

Ausführliche Erläuterung

der

# P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathes und ordentlichen Lehrers der Rechte  
an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen,  
Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.



---

Zwey und dreyßigsten Theils erste Abtheilung.

---

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1829.

Deutsche

15 Ak 35

Max-Planck-Institut  
für europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

DIG: 115786

STAATSARCHIV  
LÜBECK

2057  
/13.

64/3387

Fortsetzung des Titels

## De Excusationibus.

§. 1356.

II. Excusationen wegen zu großer Mühseligkeit und Beschwerde.  
1) Drey Vormundschaften in einem Hause. Erläuterung  
der L. 31. D. h. t.

Die Vormundschaft ist eine Last. Niemand darf daher mit zu vielen Vormundschaften belästigt werden<sup>1)</sup>. Die Zahl war anfangs nicht bestimmt. Endlich wurde durch die Verordnungen der Kaiser, besonders der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla festgesetzt, daß drey Vormundschaften in einer Familie von der Uebernehmung einer vierten entschuldigen sollen. So belehren uns die Vaticanischen Fragmente, in denen es §. 125. heißt:

1) *Ant.* FABER Jurisprud. Papinian. scientia. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1098 — 1106. *Hug.* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 14 — 18. (Vol. II. pag. 116. sq. edit. Norimb. 1805. 8.) *Ant.* AUGUSTINUS Commentar. ad Modestinum de excusationibus. in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 1568 — 1570. und *Paul.* MONTANUS Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXXV. nr. 119 — 159. pag. 458 sqq.

Olim varie observabatur circa numerum tutelarum: sed hodie *certo iure* utimur, tam ex re-scriptis Divorum, quam ex constitutionibus *Imperatorum nostrorum* 2). Nam si quis *tres tutelas sive curas* habeat, excusatur.

Hodie itaque, so heißt es weiter §. 128. ut quis excusetur, *tria onera* allegare debet, *sive tutelarum, sive curarum*, sive etiam curae kalendarii 3): et sive eiusdem tituli sint tria onera, sive non, a quarta excusant.

Diese drey Vormundschaften müssen nur aber 1) solche seyn, die schon wirklich übernommen sind, in einer wirklichen Verwaltung bestehen, und auch noch nicht, auch sobald noch nicht geendiget sind. Modestinus *libro II. Excusationum* 4) sagt:

2) Daß in den *Vatican. Fragm.* die Imperatores nostri immer die Kaiser Severus und Caracalla sind, hat de Buchholtz in Comm. ad §. 125. pag. 115. aus mehreren Stellen derselben erwiesen.

3) Die Cura Kalendarii über das auf Zinsen angelegte Kapitalvermögen einer Stadt war so gut ein personale munus, wie die Tutel. L. 18. §. 2. *D. de munerib. et honor.* Sie wurde daher für eine Vormundschaft gerechnet. Ein solcher curator Kalendarii durfte auch keine Caution leisten, weil er vom Präses ex inquisitione bestellt wurde. L. 9. §. 7. *D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* S. Jac. Gothofredi Comment. ad L. 1. Cod. Th. de curatoribus Kalendarii. (XII. 11.) Tom. IV. pag. 609 sq. Jo. Gottl. Heineccii Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. III. Tit. 15. §. 4. not. f. pag. 545. (edit. Haubold.) und de Buchholtz Vatican. Fragm. ad §. 128. pag. 116. et ad §. 187. pag. 147.

4) L. 2. §. 9. *D. h. t.*

Ἔτι μὴν καὶ οἱ τρεῖς ἔχοντες ἐπιτροπὰς ἢ τρεῖς κουρατίονας, ἢ ἀναμειγμένας τρεῖς κουρατορίας τε καὶ ἐπιτροπὰς, καὶ ἔτι μενούσας, τουτέστιν μὴπω ἐκβάντων τὴν ἡλικίαν τῶν ἀφηλικῶν, οὗτοι ἀφίενται εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορίαν καλούμενοι. Ἀλλὰ μὴν κὰν κουράτωρ τις ἢ μὴ ἀφηλικός, ἀλλὰ μαινομένου, εἰς τὸν ἀριθμὸν τῶν κουρατοριῶν καὶ αὕτη ὑπολογισθήσεται ἡ κουρατορία. Ὅπερ οὕτως ἔχειν διδάσκει διάταξις Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου.

*Praeterea qui tres tutelas aut tres curas habent, aut tria onera mixtarum tutelarum cum curis, et hae non sint aetate minorum finitae, habent excusationem, si ad quartam tutelam, aut curam vocentur. Sed et si quis non minoris, sed furiosi curator sit, huius quoque curae ratio habenda est, ut in numero curarum computetur. Quae ita se habere, SEVERI et ANTONINI constitutio docet.*

Schon geendigte Vormundschaften werden also so wenig gerechnet, als solche, welche noch nicht übernommen sind, weil ihre Antretung vielleicht noch von der Existenz einer Bedingung, oder dem Ablaufe einer Zeitbestimmung abhängt. In den Vaticanischen Fragmenten heißt es §. 126.

*Haec locuti sumus, de tutelis finitis non impu-  
tandis: eodem loco sunt et non coeptae 5).*

Auch eine solche Tutel kann unter die drey nicht mehr gerechnet werden, welche in kurzer Zeit zu Ende geht.

5) G. de Buchholz Vatican. Fragm. ad §. 126. pag. 115.

Daher sagt Callistratus libro IV. de Cognitionibus <sup>6)</sup>:

Non tantum magnitudo patrimoniorum intuenda est <sup>7)</sup> susceptarum trium tutelarum, eiusque <sup>8)</sup>, quae suscipienda est, *sed etiam aetas pupillorum considerata est.* Nam si priorum pupillorum aetas prope pubertatem sit, ita ut tantummodo semestrem tempus reliquum fuerit, eorum, quorum suscipere tutelam cogitur, non dabitur excusatio: idque principalibus constitutionibus cavetur.

Wenn also von den drey Vormundschaften, die der Vormund verwaltete, eine geendiget ist, so kann ihm eine neue aufgetragen werden. War der Antrag der neuen geschehen, ehe noch eine von den drey Tutelen geendiget war, so ist diese Delation an sich nicht ungültig, sondern der Vormund muß sich entschuldigen. Diese Entschuldigung fällt aber weg, wenn sich eine von den drey Vormundschaften endigte, auch ehe sich noch der Tutor gegen den neuen Antrag entschuldiget hatte. Die angetragene vierte Tutel tritt nun in die Stelle der geendigten dritten, und den Vormund trifft das periculum cessationis. Hierher ge-

6) L. 17. pr. D. h. t.

7) Diese Lesart, welche auch die Glossatoren vor Augen hatten, und Baudouza, Merlinus, und mehrere haben, auch Beck in seine Ausgabe aufgenommen hat, scheint mir vor der florentinischen *ineunda* den Vorzug zu verdienen.

8) Die Florentine liest quaeque. Allein eiusque, quae haben Haloander, Baudouza, Merlinus, und Beck. Wenigstens kann das quaeque nicht anders verstanden werden; wie es auch POTHIER in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIV. not. o. erklärt.

hört die schwierige Stelle des Paulus aus dessen *Libro VI. Quaestionum* 9). Sie lautet also:

Si is, qui tres tutelas administrabat, duobus pupillis diversis decretis datus est, qui potuit excusari, et priusquam causas excusationis allegaret, unus ex pupillis, quorum iam tutelam administrabat, decessit: ubi desiit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, quasi in loco tertiae tutelae quarta subroganda: nam ipso iure tutor est, et antequam excusetur. Potuit ergo tutela eius, qui nunc quarto loco invenitur, excusari: sed cum non sit excusatus, necessario subeundum est onus illius quoque tutelae. Nec memovet, quod dicat aliquis, hocne exigi, an administraretur tutela? hoc enim eo pertinet, ne sit finita administratio: ceterum, si periculum sustineat cessationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam.

§. 1. Idem evenire potest, si duobus testamentis, cum haberet tres tutelas, tutor datus est: ubi non apertarum tabularum tempus inspici debet, si quaeratur, quae prior delata sit tutela, sed aditae hereditatis, vel conditionis existentis.

§. 2. Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia et quarta sit delata, licet in quartam 10) prius detentus sit, quod huius, id

9) *L. 31. pr. et §. 1. et 2. D. h. t.*

10) Statt in quartam muß unstreitig in *quarta* gelesen werden, wie auch Brenkmann ad h. L. behauptet. So liest auch Haloander, und so lesen alle nicht florentinischen Ausgaben, auch die neueste von Beck.

est, quartae, ex quo iussus est administrare, illius, ex quo datus est, periculum sustinet.

Hier ist nun der Fall, daß demjenigen, welcher schon drey Tutelen verwaltete, vom Prätor oder Präses eine vierte und fünfte durch zwey verschiedene Decrete war aufgetragen worden. Hier konnte sich der Vormund entschuldigen, er konnte anführen, er sey schon durch die drey Vormundschaften, welche er zu verwalten habe, genugsam belastet. Dieß mußte er aber binnen der gesetzten Zeit thun, wovon §. 1357. die Rede seyn wird. Ehe sich jedoch der Vormund noch binnen der bestimmten Zeit entschuldiget hatte, starb einer von den Pupillen, deren Vormundschaft er verwaltete. Hiermit war nun eine von den drey ersteren Vormundschaften geendiget, und das erste Decret war nun von diesem Augenblick an für den Vormund verbindlich. Nun hat er in Ansehung der vierten Tutel keine Entschuldigung mehr, denn diese ist an die Stelle der geendigten dritten getreten, wenn er gleich von dieser noch keine Rechnung abgelegt hat.<sup>11)</sup> Dieß ist es, wenn Paulus sagt: *ubi desuit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, quasi in loco tertiae tutelae quarta surroganda.* d. h. die Entschuldigung gegen die vierte Tutel fällt weg, sobald durch den Tod des Pupillen die dritte Tutel geendiget ist. Das Decret des Prätors, wodurch dem Vormund die vierte Tutel aufgetragen wurde, tritt nun in seine Wirkung, denn diese Tutel, welche anfangs die vierte war, ist nun die dritte, weil sie ipso iure an die Stelle der dritten trat, sobald diese geendigt war. Sie wurde zwar dem Vormund angetragen, ehe noch die dritte Vormunds-

11) L. un. Cod. Qui numero tutelar. se excus. (V. 69.)



schaft geendiget war; allein dieß alterirt die Sache nicht, weil er von der ihm aufgetragenen vierten Tutel ipso iure Vormund ward, auch ehe er sich noch entschuldigt hatte, wie hier Paulus sagt. Denn nach dem strengen Rechte kann demjenigen, welcher schon drey Tutelen verwaltet, auch noch eine vierte gültig aufgetragen werden, weil es ja immer noch erst darauf ankommt, ob sich der Vormund entschuldigen wird, und sie wird ihm anders nicht wieder abgenommen, als wenn seine Excusation vom Richter genehmiget worden ist. Nur gegen die fünfte Tutel könnte sich also der Vormund entschuldigen, weil diese jetzt die vierte ist. Potuit ergo, sagt Paulus, tutela eius, qui nunc quarto loco invenitur, excusari. Dennoch soll der Vormund auch noch die Last der vierten Tutel übernehmen, fügt er gleich hinzu, cum non sit excusatus. Daß nicht eher von einer Excusation gegen die fünfte, nun vierte Vormundschaft die Rede seyn könne, als bis gewiß zu seyn angefangen, daß eine Excusation gegen die vierte, nun dritte Tutel nicht mehr Statt finde, versteht sich. Aber warum soll nun dem Vormunde auch gegen diese keine Excusation mehr zustehen? Sollen wir etwa, wie einige wollen, diese Stelle für ein Glossem eines unverständigen Interpreten halten? Anton Faber<sup>12)</sup> meint zwar, diese Worte wären in den florentinischen Pandecten mit einem Sternchen markirt; allein in meiner taurellischen Ausgabe findet sich ein solches Wahrzeichen nicht. Es ist auch gar kein Grund vorhanden, diese Stelle für unächt zu halten. Cujaz<sup>13)</sup> erklärt sie

12) Jurispr. Papinian. scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1101.

13) Commentar. in Libr. VI. Quaestionum Pauli ad L. 51.

so, weil ich der Vormund nicht binnen der gesetzten Zeit entschuldigt habe, so müsse er auch die Last der vierten Vormundschaft übernehmen. Dagegen wendet nun zwar Faber ein, dieß stimme mit den vorhergehenden Worten: *et priusquam causas excusationis allegaret*, und den folgenden: *ubi desuit ei competere excusatio*, nicht überein, diese bewiesen vielmehr, daß der Vormund seine Excusation nicht propter lapsa tempora, sondern propter defunctum intra tempus proponendae excusationis unum ex pupillis, quorum idem tutor iam tutelam administrabat, verloren habe. Was könnte wohl darauf ankommen, sagt Faber, ob ein Pupill gestorben sey, oder nicht, wenn der Zeitablauf dem Vormund die Excusation genommen hätte? Ja es habe nicht einmahl die Excusationsfrist gegen den Auftrag der fünften Vormundschaft ablaufen können, solange die Excusation noch gegen die vierte Vormundschaft zulässig war. Dem sey nun, wie ihm wolle, genug der Vormund hatte seine Excusation gegen die fünfte, nunmehr die vierte Vormundschaft verloren, und mußte sich nun auch der Last dieser Vormundschaft unterziehen. Vergleichen wir indessen mit unserer Stelle die Basiliken <sup>14)</sup> in denen es heißt: *ei δὲ μὴ αἰτήσῃ, καὶ ἐκ' αὐτῆς κρατεῖται*, i. e. *Sed et in ea*, (sc. quarta) *nisi petat excusari se, detinebitur*, und verbinden wir damit noch die Erklärung des griechischen Scholiasten <sup>15)</sup>, welcher die Worte des Päu

D. h. t. (in *Operib. postum. a FABROTO editis*. Tom. II. pag. 1094.)

14) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 50. pag. 15. (edit. *Fabroti*).

15) *Basilica* Tom. V. pag. 42.

Ius: Potuit ergo etc. so ins Griechische übertragen hat: δύναται ὄν τὴν ἐκείνου τοῦ πονπίλλου ἐπιτροπὴν παραιτεῖσθαι τὴν σήμερον οὔσαν δ'. ἐπειδὴ δὲ οὐκ ἐχρήσατο τῇ ἐξκουσατίῳ τῆς δ'. ἐπιτροπῆς, ὑπόκειται τῷ ἐξ αὐτῆς βαρεῖ. i. e. *Potuit ergo a tutela eius pupilli excusari, quae nunc est quarta; sed quia non se ab ea excusavit, oneri eius subiicitur*; so gewinnt nicht nur dadurch die Erklärung des Eujaz, welcher auch Pothier <sup>16)</sup> beystimmt, mehr Ansehen, sondern es wird auch der Verdacht eines etwanigen Glossens völlig beseitiget. Allein vielleicht kann sich der Vormund auch nicht einmahl gegen die fünfte Tutel, die nun die vierte ist, entschuldigen. Diesen Zweifel wirft hier noch Paulus auf. Der Grund ist, weil diejenige Tutel, welche jetzt die dritte ist, noch nicht von dem Vormunde verwaltet wurde, und drey Tutelen nicht entschuldigen, wenn sie nicht verwaltet werden <sup>17)</sup>. Paulus sagt: *Nec me movet, quod dicat aliquis, hoc ne exigi, an administretur tutela?* Diese Worte sind frageweise zu verstehen, wie sie auch Eujaz <sup>18)</sup> ganz richtig erklärt. Paulus wollte soviel sagen: Nonne hoc exigitur, ut administrentur tres tutelae, quarum beneficio quis se a quarta excusari desiderat? Es ist also nicht nöthig mit Haloander die florentinische Lesart zu verlassen, und statt *hocne*, *hoc non* <sup>19)</sup> zu

16) Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XII. not. d. pag. 127.

17) §. 5. I. h. t.

18) Cit. loc. pag. 1094.

19) Hoc non lesen zwar auch Baudouza, Merlinus, Miräus, und Beck; allein diese Emendation ist um so weniger nöthig, da auch *ne* in den Pandecten häufig für *non* gebraucht wird. S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Ne*.

lesen, und eben so wenig kann auch mit Johann Wilh. Marckart<sup>20)</sup> daß *ne* für *ne quidem* genommen werden. Der Sinn der Worte des Paulus ist also. Man könnte zwar, will er sagen, dagegen, daß ich gesagt habe, die Tutel, welche aus der vierten die dritte geworden ist, gebe eine Excusation gegen diejenige, welche die fünfte war, und nun die vierte geworden ist, einwenden, der Vormund habe die dritte noch nicht verwaltet; sie sey also zu den drey Tutelen, welche gegen die vierte entschuldigen, nicht mit zu rechnen. Diesen Einwurf beantwortet nun Paulus so. *Nec me movet, etc. Hoc enim eo pertinet, ne sit finita administratio.* Der Sinn dieser Worte ist. Allerdings entschuldigen drey Tutelen gegen die Uebernehmung einer vierten. Dieß setzt aber voraus, daß von den drey Tutelen noch keine geendiget ist. Hier ward aber die dritte, welche der Vormund wirklich verwaltete, durch den Tod des Pupillen geendiget. Dadurch trat nun die vierte Tutel *ipso iure* in die Stelle der geendigten dritten ein. Hatte nun auch der Vormund die vierte Tutel, oder jetzt die dritte, selbst noch nicht verwaltet, so ist es schon genug, daß er sie zu übernehmen schuldig war. Dazu war er aber verpflichtet. Nam *ipso iure tutor est, et antequam excusetur.* Von dem Augenblick an, da der Vormund, nach Endigung der dritten Tutel, die er verwaltet hatte, die vierte übernehmen mußte, gieng auch, im Säumnungsfalle, die Gefahr derselben auf ihn über. Sie kann also zu den drey Tutelen, die eine Excusation geben, um so mehr gerechnet werden, da er, wie Paulus sagt, *periculum sustineat ces-*

20) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. Cap. 6. pag. 42.

sationis, wenn er auch die Verwaltung derselben noch nicht berührt hatte <sup>21)</sup>). In den Basiliken <sup>22)</sup> ist dieser Sinn ganz kurz und richtig so aufgefaßt. Καὶ ὁ μὴ διοικῶν τὴν ἐγκινδυνευομένην αὐτῷ ἐπιτροπὴν λογίζεται αὐτὴν εἰς τὰς τρεῖς ἐπιτροπὰς. i. e. *Etiam is, qui non administrat tutelam, cuius periculum sustinet, computat eam in numerum trium tutelarum.* Der griechische Scholiast <sup>23)</sup> hat die Worte des Paulus so übersetzt: καὶ οὐκ ἀντίκειται μοι τὸ δυνάσθαι λέγειν, καὶ τοι τότε κέχρηται τις ἐξκουσατίονι τῆς δ. ἐπιτροπῆς ὅτε διοικεῖ τὴν γ. πρὸς τὸ ἤδη περαιωθῆναι τὴν γ. ἐπιτροπὴν. ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος δέματος, ἐπειδὴ κατὰ νόμον εἰς τὴν τρίτην καλούμενος ὑπέχει τὴν κίνδυνον αὐτῆς, λογιζόμεθα καὶ αὐτὴν εἰς ἐξκουσατίονα δ. ἐπιτροπῆς. i. e. *Nec obstat, quod dici potest, tunc excusatione uti quem quartae tutelae, cum administrat tertiam: quod eo pertinet, cum nondum finita est tertia. In hoc autem casu, quia iure vocatus ad tertiam, eius periculum sustinet, imputamus eam ad excusationem quartae tutelae.*

Derselbe Fall kann auch vorkommen, fährt Paulus fort:

21) Man vergleiche hier noch eine andere Stelle des Paulus, nämlich die L. 60. pr. D. de ritu nuptiar. wo er sagt: periculum tutelae, quod ad tutorem pertinet, in numerum trium tutelarum computari. S. auch FABER c. I. pag. 1102. CUIACIUS c. I. pag. 1094. besonders in Commentar. ad Tit. Pandect. de Excusation. ad L. 2—5. h. t. und POTHEIR c. I. not. e. pag. 127.

22) Cit. loc. Tom. V. pag. 15.

23) Tom. V. Basilicōν. pag. 42.

wenn derjenige, welcher schon drey Tutelen hatte, nachher noch in zwey verschiedenen Testamenten von zwey verschiedenen Testatoren zum Vormund bestellt worden ist. Hier tritt nun zwar auch, wenn eine von den drey ersten Vormundschaften, welche der Tutor verwaltete, geendigt ist, diejenige, welche dem Vormund zuerst durch Testament deferirt wird, ipso iure in die Stelle der dritten geendigten ein, auch ehe noch der Vormund sich entschuldigt hat, und er kann sich nun gegen diejenige entschuldigen, die ihm nachher noch aus einem andern Testamente deferirt wird. Allein es fragt sich, welche von diesen testamentarischen Tutelen die erste sey, um sich gegen die andere zu entschuldigen? Hier ist nicht auf die Zeit zu sehen, da das erste Testament eröffnet worden, sondern es kommt darauf an, aus welchem Testamente zuerst die Erbschaft angetreten worden ist. Diese Tutel ist dann die erste, welche dem Vormunde deferirt wird. Gegen diese kommt ihm nun keine Entschuldigung mehr zu, sondern er kann sich nur gegen die Uebernehmung derjenigen Tutel entschuldigen, welche ihm nachher aus dem andern Testamente deferirt wird, denn das wäre die vierte Tutel. Ist die testamentarische Vormundschaft unter einer Bedingung bestellt, so kommt es darauf an, welche Bedingung zuerst existirt, diese Tutel ist diejenige, welche zuerst deferirt wird, gegen welche nun keine Entschuldigung mehr Statt findet, und bey welcher nun auch die Gefahr sogleich eintritt, wenn der Vormund mit Uebernehmung derselben zaudert. Dieß ist der Sinn der Worte des Paulus: *in tutelis testamentariis non apertarum tabularum tempus inspici debet, si quaeratur, quae prior delata sit tutela: sed aditae hereditatis, vel conditionis existentis*, so wie diese

Worte auch *Bivianus* <sup>24)</sup> erklärt. Es ist also zwischen einer testamentarischen und obrigkeitlich aufgetragenen Tutel nur in Ansehung der Zeit der Delation ein Unterschied, weil jene nicht eher deferirt wird, als wenn der Erbe die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hat, wovon *Cujas* <sup>25)</sup> den Grund angiebt, weil Tutelen nicht auf die Erben übergehen <sup>26)</sup>. In sofern aber kommen beyde überein, daß wenn demjenigen, der schon drey Vormundschaften verwaltete, noch zwey neue Vormundschaften sind angetragen worden, die zuerst deferirte neue an de Stelle der geendigten dritten tritt. Der griechische *Schoiast* <sup>27)</sup> hat den Sinn der Worte des *Papulus* so aufgefaßt: Τοῦτο γὰρ συμβαίνει δυνατόν, εἰ καὶ ἐν β. διαθήκῃ ἐκδοθήτις ἐπιτροπος, ἔχων ἤδη τρεῖς ἐτέρας ἐπιτροπὰς. πάλιν γὰρ εἰς τῶν τριῶν πουπίλλων τελευτῶντος, ὑπεισέρχεται εἰς τὴν τόπον τῆς γ. ἐπιτροπῆς ἢ ἐν πρώτῃ διαθήκῃ καταλειφθεῖσα αὐτῷ ἐπιτροπῇ. οὐ νοοῦμεν δὲ πρώτην διαθήκην ἐκείνην τὴν πρότερον ἀνοιγεῖσαν, ἀλλὰ τὴν πρότερον ἀδιωθεῖσαν, ἢ ἥς πρότερον ἢ αἰρεσις ἐξῆλθε. i. e. *Idem evenire potest, si duobus testamentis tutor datus est, quia iam tres alias tutelas habebat, nam et uno ex tribus pupillis defuncto, in locum tertiae tutelae succedit priori testamento delata tutela. Prius autem testamentum id dicitur, non quod prius aper-*

24) C. die Glosse zu L. 51. h. t.

25) Cit. loc. pag. 1094.

26) L. 16. §. 1. D. de tutelis. L. 6. §. 6. D. de his, qui notant. infam.

27) Tom. V. Basilic. pag. 42.

tum es, sed id, ex quo adita prius hereditas est, vel cuius conditio prius extitit.

Hatte die Obrigkeit, um mit Paulus auf den ersten Fall weder zurückzukommen, dem Vormunde, der schon drey Tutelen verwaltete, noch zwey andere durch zwey verschieden Decrete aufgelegt; so kann zuweilen Zweifel entstehen, welche von diesen neuen Tutelen die erste sey, die fünfte, oder die vierte? Endigte sich die dritte durch den Tod eines Pupillen, so tritt zwar die durch das erste Decret dem Vormund aufgelegte vierte Tutel an die Stelle der geendigten dritten, und die durch das jüngste Decret aufgelegt wird also die vierte. Allein weil sich der Vormund gegen diejenige Tutel, die nun die dritte geworden, nicht mehr entschuldigen konnte, wegen der vierten aber sich nicht entschuldiget hatte; so wird ihm von der Obrigkeit aufgelegt, auch die vierte zu übernehmen. Welches ist nun hier von den beyden neuen Tutelen die erste? In Absicht auf die Zeit der eintretenden Gefahr ist dieser Unterschied von Wichtigkeit, wie auch Paulus sagt. Der Vormund hatte nun zwar zuerst wegen der vierten Tutel die Auflage erhalten, dieselbe zu übernehmen, das heißt hier: *tutor in quarta prius detentus est*; allein sie war doch in Ansehung der Relation die letzte. Es ist daher diejenige Tutel unstreitig die erste, und also jetzt die dritte, welche der Zeit des Decrets nach die erste ist, weil dieses Decret sogleich in Wirkung tritt, sobald die dritte Tutel geendiget ist. Die Gefahr der Zögerung trifft also den Vormund gleich, sobald ihn bekannt geworden, daß er zum Vormund bestellt sey, weil er sich nun nicht mehr gegen die Tutel entschuldigen kann, welche jetzt aus der vierten die dritte geworden ist. Die letzte aber, welche jetzt die vierte ist, ist diejenige, in qua prius



detentus est, und deren Gefahr geht erst von der Zeit an auf den Vormund über, wo ihm die Verwaltung derselben durch obrigkeitliches Dekret ist aufgelegt worden, nicht gleich von dem Tage an, da ihm die Vormundschaft aufgetragen wurde, und er sich noch entschuldigen konnte. Dieß ist also der Unterschied zwischen der vierten und fünften obrigkeitlich aufgetragenen Tutel. Die Gefahr der vierten geht von dem Tage an auf den Tutor über, da er wußte, daß er zum Vormund bestellt worden sey, die Gefahr der fünften aber geht nicht gleich von diesem Tage an auf ihn über, weil er sich noch entschuldigen konnte, sondern erst von dem Tage an, da ihm die Auflage geschehen war, die Tutel zu übernehmen, weil er sich nicht binnen der gesetzten Zeit entschuldiget hat <sup>28)</sup>. So sind des Paulus Worte zu verstehen: *Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia et quarta sit delata, licet in quarta prius detentus sit: quod huius, id est quartae, ex quo iussus est administrare, illius, ex quo datus est, periculum sustinet.*

Wie aber, wenn einem Vormunde, der nur zwey Tutelen verwaltete, eine dritte aufgelegt wird, er appellirt aber dagegen, und während des Processes wird er noch mit einer vierten belastiget, muß er etwa, weil die dritte streitig ist, nun die vierte übernehmen? oder muß er sich nicht wenigstens gegen die vierte mit der dritten entschuldigen? Dieß ist die Frage, welche Modestini *libro secundo Excusationum* <sup>29)</sup> aufwirft. Seine Worte sind:

28) G. CUIACIUS c. l. pag. 1095. und POTIER Pand. Justin. c. l. not. f. pag. 127.

29) L. 4. pr. D. h. t.

Ἐφάμην τρεῖς ἔχοντας ἐπιτροπὰς εἰς τετάρτην μὴ καλεῖσθαι. Ἐζητήθη τοίνυν, εἰάν τις ἐν δύο ὧν ἐπιτροπαῖς, εἶτα εἰς ἐπιτροπὴν τρίτην προβληθεὶς ἐκκαλέσθαι, καὶ ἐτι μετεώρου οὐσης τῆς δίκης τῆς ἐπὶ τῇ ἐκλήτῳ εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν προβληθῆ, πότερον εἰς τὴν τετάρτην δικαιολογούμενος μνησθήσεται καὶ τῆς τρίτης, ἢ παντάπασιν παραλείψει ἐκείνην.

AUGUSTINUS; *Diximus tres tutelas habentes, ad quartam non esse vocandos. Quaesitum igitur est, si quis duas tutelas habeat, et tertia oneratus appellaverit, pendenteque adhuc iudicio appellationis quarta tutela oneretur, an in allegatione excusationum quartae mentionem tertiae faciet? aut eam omnino omittet?*

Um diese Frage zu entscheiden, beruft sich Modestin auf eine Constitution der Kaiser Severus und Antoninus. Vermöge derselben soll demjenigen keine vierte Tutel aufgebürdet werden, der gegen die dritte appellirt hat, sondern das Ende des Processes abgewartet werden, und zwar aus dem allerdings sehr richtigen Grunde, weil der Vormund, wenn er die vierte Tutel, statt der dritten, übernehmen müßte, sollte nachher seine Excusation gegen die dritte Tutel verworfen werden, widerrechtlicher Weise mit vier Lasten beschwert werden würde. Da nun hier der Vormund die dritte Tutel noch nicht übernommen hat, so kann er sich auch derselben noch nicht als Entschuldigungsgrund gegen die vierte bedienen, welches er auch während des Processes gar nicht nöthig hat<sup>30)</sup>. Mode-

30) G. Basilica Tom. V. pag. 27. Schol. m. Ant. Augustinus ad Modestinum h. L. Tom. IV. Thes. Otton.

stin hat hier wider seine Gewohnheit die lateinischen Worte der Constitution nicht angeführt, sondern nur den Inhalt derselben griechisch angegeben. Er sagt nämlich:

Καὶ εὕρισκα ὑπὸ τῶν Δειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου διατεταγμένον, μὴ δεῖν εἰς τετάρτην προχειριζέσθαι τὸν ἀπὸ τῆς τρίτης ἐκκλητὸν πεποιημένον, ἀλλὰ μετεώρου οὐσης τῆς ἐπὶ τῇ τρίτῃ χειροτονία δικαιολογίας, τὸ ἐκείνης τέλος περιμένειν, ὅρον ἐσόμενον τῇ τετάρτῃ χειροτονία. ὁρθῶ τῷ λόγῳ εἰ γὰρ τὴν τῇ τάξει τετάρτην ὑποδέξεται τις, ὡς τῇ δυνάμει τρίτην, ἀδίκου τῆς ἐπὶ τῇ τρίτῃ ἐκκλήτου ἀποφανθείσης, τέσσαρσι χρεῖαις ἐγκατάσχεθήσεται παρὰ τοὺς νόμους.

AUGUSTINUS: *Et invenio a Divis SEVERO et ANTONINO constitutum esse, non oportere ad quartam tutelam creari eum, qui a tertia provocaverit, sed dum pendet, allegationum tertiae iudicium expectare, cuius finis finem quartae excusationibus faciet. Recta sane ratione. Nam si quis eam, quae quarta est, quasi tertiam susceperit, et iniusta appellatio de tertia appareat, quatuor oneribus contra leges onerabitur.*

Ist es ungewiß, welches die dritte, und welches die vierte Tutel sey, um sich gegen die letzte zu entschuldigen, so hat nicht der Vormund die Wahl, welche er übernehmen will, sondern es entscheidet die Obrigkeit, welche die Tutelen aufgelegt hat. Einen solchen Fall hat auch Modestin. Er sagt nämlich *libro II. Excusationum* 31):

pag. 1569. und *Ant. FABER* Jurisprud. Papinian. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2. pag. 1099. sq.

