impedimento.

In einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, *L. 10. C. Qui dare tutores vel curatores possunt* (V. 34.) heißt es zwar:

Curatorem habenti neque adiungi, nisi causa cognita, neque in locum eius alium substitui, nisi ante priore remoto, ambigui iuris non est.

Allein die Lesart dieses Gesetzes ist zweifelhaft. Eujaz ⁴⁴) meint, es müsse, statt *curatorem*, *tutorem* *habenti* gelesen werden. Die Glossa bemerkt auch, daß in alten Handschriften wirklich so gelesen werde. Span- genberg ⁴⁵) hält zwar die gemeine Lesart für die rich-

43) *L. 20. §. 1. D. de tutor. et curator. dat.*

44) Observation. Lib. XVII. Cap. 6. Dieser Lesart stimmen auch *Hub. GIPHANIUS* in *Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 4. C. in quib. casib.* pag. 462. und *Jo. Jac. WISSENBACH* in *Commentat. in libros VII. prior. Cod. ad L. 10. C. Qui dare tutor. vel curat.* pag. 471. bey. Doch meint Giphian, man könne auch die gemeine Lesart behalten, wenn man den Ausdruck *curator* in der jedoch uneigentlichen Bedeutung von *tutor* nehme, indessen sey eine solche Verwechslung beyder Benennungen in unsren Gesetzen etwas Seltener.

45) Not. 34. ad h. *L. 10. C. Qui dare tutor.* im 2. Th. der Göttingischen Ausgabe des Corp. iur. civ. pag. 506.

tige, meint aber, daß der Ausdruck *curator* hier im weiten Sinne zu nehmen sey, wo er gleichbedeutend mit *tutor* seyn soll. Denn einmal deuteten die Worte: *damni, quod medio tempore negotiis pupillaribus contigit, esse succedaneum*, darauf hin, und dann wäre auch bey einer andern Erklärung der Widerspruch dieses Gesetzes mit der vorhergehenden Pandectenstelle unvermeidlich. Allein diese Gründe scheinen mir nicht hinreichend zu seyn, seiner Erklärung bestimmen zu können. Denn daß auch einem Unmündigen, der keinen Tutor hat, gleich vom Anfange an, eben so gut ein Curator zur Verwaltung seines Vermögens, als ein Tutor, gegeben werden könne, sagen klare Gesetze⁴⁶⁾. Hiernächst aber wird ja der vom Modestin aufgestellte Satz, daß demjenigen, der schon einen Curator hat, noch ein anderer beigegeben werden könne, durch die in der L. 10. C. bestimmte Einschränfung, daß dieses nicht ohne eine recht mäßige Ursache geschehen dürfe, ja daß an dessen Stelle nur dann ein anderer Curator substituirt werden könne, wenn der erstere entfernt worden ist, keinesweges aufgehoben, wie auch Hugo Donellus⁴⁷⁾ bemerkt hat. So sagt z. B. von einem dem Pupillen gegebenen *curator ad litem Pomponius* in der L. 5. D. de tutelis:

Cum semel petitus sit talis *curator, quamdiu is cura*tor maneat, aliis in eandem litem *curator peti non potest.*

46) L. 9. §. 9. D. de administrat. *tutor. et curat.* L. 19. D. de auct. et cons. *tutor. et curator.*

47) Commentar. de iure civili Lib. III. Cap. 18. §. 20 et 21. (Vol. II. pag. 231. edit. noviss. Norimberg.) Man sehe auch Heintz. Ed. Dirksen civilistische Abhandlungen. 2. Band. S. 452. f.

Es fragt sich noch zuletzt, auf welchem Grunde dieser Unterschied zwischen *Tutel* und *Curat* beruhe? Die meisten sagen, er gründe sich auf die Regel: *tutor personae, curator rei vel causae datur.* Dies erklären nun einige⁴⁸⁾ aus dem Gesichtspuncke, weil die Person untheilbar ist, so könne auch ein *tutor* dem Pupillen nur in solidum gegeben werden. Da also der Wormund die volle Auctorität und Administration sowohl über die Person als über das ganze Vermögen des Pupillen erhalte, so sey für einen Andern nichts übrig, wo dieser seine Auctorität interponiren könne. Ein *Curator* hingegen werde blos für das Vermögen gegeben. Dieses sey, so wie die Sachen, theilbar. Andere⁴⁹⁾ sagen, der *Tutor* habe eine potestas über die Person des Pupillen, und vertrete Vaters Stelle. Niemand könne aber in einer zweysachen potestas sich befinden. So wenig also dem, welcher schon einen Vater hat, noch ein anderer Vater gegeben werden könne, so wenig könne auch einem *Tutor* noch ein anderer beigeordnet werden. Dies passe nicht auf den *Curator*, welcher nicht der Person, sondern der Sache gegeben werde. Noch andere⁵⁰⁾ erklären es so: weil der *Tutor* der Pers-

48) *Franc. HOTOMANUS* in *Comm. ad Institut. Tit. de Curatorib.* pag. 89. und *Franc. BALDUINUS* in *Comm. ad §. 5. I. de Curatorib.* pag. 151.

49) *Jac. CUJACIUS Recitation. solemn. ad Tit. 36. libri V. Cod.* In quib. casib. *tutor.* vel *curator.* habenti. *Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 7.* p. 688. sqq. *Theod. MARCILIUS* ad §. 5. J. *de curatore.*

50) *Reinh. BACHOVIVS* ad *Treatlerum Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. I. Lit. C.* ad verba: *Quo casu alias tutor.* pag. 462. sq. *Arn. VINNIUS Commentar. ad §. 5. I. de Curator.* *Jo. van NISPERN* Diss. ad fragmenta

son des Pupillen, und für desselben ganzes Vermögen besetzt werde, so könne ihm dieses Recht, und die Potestas, die er dadurch über den Pupillen erhält, wider seinen Willen, und so lange er Wormund bleibt, ohne Unrecht weder genommen noch vermindert werden, wohl aber könne ihm ein Curator zur Hülfe und Unterstützung beygeordnet werden. Ein Tutor hingegen nur auf sein Gesuch und Verlangen.

Andere⁵¹⁾ gehen von diesem Gesichtspunkte nicht aus, sondern glauben, der wahre Grund jener Regel sey, weil die Lex Atilia nur solchen Unmündigen Tutoren zu geben befohlen hätte, die noch keinen Tutor haben. An dieses Gesetz habe man sich streng gehalten, weil die tutelae datio blos auf der Vorschrift des Gesetzes beruhe⁵²⁾). Erst späterhin wären durch Senatusconsulte Ausnahmen gemacht worden. Die Curatel hingegen sey nicht durch ein gewisses Gesetz, sondern durch Gewohnheit eingeführt worden, ausgenommen in zwey Fällen durch die Lex Laetoria (Plaetoria). Hier habe also die Obrigkeit freiere Hände gehabt.

Der Grund, den noch Einige, z. B. Cujaz und Janus a Costa daher nehmen wollen, daß die tutelae datio ein actus legitimus sey, ein solcher actus aber nicht wiederholt werden, sondern nur einmal geschehen

quae in Digestis ex Heren. Modestini libris Differen-
tiar. supersunt. Cap. VIII. (in Ger. OELRICHS Thes.
Diss. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 74.)

51) Ev. OTTO Commentar. ad §. 5. I. de Curatorib. Janus
a Costa ad eundem §. ULR. HUBER Digression. Iusti-
nian. P. I. Lib. III. Cap. 19. §. 2. pag. 250 sq.

52) L. 6. §. 2. D. de tutelis.

könne⁵³⁾), wird, als ganz unpassend, mit Recht verworfen, da er eines Theils nur die Dativ-Tutel angeht, ander Theils aber auch durch die Bestellung eines andern Tutors die erstere nicht wiederholt wird, sondern vielmehr eine neue geschicht⁵⁴⁾.

Eben so sind die übrigen Gründe schon von Ulrich Huber⁵⁵⁾ näher geprüft, und größtentheils als unstatthaft verworfen worden. Auch ist schon oben⁵⁶⁾ gezeigt worden, daß die Regel *tutor personae, non rei vel causae datur*, eine ganz andere Bedeutung habe, als welche man ihr insgemein beizulegen pflegt. Da überdem in den meisten Fällen, wie gezeigt worden ist, einem Unmündigen eben so gut ein Curator, als ein Tutor gegeben werden kann, indem der eine wie der andere dieselben Rechte und Pflichten hat, nur daß der Curator keine Auctorität interponiren kann⁵⁷⁾; so ist es in der That vergebliche Mühe, den Grund der Regel: *tutorem habenti non datur tutor*, ängstlich zu untersuchen.

§. 1302. b.

Wenn kann der Wurmund einen actor oder adiutor tutelae bestellen? Wie sind beyde unterschieden?

Zuweilen kann der Wurmund, welcher durch Krank-

53) *L. 77. D. de Reg. iuris.*

54) S. HUBER Digression. Iustinian. c. l. pag. 229. und WALCH ad Hoppii Commentar. in Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 5. not. a. pag. 102.

55) Cit. loc. §. 1.

56) S. §. 1298. a. S. 12. dieses Theils.

57) Daher sagt Modestinus *L. 13. pr. D. de Excusat.* In paucissimis curatores a tutoribus differunt. S. Carl Aug. Buchholz Versuche über verschiedene Rechtsmaterien. (Lübeck 1808.) Nr. V. §. 7. S. 115. ff.

heit, oder durch andere Nothwendigkeit verhindert wird, die Geschäfte des Pupillen zu besorgen, selbst einen Stellvertreter ernennen. Wird ein solcher Stellvertreter zu außergerichtlichen Geschäften des Pupillen bestellt, so wird er *adiutor tutelae*⁵⁸⁾, zur Führung eines Procesſes aber *actor*⁵⁹⁾ genannt, nicht procurator. Denn einen procurator kann Niemand bestellen, als welcher selbst Eigentümer des Rechtsstreits ist⁶⁰⁾. Kaiser Alexander sagt in der *L. 11. Cod. de procurator.* (II. 13.)

- 58) So nennt ihn Pomponius in der *L. 13. §. 1. D. de tutelis.* Est etiam ADIUTOR TUTELAE, quem solet Praetor permettere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, ita tamen, ut suo periculo eum constituant. *L. 9. D. Ratam rem hab.* *L. 6. D. Quando ex facto tutor.* S. Ev. Otto Comment. ad §. 6. I. de Curator.
- 59) §. 6. I. de Curatorib. (I. 25.) Quodsi tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quo minus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel infans sit, quem velit ACTOREM periculo ipsius Praetor, vel qui provinciae praeerit, decreto constituet. Den Namen actor leitet Theophilus in der griechischen Paraphrase daher: quia per acta constituitur. Da Theophilus diese Worte in der lateinischen Sprache bey behalten hat, so sind sie vermutlich aus einem alten Rechtsgelehrten entlehnt. Richtiger aber leitet Ev. Otto Comm. ad §. 6. I. de Curat. diese Benennung ab agenda causa ab. *L. 51. §. 6. D. de negot. gestis.* Man sehe auch Jac. Cujacii Commentar. in Libr. II. Definition. Papiniani ad *L. 6. D. Quando ex facto tutor.* (in *Opp. postum. a FABROTO editis.* Tom. I. pag. 653.)
- 60) *L. 1. D. de procurator.* §. 1. I. Per quos agere poss. S. den 5. Th. des Commentars §. 391.

Neque tutores, neque curatores ex sua persona in rem pupilli vel adolescentis procuratorem facere possunt, sed ACTOREM constituere debent.

Justinian führt in seinen Institutionen⁶¹⁾ zwei Fälle an, nämlich, wenn der Pupill abwesend, oder wenn er noch infans ist. Wäre also der Pupill gegenwärtig, und hätte die Jahre der Kindheit überschritten, so könnte er selbst, als dominus litis, mit Auctorität des Tutors, einen Procurator bestellen⁶²⁾. *Pupillus autem, vel pupilla, sagt Alexander, adultus vel adulta, tam ad agendum quam ad defendendum, tutore seu curatore interveniente, PROCURATOREM ordinare possunt.* Der Tutor selbst kann darum keinen Procurator bestellen, weil er nicht dominus litis ist. Er wird es erst durch die Litis-Contestation⁶³⁾. Nun ist es ihm unverwehrt selbst einen Procurator zu bestellen, wie ebenfalls Alexander in der angeführten Verordnung sagt:

Ipsi etiam tutores et curatores, post litis contestationem a se factam, ad exemplum procuratorum, qui litem contestati sunt, dare PROCURATORES non prohibentur.

Der Bormund kann nun zwar zum actor oder adiutor tutelae vorschlagen, wen er will, er muß aber

61) §. 6. I. de Curatorib.

62) ΤΗΒΟΡΝΙΛΟΣ in Paraphr. graec. ad §. 6. I. de Curatorib. sagt: εἰ δὲ παρῆν ὁ πόντιλλος, καὶ ἡδύνατο φθεγγεσθαι, cum tutoris auctoritate προκονράτωρ εχειροτονέτο. d. i. nach Reiz: Si autem pupillus aderat, et loqui poterat, cum tutoris auctoritate Procurator constituebatur.

63) S. Mühlensbrück's Lehre von der Cession der Hordeungsberechte. §. 7. S. 45. ff.

doch von der Obrigkeit bestellt oder eigentlich bestätigt werden, und dieses geschieht auf Gefahr des Vormundes. Hierher gehören noch folgende Gesetzstellen.

L. 24. pr. D. de administrat. et peric. tutor.
PAULUS libro nono ad Edictum. Decreto Praetoris ACTOR constitui periculo tutoris solet, quotiescumque aut diffusa negotia sint, aut dignitas, vel aetas aut valetudo tutoris id postulet. *Si tamen nondum fari pupillus potest, ut procuratorem facere possit, aut absens sit: tunc ACTOR necessario constituendus est*⁶⁴⁾.

L. 6. D. Quando ex facto tutoris. PAPINIANUS libro secundo Definitionum. Tutor interposito decreto Praetoris ACTOREM reliquit: secundum eum sententia dicta, iudicati transfertur ad pupillum actio non minus, quam si tutor obtinuisse⁶⁵⁾.

L. un. Cod. De actore a tutore seu curatore dando. Impp. Diocletianus et Maxim. Si sui iuris constituti filii tui matri successerunt: licet te tutorem eorum esse probetur, tamen non per procuratorem, sed ACTOREM decreto constitutum a te, res eorum te absente peti convenit.

Noch ist zu bemerken, daß Pomponius libro secundo Enchiridii⁶⁶⁾ einen Unterschied macht zwischen

64) *S. Jac. Cujacii Commentar. in Libr. IX. ad Edictum ad h. L. 24.* (in *Opp. postum. a FABRO edit. Tom. II.* pag. 141. sq.)

65) Man vergleiche über diese Stelle *Jac. Cujacii Commentar. in Libr. II. Definition. Papiniani ad h. L. (Oper. postum. T. I. pag. 653.)* und *Pet. FABER Semestrium Lib. I. Cap. 13. pag. 76.*

66) *L. 15. D. de tutelis.*

einem *administrator* und *adiutor tutelae*. Beyde kommen darin überein, daß sie nicht blos zu einzelnen, sondern zu allen Geschäften der Vormundschaft bestellt werden, welche nicht die Führung eines Proceses betreffen. Der Unterschied besteht aber darin, daß ein *administrator* dem Vormunde, der wegen Kränklichkeit oder Alters der Vormundschaft nicht mehr selbst vorstehen kann, ohne desselben Gefahr, von der Obrigkeit beygeordnet wird, dagegen ein *adiutor tutelae* dem Vormunde, auf dessen Gesuch und Gefahr, von der Obrigkeit gegeben wird. Pomponius sagt nämlich am angeführten Orte:

Solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti, propter adversam tutoris valetudinem, vel senium aetatis, qui magis *administrator rerum*, quam *curator esse intelligitur*. Est etiam *adiutor tutelae*, quem solet Praetor permettere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, ita tamen ut suo periculo eum constituant⁶⁷⁾.

Beyden unterscheidet sich aber ein *actor* darin, daß dieser blos zu einzelnen Geschäften, bey besondern Gelegenheiten, auf den Vorschlag und die Gefahr des Vormundes, in einem Falle, wo derselbe verhindert ist, von der Obrigkeit bestellt wird. Dies geschieht nun in solchen Fällen, wo sonst ein *Procurator* bestellt zu werden pflegt, sofern solcher nicht mit Auctorität des Vormundes von dem Pupillen selbst, auch nicht von dem Vormunde, so lang er noch nicht dominus litis

67) S. Ulr. HUBRI Digression. Iustinian. P. II. Lib. I.
Cap. 27. §. 1.

geworden, bestellt werden kann⁶⁸⁾). Es mag nun übrigens für den actor, oder gegen ihn gesprochen worden seyn, so wird die actio iudicati dem Pupillen oder gegen denselben gegeben, eben so als wenn der Vormund den Procesß selbst geführt hätte⁶⁹⁾.

§. 1303.

Delation der Vormundschaft, und daher entstehende Arten der Tutei.

Von Tuteien sagen die Gesetze eben so, sie werden deferirt, wie von Erbschäften⁷⁰⁾). Die Tutei wird nämlich dem Vormunde deferirt, wenn er ein Recht hat, sie zu übernehmen und zu verwalten. Der Grund der Delation ist nun nach dem Römischen Rechte dreyfach, Testament, Gesetz und Decret oder Bestellung der Obrigkeit. Daher giebt es nach dem Römischen Rechte drey Arten der Tutei, *tutela testamentaria, legitima* und *dativa*⁷¹⁾.

68) HUBER c. l. §. 3. pag. 562.

69) L. 2. D. de administrat. tutor. L. 4. §. 1. D. de re iudicata. L. 1. C. Quando ex facto tutor. (V. 59.) FABER c. l. pag. 75. sq.

70) L. 7. pr. D. de capite minutis. S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 4.

71) GAIUS Institution. Commentar. I. §. 154. nennt jedoch auch diejenigen, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi, weil sie durch das Testament geradezu bestellt, und daher gleich mit der Entstehung der Erbschaft von selbst Tuteuren sind. L. 7. et 9. D. de testam. tut. Deswegen mußte auch der Tutor im Testamente, wie der Erbe, verbis directis ernannt werden, wie schon im 28. Th. §. 1298. S. 445. aus Gaius erwiesen wurde. S. auch Zimmern Geschichte des Röm. Priv-

Justinian sagt in seinen Institutionen⁷²⁾ von Tuteis:

Permissum est parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, TESTAMENTO tutores dare⁷³⁾.

Quibus autem testamento tutor datus non sit, iis ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur LEGITIMI⁷⁴⁾.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei DABATUR in urbe quidem Romana a Praetore urbano, et maiore parte tribunorum plebis TUTOR ex Lege Atilia, in provinciis vero a Praesidibus provinciarum ex lege Julia et Titia⁷⁵⁾.

Und in der L. 52. pr. C. de Episcopis et Cleric. sagt Justinian von den Bischöfen und Geistlichen: immunitatem ipso iure omnes habere tutelae sive testamentariae, sive legitimae, sive dative.

Unter diesen drey Arten der Tutei findet eben die Ordnung, wie bey der Erbfolge, Statt. Die testamentarische Tutei hat vor der legitimen eben so, wie die testamentarische Erbfolge vor der gesetzlichen, den Vorszug⁷⁶⁾, und so wenig die Intestaterbfolge eintreten kann,

vatreches bis Justinian. 1. Bandes 2. Abtheil. S. 253. S. 871.

72) S. auch GAIUS Comm. I. §. 144. §. 155. et §. 185.

73) §. 3. J. de tutelis.

74) Pr. J. de legit. agnator. tut.

75) Pr. J. de Atiliano tute.

76) Pr. J. de legit. agnator. tutela. L. 6. D. de legitim. tutorib. Nov. CXVIII. cap. 5.

solange noch Hoffnung zur testamentarischen vorhanden ist⁷⁷⁾; eben so wenig findet die tutela legitima statt, so lange noch die testamentaria zu hoffen ist⁷⁸⁾. Wenn daher der testamentarische Vormund noch zur Zeit gehindert ist, die Tute zu übernehmen, z. B. weil der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, oder weil der Vormund unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung ist ernannt worden, und diese noch nicht eingetreten ist, oder weil er noch nicht das erforderliche Alter hat; so kann, wenn auch der Pupill einen legitimus tutor hätte, dennoch derselbe die Tute nicht einstweilen übernehmen, sondern es muß, bis das Hinderniß gehoben ist, ein Tutor von der Obrigkeit bestellt werden⁷⁹⁾. Heineccius⁸⁰⁾ erklärt dieses daraus, weil die Regel: eundem et testato et intestato decedere non posse⁸¹⁾, so wie bey Erbschäften, also auch bey Tuten Statt gefunden habe. Nur wenn gar kein tutor testamentarius bestellt worden, oder derselbe gestorben, und kein anderer testamentarischer Vormund vorhanden ist, tritt die tutela legitima ein⁸²⁾. Denn wenn von mehreren testamentarischen Tuten einer stirbt, so wird an dessen Stelle ein anderer Vormund von der Obrigkeit ernannt, eben so, als wenn der testamentar-

77) L. 8. Cod. Commun. de successionib. S. meine Intestaterbfolge. §. 9.