31) L. 6. pr. D. h. t.

Εἰάν δύο ἔχοντι ἐπιτροπὰς ἄλλαι δύο ὁμοῦ ἐπαχθῶσιν, ἢ τῇ τάξει τρίτη βοηθήσει αὐτῷ εἰς τὴν ἀφῆσιν τῆς τετάρτης, καὶν Δύτοκράτωρ ἢ ὁ τὴν τετάρτην ἐγχειρίσας, ἢ τὴν τρίτην, πρὶν μέντοι γινῶναι τὰ τοῦ αὐτοκράτορος, φθάσει προβληθεὶς εἰς ἄλλην· Εἰάν δὲ ἡ τάξις μὴ φαίνεται, ἀλλὰ ἐν μιᾷ ἡμέρᾳ αἱ δύο χειροτονίαι προτεθῶσιν ἐν διαφόροις χάρταις, οὐχ ὁ χειροτονηθεὶς ἀλλὰ ὁ χειροτονησας ἐπιλέξεται, ὅποιαν δεῖ αὐτὸν ὑποδέξασθαι.

AUGUSTINUS. *Si duas tutelas habens, alteris duabus oneretur, quae tertia erit ordine, iuvabit eum ad quartae excusationem: licet Imperator sit, qui quartam detulit: aut etiam tertiam, scilicet, si ante quam sciretur, quid is vellet, avertit alius in creatione tutoris. Si vero ordo non appareat, sed eadem die diversis tabulis<sup>32)</sup> duae creationes factae proponantur: non creatus, sed creans eliget, quam subire eum oporteat.*

Hier waren demjenigen, welcher schon zwey Vormundschaften verwaltete, noch zwey andere an einem Tage obwohl durch verschiedene Decrete aufgetragen, so daß man nicht wußte, welches die dritte, und welches die vierte sey. Hatte sich der Vormund einer derselben unterzogen, ehe er von der andern Nachricht erhalten, so wird diese als die dritte angesehen, wenn sie gleich der Ordnung nach die vierte wäre, und die dritte von dem Imperator selbst wäre aufgelegt worden. Ist aber dieses nicht der Fall, so wählet der, welcher die zwey letzten aufgelegt hat<sup>33)</sup>.

32) Χάρται heißen sonst instrumenta, hier wohl so viel, als decreta.

33) G. Ant. AUGUSTINI Comment. ad h. L. Modestini. (in

Hatte ein Vormund drey Tutelen, es hat aber nachher einer von den Pupillen unter vormundschaftlicher Auctorität von der väterlichen Erbschaft, wegen väterlicher Schulden, abstinirt; so wird dieß so angesehen, als hätte der Vormund diese Vormundschaft niedergelegt. Sie wird also nun nicht mehr gerechnet, wenn auch der Pupill noch ein geringes eigenes Vermögen haben sollte. Zwar wird durch diese Lossagung von der väterlichen Erbschaft die Vormundschaft an sich eben so wenig geendiget<sup>34)</sup>, als der Pupill dadurch nach dem strengen Rechte aufhört, Erbe seines Vaters zu seyn<sup>35)</sup>; allein der Vormund kann sich

*Theo. Otton. Tom. IV. pag. 1570.) und Hag. DONEL-  
LUS in Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 18.*

34) *L. 18. in fin. D. de tut. et ration. distrahend. L. 67.  
§. ult. D. de ritu nuptiar. S. Cujacius in Comm. ad  
L. 31. §. 3. D. h. t. Opp. postum. Tom. II. pag. 1095.*

35) *L. 30. §. 10. D. de fideicommiss. libertat. (XL. 5.)*  
Der Prätor aber befreyt ihn von den erbenschaftlichen Lasten, und in dieser Hinsicht hört er nach dem prätorischen Rechte auf heres zu seyn. Daher sagt Paulus *L. 12. pr. D. de interrogat. in iure faciend. Hunc qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.* Doch ist jener Satz des strengen Rechts nicht ohne wichtige Folgen; vermöge desselben bleiben wenigstens die Dispositionen des Erblassers, welche die Person und das Vermögen des eingesetzten Kindes betreffen, wie die Ernennung eines Tutors und die Pupillarsubstitution, zum eignen Besten des Kindes gültig, wie ich auch an einem andern Orte Band 29. S. 240. bemerkt habe, nur bin ich darin zu weit gegangen, daß ich diese Folge auch auf Vermächtnisse ausgedehnt habe. Denn dieser Meinung steht die *L. 1. §. 4. D. Ut in possess. legator. (XXXVI. 4.)* offenbar entgegen, wie Franke in den Beyträgen zur Erläuterung

nun nicht mehr gegen die Uebernehmung einer vierten Tutel entschuldigen. Paulus hat auch diesen Fall in der angeführten L. 31. §. 3. h. t. abgehandelt. Er sagt daselbst:

Eum, qui pupillum bonis paternis abstinuerit, detinendum in quarta tutela existimavi, quasi deposita illa <sup>36)</sup>.

Die Basiliken <sup>37)</sup> drucken den Sinn dieser Stelle ganz richtig so aus: Τῷ ἀποστήσαντι τὴν ἀνεβου τῆς πατρῶας κληρονομίας, οὐ λογίζεται ἡ κηδεμονία αὐτοῦ εἰς τὰς τρεῖς ἐπιτροπὰς. i. e. *Abstinenti pupillum hereditate paterna, tutela eius non computatur in numerum trium tutelarum.*

Erbchaftliche Klagen finden zwar nun gegen den Abstinirenden nicht mehr Statt <sup>38)</sup>, wohl aber verbleibt ihm sein Anspruch an den Vormund, ob wohl er die actio tutelae nicht eher, als nach eingetretener Pubertät, gegen denselben anstellen kann <sup>39)</sup>.

Endlich werden auch diejenigen Tutelen nicht gerechnet, welche der Vormund nicht wirklich verwaltet, wenn er auch gleich in subsidium für den Vormund, welcher

einzelner Rechtsmaterien 1. Abth. (Göttingen 1828. 8.) S. 145 f. gründlich gezeigt hat.

36) S. über diese Gesetzstelle, Cujacii Comment. c. l. pag. 1095. und Fabri Jurispr. Papinian. c. l. pag. 1104.

37) Tom. V. pag. 13.

38) L. 57. pr. D. de acquir. vel omit. heredit. L. 28. D. de reb. uactor. iud. possid. L. 4. C. Arbitr. tutel. (V. 51.)

39) L. 18. D. de tutelae et ration. distrah.

sie verwaltet, haften muß. Hierher gehört die Stelle des Modestinus libro VI. Excusationum <sup>40</sup>).

Εὰν ὁ τῆς πόλεως ἄρχων, τούτέστιν ὁ στρατηγὸς διακλιπτόσης αὐτῷ τῆς χειροτονίας, ὑπεύθυνος γένηται κινδύνῳ ἐπιτροπῆς, ταύτην οὐ συναριθμῆσαι ἄλλαις ἐπιτροπαῖς, ὡς περὶ οὐδὲ ὁ ἐγγυησάμενός ἐπιτροπήν. ἀλλ' οὐδὲ δι' κατὰ τιμὴν ἐπιτροποὶ γραφέντες.

Augustinus hat diese Stelle richtiger, als der alte Interpret, so übersetzt: *Magistratus municipalis* <sup>41</sup>) hoc est, στρατηγός, si ob creationem tutoris obligatus sit tutelae periculo, eam tutelam cum aliis non computat: quemadmodum neque fideiusor tutoris, neque tutor honorarius.

Modestinus spricht hier zuerst von einem Municipal, Magistrat, welcher wegen der Vormundschaftsbestellung mit der actio subsidiaria belangt werden kann <sup>42</sup>). Diese στρατηγοὶ τῶν πόλεων, wie sie Modestinus <sup>43</sup>) nennt,

40) L. 15. §. 9. D. h. t.

41) Modestinus nennt öfters die magistratus municipales ἄρχοντες. S. L. 13. §. 1. et alt. D. h. t. Ein Name, der in den griechischen Städten, besonders bey den Athenern, die Justizbehörde bezeichnete, welche die Jurisdiction in allen sowohl Privat-, als öffentlichen Rechtsachen der Bürger ausübte. S. Meier's und Schömann's Attischen Proceß. (Halle 1824.) 1. B. 2. Kap. S. 41. ff. Hadrian war selbst, ehe er Kaiser wurde, bey den Athenern ἄρχων. S. Ev. Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. II. §. 3. pag. 56.

42) L. 1. pr. D. de magistratib. conveniend. (XXVII. 8.)

43) L. 6. §. 16. D. h. t.

sind zwar, so lange sie ihr Amt führen, excusirt; sind ihnen aber nach niedergelegtem Amte Vormundschaften übertragen, so können sie, wenn sie etwa schon zwey Vormundschaften verwalteten, diejenige nicht zur dritten rechnen, bey welcher, aus der vorigen Amtsbestellung, noch die Gefahr auf ihnen haftet, um sich gegen eine vierte Tutel zu entschuldigen. So fällt alle Schwierigkeit weg, welche Anton Augustinus <sup>44)</sup> hier zu finden glaubte <sup>45)</sup>. Eben dieß ist der Fall bey Vormündern, die sich für einen andern Vormund verbürgt haben. Desgleichen bey bloßen zur Aufsicht über die verwaltenden bestellten Vormündern, (*tutores honorarii*) von denen jedoch diejenigen auszunehmen sind, welche nicht bloß zur Aufsicht, sondern dazu bestellt sind, um von den verwaltenden Vormündern sich Rechnung ablegen zu lassen <sup>46)</sup>. Diese können ihre Amtsführung, wie eine wirkliche Vormundschaft, in Anschlag bringen <sup>47)</sup>.

Sollen drey Vormundschaften eine Entschuldigung gegen die Uebernehmung einer vierten geben; so wird ferner 2) erfordert, daß sie nicht dürfen *affectatae* seyn, d. h. sie müssen vom Vormunde weder gesucht, noch solche Vormundschaften seyn, gegen die sich der Vormund hätte entschuldigen können, welche er aber, weil sie vielleicht nicht bedeutend waren, freywillig übernahm, um die Zahl von;

44) *Ad Modestinum h. L.* (Tom. IV. *Th. Ottonian* pag. 1601.)

45) *S. Ant. SCHULTING Notae ad Digesta seu Pand.* Tom. IV. ad L. 15. §. 9. *D. h. t.* pag. 463.

46) *L. 26. §. 1. D. de testam. tut.*

47) *S. POTHIER Pand. Justinian.* Tom. II. h. t. Nr. XIII. Not. k. pag. 137.



brey Tütelen voll zu machen, und gegen mehrere, vielleicht beschwerlichere, gesichert zu seyn. Solche Tütelen werden nicht gerechnet, weil eine Last, die sich der Vormund selbst auflegte, ihm nicht zur Entschuldigung dienen kann<sup>48)</sup>. In den Vaticanischen Fragmenten heißt es §. 188.

In tribus non imputabitur tutela vel cura, quae affectata est: affectatam sic accipiemus, si vel appetita videatur, vel cum posset quis se excusare, ab ea se non excusavit. Creditur enim affectasse, qui onus, cum posset declinare, non recusavit. Et id saepe decretum est in tutore, qui non potuit invitus dari tutor, vel in curatore, qui cuius fuerat tutor, curator est nominatus<sup>49)</sup>.

In den Institutionen sagt Justinian §. 5. h. t. Item tria onera tutelae non affectatae, vel curae, praestant vacationem, quamdiu administrantur. Theophilus erklärt das *affectare tutelam* in seiner griechischen Paraphrase<sup>50)</sup> so: *ει πολλάνκι εσπουδασά την τουδε επιτροπήν η κουρατωρείαν υπεισελθείν, ούσαν ετελεστάτην, ούκ αποπληρώσει τον των τριών αριθμόν.* d. h. nach der Keizischen Uebersetzung: *si forte alicuius tutelam vel curam, quae tenuissima*

48) G. Franc. HOROMANI Commentar. in Institution. Justin. ad §. 5. h. tit. pag. 95. welcher sehr richtig sagt: *Affectatas tutelas* Icti in hac causa non simpliciter intelligunt ambitiose et cupide expetitas, sed ob id data opera expetitas, ut ad numerum prodesse possint. Man vergleiche noch L. 2. §. 9. D. Si quis. caution. (II. 1.) L. 18. §. 1. D. de lege Cornel. de falsis. (XLVIII. 10.)

49) G. de Buschholz Vatican. Fragment. ad h. §. 188. pag. 147.

50) Lib. I. Tit. 25. §. 5. Tom. I. pag. 193. edit. Reitz.

*erat, suscipere studui: non implebit ea numerum trium.* Also wenn man sich um eine geringfügige Tutel bewirbt, um damit die Zahl voll zu machen, und sich gegen jede neue Tutel schützen zu können. Allein eine solche Tutel soll nicht gerechnet werden. Diese Erklärung des Theophilus haben auch Everh. Otto<sup>51)</sup>, und Emund Merillius<sup>52)</sup> zu der andern gemacht. Otto sagt nämlich: *affectare est studioso unam et alteram tenuissimam tutelam suscipere, ut a molesta imminente excusatio esset parata; und Merillius: Adfectata tutela est, si quis tutelam pauperis patrimonii adfectaverit, ut gravioris tutelae opus detrectare posset*<sup>53)</sup>. Mit dieser Erklärung des Theophilus stimmt aber auch Modestinus überein. Die aus Desselben *libro VI. Excusationum*<sup>54)</sup> genommene Stelle lautet also:

Ἐσθ' ὅτε καὶ ὁ τρεῖς ἔχων ἐπιτροπὰς ἢ κουρατορίας, οὐκ ἔχει δίκαιον ἀφέσεως οἷον εἰάν τις ἐπιτηδεύσει ἀναδέξασθαι. ἤδη δὲ καὶ ὁ μετρίων γενομενος ἐπιτροπος, ἐπιτηδεύσαι δοκεῖ. i. e. *Interdum etiam is, qui tres tutelas habet, aut tres curas, non habet iustam excusationis causam, utputa si quis, ut tutor fieret, adfectaverit: atque et is, qui pauperis, oder wie der alte Interpret hier richtiger, als*

51) Notae criticae et Commentar. ad Institution. Justin. §. 5. h. t. pag. 146. (Trajecti ad Rhen. 1729. 4.)

52) Commentar. in Institut. Justin. h. t. §. 5.

53) Man vergleiche noch BRISSONII de Verbor. Signif. voc. *Adfectare*, und DONELLUS Lib. III. Cap. 9. §. 15.

54) L. 15. §. 15. D. h. t.

Augustinus<sup>55)</sup>, übersetzt hat, *modici patrimonii factus est tutor, adfectasse videtur.*

Dieser Erklärung entspricht auch die Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus L. un. C. *Qui numero tutelarum se excusant.* (V. 69.) vollkommen, wenn sie sagen:

*Si tres tutelas vel curas eodem tempore non defunctorie susceptas administras: onere quartae tutelae seu curationis pupillorum seu adolescentium non gravaberis.*

Denn dies heißt, wie Franz Hotoman<sup>56)</sup> diese Verordnung erklärt hat, nichts anders, als: *Si non ad*

55) Anton Augustinus bey Otto Tom. IV. Thes. pag. 1602 hat die Worte: *ὁ μετρίον γερόμενος ἐπιτροπος*, so übersetzt, *qui pauper est tutor.* Allein, offenbar unrichtig, wie Jac. Cujacius Commentar. ad h. Tit. Pand. ad L. 2. h. t. Verb. *Tertia causa* etc. Ant. FABER Jurisprud. Papinian. scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. g. pag. 1146. und Arn. VINNIUS Commentar. ad §. 5. Institution. h. t. Verb. *Non adfectatae* gezeigt haben. Unter *μετρίον* ist hier *ὀφθαροῦ* oder *ὀδσλας* zu verstehen. Es geht folglich auf den Pupillen und sein Vermögen, keinesweges aber auf den Vormund. Diese Interpretation unterstützt auch die Paraphrase des Theophilus. In den *Basilicis* Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 15. pag. 10. (Tom. V. Fabroti.) heißt es: *ὅτι ὁ μετρίον ἐπιτροπέων*, welches Fabrotus ganz richtig, *vel qui pupilli mediocris tutelam gerit*, übersetzt hat. Alles beweist die Unrichtigkeit der sonst vorzüglichern Augustinischen Uebersetzung.

56) Comment. ad §. 5. I. h. t. pag. 95. S. auch die Bemerkung des Fabrotus ad Paraphrasin Theophili §. 5. h. t. in edit. Reitzii Tom. I. pag. 191.

*legitimum numerum explendum, non in legis fraudem, non ad πρόφασιν, et excusationem quaerendam, sed vere tria quæra sustines: quia non trium tutelarum, sed trium onerosarum numerus excusat<sup>57)</sup>.*

3) Die drey Vormundschaften dürfen nicht ganz unbedeutend seyn. Denn auch solche, wenn sie gleich ungesucht sind, kommen nicht in Betrachtung. Es kommt hier sehr viel auf die Beschaffenheit der Vormundschaften an, und diese ist nach der Größe des Vermögens der Pupillen zu beurtheilen<sup>58)</sup>. Daher sagt Callistratus in einer oben vorgekommenen Stelle *L. 17. pr. D. h. t. Magnitudo patrimoniorum intuenda est susceptarum trium tutelarum*, und Paulus hält es *L. 31. §. 4. D. h. t.* für billig, daß der Prätor zuweilen auch schon eine Tutel für hinreichend halte, um den Vormund mit mehreren zu verschonen, wenn diese nämlich so schwierig, mühsam, und weitläufig ist, daß sie für mehrere gelten kann. Er sagt:

*Ceterum putarem, recte facturum Praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat.*

Es ist jedoch 4) die Zahl der Vormundschaften nicht nach den Personen, sondern nach dem Vermögen zu beurtheilen. Nicht die Zahl von drey Pupillen, welche, als Kinder eines Vaters, ein noch ungetheiltes Vermögen

57) In einer andern Bedeutung kam das Wort *defunctorie* oben Th. 50. §. 1323. in der *L. 2. §. 1. D. Qui petant. tutor. vor.*

58) S. *Cujacii Commentar. ad h. tit. ad L. 2. und MONTANUS Cap. XXXV. nr. 130. et 131.*

besitzen, machen also drey Vormundschaften aus, sondern das getheilte Vermögen derselben, wegen der dadurch vervielfältigten Vormundschaftsrechnungen. Dieß ist es, worauf uns besonders Ulpian aufmerksam macht, wenn er *libro singulari de officio Praetoris tutelaris* 59) sagt:

*Tria onera tutelarum dant excusationem. Tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimoniorum separatio: et ideo, qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium haberent, vel quibusdam tutor, quibusdam curator, unam tutelam suscepisse creditur* 60).

Es ist also nur eine Vormundschaft, welche Jemand über mehrere Geschwister führt, die ein noch ungetheiltes Vermögen haben, wenn gleich der Vormund bey einigen Kindern Tutor, bey andern Curator wäre, wie auch Justinian lehrt §. 5. *I. h. t.* wo er sagt:

*Ut tamen plurium pupillorum tutela vel cura*

59) *L. 3. D. h. t.*

60) Diese ganze Stelle aus Ulpian ist auch in den *Vatican. Fragment.* §. 186. befindlich. Es ist aber damit noch eine Stelle in den *Vatican. Fragment.* zu verbinden, nämlich §. 251. welche aus des Paulus *libro singulari de excusationibus* genommen ist. Da heißt es: *Hi, qui tres pluresve tutelas vel curaciones vel permixto modo cuiuscumque tituli separatas administrant, excusari a tutela curationeve solent. Quod si fratrum tutelam suscipiant, pro UNA TUTELA reputantur EADEM BONA.* G. de BUCHHOLTZ *Vatican. Fragment. ad h. §. 251. pag. 177. et ad §. 186. pag. 146.*

*eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

Theophilus in seiner griechischen Paraphrase <sup>61)</sup> hat das, was Ulpian und Justinian hier sagen, zusammengefaßt. Er sagt:

Ἐκείνο δὲ εἰδέναι χρὴ, ὅτι ἐκ τῶν οὐσιῶν, οὐ μὲν ἐκ τῶν προσώπων, τὸ πλῆθος κρίνεται τῶν ἐπιτροπῶν· εἰ γὰρ τις τελευτήσῃ ἐπὶ τρισὶν ἢ πλείοσι παισὶ, γένωμαι δὲ τούτων κηδεμῶν, μία ἔσται ἡ ἐπιτροπή, ἐπειδὴ καὶ μία περιουσία.

Dies heißt nach der Reizischen Uebersetzung: *Porro illud scire oportet, quod ex PATRIMONIIS, non ex personis, tutelarum multitudo iudicetur. Si quis enim obierit, relictis tribus aut pluribus liberis, et ego horum tutor vel curator fiam, UNA ERIT TUTELA, quoniam et UNUM est PATRIMONIUM.*

Paulus <sup>62)</sup> nennt die Geschwister, welche ein gemeinschaftliches Vermögen ungetheilt besitzen, *fratres consortes*, welchen Ausdruck Jac. Cujacius <sup>63)</sup> ausführlich erklärt hat. Paulus sagt ebenfalls, die Vormundschaft über dieselben sey nur für eine zu rechnen. Denn hier brauche der Vormund über das noch ungetheilte Vermögen seiner Pupillen nur eine Rechnung zu führen. *Fratres enim, si idem patrimonium habent, sagt Paulus, et ratio administrationis pariter reddenda est.* Ist aber das Vermögen derselben getheilt, so entsteht nun das durch die Schwierigkeit einer multiplicirten Vormundschafts-

61) Tom. I. pag. 192. edit. Reisk.

62) L. 31. §. 4. D. h. t.

63) Observat. Lib. V. cap. 10.

rechnung, und darin, sagt Paulus, liegt der Grund, warum die Theilung des Vermögens verschiedene Vormundschaften hervorbringt. Seine Worte sind:

Et ex diverso fratrum *diviso patrimonio* duae tutelae sunt: non enim, ut dixi, numerus pupillorum, sed *difficultas rationum consiciendarum et reddendarum consideranda est.*

Ist nur ein Pupill vorhanden, seine Güter aber liegen an verschiedenen Orten, so kommt diese zerstreute Lage bey der Berechnung der Vormundschaften nicht in Betrachtung. Eine solche Vormundschaft gilt, wie Papinian *libro V. Responsorum* <sup>64)</sup> sagt, doch nur für eine, *quod videlicet UNIVS duo patrimonia non videntur.*

Es ist jedoch <sup>5)</sup> nicht nöthig, daß derjenige, welcher sich mit der Last von drey Vormundschaften entschuldigen will, alle drey selbst verwalten müsse; es ist genug, wenn sie nur in einem Hause, d. h. in einer Familie sind, in sofern dieser Ausdruck *iure proprio*, wie Ulpian <sup>65)</sup> sagt, *plures personas, quae sunt sub unius potestate*, aut *natura*, aut *iure subiectae*, una cum *patrefamilias*, bezeichnet. Daher wird der Vater durch die Vormundschaften, die sein Sohn, der noch in seiner väterlichen Gewalt ist, mit seiner Bewilligung übernommen hat, und so auch der Sohn durch die Tutelen seines Va-

64) L. 30. §. 1. D. h. t. S. Jac. Cujacii Comment. in libr. V. Responsor. Papin. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. I pag. 211.)

65) L. 195. §. 2. D. de Verb. Signif. Man vergleiche auch §. 8. I. de testam. ordin. und L. 1. C. de honorib. et muneribus non contin. inter patr. et fil. (X. 40.) S. de BUCHHOLZ Vatic. Fragm. ad §. 190. pag. 148.

ters entschuldiget, weil der Vater für die Tutelen haften muß, die sein Sohn mit seiner Bewilligung verwaltet. Ja auch der Bruder kann sich mit den Tutelen seines Bruders entschuldigen, wenn beyde noch in väterlicher Gewalt sind, denn die Gesetze wollen nicht, daß eine Familie mit mehr als drey Vormundschaften belästiget werden soll, weil alle, die dazu gehören, juristisch nur eine Person vorstellen<sup>66</sup>). Hierher gehört hauptsächlich folgende Gesetzstelle.

*L. 5. D. h. t. ULPIANUS libro singulari de officio Praetoris tutelariorum. Tria onera in domo una esse sufficit. Proinde si pater alicuius, vel filius, vel frater, qui est in eiusdem potestate, tria onera sustineat, quae ad periculum patris sui spectant, quia voluntate eius administrant, omnibus excusatio a tutela competit. Sed si non patris voluntate administrant, non prodesse saepe rescriptum est<sup>67</sup>).*

Wenn es in den Vaticanischen Fragmenten §. 127. heißt: *Sed hodie hoc iure utimur, ut si filium quis habeat in potestate, tam patris, quam filii onera patri in numerum procedant*; so geht dieß wohl darauf, daß so wie ehemals die Zahl der Tutelen, welche von der Uebernehmung mehrerer entschuldigen, überhaupt nicht bestimmt war, wie wir ebenfalls aus diesen Fragmenten §. 125. lernen, eben so auch vielleicht über das Verhältniß mehrerer Tutelen in einem Hause keine gewisse Bestim-

66) G. MONTANUS de iure tutelariorum et curationum. Cap. XXXV. nr. 125 — 127.

67) Es findet sich diese Stelle, nur mit Hinweglassung der letzten Worte, auch in den Vaticanischen Fragmenten §. 190. G. de BUCHHOLZ Vatic. Fragm. ad h. §. pag. 148.



mungen müssen Statt gefunden haben, bis es auch hierin zu einem feststehenden Rechte gekommen ist<sup>68)</sup>. Jetzt ist es ausser Zweifel, daß wenn der Vater drey Tutelen hat, der Sohn, der noch in väterlicher Gewalt ist, mit keiner vierten belästigt werden kann; eben so wenig kann der Vater belästigt werden, wenn der Sohn schon drey Vormundschaften hat, oder der Vater zwey, und der Sohn eine Tutel führt; und wenn von zwey Brüdern der eine zwey, der andere eine Tutel unter väterlicher Gewalt und Aufsicht verwaltet; so kann keinem in dieser Familie eine weitere Vormundschaft aufgebürdet werden<sup>69)</sup>. Nach Modestinus ist dieses Recht durch eine Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus festgesetzt worden. Er sagt nämlich in einer aus desselben *libro secundo Excusationum* entlehnten Stelle, nämlich L. 4. §. 1. D. h. t.

Ἐὰν πατήρ ἐν τρισὶν ἢ φροντίσιν ἢ ἐπιτροπῶν ἢ κουρατοριῶν ὁ υἱὸς αὐτοῦ οὐκ ἐνοχληθήσεται καὶ τοῦτο οὕτω διατέτακται ὑπὸ τῶν δειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου. Τοῦτο δὲ καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου ἐστίν, ὡς δεῖν τὰς τοῦ υἱοῦ ἐπιτροπὰς, ἀνεῖν τῷ πατρὶ δίδοναι, καὶ πάλιν ἀμφοτέροις τὰς κοινὰς, τουτέστιν μίαν τοῦ υἱοῦ, καὶ δύο τοῦ πατρὸς, ἢ εἰς τὸ ἔμπαλιν. Τότε δὲ ταῦτα οὕτως ἔχει, ἐπειδὴν τὸ βᾶρος ἐνὶ οἴκῳ, οὐχὶ διακεχωρισμένοις διαφέρει.

AUGUSTINUS: *Si pater tria tutelarum aut curarum onera habeat, eius filius non gravabitur: ita enim constitutum est a Divis SEVERO et ANTONINO. Hoc idem contra quoque est, ut oportet.*

68) C. de BUCHHOLTZ ad §. 127. Vatic. Fragm. pag. 116.

69) C. CUCIACI Comm. ad L. 2. D. h. t.

*teat filii tutelam vacationem patri dare, et utri-  
que communes, hoc est, unam filii, et duas pa-  
tris, aut contra. Quae ita se habent, cum uni  
domui, non diversis onus defertur.*

In Absicht auf das bey den Vormundschaften in einem Hause den Vater treffenden *periculum* ist noch der Unterschied merkwürdig, den Ulpian *libro II. Disputatio-  
num*<sup>70)</sup> macht, ob nämlich der Vater die Tutel seines Haussohns anerkannt, d. h. genehmiget hat, oder nicht; im ersten Falle, zu welchem auch gehört, wenn der Vater seinen Sohn zur fleißigen Verwaltung der Vormundschaft ermahnet hat, weil er für ihn gut stehen müsse, haftet der Vater in *solidum*; im letzten Falle aber nur *de peculio*, wenn er auch den Sohn, jedoch ohne Beziehung auf sich, gewarnt hätte. Die Worte Ulpian's lauten so:

*Si filiusfamilias tutor a Praetore datus sit, si  
quidem pater tutelam agnovit, IN SOLIDUM debet  
teneri: si non agnovit, duntaxat DE PECULIO.  
Agnovisse autem videtur, sive gessit, sive gerenti  
filio consensit, sive omnino attigit tutelam. Unde  
quum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam  
gereret, quum scias, inquit, periculum ad nos  
pertinere, dixi, hunc quoque videri agnovisse.  
Plane si solum monuit filium, non videtur agnita.*

Nur darüber war man ehemals noch im Zweifel, ob der Vater unter die drey Vormundschaften, die er zu seiner Entschuldigung gegen eine vierte anführt, auch die Tutel rechnen könne, welche er, als legitimus tutor, über sein emancipirtes unmündiges Kind führt. Ulpian kommt

70) L. 7 D. de tutelis.

auf diese Frage *libro singulari de excusationibus*<sup>71)</sup>; dessen Worte also lauten:

Si quis inter tres tutelas *emancipati filii sui tutelam* administret, an ei haec in numerum procedat? sc̄io dubitatum. Invenio tamen rescriptum *emancipatae filiae tutelam* numerari inter onera oportere.

Statt diese Frage zu entscheiden, bezieht sich also Ulpian bloß auf ein Rescript, ohne den Urheber desselben zu nennen, wodurch diese Frage bejahend entschieden wurde. Allein dieses Rescript enthielt wörtlich nur den Fall von der Tutel des Vaters über eine emancipirte Tochter. Nun wäre es freylich lieblos, wenn der Vater sich der Curatel über seinen emancipirten Sohn, die ihm auf Bitten desselben vom Prätor ist aufgetragen worden, aus dem Grunde entziehen wollte, er sey Vater von soviel Kindern, daß ihm das Privilegium der Befreyung von Vormundschaften zukomme. Hier soll daher das emancipirte Kind nicht zur privilegirten Zahl der Kinder gerechnet werden, wie Paulus<sup>72)</sup> respondirt hat. Sollte es

71) L. 15. §. 16. D. h. t.