78) L. 11. pr. D. de testament. tut. S. DONELLUS c. 1. Cap. 4. §. 2.

79) §. 1. J. de Atiliano tut. L. 10. pr. L. 11. pr. D. de testam. tut. L. 10. §. 7. D. de excusat.

80) Diss. de tutela pactitia seu conventionali. §. 9.

81) L. 7. D. de div. Reg. iuris.

82) L. 11. §. 5. D. de testam. tut.

rische Tutor sich excusirt, oder removirt wird⁸³⁾). Ist weder ein testamentarischer, noch gesetzlicher Vormund vorhanden, der ein Recht zur TuteL hat, so bestellt die Obrigkeit einen Vormund⁸⁴⁾). Dieses findet auch Statt, wenn das Testament, in welchem der Vormund ernannt worden, ungültig errichtet, oder ungültig geworden ist. Hier confirmirt zwar die Obrigkeit den testamentarischen Vormund, allein er wird nun für einen Dativ-Tutor (*ex decreto tutor datus*) gehalten⁸⁵⁾). Auch hier zeigt sich eine Unmöglichkeit zwischen TuteL und Erbschaft. Denn so wie der Prätor in mehreren Fällen aus Gründen der Billigkeit ein Testament, welches nach der Subtilität des Civilrechts nichtig errichtet, oder ruptum geworden ist, bey Kräften erhält, und dem darin eingesetzten Erben die bonorum possessio secundum tabulas giebt; eben so giebt er hier dem Vormunde durch sein Decret die TuteL gleichsam secundum tabulas; und so wie der Prätor in seinem Edict gewissen Personen ein Erbrecht gab, die weder durch Testament des Erblassers, noch durch das Gesetz zur Erbschaft gerufen waren; so bestellte er in solchen Fällen, da weder ein testamentarischer noch ein gesetzlicher Vormund vorhanden war, einen Tutor zu Folge der Gesetze⁸⁶⁾). Schon diese Analogie zwischen TuteL und Erbschaft⁸⁷⁾ beweist, daß es nicht

83) L. 11. §. 1. 2. et 4. D. eodem.

84) Pr. J. de Atiliano tut.

85) L. 26. §. ult. L. 27. D. de testam. tut. L. 29. D. eodem. L. 3. D. de confirm. tuteore. L. 18. §. 1. D. ad Leg. Corn. de falsis.

86) Man sehe hier vorzüglich Jo. Gottl. HEINECCI DISS. de tutela paclitia seu conventionali. Lipsiae 1765. §. 9.

87) Diese Analogie bestreitet zwar Ge. Steph. WISSAND in Opuscul. (Lipsiae 1782. 8.) Specim. III. §. 2. pag. 25 sq. Glücks Erläut. d. Pand. 29. Th. L

mehr, als die angegebenen drey Arten der Tutel, nach dem Römischen Rechte geben könne. Eine Tutel, die sich auf einen Vertrag gründet, und, ohne irgend einen andern weistern Grund, blos durch Vertrag entstehen könnte, giebt es daher nach dem Römischen Rechte eben so wenig, als ein auf Vertrag gegründetes Erbsrecht⁸⁸⁾. Gleichwohl sind viel Rechtsgelehrten⁸⁹⁾ anderer Meinung, und wollen noch eine vierte Gattung der Tutel, nämlich eine *tutela pactitia* oder *conventionalis* annehmen, welche darin bestehen soll, wennemand dem Vater, oder der Mutter, oder anderen nahen Unverwandten des Mündels, oder der Obrigkeit, oder dem Mitvormunde

Allein seine Gründe beweisen nur soviel, daß Tutel und Erbschaft an sich verschieden sind, welches aber die Analogie, die hier unverkennbar ist, nicht aufhebt. Man sehe vielmehr *Wolr. BUCHARDI Comm. de tutela Romana cum hereditate comparata. Herborn. 1784.*

88) Ausser HBINCCIUS hat dieses ganz deutlich gezeigt *H. G. van VRYHOFF Observation. iuris civ. (Amstelaed. 1747. 8.) Cap. IX. pag. 31 — 44.* Man sehe noch *Jo. CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta. Tit. XI. §. 2. pag. 55.*

89) *Aug. a LEBER Meditation. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCXXVIII. Ad. Frid. GLAREY Diss. epistolica de tutela pactitia, oder Vormundschaft, so aus Zusagen entsteht. Tübinger. 1716. Jo. Frid. HOEPNER Diss. de tutela pactitia. Lips. 1731. Christ. Gottl. REINHARDT Diss. de tutela pactitia Romanis non incognita. Lipsiae 1739.* (Andere führen diese Dissertation unter dem Namen *J. G. BAUER* an.) *Joach. Ge. DABIES Diss. de tutela pactitia tam in iure Romano quam Germanico fundata, eiusque in foris nostris usu, sub praesidio Diet. Herm. KEMMERICII def. Jenae 1759. 4.*

verspricht, daß er die Tute übernehmen wolle, und ver möge seines Versprechens zur Uebernehmung der Vormundschaft verpflichtet ist. Allein diese Meinung, welche schon längst von andern⁹⁰⁾ gründlich widerlegt worden ist, beruhet auf einem offenkundigen Missverstände der Gesetze. Die Stellen, welche man dafür aus dem Römischen Rechte⁹¹⁾ anzuführen pflegt, reden offenbar nicht von einem Vertrage, wodurch eine Vormundschaft entsteht, sondern wodurch ein Vormund, der schon im Testamente ernannt, oder vom Gesetz gerufen ist, sich gegen den Vater des Pupillen anheischig macht, daß er die Tute nicht ablehnen wolle. Diesem Vertrage legen die Gesetze die Wirkung bei, daß sich nachher der Vormund der ihm sonst zuständig gewesenen Excusationen nicht bedienen könne. Man vergleiche nur die Gesetzstellen selbst.

§. 9. *I. de excusat. Non excusantur, qui se tutelam patri pupillorum administraturos promiserunt.*

90) *S. Christ. Henr. HILLER* Figmentum tutelae speciei quartae pactitiae sive conventionalis. *Tabingae* 1716.
Car. Gottl. KNORR Prog. de tutela pactitia Romanis incognita. *Halae* 1756. *OPPII XANTORPII* Meditat. de fictitio tutelae pactitiae fundamento in iure Rom. *Gremhusing.* 1740. *Lud. Henr. SCHMID* Diss. de tutela pactitia iure Rom. incognita. *Altorfii* 1743. *Car. Frid. WALCH* *Introduct. in controv. iuris civ. Sect. I.* Cap II. Membr. III. §. 14. *Höpfner* Commentar über die Heincc. Institut. §. 168. und *Weber* zu *Höpfner* Note 3. §. 211. *Thibaut* Syst. d. Pand. Rechts. 1. B. §. 507. und *Jo. Ern. Just. MÜLLER* Observat. pract. ad *Leyserum*. Tom. III. Fasc. II. Obs. 587.

91) §. 9. *J. de excusat. L. 15. §. 1. D. eodem. L. 29. D. de testam. tut. L. 18. §. 1. ad Leg. Corn. de fals.*

L. 15. §. 1. D. de Excusat. MODESTINUS libro sexto Excusation. Οὐ τῷ πατρὶ ἐπαγγειλάμενος ἐπιτροπένειν τῶν παιδῶν, ἀφίεσθαι τάντης τῆς επιτροπῆς ὃν δύναται, οὐδὲν ἄλλως ἔχει δίκαια ἀφέσεως. i. e. qui patri promisit, se fore tutorem liberorum, excusari ab hac tutela non potest, quamvis alias excusare se iure possit.

Daß in beyden Stellen von einem solchen Vormunde die Rede sey, den der Vater im Testamente ernennt hat, ethallet ganz deutlich, wenn man die vorhergehenden Worte des §. 9. I. de excusat. damit vergleicht. Da heißt es:

Item si propter inimicitias aliquem TESTAMENTO tutorem pater dederit, hoc ipsum ei praestat excusationem: sicut per contrarium non excusantur, etc.

Noch deutlicher aber erscheint dieses aus folgender Gesetzstelle.

L. 29. D. de testam. tut. PAPINTIANUS libro XV. Responsorum. Ex sententia Senatusconsulti Liboniani tutor non erit, qui se TESTAMENTO pupillo tutorem scripsit: cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dannum respondi: nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat, quoniam promisso videbatur, nec ut suspectum removeri.

Vermöge des Senatusconsulti Liboniani⁹²⁾, dessen

92) Es wurde unter dem K. Tiberius gemacht, und hat wahrscheinlich seinen Namen von dem Consul L. Scribonius Libo erhalten, welcher im Jahre der E. K. 769.

hier gedacht wird, sollte sich Niemand eine Erbschaft, Legat, oder Fideicommis in dem Testamente eines Andern eigenhändig niederschreiben, wenn es ihm auch gleich der Testator dictirt hätte. Eine solche Disposition sollte für nicht geschrieben gehalten werden, und nach einem Edict des Kaisers Claudius sollte der Schreiber des Testaments noch überdem in die Strafe des Falsum verfallen, welche die lex Cornelia bestimmt hätte, ohne sich mit Rechtsunwissenheit entschuldigen zu können⁹³⁾ wosfern nicht der Testator bey seiner Unterschrift eigenhändig erklärt hätte, daß er es dem Schreibenden dictirt habe, und es sein Wille sey⁹⁴⁾. Durch Interpretation ist nachher das SCium Libonianum auf alle Arten von Vortheilen ausgedehnt worden, die sichemand in eines Andern Testamente zugeschrieben hat⁹⁵⁾, und also auch auf Tuteien,

mit dem SISENNA STATILIUS TAURUS das Consulat verwaltete. S. Jo. iVilh. MARCKART Exercitat. de his, qui sibi adscribunt in testamento alieno. Cap. I. §. 7. (in *Exercitation. academic.* Hardervici 1751. 4.) pag. 141. und Henr. Gothof. Wilh. DANIELS Diss. de Senatusconsulto Liboniano, eiusque usu hodierno. Bonnae 1791. S. Cap. II. §. 40. pag. 84 sqq.

93) L. 1. §. 7. et 8. L. 14. et L. 15. D. de lege Cornel. de falsis. L. 1. et L. 5. D. de his, quae pro non script. habentur. L. 3. Cod. de his, qui sibi adscribunt. S. MARCKART Exercit. cit. Cap. I. §. 5. et Cap. II. §. 2. et 3. pag. 147. eqq.

94) L. 15. §. 1. et 2. D. de lege Corn. de falsis. L. 2. et L. 6. Cod. de his, qui sibi adscribunt in testam. (IX. 25.)

95) L. 22. §. 8. — 21. D. de L. Corn. de fals. S. Jac. Cujacii Comment. in Libr. XV. Responsor. Papiani

wie aus unserer Gesetzstelle erhellet. Der Testirer hatte hier mehrere Tutores für sein unmündiges Kind ernannt, und unter diesen auch den Sejus, durch den er sein Testament hatte niederschreiben lassen. Sejus hatte also die ihm vom Testirer aufgetragene Tutei selbst niedergeschrieben. Nun entstand die Frage, ob diese Vormundschaftsbestellung gültig seyn? Das Senatusconsultum enthielt diesen Fall nicht. Es schien auch überhaupt zweifelhaft zu seyn, ob er darunter zu subsumiren sey, weil sich ja Sejus mehr eine Last, als einen Vortheil zugeschrieben zu haben schien. Dennoch sagt Papinian: *Ex sententia Senatusconsulti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit.* Denn man muß doch annehmen, Sejus habe durch die Tutei einen gewissen Vortheil zu erhalten gehofft. Er hatte sich also noch obendrein verdächtig gemacht, als ob er die Tutei um seines Vortheils Willen gesucht habe, und müste daher schon deswegen removirt werden⁹⁶⁾). Allein für den Tutor sprach das eigenhändige Zeugniß des Testirers, welcher bey seiner Unterschrift erklärt hatte, es sey die Bestellung desselben auf sein Geheiß, und mit seinem Willen geschehen. Dieses Zeugniß schützte ihn gegen allen Verdacht, daß er sich zur Tutei gedrungen habe. Also entfernt konnte der Tutor als suspect nicht werden, und von einer Strafe des Falsum konnte also auch keine Frage seyn. Wäre Sejus der einzige Vormund gewesen, so hätte ihn die Obrigkeit als Tutor bestätigen können. Bestätigt aber mußte er werden, weil die Bestellung nicht auf eine

ad L. 29. D. de testam. tut. (*Oper. postum. a FABRO*
editor. Tom. I. P. II. pag. 580.)

96) *Nam hoc ipso suspectus est,* sagt Ulpian L. 25. D.
de Procurator. qui operam suam ingerit invito.

rechtsgültige Art geschehen war. Hier waren nun noch andere Tutores vorhanden. Er konnte also diesen, wie Papinian meinte, nur als Curator beigefügt werden. Jetzt als Tutor darum nicht, quia tutorem habentio non datur tutor; und so lange die testamentarische Tutele statt findet, kann keine Dativ-Tutel angeordnet werden⁹⁷⁾. Dem Sejus schien aber überhaupt an der ganzen Tutel nicht viel zu liegen. Denn sonst hätte wohl nicht die Frage davon seyn können, ob er die Tutel nicht von sich ablehnen könne, weil ihm nach den Gesetzen Gründe der Excusation zustanden. Dieses wird ihm nun hier nicht gestattet. Warum? weil das eigene Niederschreiben der ihm aufgetragenen Tutel für ein stillschweigendes Versprechen zu nehmen sey, daß er die Tutel übernehmen wolle. Das also der Wormund hier durch keinen Vertrag bestellt war, leuchtet in die Augen. Er war, weil er ex testamento nicht Tutor seyn konnte, durch ein Decret der Obrigkeit bestellt, wie aus folgender Gesetzstelle noch deutlicher erhellt.

L. 18. §. 1. D. de lege Cornel. de fals. PAULUS libro III. Sententiarum. Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse praesumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse: tamen si idoneus esse adprobatur, non ex testamento, sed EX DECRETO tutor dandus est, nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videatur voluntati testatoris.

Schon, als munus publicum, konnte die Tutel kein Gegenstand des Vertrags seyn, denn auch auf sie

97) S. POTIER Pandeet. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. a. Nr. VI. Not. g. pag. 94.

wenden die Gesetze die Regel an, ius publicum mutari non potest conventione, ne quidem magistratum⁹⁸⁾). Es war aber iure publico sanctionirt, daß der Vater nur durch Testament einen Tutor für seine Kinder ernennen könne. Gajus⁹⁹⁾ sagt: *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus, liberis suis, — si modo in potestate sint, tutores testamento dare.* Noch deutlicher Modestin¹⁰⁰⁾: Πατὴρ γὰρ υἱῶν, ἢ ἐγγόνοις, οὓς ἔχει ἐν ἔξοντι, ὅρθως διδωσιν ἐπίτροπον, ἀλλ' ἐν διαθήκῃ; i.e. Pater enim filiis, vel nepotibus, quos habet in potestate, recte dat tutorem, sed in testamento. Daher konnte auch der Vater anders keinen Tutor bestellen, als wenn er zugleich einen Erben ernannte. Dies ist es, wenn Paulus¹⁰¹⁾ sagt: *Tutor separatis sine pecunia dari non potest.* Erst in der Folge konnte der Vater auch in codicillis testamento confirmatis Tutoren ernennen¹⁰²⁾. Nur solche letzte Willensverordnungen hatten Gesetzeskraft, nicht Verträge. Wie konnte also durch Vertrag ein freyer Mensch der Gewalt eines Andern unterworfen werden, da die Tutelei eine potestas iure civili data war¹⁰³⁾?

98) L. 1. §. 9. D. de magistratib. convenient. S. §. 1299.
S. 84.

99) L. 1. pr. D. de testam. tut.

100) L. 1. §. 1. D. de confirm. tut.

101) L. 55. D. de Verbor. Signif.

102) L. 3. D. de testam. tut. L. 1. §. 1. D. de confirm. tut.

103) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 168. Not. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 640.

Man hat es für eine Art von vertragsmäßiger Tutel halten wollen, wenn mehrere Vormünder sich in die Verwaltung der Vormundschaft theilen, oder einem die Verwaltung allein übertragen, oder der Vormund die Verwaltung der Vormundschaft einem Dritten aufrägt. Es handeln von solchen Fällen folgende Gesetzstellen.

L. 3. §. 9. D. de administr. et peric. tutor. et curator. ULPIAN. libro XXXV. ad Edictum. Item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt: ut distribuatur inter eos administratio.

L. 5. §. 5. D. eodem. ULPIANUS libro eodem. Quod si quis tutelam mandaverit gerendam, gestaque fuerit ab eo, cui mandatum est: locus erit tutelae actioni: videtur enim gessisse, qui per alium gessit. Quod si non accessit is, cui mandatum est, utili actione convenitur.

L. 55. pr. D. eodem. TRYPHONINUS libro XIV. Disputationum. Tres tutores pupillo dati sunt: unus tutelam gessit, et solvendo non est: secundus Titio gerendam mandavit, et Titius quaedam administravit: tertius nihil omnino gessit. Quae situm est, quatenus quisque eorum teneatur? Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae: et in solidum universi tenentur.

Allein aus keiner dieser Gesetzstellen erhellet, daß eine Tutel durch Vertrag deferirt werden könne, so daß in dem Vertrage allein der Grund der anzuordnenden Vormundschaft enthalten sey. Sie beweisen vielmehr das Gegenteil. Denn alle diese Gesetzstellen reden von Verträgen über die Verwaltung einer schon bestehenden Vormunds-

schaft. Wird nun diese Verwaltung einem Mitvormunde überlassen, so kann von der Bestellung eines Vormundes, der schon da ist, keine Rede seyn; wird sie aber von dem Vormunde einem Dritten übertragen, der gar nicht zum Vormund bestellt ist, so wird derselbe durch diesen Auftrag nicht Vormund, sondern der Vormund wird wegen dessen, was sein Mandatar für ihn gethan hat, *actione tutelae directa*, wegen dessen aber, was dieser unterließ, *actione utili* belangt. Tryphonin⁴⁾ sagt:

Non solum gessisse tutelam is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contatore accepit rem salvam pupillo futuram, eique permisit administrationem totius tutelae: nec potest se defendere constitutionibus, quae jubent ante conveniri eum, qui gessit.

Nach deutschen Rechten kann jedoch, gemäß der Meinung der angesehensten Rechtslehrer⁵⁾, eine Vormundschaft

- 4) L. 55. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.* S. HEINECCI DISS. CIT. §. 23. ET 24. UND VAN VRYHOFF C. I. PAG. 42. SQQ.
- 5) JO. GOTTL. HEINECCII ELEM. IURIS GERMAN. TOM. I. §. 349. ET §. 367. STRYK US. MOD. PANDECT. LIB. XXVI. TIT. I. §. 14. VON LYNNFER ABHANDLUNG VON DER VORMUNDSTHEBESTELLUNG 1. TH. §. 21. RUNDE GRUNDSES DEUTSCH. PRIVATRECHTS. §. 624. WILH. AUG. KRIED. DANZ HANDBUCH DES HEUTIGEN DEUTSCHEN PRIVATRECHTS. 7. B. §. 624. S. 143. JO. FRID. EISENHART INSTITUT. IUR. GERM. PRIV. LIB. I. TIT. 18. §. 6. JO. HENR. CHRIST. DE SELCHOW ELEM. IURIS GERMAN. PRIV. HOD. §. 505. ODER §. 385. DER NEUERN AUFGABE. CHRIST. GOTTL. RICCIUS SPICILEG. IURIS GERM. LIB. I. TIT. 25. §. 449. P. 608. CHRIST. GOTTL. HAUBOLD AD BERGERI OECON. IURIS LIB. I.

durch Vertrag bestellt werden, und dieses hat um so weniger einigen Zweifel, weil nach deutschen Rechten auch Erbverträge gültig sind. Gewöhnlich geschieht die Bestellung der Vormünder in den Familienverträgen des Adels über Stammgüter, wovon Jo. Ulrich Frenh. von Grasmer⁶⁾ ein merkwürdiges Beispiel giebt; doch kann dieses Recht dem Adel nicht als eigen zugeschrieben werden, da auch bey Bürgern in Eheberedungen und Erbverträgen Vormünder bestellt werden können, obwohl diese Art der Vormundschaft unter dem Bürger- und Bauernstande seltener vorkommt⁷⁾. Außerdem kann auch der Vater selbst mit dem pacisciren, der die Vormundschaft über seine Kinder führen soll. Daher unterscheidet man eine doppelte Art der vertragsmäßigen Vormundschaft, die aus Familienverträgen, und die aus Verträgen mit dem Vater. Ist eine Vormundschaft durch Vertrag angeordnet, so hat diese in der Regel den Vorzug vor allen andern Arten der

Tit. IV. Th. 2. Not. a Tom. I. pag. 170. Schmalz Lehrbuch des deutschen Privatrechts. (Berlin 1818.) §. 505. und Mittermaier Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. (Landshut 1827.) §. 368.

6) Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 806. Man sehe auch Pütter primae lineae iuris priv. Princip. §. 76.

7) Mehrere Rechtegelehrten wollen jedoch bezweifeln, daß die vertragsmäßige Vormundschaft nach gemeinen deutschen Rechten angenommen sey. Man sehe HILLER Diss. segmentum tutelae pactitiae Membr. II. Struben rechtliche Bedenken 5. Band. Ged. VIII. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 640. nr. III. Allein man sehe DABIES Diss. de tutela pactitia, praes. Hemmerich def. §. 54. sqq. und von Lynden a. a. D. §. 21. §. 59.

Vormundschaft⁸⁾). Doch wird dieses zunächst auf die vertragsmäßige aus Familienverträgen beschränkt, auf welche der Stammvetter ein Recht hat, welches ihm des Vaters Testament oder Vertrag nicht entziehen kann⁹⁾), obwohl dem Vater auch in diesem Falle erlaubt ist, dem Kinde für seine Person einen Vormund im Testament oder durch Vertrag zu ernennen¹⁰⁾). Man behauptet auch, daß die vertragsmäßige Vormundschaft, die durch einen Vertrag mit dem Vater bestellt worden, vom Vater durch Testament wieder aufgehoben werden könne, wenn derselbe in der Folge eine rechtmäßige Ursache haben sollte, von dem Vertrage wieder abzugehen, und einen andern Vormund zu ernennen¹¹⁾). In dieser Hinsicht behauptet man nicht ohne Grund, der vertragsmäßige Vormund erhalte durch den Vertrag kein unwiderrufliches Recht¹²⁾), und die vertragsmäßige und die testamentarische Vormundschaft hätten gleiches Recht, von denen daher diejenige vorgehe, welche die jüngste ist¹³⁾). Nächstdem geht die testamentarische Vormundschaft auch h. z. L. der gesetzlichen vor¹⁴⁾). Nur wenn beyde wegfallen, setzt die Obrigkeit

8) S. DRIES eit. Dissert. §. 67. von Lynder §. 25.
Runde Grundsäze des deutschen Privatrechts. §. 624.
Danj im Handbuche. 7. B. §. 624. S. 145.

9) Schmalz im angef. Lehrbuche. §. 505.

10) Schmalz a. a. D.

11) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXXVIII. medit. 12. DRIES c. l. §. 68. 69. et 70. und von Lynder a. a. D. §. 26. S. 80.

12) S. Mittermaier angef. Grundsäze §. 368. a. E.

13) S. Schmalz a. a. D.

14) S. von Lynder a. a. D. §. 25. S. 77.

einen Vormund¹⁵⁾). Doch müssen nach deutschen Gesetzen¹⁶⁾ alle Vormünder von der Obervormundschaft bestätigt werden, und diese kann auch wohl von der Ordnung abweichen, und da, wo schon ein Vormund vorhanden ist, einen andern bestellen, wenn sie dazu einen hinreichenden Grund hat¹⁷⁾).

§. 1304.

Verschiedene Arten der Vormünder in Rücksicht ihrer Thätigkeit.

Bey mehreren Vormündern unterscheidet das Römische Recht drey verschiedene Arten derselben in Rücksicht ihrer Thätigkeit¹⁸⁾). *Tutores gerentes*, *honorarii*, und *rei notitiae gratia dati*¹⁹⁾). Folgende Gesetzstellen geben darüber näheren Aufschluß.

15) Thibaut Syst. des Pandectenrechts. 1. B. §. 508.

16) Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. Tit. 3a. §. 2.

17) S. Höpfners Commentar über die heinecc. Institutionen. §. 185. von Wening. Ingelheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 5. B. §. 156. Mittermayer angef. Grundsäge. §. 56g. und Schmalz §. 505.

18) S. DONELLUS Commentarius de iure civ. Lib. III. Cap. 12. (Vol. II. pag. 151 sqq. edition. noviss. Norimb.) und MÜHLENBRUCH doctr. Pandect. Vol. II. §. 553.

19) S. Frid. SCHRAG Diss. de tute non administrante. Argentor. 1689. Jo. Henr. FELZ Diss. de tutela honoraria. Argentor. 1720. Wolfg. Ad. LAUTERBACH Exerc. acad. de honorario tute. Tbingae 1655. (Dissertation. Vol III. Nr. CXXXVII.) Sam. Frid. WILLENBERG Exercit. de honorario et notitiae causa dato tute. Gedani 1722. (in EIUSD. Selectis iurisprud. civilis (Gedani 1728. 4.) P. II. Exercitat. Sab-

L. 3. §. 1. D. de administrat. et peric. tutor. et curator. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Si parens vel pater, qui in potestate habet, destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere Praetor putavit: meritoque parentis statur voluntati, qui utique recte filio prospexit: tantundem Praetor facit et de his, quos parens destinavit testamento, ipse autem confirmavit: ut si parens declaravit, quem velit tutelam administrare, ille solus administret.

L. ead. §. 2. Ceteri igitur tutores non administrabunt: sed erunt hi, quos vulgo HONORARIOS appellamus: nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare: constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus eius, qui gesserit, conveniri oportere: *dati sunt enim quasi observatores actus eius et custodes:* imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare, qualiter conversetur: et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem: blandiuntur enim sibi, qui putant, HONORARIOS TUTORES omnino non teneri: tenentur enim secundum ea, quae supra ostendimus.

bath. XI. pag. 369—377.) Aug. a LEXER de tutela honoraria, (in ejus Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXIX.) Conr. Frid. MUNZ Diss. de auctoritate tutoris honorarii. Altdorf. 1752. und Jul. Frid. MALBLANG Diss. de tutela honoraria. Tubingae 1811. 4.

L. 14. §. 1. D. de solutionib. ULPIANUS libro XXX. ad Sabinum. Sunt quidam tutores, qui HONORARII appellantur: sunt, qui REI NOTITIAE GRATIA dantur: sunt, qui ad hoc dantur, UT GERANT: et hoc vel pater adiicit, ut unus, puta, gerat: vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel Praetor ita decernit. Dico igitur, cuicunque ex tutoribus fuerat solutum, etsi HONORARIIS, nam et ad hos periculum pertinet, recte solvi: nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur.

L. ead. §. 6. Ei, qui NOTITIAE GRATIA datus est, an recte solvatur, videndum est: quia ad instruendos contutores datur. Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere.

L. 26. §. 1. D. de testam. tut. PAPINIANUS libro IV. Responsorum. HONORIS CAUSA tutor datus non videtur, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia gerenda mandavit, rationes accipere voluit.

L. 32. §. 1. D. eodem. PAULUS libro IX. Responsorum. Idem PAULUS respondit, eum quoque, qui PROPTER RERUM NOTITIAM tutor datus est, perinde in omnibus et administrationis et accessio- nis iure conveniri posse, atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.

L. 60. §. 2. D. de Ritu nuptiar. PAULUS libro singulari ad Orationem Divi ANTONINI et COMMODI. Quid ergo, si HONORIS CAUSA tutor datus sit? Quatenus nec huiusmodi tutela in numerum compu-

tatur, numquid idem sit? Sed ratio in contrarium dicit: quod dictum est, et HONORARIUM TUTOREM periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam.

L. 1. Cod. de periculo tutor. et curator. (V. 58.)
Imp. ALEXANDER. Et qui NOTITIAE CAUSA liberii tutores dantur, quamvis soli administrandorum negotiorum pupillorum sive adulorum facultatem interdum non accipient, propter tenuitatem sui patrimonii, periculo tamen omnes sunt obligati: sive ea, quae scire debent, ex utilitate eorum tutores sive curatores dissimulaverint, sive fraudem aliquam adhibuerint, vel cum aliis participaverint, aut cum suspectos facere deberent, vel in officio munieris, vel debito obsequio cessaverint.

Aus diesen Geschstellten ergiebt sich also, daß

1) *tutores gerentes* diejenigen genennet werden, welche die TuteL selbst verwalten, es mag in eigner Person, oder durch einen Stellvertreter geschehen. Denn Ulpian²⁰⁾ sagt: *Videtur enim GESSISSE, qui per alium gessit, und Tryphonin²¹⁾:* Non solum GESSISSE TUTELAM is creditur, qui alii gerendam mandavit, sed et qui satis a contutore accepit rem salvam pupillo futuram: eique permisit administrationem totius tutelae. Ist die Besorgung der zur TuteL gehörigen Geschäfte mehreren zugleich, es sey vom Testator, oder vom Gesetz, oder von der Obrigkeit, übertragen, so daß

20) L. 5. §. 3. D. de administrat. et pericul. tutor. et curat.

21) L. 55. §. 2. D. eodem.

sie alle concurriren, so werden diese Vormünder **CONTURORES** genannt²²⁾). Contutoren sind daher nicht die, welche, was gegen die Regel zulässig geworden, für verschiedene Gütermassen des Pupillen, wegen ihrer weit von einander entfernten Lage, bestellt worden sind, so daß sie unter sich in keiner Verbindung stehen, und daher auch nicht für einander haften²³⁾). Dies ist wie eine Delation verschiedener Tutelein zu betrachten²⁴⁾). Contutoren hingegen haften gemeinschaftlich, wenn sie auch nicht alle gemeinschaftlich gerirt haben, wie aus der oben (S. 169.) angeführten Stelle des Tryphoninus erschellet, wo es heißt: *Et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae, et in solidum universi tenentur.* Ein mehreres davon zum §. 1556. Ist unter den administrirenden Vormündern Einer über die übrigen gleichsam zum Obervormund gesetzt, dem die verwaltenden Vormünder Rechnung ablegen müssen, von welchem Falle die oben (S. 175.) aus Paspinian angeführte L. 26. §. 1. *D. de testam. tut.* handelt; so kann man einen solchen Contutor, den *tutor gerens superior oder generalis* nennen²⁵⁾).

22) *L. 1. pr. L. 26. §. 1. D. de testam. tut. L. 9. D. de legitim. tutorib. L. 23. D. de tutorib. et curator. datis. L. 14. et L. 55. pr. et §. 2. D. de administr. et peric. tutor. et curator. L. ult. Cod. de auctorit. praest. (V. 59.)*

23) *L. 15. D. de testam. tut. L. 27. D. de tutor. datis. L. 21. §. 2. D. de excusat.*

24) S. ZIMMERM. Geschichte des Römischen Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 245. S. 915. und MÜNZBRUCH doctr. Pandect. Vol. II. §. 553.

25) MUNZ Diss. de auctoritate tutoris honorarii. §. 17. und MALBLANC Diss. cit. de tutela honoraria. §. 5. p. 8. nr. 3.

2) *Tutores honorarii*, oder, wie sie auch genannt werden, *honoris causa tutores dati*²⁶⁾, werden diejenigen Vormünder genannt, welche, ohne selbst an der Last der wirklichen Verwaltung Theil zu nehmen, blos dazu berufen sind, die *tutores gerentes* zu beobachten, und über sie die Aufsicht zu führen. Ulpian sagt in der oben (S. 174.) angeführten *L. 3. §. 2. D. de administr. et peric. tutor. et curat.* *Tutores, quos vulgo HONORARIOS appellamus, — dati sunt, quasi observatores actus eius (sc. qui gerit) et custodes: imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt.* Solche Ehrenvormünder, wie wir sie nennen, haften also auch dem Pupillen, jedoch nur subsidiarisch, wenn sie es haben an sorgfältiger Aufsicht über die verwaltenden Vormünder mangeln lassen. Adsidue igitur, fährt Ulpian fort, *et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare, qualiter conversetur.*

Tutores honorarii können nun auf verschiedene Art entstehen. Ulpian sagt *L. 14. §. 1. D. de Solution.* *Hoc vel pater adiicit, ut unus puta gerat: vel voluntate tutorum uni committitur gestus: vel Praetor ita decernit.* Hier sind denn die übrigen honorarii. Diese können also entstehen

1) durch Testament des Vaters, wenn der Vater in seinem Testamente mehrere Tutores ernannt, und verordnet hat, wer von denselben die Vormundschaft verwalten solle. Hier wird dieser *tutor gerens*, die übrigen nichtverwaltenden Vormünder sind *tutores hono-*

26) *L. 60. §. 2. D. de ritu Napt. L. 26. §. 1. D. de testam. tut.*

rarii, von welchem Falle Ulpian in der oben angeführten Gesetzstelle *L. 3. §. 1. et 2. D. de administr. et peric. tutor.* spricht.

2) Durch die Bestimmung der Gesetze²⁷⁾, wenn das Gesetz mehrere Verwandten gleichen Grades zur Tutele ruft, und dabei verordnet, daß sie mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde einen oder etliche aus ihrer Mitte, soviel sie nämlich zur Verwaltung des Vermögens für hinreichend halten, wählen sollen. Diese sind alsdann die *tutores gerentes*, die übrigen die *honorarii*. Hierher gehört die Verordnung des Kaisers Justinian in der *Nov. CXVIII. Cap. 5.* wo es nach Homberg heißt:

Si vero multi, qui eodem cognationis gradu sunt, ad tutelam vocantur, iubemus, ut in unum conveniant, et apud Magistratum, cui haec res curae est, unum vel etiam plures, quot ad bonorum administrationem sufficient, ex illis elegant et nominent, atque ille vel illi res impuberis administrent: periculo tutelae omnibus imminentibus, qui ad tutelam vocantur²⁸⁾, eorumque bonis tacite pupillo pro hac administratione oppigneratis.

3) Durch Verfügung der Obrigkeit, wenn die Obrigkeit von mehreren testamentarischen, oder zugleich vom Gesetz berufenen, oder von ihr selbst bestellten Vormündern Einem die Verwaltung der Tutele aufträgt, weil es für den Pupillen vortheilhafter ist. Wenn also der Vater für ein und das nämliche Kind zwar mehrere Vormünder ernannt hat, aus seiner Verordnung aber die Ab-

27) S. MUNZ Diss. cit. §. 16. und MAELBLANC Diss. cit. §. 4.

28) Man vergleiche hiermit die *L. 3. §. 2. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.*

sicht nicht undeutlich hervorgeht, daß nur Einer die Vormundschaft verwalten solle, ohne jedoch den tutor gerens selbst gewählt zu haben, und die Vormünder sich selbst darüber nicht vereinigen können; so kann die Obrigkeit, nach der Absicht des Vaters, bestimmen, wer die Vormundschaft, und welche die Aufsicht dabei führen sollen. *Quippe et si pater non destinaverit*, sagt Ulpian L. 3. §. 6. *D. de administr. tut. quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administretur. Sane enim facilius unus tutor et actiones exercet, et excipit: ne per multos tutela spargatur.*

Zuweilen kann auch die Obrigkeit, wie ebenfalls Ulpian L. 3. §. 3. eodem. sagt, von der Verfügung des Vaters abweichen, und den Tutor verwerfen, den der Vater zum gerens bestimmt hat, wenn erhebliche Gründe dazu vorhanden sind, welches auch, wie Ulpian §. 7. sagt, in dem Falle statt findet, wenn der vom Vater zum gerens ausserschene Tutor an der wirklichen Verwaltung der Vormundschaft keinen Theil nehmen will, und die übrigen Vormünder einen Andern zu wählen sich weigern. Daß von mehreren zugleich berufenen gesetzlichen, und obrigkeitlich bestellten Vormündern Einem die Verwaltung der Vormundschaft allein aufgetragen werden könne, sagt ebenfalls Ulpian L. 5. §. 2. *D. de legitim. tutorib.*

In legitimis, et in his, qui a magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit? Et ait LABEO, et uni recte tutelam decerni. — Quae sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio.

Die Obrigkeit ist sogar verpflichtet eine solche Theilung

zu treffen, sobald sie sich von dem Nachtheile der gemeinschaftlichen Verwaltung überzeugt.

In allen diesen Fällen sind denn die übrigen Vormünder *ipso iure tutores honorarii*²⁹⁾.

4) Durch Vertrag, wenn entweder der Vater noch selbst bey seinem Leben mit den von ihm im Testamente ernannten, oder gesetzlichen Vormündern die Uebereinkunft getroffen hat, Wer von ihnen geriren, und Wer blos die Aufsicht bey der Verwaltung der Vormundschaft führen soll³⁰⁾, oder wenn die mehreren berufenen Vormünder sich unter einander vereinigt haben, wer unter ihnen die Vormundschaft verwalten soll, oder diesen durch die Mehrheit der Stimmen gewählt³¹⁾, oder sich in die Tutei getheilt haben. Hier ist jedoch zu unterscheiden. Die Verhandlung ging entweder unter den Augen der Obrigkeit vor sich, oder sie geschahen wenigstens dem erklärten Willen des Testators gemäß, oder die Vormünder nahmen eine solche Vertheilung der Tutei eigenmächtig und für sich vor. In dem ersten und andern Falle steht der nicht gerirende Vormund gegen den gerirenden in dem Verhältniß als *tutor honorarius*, so wie die mehreren Vormünder, unter welche die Verwaltung der Tutei getheilt ist, gegen einander in dem Verhältniß als *Ehrenvormünder* stehen³²⁾. Zunächst haftet also der *tutor* gerens für sein

29) G. MAELBLANC Diss. cit. §. 4. Nr. II—IV.

30) G. MUNZ Diss. cit. §. 16. in fin.

31) §. 1. I. de satisdat. *tutor. et curat.*

32) G. LAUTERBACH Exercit. de *tutore honorario*. §. XXIX. nr. 8. und MAELBLANC cit. Diss. §. 4. N. VI. Damit stimmt auch das allgemeine Preuß. Landrecht z. Th. 18. Tit. §. 221. überein.

Thun oder Unterlassen, gegen den Ehrenvormund findet nur eine actio subsidiaria Statt. Im letzten Falle hat eine solche eigenmächtige Theilung der Vormundschaft auf die Verbindlichkeit der Tutores gegen den Pupillen gar keinen Einfluß, sondern sie haften sämtlich, wie Contutores, dem Pupillen in solidum³³⁾, wie aus folgender Verordnung der Kaiser Carinus und Numerianus erhellet.

L. 2. Cod. de dividenda tutela. (V. 52.) Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco, seu provincia constitutos facta necdum fuerit, licentiam habet adolescens, et unum eorum eligere, et totum debitum exigere: cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. In divisionem autem administratione deducta, sive a Præside, sive testatoris voluntate: unumquemque pro sua administratione convenire potest, periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus: nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt, vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt. Nec prodest eis dicentibus, eum contutorem suum non administrasse res pupillares. Sin vero ipsi inter se res administrationis divisorunt: non prohibetur adolescens unum ex his IN SOLIDUM convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.

33) G. Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad L. 2. de divid. tutela. Tom. I. pag. 465 sq. und Hafse Eulpa des Röm. Rechts. S. 63. S. 352. f.