72) L. 36. §. 1. D. h. t. PAULUS *Libro IX. Responsorum.* Lucius Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum eius aetatis, ut curatores accipere debeat. Quaero, si idem Titius pater, petente eodem filio emancipato, curator a Praetore detur, an iure publico uti possit, et nihilo minus trium filiorum nomine vacationem postulare? Respondi: praemium quidem patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportet, sed cum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit, si tali excusatione utendum esse tentaverit. Man sehe über diese Stelle

num aber nicht auch einen Mangel väterlicher Liebe ver-  
rathen, wenn der Vater die Vormundschaft über sein eman-  
cipirtes Kind, welche er doch, als eine legitime Tutel, zu  
seinem eigenen Nutzen führt, eben so, wie jede andere Tu-  
tel, als eine Last in Anschlag bringen, und sie zum Ent-  
schuldigungsgrunde gebrauchen wollte, daß er eine weitere  
anzunehmen nicht verpflichtet sey? Dieß mag vielleicht der  
Zweifelsgrund gewesen seyn, den man bey der Entscheidung  
dieser Frage hatte <sup>73</sup>). Ulpian spricht sich nun zwar  
darüber nicht deutlich aus, sondern läßt es bey der An-  
führung eines Rescriptis bewenden, vermöge welchen jedoch,  
wie bereits bemerkt worden, bloß die Tutel des Vaters  
über eine emancipirte Tochter unter die tria onera tutelae  
gezählt werden soll. Da indessen die Frage gerade die  
Tutel über einen emancipirten Sohn betrifft; so scheint  
es kaum einem Zweifel unterworfen zu seyn, daß Ulpian  
das angeführte Rescript auch auf die von ihm aufgewor-  
fene Frage angewendet wissen wolle <sup>74</sup>). Die Stelle des  
Ulpianus findet sich auch in den Vaticanischen Fra-  
gmenten §. 189. Da wird sie aber aus *ULPIANI lib.*  
*sing. de officio Praetoris tutelaris* (§. 173) angeführt.  
Es wird jedoch auch da der Urheber des Rescriptis nicht  
bestimmt angegeben, sondern bloß gesagt:

*Jac. Cujacii Comment. in Lib. IX. Responsor. Julii  
Pauli. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. III.  
pag. 54.)*

73) *S. Jac. Cujacii Comm. ad L. 2. D. h. t. Ant. FABRI  
Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. 2.  
pag. 1105. sq. und Paul. MONTANUS. Cap. XXXV.  
nr. 124.*

74) *S. auch de BUCHHOLZ Vatican. Fragment. ad §. 189.  
pag. 148.*

Invenio tamen *Fulvio Aemiliano* in persona *Manilii Optivi* rescriptum, emancipatae filiae tutelam numerari ei inter onera oportere.

Wäre dieser *Fulvius Aemilianus* derselbe Prätor, dessen in den Fragmenten §. 210 Meldung geschieht, und an den daselbst *Divus Marcus* rescribirt hat, so ließe sich vielleicht der Urheber unsers Rescripts mit einiger Wahrscheinlichkeit errathen. Vermuthlich war der Prätor *Aemilianus* über diese Frage im Zweifel, und wirkte des von *Ulpian* angeführte Rescript vom Kaiser *Marcus* aus, wozu der hier genannte *Manilius Optivus*, ohne Zweifel der Vater, welcher über die emancipirte Tochter die Vormundschaft führte<sup>75)</sup>, die Veranlassung gab.

Uebrigens befreyen drey Vormundschaften zwar von der Verbindlichkeit eine weitere anzunehmen, so lange diese verwaltet werden; allein sie befreyen nicht von andern öffentlichen Lasten, und persönlichen Pflichtämtern, wie die Kaiser *Diocletian* und *Maximian* rescribirt haben.

*L. 3. Cod. de excusat. muner. (X. 47.)* Tutelae sollicitudo a muneribus civilibus non excusat, utpote cum nec tres simul iniunctae diversarum domuum huiusmodi beneficium praestent.

#### §. 1356. a.

2) Armuth. 3) Krankheit.

Sowohl von angetragener, als bereits übernommener Vormundschaft excusirt Armuth. In den Institutionen wird dieser Entschuldigungsgrund einer Constitution der *Divorum Fratrum* zugeschrieben. Es heißt §. 6. *h. t.*

75) *S. de Buchholtz c. 1.*

Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tam *Divi Fratres*, quam per se *Divus Marcus* rescripsit.

Daß unter den *Divis Fratribus* die Kaiser Marcus Aurelius Antoninus und Lucius Verus verstanden werden, ist bekannt<sup>76)</sup>. Allein Theophilus nennt in seiner Paraphrase<sup>77)</sup> die Kaiser Severus und Antoninus, und nennt auch diese *οἱ Δειοτατοὶ ἀδελφοί*, da doch nur eigentlich die Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla mit dem Namen Severus und Antoninus bezeichnet werden, und diese keine *divi fratres*, sondern Vater und Sohn waren. Die hier geschriebene Verwechslung der Namen ist offenbar. Allein Wem fällt sie zur Last? Mehrere<sup>78)</sup> beschuldigen hier den Theophilus eines groben Irrthums. Allein wer sollte glauben, daß Theophilus, der Mitarbeiter an den Institutionen und Pandecten Justinians, die *Divos Fratres* nicht besser gekannt haben sollte, der Theophilus, dem wir doch so manche treffliche historische und antiquarische Notizen verdanken<sup>79)</sup>? Andere<sup>80)</sup> legen daher den Irrthum den Abschreibern zur Last. Sie glauben, für *Σεβήρος* müsse *Βήρος* gelesen werden. Allein dagegen hat

76) *S. Utr. HUBER* Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 26. pag. 252. sq. *Jo. Ortow. WESTENBERGII* *Divus Marcus*. Diss. I. §. 11 — 17. (*Opp. T. III.* pag. 7 — 9.) und *Hugo* *Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts.* S. 578. der 8. Aufl.

77) *Lib. I. Tit. 25.* pag. 193. edit. *Reitz.*

78) *HUBER* c. I. §. 1. und *WESTENBERG* c. I. §. 15.

79) *S. Hugo* *Gesch. des Röm. Rechts.* Einleit. S. 17.

80) *SALMASIUS* ad *Lampridium.* pag. 114.

schon Reitz <sup>81)</sup> erinnert, daß nach dieser Emendation der Kaiser Verus dem Antoninus vorgefetzt werden würde, da doch immer, wenn die Verordnungen der Divi Fratres in den Gesetzen angeführt werden, der Name des Kaisers Antoninus oder Marcus zuerst genannt wird <sup>82)</sup>. Gleichwohl hat Reitz, seinem griechischen Text zuwider, in der lateinischen Uebersetzung die Worte: VERUS et ANTONINUS *rescripserunt*, in Klammern eingeschlossen. Everh. Otto <sup>83)</sup> schreibt den Fehler dem Scholiasten des Theophilus zu. Die Worte: Σεβήρος καὶ ΑΥΤΟΝΙΝΟΣ, die auch bey Reitz eingeklammert sind, scheinen auch wirklich nicht ächt zu seyn. Denn Fabrot hat sie nicht, und in der sehr guten Handschrift von Peter Pitheu stehen sie auch nicht <sup>84)</sup>. Mit den Institutionen stimmen nun auch die Pandecten überein. Hier lehrt Ulpian in einer aus desselben *libro singulari Excusationum* <sup>85)</sup> genommenen Stelle:

Paupertas sane dat excusationem, si quis im-

81) Ad Paraphras. Theophili. Not. o. pag. 193.

82) Man sehe hier vorzüglich *Ant. Augustini ad Modestinum de excusat. lib. sing. ad L. 6. §. 18. h. t. (in Theop. Otton. T. IV. pag. 1582. sq.)*

83) Commentar. et not. crit. ad Institut. §. 6. h. t.

84) S. Karl Wüstemann's deutsche Uebersetzung von des Theophilus Paraphrase der Institutionen. 1. Band S. 202. Not. 2.

85) L. 7. D. h. t. Diese Stelle kommt auch, einige kleine Wortveränderungen abgerechnet, in den *Vatican. Fragm.* §. 240. vor. S. de Buchholtz pag. 185. Jedoch ist sie daselbst, wie aus §. 238. erhellet, aus *ULPIANI de officio Praetoris tutelaribus libro singulari* entlehnt.

parem se oneri iniuncto possit probare: idque *divorum Fratrum* rescripto continetur.

In den Institutionen wird jedoch noch bemerkt, daß der K. Marcus, einer von den *divis fratribus*, noch ein besonderes Rescript, vermuthlich nachdem er, nach dem Tode des Verus, die Alleinherrschaft wieder erhalten hatte, darüber erlassen habe.

Armuth giebt nun eine Excusation, wenn der Vormund nachweisen kann, daß er nicht soviel eigenes Vermögen besitze, um davon leben zu können, sondern von seinem Verdienst lebe, und also darum mit Vormundschaften nicht belästiget werden könne, weil er alle Zeit nöthig habe, um sich seinen Lebensunterhalt zu erwerben<sup>86)</sup>. Das heißt hier *oneri tutelae imparem esse*. Franz Bröus<sup>87)</sup> meint zwar, es komme hier auf die Bestimmung Hermogenian's an, welcher *libro VI. Juris Epitomarum*<sup>88)</sup> sagt: *Pauperes sunt, qui minus, quam quinquaginta aureos habent*. Allein diese Bestimmung kann hier nicht in Anwendung kommen, wie auch schon Etmund Merillius<sup>89)</sup> dagegen erinnert hat, denn sie bezieht sich dort auf die Qualification eines peinlichen Anklägers<sup>90)</sup>. Eben so wenig kommt es, wie Merillius<sup>91)</sup>

86) G. Ant. FABRI Jurispr. Papinian. scient. Tit. XXIV. Princ. l. IIIat. 4. pag. 1126. Arn. VINNII und Jani & COSTA Comment. ad §. 6. l. h. t.

87) Exposition. in Justin. Inst. ad §. 6. h. t. pag. 162.

88) L. 10. D. de Accusation. (XLVIII. 2.)

89) Gomm. ad Institut. §. 6. h. t. pag. 89.

90) G. Jos. FINESTRIS Commentar. in Hermogenian. pag. 969. sqq.

91) Cit. loc.



und mehrere <sup>92)</sup> behaupten wollen, auf das Verhältniß des Vermögens des Vormundes mit dem Vermögen des Mündels an <sup>93)</sup>. Denn die *L. 1. Cod. de periculo tut. et curat.* (V. 38.) worauf man sich beruft, sagt nur soviel, daß diejenigen, welche propter tenuitatem sui patrimonii mit der Verwaltung einer Vormundschaft nicht belästigt werden dürfen, doch zu Vormündern notitiae causa bestellt werden können <sup>94)</sup>. Wenn Everhard Otto <sup>95)</sup> den Grund dieser Excusation zugleich darin setzen will, weil der Arme keine Sicherheit leisten könne, so stimmt dieses mit den angeführten Gesetzen nicht überein. Schon Fabrotus <sup>96)</sup> hat dagegen erinnert, daß dieser Grund gar nicht einmal durchgreifend seyn würde. Denn wie wenn der Vater einen solchen Vormund in seinem Testamente ernannt hätte? Testamentarische Vormünder leisten ja wegen des väterlichen Vertrauens keine Caution, und auch die ex inquisitione von der Obrigkeit bestellten Vormünder nicht <sup>97)</sup>. Den einzigen wahren Grund giebt auch Paulus an, wenn er *libro II. Sententiarum* <sup>98)</sup> sagt:

92) S. FINCKE Theophilus Paraphrase über die Institutionen Justin. 1. B. S. 310.

93) S. MONTANUS Cap. XXXV. nr. 141 et. 142. und Joach. HOPPII Commentat. ad Institut. Just. h. t. §. 6. pag. 217. edit. Walch.

94) S. den 29. Th. §. 1504. S. 191. ff.

95) Commentar. ad §. 6. I. h. t.

96) Not. ad Theophili Paraphr. §. 6. h. t. bey Reitz. Tom. I. pag. 192.

97) Princ. I. de satisdat. tutor. (I. 24.)

98) L. 40. §. 1. D. h. t.

*Paupertas, quae operi et oneri tutelae impar est, solet tribuere vacationem.*

In den Basiliken <sup>99)</sup> ist dieses sehr richtig so ausgedrückt: *γενια τὸ βάρος καὶ τὴν διοίκησιν ὑπερβαύουσα*; i. e. *Paupertas oneri et administrationi tutelae* <sup>100)</sup> *impar.*

Die Armuth gewährt übrigens nur eine zeitige Excusation, denn sie hört auf, wenn der Vormund nachher ein solches Vermögen auf rechtmäßige Art erwirbt, daß er hinlänglich davon leben kann <sup>1)</sup>.

Eine Excusation hat ferner wegen Krankheit Statt, es muß nur eine solche Krankheit seyn, weshalb Jemand auch nicht einmal seine eigenen Angelegenheiten zu betreiben im Stande ist <sup>2)</sup>. Dieser Entschuldigungsgrund ist durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus bestätigt worden, wie uns Herennius Modestinus *libro II. Excusationum* <sup>3)</sup> aus Ulpian belehrt. Ulpian sagt daselbst:

99) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 39. §. 1. pag. 15.

100) So hat auch Cujacius in Comm. ad h. Tit. ad L. 6. in fin. das Wort *opus* durch *administratio* erklärt.

1) L. 4. §. 1. *D. de Munerib. et honorib.* (L. 4.) L. 10. §. 3. *D. de vacat. et excusat. muner.* S. FABRI Jurispr. Papin. c. 1.

2) §. 7. *f. h. t.* S. DONELLUS *Commentarior. de iure civ.* Lib. III. Cap. 9. §. 8. MONTANUS Cap. XXXV. nr. 145 — 155. und FABER *Jurispr. Papin.* pag. 1128. In den Gesetzen wird eine solche Krankheit *morbis santicus* genannt. L. 60. *D. de re indic.* Venulejus L. ult. §. 1. *D. de aedit.* *Edicto* erfordert dazu, *ut perpetuus sit, non qui tempore finiatur.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 260. Not. 16. S. 526.

3) L. 10. §. ult. *D. h. t.*

*Adversa quoque valetudo excusat, sed ea, quae impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit* 4), ut *Imperator noster cum patre rescripsit.*

Die Beschaffenheit einer solchen Krankheit, welche von Vormundschaften entschuldiget, hat *Tryphoninus libro XIII. Disputationum* 5) noch genauer bezeichnet, wenn er sagt:

*Si tanta corporis aut mentis valetudine ab agendis rebus libertus prohibeatur, ut ne suis quidem negotiis sufficiat, necessitati erit succurrendum, ne impossibile iniungatur tutelae munus, quod obiri a liberto non possit, nisi cum incommodo pupilli, et adversus utilitatem eius* 6).

Ob ein solcher Krankheitszustand wirklich vorhanden sey, macht eine ärztliche Untersuchung nöthig, welche die Gesetze auch in ähnlichen Fällen erfordern, wo Krankheit

4) In den Institutionen §. 7. *h. t.* heißt es: *Propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse quis potest, excusatio locum habet.* Nun tadelt zwar *Gellius Noct. Attic. Lib. I. cap. 22.* den Ausdruck *superesse* in der hier gebrauchten Bedeutung; allein er ist nicht nur bey den Römischen Juristen in der Bedeutung von *rebus suis consulere, prospicere*, gewöhnlich, *L. 12. pr. D. de tutor. et curat. dat. L. 2. D. de curator. furios. §. 4. I. de curat.* sondern auch den besten Röm. Classikern, *Cicero, Tacitus* und *Suetonius*, nicht fremd. Man sehe *Gronov. ad loc. h. Gellii*, und *Hainzeccius ad Brisson. de Verb. Signif. voc. Superesse.*

5) *L. 45. §. ult. D. h. t.*

6) Man vergleiche den 29. Th. §. 1500. S. 70 und 71.

zur Entschuldigung dienen soll<sup>7)</sup>. In den Vaticanischen Fragmenten sprechen namentlich folgende Stellen davon.

§. 129. Valetudo quoque mala praestat vacationem, si talis sit, *ut ostendat*, eum ne quidem rebus suis administrandis idoneum esse.

§. 130. Si quando autem huiusmodi valetudo adfirmetur, *inspectio Praetoris necessaria est*. Sive autem quis arthriticus sit, sive psoricus, sive epilepticus, sive orbus, et his similia, excusatur<sup>8)</sup>.

Eine solche Krankheit entschuldiget aber nicht nur von angetragener, sondern auch von bereits übernommener Vormundschaft, wie Paulus *libro singulari de excusatione tutorum*<sup>9)</sup> lehrt. Eben dieses bestätigt Ulpianus *libro singulari de officio Praetoris tutelaris*, welche Stelle in den Vaticanischen Fragmenten §. 258 vorkommt. Ich will nur die hierher gehörigen Worte ausheben:

Hi vero, quos valetudo, vel furor, vel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas, quas ante susceperant, deponunt.

Wird die Krankheit gehoben, so hört auch dieser Entschuldigungsgrund auf<sup>10)</sup>. Ulpian sagt daher, wie Modestinus *libro III. Excusationum*<sup>11)</sup> referirt;

7) L. 15. L. 16. pr. D. de recept. (IV. 8.)

8) Die hier vorkommenden Ausdrücke hat de Buchholtz Vatican. Fragm. ad §. 130. pag. 117. erklärt.

9) L. 11. D. h. t.

10) G. Ant. FABER c. 1. pag. 1129.

11) L. 12. pr. D. h. t. Man vergleiche auch L. 13. pr. D. de vacat. et excus. mun.

Sed in hoc rescripto adiectum est, solere vel ad tempus, vel in perpetuum excusari, prout valetudo est, qua afficitur.

Ist die Krankheit vorübergehend, so wird nur ein Interim's-Curator gesetzt <sup>12)</sup>).

§. 1356. b.

4) Hohes Alter.

Obwohl das hohe Alter bey den Römern sehr geehrt, ja demselben, wie Callistratus <sup>13)</sup> sagt, fast gleiche Achtung, wie den obrigkeitlichen Personen, erwiesen wurde; so lag doch wohl darin nicht der Grund allein, warum ein Alter von siebenzig Jahren von Vormundschaften, so wie von andern persönlichen Pflichtämtern, befreyte.

*Maiores septuaginta annis a tutelis et muneribus vacant.*

So schreibt Paulus *libro V. de officio Proconsulis* <sup>14)</sup>. Der Grund liegt auch wohl in der Beschwerde des Alters selbst, in welchem wegen der fühlbarwerdenden Abnahme an Geisteskräften und Sinnengebrauche die Führung einer Vormundschaft gar zu lästig seyn würde <sup>15)</sup>.

12) L. 10. §. 8. D. h. t.

13) L. 5. pr. D. de iure immunitat. Man sehe noch besonders GELLIIUS Noct. Atticar. Lib. II. cap. 15. und vergl. CUIACII Comment. ad h. Tit. Pand. ad L. 2. h. t. und LANGLAEUS Semestr. Lib. VII. cap. 7.

14) L. 3. D. eodem. (L. 6.)

15) S. Ant. FABRI Jurisprud. Papinian. scient. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 4. pag. 1126. und DONELLUS Comment. Lib. III. cap. 9. §. 6.

Daher sagt Cato bey Cicero <sup>16)</sup>: *Ergo et legibus et institutis vacat aetas nostra a muneribus iis, quae non possunt sine viribus sustineri.* Früher, noch zu den Zeiten des Plinius <sup>17)</sup>, scheint schon ein Alter von sechzig Jahren genügt zu haben. Allein um nicht die Jüngern zu sehr mit Pflichtämtern zu beschweren <sup>\*)</sup>, wurde durch die Rescripte der Kaiser ein noch höheres Alter zur völligen Befreyung von denselben festgesetzt. Schon Divus Marcus <sup>18)</sup> rescribirte daher, daß derjenige sich nicht entschuldigen könne, der das siebenzigste Jahr seines Alters nur erst angetreten hätte. Es muß also dieses Alter völlig zurückgelegt, es muß überschritten seyn. Paulus sagt in der oben angeführten Stelle:

*Sed qui ingressus est septuagesimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur: quia non videtur MAIOR esse septuaginta annis, qui annum agit septuagesimum.*

Also nur Wer älter als siebenzig Jahre ist, kann sich von Vormundschaften entschuldigen. So ist dieser Satz auch in den Institutionen <sup>19)</sup> gefaßt, und eben so in einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus durch Anwendung auf einen Fall ausgesprochen. Es ist die *L. un. Cod. Qui aetate se excusant* (V. 68.) welche so lautet:

16) *De Senectute. Cap. 11.*

17) *Lib. IV. Epist. 23. Macrobius Saturnal. Lib. I. Cap. 5.*  
und *VARRO de vita Pop. Rom. Lib. II. pag. 242. edit. Bipont. G. Ant. MATTHAEI Comment. ad Instit. §. 13. h. t. pag. 510.*

\*) *L. 11. D. de Decurion. (L. 2.)*

18) *L. 74. §. 1. in fin. D. ad SCtum Trebell. (XXXI. 1.)*

19) *§. 13. I. h. t.*

Pater tuus, si maior est annis septuaginta, ad tutelam seu curam evocatus, excusare se solemniter potest.

Diesß hat auch seinen ganz natürlichen Grund. Denn es muß doch die Entschuldigungsbursache schon vorhanden seyn, deren man sich bedienen will. Wie kann man sich nun auf ein siebenzigjähriges Alter berufen, wenn man solches noch nicht zurückgelegt hat?

Es kommt aber noch besonders auf die Frage an, welcher Zeitpunkt hier entscheidend sey, um beurtheilen zu können, ob das Entschuldigungsalter wirklich erfüllt sey? Der Natur der Sache nach, kann dies wohl kein anderer seyn, als der, da dem Vormunde die Vormundschaft angetragen wird, und er also dieselbe übernehmen soll. Modestinus hat diese Frage *libro II. Excusationum* <sup>20)</sup> sehr bestimmt entschieden, wenn er daselbst sagt:

Ἀφίενται ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας καὶ οἱ ἑβδομήκοντα ἔτη πεπληρωκότες. Ἐπερβεβηκέναι δὲ δεῖ τὰ ἑβδομήκοντα ἔτη, ἐν ἐκείνῳ τῷ χρόνῳ, ἐν ᾧ χειροτονεῖται, ἢ ἐν ᾧ τῇ κληρονομίᾳ προσέρχεται τις, ἢ ἐν ᾧ ἡ αἵρεσις, ἢ τῇ διαθήκῃ προσγραφεῖσα πεπλήρωται, οὐκ ἐντὸς τῶν χρόνων τῆς παραιτήσεως.

AUGUSTINUS. *A tutela et cura excusantur, qui septuaginta annos excesserunt. Excessisse autem eos oportet tum, cum creantur, aut cum hereditas adita est, aut cum conditio testamento scripta impleta est, non intra excusationis tempora eam aetatem implere.*

Modestinus unterscheidet also hier, ob die Vormunds-

20) L. 2. pr. D. h. t.

schaft von der Obrigkeit angetragen, oder in einem Testament bestellt worden ist. In dem ersten Falle ist der Zeitpunkt entscheidend, da die Berufung und der obrigkeitliche Antrag geschehen ist. In dem andern Falle einer testamentarischen Vormundschaft hingegen, kommt es, sagt Modestinus, auf die Zeit an, da die Erbschaft ist angetreten worden, also weder auf die Zeit des errichteten Testaments, noch auf die Zeit des Todes des Erblassers. Es ist zwar sonst bekannt, daß die Zeit der Antretung der Erbschaft zurückgerechnet wird auf die Zeit des Todes des Erblassers, und vermöge rechtlicher Fiction angenommen wird, als sey die Erbschaft schon gleich zur Zeit des Todes des Erblassers angetreten worden<sup>21)</sup>. Allein daß diese Fiction hier nicht in Anwendung kommen könne, hat schon der scharfsinnige Bachov<sup>22)</sup> sehr gründlich gezeigt. Da sich jedoch Antretung einer Erbschaft nur bey den sogenannten extraneis heredibus denken läßt, so fragt sich's, welcher Zeitpunkt in Betrachtung komme, wenn ein suus heres im Testament ernannt worden ist? Sui heredes sind, wie Ulpian<sup>23)</sup> sagt, gleich von dem Augenblick des Todes des Erblassers an Erben, und eben deßwegen sagt Gajus<sup>24)</sup>: In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt. Nun meint man zwar, die immixtio vertrete bey den

21) L. 54. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 193. D. de Reg. iuris.

22) Not. et Animadversion. ad Treutlerum Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 2. Lit. C. pag. 470.

23) L. 1. §. 7. D. Si quis omissa causa testam. (XXIX. 4.)

24) L. 14. D. de suis et legitim. heredib. (XXXVIII. 16.)



suis heredibus die Stelle der Adition<sup>25)</sup>). Denn Ulpian sagt in der angeführten Stelle: Quodsi postea se immiscuerint, *ex testamento videntur heredes*. Allein auf die Immixtion kann hier gar nichts ankommen, weil die testamentarische Vormundschaft gültig bleibt, wenn auch der *suus heres*, zu dessen Besten sie bestellt worden, abstinirt<sup>26)</sup>. So wie also, wenn ein *suus heres* ist zum Erben eingesetzt worden, alles, was im Testament ist angeordnet worden, sogleich vom Todes-Tage des Erblassers an, seine Gültigkeit erhält<sup>27)</sup>, eben so wird auch die darin bestellte testamentarische Tutel gleich von diesem Augenblick an deferirt, und bleibt gültig, wenn auch der *suus heres* nachher von der väterlichen Erbschaft abstinirt<sup>28)</sup>. Mit Recht sagt daher Cujaz<sup>29)</sup>: *Ut, extraneo herede scripto, tutelae, et cetera, quae in testamento scripta sunt, statim atque heres adierit, valent, ita, necessario herede scripto, fateor tutelae statim, atque is heres extiterit, quod contingit continuo a morte defuncti, valere*. Mit Unrecht tadelt hingegen Bachov<sup>30)</sup> seinen Treutler, welcher mit Cujaz gleicher Meinung ist.

Ist die testamentarische Tutel unter einer Bedingung bestellt worden, so wird auf die Zeit gesehen, da die

25) S. *Ant. Augustinus ad Modestinum h. L.* (in *Th. Otton.* Tom. IV. pag. 1567.)

26) S. den 29. Th. dieses Commentars S. 240.

27) *L. 68. §. 1. D. de legatis XXX. L. 6. §. 5. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.)*

28) S. oben §. 1356. Not. 35. S. 21.

29) *Commentar. ad h. Tit. Pandect. ad L. 2. eiusd.*

30) *Not. ad Treutlerum. c. 1. pag. 469.*

Bedingung existirt. Nam verum est, sagt Tryphoninus <sup>31)</sup>, non ante esse tutorem, quam dies venerit. Es muß also auch tempore conditionis existentis gewiß seyn, daß der Berufene schon über siebenzig Jahre alt sey.

Dieses Alter muß nun aber auch, sagt Modestin, gehörig bewiesen werden. Er fährt daher §. 1. fort:

Η δε ηλικία δεικνύται η̄ εκ παιδογραφιών, η̄ εκ  
 ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων.

*Aetas autem probatur aut natalis diei scriptura, aut aliis legitimis probationibus.*

Das schon überschrittene siebenzigjährige Alter kann also durch die Geburtslisten, durch Zeugen, und Urkunden bewiesen werden <sup>32)</sup>. Das äußere Anschauen, oder Ansehen (aspectus), welches Anton Faber <sup>33)</sup> auch unter die Beweismittel aufnimmt, kann hier wohl darum nicht entscheiden, weil es hier gerade auf ein zurückgelegtes Alter ankommt. Stand der Berufene zur Zeit der angelegten Vormundschaft zwar im siebenzigsten Jahre, er hatte es aber noch nicht zurückgelegt, so hilft es ihm nichts, sagt Modestin, wenn er es auch während der Excusationszeit erfüllt hätte.

Ob aber ein siebenzigjähriges Alter, wenn es überschritten ist, nur gegen eine angetragene Vormundschaft entschuldige, oder auch von schon übernommener Vormundschaft befreye, ist streitig. Joh. Boet <sup>34)</sup> behauptet auch

31) L. 45. §. 1. D. h. t.

32) S. den 21. Th. S. 307. ff.

33) Jurisprud. Papinian. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 4. pag. 1127.

34) Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7.

das Letztere, und der oben angeführte Grund dieser Entschuldigung scheint fast für diese Meinung zu sprechen. Eine ausdrückliche Entscheidung findet sich freylich darüber nicht. Indessen sprechen doch die Gesetze <sup>35)</sup> fast alle nur von der Entschuldigung gegen eine angetragene Vormundschaft. Nur die Institutionen <sup>36)</sup> scheinen mit Ulpian <sup>37)</sup> allgemein zu reden, und hierin setzt Voet seinen Hauptbeweis. Er hätte sich vielleicht auch noch auf die *L. 10. C. de Decurionibus* berufen können, wo die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren:

Si ultra septuagesimum aetatis annum patrem tuum esse Praeses provinciae perspexerit, eum personalium munerum vacatione perfrui providebit.

Allein sollte uns nicht schon die ängstliche Berechnung des siebenzigjährigen Alters, welche wir von Modestian gelernt haben, mißtrauisch gegen Voets Meinung machen? Daß es aber auch Ulpian's Meinung gar nicht gewesen sey, ein solches Alter als einen Entschuldigungsgrund gegen eine schon übernommene Vormundschaft gelten zu lassen, erhellet aus einer trefflichen Stelle der Vaticanischen Fragmente. Es ist der §. 238. *de Excusatione*. Eine Stelle, welche aus ULPIANI libro singulari de officio praetoris tutelaris genommen ist. Sie lautet folgendermassen.

Hi vero, quos valetudo, vel furor, vel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas, quas ante susceperant, deponunt. *Alia causa AETATIS est.*

35) *L. 2. pr. et §. 1. h. t. L. un. Cod. Qui aetate se excus.*

36) §. 13. *I. h. t.*

37) *L. 3. D. de iure immunitat.*

Daß hier unter aetas das Greisenalter verstanden werde, welches von Vormundschäften entschuldiget, ist außer Zweifel. Es wird dieses Wort in den Gesetzen<sup>38)</sup> nicht nur überhaupt für Senectus genommen, welches Brisson<sup>39)</sup> nicht bemerkt hat, sondern auch vorzüglich hier für ein Alter von siebenzig Jahren<sup>40)</sup>. Der Sinn der Worte: *alia causa aetatis est*, kann also, wie sie auch Herr von Buchholz<sup>41)</sup> ganz richtig erklärt hat, kein anderer seyn als der, daß ein Alter von siebenzig Jahren nicht so, wie Krankheit, auch zur Niederlegung einer bereits übernommenen Vormundschaft berechtige. Diese Meinung wird noch mehr dadurch bestärkt, daß ein Alter

38) L. 3. §. 7. D. de Scto Silan. (XXIX. 5.) Daher der Ausdruck *Senium aetatis*. L. 13. pr. D. de tutelis. *Privilegium aetatis*. L. 5. pr. D. de iure immunitat. *Beneficium aetatis*. *Lex Romana Burgundion*. Tit. XXXVI. lin. 30. pag. 105. (edit. Barckow. Gryphiswald. 1826.) Auch CICERO de Senect. cap. 14. sagt von Sophocles *adfectus aetate*, und NONIUS MARCELLUS de propriet. sermonum sagt gleich im Anfang, wo er das Wort *Senium* erklärt, die Alten hätten die *Senectus mala aetas* genennt.

39) De Verb. Signif. voc. Aetas. Auch nicht Eujaz Observat. Lib. VI. cap. 3. wo er von der Bedeutung des Wortes aetas handelt. Eben so wenig Dirksen in den Beyträgen zur Kunde des Röm. Rechts. S. 288. f. wo er auch das Wort aetas erklärt.

40) L. 1. §. 2. D. Quae sententiae sine appellat. (XLIX. 8.) L. 11. D. de vacat. et excus. muner. und die Ueberschriften der Titel im Codex: *Qui aetate se excusant*. (V. 68.) und *Qui aetate vel professione se excusant*. (X. 49.)

41) Vatican. Fragm. pag. 181. sq.

von siebenzig Jahren nicht einmal gegen angetragene Ehrenstellen, und solche munera entschuldigen soll, welche mit jenen verbunden sind, wie Ulpian <sup>42)</sup> und Papinian <sup>43)</sup> lehren. Sollten nun etwa weniger Geistes, und Körperkräfte zur Verwaltung der Ehrenämter erforderlich seyn, als zur Führung einer Vormundschaft? Freylich ist die Verwaltung einer Vormundschaft wegen der damit verbundenen Verantwortlichkeit und Vielfältigkeit der Geschäfte, besonders wegen der Rechnungsführung, oft viel lästiger und beschwerlicher, als die Führung eines Staats- und Ehrenamtes, und man glaubte es daher dem Greisenalter schuldig zu seyn, dasselbe mit einem so lästigen Amte zu verschonen, zumal da denn doch Abnahme des Gedächtnisses, der Geistes, und Körperkräfte gewöhnlich das Greisenalter zu begleiten pflegen. Tritt nun aber das Alter von siebenzig Jahren erst während der Führung einer früher übernommenen Vormundschaft ein, so wird der Richter zu beurtheilen wissen, ob sich bey dem Vormunde wirklich eine solche Schwäche eingestellt habe, welche ihn, eben so wie eine Krankheit, an der Fortführung der Vormundschaft hindert. Daß dieses nun freylich nicht immer der Fall sey, lehrt die Erfahrung. Wem nicht Beyspiele genug aus unserm Zeitalter bekannt sind, der erinnere sich an diejenigen, welche Cicero in seinem

42) L. 2. §. 1. *D. de vacat. et excusat. muner.* (L. 5.) *ULPIANUS libro III. Opinionum.* Numerus liberorum, aut septuaginta annorum ab honoribus aut muneribus his cohaerentibus excusationem non praestat, sed a muneribus tantum civilibus.

43) L. 8. *pr. D. eodem.* *PAPINIANUS libro I. Responsorum.* In honoribus delatis neque maior annis septuaginta, neque pater numero quinque liberorum excusatur.

trefflichen Cato Major *de senectute* aus dem Alters-  
thum aufstellt, wodurch er beweist, daß die das Greisen-  
alter anklagenden Schwächen kein eigenthümlicher Fehler  
desselben sind. Plato starb in seinem 81sten Jahre am  
Schreibtische, und Isocrates versichert, die Schrift,  
Panathenaeus betitelt, in seinem 98sten Jahre ge-  
schrieben zu haben. Ja sein Lehrer Gorgias von Leon-  
tium lebte volle 107 Jahre, ohne je in seinem Fleiße und  
in seiner Thätigkeit nachgelassen zu haben <sup>44)</sup>. Sollte sich  
also wohl ein solcher jugendlicher Greiß, der die Vor-  
mundschaft bisher mit voller Geisteskraft und Thätigkeit  
verwaltet hat, vor der Zeit mit seinem Greisenalter ent-  
schuldigen können? Ich würde ihn, als Richter, nicht  
freylassen. So dachte auch Accursius <sup>45)</sup>, und Franz  
von Amaya <sup>46)</sup>, Johann von Sande <sup>47)</sup>, Anton  
Perez <sup>48)</sup>, Lauterbach <sup>49)</sup>, und unter den neueren  
Rechtsgelehrten Thibaut <sup>50)</sup>, Schweppe <sup>51)</sup>, Mackel-  
dey <sup>52)</sup>, Mühlenbruch <sup>53)</sup> und von Buchholz <sup>54)</sup>

44) C. CICERO *de Senectute*. Cap. 5.

45) Gloss. ad L. 10. Cod. de Decurion. (X. 31.)

46) Commentar. in tres posterior. libros Cod. Imp. Justin.  
Tom. I. ad L. 2. et 46. C. de Decurionib. n. 59—66.  
pag. 370. sq.

47) Decision. Frisicar. Lib. II. Tit. 9. Definit. 5. (*Oper. a*  
*Joach. BURGERS editor. Antwerp. 1674. f. Tom. II.*  
pag. 64.)

48) Praelection. in Codicem. Lib. X. Tit. 49. nr. 3.

49) Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 8. vergl. mit §. 5.

50) System des Pandectenrechts 1. B. §. 518.

51) Röm. Privatrecht. §. 741. a. (Der 3. Ausgabe.)

52) Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. 2. B. §. 573. (8. Ausg.)

53) Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 314.

54) Vatican. Fragm. ad §. 238. pag. 182.

haben kein Bedenken gefunden, diese Meinung auch zu der andern zu machen.

§. 1356. c.

Die L. 3. C. *Qui aetate vel profess. se excusant* hat nichts geändert. Heutiges Recht.

Sollte denn aber vielleicht das Recht, von dem wir bisher gehandelt haben, durch das neuere Recht abgeändert worden seyn? Man sollte es beynabe glauben, wenn man liest, was die Kaiser Diocletian und Maximian L. 3. Cod. *Qui aetate vel professione se excusant.* (X. 49.) rescribirt haben. Hier heißt es:

*Manifesti iuris est, maiores quinquaginta quinque annis, invitos ad munera personalia vocari non posse. Cum itaque septuagenario maiorem te esse profitearis: si a nominatione facta appellationis auxilium interposuisti, tueri te notione Praesidis provinciae potes iure concesso.*

Allein daß hier die Kaiser kein neues Recht haben einführen wollen, beweisen ausserdem, daß überhaupt in den kaiserlichen Rescripten unsers Codex nicht leicht neue Rechtsätze anzunehmen sind<sup>55)</sup> schon gleich die Anfangsworte: *manifesti iuris est*, Sie setzen also hier ein allgemein bekanntes, altherkömmliches Recht voraus. Sodann ist auch hier gar keine Rede von einer Befreyung von Vormundschaften. Davon handelt Tit. LXVIII. Lib. V. Die ganze Titelfolge im roten Buche des Codex vom Tit. XXXI. *de Decurionibus* an lehrt hingegen, daß hier von *muneribus municipalibus* die Rede sey.

55) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

Da nun ein Alter von 55 Jahren von den muneribus decurionatus entschuldigte <sup>56)</sup>; so erklären viele <sup>57)</sup> das Gesetz von einer Befreyung von dem lästigen Amte eines Decurio. Weil es aber doch auch bey den Municipalämtern Regel war, daß nur ein zurückgelegtes Alter von siebenzig Jahren eine Entschuldigung gegen dieselben gewähre <sup>58)</sup>; so halten die meisten <sup>59)</sup> mit Eujaz <sup>60)</sup> die Lesart der an-

56) *L. 2. §. ult. D. de Decurionib. L. 11. D. eodem.* Warum ein schon vollendetes Alter von 55 Jahren vom Decurionate entschuldigte, erklärt sich daraus, weil das Decurionat unendlich lästiger war, als irgend ein anderes munus publicum. *S. Franc. de AMATA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. Lib. X. Tit. 31. ad L. 2. de Decurionib. nr. 63. pag. 370. vergl. mit Desselben Commentar. ad rubrum h. Tit. nr. 14 — 17. pag. 351 sq.*

57) *Franc. BALDUINUS Comm. ad §. 13. I. h. t. pag. 145. Jo. VORT Comment. ad Pand. Tom. II. Lib. L. Tit. 5. §. 3. Ev. OTTO Commentar. ad §. 13. I. h. t. Jos. FINSTRUBS et de MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris epitomar. libros. ad L. 17. §. 1. D. de muner. et honor. §. 4. in fin. pag. 403. und Christ. Gottl. BIERER ad Heineccii Institution. a Se edit. Lips. 1813. h. t. §. 293. not. 4. pag. 82.*

58) *L. 3. §. 6. D. de munerib. et honor. L. 2. §. 1. D. de vacat. et excusat. muner. L. 10. Cod. de Decurion.* *S. Frid. ROTH de re municipali Romanor. Lib. II. §. 34. pag. 124.*

59) *BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. II. Part. I. Disp. IX. Th. 2. Lit. C. Verb. Actas. pag. 469. Ant. PEREZ Praelection. in Cod. Lib. X. Tit. 49. nr. 1. Arn. VINIVS Commentar. ad §. 13. I. de Excusat. tut. vel curat. Pet. RANCIVS Tr. de iure municipali. Dist. I. §. 40. (in Supplem. novi Thes. Meerman. a Jo. L.*



geführten *L. 3. C.* für fehlerhaft. Es müsse nämlich *maiores LXX.* statt *LV. annis* gelesen werden. Denn vermuthlich sey der Irrthum aus einer Unrichtigkeit der römischen Zahlen entstanden, wie Radulph. Fornorius<sup>61)</sup>, Ruffard<sup>62)</sup> und Charondas<sup>63)</sup> bemerkt haben. Diese Meinung verdient nun auch allerdings den Vorzug. Denn daß das *quingenta quinque* in *septuaginta* zu verwandeln sey, zeigt Erstens schon der Nachsatz: *cum itaque septuagenario maiorem te esse profitearis.* Wozu war hier die Erwähnung eines siebenzigjährigen Alters nöthig, wenn nach kundbarem Rechte schon ein Alter von 55 Jahren entschuldiget? Zweitens haben ja dieselben Kaiser Diocletian und Maximian, von denen die *L. 3. Cod. cit.* herrührt, das Recht, was die Classifier in den Pandecten lehren, selbst ausdrücklich bestätigt. Man erinnere sich an die oben vorgekommene *L. 10. C. de Decurionib.* und dieß war gewiß das *manifestum ius*, was diese Kaiser in der *L. 3. cit.* im Sinne hatten, oder die Kaiser müßten sich selbst

*B. de MEBERMAN edit. pag. 467.) Ant. MATTHÆI Comment. ad Institut. ad §. 13. h. t. nr. 2. pag. 510. Joach. HOPPE Commentat. succ. ad Institut. ad §. 13. h. t. pag. 221. und Jo. Gottl. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Institut. §. 293. Not. \**

60) *Commentar. ad tres postrem. libros Cod. ad L. 3. Qui aetate vel profess. se excusant. X. 49. und Desselben Commentar. in Libr. I. Responsor. Papiniani ad L. 8. D. de vacat. et excusat. muner. (Opp. postum. Tom. I. pag. 36. sq.)*

61) *Rerum Quotidianar. Lib. III. Cap. 2. (in Th. I. R. Otton. Tom. II. pag. 197.)*

62) *Not. ad L. 3. C. Qui aetate vel profess.*

63) *Not. ad L. cit. 3.*

widersprochen haben. Drittens, wäre die L. 3. wirklich ein derogirendes Gesetz, wie könnte die L. un. C. *Qui aetate se excus.* neben derselben bestehen? da doch dieses Gesetz gewiß als ein geltendes Recht in den Codex aufgenommen worden, und Justinian selbst kein anderes Recht in den Institutionen gelehrt hat. Der ganze Zusammenhang setzt also hier die Nothwendigkeit der *Exstit* außer Zweifel<sup>64)</sup>. Diese wird nun aber noch besonders dadurch unterstützt, daß Cujaz bezeugt, Er habe in mehreren Manuscripten die Lesart *septuaginta* angemerkt gefunden.

Wo nicht die Landesgesetze ein gewisses Alter bestimmt haben, welche es denn häufig schon bey einem Alter von sechzig Jahren bewenden lassen<sup>65)</sup>, entscheidet jetzt gewöhnlich in vorkommenden Fällen das richterliche Ermessen darüber, ob und in wiefern Jemand nach der Beschaffenheit seines Alters noch eine Vormundschaft zu führen im Stande sey<sup>66)</sup>. Alterschwäche, welche zur Führung

64) Man vergl. hier die treffliche Abhandlung von Thibaut über die *Senectus*; (im Archiv für die civilist. Praxis. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. VIII. Band. Nr. II. S. 74. ff. besonders aber S. 85 — 89.) Ihm stimmt auch Zimmern in der Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. S. 121. Not. 32. S. 436. bey.

65) S. das allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 208. Nr. 7. und das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterreichische Monarchie. 1. Theil. 4. Hptst. §. 195. Manche Land- und Stadtrechte haben jedoch das Alter von 70 Jahren beybehalten. 3. B. das Ostfriesische Landrecht. Lib. II. Cap. 224. und der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation. Th. VII. Tit. 3. §. 2.

66) S. LAUTERRACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. in fin.

einer Vormundschaft ganz unfähig macht, hält man mit Recht für eine *excusatio necessaria*.

§. 1356. d.

5) Unkunde im Lesen und Schreiben. 6) Feindschaft. Ergänzung einiger Excusationen.

Ob und in wiefern Unkunde im Lesen und Schreiben excusire, ist schon an einem andern Orte <sup>67)</sup> zur Sprache gekommen. Hellfeld führt sie hier unter Nr. 11. an. Sie entschuldigt aber nicht immer. Völlige Geschäftsunkunde (*rusticitas*) hingegen kann unfähig machen, ja Remotion bewirken <sup>68)</sup>. Daß Feindschaft, in welcher Jemand mit dem Pupillen lebt, oder die er gegen desselben Eltern hegte, bald eine *excusatio necessaria*, bald nur eine *voluntaria* giebt, wie Hellfeld noch am Schluß dieses §. bemerkt, ist auch schon an einem andern Orte <sup>69)</sup> ausgeführt worden. Folgende Excusationen sind aber hier noch zu ergänzen. 1) Das Wohnen an einem

Mittermaier's Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 577. (der 3. Ausgabe.) Hiermit stimmen auch mehrere deutsche Stadt- und Landrechte überein. 3. B. die Fränkische Landgerichtsordnung. 3. Th. Tit. 9. §. 2. der Stadt Nürnberg verneute Reformation von 1564. Tit. XXXIX. 5. Gesetz und das Bayerische Landrecht 1. Th. 7. Rgp. §. 21. S. de Zwintain Diss. de excusationib. tutor. et curator. §. XIII.

67) S. den 29. Th. §. 1501. a. S. 114 — 120.

68) L. 3. §. 18. *D. de suspect. tutor.* Ueber die Erklärung des Ausdrucks *rusticitas* ist Mühlenbruch über *idris* und *facti ignorantia*, in dem Archiv für die civilist. Praxis, 2. B. Nr. XXXV. S. 446. zu vergleichen.

69) S. den 29. Th. §. 1501. S. 85 — 90.

andern Orte, als wo man zum Vormund bestellt worden ist, nach einer Constitution der Kaiser Severus und Antoninus. Paulus gedenkt dieser Excusation *libro singulari de cognitionibus* 70).

Sed et hoc genus excusationis est, si quis se dicat *ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam datus est*, idque Imperator ANTONINUS cum divo patre significavit.

In den Vaticanischen Fragmenten §. 203. h. t. 71) kommt eine ähnliche Stelle vor.

Est et hoc genus excusationis, si quis se dicat *domicilium non habere Romae, ibi delectus ad munus* 72), vel in provincia, ubi domicilium non habet, idque et *Divus MARCUS* Pertinaci et Aeliano Cons. rescripsit.

In Beziehung auf §. 173. wäre diese Stelle aus Ulpian *de officio praetoris tutelaris*, welcher diesen Entschuldigungsgrund noch durch ein Rescript des Kaisers Marcus unterstützt.

2) Wenn ein Theil der Güter des Pupillen außer dem Geschäftsbezirk des Vormundes oder in einer andern Provinz liegt. Hier kann der Vormund bitten, daß er wenigstens von der Verwaltung dieser Güter befreyt, und für dieselben andere Vormünder bestellt werden. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

70) L. 46. §. 2. D. h. t.

71) S. de Buchholz Juris civ. Antejust. Vatican. fragm. pag. 156. und Desselben Commentar. ad §. 203.

72) Welche unter *Romae dati tutores* zu verstehen sind, erklärt Tryphoninus L. 45. §. 3. D. h. t.

L. 21. §. 2. D. h. t. MARCIANUS libro II. 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 tutores in provincia Praesides eius.

§. 4. Habenti ergo tutorem tutor datur: sed aliarum rerum, non earundem datur.

L. 27. pr. D. de tutorib, et curator. dat. HERMOGENIANUS libro II. Juris Epitomarum. Pupillo, qui tam Romae, quam in provincia facultates habet, rerum, quae sunt Romae, Praetor: provincialium, Praeses tutorem dare potest<sup>75)</sup>.

In Ansehung der testamentarischen Vormünder führt Modestini noch ein besonderes Rescript der Kaiser Septimius Severus, und Antoninus Caracalla an.

L. 10. §. 4. D. h. t. MODESTINUS libro III. Excusationum. Καὶ οἱ κατὰ διαθήκας δοθέντες ἐπίτροποι παραιτήσονται κατὰ νόμους τὸν χειρισμὸν τῶν ἐν ἄλλῃ ἐπαρχίᾳ ὄντων κτημάτων: ὡς δηλοῖ ἡ ὑποτεταγμένη τοῦ Δειοτάτου Σηβήρου διάταξις.

AUGUSTINUS. Etiam hi, qui testamento tutores dati sunt, iure excusabunt se a gubernatione earum rerum, quae in ALIA PROVINCIA sunt: ut infra scripta SEVERI constitutione manifestum est.

Divi SEVERUS et ANTONINUS Augusti Valerio.

75) Posse wird hier nicht für debere genommen, wie es einige erklären wollen. S. Jos. FINSTRAS et de MONSALVO Commentar. in Hermogenian. ad h. L. §. 5. pag. 556.

Testamento tutor datus, ante praefinitum diem adire Praesidem provinciae <sup>74)</sup> debuisti, et postulare, ut ab administratione earum rerum, quae in alia provincia erant, liberareris <sup>75)</sup>.

L. 19. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Illud usitatissimum est, ut his, qui in Italia domicilium habent, administratio rerum provinciarum remittatur.

Der Vormund muß sich nur aber binnen der gesetzten Zeit gehörig entschuldigen; hat er dieses versäumt, so kann er nur, wenn der Geschäftskreis gar zu sehr zerstreut ist, um Beyordnung von Curatoren bitten, wie der Kaiser Alexander I. 11. C. h. t. rescribirt hat.

Testamento tutor datus, ut a bonis his excusareris, quae pupilli tui in alia provincia, quam unde es, ubique moraris, possident: intra quinquagesimum diem postulare debuisti. Quod si facere cessasti, excusatio quidem temporis praescriptione summovetur: sed propter late diffusum patrimonium an tibi adiungi aliquos curatores oporteat, Praeses provinciae, si te insufficientem deprehenderit, aestimabit.

74) Die Worte *Praesidem provinciae* stehen zwar nicht in der florentinischen Ausgabe, aber in den meisten andern, z. B. Salvoandrischen, Merlinischen, Miränschen, Baudozischen, u. m. a. auch in der neuesten Beckischen Ausgabe.

75) Eine noch bisher gehörige, jedoch lückenhafte Stelle kommt in den Vaticanischen Fragmenten §. 205. vor, worüber de. Buschnolz pag. 158. zu vergleichen ist.

3) Befreyt ein die Veränderung des Wohnorts ausdrücklich gestattendes Migrationsrescript nicht nur von einer neu angetragenen, sondern auch von einer schon übernommenen Vormundschaft. Es muß nur der Regent gewußt haben, daß derjenige, an dem es rescribirt, Tutor sey. Der Vormund darf also diesen Umstand, daß er Tutor sey, in seiner Supplic nicht verschwiegen haben, wenn das Rescript nicht für erschlichen gehalten werden soll. Daher wird auch erfordert, daß in dem Migrationsrescripte der Tutel gedacht, und derselben ungeachtet, die Veränderung des Wohnsitzes ausdrücklich erlaubt worden sey. Modestinus hat sich über diese Excusation folgendermassen geäußert. Er sagt nämlich *libro III. Excusationum* <sup>76)</sup>.

Ἐἰσὶν καὶ ἄλλοι, οἱ, καὶ ἤδη ὄσιν ἐπίτροποι ἢ κούρατορες, διηνεκῶς λοιπὸν ἀποκλύονται τῆς φροντίδος οἷον οἱ τὴν ἐστίαν ἀλλαγῆς μεταδεῖναι τυχόντες ἐξ ἀντιγραφῆς βασιλέως εἰδότες μὲν αὐτὸν ἐπιτροπεύειν, τὸ δὲ μετοικῆσαι ῥητῶς αὐτῷ φιλοτιμουμένου, καὶ τούτων ἐκάτερον δηλοῦντος, τοῖς γράμμασιν.

AUGUSTINUS <sup>77)</sup>. *Sunt et alii, qui, quamvis sint iam tutores aut curatores, in perpetuum deinceps onere liberantur. Ut qui domicilium alio mutare ex Imperatoris rescripto consecuti sunt: si modo princeps norit eos tutores esse, et aperte mutationem domicilii concedat, et UTRUMQUE literis significet.*

76) L. 12. §. 1. D. h. t.

77) In *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 1594.

Daß das Migrationsrescript Beydes, Kenntniß des Regenten, daß derjenige, an den er rescribirt, Tutor sey, und daß er die Veränderung des Wohnorts dem Vormund erlaube, ausdrücklich enthalten müsse, bestärken auch die Basiliken <sup>78)</sup>, in denen es heißt:

- 78) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 12. in fin. pag. 7. Das Gegentheil behauptet dennoch H. Prof. Marezoll im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von den Hh. von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. VIII. B. wo Nr. X. ein Aufsatz unter dem Titel: Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen aus dem Gebiete des Civilrechts, von ihm befündlich ist, Er hat darin §. V. S. 266—268. unser Gesetz zu erklären gesucht, aber nicht den griechischen Text des Modestinus, mit dem die *Basilica* vollkommen übereinstimmen, sondern die ganz falsche lateinische Uebersetzung des alten Auslegers zum Grunde gelegt, und sich daher ganz vergeblich bemüht, in diese Uebersetzung einen vernünftigen Sinn hinein zu interpretiren. Das Wort *ἐκάρερον* heißt hier keinesweges *alterutram*, wie es der alte Interpret unrichtig übersezt hat, sondern *utramque*, wie es Anton Augustin gegeben hat. Eine Bedeutung, die bey den griechischen Classikern so sehr gewöhnlich ist. Man vergleiche nur Herodoti *Histor.* Lib. IX. cap. 26. pr. edit. Dav. Schulz. Vol. I. (Halis 1809.) pag. 293. in fin. und Desselben Index Graecitatis voc. *ἐκάρερον*. Vol. II. pag. 429. Herodiani *Historiar.* Lib. III. Cap. 6. nr. 10. cap. 7. nr. 4. et 6. IV. cap. 3. n. 13. et 18. und Balth. Schrid Promptuar. Herodiani seu Index Herodiani absolutiss. adject. edit. *Herodiani* (Argentor. 1662. 8.) Tom. II. voc. *ἐκάρερον*. pag. 153. PLATONIS *Phaedrus* pag. 211. *Gorgias* pag. 269. *Phaedo* pag. 559. (Oper. a Frid. Astio edit. Lips. 1819. Tom. I.) Vergleiche noch *Ξενοφώντος Κυρου Παιδείας βιβλία ὀκτώ* mit erläuternden Anmerkungen und einem griech. teutschen Wort-Register von



ἐν ᾧ ᾔδει αὐτὸν ὁ βασιλεὺς ἐπιτροπὸν, καὶ ῥη-  
τῶς ἐν τῇ κελεύσει καὶ τῆς μετοικίας, καὶ  
τῆς ἐπιτροπῆς ἐμνημόνευσεν.

Das heißt nach Fabrots Uebersetzung: *si modo eum tutorem esse princeps scierit, et palam in iussione migrationis et tutelae mentionem fecerit.*

Eine Alternative (*alterutrum*) kann schon darum nicht genügen, weil ja die Obrigkeit, bey der sich der Vormund mittelst des Migrationsrescripts entschuldigen will, dem Rescript nicht ansehen kann, ob auch der Regent von dem vormundschaftlichen Verhältniß des Supplicanten Wissenschaft gehabt habe, wenn es nicht im Rescript selbst steht. Daß jedoch der Regent dem Vormunde in dem Migrationsrescript ausdrücklich auch eine Befreyung von der Vormundschaft ertheile, wird nicht erfordert, wie Anton Faber 79) sehr richtig bemerkt hat. Ist der Vormundschaft nur wenigstens in dem Rescript Erwähnung geschehen, so ergiebt sich die Befreyung von derselben aus der ertheilten Erlaubniß zur Migration von selbst. Z. B. es heißt in dem Migrationsrescript. „Der Bürger N. hat bey Uns allerunterthänigst vorgestellt, daß er aus

Becherlin. (Stuttgart 1807.) im Register voc. ἐκάρτερος. S. 491. und THEOPHIDES de bello Peloponnes. Lib. IV. c. 15. et V. c. 25. Schon Franc. DUARENUS in Comm. in h. Tit. Pandect. Oper. pag. 307. bemerkte daher bey der L. 12. §. 1. h. t. quae lex male versa est, in ea legendum est *utrumque*, ubi interpres vertit *alterutram*. Vorzüglich ist aber noch van ALPHEN Specim. exhib. selecta quaed. iuris publ. et privati. Cap. II. pag. 48. zu vergleichen.

79) Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Prino. I. Illat. 2. pag. 1106.

verschiedenen Ursachen entschlossen sey, seinen Wohnsitz zu verändern, und um Unsere Erlaubniß dazu nachgesucht. Obwohl nun Supplikant Vormund der Kinder des verstorbenen N. ist, so haben Wir dennoch kein Bedenken gefunden, ihm die nachgesuchte Veränderung seines Wohnsitzes zu gestatten.“

§. 1356. e.

Fortsetzung. *Controversia status. Lis.*

4) *Status controversia*, es mag nun entweder, wie die Institutionen sagen, der status des Vormundes von dem Vater der Pupillen bestritten worden seyn, oder wie die Pandecten haben, der status des Pupillen von dem Vormunde in Streit gezogen werden, giebt ebenfalls nach Rescripten der Kaiser Marcus Antoninus und Lucius Verus eine Excusation sowohl gegen angetragene, als bereits übernommene Vormundschaft. In den Institutionen heißt es §. 12. *h. t.*

*Item qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.*

In den Pandecten <sup>80)</sup> aber sagt Modestinus in einer aus desselben *libro II. Excusationum* entnommenen Stelle:

Ἐτι ἀπολύεται ἐπιτροπῆς, ὅποταν ἀμφισβήτησιν τις τῷ ὀρφανῷ περὶ τῆς καταστάσεως κινή, φαίνεται δὲ τοῦτο μὴ συγκοφαντία ποιῶν, ἀλλ' ἐκ καλῆς πίστεως· καὶ τοῦτο οἱ δειώτατοι Μάρκος καὶ Βηρος ἐνομοδέτησαν.

<sup>80)</sup> L. 6. §. 18. *h. t.*

AUGUSTINUS <sup>81)</sup>. *Praeterea a tutela liberatur, qui status controversiam pupillo movit, dum ne id ficte, sed bona fide faciat: quod Divus MARCUS et VERUS constituerunt.*

Der Ausdruck *Controversia status* oder quaestio de statu, ist nicht bloß mit den Auslegern der Institutionen, Franz Hotoman, Franz Bröus, und Arnold Binnius auf eine Bestreitung der Freyheit, oder Ingenuität zu beschränken. Er geht auch auf eine Bestreitung der Civität. Denn der Stand der Freyheit und der Civität wird im eigentlichen Sinne des Röm. Rechts status genennt <sup>82)</sup>, und auch nur auf diese quaestiones de statu bezog sich die durch ein Edict des Kaisers Nerva eingeführte praescriptio quinquennii, vermöge welcher nach Ablauf einer Zeit von fünf Jahren über den Status Verstorbener keine Untersuchung mehr Statt haben soll <sup>83)</sup>.

Die Worte *ἐκ καλῆς πίστεως*, *bona fide*, bey Modestin wollen so viel sagen, die quaestio status müsse im Ernst, und nicht aus Schikane, oder zum Schein, und bloß in der Absicht erhoben seyn, um von der Vormundschaft loszukommen, so wie auch Hotoman und Binnius diese Stelle ganz richtig erklärt haben.

Sonst entschuldiget ein bloßer Proceß des Vormunds des mit dem Pupillen in der Regel nicht, es müßte denn etwa das ganze Vermögen des Mündels, oder der größte

81) S. Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 1582.

82) S. von Feuerbach *civilist. Versuche* 1. Th. S. 187. ff.

83) *L. 4. pr. D. Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.* (XL. 15.) S. Zimmern *Gesch. des Röm. Privatrechts.* 1. B. 2 Abth. §. 118.

Theil desselben, oder eine Erbschaft Gegenstand des Rechtsstreits seyn.

§. 4. *I. h. t.* Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare nemo se potest: nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.

*L. 21. pr. D. h. t. MARCIANUS libro II. Institutionum.* Propter litem, quam quis cum pupillo habet, excusare se a tutela non potest, nisi forte de omnibus bonis, aut plurima parte eorum controversia sit <sup>84)</sup>.

Julian *libro XX. Digestorum* <sup>85)</sup> giebt hier den Fall: Der Pupill ist enterbt, und der nächste gesetzliche Verwandte ist zum Erben und Tutor ernannt. Hier kann sich der Vormund entschuldigen, und thut er es nicht, so kann er sogar removirt werden.

Durch die *Nov. LXXII. Cap. 1.* dürfte jedoch das Institutionen- und Pandectenrecht hierin wohl eine Aenderung erlitten haben, wie ich schon an einem andern Orte <sup>86)</sup> gezeigt habe.

Auch häuslicher Zwist kann nach Rescripten *Hadriani*, und der *divorum Fratrum* eine Excusation

84) In den *Vatican. Fragm.* §. 159 kommt auch eine hieher gehörige Stelle vor: De litibus, quas tutor cum pupillo habet, an propterea excusetur? Et dicit, propterea non excusandum: et extant rescripta.

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

86) *S. den 29 Th. §. 1501. S. 50. u. ff.* Man vergleiche auch *Hub. GIPHANII* und *Ann. VINNI* Commentar. ad §. 4. *I. h. t.* und *Ant. FABRI* Jurispr. Papin. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. 4. pag. 1129.

herbenführen, wie aus einer Stelle des Paulus *libro singulari de officio praetoris tutelaris* in den Vaticanischen Fragmenten §. 244. erscheint <sup>87)</sup>.

Mediocritas, et rusticitas, et *domesticae lites* <sup>88)</sup> interdum excusationes merentur, ex epistolis divorum HADRIANI et ANTONINI et *Fratrum ad Caerellium Priscum praetorem tutelarem*.

## §. 1356. f.

## Excusation von der Curatel.

Endlich 6) ist noch eine, aber nur der Curatel über einen Minderjährigen eigene Excusation übrig, nämlich wenn man schon die Tutel über denselben geführt hat. Hier kann man sich nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus die Curatel über denselben, nach eingetretener Pubertät, verbitten, und zwar auch sogar dann, wenn selbst der Vater, der den Vormund im Testamente bestellt hat, ausdrücklich verordnet hätte, daß er denselben auch zum Curator ernannt habe. Denn auch in diesem Falle soll der Vormund nicht wider seinen Willen genöthiget werden können, die Curatel zu übernehmen, weil es die Gesetze für hart halten, Jemanden in Ansehung der nämlichen Person mit einer doppelten Last zu belegen <sup>89)</sup>. Hierher gehören folgende Stellen.

87) Man vergleiche über diese Stelle de BUCHHOLTZ Vatican. Fragm. pag. 185.

88) Beispiele enthalten L. 27. D. de testam. tut. L. 20. D. de Excusat. L. 16. C. eodem. S. de BUCHHOLTZ c. 1.

89) S. Ant. FABRI Jurispr. Papin. Tit. XXIV. Pr. 1. Illat. 2. pag. 1110.