Es erhellet hieraus, daß durch einen bloßen Privatvertrag kein tutor honorarius bestellt werden könne. Denn in diesem Falle haftet der non gerens tutor eben so, als ob er getirt hätte, wie Tryphoninus³⁴⁾ sagt, welches aber mit dem Begriffe eines tutor honorarius im Widerspruche steht^{35).}

Das Amt der Ehrenvormünder besteht nun, wie Ulpian L. 3. §. 2. *D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* sagt, darin, daß sie mit aller Sorgfalt darauf Acht haben müssen, daß die verwaltenden Vormünder ihre Pflichten erfüllen^{36).} Nehmen sie das Gegenteil wahr, so dürfen sie dazu nicht schweigen, wenn sie sich nicht selbst verantwortlich machen wollen; sondern sie müssen sie ernstlich ermahnen, und zur Erfüllung ihrer Pflichten; z. B. zur Errichtung eines Inventars, zur erforderlichen Cautionsleistung, zur Anlegung oder Deposition baarer Gelder, u. d. antreiben. Sind Erinnerungen und Vorstellungen fruchtlos geblieben; so müssen sie bey dem Richter von diesem Benehmen des Vormundes in Zeiten Anzeige machen, und denselben als suspect anklagen. *Inputabitur enim eis quandoque*, sagt Ulpian in der angeführten Stelle, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. — Blandiuntur enim sibi, qui putant, honorarios tatores omnino non teneri. Und Paulus sagt L. 60. §. 2. *D. de ritu nupt. et honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam.*

34) L. 55. §. 2. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.*

35) G. LAUTERBACH Exerc. de honorario tute. §. XIII.
und MUNZ eit. Diss. §. XV.

36) LAUTERBACH eit. Exereit. Cap. III.

Mit der Verwaltung selbst hat nun zwar der tutor honorarius nichts zu thun; es fragt sich aber, ob er sich nicht unter vorkommenden Umständen in die Gestión einmischen dürfe? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier getheilt. Einige³⁷⁾ sprechen ihm das Recht zu administriren, und insonderheit zu auctoriren ganz ab, und erklären ein solches Geschäft für nichtig, was von demselben, oder mit desselben Auctorität geschehen ist. Sie rufen sich auf den Ausspruch des Pomponius, welcher *libro XVII. ad Sabinum*³⁸⁾ sagt:

Et si pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet: et ideo puto verius esse, quod OFILIO placebat, si eo tutele auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo, sciens alium eius tutelam gerere: dominum me non posse fieri.

Diesem fügen sie noch den Grund hinzu, der tutor honorarius sey eben dadurch, daß er bloß die Aufsicht über die verwaltenden Vormünder führen solle, von der Verwaltung der Vormundschaft selbst ausgeschlossen.

* 37) *Matth. WESENZCIVS Commentar. in Pand. iuriſ civ. Lib. XXVI. Tit. 8. nr. 5. Aug. a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXIX. medit. 1. Car. Frid. WALCH Introd. in controv. iuriſ civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 18. von Wening - Jingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 129 a. E. und Christ. Frid. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandect. Vol. II. §. 333.*

38) *L. 4. D. de auctor. et cons. tutor. et curator.*

Andere³⁹⁾ hingegen, und zwar die meisten, behaupten, daß sich auch ein tutor honorarius in die Verwaltung der Tutel gütig einmischen könne, wenn ihm nicht die Verwaltung schlechterdings untersagt worden ist. Für diese Meinung werden folgende Gesetze angeführt.

L. 14. §. 1. *D. de solution.* ULPIANUS Lib. XXX. *ad Sabinum.* — Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum, etsi HONORARIIS, nam et ad hos periculum pertinet, recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a Praetore administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur. Idem dico, et si quis sciens suspectis postulatis solvat: nam iis interim videtur interdicta administratio. Quod si remoto solvit, ei solvit, qui tutor esse desierat, et ideo non liberabitur. — Ei, qui notitiae gratia datus est, an recte solvatur, videndum est: quia ad instruendos contutores datur. Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere.

39) Jul. PACIUS Εὐαντιοφανῶν s. Legum conciliatar. Centur. V. Qu. 79. Ev. BRONCHORST Εὐαντιοφαν. Cent. III. Assert. 45. Ger. NOODT Comment. ad Dig. Lib. XXVI. Tit. 8. §. Sed appareat, ubi. (Opp. Tom. II. pag. 562.) Wolfg. Ad. LAUTERBACH Exerc. cit. de honorario tute. Cap. III. §. 29. nr. 5. sqq. Jo. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 111. Jo. VOET Comm. ad Pandectas Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 8. §. 7. Conr. Frid. MUNZ Diss. de auctorit. tutoris honorar. §. 14. Jos. FINESTRES et de MONSALVO Praelection. Cervariens. ad tit. Pandect. de liberis et postum. et ad tit. de acquir. vel omitt. hered. (Cervariæ 1750.) P. II. Cap. 7. §. 8—10. pag. 344. sqq. und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 5. B. Nr. I. §. 7. S. 29. Not. 2.

*L. 49. D. de acquir. vel omitt. hereditate. AFRI-
CANUS libro IV. Quaestionum. Pupillum etiam eo
tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem
adeundo obligari ait⁴⁰).*

In Gemässheit dieser Stellen wird die für jene erste Meinung angeführte Gesetzstelle so erklärt, daß sie von einem Tutor handle, dem die Administration der Vormundschaft untersagt ist. Wenn also Pomponius in der *L. 4. D. de auctoritate et cons. tutor. et curator.* sage: *cui administratio tutelae CONCESSA NON EST;* so sey dieses (nach einer bekannten Figur der Rhetorik, welche *Litotes* genannt wird, wo man nämlich mehr hat sagen wollen, als man mit Worten ausgedrückt hat) so zu verstehen, *cui tutelae administratio INTERDICTA est*, wie auch in der *L. 14. §. 1. D. de Solution.* ganz bestimmt gesagt werde⁴¹).

Jacob Cujacius⁴²), dem auch Hubert Giphä

40) Afrikanus versteht hier den Julian. S. Cujacius in Praefat. Tractat. ad Africanum, und Guil. GROTIUS de Vitis Jurisconsultor. Lib. II. Cap. 6. pag. 129. Er nennt ihn *L. 23. D. de reb. cred.* *L. 58. D. de condic. indebiti.* *L. 31. D. de pigner. act.* *L. 58. §. 4. D. de solut.* mit Namen.

41) Diese Erklärung findet sich zuerst in der Glossa ad *L. 4. D. de auct. tut.* Mit mehreren Gründen aber ist sie von Noodt Comment. ad Dig. c. l. FINESTRES et DE MONSALVO Praelect. Cervar. cit. pag. 346. und PÜTTMANN Probabil. juris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 56. bestärkt worden. Ihr stimmen auch Ant. SCHULTING Not. ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad *L. 4.* cit. pag. 444. und Eav. VOORDA Thes. controversial. Decad. XXI. §. 1. bey.

42) Ad Africanum Tr. IV. ad *L. 49. D. de acquir. vel*

nius⁴³⁾ und Robert Joseph Pothier⁴⁴⁾ gefolgt sind, geht einen Mittelweg. Er unterscheidet zwischen negotiorum gestio, und auctoritatis interpositio. Beydes unterscheidet auch Ulpian⁴⁵⁾, und auch in den Pandecten sind daher die beyden Titel de administratione tutorum und de auctoritate tutorum getrennt. Administrieren könne nun, sagt Cujaz, ein tutor honorarius nicht. Hier könne auch nur ein solcher Tutor Auctorität interponiren, dem die Verwaltung der Tute lis gegeben ist. In andern Fällen aber, welche nicht die Administration des Vermögens betreffen, könne auch wohl ein tutor honorarius Auctorität interponiren. Jenes lehre die L. 4. D. de auct. tutor., dieses die L. 49. D. de acquir. vel omitt. hered. Das letzte Gesetz spreche von der Auctorität des tutor honorarius bey Untretung einer Erbschaft. Diese betrefse nicht die Verwaltung des Vermögens, sondern hierdurch werde nur die durch Adision erworbene Erbschaft der Verwaltung des Tutors unterworfen. Die Untretung einer Erbschaft sey überdem mehr etwas Juristisches, als etwas Factisches. (Aditio, sagt Cujaz, animi potius est, quam facti, vel administrationis⁴⁶⁾). Dieser animus könne durch Auctorität eines jeden Tutors ergänzt werden⁴⁷⁾. Allein die L. 4. rede von der Veräuß-

omitt. hered. (*Oper. Prior. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 1555.*)

45) Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. de divid. tut. Tom. I. pag. 463.

44) Pand. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 8. Nr. VI. not. c. pag. 117.

45) *Fragm. Tit. XI. §. 25.*

46) L. 20. D. de acquir. vel omitt. hered.

47) L. 189. D. de div. reg. iuris.

serung einer Sache des Pupillen. Diese sey mehr facti, als animi⁴⁸⁾, und erfordere also die Auctorität eines solchen Tutors, welcher wirklich verwaltet.

Allein dieser Erklärung widerspricht schon gleich der Anfang der L. 4. wo, ohne allen Unterschied der Handlung des Pupillen, bey welcher der Tutor hinzugezogen wird, ganz allgemein gesagt worden ist: *si tutor auctoratur, cui administratio concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet.* Sodann könnte man ja auch wohl auf die nämliche Art sagen, der tutor administrare nicht, sondern interponire nur Auctorität, welcher Sachen des Pupillen nicht selbst verkauft, sondern nur den von dem Pupillen geschlossenen Kauf genehmigt; und ist es denn endlich nicht Einmischung in die Administration, wenn der tutor honorarius Gelder in Empfang nimmt, die dem Pupillen bezahlt worden sind? und doch ist, wie Ulpian L. 14. §. 1. D. de solut. sagt, die Zahlung auf eine gültige Art geschehen.

Sollten wir denn also nicht lieber die Hoffnung zur Vereinigung der angeführten Pandectenstellen aufgeben, als uns länger bey so widersprechenden Meinungen der Rechtsgelehrten aufzuhalten? Dies war schon längst die Meinung des großen Franz Duarenus⁴⁹⁾. Er sagt, die Römischen Rechtsgelehrten seyen hier nicht einig gewesen. Man sehe dies daraus ganz deutlich, weil Pomponius in der L. 4. cit. die Meinung des Ofilius für die richtigere hält. Eben dieses scheint auch die Ansicht des H. Prof.

48) L. 7. §. ult. D. de curator. furioso et aliis.

49) In tit. Pandect. de acquir. vel omitt. heredit. Cap. IV. §.
Alia quaestio, (Oper. pag. 449.)

Zimmern⁵⁰) zu seyn, doch, sagt er, scheine man mitunter auch darauf Rücksicht genommen zu haben, ob einem solchen non gerens tutor der Prätor noch speciell die Administration untersagt habe. Dies ist nun auch wohl unstreitig richtig. Denn ein tutor honorarius ist ein wahrer Vormund⁵¹). Ulpian⁵²) sagt dieses ausdrücklich, und fügt den Grund hinzu: nam et ad hos periculum pertinet. Er kann sich also auch, weil er Vormund ist, in die Administration einmischen, wenn es ihm nicht speciell verboten worden. Denn er haftet ja dafür so gut, wie er für die Verwaltung der ganzen Tutel haftet, wenn er gegen die tutores gerentes zu nachsichtig war. Paulus⁵³) sagt: *et honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam.* Der tutor notitiae gratia datus, von welchem noch in der Folge die Rede seyn wird, ist ja auch ein tutor, qui tutelam non gerit, und doch kann er Zahlungen annehmen, und warum? Ulpian⁵⁴) sagt: *CUM TUTOR SIT, nisi PROHIBITUM fuerit ei solvi, puto liberationem contingere.* Es ist also keinem Zweifel unterworfen, daß ein tutor honorarius, eben deswegen, weil er tutor ist, sich gültig in die Administration der Vormundschaft einmischen könne, licet tutelam non gerat, d. h. wenn er auch gleich dazu nicht genöthiget ist. Nur dann darf er es nicht thun, und seine

50) Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 245.
S. 915. f.

51) G. MUNZ Diss. cit. de auctorit. tutoris honorar. §. 15.

52) L. 14. §. 1. *D. de solution.*

53) L. 60. §. 2. *D. de ritu nuptiar.*

54) L. 14. §. 6. *D. de solution.*

Handlung ist nichtig, wenn ihm das Administriren speciell verboten worden ist. Es ergiebt sich nun hieraus von selbst, daß die L. 4. D. de auct. tutor. von keinem andern Falle verstanden werden kann, als wenn dem Tutor, welcher nicht gerirt, die Verwaltung speciell untersagt worden ist. Daß diese Geschäftsstelle anders gar nicht verstanden werden könne, beweist auch das am Ende angeführte Beispiel: *si eo auctore enim, qui a tutela fuerit remotus, nec enim id ratum haberi.* Auch Ulpian⁵⁵⁾ spricht erst von einem solchen Vormund, der als suspect angeklagt worden ist, denn dieser ist während des Proesses die Verwaltung untersagt, sodann von einem tutor remotus, der hierdurch aufgehört hat, Vormund zu seyn. Ist also dem tutor honorarius die Verwaltung nicht untersagt, so kann er, ohne Unterschied der Geschäfte, eben so gut geriren, als auctoriten.

Man unterscheide jedoch hiervon den Fall, wenn die Tutelei unter mehrere Vormünder getheilt ist, so daß jedem ein gewisses Resort von Geschäften angewiesen worden, es sey diese Theilung vom Testirer oder von der Obrigkeit geschehen. Hier stehen zwar, wie schon oben bemerkt wurde, diese mehreren Vormünder gegen einander in dem Verhältniß als Ehrenvormünder; allein es wird, wegen der geschehenen Theilung, dadurch gleichsam mehrere von einander fast ganz unabhängige Tuteleien entstanden sind, die Sache so betrachtet, als wenn jedem die Administration derjenigen Geschäfte untersagt wäre, die dem andern zu verwalten übertragen worden sind⁵⁶⁾. Hier

55) L. 14. §. 1. D. de solut.

56) L. 51. D. de administr. et peric. tutorum et curat.

L. 100. D. de solut. L. 2. Cod. Si ex pluribus tuto-

kann denn auch natürlich die auctoritas des Einen nicht bey Geschäften wirksam seyn, die in das Resort des andern Tutors gehören, weil sich hier kein Vormund in die Geschäfte des andern auf irgend eine Weise einmischen darf^{57).}

Heutzutage dürfen sich jedoch die Ehrenvormünder überhaupt nicht in die Administration einmischen, wenn sie ihnen nicht durch ein obrigkeitliches Decret erlaubt worden ist^{58).}

Endlich

5) *Tutores notitiae gratia dati*, oder, wie Paulus⁵⁹⁾ sagt, qui propter rerum notitiam tutores dati sunt, werden diejenigen Vormünder genannt, welche, ohne zu einer Mi verwaltung bey den Geschäften der Vormundschaft verpflichtet zu seyn, blos wegen ihrer Kenntniß, die sie von den Angelegenheiten des Pupillen haben, dazu angestellt sind, um den verwaltenden Vormündern die nöthige Auskunft zu geben, und sie mit Rat und Belehrung zu unterstützen. Ulpian⁶⁰⁾ sagt: qui ad instruendos

rib. vel curator. (V. 40.) L. 5. C. de auct. praest.

S. LAUTERBACH Diss. cit. Cap. III. §. 29. nr. 8.

57) L. 5. C. de auct. praest. (V. 59.) S. von Löhe Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 5. B. 1. H. Nr. I. §. 7. S. 50. Mot. 1. und Schweppes Röm. Privatrecht. §. 769.

58) Reichs-Policey-Ordnung vom Jahre 1577. Tit. XXXII. §. 2. S. LAUTERBACH c. l. nr. 10. STRYK Us. mod. Pandect. Lib. XXVI. Tit. 3. §. 6. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 625.

59) L. 52. §. 2. D. de testam. tat.

60) L. 14. §. 6. D. de Solution.

contutores dantur. Nicht selten werden diese belehrenden Vormünder mit Ehrenvormündern verwechselt⁶¹⁾). Man sagt, *tutores honorarii* würden blos mit dem Beysatz *notitiae causa datus* bezeichnet, wenn die administrirenden Vormünder in wichtigen Fällen an ihren Rath gebunden sind. Es sey daher fälsch, wenn man mit Lauterbach⁶²⁾ drey besondere Arten der Vormünder in Rücksicht der Thätigkeit unterscheide⁶³⁾). Allein Ulpian unterscheidet ja in der bereits oben (S. 175.) angeführten Stelle ganz deutlich drey besondere Arten der Tutores, und untersucht die Frage, welchem von mehreren Vormündern eine Zahlung für den Pupillen gültig geschehen könnte? bey dem *tutor notitiae gratia datus* noch besonders, welche er doch schon vorher bey dem *tutor honorarius* entschieden hatte. Bey dem letztern machte er gar keine Bedenklichkeit, daß ihm eine Zahlung geschehen könne. Bey dem *tutor notitiae gratia datus* hingegen äussert er sich bedenklicher, wenn er sagt:

Ei, qui NOTITIAE GRATIA datus est, an recte solvatur, videndum est.

Er führt sogar einen Zweifelsgrund an, quia ad instruendos contutores datur.

In der That aber ist auch wirklich das Amt eines *tutor notitiae causa datus* beschwerlicher und gefährlicher, als das eines *tutor honorarius*. Zwar sagt auch von diesem Ulpian⁶⁴⁾: *et ad hunc periculum pertinet.*

61) S. Hafse Culpa des Röm. Rechts §. 57. S. 552. lit. a.

62) Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 6.

63) S. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 499.

64) L. 14. §. 1. D. de solut.

Allein er haftet doch nur in subsidium, wenn zuvor die gerirenden Vormünder ausgeklagt worden sind⁶⁵⁾). Der tutor notitiae gratia datus hingegen haftet zunächst, wenn er sein Amt nicht treu verwaltete, und es an der nöthigen Belehrung und Berathung der gerirenden Vormünder in solchen Angelegenheiten des Mündels, von denen er hinlänglich unterrichtet war, mangeln ließ, oder wohl gar seine Kunde betrüglich verhehlte, und dadurch den Pupillen in Schaden brachte⁶⁶⁾). Hierher gehört die oben (S. 176.) angeführte Verordnung des Kaisers Alexander. Nur dann haftet er, gleich dem tutor honorarius, in subsidium, wenn er unterließ, den verwaltenden Vormund, wie ihm ebenfalls oblag, als suspect zu postuliren⁶⁷⁾). Hieraus erklärt sich die oben (S. 175.) angeführte Stelle des Paulus L. 32. §. 1. D. de testam. tut. wo es heißt:

Eum quoque, qui propter rerum notitiam tutor datus est, perinde in omnibus et administrationis et accessionis iure conveniri posse, atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt.

Der tutor notitiae causa datus haftet administrationis iure, d. h. wie ein tutor gerens, wenn er es an Belehrung und Berathung des verwaltenden Vormundes in solchen Angelegenheiten des Pupillen fehlen ließ, von

65) L. 3. §. 2. D. de administr. et peric. tutor. et curator.

S. LAUTERBACH Diss. de honor. tute. Cap. III. §. 30. nr. 6.

66) S. WILLEMBERG Diss. cit. de honorario et notitiae causa dato tute. §. 15. et 16. und MALBLANC Diss. de tutela honoraria. §. 5.

67) L. 1. Cod. de peric. tutor. et curator. (V. 38.)

Glücks Erläut. d. Pand. 29. Th.

denen er vollkommen unterrichtet war. Er haftet hingegen *accessionis iure*, d. h. in *subsidiū*, oder wie es Cujaz⁶⁸⁾ erklärt, *excussis prius facultatibus eius*, qui administravit, qui gessit tutelam, wenn er wissenschaftlich geschehen ließ, daß der tutor gerens nach seiner Willkür verfuhr, ohne ihn in wichtigen Angelegenheiten des Pupillen zu befragen und zu Rathe zu ziehen, und ihn deshalb nicht, wie ihm doch oblag, bey der Obrigkeit als suspect angab.

Wenn es in der oben angeführten Constitution des Kaisers Alexander heißt: *Et qui NOTITIAE CAUSA Liberti tutores dantur, — periculo tamen omnes sunt obligati;* so bezieht sich dieses darauf, daß der Vater den in seinem Testamente bestellten Tutoren häufig diejenigen seiner Sklaven, welche bey seinem Leben seine Rechnungen geführt, und seine Güter verwaltet hatten, als tutores notitiae causa beyzuordnen pflegte, weil diese von allen Angelegenheiten am besten unterrichtet waren⁶⁹⁾. Solche Sklaven hießen *actores*⁷⁰⁾, *Scā vola*⁷¹⁾ nennt sie *πραγματεῦται, negotiatores,*

68) Commentar. in Lib. IX. Responsor. Julii Pauli ad §. 1. L. 52. de testam. tut. (*Oper. postumor. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 46. sq.*) Man sehe auch POTIER Pand. Justinian. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 7. Nr. XVII. Not. f. pag. 110.

69) L. 1. §. 6. et 7. D. de tut. et rationib. distrah. S. MONTANUS Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. VII. nr. 19. und POTIER c.l. not. e.

70) L. 12. D. de liberat. legata. S. HUBER Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 27. §. 5. in fin.