*Vaticana Fragmenta* §. 200. (vielleicht aus *Ulpian de officio Praetoris tutelaris*.) Erit haec etiam excusatio, si quis se dicat tutelam alicuius administrare, et ad curam eius vocetur. Nam invitum non esse compellendum suscipere, Imperator noster cum patre Polo Terentiano rescripsit.

*PAULUS Sententiar. Receptarum Lib. II. Tit. 27.*  
§. 2. Ad curam eius, cuius quis tutelam administravit, invitus vocari non potest <sup>90</sup>).

§. 18. *I. h. t.* Qui tutelam alicuius gessit, invitus curator eiusdem fieri non compellitur: in tantum ut, licet pater <sup>91</sup>), qui testamento tutorem dedit, adiecerit se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, Divi SEVERUS <sup>92</sup>) et ANTONINUS rescripserunt.

*L. 16. D. h. t. MODESTINUS libro II. Responsorum.* Gaius testamento Nigidium filio suo tutorem dedit, eundemque usque ad vicesimumquin-

90) S. Hugo Jus civ. Antejust. Tom. I. pag. 128.

91) Cujas hat paterfamilias, allein alle andere Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen pater. Die ältere Ausgabe der Institutionen von Johann Petit Paris 1516. 4. las zwar auch paterfamilias, allein die neuere Paris 1531. 4. liest pater. Auch Theophilus hat πατήρ.

92) Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. Cap. 17. pag. 528. will Divi Verus et Antoninus lesen. Es fehlt auch nicht an Handschriften, welche hier divi fratres lesen, wie z. B. unser Erlanger Institutionen - Codex. Allein mit Recht hat diese Emendation verworfen PÜRTMANN Interpretat. et observat. Cap. III. Man vergleiche hier noch den 51. Theil §. 1554. a. Not. 79. S. 191.

tum annum curatorem constituit. Quaero, cum liceat Nigidio a curatione etiam citra appellationem se excusare<sup>\*)</sup>, ex qua die tempora, quae in excusationibus observanda *Divus MARCUS* statuit, computanda sunt: utrum ex die aperti testamenti, an ex quo ad negotia gerenda vocatur, id est, post quartumdecimum annum impletum? *MODESTINUS* respondit, *excusationem a cura tunc necessariam esse, cum decreto Praetoris seu Praesidis confirmatus curator fuerit.*

*Modestin* bestätigt hier, was *Justinian* in seinen Institutionen sagt, nämlich daß auch durch das Testament des Vaters dem Vormunde das ihm nach den Gesetzen zustehende Excusationsrecht nicht entzogen werden könne. Die Disposition des Vaters kann schon darum den Vormund nicht binden, weil im Testament kein Curator gültig bestellt werden kann. Erst durch die obrigkeitliche Bestätigung wird die Curatel gültig. Nun erst ist es Zeit sich zu entschuldigen. Nun muß sich aber auch der Vormund binnen der gesetzlich bestimmten Zeit entschuldigen, weil er sonst die Curatel zu übernehmen genöthiget werden könnte<sup>93)</sup>. So erklären sich nun die Worte: *Excusationem a cura tunc necessariam esse, cum decreto Praetoris confirmatus curator fuerit.* Denn erst von der Zeit der Confirmation an gilt der bisherige Tutor nun auch als Curator<sup>94)</sup>.

L. 20. C. h. t. Imp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN.

\*) S. HUBERI Praelect. h. t. §. 9.

93) L. 32. D. h. t. L. 3. §. 6. D. de suspect. tutor.

94) S. Jac. CUIACII Comment. in Lib. II. Responsor. Herennii Modestini ad h. L. 16. (Oper. postum. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 150.)

AA et CC. Cratino. Curator adultis nominatus, quorum tutor antea fueras, invitus in administratione teneri non potes. Proinde si dies excusationibus praefinitus nondum excessit, uti competenti defensione potes.

Den Freygelassenen, welche die Tutel über die Kinder ihres Patrons oder ihrer Patronin geführt hatten, kam jedoch nach einer Verordnung des Kaisers Alexander <sup>95)</sup> die excusatio a cura nicht zu Statten, so wie denn Freygelassene überhaupt sich gegen solche Tutelen nicht sollten entschuldigen dürfen <sup>96)</sup>. Man hielt den Freygelassenen für undankbar, welcher die ihm über die Kinder seines Patrons angetragene Vormundschaft abzulehnen suchte <sup>97)</sup>. Ob die liberti auf Seiten der Pupillen paterni oder materni sind, ist gleichviel <sup>98)</sup>.

Befreyt denn aber die über einen Unmündigen geführte Tutel auch noch jetzt von der Curatel des nun mündig gewordenen Pupillen? Diese streitige Rechtsfrage ist schon an einem andern Orte <sup>99)</sup> vorgekommen, worauf ich mich hier beziehen will.

95) L. 5. C. h. t.

96) Vatican. Fragm. §. 152. h. t. De libertis quoque, quamvis multa privilegia excusationum praetendant, tamen a patroni sui liberorum tutela non excusantur. Vergleiche auch noch §. 160. In der L. 5. C. h. t. wird dieses einer Verordnung des Divus MARCUS zugeschrieben.

97) L. 19. D. de iure patronat. (XXXVII. 14) PAULUS lib. I. Sententiar. Ingratus libertus est, qui res patroni, filiorumve tutelam administrare detrectat.

98) Vatican. Fragm. h. t. §. 220. und L. 14. pr. D. h. t. S. de BOCHWOLTZ pag. 166.

99) S. den 30. Eb. §. 1322. c. S. 75. f.



## §. 1356. g.

Nachtrag zum §. 1356. d. die L. 21. §. 2. D. h. t. betreffend.

Ich muß, ehe ich diesen §. verlasse, noch eine Bemerkung nachholen, welche die oben S. 61. angeführte L. 21. §. 2. D. h. t. betrifft. Dieses Gesetz ist unter den Beweisstellen für diejenige Excusation angeführt worden, welche dem Vormunde in Ansehung der in einer andern Provinz gelegenen Güter seines Mündels zusteht, für welche er um die Bestellung eines besondern Vormundes bitten kann <sup>100)</sup>. In dieser Gesetzstelle kommen die Worte vor: *nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit*. Diese will nun Gerh. Noodt <sup>1)</sup> wegstreichen, weil sie offenbar Glosse eines Interpreten wären, welche an sich nichts relevirend, den Sinn sichtbar störten. Dagegen will ich nur erinnern, daß die Basiliken <sup>2)</sup> dieselben Worte haben: *εἰ μὴ τῆς αὐτῆς ἐπαρχίας εἴσιν*. Es läßt sich also wohl die Richtigkeit derselben eben so wenig bezweifeln, als sich mit Grund behaupten läßt, daß sie den Sinn stören sollten.

## §. 1357.

Anbringen der Excusation. Fristen derselben, und deren Berechnung.  
Rechtliches Verfahren. Folgen falscher Excusation.

Wem nun eine Excusation zusteht, muß sie auf die gehörige Art binnen der gesetzten Zeit vor Gericht anbringen

100) Kommt der Fall bey Curatoren vor, so muß es nach L. 2. C. h. t. den Curanden überlassen werden, sich für diese Güter Curatoren zu erbitten.

1) Commentar. ad Dig. h. t. §. Transeo. Tom. II. Oper. pag. 570.

2) Tom V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 20. pag. 11.

gen und ausführen <sup>3)</sup>. Diese Verhandlung geschieht bey dem Magistrate, dem die Obervormundschaft zusteht, oder wie sich die Gesetze ausdrücken, *apud competentem iudicem, cuius de ea re notio est* <sup>4)</sup>, aber jetzt nicht mehr, wie ehemals gegen obrigkeitliche Ernennung oder Confirmation der Fall war, im Wege einer Appellation, sondern wie es auch sonst schon bey den gesetzlichen, und gesetzmäßig bestellten testamentarischen Vormündern immer geschehen seyn mochte <sup>5)</sup>, durch mündliches Vorbringen vor dem Tribunal. Die Nothwendigkeit der Appellation ist nun auch in jenen beyden erstern Fällen durch eine Constitution der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla aufgehoben worden, und zwar mit Recht. Denn durch die obrigkeitliche Ernennung zum Vormunde oder Confirmation ist ihm ja noch nichts von seinem Rechte benommen. Die Berufung geschieht überdem ohne eine förmliche Sentenz <sup>6)</sup>. Wie konnte also der Berufene sagen, er sey durch das obrigkeitliche Decret gravirt? Appellation bey dem bloßen Anbringen der Excusation, um solche auf diesem Wege geltend zu machen, findet also

3) Man vergleiche *Jac. Cujacii Commentar. ad L. 15. D. h. t. Ant. Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. VII. pag. 1134 — 1140. Hug. Donelli Commentar. iuris civ. Lib. III. Cap. 9. §. 49 — 60. (Volum. II. edition. Norimberg. noviss. 1805. 8. pag. 132 — 139.) Franc. Duareni Comment. ad h. Tit. Pand. (Oper. pag. 305. sq.) und Ger. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Transeo. (Opp. Tom. II. pag. 569. sq.)*

4) *L. 2. L. 6. Cod. h. t.*

5) *G. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 242. S. 909.*

6) *G. Donellus c. 1. §. 50.*

nun nicht mehr Statt?). Nur dann soll nach einer Verordnung des Kaisers Marcus eine wirkliche Appellation zulässig seyn, wenn eine gehörig vorgebrachte Excusation durch eine förmliche Sentenz des competenten Richters ohne hinreichenden Grund verworfen, und dadurch der sich excusirende Vormund wirklich gravirt worden ist. Hierher gehören folgende merkwürdige Gesetzstellen.

*L. 13. pr. D. h. t. MODESTINUS libro IV. Excusationum.* Εἰδέναι χρῆ, ὅτι οὔτε οἱ χειροτονηθέντες ἐπίτροποι, οὔτε οἱ κατὰ διαδήκην δοθέντες ἐκκαλεῖσθαι ἀνάγκην ἔχουσιν, ὡς δηλοῖ διάταξις τῶν δειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου. Τοῦτο δὲ παραφυλάττειν δεῖ καὶ ἐπὶ τῶν χειροτονηθέντων κουρατόρων ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων. Κατὰ μέντοι τῶν ψήφων τῶν ἐκβαλλούσων αὐτοῖς τὰς ἐξκουσατίνας ἄδειαν ἔξουσιν ἐκκαλεῖσθαι.

*AUGUSTINUS. Scire oportet, neque creatos tutores, neque testamento datos provocandi necessitatem habere, ut ex constitutione Divorum SEVERI et ANTONINI apparet. Quod etiam observari convenit in creatis curatoribus. Nam valde*

- 7) Doch nur bey Vormundschaften. *L. 18. C. h. t.* Bey andern muneribus ist die Appellation geblieben. *L. 1. §. 2—4. D. Quando appellandum. L. 1. pr. et §. 1. D. de vacat. et excusat. mun.* Geschieht also in den Gesetzen bey Excusationen noch der Appellation Erwähnung, wie z. B. *L. 4. D. h. t. L. 59. §. 6. D. de admin. tut. L. 2. L. 28. D. de tutor. et curat. dat. u. a.* so sind solche Gesetzstellen immer von einer Appellation gegen Verwerfung der Excusation zu verstehen, wie *Arn. VINNIUS* in *Comm. ad §. 16. I. h. t. nr. 1.* sehr richtig bemerkt hat.

*sunt pauca ea, in quibus curatores a tutoribus differant. Sane a sententiis, quae eis excusationes auferunt, provocare licet.*

L. 1. §. 1. D. *Quando appellandum sit.* (XLIX. 4.) ULPIANUS libro I. de Appellationibus. Si quis tutor datus fuerit vel testamento, vel a quo alio, qui ius dandi habet, *non oportet eum provocare*, hoc enim Divus MARCUS effecit, sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, *et si fuerit repulsa, tunc demum appellare debet*: ceterum ante frustra appellatur.

Hieraus erklärt sich nun, wenn Justinian in seinen Institutionen §. 16. sagt:

*Qui autem excusare se volunt, non appellant.*

Theophilus fügt in seiner griechischen Paraphrase aus den angeführten Gesetzen noch die Worte hinzu: τότε γὰρ ἢ ἐγκλητος ἀναγκαῖα, ὅτε τις χρησάμενος τῇ ἐξκουσάτιονι μὴ κρατήσῃ τοῦ ἀγῶνος, welche Reiz so übersetzt hat. *Tunc enim appellatio est necessaria, quum quis excusatione utens, litem non obtinuerit.*

Daß die Excusationssache vor dem Tribunal des competenten Magistrats verhandelt werden mußte, hatte seinen Grund darin, weil sie eine gerichtliche Untersuchung, und ein Decret erforderte, wodurch die Excusation entweder für rechtmäßig erkannt, oder verworfen wurde. Daher mußte auch bey der Verhandlung der Excusationssache derjenige mit vorgeladen, und mit seinen Einwendungen gehört werden, dem an der Bestellung des Vormundes gelegen war<sup>B)</sup>.

B) L. 1. C. *Si tutor vel curator falsis allegationib. excusatus sit.* (V. 65.) L. 37. D. h. t. C. Jul. a ΒΕΥΜΑ

Hieraus erklärt sich, wenn die Gesetze von einer *contradictio* 9), von einer *lis* 10) sprechen, und einen *adversarius* 11) aufstellen. Nur solche Sachen konnten vor Gericht *de plano* abgethan werden, welche keine *causae cognitio* erforderten. Daher sagt Ulpian *libro XXXIX. ad Edictum* 12): *Si causa cognita honorum possessio detur, non alibi dabitur, quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita honorum possessio alibi, quam pro tribunali peti potest.* Auf das bloße Anführen der Excusation konnte also der Prätor noch kein entscheidendes Decret erteilen. Dieß ist es, wenn Ulpian *libro II. de officio Proconsulis* 13) sagt: *Excusare se tutor per libellos non poterit* 14). Denn *per libel-*

Commentar. in Titt. de Verbor. Signif. et de div. Regulis iuris ad L. 71. de Reg. iur. pag. 552.

9) L. 39. D. h. t.

10) L. 14. C. h. t.

11) L. 1. §. 1. D. de vacat. et excus. mun. Eine merkwürdige Stelle kommt in den *Vatican. Fragmentis* §. 156. h. t. vor: *Itaque ubi sciit, ne praescriptione L. dierum excludatur, si sint sessiones, vel pro tribunali, vel de plano, adversario, id est, ei, qui eum petit, denunciare debet, et adire Praetorem, et titulum (i. e. causam) excusationis suae apud eum expromere.* S. de BUCHHOLTZ pag. 132.

12) L. 3. §. 8. D. de Bonor. possession. (XXXVII. 1.)

13) L. 25. D. h. t.

14) S. DONELLUS Lib. III. Cap. 9. §. 53. DUARENUS c. 1. pag. 305. und NOODT c. 1. §. Dicitur. (*Opp. Tom. II. pag. 570.*)

*lum* und *de plano* bedeutet das Nämliche. Beides wird nach dem gerichtlichen Sprachgebrauche der Römer von solchen Sachen gebraucht, welche keine *causae cognitio*, auch kein Decret erforderten, sondern wo der Prätor auf das bloße schriftliche Anbringen des Imploranten sogleich verfügen konnte<sup>15)</sup>. Auch dieses lehrt Ulpian in dem ben *libro II. de officio Proconsulis*<sup>16)</sup> wo er sagt:

15) Man vergleiche *Jac. RABYARDI* Protribunal. Cap. 8. (*Oper. Tom. II. pag. 798.*) *Jac. CUJACII* Praelection. in Tit. D. de divers. Regulis iur. ad L. 71. h. t. *Jac. GOTHOFREDI* Comment. in Tit. eund. ad L. 71. eand. pag. 307. *Sibr. Tetard.* SICCAMA de iudicio centumvir. Lib. I. cap. 3. und *Car. Frid. ZEPERNICK* ad Eundem not. b. pag. 19 sq. auch *Ger. NOODT* de iurisd. et imperio Lib. I. cap. 10. (*Oper. Tom. I. pag. 104.*)

16) L. 9. §. 1. D. de officio Procons. (l. 16.) Daß die Inscription *ULPIANUS libro I. de officio Proconsulis*, so wie sie in der florentinischen und den gemeinen Ausgaben, auch noch in der neuesten Bedischen lautet, falsch sey, ist schon längst von *Jac. CUJACIUS* in Comm. ad L. 13. D. h. t. und besonders von *Jac. GOTHOFREDUS* in Commentar. in Tit. Pand. de div. Regulis iuris ad L. 71. h. t. pag. 307. gezeigt worden. Daß *libro II.* gelesen werden müsse, beweist der genaue Zusammenhang der L. 7. mit der L. 9. D. de officio Procons. wie schon *Ger. NOODT* in Comment. ad Dig. Lib. I. Tit. 19. §. Sicut. (*Opp. Tom. II. pag. 46.*) bemerkt hat. Die L. 7. hat aber die Ueberschrift: *ULP. libro II. de officio Proconsulis*. Sodann aber enthält die L. 71. D. de Regulis iur. die ganze Stelle aus L. 9. §. 1. D. de offic. Procons. Omnia, quaecunque etc. und hat die Inscription *Idem (ULP.) libro II. de officio Proconsulis*. Man sehe auch *Ant. SCHULTZING* Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. I. ad L. 9. D. de offic. Procons. pag. 199. Ich

Ubi decretum necessarium est, *per libellum* id expedire Proconsul non poterit: *omnia enim, quaecunque causae cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri.* Daher werden die Ausdrücke pro tribunali und per libellum <sup>17)</sup>, so wie pro tribunali und de plano <sup>18)</sup> einander entgegengesetzt. Ganz unrichtig haben also diejenigen <sup>19)</sup> den Ulpian verstanden, welche meinen, er habe die persönliche Gegenwart des Vormundes zur Anbringung der Excusation als nothwendig erfordert. Nun hat zwar Cujaz <sup>20)</sup> diese Meinung mit Recht verworfen, und die Zulassung eines Stellvertreters um so unbedenklicher gefunden, weil die Excusation kein actus legitimus sey, und selbst bey feyerlichen Handlungen, wo es auf den Beweis der Causa ankommt, wie z. B. bey der Manumission per vindictam, ein Procurator zugelassen werde <sup>21)</sup>. Dennoch haben mehrere Rechtsgelehrten <sup>22)</sup>, welche auch übrigens den Ulpian ganz richtig erklärt haben, gegen Cujaz die Meinung zu vertheidigen gesucht, daß der Vormund zur An- und Ausführung sei-  
 bemerke nur noch, daß Haloander und Miräus allein die richtige Lesart haben.

17) L. 2. Cod. *Quemadmod. testam. aperiunt.* (VI. 32.)

18) L. 1. §. 8. D. *ad Sctam Turpill.* (XLVIII. 16.)

19) Accursius in Gloss. ad L. 25. D. h. t. *Ant. Augustinus* Comm. in Modestin. ad L. 13. §. 8. h. t. und *Pet. FABER* Commentar. ad Tit. Pand. de div. Regul. iur. ad L. 70. pag. 191. (Lugd. 1566f.)

20) Commentar. ad L. 13. D. h. t. und Desselben Praelection. in Tit. D. de div. Regulis iuris ad L. 71. h. t.

21) L. 15. §. 3. D. *de manumiss. vindicta.* (XL. 2.)

22) *Ant. FABER* Jurispr. Papinian. Scient. c. 1. pag. 1138. und *Reinh. BACHOV* Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 1. Lit. B. pag. 458.

ner Excusation sich in Person vor Gericht stellen müsse. Denn warum hätten sonst die Gesetze in dem Falle, da der zur Vormundschaft Berufene abwesend ist, so genau die Weilen bestimmt, die der berufene Vormund alle Tage zurückzulegen habe? gewiß aus keinem andern Grunde, als damit er sich zur rechten Zeit vor Gericht einfinden könne, um seine Excusationen vorzubringen<sup>23)</sup>. Ja wie könnte eine Frage davon seyn, ob er ein entschuldbares Hinderniß gehabt, wenn er nicht zur rechter Zeit erschienen ist<sup>24)</sup>; da es ihm ja immer zur Last fallen würde, daß er keinen Procurator geschickt hat? Allein dieß alles schließt die Zulassung eines Anwalts noch nicht aus. Denn könnte dem Procurator nicht ebenfalls ein solches Hinderniß in den Weg kommen? Sollte dieß zu keiner Entschuldigung gereichen<sup>25)</sup>?

Allein eine Stelle des Herennius Modestinus verdient hier noch eine nähere Betrachtung. Er sagt nämlich *libro IV. Excusationum*<sup>26)</sup>.

Χρη δὲ μιᾶ μαρτύρασθαι πρὸ βήματος, ἢ ἄλλως ἐπὶ ὑπομνημάτων. Δύναται δὲ καὶ βιβλίδια ἐπιδοῦναι χαμόθεν, ὡς οἱ αὐτοὶ φασὶν αὐτοκράτορες.

AUGUSTINUS. *Una autem oportet testari excusationem apud tribunal, aut alias apud acta: aut potest supplices libellos dare, ut iidem Imperatores constituerunt.*

23) L. 13. §. 1. et 2. D. h. t.

24) L. 13. §. 7. D. h. t.

25) Daß Stellvertreter hier nicht auszuschließen sind, behauptet auch Zimmermann in der Geschichte des Röm. Privatrechts 1. B. §. 242. S. 909.

26) L. 13. §. 10. D. h. t.



Der Ausdruck *testari excusationem* heißt hier soviel, als *allegare speciem seu causam excusationis*. Diese *testatio* oder *allegatio causae*, welche in den Basiliken *δικαιολογία* genennt wird, kann nun nach Modestini sowohl vor dem Tribunal, als sonst vor Gericht geschehen. Den Ausdruck *ὑπομνήματα*, welcher auch *L. 15. §. 13. D. h. t.* vorkommt, hat Augustinus durch *acta* übersetzt, der alte Interpret aber auf eine eben so unverständliche als barbarische Art, durch *submemorations*. Der Ausdruck *hypomnemata* kommt auch in Cicero's Briefen <sup>27)</sup> vor, wo Cicero's Sohn an seinen Tiro schreibt: *Multum mihi eripitur operae in exscribendis hypomnematis*. Ulcia <sup>28)</sup> erklärt diesen Ausdruck durch *Commentarii*, welches nichts anders als Gerichtsacten heißt, denn die Personen, welche zum Schreiben derselben gebraucht wurden, hießen *Hypomnematographi*, welche Cujaz <sup>29)</sup> *Commentarienses* nennt. Jac. Gothofredus <sup>30)</sup> hat ausführlich von denselben gehandelt. So wie die Uebersetzung der Stelle des Modestinus bey Augustinus lautet, konnte das Anbringen der Excusation auch bey dem Kaiser schriftlich geschehen. Dieß behauptet auch Donellus <sup>31)</sup>, und mit ihm Zimmermann <sup>32)</sup>. Donellus bemerkt jedoch, daß auch der

27) *Epistolar. Lib. XVI. Ep. 21.*

28) *Annotation. in tres poster. Cod. Just. libros ad tit. de Decurionib. X. 31. (Oper. Tom. II. pag. 95.)*

29) *Comment. ad tres postrem. libros Cod. ad L. 59. de Decurionib.*

30) *Comment. ad L. ult. Cod. Theod. de Decurion. Tom. IV. pag. 555. edit. Ritter.*

31) *Cit. loc. § 53.*

32) *Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. § 242.*

Princeps den Vormund an die competente Obrigkeit zu verweisen habe, um vor derselben die Excusation auszuführen, und von dieser die Sentenz zu erwarten<sup>33)</sup>. Allein es ist noch die Frage, ob auch die Uebersetzung des Augustinus richtig sey. Cujaz<sup>34)</sup> hält sie für ganz falsch. Male in d. L. 13. sagt er, *legitur supplices libellos, uti interpretatur AUGUSTINUS, sed interpretandum de plano*. Und er hat Recht. Denn das Wort χαμόδευ bedeutet nie suppliciter, sondern de plano<sup>35)</sup>.

33) Auch Ant. QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio. Lib. I. Tit. 9. nr. 21. (in *Thes. Meerman. Tom. II. pag. 251.*) sagt: *Ubi decretum est necessarium, PRAETOREM ipsum desiderari, neque aliam expedire posse, L. 105. D. de Regul. iuris, adeo ut quae causae cognitionem desiderant, ab ipso PRINCIPIS per libelli subscriptionem et interpellatione planaria expediri non possint.*

34) Praelection. in Tit. Dig. de divers. Regul. iur. ad L. 71. h. t.

35) Das Wort χαμόδευ bedeutet eigentlich nach Hesychius und Xenophon soviel als ex humo, e terra, und bezeichnet daher, wie auch das lateinische Wort planum, einen niedern Ort, so wie das Wort βήμα, tribunal, einen erhabenen Ort bezeichnet. In dieser Bedeutung setzt SENECA de Clementia Lib. I. cap. 5. in tribunali und in plano einander entgegen, und Ulpian sagt L. 11. §. 3. D. de institor. act. (XIV. 3.) Proscribere palam sic accipimus claris literis, ut de plano recte legi possit. S. Jac. CURTIUS ΕΙΧΑΣΤΩΝ Lib. III. cap. 41. (in *Th. J. R. Ottonian. Tom. V. pag. 227.*) Cujacius bestärkt seine Meinung noch durch ein treffendes Beispiel, welches die Unrichtigkeit der gemeinen Erklärung von supplices libelli vollends ausser Zweifel setzt. Er sagt nämlich, auch die iudices pedanei werden χαμαδικασταλ

Suppliciter heißt ἐκεσίως. Die Basiliken <sup>36)</sup> lassen keinen Zweifel übrig. Diese haben ἐπὶ βήματος, ἢ διὰ λιβέλλου ἐξ ἐπιπέδου, i. e. *pro tribunali, vel per libellum de plano*. Aber nun scheint ja Modestinus mit Ulpian <sup>37)</sup> im Widerspruche zu seyn, welcher geradezu sagt: *Excusare se tutor per libellos non poterit*. Keinesweges. Beyde haben Recht. Man unterscheide zwischen der bloßen testatio oder allegatio excusationis, von welcher Modestinus spricht, und der wirklichen disceptatio et probatio excusationis. Das bloße Anbringen der Entschuldigung, wovon Modestinus spricht, konnte eben sowohl per libellum de plano als pro tribunali geschehen, denn dieß hatte noch keine obrigkeitliche Entscheidung, sondern bloß Ausschließung der Verjährung wegen Versäumniß zum Zweck. Cujaz <sup>38)</sup> sagt: *Contestatur etiam per libellum, summovendae tantum praescriptionis causa*. Wenn aber auch gleich hier noch keine weitere Verhandlung erfolgte; so mußte doch der zum Vormund Berufene seinem Gegner, d. h. hier demjenigen, welcher auf die Bestellung desselben bey der Obrigkeit angetragen hatte, Nachricht davon geben, wie aus der

genannt, quia tribunal non habebant, sed in subselliis quasi plano pede iudicabant. Man vergleiche übrigens noch *Henr. STEPHANI Thesaur. linguae Graecae Tom. IV. voc. χαμαί. pag. 388 — 392.*

36) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 13. pag. 8.

37) L. 25. D. h. t.

38) Commentar. ad L. 13. D. h. t. Man sehe auch *Ger. NoODT Comm. ad Dig. h. t. §. Dicitur. pag. 570.* und *Arr. VINNIUS Comm. ad §. 16. J. h. t. nr. 2.*

besonders hierher gehörigen Stelle in den Vaticanischen Fragmenten §. 156. erbhellet <sup>39)</sup>:

Itaque ubi sciit (sc. tutor datus), *ne praescriptione L. dierum excludatur*, si sint sessiones, vel *pro tribunali*, vel *de plano*, ADVERSARIO, id est, ei, qui eum petit, *denuntiare debet*, et adire Praetorem, *et titulum excusationis suae apud eum expromere.*

Eben deswegen, weil es hier bloß darauf abgesehen war, daß die Excusation nicht wegen versäumter Anbringung derselben erlösche, konnte sie sogar während der Gerichtsferien geschehen. Auch dieß wird in dem angeführten Fragmente gesagt, an dessen Schlusse es heißt:

Si feriae sint, libellos det contestatorios <sup>40)</sup>.

Dieß lehrte uns aber auch schon Ulpian *libro V. ad Edictum* <sup>41)</sup>, wo er diese Begünstigung einer Oratio von Divus Marcus zuschreibt. Er sagt daselbst:

Eadem oratione Divus MARCUS in Senatu recitata effecit, *de aliis etiam speciebus Praetorem adiri etiam diebus feriaticis: utputa ut tutores aut curatores dentur, ut officii admoneantur cessantes, excusationes allegentur, etc.*

Daß Modestini bloß von dem Anbringen der Excusation spricht, welche nur, um die Verjährung zu unter-

39) Man vergleiche über diese Stelle *de Buchholtz* Vatic. Fragm. pag. 152.

40) *Libelli contestatorii* sollen wohl nur das schriftliche Anbringen des ernannten Vormundes bezeichnen, welches die Entschuldigungsbursache enthält, wie man sagt *libelli appellatorii*.

41) *L. 2. D. de feriis.* (II. 12.) Man sehe über diese Stelle *Ant. SCHULTING* *Notae ad Dig. et Pand.* Tom. I. ad h. L. u. *SMALLENBURG* ad *RUNDEN* pag. 308. Not. 1.

brechen geschieht, wenn er lehrt, sie könne auch de plano per libellum geschehen, erhellet noch insonderheit darauß, wenn er sagt:

L. 13. §. 8. D. h. t. Ειδέναι δὲ δεῖ ὅτι οὐκ ἀπόχη τὸ προσελθεῖν τῷ δικάζοντι, ἀλλὰ δεῖ αὐτὸν καὶ περὶ τοῦ εἶδους τῆς ἀφέσεως μαρτύρασθαι· καὶ εἰ πολλὰ ἔχει πρὸς ἀφῆσιν δίκαια, πάντα ὀνομάσαι· εἰ δὲ μὴ, ὁμοίός ἐστι τῷ μὴ δὲ τὴν ἀρχὴν προσεληλυθότι, ὁ προσελθὼν μὲν, δίκαιον δὲ ἀφέσεως μὴ ὀνομάσας.

AUGUSTINUS. Scire autem oportet, non sufficere venisse quem ad ius dicentem, sed opus est speciem excusationis testari, quod si multas habet causas excusationis, omnes proponet: sin minus, similis ei est, qui principio non venerit, quamvis venit is quidem, non tamen causas excusationis dixit.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn von der wirklichen Ausführung und Zulassung der Excusation die Rede ist. Diese mußte pro Tribunali verhandelt und entschieden werden, weil hier eine causae cognitio, und ein entscheidendes Decret erfordert wurde, welches entweder die Excusation verwarf, oder für rechtmäßig erkannte. Mit Recht sagt daher Cujaz: Disceptatur, et excutitur, et recipitur excusatio pro tribunalis tantum, quia decreto opus est. Von dieser spricht nun Ulpian in der oben angeführten L. 25. D. h. t. wie aus der Verbindung derselben mit der L. 9. §. 1. D. de officio Proconsulis und L. 71. D. de div. Regul. iuris sich ganz deutlich ergibt. Denn alle diese Gesetzstellen sind aus des ULPIANI libro II. de officio

*Proconsulis* genommen <sup>42)</sup>, und stehen im genauesten Zusammenhange mit einander <sup>43)</sup>. Nun wird darin der Grund angegeben: *omnia enim, quaecunque causae cognitionem desiderant, per libellum non possunt expediri.* So fällt nun aller Widerspruch weg, und Franz Duarenus <sup>44)</sup> hat ganz Recht, wenn er sagt: *Adversari quidem videtur, quod dicitur in L. excusare, ubi Jurisconsultus ait, tutorem datum non posse se excusare per libellos.* Sed hoc ita accipiendum est, ut totum hoc negotium non possit peragi per libellum, ut ei libello subscribat statim magistratus: — id enim tantum fit cum causae cognitione.