71) L. 41. §. 4. D. de fideicommiss. libertat.

und *Theophilus*⁷²⁾ διοικηταὶ τῆς οὐδιας, dispensatores bonorum, oder administratores domestici. Solche Sklaven waren schon dadurch von selbst manumittirt, daß sie der Testator zu Tutoren seiner Kinder ernannt hatte, wie *Paulus L. 32. §. 2. D. de testam. tut.* lehrt. Quoniam placet, eum, qui a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri⁷³⁾. Ohnes hin konnte ja auch kein Sklave Tutor seyn⁷⁴⁾. In dem Falle, von welchem *Paulus* spricht, hatte auch der Testator den Sklaven, den er unter andern seinen unmündigen Kindern zum Vormund gegeben hatte, *Lucius Eros* genannt. Schon dies war ein Beweis, daß der Sklave frey seyn solle. Denn nur freye Menschen konnten zwey Namen, Vor- und Zunamen, führen, keine Sklaven⁷⁵⁾.

Dass auch die Curatoren in Rücksicht ihrer Thätigkeit in gerentes, honorarii und notitiae causa dati eingetheilt werden können, hat keinen Zweifel⁷⁶⁾,

72) *Paraphr. gr. ad §. 20. J. de legat.*

73) Nach dem Justinianeischen Rechte war dies eine libertas directa. §. 1. *J. Qui dari tutores testam. poss.* §. 1501. Not. 54. §. 75. und POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. Tit. de testam. tut. Nr. IX. Not. s. pag. 94.

74) §. 1501. §. 72.

75) *S. Jac. Cujacsi Commentar. in Lib. IX. Responsor. Julii Pauli ad h. L. (Opp. postumor. a FABROTO edit. Tom. III. pag. 47.)*

76) *Arg. L. 3. §. 5. D. de administr. et periculo tutor.*
S. auch WILLENBERG Diss. cit. §. 5. und MUNZ Diss. cit. §. XII. Schol. 2. Die Eintheilung der Curatoren bey ULPIAN. *Fragm. Tit. XII. §. 1. Curatores aut legitimi sunt, id est, qui ex Lege duodecim Tabularum dantur: aut honorarii, id est, qui a Praetore constituuntur; gehört*

zumal da Modestin⁷⁷⁾ sagt: ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κονράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων. i. e.
In paucissimis enim curatores a tutoribus differunt.

jedoch nicht hierher. Denn hier sind curatores *honora-*
rū keine anderen, als datiri, welche hier darum *hono-*
rarii genannt werden, weil sie ihren Ursprung aus dem
 Edict des Prätors, und also aus dem iure hono-
 rario herleiten. S. Ant. SCHULTING Jurispr. vet. An-
 te Justin. ad h. loc. Ulpiani not. 3. pag. 605. und Jo.
 CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta Tit. XII.
 §. 1. pag. 65.

77) L. 15. pr. de excusat.

Lib. XXVI. Tit. II.

De testamentaria tutela.

§. 1505.

Begriff, Grund, und Erfordernisse der testamentarischen Vormundschaft.

Nach dem ältern Römischen Rechte hatte die testamentarische Tute nicht nur für Unmündige, sondern auch für Weiber Statt. Denn nach dem Zeugniß des Gaius⁷⁸⁾ konnte nicht nur der Vater seinen in seiner potestas befindlichen Kindern, und zwar den Kindern männlichen Geschlechts nur, sofern sie noch unmündig wären, denen des weiblichen Geschlechts aber, ohne Unterschied, sie möchten noch unmündig oder schon mannbar seyn, durch Testament Vormünder bestellen; sondern auch der Mann seiner Ehefrau, die sich in seiner manus befand. Eben so konnte der in der manus des Sohns befindlichen Schwiegertochter ein Tutor gegeben werden, nicht anders, als wäre die Frau des Mannes Tochter, und die Schwiegertochter des Testators Enkelin. Denn die Alten wollten, sagt Gai-

78) *Institution. Commentar. I. §. 144. et 148. S. den 28. Th. dieses Commentars. §. 1298. Not. 44.*

jus⁷⁹⁾), daß Frauenspärsonen wegen des ihrem Geschlechte eigenen Leichtsinns, selbst noch nach erreichter Volljährigkeit, unter der Vormundschaft stehen sollten. Wenn daher der Vater in seinem Testamente seinem Sohne und seiner Tochter einen Vormund bestellt, und beyde die Mündigkeit erreicht hatten, so hörte zwar der Sohn auf, einen Vormund zu haben; allein die Tochter blieb dessen ungeachtet in der Vormundschaft⁸⁰⁾). Der Mann konnte sogar seiner Frau in manu, was der Vater bey der Tutei einer filiafamilias nicht konnte⁸¹⁾, die eigne Wahl eines Tutors im Testamente gestatten. Hieraus entstand eine Unterart der testamentarischen Tutei, welche man *tutoris optio* nannte⁸²⁾, und, als eine Modifikation der testamentarischen Tutei, erst später aufkam, als diese, aber nur bey der uxori in manu, und nicht bey der filiafamilias zulässig war⁸³⁾). Der so gewählte Tutor hieß *optivus*, und konnte entweder für alle Geschäfte, oder auch bloß für einzelne Zwecke gewählt, und auch wohl mehrmals gegen einen andern vertauscht werden, sofern die Frau nicht durch das Testament in Unsehung der Wahl beschränkt war. Daher unterscheidet Gaius⁸⁴⁾ zwischen

79) GAIUS I. §. 144.

80) GAIUS I. §. 145. S. den 28. Th. §. 412.

81) S. Phil. Ed. HUSCHKE Diss. de privilegiis Feceniae Hispalae Senatusconsulto concessis. Goett. 1822. S. pag. 55.

82) GAIUS I. §. 150. S. den Commentar §. 1298. Not. 44. S. 458.

83) S. ZIMMERN Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. S. 871.

84) GAIUS Comm. I. §. 151. 152. et §. 153. S. ZIMMERN Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 255.

plena und *angusta* optio. Nun nannte man einen tutor testamentarius nur einen solchen Vormund, der namentlich im Testamente gegeben worden, und eben daher auch *dativus*⁸⁵⁾. Die testamentarische Tute ist übrigens für Unmündige sowohl als Weiber gleich alt. Daß die XII Tafeln beyde Arten bestätigt haben, ist schon an einem andern Orte⁸⁶⁾ aus Stellen des Gaius erwiesen worden. Beyde waren aber gewiß weit älter, wie auch schon oben⁸⁷⁾ gezeigt worden ist. Denn es war ja fast kein Staat, sagt Gaius⁸⁸⁾, in welchem es den Vätern nicht gestattet worden wäre, ihren unmündigen Kindern in ihrem Testamente einen Vormund zu geben, obwohl nur die Römischen Bürger die einzigen waren, welche ihre Kinder in der potestas hatten.

Nach dem Justinianeischen Rechte findet nur noch eine testamentarische Tute über Pupillen⁸⁹⁾ statt.

G. 870. f. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer §. 425.

85) Gaius I. §. 154.

86) Commentar Lh. 28. §. 1298. G. 442. f.

87) Comment. a. a. D. G. 461. ff.

88) Gaius I. §. 189. G. den Comment. a. a. D. Not. 21.

89) Von dieser testamentarischen Tute handeln Hug. Donellus Commentario. de iure civ. Lib. III. Cap. 4. (Vol. II. pag. 24—46. edit. Norimberg. noviss. a VV. ill. Koenigio inchoat. et a Buchero continuat.) Paul. Montanus de iure tutelar. et curation. Cap. 8—11. p. 82—116. Jo. Pet. de Ludwig Diss. Diff. iur. Rom. et Germ. in tutelis testamentaria et legitima. Halae 1712. 4. (in Opuscul. miscellan. Tom. II. pag. 1071—1114.) Corn. van Gessel Diss. de tutela testamentaria. Traj. ad Rhen. 1703. 4. und Jo. Ulr. Roeder

Die testamentarische TuteL über Weiber ist längst vor Justinian erloschen. Daher fällt auch jetzt der Unterschied weg, den Gaius⁹⁰⁾ bey der testamentarischen TuteL zwischen Söhnen und Töchtern macht. Der Vater kann den Töchtern auch nur, wie den Söhnen, bis zur Mündigkeit einen Tutor geben.

Unter der testamentarischen Vormundschaft wird nun überhaupt diejenige TuteL verstanden, welche in einer lebtwilligen Disposition ihren Grund hat. Diese ist nun entweder auf eine geschmäfige Art bestellt worden, so daß sie nach dem Römischen Rechte ipso iure gilt, d. h. schon an und für sich die volle Wirksamkeit hat, oder nicht, sondern es muß noch die obrigkeitliche Bestätigung hinzukommen, wenn sie zu Recht bestehen, und von Wirkung seyn soll. Im ersten Falle wird sie im eigentlichen Sinne des Römischen Rechts *testamentaria tutela* genannt⁹¹⁾, sie heißt auch eine vollkommen testamentarische TuteL, (*T. T. perfecta*); im andern Falle wird sie eine unegentliche, eine unvollkommene testamentarische Vormundschaft, (*T. T. impropria, imperfecta, oder minus plena*) genannt⁹²⁾. Von der Confirmation der letztern wird in dem folgenden Titel gehandelt. Hier ist von der erstern die Rede.

Symbola ad ius tutelae testamentariae collata. Coburgi 1772. 8.

90) Comm. I. §. 144 et 145.

91) *L.S. D. h. t. ULPIAN.* Sed eos demum testamento datos (*tutores*) accipere nos oportet, qui iure dati sunt.

92) *S. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 517.*

Die testamentarische Tutelei im eigentlichen Sinne des Röm. Rechts besteht also darin, wenn der Vater oder väterliche Großvater den in seiner väterlichen Gewalt befindlichen unmündigen Descendenten, gleichviel, ob dieselben zu Erben eingesezt worden, oder enterbt sind, ohne Unterschied des Geschlechts und Grades, wenn sie nur durch den Tod des Testators *sui iuris* werden, auch den postumis, sofern sie nämlich, bey seinem Leben gebohren, in seine Gewalt gekommen seyn würden, in seinem Testamente, vorausgesetzt, daß es an sich Gültigkeit hat, und die Erbschaft angetreten wird, auch das Testament nachher nicht ungültig geworden ist, oder auch in Codicillen, welche in einem neben demselben befindlichen gültigen Testamente bestätigt worden sind, einen dazu geeigneten Tutor, gleichviel, derselbe sey *sui iuris*, oder *filius familias*, wenn er nur eine genau bezeichnete Person, und erbfähig ist, nach seinem Gefallen, bedingt oder unbedingt, ernannt. Diesen Begriff bestätigen folgende Gesetzstellen.

L. 1. D. h. t. GAIUS libro XII. ad Edictum provinciale. Lege duodecim tabularum permissum est *parentibus*, *liberis suis*, sive *feminini* sive *masculini sexus*, si modo in potestate sint, tutores testamento dare. §. 1. Item scire debemus, etiam *postumis filiis*, vel *nepotibus*, vel ceteris *liberis* licere parentibus testamento tutores dare, qui modo in ea causa sint, ut si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri sint, neque testamentum rupturi. §. 2. Item ignorandum non est, eum, qui *filium* in potestate, et *nepotem* ex eo aequo in potestate habebit: si *nepoti* tutorem dederit, ita recte dedisse videri, si *nepos* post mortem eius in *patris sui potestatem* recasurus non sit; quod evenit,

si vivo testatore filius in potestate eius esse desierit.

L. 3. D. eodem. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. TESTAMENTO DATOS TUTORES accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt.

L. 4. eod. MODESTINUS libro VII. Differentiarum. Pater herede instituto filio vel exheredato, tutorem dare potest.

§. 3. I. de tutelis. Permissum est itaque parentibus liberis impueribus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, et hoc in filios filiasque omnimodo procedit. Nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sunt recasuri⁹³⁾.

§. 4. I. eodem. Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis, quam iam natis testamento tutores dari posse: si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascentur, sui et in potestate eorum fierent⁹⁴⁾.

L. 9. D. h. t. POMPONIUS libro III. ad Quintum Mucium. Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt: si vero unus ex pluribus adierit, tutelae statim valent: nec exspectandum erit, ut omnes hereditatem adeant⁹⁵⁾.

93) S. GAJI Veron. Institut. Comment. I. §. 146.

94) S. GAJUS Comm. I. §. 147.

95) S. Greg. MAJANSIUS ad h. L. in Commentar. ad XXX. ICtor. fragmenta. Tom. I. pag. 258. sq.

L. 20. D. h. t. Paulus libro XXXVIII. ad Edictum. Tutor *incertus* dari non potest⁹⁶). §. 1. Testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is Praetor sive Consul sit: quia *lex duodecim tabularum* id confirmat.

L. 21. D. eodem. IDEM libro VIII. Brevium. Testamento tutores hi dari possunt, *cum quibus testamenti factio est.*

Pr. I. Qui dari tutores testam. poss. Dari autem potest tutor testamento non solum *paterfamilias*, sed etiam *filiusfamilias*.

L. 26. §. 2. D. h. t. PAPINIANUS libro IV. Responditorum. Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet. Eventus iudicatae rei declarabit, utrum *ex testamento patris*, an *ex decreto Praetoris* auctoritatem acceperit⁹⁷).

L. 31. D. h. t. SCAEVOLA libro IV. Quaestionum. Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum eius *ruptum* dicatur *nato postumo*: commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.

L. 8. §. 2. D. h. t. ULPIANUS libro XXIV. ad Sabinum. Tutorem autem *et a certo tempore dare*, et *usque ad certum tempus licet*, et *sub conditione*, et *usque ad conditionem*.

§. 3. I. Qui testam. tutores dari poss. Ad cer-

96) G. §. 1501. G. 77. ff.

97) G. §. 1502. a. G. 141. ff.

tum tempus, seu ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante heredis institutionem posse dari tutorem, non dubitatur.

Die Worte des Gesetzes der XII Tafeln, worauf sich Gaius und Paulus in den hier angeführten Fragmenten bezogen haben, hat Ulpian aufbehalten, gegen dessen Glaubwürdigkeit um so weniger ein Zweifel eintreten kann, da der Jurist deutlich seine Absicht zu erkennen giebt, die Textesworte der XII Tafeln zum Beweise anzuführen, daß die testamentarische Tutel von den Decemviren ausdrücklich anerkannt worden sey. Ulpian sagt nun *Fragmen-*
tor. Tit. XI. §. 14.

Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim Tabularum, his verbis: UTI LEGASSIT⁹⁸⁾ SUPER PECUNIA, TU-
TELAVE SUAE REI⁹⁹⁾, ITA IUS ESTO: qui tutores
dativi appellantur.

98) Der Zusatz: PATERFAMILIAS, den hiet Cusacius ad h. l. Jac. GOTHOFRIDUS in quatuor fontib. iuris civ. Jo. CANNEGIETER ad Domilii Ulpiani fragmenta Tit. I. §. 9. pag. 9. sq. (Lugd. Batav. 1774. 4.) u. a. machen, wenn er gleich die Autorität von CICERO de inventione rhetor. Lib. II. cap. 50. und von dem AUCTOR AD HEREN-
NIUM Lib. I. cap. 13. für sich hat, erscheint hier offen-
bar als verdächtig, und ist daher mit Recht als unächt
zu verwiesen. S. den Aussatz: Unächtigkeit des PATERFAMI-
LIAS uti legassit, in den XII Tafeln, von Erb in Hugo's
civilist. Magazin. B. IV. Nr. 15. S. 462 ff. Hugo Lehr-
buch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justin.
S. 166. Z. 5 — 10. und Dirksen Uebersicht der bisher
tigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes
der zwölf Tafel-Fragmente. Kap. XI. Tab. V. Fragm. 5.
S. 524. ff.

99) Heber die wahre Lesart sind die Rechtegelehrten noch im

Die in den Gesetzen der XII Tafeln anerkannte Zusäligkeit der Ernennung testamentarischer Vormünder wird auch noch durch folgende Zeugnisse bestärkt.

Zweifel. *Jo. CANNEGIETER* c. l. pag. 10. glaubt alle Schwierigkeit sey beseitigt, wenn man liest: *super pecunia, tutelave, suave re.* Eben so, ja als gewiß, *Hugo* im Lehrbuch der Gesch. des Röm. Rechts S. 166. der 8. Aufl. Dahingegen hält *Abr. WIBLING* *Lection. iuris civ.* Lib. II. cap. 17. pag. 178. daß *tutelave* für einen unächten Zusatz, der nicht in den XII Tafeln gestanden, sondern der *interpretatio Prudentum* angehöre, wie aus *L. 120. D. de Verb. Signif.* erhellen soll. Er glaubt, die Textesworte in der 5. Tafel hätten so gelautet: *Paterfamilias uti legassit super familiae pecuniaeve suae, ita ius esto.* Dass die Worte *familia pecuniave* von den Alten häufig verbunden worden, habe *Pet. BURMANN ad Petron.* Cap. ult. erwiesen. Allein *HAUBOLD* folgt dem *HEINECCIUS* *Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant.* Lib. I. Tit. 15. §. 2. Not. 1. pag. 164. (*Francof. ad Moen.* 1822.), und hält die von *Ulpian* in der angeführten Stelle seiner Fragmente referirten Textesworte für die *verba legitima*. Nur tastet er den *Heineccius*, daß er die Worte *suae rei* auf die Kinder in *potestate* bezogen habe. *Ger. NOOT Observation.* Lib. II. cap. 19. hingegen will die Worte: *rei suae* nicht als ächt anerkennen; er hält sie für einen Zusatz aus der Feder eines *studiosi iuris*. Die wahre Lesart sey: *SUPER PECUNIA TUTELAVE SUA.* Man sehe auch desselben *Commentar. ad Dig. h. t. Prince.* Allein die Rechtheit der Worte: *REI SUAE* seien *GAJUS Instit. Comment. II.* §. 224. *POMPONIUS L. 120. D. de Verb. Signif.* und *Gustintian Pr. J. de Lege Faecid.* und *Nov. XXII. Cap. 2.* außer Zweifel. *TUTELA SUA* erklärt *Noott* von der *tutela eius, qui suus testatori heres est*, welches aber *HEINECCIUS* c. l. Not. a.

L. 53. pr. D. de Verbor. Signif. PAULUS Libro LIX. ad Edictum. Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipientur, et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis. Nam cum dicitur apud Veteres: *Adgnatorum gentiliumque*, QUE pro separatione accipitur. At cum dicitur: SUPER PECUNIAE TULELAEVE SUAE¹⁰⁰), tutor separatim sine pecunia dari non potest.

pag. 165. mit Recht verwirft. GER. MEERMAN in Diss. de rebus mancipi et nec mancipi. (Lugd. Bat. 1741.4.) §. 112. will statt *suae rei* lieber *sui eris*, id est, hereditis lesen. Allein die aus Gaius, Pomponius und Justinian angeführten Stellen widersprechen. Warum aber in diesen Stellen die Worte *super pecunia tulelave* weggelassen wolden sind, scheint den Grund zu haben, weil dort kein so unmittelbares Interesse vorhanden war, die Worte des Decembiral-Gesetzes vollständig anzugeben; als Ulpian hatte, der gerade das Gesetz zum Beweise anführte, daß die Decembiren über die Zulässigkeit der Ernennung testamentarischer Notmänner etwas ausdrückliches bestimmt hätten, er konnte also jene Worte in seinem Citat auf seine Weise entbehren. S. DIRKSEN angef. Uebersicht der bisherigen Versuche zur Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 553. ff.

100) Die Vulgata liest: *super pecunia tatevare sua*. So auch einige alte Handschriften. Die meisten haben jedoch der florentinischen Lekart den Vorzug zuerkannt, so wie auch Beck in der neuesten Auflage vom Corp. iur. und Cramer de Verb. Signif. p. 26 Man erklärt diese Reform für einen bey den Römern nicht ungewöhnlichen Atticismus. S. jedoch DirkSEN angeführte Uebersicht. S. 536.

L. 120. D. de Verbor. Sign. POMPONIUS libro V.
ad Qu. Mucium. Verbis Legis duodecim Tabularum his: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO, latissima potestas tributa videtur, et heredes instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.

Die Erfordernisse einer eigentlichen testamentarischen Tutel sind also folgende.

1) Sie kann nur von einem väterlichen Ascendenten über solche Kinder bestellt werden, die in seiner Potestas sind, oder darin gewesen seyn würden, wenn er am Leben geblieben wäre; also vom Vater oder väterlichen Großvater. Gajus¹⁾ sagt: Testamentarii sunt, quos patres aut avi paterni in testamento suo tutores filiis, aut nepotibus delegaverint. Und Scavola²⁾ libro singulari Oper: Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturus esse esset, si vixisset. Die testamentarische Tutel ist daher ein Recht der väterlichen Gewalt³⁾.