§. 1357. a.

Fortsetzung. Excusationsfristen und deren Berechnung.

Soviel nun hiernächst die bey den Excusationen bestimmten Zeitfristen betrifft; so ist in dem Römischen Recht ein Unterschied gemacht zwischen der bloßen Anführung des Entschuldigungsgrundes, und der weitem Ausführung desselben <sup>45)</sup>.

1) Zum bloßen Anbringen des Entschuldigungsgrundes sind

42) Daß Ulpian *libro II. de officio Proconsulis* hauptsächlich de forma modoque cognitionis proconsularis gehandelt habe, hat Jac. Gothofredus in *Comment. ad L. 71. D. de Regul. iuris* pag. 308. gezeigt.

43) S. oben die Note 16. S. 78.

44) *Commentar. ad h. Tit. Pand. Operum* pag. 305.

45) S. *Ge. Christ. Gebauer Excurs. VI. ad cap. 16. J. h. t. adiect. ejusdem Ordini Institution.* pag. 334 — 360.

1) für diejenigen, welche gegenwärtig, oder nicht über hundert Meilen von dem Orte entfernt sind, wo sie zu Vormündern sind bestellt worden, fünfzig Tage festgesetzt. Herennius Modestinus sagt *libro IV. Excusationum* 46):

Πολλὰ δὲ παραφυλάττειν προσήκει, ἵνα ἐπιτραπωσιν ἐπίτροποι ἢ κουράτορες τὰ δίκαια παρασχέσθαι τῆς ἀφέσεως. Δεῖ γὰρ αὐτοὺς ἐμπροθέσμως προσελθεῖν τῷ δικαστῇ. εἰσὶν δὲ αἱ προδεσμῖαι αὐταί. Οἱ μὲν γὰρ ἐν αὐτῇ τῇ πόλει ὄν, ὅπου κεχειροτόνηται, ἢ ἐντὸς ἑκατοστοῦ μιλίου τῆς πόλεως, ἐντὸς πενήκοντα ἡμερῶν παραιτήσεται, ἢ μετὰ τοῦτο οὐ συγχωρηθήσεται, ἀλλ' ἔξεται τῆς φροντίδος. κἂν τούτων τι μὴ ποιήσῃ ἔσται ἐν τῇ αὐτῇ αἰτία, ἐν ἣ ἦν ἂν, εἰ ἀπεφάνθη τῷ ἰδίῳ κινδύνῳ αὐτὸν ὀλιγορεῖν, πρὸς τὸ μὴδὲ καταλείπεσθαι αὐτῷ τινὰ ὁδὸν πρὸς παραιτήσιν.

AUGUSTINUS *Multa vero observare oportet tutores vel curatores, ut causas excusationis allegare permittantur. Nam debent intra tempora constituta ad iudicem accedere: et constituta sunt haec. Qui in urbe est, in qua creatur, aut intra centesimum ab urbe miliarium, intra quinquaginta dies excusatur, postea vero non permittitur ei se excusare, sed oneri obligatus est. Et cum nihil horum fecerit, in eadem erit causa, ac si suo periculo id contempnere visus esset: nulla enim ei relinquetur ad excusationem via.*

Hiermit stimmt auch der §. 155. der Vaticanischen Fragmente überein, welcher so lautet:

46) L. 15. §. 1. D. h. t.

Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more <sup>47)</sup>: nec in infinitum captiosi silentii <sup>48)</sup> tempus, per quod res interfri-gescat <sup>49)</sup>, concessum sibi credat. Hi, qui Romae vel intra centesimum miliarium fuerint, *sciunt in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere, aut capessere administrationem*: ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus Consules amplissimi decreverunt <sup>50)</sup>, periculo suo eos cessare.

Es ist hier Folgendes zu bemerken.

a) Die hier zur Anführung der Entschuldigungsgründe festgesetzten 50 Tage sind dies continui, die in einer natürlichen Zeitordnung ununterbrochen nach einander fortlaufen, so wie sie in dem Kalender auf einander folgen, ohne Unterschied, sie seyen Gerichtstage oder Gerichtsferien,

47) Das Wort *adire*, wird sowohl in den Vaticanischen Fragmenten §. 161. und 165. h. t. als in den Pandecten L. 10. §. 4. h. t. L. 1. §. 7. 9. et 10. D. *Quando appellandum* für *adire Praetorem* gebraucht.

48) Dieses *captiosum silentium* erklärt uns Ulpian L. 1. pr. D. *de vacat. et excus. mun.* Si enim passim sine temporis praefinitione, prout cuique libuerit, permis-sum fuerit se excusare, non erunt, qui munera neces-saria in rebus publicis obeant.

49) Vielleicht *infrigescat*. Dieses Wort findet sich bey Celsus und Vegetius. S. Gesneri Thes. L. L. Nirgendes aber *interfrigesco*, selbst nicht im Kirchenlatein.

50) Dieß bezieht sich vermuthlich auf die Zeiten, wo die Consuln extra ordinem Vormünder bestellen konnten. S. den 29. Tb. §. 1317. S. 423. ff. und de Buchholz Vatic. Fragm. ad h. §. pag. 130. sq.



der Vormund möge sie zu seinen Absichten haben benutzen können, oder nicht, denn eben dadurch unterscheiden sich von ihnen die dies utiles <sup>51)</sup>. Jedoch sind diese Tage nur continui im Verfließen, im Anfänge sind sie utiles. Denn sie werden erst von dem Moment an gerechnet, da der sich Excusirende erfahren hat, daß er zum Vormund berufen sey, also da ihm das Ernennungs- oder Confirmationsdecret von der competenten Behörde insinuirt worden, oder derselbe Wissenschaft davon erhalten hat, daß er im Testament zum Vormund bestellt sey. Justinian sagt ausdrücklich in seinen Institutionen §. 16. *h. t.*

*Qui autem excusare se volunt, non appellant <sup>52)</sup>, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, se esse tutores vel curatores datos <sup>53)</sup> excusare se debent: cuiuscumque generis*

51) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. a. S. 554. ff.

52) Non appellant, sagt Jan. a Costa in Commentar. ad h. §. Inst. pag. 152. a datione, sed a sententia, qua excusatio non fuit admissa. S. noch besonders GEBAUER cit. Excurs. pag. 336 — 341.

53) So lesen fast alle, glossirte und nicht glossirte, Ausgaben, die ich verglichen habe, auch die Bedische. In etwas abweichend liest Biener: *ex quo cognoverunt, se tutores datos*, und Bucher (Erlangen 1826.) *ex quo nominatos se cognoverunt*. Diese Lesart unsers Codex stimmt fast mit der in der Königsberger Handschrift überein, deren Dirksen in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft von Savigny 2c. 1. B. S. 359. gedenkt, *ex quo vocatos se cognoverint*. Cujacius hingegen, dem auch Hermann Vultejus, Franz Bröus, Edmund Merrillius, Carl Annib. Fabrotus, Janus a Costa, und Everh. Otto gefolgt sind, hat bloß die Worte: *ex quo cognoverunt*, mit Hinweglassung der übrigen. Allein

sint, id est qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt.

Hiermit stimmt nun auch Modestinus vollkommen überein, wenn er L. 13. §. 9. sagt:

Αἱ δὲ πενήκοντα ἡμέραι συνημμένοι ψηφίζονται ἀρχόμενοι ἀπὸ τοῦ καιροῦ τῆς γνώσεως ἐν ᾧ τις ἔγνω ἑαυτὸν δεδόσθαι.

AUGUSTINUS. *Quinquaginta vero dies continui numerantur ab eo tempore, quo se datum esse cognovit.*

Jedoch sind die Gesetze nicht so streng zu erklären, daß der Vormund nach Ablauf der gesetzlichen Frist nun schlechterdings mit seiner Excusation auszuschließen wäre. Nein, Krankheit, oder sonst ein unüberwindliches Hinderniß, weshalb der Vormund weder selbst noch durch einen Stellvertreter <sup>54)</sup> binnen der gesetzten Zeit vor Gericht erscheinen konnte, ist allerdings zu berücksichtigen. Modestinus hält dieses nicht nur schon an sich für billig nach dem natürlichen Recht, sondern bestätigt dieses auch

daß diese Worte hinzugefügt werden müssen, lehrt die griechische Paraphrase des Theophilus. Da lautet die ganze Stelle in der Ausgabe von Reiz Tom. I. pag. 197. folgendermassen: ὁ δὲ χρόμενος τῇ ἐξκουσατίῳ εἰσω ἡμερῶν ἐφεξῆς τρεχουσῶν οὐ μὴν οὐτιλίῳν, ταύτη χρῆται ἐξ οὗ γὰρ ἔγνω ἑαυτὸν ἐπιτροπον δεδόσθαι, ἀρχονται τρέχειν. i. e. *Porro excusatione utens intra quinquaginta dies continue currentes, non utiles, ea utitur: ex quo enim novit, se tutorem esse datum, currere incipiunt.*

54) S. oben S. 79. f. und vergleiche noch Arn. Vinnii Commentar. ad §. 16. J. h. t.

noch durch eine Constitution der Kaiser Severus und Antoninus. Er sagt nämlich L. 13. §. 7. h. t.

Ἐάν γάρ τις διὰ νόσον, ἢ δι' ἄλλην ἀνάγκην, οἷον θαλάσσης, ἢ χειμῶνος ἢ ἐφόδου ληστῶν ἢ τινα ἑτέραν παραπλησίαν, ἐμπροθέσμως μὴ δύνηται ἐντοχεῖν, συγγνώμης τυγχάνειν οὐ τὴν πίστιν ἤρει συστήσαι καὶ ἐξ αὐτοῦ τοῦ φύσει δικαίου πλὴν ἀλλὰ καὶ διάταξις ἐστὶν τῶν αὐτοκρατόρων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου ταῦτα λεγούσα.

AUGUSTINUS. *Sed si ob valetudinem adversam, vel aliam necessariam causam, maris puta, aut hiemis, aut impetus latronum, aut alicuius similis rei in tempore adesse non potest, veniam consequitur. Cuius rei fidem facere ex ipso naturali iure est satis: sed tamen haec eadem Imperatorum SEVERI et ANTONINI constitutione continentur.*

Mit Recht sagt daher der unsterblich verdiente H a u b o l d <sup>55)</sup>: Neque vero tanta est legum, id spatium introducentium, severitas, ut, elapso tempore constituto, excludant eum, qui propter aegritudinem vel aliud impedimentum grave venire intra illud non poterat: *quare id non solum a die scientiae, sed etiam ab impedimento sublato cedere dicendum est.*

b) Die Excusationsfrist ist von allen Vormündern zu beobachten, ohne Unterschied, sie seyen von welcher

55) Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. Cap. 5. (in eius *Opuscul. academ.* Vol. I. (Lipsiae 1825. 8.) pag. 425.)

Art sie wollen, testamentarische oder legitime, oder von der Obrigkeit bestellte, sie seyen Tutoren oder Curatoren. Denn alle Vormünder, auch die legitimen<sup>56)</sup>, müssen sich ja entschuldigen, wenn sie sich der Bürde der Vormundschaft nicht unterziehen wollen, und den legitimen Vormündern kann so wenig, als den testamentarischen, ein ungebührlicher Verzug gestattet werden. Es erhellet dieses nicht nur aus dem §. 16. *I. h. t.* wo es ausdrücklich heißt: *cuiuscumque generis sint, id est, qualitercunque dati fuerint tutores*; sondern es wird dieses noch deutlicher in der griechischen Paraphrase des Theophilus bestimmt, wo besonders die Worte merkwürdig sind: *κεχρησθουσαν τῇ ἐξκουσατίονι, ἢ τεσταμεντάριοι, ἢ τε λεγιτιμοι, ἢ τε πατρωνες, ἢ τε φιδουκίριοι, ἢ τε ὑπὸ ἀρχοντος δεδομένοι, ἢ καὶ κουράτωρες εἰσιν ἰδικῶς δεδομένοι, ἢ ὑπὸ νόμων καλούμενοι*; id est, *Excusatione utantur TUTORES sive TESTAMENTARIJ, sive LEGITIMI, sive patroni, sive fiduciarii, sive a MAGISTRATU DATI; sive etiam CURATORES sint specialiter dati, sive a LEGIBUS VOCATI.* Diese Meinung wird ferner durch die Vaticanischen Fragmente bestärkt, in denen es §. 156<sup>57)</sup> heißt:

*Formam autem ex hac constitutione<sup>58)</sup> datam hodie in usu ita celebrari animadvertimus, ut ex eo die incipiant quinquaginta dies enumerari, ex quo scierit se esse tutorem vel curatorem: scilicet ex eo, ex quo in notitiam eius decretum per-*

56) C. den 31. Th. §. 1354. a. C. 181. ff.

57) C. de ВУСННОЛТЗ Vatic. Fragm. pag. 131.

58) Es ist dieß ohnstreitig die Verordnung von Divus Marcus, deren Modestianus L. 16. *D. h. t.* gedenkt.

latum sit testato: vel, si testamento datus sit, ex quo id quoque scierit.

Vorzüglich aber gehört noch hierher eine Stelle aus des Modestinus libro IV. Excusationum, es ist die L. 13. §. 3. D. h. t. welche folgendermassen lautet.

Παραφύλαξουσιν δὲ ταύτην τὴν προθεσμίαν πάντες οἱ ὁπωσοῦν παραιτούμενοι ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορίαν, ἢ μέρος γε ταύτης.

AUGUSTINUS. Hoc autem tempus OMNES observabunt, qui QUOMODOCUMQUE a tutela vel cura, vel ab eius parte se excusant.

Ist jedoch der Vormund durch Testament bestellt, so ist es nicht genug, daß er wisse, er sey im Testament ernannt worden, der Erbe muß auch die Erbschaft angetreten haben; es muß auch die Zeit erschienen, und die Bedingung erfüllt seyn, unter welcher er zum Vormund bestellt worden ist, wenn die Excusationszeit ihren Lauf beginnen soll<sup>59)</sup>. Ist eine obrigkeitliche Bestätigung des Vormundes nöthig, so ist erst von dem Tage an, da diese erfolgt ist, die Excusationsfrist zu berechnen<sup>60)</sup>. Eigentlich muß das Ernennungs-, oder Confirmationsdecret von der Obrigkeit dem Vormunde insinuirt werden<sup>61)</sup>, es ist aber deswegen eine Notification nicht immer nöthig, son-

59) L. 45. §. 1. D. h. t.

60) L. 16. D. h. t. S. DONELLUS c. lib. III. cap. 9. §. 56.

61) L. 6. C. h. t. Imp. ALEXANDER. Quinquaginta dies, qui praefiniti sunt ad professionem excusationis his, qui tutores seu curatores dati sunt, ex eo die cedere, ex quo decretum Praetoris aut testamentum parentis notum factum fuerit ei, qui ad munus vocatus fuerit, ipsa constitutio, quae hoc induxit, sanxit.

bern es ist genug, wenn der Vormund die Wissenschaft, daß er ernannt sey, auf irgend eine zuverlässige Art erhalten hat <sup>62)</sup>. Aus allem geht nun klar hervor, daß sich Gebauer <sup>63)</sup> sehr geirrt hat, wenn er behauptet, die Excursionsfrist sey bloß den Dativ-Vormündern, und weder den legitimen, noch den testamentarischen Vormündern vorgeschrieben, als etwa denjenigen, welche einer obrigkeitlichen Bestätigung bedürften. Eine Meinung, welche schon Haubold <sup>64)</sup> hinlänglich widerlegt hat.

c) Wenn Justinian sagt: *si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt*; so ist bekannt, daß unter lapis eine römische Meile verstanden werde. Hiermit hatte es folgende Bewandniß. C. Sempronius Grachus hatte sich, wie uns Plutarch <sup>65)</sup> erzählt, als er im Jahre 630. der St. R. Tribunus plebis war, besonders dadurch verdient gemacht, daß er nicht nur durch Anlegung von Chausséen die Wege verbesserte, sondern sie auch durch ihre gerade Richtung und hinlängliche Breite, so wie durch Errichtung steinerner Säulen, welche die Meilen anzeigten, verschönerte, wodurch also sowohl für die Bequemlichkeit, als für das Vergnügen der Reisenden gesorgt war <sup>66)</sup>. Tausend Schritt

62) L. 5. §. 10. *D. de administr. tutor. et curator. C. de* BUCHHOLTZ Vatican. Fragm. ad §. 156. h. t. pag. 131.

63) Excurs. cit. §. IV. pag. 342. sqq.

64) Exercitat. cit. Vol. I. *Opuscul.* pag. 422. sq. Man vergl. auch *Car. Frid. WALCH* ad *Hoppii* Comm. ad §. 16. J. h. t. not. c. pag. 228. sq.

65) *In Grachis* Cap. IX. Man sehe auch *Ev. Otto* de tutela viarum publicar. P. II. Cap. 4. pag. 354. sqq.

66) Die Beschaffenheit dieser Wege beschreibt ausführlich *Nicol.*

machten eine römische Meile aus <sup>67)</sup>, und diese wurde durch eine steinerne Säule angezeigt, worauf zugleich die Zahl derselben, oft auch der Name des Kaisers verzeichnet war, der diese Wege hatte anlegen, oder verbessern lassen <sup>68)</sup>. Ein solcher Meilenzeiger hieß lapis, z. B. primus, secundus, tertius, quartus ab urbe lapis <sup>69)</sup>; so nannte man aber auch einen Raum von tausend Schritten <sup>70)</sup>,

BERGIBRIUS de publicis et militaribus Imperii Romani viis. (in GRABVII *Thes. Antiquit. Rom.* Tom. X.)

- 67) MACER L. 154. *D. de Verb. Signif.* und ISIDORUS *Origin.* Lib. XV. cap. 16.
- 68) QUINCTILIANUS *Institut. orator.* Lib. IV. Cap. ult. p. 365. edit. *Burm.* Den Beweis geben die Inscriptionen bey GRUTERUS *Corp. Inscription.* pag. 149. Nr. 4. p. 151. Nr. 2. et 5. p. 153. et 154. Nr. 1. 3. 4. p. 155. 156 — 159. bey REINESIUS pag. 250. 252. 254. 292. 294. bey FABRETIUS pag. 412. 413. 414. 475. 678. Besonders bey MURATORI *Antiquitat. Italiae* pag. 454 — 467.
- 69) JUVENALIS *Sat. VI.* v. 577. TACITUS *Hist. Lib. III.* c. 35. *IV.* 60. MARTIALIS. *Lib. I.* Epigr. 13. v. 4. *X.* 79. v. 1. et 2.
- 70) STRABO *Rer. Geographic.* Lib. V. pag. 159. (edit. *Isa. Casauboni* *Genevae* 1587. f.) ex vers. *Guil. XYLANDRI.* *Sane inter quintum et sextum a Roma LAPIDEM, (sic enim MILLIARIA designantur) locus erat.* etc. *G. Guil. PANCIROLI* *Thesaur. variar. Lection.* Lib. I. Cap. 43. pag. 72. (*Lugduni* 1617. 4.) *Jo. STRAUCH* *Diss. de centum lapidibus urbicariis* ad L. 1. §. 4. *D. de officio Praefecti urbi.* (inter *ejus Dissertation. academ. recognit. et emendat. Brunsvigae* 1662. 4. *Diss. II*) *Barn. BRISSONII* *Antiquitat. ex iure civ. selecta.* Lib. IV. cap. 8. pag. 141. sq. (edit. *Treckell.* *Lipsiae* 1741. 4.) *Ott. ARNTZENII* *Diss. de miliario auro* ad L. 154. *D. de V. 5. Traj. ad Rhen.* 1728. *Secl. I.*

daher *lapis* und *milliarium* in den Gesetzen für gleichbedeutend genommen werden. So belehrt uns Ulpian, wenn er in der *L. 1. §. 4. D. de officio Praefecti urbi* (L. 12.) sagt: *Quidquid igitur intra urbem admittitur, ad Praefectum urbi videtur pertinere, sed et si quid intra centesimum milliarium admissum sit, ad Praefectum urbi pertinet: si ultra ipsum lapidem, egressum est Praefectum urbi notionem.* So sagt ferner Marcianus *L. 21. §. 3. D. h. t. ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat*, welches Paulus *L. 42. D. eodem.* durch *ultra centesimum milliarium* ausdrückt. Der Ausdruck *intra centesimum lapidem*, oder *milliarium* bezeichnet also einen Umkreis von 100 römischen Meilen. Es sind aber diese Römische Meilen von den heutigen deutschen Meilen sehr verschieden, indem vier Römische Meilen kaum eine deutsche Meile ausmachen; mithin 100 Römische Meilen kaum 25 deutsche Meilen betragen<sup>71)</sup>.

2) Ist der Vormund über 100 Römische Meilen weit von dem Orte seiner Berufung entfernt, so sollen 20 Meilen auf jede Tagereise gerechnet, und demselben

(in *Ger. ORLICH'S Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 98 — 104.) *GEBAUER* cit. *Excurs. VI. §. IV.* pag. 348 — 359. und *Car. Frid. WALCH* ad *Hoppii* *Commentat. ad Inst. h. t. ad §. 16.*

71) *S. Joh. Ge. Estor's* Berechnung derjenigen Zeitfrist von 50 Tagen, binnen welcher ein Vormund nach Vorschrift des §. 16. *J. de excusat. tutor.* und *L. 13. §. 1.* und *2. II. eodem* seine Entschuldigungen gerichtlich vortragen soll. (in Desselben *3. Th.* der Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, herausgegeben von *Burhardi.* *Frankf. a. M.* 1756. 4. S. 125 — 127.)



nachher noch dreißig Tage nach seiner Ankunft gegeben werden, um seine Excusation vorbringen zu können, jedoch so, daß in keinem Falle weniger denn 50 Tage herauskommen. Modestinus sagt in der angeführten L. 13. §. 1. *D. h. t.*

Ὁ δὲ ὑπὲρ ἑκατὸν μίλια τῆς πόλεως ἀποδημῶν, εἴκοσι μίλια ἔξει ἀριθμούμενα αὐτῷ καθ' ἑκάστην ἡμέραν, ἀφ' ἧς ἂν γινῶδει δὲ αὐτῷ μηνυθῆναι ὑπὸ τῶν ἀρχόντων, ἢ κατὰ πρόσωπον, ἢ ἐπὶ τῆς οἰκίας, καὶ ἔξωθεν τούτων ἄλλας τριάκοντα ἡμέρας ἔχει πρὸς δικαιολογίαν. Τοῦτο δὲ διαφέρει καὶ τοῖς κατὰ διαδήκας δοδεῖσιν, εἰάν τε ἐπίτροποι ᾖσιν, εἰάν τε κουράτορες, οὓς κουράτορας βεβαιούσθαι ἔδος ὑπὸ τοῦ ἡγουμένου.

*Qui vero ultra centum milliaria ab urbe abest, vicenis milliariis in singulos dies enumeratis, ex quo se creatum cognoverit, namque oportet certiozem a magistratibus fieri, aut coram, aut domi suae, alios deinde triginta dies ad allegandam excusationem habet. Et hoc ad eos quoque pertinet, qui testamento dati sunt, sive tutores sint, sive curatores, quos curatores a Praeside confirmari consuetum est.*

So wie hier die Zeitfrist in der Constitution des Divus Marcus bestimmt worden ist, hätte nun leicht die unbillige Ungleichheit entstehen können, daß derjenige, welcher über hundert Meilen von dem Orte seiner Berufung entfernt ist, weniger Tage zu seiner Entschuldigung hätte, als der gegenwärtig ist, oder wenigstens noch in einem Umkreise von 100 Meilen berufen wird. Denn man setze, der berufene Vormund sey 160 Meilen von dem bestimmten Orte entfernt; hier müssen ihm, wenn man

zwanzig Meilen auf eine Tagereise rechnet, zur Reise acht Tage Zeit gegeben werden. Wenn ihm nun nach seiner Ankunft nur noch 30 Tage zu seiner Entschuldigung offen bleiben, so hat er ja bey weitem noch nicht 50 Tage. Er ist also weit schlimmer daran, als derjenige, welcher gegenwärtig, oder noch nicht 100 Meilen weit entfernt ist. Denn er hat ja weit weniger Tage. Nach den Worten der Constitution des Kaisers Marcus wäre es nun freylich so; allein die Absicht des Gesetzgebers konnte dieß gewiß nicht seyn. Dieser gemäß haben daher Cervidius Scävola, Paulus, und Domitius Ulpianus, diese Koryphäen der Römischen Juristen, die Constitution so verstanden, daß ein Vormund zur Excusation nie weniger als 50 Tage habe, zufällig aber auch zuweilen mehrere; wie dieses alles aus folgender Stelle des Modestinus zu ersehen ist.

Ἐτερον δὲ ἐκεῖνο εὐρίσκομεν ἐκ τῆς Μάρκου νομοθεσίας, ζητήσεως ἄξιον τῷ γὰρ ἐν αὐτῇ τῇ πόλει ὄντι, ἐν ἧ κεχειροτόνηται, ἢ ἐντὸς ἑκατὸν μιλίων, πεντήκοντα ἡμερῶν ἔδωκεν ὁ νομοθέτης προδεσμίαν. τῷ δὲ ὑπὲρ ἑκατὸν μίλια διατρίβοντι παθ' ἑκάστην ἡμέραν δεῖν ἀριθμεῖσθαι εἴκοσι μίλια ἐκέλευσεν, καὶ ἔξωθεν τούτων ἄλλας τριάκοντα ἡμέρας προσέθηκεν εἰς δικαιολογίαν. ὅθεν συμβαίνει, ἐὰν ἢ τις ἀπὸ ἑκατὸν ἐξήκοντα μιλίων τὰς διατριβὰς ποιούμενος, τούτῳ εἶναι προδεσμίαν ὄκτω καὶ τριάκοντα ἡμερῶν. ὄκτω μὲν τῶν ἑκατὸν ἐξήκοντα μιλίων, ὡς καθ' ἑκάστην ἡμέραν εἴκοσι μιλίων ἀριθμουμένων, τριάκοντά δὲ τὰς πρὸς τὴν δικαιολογίαν. Ἔσται οὖν ἐν χείρονι τάξει ὁ πόρρωθεν διατρίβων τοῦ ἐντὸς ἑκατὸν μιλίων ὄντος, ἢ ἐν αὐτῇ πόλει εἶγε τούτοις μὲν αἰεὶ πεντήκοντα ἡμέραι προδεσμίας εἰσὶν, ἐκείνοις δὲ ἐλάττους. Ἀλλ' εἰ καὶ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου

ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν. ὅμως γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται. οὕτως γὰρ καὶ Κερβίδιος Σκαιβόλας, καὶ Παῦλος καὶ Δομίτιος Οὐλπιανός, οἱ κορυφαῖοι τῶν νομικῶν, γράφουσιν φάσκοντες, οὕτως δεῖν ταῦτα παραφυλάττειν. ὥς μηδέποτε τι ἐλάττω δίδοσθαι τῶν πενήκοντα ἡμερῶν προδεσμίαν. τότε δὲ μακροτέραν, ὅποταν ἢ διαρίθμησις τῶν ἐπὶ τῇ ὁδῷ ἡμερῶν προστιθεμένη ταῖς τριάκοντα ἡμέραις, ἄς πρὸς δικαιολογίαν ὁ νόμος δίδωσιν, ὑπερβαίνει τὰς πενήκοντα ἡμέρας· οἷον ἐὰν τινα φῶμεν ἀπὸ τετρακοσίων τεσσαράκοντα μιλίων διατρίβειν· οὗτος γὰρ τῆς μὲν ὁδοῦ ἕξει ἡμέρας εἴκοσι δύο, πρὸς δικαιολογίαν δὲ ἄλλας τριάκοντα.

AUGUSTINUS. *Illud vero invenimus ex MARCI legislatione quaestione dignum. Nam cum ei, qui in ipsa urbe est, in qua creatur, aut intra centum millia, legislator tempus quinquaginta dierum dederit, ei vero, qui ultra centum millia habitat, vicena millia in singulos dies numerari iussit, et amplius alios triginta dies ad se excusandum praebuit: evenit hinc, ut si quis ad centesimum et sexagesimum milliare habitat, tempus habeat octo et triginta dierum. Octo enim dies ob centum et sexaginta millia competunt, numeratis in singulos dies millibus viginti, triginta deinde dies ad se excusandum dantur. Itaque peiori conditione est, qui longius habitat, eo, qui intra centum millia est, aut in ipsa urbe: siquidem his quinquaginta semper dierum tempus est, illis pauciorum.*

*Sed et si maxime scriptum legis eam senten-*

*tiam efficiat, tamen legislatoris mens aliud vult. Quando et CERVIDIUS SCAEVOLA, et PAULUS, et DOMITIUS ULPIANUS, Iurisperitorum principes, scribunt, haec ita oportere observari, ut nullo pacto alicui minus detur temporis quinquaginta dierum: tum vero longior dies, cum numerus dierum itineris additus ad triginta dies, quos ad excusandum lex dedit, excedit quinquaginta dies. Ut si fingamus, aliquem ultra quadringenta et quadraginta milliaria habitare: hic enim habet duos et viginti itineris dies, excusationis triginta.*

Theophilus in seiner Paraphrase des §. 16. I. h. t. <sup>72)</sup> führt zur Erläuterung noch folgende Beispiele an. Der Vormund war 200 Meilen entfernt, als er erfuhr, daß er berufen sey. Hier hat er zehn Tage zur Reise, nach seiner Ankunft noch 40. Er war 300 Meilen entfernt; hier hat er zur Reise funfzehn, und nach der Ankunft fünf und dreyßig Tage. Ist er 400 Meilen entfernt, so hat er zur Reise zwanzig Tage, denn zwanzig Mal zwanzig ist 400, also nach seiner Rückkehr dreyßig Tage. In diesen Fällen hat nun der Vormund gerade seine gesetzmäßigen funfzig Tage. Allein er kann zufällig auch zuweilen mehr als funfzig Tage haben. Davon giebt Theophilus noch zwey Beispiele. Der Vormund ist 500 Meilen entfernt, hier werden fünf und zwanzig Tage auf die Reise gerechnet, und dreyßig nach seiner Ankunft, er hat also hier fünf und funfzig Tage. War er 1000 Meilen entfernt, so hat er funfzig Tage zur Reise, und noch volle 30 nach seiner Ankunft, also zusammen 80 Tage. Ueberall setzt jedoch Theophilus voraus, daß der Verur-

72) Edit. Reitz. pag. 198. sq.

fene in seinem Wohnorte zum Vormund bestellt worden sey. Ich habe hier noch Folgendes zu bemerken.