2) Ein testamentarischer Vormund kann nur solchen unmündigen Kindern gegeben werden, welche nach dem Tode des Testators *sui iuris* werden. Es geht dieses zunächst auf Enkel und Enkelinnen, welchen der Großvater nur dann einen testamentarischen Vormund bestellen kann, wenn sie nach seinem Tode nicht in die Potestas ihres Vaters zurückfallen werden. Denn kein filiusfamilias

1) Epitom. Institut. Lib. I. Tit. 7. §. 2. (in SCHULTING Juri-
spr. Antejust. pag. 65. sq.)

2) L. 75. §. 1. D. de div. Reg. iur.

3) L. 40. D. de administr. tutor.

Kann einen Tutor haben, wenn er gleich Tutor seyn kann⁴⁾. Es kann auch der Enkel kein suus heres seyn, wenn ihm beym Tode des Grossvaters, der Vater, der nun selbst erst sui iuris geworden ist, in der Familie vorgeht⁵⁾. Es ist also nicht genug, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind, sie müssen auch sui heredes vom Testirer seyn, wie Scavola⁶⁾ sagt.

3) Die Ernennung des Vormundes muß in einem an sich gültigen Testamente geschehen⁷⁾, oder in einer solchen letzten Willensverordnung, die als ein Theil des Testaments betrachtet wird. Dieß sind die *codicilli testamento confirmati*. Denn die darin ernannten Vormünder werden für testamentarische gehalten⁸⁾.

4) Die Erbschaft muß aus dem Testamente angetreten werden⁹⁾. Denn nicht gleich mit dem Tode des Testirers, wie ein Legat, sondern erst mit Antretung der Erbschaft wird die Tutel deferirt, weil sie nicht auf die Erben übergeht¹⁰⁾.

4) S. VINNIUS Comm. ad §. 3. t. h. t. Ubr. HUBER Praelect. in Institut. I. h. t. §. 4.

5) S. Franc. HOTOMAN Comment. ad §. 3. Institut. h. t. pag. 67.

6) L. 73. §. 1. D. de div. Reg. iur. S. Jac. GOTHOREDI Comm. ad h. L. pag. 317. sq.

7) L. 9. D. h. t.

8) L. 5. pr. D. h. t.

9) L. 10. D. h. t.

10) L. 16. D. de tutelis. S. Jac. CUSACII Comment. in Lib. VI. Quaest. Pauli ad L. 51. §. 1. D. de execusat. tutor. (in Oper. postum. a FABROTO edit. Tom II. pag. 1094.) und Gregor. MAJANSII Commentar. ad

Paulus sagt *libro sexto Quaestionum*¹¹⁾:

Non apertarum tabularum tempus inspici debet, si quaeratur, quae prior delata sit tutela: sed aditae hereditatis, vel conditionis existentis.

Eben so Tryphonius *libro tertio decimo Disputationum*¹²⁾.

Sed verum est, non ante esse tutorem, quam dies venerit: nam nec antequam adita sit hereditas.

Es ist jedoch genug, wenn von mehreren Erben auch nur einer die Erbschaft angetreten hat¹³⁾. Denn dann eine Hinfälligkeit des Testaments nicht mehr zu befürchten ist, wenn auch die übrigen Erben alle die Erbschaft ausschlagen; so tritt die Tutele nach dem Röm. Rechte sogleich ein, und es braucht also nicht abgewartet zu werden, bis alle die Erbschaft angetreten haben. Hieraus erklärt sich der Ausspruch des Paulus *libro III. ad Sabinum*¹⁴⁾. *Tutores non ab herede, sed a testatore protinus profieiscuntur, simulatque aliquis heres extisset.* Nam et ipse heres tutor dari potest. Der Tutor erhält die Tutele nicht vom Erben, sondern vom Testator. Daher kann er die Tutele antreten, sobald ein Erbe da ist. Der Erbe kann sogar selbst zum Wormund-

XXX. Ictorum omnia fragmenta. Tom. I. ad L. 9. D. h. t. pag. 258. sq.

11) *L. 31. §. 1. D. de excusation.*

12) *L. 45. §. 1. D. eodem.*

13) *L. 9. D. h. t.*

14) *L. 7. D. eodem. S. Donatulus Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 4. §. 23. und Jan. a Costa Commentar. ad §. 3. J. Qui testam. tutores dari poss.*

ernannt werden, und die Ernennung des testamentarischen Vormundes konnte schon nach dem ältern Rechte auch vor der Erbenseinsetzung geschehen, wie der folgende §. lehren wird.

5) Das Testament muß auch nachher seine Gültigkeit nicht wieder verloren haben. *Gaius*¹⁵⁾, indem er der postumorum gedenkt, macht es zur ausdrücklichen Bedingung: *neque testamentum rupturi: auch Scavola*¹⁶⁾ gedenkt des *testamenti rupti*. Die postumi müssen also entweder zu Erben eingesetzt, oder auf eine gesetzmäßige Art enterbt werden, wenn sie das Testament nicht rumpiren sollen¹⁷⁾. Eben so verliert die testamentarische Tutei ihre Gültigkeit, wenn der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hat, wie *Pomponius*¹⁸⁾ sagt. Hat der Vater selbst sein Testament wieder aufgehoben, oder in Ansehung der Bestellung des Tutors seinen Willen geändert, so gilt die neueste Verfügung. So lehrt *Ulpian libro XXXVI. ad Sabinum*¹⁹⁾.

In tutelis testamentariis id sequimur, quod novissimum est: et si saepius tutor datus sit, novissimam scripturam intuemur.

Hat jedoch der Vater blos in einem Codicill einen andern Tutor ernannt; so ist dieses nicht sogleich für eine Aufhebung der im Testamente geschehenen Ernennung zu

15) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

16) *L. 51. D. eodem.*

17) *S. Ger. Noort Comm. ad Dig. h. t. §. Igitur effectum est. (Opp. T. II. pag. 559.)*

18) *L. 9. D. h. t.*

19) *L. 10. §. 1. D. de testam. tut.*

halten, sondern es wird dieses so angesehen, als wäre bey den die TuteL gemeinschaftlich übertragen, wosfern nicht deutlich erhellet, daß der Testirer die im Testamente enthaltene Vormundschaftsbestellung hierdurch habe wieder aufheben wollen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 34. D. h. t. SCAEVOLA libro X. Digestorum. Cum codicillis ideo alios tutores dare significasset, quoniam testamento datos quosdam defunctos, aut excusationem habere posse comperisset: an nihilominus qui eorum viverent, nec excusati essent, tutores permanerent? Respondit, *nihil proponi, cur non permanerent.*

L. s. Cod. eodem. Imp. ANTONINUS. Etsi a patre tuo testamento iure tibi tutor datus, eo tempore, quo heres exitisti, in rebus humanis fuit, tamen codicillis alius tutor recte datus est, et uterque propter voluntatem testatoris tutor est: nisi testamento datum pater, alium codicillis dando, reprobuverit, tunc enim posterior solus tutor erit.

Nach den Gesetzen dieses Titels²⁰⁾ entkräftet auch die Rescission des Testaments durch die querela inofficiosi die testamentarische TuteL Allein nach dem Justinianischen Rechte bleibt sie gültig²¹⁾.

6) Der ernannte Tutor muß nicht nur überhaupt zur TuteL fähig seyn²²⁾, und zwar zur Zeit der Delation; — denn die Ernennung eines temporär Unfähigen bleibt, so lange das Hinderniß dauert, ohne Wirkung,

20) L. 26. §. 2. D. h. t.

21) Nov. CXV. Cap. 5. in fin.

22) S. §. 1500.

und gilt nur als eine bedingte²³⁾; — sondern es darf auch a) keine ungewisse, zur Zeit der Ernennung dem Individuum nach unbekannte Person seyn²⁴⁾; muß b) wegen des Zusammenhangs mit dem Testamente die Erbfähigkeit haben²⁵⁾; und c) die Ernennung desselben in einem schriftlichen Testamente nicht durch die eigne Hand des Wormundes geschehen seyn. Denn dieses widerstreitet dem Geiste des Libonianischen Senatusconsulatum²⁶⁾.

7) Nach den Gesetzen der Vandecten soll auch der TUTOR eben so, wie der Erbe, direct, nicht durch Fideis commiss, ernannt, und genau bestimmt werden, für welches Kind er WORMUND seyn solle. Eine solche WORMUNDSCHAFTSBESTELLUNG, bei welcher es der Willkür des TUTORS überlassen worden ist, ob er dieses oder eines andern Kindes TUTOR seyn wolle, wird für ungültig erklärt. Das erstere erscheint nicht nur daraus, weil MODESTIN L. 1. §. 1. D. de confirmando tutore zu den Fällen, wo der testamentarische WORMUND von der OBRIGKEIT CONFIRMIRT werden muß, auch den rechnet, si pater dixerit: Precor te curam habere rerum, (παρακαλῶ ἐπιμέλεσθαι τῶν

23) §. 3. J. Qui dari tutores testam. poss. L. 11. D. de tutelis. L. 10. §. 3. D. de testam. tut. L. 10. §. 7. D. de excusat.

24) §. 27. J. de legat. L. 20. pr. D. h. t. L. 50. D. eodem. S. DONELLUS Cap. IV. §. 21.

25) L. 21. D. de testam. tut.

26) L. 29. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de lege Cornelii de falsis. S. Theob. HAGEMANN's pract. ERÖRTERUNGEN aus allen THEILEN DER RECHTSGELEHRSAMKEIT. B. VI. ERÖRT. 54. S. 143. f.

*πραγμάτων) scilicet filii mei impuberis, welches offenbar auf ein Fideicommiss hindeutet²⁷⁾; sondern eben dieses bestärken auch die Worte des oben angeführten Gesetzes der XII Tafeln: *Uti LEGASSIT super pecunia tutelave; denn LEGARE heißt ja, wie Ulpian²⁸⁾ sagt: legis modo, id est, imperative testamento aliquid relinquere.* Hierzu kommt nun aber noch das vollends ganz entscheidende Zeugniß des Gaius, welcher in seinen wieder aufgefundenen Institutionen²⁹⁾ sagt: *Tutor non aliter testamento dari potest, quam directo, veluti hoc modo: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, vel ita: LIBERIS MEIS TITIUM TUTOREM DO: per FIDEICOMMISSUM vero dari non potest.* Noch an einem andern Orte³⁰⁾ sagt eben dieser Gaius: *Rectissime autem tutor sic dari potest: LUCIUM TITIUM LIBERIS MEIS TUTOREM DO: sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, recte datum intelligitur.* Diese Formeln kommen auch häufig in*

27) Unrichtig hat diese Worte *Ant. Augustinus ad Modestinum de excusationibus* (in *Thes. iuris Rom. Ottos. Tom. IV. pag. 560. 1.*) davon verstanden, wenn der Tutor blos für einen einzelnen Gegenstand ernannt worden. Eine solche Ernennung wird auch von der Obrigkeit nicht beachtet, weil sie ganz ungültig ist. *L. 14. et 15. D. h. t. S. van Varkhoff Observation. iuris civ. Cap. IX. pag. 41.*

28) *Fragm. Tit. XXIV. §. 1. S. Noord Comm. ad Dig. h. t. §. Dixi a quibus. pag. 541.*

29) *Commentar. II. §. 289.*

30) *Comm. I. §. 149. S. den 28. Th. dieses Commentars §. 1298. S. 445. f.*

den Pandecten³¹⁾ vor. Im Codex ist diese unnütze Formlichkeit der Worte schon längst vor Justinian durch die Constitution der Kaiser Constantinus, Constantius und Constanſ³²⁾ aufgehoben, so daß es nun nach dem neuern Röm. Rechte gleichviel ist, ob die Ernennung des Vormundes im Testamente verbis imperativis et directis oder precativis et inflexis geschieht. Sie fällt nun vollends weg, nachdem Justinian³³⁾ den Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen, namentlich auch in Ansehung der Formlichkeit der Worte, aufgehoben hat.

Daß aber der Wahl des Tutors nicht frey gegeben werden dürfe, ob er von diesem oder einem andern Kinde des Testators Vormund seyn wolle, lehrt Africanus libro VIII. Quaestionum³⁴⁾:

Tutor ita recte non datur, illi aut illi filius meis, utri eorum volet, Titius tutor esto. Quid enim dicemus, si Titius constituere nolit, utri ex filiis tutor esse velit?

Gültig hingegen ist die Ernennung des Tutors geschehen, wenn die Person des Pupillen gewiß ist, sey denn auch die Übernehmung der Vormundschaft in seinen Willen gestellt, wie ebenfalls African sagt:

31) L. 8. §. 5. L. 10. §. ult. L. 16. pr. L. 25. L. 32. §. 2.
L. 33. h. t.

32) L. 15. C. de testam. (VI. 25) L. 21. Cod. de legatis.
(VI. 57.) Das letzte Gesetz ist ein Theil des ersten.
G. SPANGENBERG ad L. 15. Cod. cit. not. 40. (Tom. II.
Corp. iur. civ. pag. 355.)

33) L. 2. Cod. Communia de legatis. (VI. 43.)

34) L. 25. D. h. t.

Ita autem recte tutor dabitur: *Titius, si volet, illi filio meo tutor esto.*

Nur in jenem Falle müßte also die ungültig geschehene Ernennung des Tutors obrigkeitlich bestätigt werden, wenn sich der Tutor dennoch entschloße, die Vormundschaft von einem der Kinder des Testirers, oder von allen zu übernehmen³⁵⁾). Der Vormund darf auch endlich

8) nicht blos für einzelne Gegenstände und Geschäfte, sondern er muß für das ganze Vermögen bestellt werden³⁶⁾.

Aus dem allen erklärt sich nun die Stelle des *Mos*
destinus libro VI. Excusationum. Die Worte *Modes*
stins in der *L. 1. §. 1. D. de confirm. tute* lauten
im Griechischen so: Εἰσὶ τινες οἱ διδόμενοι δρῦς
κατὰ διαδήκας ἐπίτροποι, τουτέστι καὶ ὑφ' ὅν ἔχρην,
καὶ οἵς ἔχρην, καὶ ὃν τρόπον ἔχρην, καὶ διόπου ἔχρην.
Πατὴρ γὰρ νιοῖς, η ἐκγόνοις, οὓς ἔχει ἐν ἐζουσίᾳ,
δρῦς διδωσιν ἐπίτροπον, ἀλλ' ἐν διαδήκῃ. i. e.
Sunt quidam, qui recte dantur testamento tutores:
hoc est, et a QUIBUS oportet, et QUIBUS oportet, et
QUOMODO oportet, et UBI oportet. Pater enim filii,
vel nepotibus, quos habet in potestate, recte dat tu-
torem, sed in testamento³⁷⁾.

§. 1306.

Recht der testamentarischen Tute.

Die testamentarische Vormundschaft ist ein Recht der väterlichen Gewalt³⁸⁾). Sie ist daher nicht blos ein Recht

35) *G. CUSACIUS Comm. ad Africanum Tract. IX. ad h.*
L. 25. h. t. und DONELLUS Lib. III. cap. 4. §. 21.

36) *L. 13. 14. et 15. D. h. t. G. den 28. Th. §. 1298.*
G. 440. f.

37) *G. DONELLUS c. I. §. 5—9.*

38) *L. 40. D. de admin. tutor.*

des Vaters, wie Helfeld sagt, sondern auch des väterslichen Großvaters, welcher die väterliche Gewalt über seine Enkel hat, wenn sie nur nicht nach dem Tode des Großvaters in ihres Vaters Gewalt fallen, wie Gajus³⁹⁾ ausdrücklich sagt. Daher kann weder die Mutter, oder sonst ein mütterlicher Ascendent⁴⁰⁾, noch ein Dritter, wenn er auch das unmündige Kind zum Erben einsetzt⁴¹⁾; ja nicht einmal des Vaters Bruder⁴²⁾, einen Wormund im Testamente, ohne Confirmation der Obrigkeit, ernennen. Der Vater kann aber auch einem enterbten Kinde einen Tutor bestellen, ohne daß eine Confirmation erforderlich ist⁴³⁾. Denn die Enterbung hebt die väterliche Gewalt nicht auf, und das enterbte Kind hört daher auch nicht auf suus heres zu seyn⁴⁴⁾. Allein einem emancipirten Kinde kann der Vater eben so wenig, als einem natürlichen Kinde, wenn er es auch zum Erben einsetzt, ohne Confirmation einen Tutor in seinem Testamente ernnen.

39) *L. 1. §. 1. D. h. t. §. 3. J. de tutel.*

40) *L. 4. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 2. D. de confirm. tu-*
tore.

41) *L. 1. §. 1. L. 4. D. de confirm. tutore.*

42) *L. 5. D. de confirm. tut.*

43) *L. 4. L. 26. §. 2. L. 31. D. de testam. tut. S. Jo.*
van Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex
Herennii Modestini IX. libris Differentiarum super-
sunt. Cap. VIII. §. Prima. (in Ger. OBLRICH'S Thes.
Dissertation. iurid. selectiss. in academ. Belgic. ha-
bitar. Vol. I. Tom. I. pag. 70 — 74). S. §. 1502. a.
S. 144. Not. 52.

44) *S. Ger. Noordt Comm. ad Dig. h. t. §. Hoc loco*
(Operum Tom. II. pag. 539 sq.) und DONELLUS Lib. III.
Cap. 4. §. 9.

nen⁴⁵⁾). Wer einen Pupillen zum Erben einsetzt, über den er keine Potestas hat, er sey Vater, Mutter, oder ein Dritter, und ihm einen Wormund ernennt, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videtur, sagt Modestin *L. 4. D. h. t.*

Der Vater kann jedoch seinen unmündigen Kindern anders keinen Tutor bestellen, als wenn er zugleich über sein Vermögen ein gültiges Testament errichtet⁴⁶⁾, er mag denn entweder in diesem, oder in einem confirmirten Codicill die Bestellung vornehmen. Ob in einem privilegierten Testamente der Eltern unter ihren Kindern eine Wormundschaftsbestellung auf eine so gültige Art geschehen könne, daß sie keiner obrigkeitlichen Bestätigung bedürfe, war unter den ältern Rechtsgelehrten besonders in dem Falle streitig, wenn der Tutor ein extraneus ist. Die herrschende Meinung war die verneinende⁴⁷⁾. Allein die neuern Rechtsgelehrten⁴⁸⁾ sind darin ziemlich einverstanden, daß der Vater

45) §. 5. *J. de tutelis. L. 7. D. de confirm. tut.*

46) *L. 53. pr. D. de Verb. Signif. Tutor separatis sine pecunia dari non potest.* Das Wort *pecunia* wird hier für *hereditas* genommen. Auch Cicero *Topicor. cap. 8.* sagt: *Hereditas est pecunia.* S. Noodt Comment. ad *Dig. h. t. §. Dixi de modo.* pag. 542. Voet Commentar. ad *Pand. Tom. II. h. t. §. 5.* in fin. und den 28. Th. des Commentars §. 1298. S. 439.

47) S. MONTANUS Cap. VIII. nr. 7. et 8. pag. 85. SAM. STRYK Disp. de iure testandi inter liberos. Cap. IV. nr. 5—8. BERGER Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 563. HARN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 2.

48) S. THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 708. a. E. MÖHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. III. §. 505. Not. 10. von WENING. INGENHEIM Lehrbuch des gemeinen

seinen unmündigen Kindern auch in einem unter ihnen errichteten privilegierten Testamente Vormünder gültig ernennen könne. Denn es können in einem solchen Testamente nur keine personae extraneae als Erben oder Legatarien, ohne Beziehung von Zeugen, bedacht werden. Tutores sind aber weder das Eine noch das Andere. Denn auf sie passt nicht, was in der L. 21. §. 1. C. de testam. gesagt ist: *Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.* Nun sagt CAIUS Institution. Commentar. II. §. 231. sehr treffend: *nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.* Es kann auch wohl gewiß an der Gültigkeit eines durchaus an eine bestimmte Form gebundenen Testaments, welches sogar anders nicht, als durch ein testamentum posterius perfectum wieder aufgehoben werden kann⁴⁹⁾, mit Grund nicht gezwifelt werden. Die

Civilrechts. 3. B. V. Buch. §. 127. a. E. M. J. Euler Diss. de testamento et divisione parentum inter liberos. Bonnae 1825. §. 70. und Car. Gust. Mueller Diss. de testamento parentum inter liberos privilegiato. Lipsiae 1826. 4. §. 25. Anderer Meinung ist zwar unter den neuern Car. Frid. WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 5. wegen L. 2. C. de confirm. tut. und L. 21. §. 1. C. de Testam. Allein schon von den ältern Rechtegelehrten hat Lüd. MENCKEN Disp. de codicillis parentum inter liberos ex privilegio conditis. Lipsiae 1701. Th. 17. 18. et 19. die Richtigkeit dieser Gründe dargehan.

49) Nov. CVII. Cap. 1. et 2. S. Mueller Diss. cit. §. 9.

Verordnung des Kaisers Alexander⁵⁰⁾: Neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari, indubitati iuris est, findet daher hier keine Anwendung, da sie von einem ungültigen Testamente spricht, welches Julian⁵¹⁾ ein non iustum testamentum nennt, und deswegen eine obrigkeitliche Confirmation der darin bestellten Tutel für nöthig hält. Auf ein testamentum inter liberos privilegiatum kann dieses um so weniger gedeutet werden, da dieses zur Zeit des Kaisers Alexander noch unbekannt war. Nun wird zwar in der Constitution des Kaisers Theodosii.⁵²⁾ das Testament der Eltern unter ihren Kindern ein testamentum imperfectum genannt; aber nicht in Rücksicht der Gültigkeit, sondern der dabei nachgelassenen sonst erforderlichen Testamentsform⁵³⁾.

Da die testamentarische Tutel mit der testamentarischen Erbfolge gleichen Schritt hält; so schließt der testamentarische Tutor, eben so wie der Testaments-Erbe, den gesetzlichen Tutor, der ohnehin gewöhnlich auch der nächste Intestat-Erbe ist, aus, und so lange noch ein testamentarischer Tutor zu hoffen ist, kann die gesetzliche Tutel nicht eintreten, wie schon an einem andern Orte⁵⁴⁾ weiter ausgeführt worden ist. Der testamentarische Vormund versieht auch schon darum vor allen andern den Vorzug, weil die Gesetze dem Vater zutrauen, daß er einen solchen Zu-

50) L. 2. C. de confirm. tutore. (V. 29.)

51) L. 3. D. de confirm. tut.

52) L. 21. §. 1. C. de testament.. (VI. 23.)

53) S. Jo. Car. KOSNIG Diss. de parentibus inter liberos disponentibus. (Marburgi 1744.) Cap. II. §. 7.

54) S. den §. 1503. S. 160.

tor bestellt haben werde, dessen Treue und Fleiß er sorgfältig geprüft haben wird, wie es *Pr. I. de Satisdat. tutor. et curat.* heißt. Denn man muß glauben, der Vater habe kein rechtes Vertrauen zu dem gesetzlichen Wormund gehabt, daß er ihm einen Andern vorgezogen hat. Daher geht der testamentarische Wormund auch selbst der Mutter vor⁵⁵⁾). Wenn aber gleich der Vater auch, ohne einen Wormund zu ernennen, die Zulassung einer Person zur Wormundschaft in seinem Testamente oder Codicill verbieten kann⁵⁶⁾); welche alsdann von der Obrigkeit nicht zur Wormundschaft gelassen werden darf⁵⁷⁾; so kann doch durch ein solches Verbot allein die Mutter selbst nicht ausgeschlossen werden, wie ich schon an einem andern Orte⁵⁸⁾ gezeigt habe, obgleich viele⁵⁹⁾ anderer Meinung sind. Denn Justinian sagt in der *Nov. CXVIII. Cap. 5.* *Nam defuncti voluntatem electionemque praeferri volumus;* wodurch er deutlich zu erkennen giebt, daß die Disposition des Vaters allein die Mutter nicht ausschließen soll, wenn nicht, statt ihrer, zugleich ein anderer Wormund gewählt, d. h. ernannt worden ist. Für die Mutter spricht auch, wie Justinian sagt⁶⁰⁾, φύσεως ἔρως εἰσεβῆς περὶ τοὺς πᾶιδας, i. e. pius et naturalis erga liberos amor, und diese befreit sie von allem Verdacht, so daß auch nicht einmal ein Schuldverhältniß zwischen ihr und ihren Kindern sie von der Tute über dieselben auße-

55) *Nov. CXVIII. Cap. 5.*

56) *L. 8. pr. D. h. t.*

57) *L. 21. §. 2. D. de tutorib. et curator. dat.*

58) *S. §. 1500. S. 56 — 59.*

59) *S. die Note 96. S. 56.*

60) *Nov. XCIV. Cap. 1.*

schließen soll. Diesen starken Grund kann das bloße Verbot des Vaters nicht entkräften, welches leicht einen Haß des Vaters gegen die Mutter zum Grunde haben könnte. Ist es dem Vater ein Ernst, die Mutter auszuschließen, so gebe er den Kindern selbst einen Vormund. Nun spricht das Gesetz gegen die Mutter.

Uebrigens ist der Vater bey der Bestellung des Vormunds ungebunden. Er kann den Vormund nach Gefahren unter einer jeden Zeitbestimmung, sie betreffe den Anfang der Uebernehmung der Tute, oder das Ende der Verwaltung derselben, so wie unter jeder möglichen Bedingung, sie sey eine suspensive oder resolutive⁶¹⁾, bestellen. Auch Personen einer andern Gerichtsbarkeit⁶²⁾, ja sogar Unfähige kann er ernennen, nämlich auf den Fall, wenn sie fähig werden, welches auch schon als stillschweigende Bedingung angenommen wird⁶³⁾. In solchen Fällen

61) §. 3. *J. Qui dari tutores testam. poss.* L. 8. §. 1. et 2.
D. h. t. §. 2. et 5. J. Quib. modis tat. finitar. L. 14.
D. de tutelis.

62) L. 32. pr. D. h. t.

63) L. 10. §. 5. et 4. h. t. §. 2. *J. Qui dari tutor. testam. poss.* L. 10. §. 7. *D. de excusat.* Ob die Ernennung einer unfähigen Person zum Vormund, wenn sie unbedingt geschehen, gültig sey, war zwar unter den ältern Röm. Rechtegelehrten streitig, wie aus L. 10. §. 3. *D. h. t.* erschlet, wo Ulpian sagt: *Si furiosus testamento tutor detur, si quidem cum furere desierit, tutorem esse recte datum, Proculus existimat: quod si datus sit pure, negat Proculus valere dationem.* Allein die entgegengesetzte Meinung, daß dieses schon als stillschweigende Bedingung anzunehmen sey, erhielet den Vorzug. Daher sagt Ulpian: *Sed est verius, quod*

len, da der Vormund unter einer Suspensiv-Bedingung, oder ex die bestellt worden ist, oder wegen zeitiger Unfähigkeit die Vormundschaft noch nicht übernehmen kann, wird bis dahin ein Vormund von der Obrigkeit bestellt, wenn auch gleich ein tutor legitimus da ist⁶⁴⁾). Eben dieses geschieht, wenn der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat⁶⁵⁾), desgleichen, wenn der postumus, für den der Tutor vom Vater bestellt worden, noch nicht gebohren ist⁶⁶⁾). Denn so lange der postumus das Licht der Welt noch nicht erblickt hat, kann der Tutor die Vormundschaft nicht antreten, ja er ist bis dahin noch nicht einmal als Vormund zu betrachten. Hätte er dennoch die Tutei inzwischen verwaltet, und der postumus ist nachher nicht gebohren, so findet gegen denselben nicht die actio tutelae, sondern negotiorum gestorum statt. Eben diese Klage ist auch in dem Falle nur allein anwendbar,

et POMPONIUS ait, *recte videri datum, et tunc fore tutorem, cum sapere cooperit.* S. Noont Comment. ad Dig. h. t. §. Duxi, a quibus. pag. 541.

64) *L. 11. pr. D. h. t.* UPIANUS. *Si quis sub conditione, vel ex die tutorem dederit, medio tempore alias tutor dandus est: quamvis legitimum tutorem pupillus habeat. Sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare.* — *L. 10. §. 7. D. de excusat.* S. §. 1302. S. 134. f. und *Ern. Jo. Frid. MANTZEL* Diss. de tutore interimistico. *Rostoch.* 1747.. Cas. VIII—XI.

65) *L. 10. D. h. t.* S. §. 1302. S. 136. a. E. u. folg. S. Man vergleiche auch Höpfners Commentar über die Heineccischen Institut. §. 179. Not. 2.

66) *L. 19. §. ult. D. h. t.* UPIANUS. *Testamento datus postumo tutor, nondum est tutor, nisi postumus edatur.*

wenn der postumus als ein rechtfähiges Kind zur Welt gekommen, der Tutor aber, noch ehe er als Wurmund etwas verwaltet hat, von der Tutel entfernt worden ist. In dem entgegengesetzten Falle aber hat die *actio tutelae* statt, sowohl wegen dessen, was der Tutor vor der Geburt des postumus, als was er nachher als Wurmund gehabt hat. Callistratus sagt *libro III. Edicti monitorii*⁶⁷⁾:

Cum pater testamento POSTUMO tutorem deserit, isque tutelam interim administraverit, nec postumus natus fuerit: cum eo non tutelae, sed negotiorum gestorum erit agendum: quodsi natus fuerit postumus, tutelae erit *actio*: et in eam utrumque tempus veniet, et quo antequam nasceretur infans, gessit, et quo posteaquam natus sit.

Eben dieses bestätigt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*⁶⁸⁾: *Testamento datus POSTUMO tutor, nondum est tutor, nisi postumus edatur. Datur tamen adversus eum substituto pupilli negotiorum gestorum actio: sed si partus editus fuerit, deinde hic tutor prius quam quicquam gereret, remotus a tutela fuerit, et hic eadem actione tenebitur. Si quid plane gessit post editum partum, de eo quoque, quod ante gessit, tutelae iudicio tenebitur, et omnis administratio in hac actione veniet.*

Daß der Tutor auch noch vor der Erbenseinschzung im Testament ernannt werden könne, wie Justinian⁶⁹⁾

67) *L. 29. D. de negot. gestis.*

68) *L. 19. §. ult. D. h. t.*

69) *§. 3. J. Qui testam. tut. dari poss.*

sagt, hat völle ds keinen Zweifel, weil nach dem Justinianischen Rechte der ordo scripturae auch bey Vermächtnissen nicht mehr berücksichtigt werden soll. Unter den ältern Röm. Juristen war dieses freilich sehr streitig. Denn die Sabinianer wollten die Rechtsregel, daß Legate nicht vor der Erbeinsetzung ihren Platz erholten dürfen, auch auf die Ernennung eines testamentarischen Tutors angewendet wissen. Allein schon die Proculianer machten auf den innern Unterschied der tutoris datio, und der Vermächtnisse aufmerksam, und indem sie den Grund jener Rechtsregel in dem materiellen Charakter eines Legats, als einer *delibatio hereditatis*⁷⁰⁾, suchten, welches Merkmal bey der tutoris datio, als solcher, wegfällt; so läugneten sie ganz consequent die Unwendbarkeit derselben auf die Ernennung eines testamentarischen Tutors⁷¹⁾.

Eben so uneinig waren die ältern Röm. Rechtsgelehrten bey der Entscheidung des Falles, wenn der Tutor im Testamente blos in *subsidiū d. h.* unter der Bedingung ernannt worden, daß der zuerst berufene Tutor nicht am

70) *L. 116. D. de legat. I.*

71) *Gaius Comm. II. §. 229. Ante heredis institutionem inutiliter legalitur, scilicet, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.* §. 250. *Pari ratione nec libertas ante hereditas institutionem dari potest.* §. 251. *Nostri Praeceptores nec tutorem eo loco dari posse existimant. Sed Lassoo et Psoculus tutorem posse dari putant, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.* Unter nostri praeceptores versteht Gaius, der ein offenkundiger Anhänger Capito's war, die Sabinianer. S. Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. 1. Abhandl. §. 3. S. 21. und Kap. 1. §. 1. S. 72.

Leben seyn sollte. Von den Sabinianern, zu denen Trebatius gehörte, ward dieses streng wörtlich gedeutet, und der subsidiär berufene Wormund nur alsdann zugelassen, wenn der zuerst ernannte beym Tode des Erblassers nicht mehr am Leben war. Labeo und Proculus hingegen, mehr die Absicht des Disponenten, als den Wortverstand der lehwilligen Verfügung im Auge habend, fasssten die Worte der Bedingung: *si non vivat*, im weitern Sinne auf, und ließen den zweyten Tutor auch alsdann einrücken, wenn der erste nach dem Erblasser, nachdem er schon einige Zeit die Tutel verwaltet hatte, gestorben war, wie aus folgender Stelle des Javolenus erschlet:

L. 33. D. h. t. Tutoribus ita datis: *Lucium Titium tutorem do, si is non vivit, tum Gaium Plautium tutorem do.* Titius vixerat, et tutelam gesserat, deinde mortuus erat. TREBATIUS negat, ad Plautium pertinere tutelam: LABEO contra. PROCULUS, quod LABEO. Ego TREBATII sententiam probo, quia illa verba ad mortis tempus referuntur.

Javolenus gab also der Meinung der Sabinianer, oder hier des Trebatius Beysfall, und diese Meinung ist es, welche durch Aufnahme seines Fragments in die Pandecten gesetzliches Ansehen erlangt hat, obwohl der von ihm angeführte Grund: *quia illa verba: si non vivat, ad mortis tempus referuntur*, auf einer petitio principii beruhet. Denn da der Testirer nur von des Tutors Tode gesprochen hatte, so folgte daraus noch keinesweges auch die Bezugnahme auf des Erblassers Tod⁷²⁾. Es hat daher keinen Zweifel, daß der subsidiär

⁷²⁾ S. Dirksen angeführte Beiträge. 1. Abh. Kap. 1. §. 2.
Nr. V. S. 97 und 98.

berufene Vormund vermöge obrigkeitslicher Bestätigung in dem angeführten Falle zugelassen werden könne.

Das günstige Urtheil des Vaters, welches für die Echtigkeit des testamentarischen Vormundes spricht, amicissimos enim et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solent, sagt Paulus⁷³⁾, befreit ihn auch von der sonst nöthigen Satisfaktion; jedoch nur nach dem Röm. Rechte⁷⁴⁾, denn die deutschen Reichsgesetze⁷⁵⁾ verpflichten alle Vormünder ohne Unterschied, mithin auch die testamentarischen, sobald sie von der Obrigkeit zur Verwaltung autorisiert worden sind, rechtmäßige genugsame Caution zu leisten. Nach dem Römischen Rechte kann jedoch von mehreren testamentarischen Vormündern einer Caution anbieten, um den übrigen vorgezogen zu werden, so daß er nun die Vormundschaft allein verwaltet⁷⁶⁾.

73) L. 56. pr. D. de Excusat.

74) Pr. J. de satisdat. tutor. et curat. *Tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est.* L. 7. §. 5. C. de curat. furiosi. (V. 70.) Et si quidem parens curatorem furioso vel furiosae, in ultimo elogio hereditibus institutis, vel exheredatis, dederit, ubi et fideiussionem cessare necesse est, paterno testimonio pro satisficatione sufficiente.

75) Reichs-Polizey-Ordnung vom Jahre 1548. Tit. XXXI. §. 2 und 3. (in der neuen Sammlung der Reichsabschiede. Franff. a. M. 1747. f. 2. Th. S. 603.) Desgleichen vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 3. (3. Th. S. 594. ff.) S. Henr. Godofr. BAUER Diss. Tutorum in testamento paterno scriptum ob solum defectum cautionis idoneae non posse repudiari. Lips. 1783. 4.

76) §. 1. J. de satisdat. tutor. et curator. Sed si ex testamento — duo pluresve dati fuerint, potest unus

Aber auch die Mitvormünder haben ein gleiches Recht. Denn sie können durch das Anerbieten des einen zur Cautionsleistung nicht schlechterdings von der Verwaltung aussgeschlossen werden, sondern es steht jedem Mitvormunde frei, durch angebotene Cautionsleistung die alleinige Verwaltung der TuteL zu erhalten. Sind sie alle zur Cautionsleistung bereit, so kann keiner den andern ausschließen, sondern sie verwalten nun die Vormundschaft gemeinschaftlich. Jedoch wird derjenige, welcher Caution leisten will, nicht schlechterdings den übrigen vorgezogen; denn wie, wenn er eine verdächtige Person seyn sollte, dem man die alleinige Verwaltung nicht sicher anvertrauen kann? Das her kann derjenige Vormund, der keine Caution aufbringen kann, wenn er sonst ein Mann von geprüfter Redlichkeit und Geschicklichkeit ist, nicht schlechterdings zurückgesetzt werden. Sind mehrere zur Cautionsleistung bereit, so werden deswegen nicht immer alle zur Verwaltung der TuteL gelassen, sondern zuweilen nur der würdigere. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 17. pr. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Testamento datos tutores *non esse cogendos satisdare rem salvam fore*, certo certius est. Sed nihilominus cum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est: ut Edicto cavetur. Sed recte Praetor etiam ceteris detulit hanc conditionem, si et ipsi velint satisdare: nam et si ipsi parati sunt satisdare, non debent excludi alterius oblatione: sed, impleta videlicet ab

offerre satis de indemnitate pupilli — et consutoribus praeferriri, ut solus administret: vel ut contutor satis offerens praeponatur ei, et ipse solus administret.

omnibus satisdatione, omnes gerent, ut qui contentus est magis satis accipere, quam gerere, securus esset. §. 1. Non omnimodo autem is, qui satisdet, praferendus est. Quid enim, si suspecta persona sit, vel turpis, cui tutela committi nec cum satisdatione debeat? vel quid, si iam multa flagitia in tutela admisit? nonne magis repelli et reiici a tutela, quam solus administrare debeat? Nec satis non dantes temere repelluntur: quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiam si satis non dent, non debent reiici: quinimmo nec iubendi sunt satisdare. §. 2. Duplex igitur causae cognitio est: una ex persona eius, qui obtulerit satisdationem, quis, et qualis est: alia contutorum, quales sunt, num, forte eius existimationis, vel eius honestatis sunt, ut non debeant hanc contumeliam satisdationis subire.

L. 18. D. eodem. CALLISTRATUS libro III. Edicti monitorii. Quod si plures satisdare parati sint, tunc *idonior* praferendus erit, ut et tutorum persona inter se, et fideiussorum comparentur.

Erbietet sich keiner von den testamentarischen Vormündern zur Cautionseistung, so ist kein Dritter befugt, die Vormünder zur Cautionsleistung aufzufordern, und zu verlangen, daß, im Verweigerungsfalle, ihm die Tute gegen Caution überlassen werde. Denn durch ein so gefährliches Anerbieten eines Dritten können die testamentarischen Tutores der Caution nicht unterworfen werden, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 19. pr. D. eodem. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Si nemo tutorum provocet ad satis-

dationem, sed existat quidam, qui tutor non est, desideraretque, ut aut satisdent tutores, aut si non dent, parato sibi satisdare committant tutelam, non est audiendus: neque enim aut extero committenda tutela est, aut testamento dati tutores contra ius satisdationi subiiciendi sunt.

Fällt der testamentarische Wurmund weg, so war ihm entweder die TuteL schon deferirt, oder nicht. Im letzten Falle tritt die gesetzliche TuteL ein. Dahin gehört der Fall, wenn der testamentarische Wurmund noch vor dem Eiblasse stirbt. Justinian gedenkt dieses Falles ausdrücklich §. 2. *J. de legitima agnatorum tutela* in den Worten: *cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.* In dem ersten Falle ist aber weiter zu unterscheiden. Hatte der testamentarische Wurmund die TuteL bereits übernommen, und er hört nachher auf Tutor zu seyn, ehe noch der Pupill die Mündigkeit erreicht hatte; so lassen sich zwey Fälle gedenken.

1) Der Wurmund geht mit Concurrenz der Obrigkeit ab, z. B. der Wurmund hat sich gesetzmäßig entschuldigt, oder er ist abgesetzt worden. Hier giebt die Obrigkeit einen andern Wurmund. Daß der gesetzliche Tutor nicht eintritt, lehrt Ulpian in folgender Gesetzstelle.