1) Soviel den Anfang der Berechnung dieser Zeitfrist anbetrifft, so behaupten viele, besonders von den ältern Juristen <sup>73)</sup>, daß der Tag, da der Abwesende erfahren hat, daß er zum Vormund bestellt worden sey, nicht gerechnet werde, sondern die gesetzliche Frist erst mit dem folgenden Tage zu laufen anfange. Allein diese Meinung ist erheblichen Zweifeln unterworfen. Sie streitet a) gegen die angeführten ausdrücklichen Gesetze <sup>74)</sup>. b) Diejenigen, welche für sie aus den Pandecten angeführt werden, scheinen nicht das zu beweisen, was sie beweisen sollen. *Gajus libro I. ad Edictum provinciale* <sup>75)</sup> spricht von der cautio de iudicio sistendo, und sagt, wenn der Beklagte abwesend ist, so sollen auf jeden Tag seiner Reise 20000 Schritt, d. h. zwanzig Meilen gerechnet werden, jedoch mit Abrechnung des Tages, da die cautio iudicio sisti geleistet worden, und der Beklagte sich vor Gericht stellen soll, welches aber seinen Grund in der Natur der stipulatio de iudicio sistendo hatte, wo

73) *Jo. GOEDDAEUS* in *Commentar. repet. praelect. in Tit. 16. Libri L. Pand. de Verb. Signific. (Sigenae Nassovior. 1597. 8.) ad L. 3. D. h. t. und Jul. a BERYMA* *Commentar. in Tit. eundem. (Leovardiae 1649. 8.) ad eand. L. 3. pag. 11.*

74) *L. 13. §. 9. D. h. t. §. 16. J. eodem.*

75) *L. 1. D. Si quis cautionib. in iudicio sistendi causa fact. (II. 11.) Vicena millia passuum in singulos dies dinumerari Praetor iubet, praeter eum diem, quo cautum promittitur, et in quem sistere in iudicium oportet: nam sane talis itineris dinumeratio neutri litigatorum onerosa est.*

durch zugleich der Tag der Erscheinung vor Gericht von den Partheyen bestimmt wurde<sup>76)</sup>. Und Ulpian *libro L. ad Sabinum* <sup>77)</sup> beweist noch weniger. Plane si ipsa die kalendarum quis stipulationem interponat, quid sequemur? fragt er; Et puto actum videri de sequentibus kalendis. Also wenn Jemand am 1sten eines Monats verspricht, daß er am 1sten bezahlen wolle, so hat er den 1sten des nächstfolgenden Monats gemeint; ganz natürlich. Denn hätte er den ersten gemeint, da er die Zahlung versprach, so hätte er ja heute gesagt<sup>78)</sup>. Dieß gehört nun vollends gar nicht hierher. c) Daß aber die Excusationsfrist gleich vom Tage der Insinuation oder Bekanntwerdung, so wie überhaupt gesetzliche Fristen von da an ihren Lauf beginnen, und nicht erst von dem folgenden Tage an zu rechnen sey, bringt auch schon die bürgerliche Zeitberechnung mit sich, welche von einem Calendertage zu dem andern, und nicht a momento in momentum rechnet, sondern den Tag, so wie er angefangen hat, schon als vollendet annimmt<sup>79)</sup>. Daher wird auch die Appellationsfrist gleich von dem Tage der Publi-

76) *L. 8. pr. D. Qui satisdare cogant. (II. 8.) De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire: si non conveniat, Prædus putat, in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc a iudice statuendo.*

77) *L. 41. pr. D. de Verb. obligat.*

78) *S. Hub. GIPHANII, Comment. ad Tit. 1. Lib. XLV. Dig. de Verb. Oblig. ad cit. L. 41. nr. 4. in Lectur. Altorphin. p. 845.*

79) *L. 134. D. de Verbor. Signific.*

cation der Sentenz an gerechnet, und was von Sentenzen gilt, sagt Ulpian *libro I. de appellationibus* <sup>80)</sup>, soll auch in andern Fällen beobachtet werden. Die heutige Praxis pflegt indessen aus Billigkeit die Frist nicht gleich vom Tage des Insinuationsdecrets, sondern erst von dem folgenden Kalendertage an zurechnen <sup>81)</sup>, sie verschafft also der Parthey einen ganzen Tag mehr, als die Römische Zeitrechnung erlaubt.

2) Sind an dem letzten Tage der Reise keine zwanzig Meilen mehr zurückzulegen übrig, so wird doch dieser ganze Tag dem Vormund zu gute gerechnet, und wenn er auch an diesem Tage nur noch eine Meile zurückzulegen gehabt hätte. Die Tage, welche ihm nach seiner Ankunft gegeben sind, fangen also erst am folgenden Tage zu lau-

80) *L. 1. §. 5. et 6. D. Quando appellandum. (XLIX. 4.)* Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latus computandum erit. Quid ergo, si sententia fuerit sub conditione dicta? utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum, an vero ex die, quo conditio sententiae existit? — Et est utile, statim tempora ad appellandum computari debere. — Quod in sententiis praecipuum est, ut vel altera die, vel tertia provocetur, hoc etiam in ceteris observandum, ex quibus sententia quidem non profertur, appellari tamen oportere et posse, supra relatam est. *S. Abtr. Schweppe jurist. Magazin. 1. B. 1. Heft. Nr. IX. S. 119. f.*

81) *S. VOLT Comm. ad Pand. Tom. I. Lib. II. Tit. 12. §. 14. Ant. MATTHAEI de Auctionibus. Lib. I. Cap. 8. nr. 12. pag. 56. und den 3. Th. dieses Commentars §. 267. S. 548.*

fen an <sup>82)</sup>). Dieß lehrt uns Ulpian *libro II. ad Edictum* <sup>83)</sup>, wo er sagt:

*Itinere faciendo viginti millia passuum in dies singulos peragenda, sic sunt accipienda, ut, si post hanc dinumerationem minus quam viginti millia supersint, integrum diem occupent: veluti viginti unum millia sunt passus, biduum iis attribuetur: quae dinumeratio ita demum facienda erit, si de die non conveniat.*

Gentilis <sup>84)</sup> erklärt diese Entscheidung ebenfalls aus der bürgerlichen Zeitrechnung der Römer, welche den Tag nicht nach Stunden und Minuten berechneten, sondern diem coeptum pro completo hielten <sup>85)</sup>).

Der Grundsatz, daß bey Abwesenden, denen die Gesetze eine gewisse Frist vorgeschrieben haben, auf jede Tagereise zwanzig Meilen gerechnet werden, gilt im Röm. Recht allgemein, und findet in allen Fällen Statt, auch wo die Rückkehr ohne Verzug erfolgen muß <sup>86)</sup>. Z. B. bey denen,

82) *S. Ant. AUGUSTINUS ad Modestinum de Excusationibus, ad L. 13. §. 2. h. t. (in Thes. Otton. Tom. IV. p. 1596.)*

83) *L. 3. pr. D. de Verbor. Signific.* Man vergleiche über diese Gesetzstelle *Jac. CUSACII Commentar. ad Tit. de Verbor. Signif. ad h. L. Jo. GOEDDAEUS Commentar. ad eund. Tit. et L. pag. 78. sqq. Alb. GENTILIS Commentar. in Tit. Dig. de Verb. Signif. ad h. L. (Hannoviae 1614. 4.) pag. 8. sqq. und Jul. a BREYMA Comm. in eund. Tit. et L. pag. 8 — 11.*

84) *Comm. cit. ad L. 3. cit. pag. 9.*

85) *L. 134. D. de Verb. Signif.*

86) *S. GOEDDAEUS in Comment. cit. ad L. 3. de Verb. Signif. Axiom. I. pag. 80. sq.*



welche Reipublicae causa abwesend sind<sup>87)</sup>, ferner bey gerichtlichen Terminen<sup>88)</sup>, bey dem Gesuche der Bonorum possessio<sup>89)</sup>, und in andern Fällen, welche Cujaz<sup>90)</sup> angeführt hat. In Gratians Decrete<sup>91)</sup> wird dieser Grundsatz auch sogar auf die Appellationsfristen angewendet. Da heißt es:

Quod si longius iter sit, exceptis his quinque diebus, (intra quos appellandum) spatium dierum, quo iter agi possit, computetur: *habita dinumeratione XX. millium diurnorum per singulos dies.*

Allein die Richtigkeit dieser Texte des Gratianischen Decrets ist nicht ohne Grund sowohl von den Römischen Correctoren in ihrer Anmerkung zu denselben, als von den neuern Rechtsgelehrten<sup>92)</sup> bestritten worden. Die Worte selbst scheinen übrigens aus den Institutionen genommen zu seyn, in denen es §. 16. *h. t.* heißt:

Si vero ultra centesimum habitant, *dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius dierum.*

87) L. 38. §. 1. D. *Ex quib. caus. maior.*

88) L. 1. D. *Si quis cautionib. in iudicio sist. causa fact.*

89) L. 2. §. 3. D. *Quis ordo in bonor. possess.*  
(XXXVIII. 15.)

90) Cit. Comment. ad L. 3. D. de V. S.

91) *Can. 22. et 23. Caus. II. Qu. 6.*

92) S. *Car. Sebast. BERARDI Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc.* P. III. Cap. 24. pag. 375. (edit. Venet. 1777. 4.) und *Jod. Le PLAT Diss. de spuris in Gratiano canonibus.* Cap. VII. §. 2. (in *Andr. GALLANDII Syllog. Dissertation. de vetustis canonum collectionibus.* Tom. II. (Magontiaci 1790. 4.) pag. 924.

*Diurnorum* soll hier soviel seyn, als in unumquemque diem, καὶ ἐκάστης ἡμέρας, wie es Theophilus in seiner Paraphrase gegeben hat, so daß also gar nicht nöthig ist, mit Gebauer,<sup>93)</sup> nach *diurnorum* das Wort *passuum* zu ergänzen.

4) Die Meilenberechnung für jeden Tag der Reise bleibt die nämliche, die Reise mag zu Wasser, oder zu Lande, zu Fuße, oder zu Pferde, oder zu Wagen geschehen. Denn die Gesetze machen keinen Unterschied<sup>94)</sup>. Der berufene Reisende soll nur den geraden Weg einschlagen, und keine Umwege machen<sup>95)</sup>, welches jedoch nicht soviel heißt, als ob er immer den kürzesten Weg nehmen müsse; er kann auch einen Umweg machen, wenn dieser sicherer und gangbarer ist, oder ein Nothfall, z. B. Uberschwemmung, diesen Umweg gebietet; also nur nicht ohne Noth<sup>96)</sup>. Ob die gedachte Meilenberechnung auch noch dann zur Anwendung komme, wenn die Reise über die See geht, haben die Gesetze unentschieden gelassen. Da jedoch eine solche Reise vom Wind und Wetter abhängt; so läßt sich hier nicht füglich bestimmen, wie viel Meilen jeden Tag zu Schiffe zurückgelegt werden können. Hier muß also wohl richterliches Ermessen entscheiden<sup>97)</sup>. Uebrigens war die römische Meilenberechnung so allgemein, daß sie nach dem Bericht des Vegetius<sup>98)</sup> auch sogar

93) Excurs. cit. ad. c. 16. l. h. t. pag. 356.

94) S. besonders GEBAUER Excurs. VI. cit. pag. 358.

95) L. 10. §. 3. D. h. t.

96) S. GOEDDAEUS cit. Comm. ad L. 3. D. de Verbor. Signif. nr. 14. pag. 83. sqq.

97) L. 1. C. de dilation. (III. 11.) GOEDDAEUS c. l. nr. 12.

98) *De re militari* Lib. I. cap. 9. et cap. 27. Hiermit stimmt auch SPARTIANUS in *vita Adriani Caes. cap. 9.* überein.

bey den Märschen der Soldaten angenommen war, nur daß man bey Eilmärschen 24 Meilen auf einen Tag rechnete.

II. Zur Ausführung und Beweis des Entschuldigungsgrundes sind, mit Inbegriff jener 50 Tage, vier Monate festgesetzt. Paulus sagt *libro II. Sententiarum* 99):

Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet: *peragendo enim negotio ex die nominationis continui QUATUOR MENSES constituti sunt.*

Es entsteht nun hier die Frage, wenn diese Frist von vier Monaten zu laufen anfange? Gebauer 100) meint, von dem Tage an, da der Vormund seine Entschuldigungsgründe angeführt hat. Allein dagegen hat schon der unsterblich verdiente Haubold 1), dessen großer Name immer heilige Ehrfurcht in mir erweckt, sehr gründlich erinnert, daß der Ausdruck *nominatio* immer nur die Bestellung des Vormundes bezeichne, besonders wenn sie von der Obrigkeit geschieht 2); niemals aber von der Anführung der Entschuldigungsgründe gebraucht werde. Dieß heißt immer in den Gesetzen *allegatio causae* 3):

99) L. 58. D. h. t.

100) Cit. Excurs. VI. ad cap. 16. Instit. h. §. 1. pag. 536.

1) Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. Cap. V. (in *Opusc. academ.* a WENCKIO edit. Vol. I. pag. 424.)

2) L. 14. Cod. h. t. L. 1. C. de magistrat. conveniend. (V. 75.)

3) Vid. tot. Tit. Cod. Si tut. vel curat. falsis allegationibus excusatus sit. (V. 63.)

*allegare* 4), *proferre excusationes* 5). Hätte Paulus die viermonatliche Frist von dem Tage an gerechnet wissen wollen, da der Vormund seinen Entschuldigungsgrund vor Gericht angeführt hat, so würde er ja wohl gesagt haben: *ALII continui quatuor menses*. Da in dieser viermonatlichen Frist jene Zeit von 50 Tagen mit begriffen ist, so kann wohl diese Frist nicht eher zu laufen anfangen, als von der Zeit an, da auch jene 50 Tage zur Anführung der Excusation ihren Lauf beginnen 6). Mit Recht erklärt daher der große Haubold die Worte des Paulus *ex die nominationis* so: *ex die compertae nominationis*, so wie sie auch schon der große Anton Faber 7) erklärte. *Ne alioquin facile possit contingere, ein sehr treffender Grund, ut prius finitum, quam coeptum esset tempus excusationis, quod certe perabsurdum esset.* So fühlte ebenfalls die Glosse diese Schwierigkeit, welche sich den Einwurf macht: *Sed si isti (quatuor menses) continue currunt ex die nominationis, et ponas, eum scire post quatuor menses se tutorem: ergo prius praescribitur cognitioni, quam propositioni!* Sie beseitiget ihn aber ebenfalls so: *sed subintellige hic nominationis*

4) L. 1. §. 1. D. de admin. et peric. tut. et curat. L. 31. pr. D. h. t.

5) L. 39. D. h. t.

6) S. von Wening = Ingenhelt in Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Band IV. Buch §. 418. S. 121. der 3. Aufl.

7) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. II. lat. 7. de tempore dato ad peragendam negotium propositae excusationis. pag. 1139. sq. Man vergleiche auch Hag. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. III. cap. 9. §. 58. (Vol. II. pag. 157. edit. noviss. Norimberg.)

*et cognitionis.* In der That beruhet diese Erklärung auf eben dem Grunde der Billigkeit, den auch Trypho- ninus vor Augen hatte, wenn er in der folgenden aus desselben *libro XIII. Disputationum* genommenen *L. 39. h. t.* sagt:

Si quum ipse institueret, ut proferret excusa- tionem, mora contradictionis impeditus est, quo- minus decreto liberaretur, excusationem recte probari

Das heißt, der Vormund muß mit dem Beweise seiner Excusation auch noch nach Ablauf der viermonat- lichen Frist zugelassen werden, wenn er ohne sein Ver- schulden gehindert wurde, denselben binnen der gesetzlichen Frist herzubringen, denn nach den Worten: *ut proferret excusationem* müssen nach dem ganzen Zusammenhange die Worte ergänzt werden: *ac probaret intra quatuor menses.*

So wenig die römische Meilen-Berechnung auf uns- sere deutsche Meilen paßt, indem schon Mynsinger <sup>8)</sup> bemerkt hat, daß fünf italiänische Meilen erst für eine deutsche Meile zu rechnen seyen, und also nach dieser Ana- logie nur fünf deutsche Meilen auf eine Tagereise gerechnet werden könnten; eben so wenig werden die römischen Fri- sten heut zu Tage mehr beobachtet, sondern die Gerichte bestimmen die Fristen nach ihrem Ermessen <sup>9)</sup>, insofern

8) Consil. LIV. nr. 8.

9) S. GALLIUS Observation. Lib. I. Obs. 53. nr. 20. Sam. STRYK Us. mod. Pand. Tom. II. h. t. §. 9. Cottl. Gerh. TITIUS Observation. in compendium iur. Lauterbach. h. t. Obs 822. Jo. SCHILTER Prax. Jur. Rom. Exer- cit. XXXVII. §. 162. LAUTERBACH Colleg. theor. pract.

sie nicht schon durch die Provinzialrechte, oder besondern Proceßordnungen eines Landes sind festgesetzt worden<sup>10)</sup>.

§. 1357. b.

Rechtliches Verfahren bey der Geltendmachung der Excusation.

Wenn also der berufene Vormund glaubt sich entschuldigen zu können; so muß er seine Excusation binnen der bestimmten Zeit bey dem competenten Gericht vorbringen. Dieß ist dasjenige Gericht, dem die Vormundschaftsbestellung zukommt<sup>11)</sup>. Das Anbringen kann h. z. T. mündlich und schriftlich, in Person oder durch einen Procurator geschehen<sup>12)</sup>. Hat der Berufene mehrere Entschuldigungs-

Pand. P. II. h. t. §. 17. *Joach. Hopp. Commentat. succ. ad Institut. Justinian. h. t. Us. hod. pag. 229. (edit. WALCH.) Jo. Gottl. HEINBCCIUS Elem. iuris Germanici. Tom. I. §. 588. und von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. XX. n. 2 — 7. S. 476. (München 1791. 8.)*

10) Man findet diese besondern Stadt- und Landrechte alle sorgfältig angeführt in *Chr. Jac. de ZWIERLBIN Diss. de excusationib. tutor. et curator. §. XVII.* Sie kommen alle darin überein, daß die darin bestimmte Frist peremptorisch ist, und erst von der Zeit an gerechnet wird, da dem Berufenen die Bestellung zum Vormunde bekannt geworden ist. Meist ist jedoch zur Excusation eine Frist von vierzehn Tagen bestimmt. Man vergl. z. B. das allg. bürgerl. Gesetzbuch für Oesterreich 1. Th. 4. Hauptst. §. 201. Bayer. Landrecht 1. Th. 7. Kap. §. 20. und die erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt vom J. 1578. f. 7. Th. 3. Tit. §. 12.

11) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. de ZWIERLBIN Diss. cit. §. XVII.

12) LAUTERBACH c. l. §. 19. *Henr. HAHNII Observata th. pract. ad Wesenbecium h. t. in fin. pag. 336. sq. STRYK*

gründe, so braucht er sie zwar nicht alle zugleich und auf einmal anzuführen, sondern er kann damit wechseln, es muß nur binnen der gesetzten Frist geschehen<sup>13)</sup>. Denn welche er binnen der gesetzten Zeit nicht angeführt hat, finden nachher, als verspätet, kein rechtliches Gehör mehr<sup>14)</sup>. Ueber das Vorbringen der Excusation sind auch diejenigen zu vernehmen, welche dabey interessirt sind, nämlich der den Vormund in Vorschlag gebracht hat, die Verwandten des Pupillen, oder auch der Curand selbst, um ihre Einwendungen gegen die angegebene Excusation vorzubringen<sup>15)</sup>. Die angeführte Excusation muß demnächst, wenn sie nicht schon sonst notorisch ist, bewiesen, und dann darüber, so wie über die Excusation selbst und die dagegen vorgebrachten Einwendungen erkannt werden. Ist die Excusation verworfen worden, so kann gegen das richterliche Decret appellirt werden<sup>16)</sup>. Während des Verfahrens

Us. mod. Pand. h. t. §. 10. von Kreittmayr angef. Anmerkungen 1. Th. S. 477. de ZWIERLEIN c. l. und von Bening-Jungenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 418. a. E.

13) § 16. *I. h. t. L. 21. §. 1. D. eod.*

14) *L. 15. §. 4. et 8. D. h. t. S. Ger. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Tantum. pag. 570.*

15) LAUTERBACH c. l. §. 18. THIBAUT System des Pand. Rechts. 1. B. §. 514. von Bening-Jungenheim a. a. D. Anderer Meinung ist jedoch von Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. 20. S. 477.

16) *L. 4. L. 15. D. h. t. L. 10. §. 4. L. 17. §. 1. D. de Appellat. L. 1. §. 1. D. Quando appelland. L. 15. L. 18. Cod. de excusat. tut. et curator.*

über die Excusation wird ein anderer Vormund bestellt<sup>17)</sup>. Ist nun die Excusation rechtskräftig verworfen, so trifft den Vormund nicht nur der Kostenersatz, sondern er trägt auch allen Schaden, der in der Zwischenzeit dem Mündel oder Curanden zugegangen ist<sup>18)</sup>. Es ist daher dem Vormund anzurathen, daß wenn er seiner Sache nicht vollkommen gewiß ist, er sich entschliefse, unter gehörigem Vorbehalt der ihm zustehenden Befugnisse die Verwaltung der Vormundschaft zu übernehmen<sup>19)</sup>. Denn er haftet rückwärts als Vormund<sup>20)</sup>. Wird hingegen die Excusation angenommen, so wird der Excusirte dadurch nicht nur von der Vormundschaft befreit, sondern er ist auch für den Schaden in der Zwischenzeit nicht verantwortlich<sup>21)</sup>. Wäre ein Vormund durch Bestechung oder aus Unwissenheit des Rechts, oder sonst aus Partheylichkeit von Uebernehmung der Vormundschaft befreit worden, ohne eine hinreichende

17) L. 17. §. 1. D. de appellat. L. 2. D. de tutorib. et curat. dat.

18) L. 20. L. 59. §. 6. D. de administrat. tut. L. 15. Cod. h. t.

19) G. Martini Vormundschaftslehre. S. 29. a. G.

20) L. 20. D. de administrat. tutor. ULPIANUS libro V. de officio Proconsulis. Tutor vel curator, cuius iniusta appellatio pronuntiata fuerit, cuiusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere ad administrationem debuit, erit obligatus.

21) L. 22. C. h. t. Imp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC. Hermodoro. Si tutor nominatus decreto Praesidis, habens excusationem, absolutus es, ad te non pertinere periculum administrationis, manifestum est. G. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 59.



Ursache gehabt zu haben, z. B. er hatte nicht die gehörige Zahl von Kindern, oder nur erst zwey Vormundschaften; so nützt ihm diese Befreyung nichts, sondern er muß dennoch die Tutel übernehmen, und allen durch seine Weigerung verursachten Schaden ersetzen, wie die Kaiser Philippus rescribirt haben, wenn sie *L. 3. C. Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.* (V. 63.) sagen:

*Si, ut proponis, pars diversa ab administratione tutelae seu curae tuae, itemque fratris tui, ambitione potius, quam iuris ratione se excusavit: periculo iniuncti muneris minime liberata est.*

Eben so ist es, wenn der Vormund zwar durch Anführung einer gesetzmäßigen, aber erdichteten Ursache eine Befreyung erschlichen hat, ohne daß diejenigen, denen an der Bestellung des Vormundes gelegen war, vorher waren vernommen worden; oder wenn auch die Entschuldigungs-Ursache gesetzmäßig und wirklich gegründet war, der Vormund aber sich schon gleich Anfangs der Verwaltung freiwillig unterzogen hatte, ohne solches bey der Excusation angezeigt zu haben. In beyden Fällen ist das obrigkeitliche Befreyungs-Decret nichtig, und der Vormund muß von dem Augenblick an, da er die Tutel hätte übernehmen sollen, das *periculum* tragen<sup>22)</sup>, wie aus folgenden Constitutionen erhellet.

*L. 1. Cod. eodem. Imp. ALEXANDER Symmacho et Diodino. Si absentibus necessariis per-*

22) G. DONELLUS *Commentarior. Lib. III. Cap. 9. §. 60.* (Vol. II. pag. 159. edit. noviss. *Norimb.*) und *Marc. Vertran. MAURUS de iure liberorum. Cap. 19. (in Thes. Otton. Tom. III. pag. 1014. sqq.)*

sonis, vel his, qui sua sponte vos defendere volebant, non competentibus allegationibus, qui vobis tutores aut curatores dati erant, liberati esse a munere iussi sunt, ne eis circumvenisse iudicis religionem prosit, Praeses provinciae audiet vos: et si iniustum decretum extorsisse eos apparuerit, *exinde ad eos periculum administrationis pertinere pronuntiabit, ex quo dati sunt.*

*L. 2. C. eodem.* Imp. PHILIPPUS A. et PHILIPPUS C. *Aulizano.* Tutores, quos postea quam bona pupillorum administraverunt, a Praeside provinciae quasi re integrá excusari se impetrasse adseveras, *periculum administrationis evitare minime posse, manifestum est.*

### §. 1358.

Entsagung der Excusation. Erläuterung der *L. 52. et 33. D. h. t.*

Der Vormund kann sich seines Excusationsrechts auch begeben, entweder ausdrücklich, oder stillschweigend<sup>23)</sup>.

Ersteres ist der Fall, wenn der Vormund dem Vater des Pupillen die Uebernahme der Vormundschaft versprochen hat. Ein solches Versprechen erklärt selbst das Röm. Recht<sup>24)</sup> für verbindlich, und der Vormund kann sich weiter keiner Excusationen bedienen. Hierher ist auch noch der Fall zu rechnen, von dem Paulus *libro III.*

23) *G. Ant. FABRI* Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. I. Illat. IX. in fine pag. 1147. sq. et Illat. X. pag. 1148' sqq. und *Hug. DONELLI* Commentar. Lib. III. Cap. 9. §. 61. et 62.

24) §. 9. *I. h. t. L. 15. §. 1. D. eod.*

*Sententiarum* <sup>25)</sup> spricht: Qui se filio testatoris im-  
 puberi tutorem adscripsit, wenn ihn die Obrigkeit für  
 tüchtig befunden, und durch ein Decret bestätigt hat, weil  
 eine solche Vormundschaftsbestellung eigentlich gegen das  
 Libonianische Senatusconsultum streitet. Ein solcher Vor-  
 mund kann sich darum nicht entschuldigen, wie Paulus  
 sagt: *quia consensisse videtur voluntati testatoris*;  
 oder wie Papinian *libro XV. Responsorum* <sup>26)</sup> sich  
 noch deutlicher erklärt hat, wenn er sagt: *nec admitten-  
 dam excusationem, quam iure publico habebat,  
 quoniam PROMISSISSE videbatur.*

Letzteres kann auf verschiedene Art geschehen. 1) Wenn  
 der Vormund von der zur Zeit der angetragenen Vor-  
 mundschaft ihm zustehenden Excusation keinen Gebrauch  
 macht, oder die Zeit verstreichen läßt, binnen welcher er  
 sie hätte vorschützen sollen; es müßte denn nachher ein neuer  
 Excusationsgrund eintreten, der ihn von der schon über-  
 nommenen Vormundschaft befreit, und zur Zeit der Re-  
 nunciation noch nicht vorauszusehen war. 2) Wenn der  
 Vormund in einem solchen Falle, wo die Vormundschaft,  
 wegen ungültig geschehener Bestellung im Testament, der  
 obrigkeitlichen Confirmation bedurfte, dieselbe hat geschehen  
 lassen, ohne sich dagegen einer Excusation zu bedienen <sup>27)</sup>.  
 3) Wenn der Vormund ein Vermächtniß angenommen hat,  
 welches ihm entweder unter der ausdrücklichen Bedingung  
 der zu übernehmenden Vormundschaft, wovon Papi-  
 nian <sup>28)</sup> ein Beyspiel giebt, oder, ohne der Vormund-

25) L. 18. §. 1. *D. de lege Cornelia de falsis.* (XLVIII. 10.)

26) L. 29. *D. de testamentaria tut.*

27) L. 16. *D. h. t.* S. FABER c. 1. pag. 1147. sq.

28) L. 101. §. 2. *D. de condition. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

schaft dabey zu gedenken, entweder in demselben Testament, worin er bestellt worden ist, oder in Codicillen, sie mögen vor, oder nach dem Testament errichtet worden seyn, hinterlassen worden ist. Hier kann sich der Vormund selbst auch dann nicht mehr entschuldigen, wenn er zwar nicht auf eine gesetzmäßige Art bestellt, aber von der Obrigkeit bestätigt worden ist. Er verliert jedoch auch, selbst in dem letztern Falle, das Vermächtniß, wenn er durch Excusation die Vormundschaft ablehnt, wosern nicht der Testirer ausdrücklich erklärt hat, er solle das Vermächtniß auf jeden Fall erhalten, wenn er auch die Vormundschaft nicht übernehmen würde<sup>29)</sup>. Folgende Gesetzstellen sind hier besonders merkwürdig.

*L. 5. §. 2. D. de his, quae ut indignis aufer.* (XXXIV. 9.) *PAULUS Libro I. de iure fisci.* Amittere id, quod testamento meruit, et eum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela: sed si consecutus fuerit, non admittetur ad excusationem.

*L. 32. D. h. t. PAULUS libro VII. Quaestionum. Nesennius Apollinaris JULIO PAULO. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum aequae pupillum scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit. Titius confirmatus excusavit se a tutela. Quaero: an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a Praetore tutor excu-*

29) *S. Christ. Gottl. HAROLD* Quaestio iuris civ. Quatenus tutor excusatione usus legatum adscriptum amittat? *Lipsiae* 1790. (in *Ejus Opuscul. academ. a WENCK edit.* Vol. I. pag. 576 — 596.)

*cuset se, an aequè repellendus sit a legato? et an aliquid intersit, si a patre vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator?* Respondi: qui non iure datus sit vel tutor vel curator a patre, confirmatus a Praetore, excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato: idque et SCAEVOLAE nostro placuit: nam et Praetor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus, qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit, quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id onus, quod testator reliquit, ab eo, quod petit, quod idem dedit, repelli debere. Non semper tamen existimo, eum, qui onus tutelae recusavit, repellendum a legato: sed ita demum, si legatum ei ideo adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum iniunxit, non quod alioquin daturus esset, etiam sine tutela<sup>30)</sup>. Id apparere poterit, si posueris, testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis tutorem datum: in hoc enim legato potest dici, non ideo ei relictum, quia et tutorem esse voluerit testator.

*L. 33. D. eodem. IDEM libro XXIII. Quaestionum.* Sed haec nimium scrupulosa sunt, nec

30) So lesen Haloander, Miräus, Baudouja, Hugo a Porta, Merlinus, die Gothofredischen Ausgaben, und Beck. Diese Lesart ist der florentinischen *tutelae* unstreitig vorzuziehen, wenn man nicht etwa das Wort *onere* subintelligirt. Allein Brenkmann bemerkt in der Göttinger Ausgabe, daß auch alle von ihm verglichene Handschriften *tutela* lesen.

admittenda: nisi evidenter pater expresserit, velle se dare, etiam si tutelam non administravit: semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam.