L. 11. §. 1. D. h. c. *Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus, in locum excusati alium dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam.* §. 2. *Idem dicimus, et si fuerit remotus; nam et hic idcirco abit, ut aliis detur.*

An einem andern Orte sagt Ulpian⁷⁷⁾, es sey dies

77) *Frags. Tit. XI. §. 25.* (In Ant: SCHULTZING Jurispr. vet. Antejust. pag. 602.).

ses durch einen Senatsschluß festgesetzt worden, daß an die Stelle eines durch remotio oder excusatio definitiv weggefallenen Tutors ein anderer Vormund von der Obrigkeit gegeben werde. Hoc amplius *Senatus censuit, ut, si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela submotus fuerit, vel etiam iusta de causa excusatus, in locum eius tutor alius detur.* Eben dieses hat auch fast mit denselben Worten Gajus⁷⁸⁾, gelehrt, welcher nur noch die Bemerkung hinzufügt hat, es sey dieses Senatusconsultum sowohl in Rom als in den Provinzen zur Anwendung gebracht worden. Das Senatusconsultum gieng aber nicht blos auf den testamentarischen Vormund, sondern wurde auch auf den gesetzlichen Tutor angewendet. Denn auch wenn der tutor legitimus sich entschuldigt, oder als suspect abgesetzt wird, kommt nicht die Reihe an den nächstfolgenden, sondern auch hier tritt an dessen Stelle ein obrigkeitlich bestellter Tutor, wie Ulpian *libr. XXXVIII. ad Sabinum*⁷⁹⁾ sagt: *Quaeri potest, si patroni filius sit remotus, vel excusatus, an nepoti tutela deferratur, et MARCELLUS in ea sententia est, ut succedi non posse scribat: idcirco enim abierunt tutela, ut alii in locum eorum dentur, non ut successio admittatur.*

2) Der Vormund geht ab, ohne Mitwirkung der Obrigkeit. Hier erhält in der Regel der gesetzliche Tutor die Vormundschaft, denn auf diesen Fall gieng jenes Senatusconsultum nicht. Es gehören hierher besonders folgende Fälle: a) wenn die Zeit, bis auf welche der Vors-

78) *Institution. Commentar. I. §. 182 et 183.* S. Gans Scholien zum Gajus. IV. Scholie. S. 204. ff.

79) *L. 3. §. 8. D. de legitim. tutorib.* S. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 234.

mund ernannt war, verflossen ist. b) Wenn die Bedingung, bis zu deren Existenz der Tutor die Vormundschaft führen sollte, eingetreten ist, (*conditio resolutiva existit.*) z. B. der Vormund heyrathet, welcher die Vormundschaft nur so lang führen sollte, als er unverheyrathet bleiben wird. Da in beyden Fällen der Vater selbst die Dauer der Vormundschaft beschränkt hat; so muß man annehmen, er habe, wenn der Fall eintritt, es bey der gesetzlichen Anordnung bewenden lassen wollen, weil er auf diesen Fall keinen andern Vormund bestellt hat⁸⁰). c) Wenn der Vormund stirbt, ehe der Pupill die Mündigkeit erreicht hat. Auch hier fällt die Tutei an den gesetzlichen Vormund, welcher der nächste Verwandte und Intestaterbe des Pupillen ist, wie Paulus sagt *libro XXXVIII. ad Edictum*⁸¹): *Idem dicemus, si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit: nam tutela eius ad adgnatum revertitur.* Eben dieses bestätigt Ulpian *libr. XXXVII. ad Sabinum*⁸²). *Quod si tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit: quia hic SENATUSCONSULTUM cessat.* Der Grund scheint hier ebenfalls in dem vermutlichen Willen des Vaters zu liegen. Denn da dieser Fall von der Art ist, daß sich der Vater ihn leicht als möglich denken konnte, wo die Tutei ohne Mitwirkung der Obrigkeit auf-

80) S. Weber zu Höpfners Commentar über die heilige Institutionen. §. 179. Not. (*) S. 219.

81) L. 6. D. de legitim. tutor. Unrichtig versteht Cuvacius in Comment. in libr. XXXVIII. Pauli ad Edictum (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 613.) dieses Gesetz von dem Falle, wenn der testamentarische Tutor noch bey Lebzeiten des Testators verstorben ist.

82) L. 11. §. 3. D. h. t.

hört; so ist zu vermuthen, es sey sein Wille, daß der gesetzliche Vormund eintrete, wenn ein solcherodesfall sich ereignet, und dieß um so mehr, da solcher der Obrigkeit leicht unbekannt bleiben kann⁸³⁾. Ulpian nimmt jedoch einen Fall aus, wo an die Stelle eines verstorbenen testamentarischen Vormundes die Obrigkeit einen andern Vormund giebt. Dies ist der Fall, wenn von mehreren testamentarischen Vormündern einer stirbt. Wäre jedoch keiner von diesen mehr übrig, so tritt auch hier der tutor legitimus ein.

L. 11. §. 4. D. h. t. Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum eius, qui decessit, vel in civitate esse desiit, poterit dari alius: ceterum si nullus supersit, vel in civitate sit, legitima tutela succedit.

§. 1307.

Wer kann testamentarischer Tutor seyn?

Dass diejenigen, welche überhaupt zur Vormundschaft untauglich sind, auch nicht testamentarische Vormünder seyn können, ist keinem Zweifel unterworfen. Man vergleiche hier §. 1300 und 1301. Der testamentarische Vormund muss aber noch überdem, wegen des Zusammenhangs mit dem Testamente, eine solche Person seyn, welche selbst auch zum Erben hätte eingesetzt werden können⁸⁴⁾. Dies ist es, wenn Paulus *libro VIII. Brevium*⁸⁵⁾ sagt: *Testa-*

83) S. Höpfners Commentar a. a. D.

84) Der Tutor konnte nicht nur zum Erben, sondern auch, wie ein Erbe, in die Tutei eingesetzt werden. Ersteres sagt Paulus *L. 7. D. h. t.* Vom legtern führt CICERO *de Oratore Lib. I. cap. 53. nr. 228.* ein Beispiel an.

85) *L. 21. D. h. t.* S. Christ. Gottl. HAUBOLD Exercit. iuris honorarii de Edictis monitoriis ac Brevibus. (*Lipsiae 1804*) § 2. et 5.

mento tutores hi dari possunt, *cum quibus testamenti factio est*. Dass der Tutor auch selbst das Recht haben müsse, ein Testament zu machen, wird nicht erforderlich. Denn es kann ja ein filiusfamilias so gut, als ein paterfamilias, zum testamentarischen Vormund ernannt werden⁸⁶⁾. Er muss nur die Erbfähigkeit haben. Diese nur soll mit den Worten: *cum quibus testamenti factio est*, angedeutet werden⁸⁷⁾. So gewiss nun der Satz ohne alle Ausnahme seine Richtigkeit hat, dass derjenige nicht zum testamentarischen Vormund ernannt werden kann, der nicht erbfähig ist; so wenig ist die Erbfähigkeit allein hinreichend, wenn die Person zur Vormundschaft untauglich ist⁸⁸⁾. So kann zum Beispiel ein Wahnsinniger, ein Tauber, ein Stummer, eine Frauensperson zum Erben eingesetzt, aber nicht zum Vormund ernannt werden⁸⁹⁾. Paulus sagt *libro VIII. ad Sabinum*⁹⁰⁾: es wären darüber mehrere Senatschlüsse gemacht worden, ut in locum furiosi et muti et surdi tutoris alii tutores dentur.

Wegen des Zusammenhangs der testamentarischen Zu-

86) *Pr. J. Qui dari tutores testam. poss.*

87) §. 6. *J. de testam. ord.* §. 3. *J. de hered. instit.* §. 4. *J. de hered. qualit. et diff.* L. 16. *D. Qui testam. facere poss.* L. 7. *D. pro legato.* G. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Testamentum* nr. 4.

88) E. DONELLUS Comment. de iure civ. Lib. III. cap. 4. §. 10. (Vol. II. edition. noviss. Norimb. pag. 29.)

89) L. 10. §. 1. *D. de legitim. tutor.* vergl. mit L. 1. §. 2. et 5. *D. de tutel.* G. Jos. FINESTRES et de MONSALVO Hermogenian. ad §. 1. L. 10. *D. de legit. tutor.* pag. 548. sqq.

90) L. 17. *D. de tutelis.* G. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 254. G. 882. und §. 240. G. 899. Not. 5.

tel mit dem Testamente fällt auch die Vormundschaft weg, wenn das Testament ganz zu Grunde geht⁹¹).

§. 1308.

Für welche Kinder können testamentarische Tutores bestellt werden? in wiefern für postumi? Wie wenn sui abstinent?

Der Vater kann aber nicht nur seinen schon gebohrnen unmündigen Kindern, sondern auch solchen Kindern einen Vormund bestellen, die zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht gebohren waren. Letztere werden postumi im weitern Sinne genannt⁹²). Postumorum nomen non cadit in eos, qui iam in rebus humanis sunt, sagt Ulpian libro XV. ad Sabinum⁹³). Solche Kinder sind nun entweder nachher noch gebohren worden, oder nicht, im letztern Falle fällt die testamentarische Tute weg. Hätte auch der Tutor inzwischen für den non natus, quasi curator, Geschäfte verwaltet, so hat, wie bereits oben (§. 1506. S. 222.) bemerkt worden ist, nicht die actio tutelae, sondern negotiorum gestorum statt. Paulus libro secundo sententiarum⁹⁴) will jedoch auch nicht einmal diese Klage, sondern nur eine actio UTILIS statt finden lassen. Er sagt: Postumo tutor datus, non nato postumo, neque tutelae, quia nullus pupillus est, neque protutelae, quia nulla significatio est, neque negotiorum gestorum iudicio tenetur, quia administrasse negotia eius, qui natus non esset, non videtur: et ideo UTILIS

91) L. 9. D. h. t. L. 17. D. de iniusto, rupto, et irr. testam.

92) S. ARN. VINNIUS Comm. ad §. 4. J. de tutelis.

93) L. 164. D. de Verbor. Signific. S. JO. GOEDDASI Comment. ad h. L. pag. 99^a. sqq.

94) L. 24. D. de tutelae et rationibus distrahendis. (XXVII. 5.)

*in eum ACTIO dabitur*⁹⁵). Sind aber Kinder noch nach Errichtung des Testaments geboren worden; so sind sie entweder erst nach dem Tode des Testators, oder noch bey dessen Leben geboren worden. Im ersten Falle werden sie *postumi* im eigentlichen Sinne des Civilrechts genannt⁹⁶). Ob solchen postumis ein Tutor im Testament bestellt werden könne, war anfangs unter den römischen Rechtsgelehrten streitig. Man sagte: *Non est PUPILLUS, qui in utero est*⁹⁷); er bedürfe auch keines Vormundes. Allein durch die *disputatio fori* ward entschieden, und zum Grundsatz angenommen, daß auch eine testamentarische Tutel für postumi gültig sey⁹⁸). Man wandte nämlich auf Tutelen den

95) Man sehe BACHOVIVS ad *Πρώτα Pand.* pag. 888. *Ant. FABRI Rational.* in *Pand. ad L. 29. D. de negot. gest.* *Ant. SCHULTING ad Jul. Pauli Sentent. receptar. Lib. II. Tit. 50. not 5.* (in *Jurisprud. vet. Antejust.* p. 525. sq.) *Guil. TRISTEREANT Dicitus BILDEBDYK Observation. et Emendation. lib. II. cap. 22. Jo. Guil. MARCKART Probabil. receptar. iuris civ. Lection. P. I.* pag. 69. sq.

96) *L. 5. §. 1. D. de iniusto, rupto, irrito fact: testam.* *ULPIANUS lib. III. ad Sabinum.* Postumos autem dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur. Auch THEOPHILUS in *Paraphr. graec.* ad §. 4. *Inst. de tutelis.* Mehrere Stellen besonders aus den Classikern hat JOS. FINESTRES et de MONSALVO *Diatriba de postumis heredibus instituendis, vel exheredandis.* Cap. I. §. 1 — 8. (adj. *Praelectionib. Cervariens.* pag. 166. sqq.) und *Christ. God. TILLING Specim. I. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis.* (*Lipsiae 1790. 4.*) pag. 6. sq.

97) *L. 161. D. de Verbor. Signif.*

98) *S. Ev. OTTO Comm.* ad §. 4. *J. de tutelis.* *Jan. a COSTA und MARCILIUS ad. §. eund. Institution.*

Grundsatz an, daß ein postumus für schon geboren zu halten sey, wenn es auf dessen Vortheil oder Bestes abgesehen ist⁹⁹). Daher sagt Justinian¹⁰⁰): *Quum autem in compluribus aliis causis postumi pro ianuatis habentur, et in hac causa PLACUIT, non minus postumis, quam iam natis testamento tutores dari posse: si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent.* Es müssen nur aber 1) *postumi sui* seyn, das heißt, solche, welche, wenn sie noch beym Leben des Testators wären gebohren worden, in seine väterliche Gewalt gekommen seyn würden, ohne daß ihnen ein Anderer vor geht. Denn diese heißen hier *sui*, wie Theophilus¹⁾

99) *L. 7. L. 26. D. de statu hominum. L. 30. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 7. D. de suis et legit. heredib. L. 2. §. 6. D. de Excusat.*

100) §. 4. *J. de tutelis.*

2) Paraphr. gr. ad §. 4. *J. de tutelis.* Τότε δὲ καλῶς τοῖς ποστούμοις ἐπίτροποι δίδονται, ἡνίκα καὶ μελλον, Εἴγε ξώντων ημῶν ἐτέχθησαν, ὑπεξόστοι ημῖν είναι, ὥφ' ἐτέρου μὴ προλαμβανόμενοι, σκοτινες λέγονται συῦοι. Eben so ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII. §. 15.* Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum HEREDUM numero sunt. Da ein postumus suus allemal auch in der väterlichen Gewalt ist, so scheinen die Worte des angef. §. 4. *J. de tutel.* et in potestate eorum fierent, ein Pleonämus zu seyn. Franc. HOMANUS in Commentar. ad h. §. 4. pag. 68. hält daher diese Worte für eine Erklärung von *sui*, und will, statt et, vielmehr id est, lesen. Allein diese Emendation hilft der Schwierigkeit nicht ab. Aus der griechischen Paraphrase ergiebt sich vielmehr, daß eigentlich so

sagt. Z. B. der Testirer hat eine schwangere Frau, oder eine schwangere Schwiegertochter hinterlassen, deren Mann schon vorher, während er sich noch in väterlicher Gewalt befand, gestorben war, und diesen noch ungebohrnen Kindern in seinem Testamente einen Vormund gegeben. Postumis alienis kann also kein Vormund gegeben werden. Es werden darunter solche *postumi* verstanden, welche entweder, wenn sie gebohren werden, nicht den ersten Platz in der Familie einnehmen würden, wie z. B. der Enkel von einem noch lebenden Familiensohne²⁾; oder gar nicht in die väterliche Gewalt des Testirers kommen würden, wie z. B. der von einem emancipirten Sohne erst nach seiner Entlassung gezeugte Enkel³⁾. Doch nicht genug,

zu lesen sey: *ut, si vivis parentibus nascerentur, in potestate eorum, et sui fierent.* Denn zu einem postumus suus ist nicht genug, daß er mit seiner Geburt in des Testirers väterliche Gewalt gekommen wäre; er müßte auch den ersten Grad in der Familie erhalten haben, wie z. B. der Sohn des Testirers, und, nach dessen, bei Lebzeiten des Testirers, erfolgtem Tode, der Enkel von ihm. §. 2. J. de heredam qualit. et different. (II. 19.) G. Car. God. WINCKLER Diss. de Lege Junia Velleja. (Lips. 1745. 4.) §. 6.

2) §. 2. J. de hereditat. quae ab intest. deser. Nam si per id tempus, quo quis moretur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt. Man sehe auch §. 2. J. de exheredat. liberor.

3) §. 26. J. de legatis. Est autem ALIENUS POSTUMUS, qui, natus, inter suos heredes testatori futurus non est. Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extra-

daß die postumi, für welche der Vater einen testamentarischen Wurmund gültig bestellen will, postumi sui sind; sie müssen auch 2) entweder zu Erben eingesetzt, oder exheredit seyn, weil sie sonst, wenn keines von beyden geschehen ist, das väterliche Testament rumpiren. Dieses Erforderniß wird auch von Gajus ausdrücklich angegeben, wenn er *libro XII. ad Edictum provinciale*⁴⁾ sagt: Item scire debemus, etiam POSTUMIS filiis vel ne-
potibus, vel ceteris liberis licere parentibus testa-
mento tutores dare: qui modo in ea causa sint,
ut si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri
sint, neque testamentum rupturi.

Ob die Ernennung eines Wurmundes für einen postumus auch dann gültig sey, wenn das Kind noch beym Leben des Testirers geböhren worden, war unter den ältern Röm. Rechtegelehrten ebenfalls streitig. Allein die billigere Interpretation sprach, nach der Analogie der Lex Iunia Velleia, welche auch ein solches Kind einzusezen erlaubte⁵⁾,

neus erat postumus avo. S. FINESTRES ET DE MON-
SALVO cit. Diatriba. Cap. I. §. 9. sqq. pag. 171 sqq.

4) L. 1. §. 1. D. h..t.

5) ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII. §. 19.* Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili: si vero viventibus nobis, ex Lege JUNIA. So muß statt *ex Lege Julia* gelesen werden, wie *Ant. SCHULTING ad h. L. in Juriprud. vet. Antejustin.* pag. 640. und *Jo. CANNEGIETER ad Domitii Ulpiani fragmenta* cit. l. pag. 100. bemerkt haben. Man vergleiche auch *L. 29. §. 11. et 12. D. de liberis et postum.* *L. 5. §. 1. D. de iniusto, rupto, irrito facto testam.* und *Car. God. WINCKLER Diss. de Lege Junia Velleja.* §. XI.

wegen Gleichheit des Grundes für die Gültigkeit der Ernennung des Tutors, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 16. §. ult. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIX. ad Sabinum. Si postumis dederit tutores, hique vivo eo nascantur, an datio veleat? Et magis est, ut utilis⁶⁾ datio fiat, etiam si vivo eo nascantur.

Wenn Hellfeld sagt, daß der Vater auch denjenigen Kindern einen Vormund im Testamente bestellen könne, *qui ab hereditate paterna abstinerunt*; so kann dieser Satz, wenn er nicht ins Lächerliche fallen soll, nur so verstanden werden, daß die Kinder den ihnen vom Vater gegebenen Vormund auch dann erhalten, wenn sie sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt haben, und so ist auch dieser Satz keinem Zweifel unterworfen. Allein der von Hellfeld not. r. angeführte Grund, der Tutor sey vermöge der väterlichen Gewalt gegeben, deren Wirkungen durch die Loslösung von der Erbschaft nicht aufgehoben werden, ist nicht entscheidend. Der wahre Grund ist, weil der suus abstinent, da er ipso iure Erbe geworden, nicht aufhört suus heres zu seyn, sondern durch die Abstinenz sich blos derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten entäußert, welche ihn nach der Strenge des Rechts als Erben treffen würden⁷⁾. Daher wird das väterliche Testament durch die Abstinenz des suus heres nicht destitutum, sondern bleibt in Ansehung eines jeden

6) Das Wort *utilis* deutet hier auf eine billige Interpretation hin. S. TILLING de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Specim. I. pag. 7.

7) L. 1. §. 7. D. Si quis omissa causa testam. (XXIX. 4.)
L. 57. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.)
L. 12. D. de interrogat. in iure fac.

Dritten gültig, welcher darin honorirt worden ist. So wie also die Legate, die Fideicommissa, Pupillar Substitution gültig bleiben⁸⁾, eben so auch die testamentarische Wormundschaft⁹⁾. Daher sagt Ulpian *libro quinto fideicommissorum*¹⁰⁾: Non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se.

- 8) *L. 40. et 41. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 12. D. de vulg. et pup. subst. L. 27. §. 5. D. ad SCtum Trebell. S. Jos. AVERANIUS Interpretation. iur. Lib. I. cap. 9. nr. 51 — 55. et nr. 48. Hug. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. VII. cap. 2. §. 41. (Vol. IV. pag. 56. edit. noviss. Norimberg.) Jos. FINESTRES et de MONSALVO Commentar. ad Tit. de acquirenda vel omitt. heredit. P. II. Cap. 2. §. 5. (in Praelectionib. Cervariens. pag. 274. sq.) und Ge. Lud. BOEHMER Diss. de suo herede ab hereditate se abstinente. §. 16. (in Elect. iür. civ. Tom. I. Exerc. IV. pag. 115. sq.)*
- 9) S. Jac. CUBACII Commentar. in Lib. III. Quaest. PAPINIANI ad L. 12. de vulg. et pupill. substit. (*Oper. postumor. a FABROTO editor.* Tom. I. pag. 85.)
- 10) *L. 30. §. 10. D. de fideicommiss. libertat.* (XL. 5.)
-