Die Ausleger haben bey diesen beyden Gesetzstellen mancherley Anstände gefunden, die sie auf verschiedene Art aus dem Wege zu räumen gesucht haben. Jac. Cujacius<sup>31)</sup> und Joh. Schilter<sup>32)</sup> glauben, Paulus habe seine Meinung, die er früher im 7ten Buche seiner Quaestionen bey Gelegenheit des ihm damals vorgetragenen Rechtsfalles ausgeführt hat, nachher im 23ten Buche wieder geändert. Anton Faber<sup>33)</sup> hingegen hält die ganze L. 33. für einen Tribonianismus. Er sagt, Paulus habe seine Meinung in der L. 32. deutlich genug erklärt, der Vormund, wolle er sagen, verliere sein Legat durch Ablehnung der Vormundschaft nur dann, wenn ihm dasselbe wahrscheinlich bloß als Vormunde, um seine Treue zu belohnen, hinterlassen worden, also nicht immer, z. B. wenn dem Vormunde das Legat im Testament vermacht, er selbst aber in einem erst nachher noch errichteten Codicille zum Vormund ernannt worden sey. Hier scheine das Legat nicht um der Vormundschaft willen hinterlassen zu seyn. Mit einer solchen Wahrscheinlichkeit habe sich nun Tribonian nicht begnügt, sondern eine ausdrückliche Willenserklärung erfordert, wenn der Vormund auch ohne die Tutel das Legat erhalten solle. Den Tribonianismus soll auch schon der hier gebrauchte Pluralis: *Sed haec*

31) Commentar. in libr. VII. Quaestion. Pauli ad L. 32. D. h. t. (*Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 1104.*)

32) *Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 148.*

33) *Jurispr. Papinian. Scient. c. 1. pag. 1151.*

nimum scrupulosa, so wie der beygefügte Grund, *semper enim legatum aut antecedit aut sequitur tutelam*, deutlich genug verrathen. Allein die Schwäche dieser Gründe hat schon Haubold <sup>34)</sup> mit der ihm eigenen Gründlichkeit und Eleganz gezeigt. Weit richtiger ist die Ansicht des Joseph Averanius <sup>35)</sup>, Robert Joseph Pothier <sup>36)</sup> und des trefflichen Haubolds <sup>37)</sup>, welche das, was Paulus in der L. 32. sagt, für einen bloßen Zweifelsgrund erklären. Die Meinung des Röm. Juristen ist nämlich, durch Ablehnung der Tutel gehe das dem Vormunde hinterlassene Vermächtniß nicht immer, sondern nur denn verloren, wenn es ihm um der Vormundschaft willen gegeben worden ist. Denkt man sich nun den Fall, den Paulus hier anführt, daß das Legat im Testament vermacht, der Legatar aber erst in einem nachher gemachten Codicill zum Vormund ernannt worden sey; so könnte es scheinen, als habe der Testator, durch diese Absonderung des Vermächtnisses von der Bestellung des Vormundes, die Absicht gehabt, das Vermächtniß dem Legatar unbedingt, und nicht gerade um der Vormundschaft willen, zu hinterlassen. Allein dieß wäre denn doch nur eine Muthmassung, die noch großem Zweifel unterworfen ist. Solchen Ungewisheiten dürfe man in letzten Willensverordnungen nicht Raum geben. Haec nimium

34) Cit. Diss. §. III. pag. 382 — 384.

35) Interpretat. iuris. Lib. V. cap. 5. nr. 5. pag. 175. sq. (Lugduni 1751. 4.)

36) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXXXVIII. no. c. pag. 158.

37) Cit. loc. pag. 383.

scrupulosa sunt, nec admittenda <sup>38</sup>). Es sey daher rathfamer, (dieß ist nun die wahre Meinung unserß Paulus) eine deutliche Erklärung des Testirers zu erfordern, wenn er will, daß dem Tutor das Legat auf jeden Fall verbleiben solle, er möge die Vormundschaft übernehmen, oder nicht. Ohne eine so bestimmte Erklärung müsse immer vermuthet werden, daß das einem Vormunde hinterlassene Legat, es mag ihm in dem Testamente, oder in vorher oder nachher errichteten Codicillen seyn hinterlassen worden, in Rücksicht der Vormundschaft, und zur Belohnung seiner Treue, ausgesetzt worden sey, welches daher der Vormund mit Recht verliert, wenn er durch vorgeschützte Excusation die Bedingung des Vermächtnisses, und also den Willen des Testirers nicht erfüllt <sup>39</sup>). Um nun

38) Es ist in den Schriften der Röm. Juristen, die mehr auf die Sache, als auf die Worte sahen, gar nichts Ungewöhnliches, daß wenn sie vorher im Singulari sprachen, sie nachher die Rede auf den Pluralis lenken, wie Guil. PAUW Observation. iuris Romani lib. sing. (*Hagae Comitum* 1745. 8.) Cap. XIV. pag. 85. mit vielen Beyspielen bewiesen hat. Beyspiele hiervon findet man sogar auch in den besten Röm. Classikern. S. *Casp. BARTH* Notae ad *RUTILII Itinerar. Lib. I. Vs. 35.*

39) Die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 1. Const. 31. et 32.* Tom. V. *Fabroti* pag. 14. haben, mit Uebergehung des vom Paulus sich selbst gemachten Zweifelsgrundes, bloß das Resultat des unbezweifelten Rechts aufgenommen. Da lauten die beyden Gesetzstellen so. λα'. Παύλου. Ο' ανισχύρωσ δοδεισ επίτροπος, και μετά τὸ βεβαιωθῆναι αὐτὴν παραιτησάμενος, ἐκπίπτει τοῦ καταλειφθέντος αὐτῷ ληγάτου. *FABROTUS. Tutor inutiliter testamento datus, et post confirmationem excusans se, amittit legatum sibi relictum.* λβ' Αὐτὸς. Εἰ μ.



aber vollends zu zeigen, daß die Art, wie der Vormund vom Testirer ernannt worden, es sey im Testament, oder in Codicillen geschehen, eben so wenig, als die Ordnung, in der ihm das Vermächtniß hinterlassen worden ist, es sey vor oder nach der Berufung zur Vormundschaft geschehen, Einfluß habe auf den Bestand des Vermächtnisses, und daß daher von jener auf diesen kein Schluß gemacht werden könne; so fügt Paulus noch den Grund hinzu: *semper enim legatum aut antecedit, aut sequitur tutelam.*

Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten. 1) Ist dem Vormunde vom Testirer ein Legat hinterlassen worden, so wird vermuthet, daß es ihm, als Vormunde, und um der Vormundschaft willen, hinterlassen worden sey. Ganz den angeführten Gesetzen gemäß, sagt Schilter <sup>40)</sup>, *Quare semper praesumptio est, patrem ideo legatum dedisse, ut tutelam susciperet: contrarium igitur expresse apparere debet: atque hoc ob favorem tutelae et odium recusationis.* Eben dieser Meinung stimmen auch Joh. Voet <sup>41)</sup>, Joseph Averanius <sup>42)</sup> und Haubold <sup>43)</sup> bey. Es kommt nichts darauf an, ob Beydes Vermächtniß und Ernennung des Vormundes in einem Testamente, oder in verschiede-

*ρητῶς ὁ διαδέμενος εἶπε βούλεσθαι αὐτὸν καὶ μὴ ἐπιτροπεύοντα λαβεῖν. FABROTUS. Nisi evidenter testator dixerit velle se consequi eum legatum, etiam si tutelam non administraverit.*

40) Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 148.

41) Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6.

42) Interpretat. iuris cit. I. pag. 174.

43) Cit. Diss. Opusc. Tom. I. pag. 383.

nen letzten Willensverordnungen, das Eine z. B. im Testamente, das Andere in Codicillen geschehen ist, und ob diese vor oder nach dem Testamente errichtet worden sind. Cujaz <sup>44)</sup> sagt sehr richtig: *Et verius esse docet PAVLUS, huius ordinis, sive diversae scripturae rationem nihil mutare, nihil efficere, et breviter non aliter legati commodum separari ab onere tutelae, quam si evidenter testator expresserit, velle se dare legatum, etiam si tutelam non susceperit. Hoc non expresso semper videtur onus tutelae iunxisse emolumento legati.*

2) Diese Vermuthung ist so stark, daß sie nur durch die ausdrückliche Erklärung des Testirers, der Vormund solle das Legat behalten, wenn er auch die Vormundschaft nicht übernimmt, entkräftet werden kann.

3) Der Vormund verliert das Vermächtniß, wenn er die ihm angetragene Vormundschaft nicht übernimmt, und die Schuld bloß an ihm lag, mithin seine Entschuldigung ganz freywillig war. Haubold <sup>45)</sup> giebt die Regel: *Quicumque a testatore tutor relictus, ipse in culpa est, quominus tutelam in se suscipiat, amittit legatum, ab eodem sibi adscriptum, tanquam indignus defuncti iudicio, quod semel neglexit.* Dieser Verlust ist nun zwar allerdings eine Strafe, sie ist jedoch nicht nach den Regeln von Strafen bey Verbrechen zu beurtheilen. Denn man kann hier nicht sagen, der Vormund delinquire, wenn er sich einer rechtmäßigen Excusation bedient. Allein er verdient doch das Vermächtniß

44) Commentar. in Libr. VII. Quaestion. Pauli, ad L. 32. D. h. t. (Opp. postum. Tom. II. pag. 1104.)

45) Cit. Diss. §. II. pag. 379.

darum nicht, weil er durch Ablehnung der Vormundschaft dem Willen des Testirers zuwider gehandelt hat <sup>46)</sup>. Dieß ist der Gesichtspunct, aus welchem die Geseze diese Strafe beurtheilen, wie aus den vom Paulus angeführten Beyspielen erhellet. Er sagt nämlich in der oben aus dessen *libro I. de iure fisci*. <sup>47)</sup> angeführten Stelle, wenn der Vater Jemanden in seinem Testamente bloß ein Legat hinterlassen hat, ohne ihn zum Vormund seines unmündigen Kindes zu ernennen, und dieser sich excusirt, weil er von der Mutter des Pupillen zum Vormund desselben war in Vorschlag gebracht worden; so verliere er sein Legat nicht, und zwar aus dem beygefügtten Grunde: *hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit*. Aus demselben Grunde, sagt Paulus *libro VII. Quaestionum* <sup>48)</sup>, könne auch derjenige des ihm hinterlassenen Le-

46) *S. Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Princ. l. IIIat. 10. de poena illius, qui etiam iuste a tutela se excusavit. pag. 1148. sqq. und besonders Jos. AVERANII Interpretation. iuris. Lib. II. Cap. 29. nr. 7—11. pag. 308 sq.*

47) *L. 5. §. 2. D. de his, quae ut indignis aufer. (XXXIV. 9.)*

48) *L. 54. D. h. t. Ex his apparet, non esse his similem eum, quem Praetor tutorem dedit, quum posset uti immunitate. Hic enim nihil contra iudicium fecit testatoris: nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii, dicere non possumus. Die Lesart noluisse, welche nach der Bemerkung des Ant. AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 3. (in *Thes. Ottoniano* Tom. IV. pag. 1440.) viele alte Ausgaben und Handschriften haben sollen, ist offenbar unrichtig. Denn es fällt in die Augen, daß das voluisse auf den Vater gehe. Auch der griechische Scholiast in den Basiliken Lib. XXXVIII. Tit. 1. ad const. 53. Sch. e. Tom. V. pag. 43. hat ἡ βου-*

gats nicht verlustig werden, welcher von der Obrigkeit zum Vormund der Kinder des Testirers berufen worden ist, wenn er sich entschuldiget. Denn da ihn der Vater nicht zum Vormund ernannt hat, so weiß man ja nicht, ob ihn auch der Vater die Vormundschaft über seine Kinder habe wollen verwalten lassen. Er hat also auf keine Weise dem Willen des Testirers entgegengehandelt. Soll also.

4) die Strafe des Verlusts eintreten, so muß der sich excusirende Vormund vom Testator selbst ernannt worden seyn. Ob die Ernennung auf eine vollkommen gesetzmäßige Art geschehen ist, oder nicht, kann nur in so fern von Einfluß seyn, als in dem letzten Falle eine obrigkeitliche Confirmation erforderlich ist. In der oben vorgekommenen *L. 32. D. h. t.* werden eine Menge Fälle dieser Art angeführt, und dem Paulus zur Begutachtung vorgelegt. Z. B. wenn eine Mutter ihr unmündiges Kind, oder wenn irgend Jemand ein fremdes unmündiges Kind zum Erben eingesetzt, und einem Dritten ein Legat hinterlassen, und diesen zugleich zum Vormund des Kindes bestellt hat; oder wenn der Vater einem emancipirten unmündigen Kinde einen Tutor, oder einem minderjährigen Kinde einen Curator in seinem Testamente ernannt hat. In allen diesen Fällen ist die Vormundschaftsbestellung zwar an sich ungültig, sie wird aber gültig durch die obrigkeitliche Bestätigung. Excusirt sich nun der Vormund, so macht er sich seines Legats verlustig. Denn indem ihn die Obrigkeit bestätigt, befolgt sie den Willen des Te-

stirers 49), weil es der Wille des Erblassers ist, daß der Legatar für das ihm ausgesetzte Vermächtniß die Vormundschaft übernehme. Schlägt nun der Legatar die Vormundschaft aus, so handelt er dem Willen des Verstorbenen zuwider. Er wird also billig mit dem Verluste des Vermächtnisses bestraft 50).

5) Noch mehr als die Strafe des Verlusts, sogar das *periculum tutelae* trifft denjenigen, welcher mit mehreren zugleich zum Vormund ernannt worden, und sich eben deswegen, ohne sich einmal zu excusiren, der Vormundschaft gar nicht annahm, sondern sie den übrigen verwalten ließ, weil er glaubte, diese seyen schon Vormunds genug. Paulus hat diesen Fall *libro XXIII. Quaestionum* 51). Hier hätte man nun freylich denken sollen, der Vormund könne seines Legats nicht verlustig werden, weil er ja das *periculum cessationis* trägt, und in Anspruch genommen werden kann, wenn der Pupill von denjenigen, welche die Tutel verwaltet haben, nicht hinläng-

49) *Nam iudicium patris, licet iure deficiat, servandum est*; so sagen die Kaiser Severus und Antoninus in einem Rescript an Helius Diodotus, welches uns in den *Fragmentis Vaticanis* §. 159. ist aufbehalten worden. Man sehe über diese Stelle vorzüglich de BUCHHOLTZ pag. 136.

50) *S. Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. X. pag. 1151. de tutore inutiliter dato, sed confirmato, excusante se a tutela.* War der nicht gültig, z. B. von der Mutter des Mündels, bestellte Vormund zur Uebernehmung der Vormundschaft bereit, die Obrigkeit hat ihn aber nicht confirmirt, weil sie ihn nicht für tüchtig hielt; so kann er das Legat doch fordern, wie Papinian *L. 76. §. 6. D. de legat. II. (XXXI.)* sagt.

51) *L. 35. D. h. t.*

lich entschädiget werden kann. Dennoch spricht ihn Paulus mit Recht sein Legat ab, und setzt den Entscheidungsgrund darin, der Vormund habe sich hier gewissermassen excusirt, also müsse sein Ungehorsam gegen den Willen des Testirers bestraft werden. Die Worte des Paulus lauten so:

Quid autem, si se non excusaverit, sed administrare noluerit, contentus<sup>52)</sup>, quod ceteri idonei sint? Et hic poterit conveniri, si ab illis res servari non potuisset. Sed hoc non quaerendum est, sed contumacia punienda est eius, qui quodammodo se excusavit. Multo magis quis dicere debet indignum iudicio patris, qui ut suspectus remotus est a tutela.

Daß hier die Hauptfrage von dem Verlust des Legats war, und nicht von der Verantwortlichkeit des Vormundes, sagt nicht nur Paulus ausdrücklich: *Sed hoc non quaerendum est*, d. h. davon kann jetzt noch keine Frage seyn, denn die Verantwortlichkeit des Vormundes kommt erst nach geendigter Tutel zur Sprache; sondern eben dieß beweist auch der von ihm gebrauchte Entscheidungsgrund, und die von ihm mit einem solchen Vormunde angestellte Vergleichung, der zwar die Tutel übers

52) Mehrere alte Ausgaben, z. B. die des Baudoua Cerstius, Merlinus, u. m. a. lesen *contendens*. Allein die florentinische Lesart, welche auch Haloander, Miräus, Hugo a Porta, Gothofredus, und Beck behalten haben, wird durch die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 1. ad constit. 34. Sch. f. Tom. V. pag. 43.* bestärkt, wo das Wort ἀπονομενος gebraucht worden ist. S. Jac. Cujacii Comment. in Lib. VII. Quaest. Pauli ad L. 32. D. h. t. (*Opp. postum. Tom. II. pag. 1104. in fin.*)

nommen, aber als suspect removirt worden ist. Denn die Worte *indignum iudicio patris* gehen offenbar auf die Unwürdigkeit des Vormundes in Rücksicht des ihm vom Vater des Mündels hinterlassenen Vermächtnisses. Noch deutlicher aber hat dieses der griechische Scholiast ausgedrückt, wenn er unser Gesetz auf folgende Art in seine Sprache übertragen hat.

Τί οὖν εἰ μὴ ἐχρήσατο μὲν ἐξκουσατίονι ὁ ἐν διαθήκῃ δεδομένος ἐπίτροπος, καταδεξάμενος δὲ τὴν ἐπιτροπὴν οὐ βούλεται διοικεῖν, ἀρκούμενος τῷ ἔχειν συνεπιτρόπους ἐυπόρους; καὶ πρόδηλον μὲν ὅτι δύναται ἐνάγεσθαι, εἰ μὴ δυνηθῶσι ποιῆσαι τὸ ἀζήμιον τῷ πονίλλῳ οἱ συνεπίτροποι αὐτοῦ. ἀλλ' οὐ τοῦτο μόνον ζητοῦμεν, ἀλλὰ χρῆ καὶ τὴν προπέτειαν αὐτοῦ κολάζεσθαι τῇ ἐκ πτώσει τοῦ ληγάτου· καὶ οὗτος γὰρ ἐξκουσατίονι δοκεῖ κεχρησθαι πολλῶν δὲ πλέον τούτου ἀνάξιός ἐστι λαμβάνειν τὸ ληγάτον, ὁ καταδεχόμενος μὲν τὴν ἐπιτροπὴν, ἀποκινούμενος δὲ αὐτῆς ὡς ὑποπτος.

FABROTUS. *Quid igitur si testamento datus tutor non utatur excusatione, sed tutelam susceptam nolit administrare, contentus eo, quod habet contutores idoneos? Et manifestum quidem est hunc posse conveniri, si a contutoribus eius pupillo res servari non possit. Sed non hoc tantum quaerimus, sed contumacia eius punienda* AMISSIONE LEGATI: *nam et hic videtur excusatione uti. Multo vero magis INDIGNUS EST CONSEQUI LEGATUM, qui suscepta tutela remotus est quasi suspectus.*

Gleichwohl meint Anton Faber<sup>53)</sup>, die Worte: *Sed hoc non quaerendum est — remotus est a tutela*, habe Tribonian dem Paulus angedichtet. Denn der angeführte Entscheidungsgrund sey offenbar falsch. Wie könne man denn von dem sagen, er excusire sich, der die Tutel nicht verwalten will, weil er meint, es seyen schon andere tüchtige Vormünder da? Er müsse ja das periculum tragen, welches den nicht trifft, der sich excusirt. Um dieses periculum willen müsse man ihm aber auch billig das Vermächtniß lassen, um so mehr, da er eben so behandelt wird, als ob er mit administrirt hätte, und ihm kein dolus noch eine contumacia zur Last falle. Allein wer kennt die Maxime des großen Anton Fabers nicht, der alles sogleich für einen Tribonianismus zu halten pflegt, was er mit seinen Rechtsgrundsätzen nicht zusammenreimen kann? Darin hat ihn Haubold<sup>54)</sup> auch mit Recht getadelt.

6) Der Vormund verliert sein Legat, wenn er sich excusirt, auch wenn er die Vormundschaft nur zum Theil von sich ablehnt. Dieß lehrt Marcian mit Beziehung auf ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus *libro II. Institutionum*, woraus die *L. 111. D. de legatis I. (XXX.)* genommen ist.

*Etiam si partis bonorum se excusaverit tutor, puta Italicarum, vel provincialium rerum, totum, quod testamento datum est, ei auferetur, et ita Divi SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt.*

53) *Jurispr. Papin. Sc. c. I. pag. 1152. De tutore, qui habens contutores, non se excusavit, sed administrare noluit.*

54) *Cit. Diss. §. III. Opusc. Vol. I. pag. 586.*



Dies ist auch den Grundsätzen des Röm. Rechts vollkommen gemäß. Denn so wie der Legatar, gleich dem Erben, das Vermächtniß nicht zum Theil annehmen und zum Theil ausschlagen kann<sup>55)</sup>; eben so kann auch der Vormund das Legat nicht fordern, wenn er die Bedingung desselben nicht ganz erfüllt, sondern zum Theil unerfüllt läßt<sup>56)</sup>, wenn auch übrigens ein Vormund allerdings befugt ist, sich von einem Theile der Vormundschaft durch rechtmäßige Excusation zu befreien<sup>57)</sup>.

7) Der testamentarische Vormund verliert aber, wenn er sich seines Excusationsrechts bedient, nicht nur das ihm selbst hinterlassene Vermächtniß, sondern es gehen auch die seinen Kindern zugedachten Legate verloren, wenn sie nämlich den Kindern nicht aus eigner Zuneigung, sondern bloß, um den Vater dadurch zu ehren, vom Testirer hinterlassen worden sind. Merkwürdig ist folgende Stelle Papinians aus desselben *libro IV. Responsorum*.

55) L. 38. pr. D. de legat. I. L. 4. D. de legat. III. PAULUS Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. 6. §. 12. SCHULTING Jurisprud. vet. Antejustin. pag. 358.

56) G. HAUBOLD Diss. cit. §. IV. pag. 390.

57) L. 10. §. 4. L. 19. L. 21. §. 2. D. h. t. L. 11. Cod. eodem. Ant. FABER Jurispr. Papin. Sc. Tit. XXIV. Pr. I. Illat. II. pag. 1108. de tutore liberando ab administrat. rerum, quae sunt in alia provincia. In einer vermuthlich aus Ulpian's libro sing. de officio Praetoris tutelaris genommenen, jedoch lückenhaften Stelle der Vaticanischen Fragmente §. 205. h. t. wird bey diesem Excusationsrechte des Vormundes hinzugefügt: sed caveat, si legatum accepit, hoc facere. G. de BOCHHOLTZ Vatic. Fragment. pag. 158.

*L. 28. D. de testam. tut.* Qui tutelam testamento mandatam excusationis iure suscipere noluit, ab his quoque legatis summovendus erit, *quae filiis eius relictæ sunt*, modo si legata filii non affectione propria, sed *in honorem patris* meruerunt.

Dem was den Kindern um des Vaters willen vermacht worden ist, ist eben so anzusehen, als ob es dem Vater selbst hinterlassen worden wäre <sup>58)</sup>.

3) Das Vermächtniß, welches der Vormund verliert, fällt jedoch nicht dem Fiscus anheim, sondern es bleibt in der Erbschaft. Ist also, wie gewöhnlich, der Pupill zum Erben eingesetzt, so bleibt es ihm. Ist er aber erbt, so behält es der eingesetzte Erbe. So sind folgende Gesetze zu vereinigen.

*L. 5. §. 2. D. de his, quæ ut indignis.* PAULUS libro I. de iure fisci. Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non *ad fiscum* transfertur, sed *filio* relinquitur, cuius utilitates desertæ sunt.

*L. 25. Cod. de legatis.* Imp. JUSTINIANUS A. Joanni P. P. (VI. 37.) — Si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid relictum sit, non subierit tutelam: ei quidem legatum aufertur, *pupillo autem adsignatur*, cui ille utilis esse noluit.

58) *L. 42. D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.) *L. 10. §. 6. in fin. D. de vulg. et pup. substit.* Hierher gehört auch, was SENECA de Beneficiis Lib. V. cap. 19. sagt: *Sed ut — tanquam Jurisconsultas respondeam, mens spectanda est dantis. Beneficium ei dedit, cui datum voluit. Sicut si in patris honorem fecit, pater accepit beneficium. Sed pater, beneficio in filium collato, non obligatur, etiam si fruitur.*

L. 28. §. 1. D. de Excusat. PAPINIUS libro V. Responsor. Quae tutoribus remunerandae fidei causa testamento parentis relinquuntur, post excusationem ab heredibus extraneis quoque retineri placuit.

Paulus und Justinian, welche das Legat, dessen sich der Vormund durch Excusation verlustig gemacht hat, dem Pupillen zusprechen, haben also den gewöhnlichen Fall, da der Pupill zum Erben eingesetzt worden ist, im Sinne gehabt. Papinian hingegen, der es fremden Erben zufallen läßt, berücksichtigte auch den seltneren Fall, da der Pupill vom Vater enterbt worden ist. So haben auch Jac. Cujacius <sup>59)</sup>, Anton Faber <sup>60)</sup> Jul. Pacius <sup>61)</sup> und Haubold <sup>62)</sup> diese Gesetze mit einander vereinigt.

Es entsteht nun hier noch die Frage, warum das Vermächtniß nicht, wie sonst bey den bonis ereptitiis die Regel ist, an den Fiscus falle, sondern dem Pupillen oder dem Erben verbleibe? Daß dieses nicht bloß Begünstigung des Pupillen zum Grunde habe, dessen Bestes der Legatar, als Vormund, zu befördern sich weigerte,

59) Commentar. in Lib. IV. Responsor. Papiniani, ad L. 28. D. de testam. tut. (Oper. postum. a FABRO editar. Tom. I. pag. 183.)

60) Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XXIV. P. I. Illat. X. pag. 1150. De retinendis per heredem etiam extraneum iis, quae in remunerationem tutelae fuerunt legata tutori se excusanti.

61) Εὐαντιοφανῶν seu Legg. conciliatar. Centur. IX. Quaest. 92. pag. 706. sq. (Coloniae 1661. 8.)

62) Cit. Diss. §. IV. pag. 387.

erhellet daraus, weil es auch zuweilen dem fremden Erben zu Theil wird. Es muß also wohl einen allgemeineren Grund haben. Anton Faber <sup>63)</sup>, dessen Meinung auch Haubold <sup>64)</sup> zu der seinigen gemacht hat, leitet den Grund *ex ipsa iuris ratione* auf eine diesem großen Juristen eigene scharfsinnige Art her. Er sagt nämlich, der Vormund verliere das Legat, ehe er noch dasselbe erworben hat. Denn hätte er es schon erhalten, so könnte er sich nun gar nicht mehr excusiren, weil er ja durch die Annahme des Vermächtnisses auf sein Excusationsrecht Verzicht gethan haben würde. Nun kann aber der Fiscus einem Unwürdigen nur das entziehen, was der Unwürdige schon erworben hat. Der Vormund verliere also sein Legat nicht sowohl *quasi indignus*, weil das Vermächtniß nicht *ad bona ereptitia* gehöre, als vielmehr aus dem Grunde, weil er die Bedingung nicht erfüllt hat, unter welcher ihm das Legat stillschweigend hinterlassen worden ist, nämlich wenn er die Vormundschaft übernehmen werde. Es ist hier nur noch einem Zweifel zu begegnen, nämlich warum denn doch von diesem Vermächtniß in einem Titel der Pandecten die Rede sey, welcher bloß von *bonis ereptitiis* handelt? Schon Abrah. Wieling <sup>65)</sup> hat jedoch darauf geantwortet, daß die Rubrik des Pandecten-Titels *de his, quae ut indignis auferuntur* in der weitern Bedeutung zu nehmen sey, in welcher sie auch Justinian *L. un. §. 12. Cod. de caducis tollendis* (VI. 51.) genommen habe, nämlich daß darunter nicht bloß die eigentlichen *ereptitia*

63) Cit. loc. Illat. X. pag. 1149.

64) Cit. Diss. §. IV. pag. 387. sq.

65) Lection. iuris civ. Lib. I. Cap. 20. pag. 68 — 72. (*Trajecti ad Rhen.* 1740. 8.)

begriffen sind, welche das Gesetz dem unwürdigen Erben oder Legatar entzieht, und dem Fiscus vindicirt; sondern auch dasjenige, was der Testator selbst dem Erben oder Legatar stillschweigend wieder genommen hat, oder genommen zu haben vermuthet werden muß, und was also, da es der Honorirte noch nicht erworben hat, in der Erbschaft bleibt<sup>66</sup>). Er ist daher mit Faber, ob er ihn gleich nicht nennt, darin einverstanden, daß das Legat, dessen sich der Vormund verlustig macht, ein bedingtes sey, welches wegen nicht erfüllter Bedingung, velut indebitum wegfällt, und also in der Erbschaft bleibt.

9) Es ist also Regel, daß ein testamentarischer Vormund das ihm zugedachte Legat, nach der vermutheten Willensänderung des Testirers, verliert, wenn er die ihm im Testament angetragene Vormundschaft, welche er hätte übernehmen können und sollen, ablehnt. So wie nun also die Ursache dieses Verlustes in dem Willen des Testirers beruhet, der das Legat anders nicht hat hinterlassen wollen, als unter der Bedingung, daß der Legatar die Vormundschaft übernehme; so muß nun nothwendig in allen den Fällen eine Ausnahme Statt finden, wo es nach den vorhandenen Umständen gar nicht wahrscheinlich ist, daß dasjenige, was dem Vormunde hinterlassen worden, demselben in Rücksicht der Vormundschaft zugedacht worden sey<sup>67</sup>). Wir finden in den Gesetzen folgende Fälle.

a) Der Vater hat seinen Sohn zum Miterben und

66) Bieling führt zum Beweise dieses weitern Sinnes von bona ereptitia ein sehr treffendes Beyspiel aus L. 9. §. 1. et 2. D. de his, quae ut indignis aufer. an.

67) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 9. §. 62

Vormund eines unmündigen Bruders ernannt. Hier kann sich der Sohn immerhin entschuldigen, ohne den Verlust seines Erbtheils befürchten zu dürfen, weil man annehmen muß, der Vater habe ihn als Sohn, und nicht um der Vormundschaft willen bedacht. Papinian sagt *libro V. Responsorum* <sup>68)</sup>: *quum iudicium patris ut filius, non ut tutor promeruit.*

b) Der Vormund soll das Vermächtniß nicht behalten, sondern einem Andern wieder abliefern. Hier erhält er das Legat um des Fideicommissars willen. Will er sich nun noch entschuldigen, so kann ihm das Vermächtniß daran nicht hindern, weil er es nicht für sich erwirbt. Wollte man ihn aber, wegen der Excusation, des Legats für verlustig erklären, so würde dieß keine Strafe für den Legatar, sondern für den Fideicommissar seyn, weil ja der Legatar das Vermächtniß doch nicht behalten könnte, wenn er sich auch nicht excusirte. Diesen Fall hat Marcianus *libro V. Regularum* <sup>69)</sup>, wo er sagt:

*Legatarius, qui rogatus est alii omne legatum restituere, si maluit se excusare a tutela, legatum propter fideicommissarium consequitur. Cui similis est, qui de falso egit, nec obtinuit.*

Marcian fügt noch hinzu, daß aus gleichem Grunde ein Legatar seines Vermächtnißes nicht könne für verlustig erklärt werden, welcher das Testament, als ein falsches, oder, wie Ulpian *libro XIV. ad Edictum* <sup>70)</sup> den

68) L. 28. §. 1. in fin. D. h. t. G. Jac. Cujacii Comment. in Lib. V. Respons. Papin. ad h. L. (Opp. postum. Tom. I. pag. 210)

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

70) L. 8. §. 14. D. de inoff. testam. (V. 2.)

Fall hat, als *inofficiosum*, angefochten, aber den Proceß verloren hat, wenn er gebeten worden ist, das ganze Legat einem Andern zu restituiren. Der Legatar hätte eigentlich das Vermächtniß verwirkt <sup>71)</sup>; allein hier würde es ungerecht seyn, den Legatar zu bestrafen, weil er das Vermächtniß nicht behält. *Eo enim solo carere quis debet*, sagt sehr treffend Ulpian, *cujus emolumentum ad eum pertineret. Ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri.* Daß ein Legat der Billigkeit wegen gültig bleibt, welches der Legatar eigentlich verwirkt hätte, wenn es einem Dritten zu restituiren ist, bestärkt Ulpian *libro XLVIII. ad Edictum* <sup>72)</sup> auch noch mit einem andern Beispiele, nämlich wenn der Legatar den Erblasser vorsätzlich gehindert hat, sein Testament zu ändern. Hier macht er sich seines Legats verlustig. *Sed si legatum restituere sit rogatus*, sagt Ulpian, *consequens erit dicere, admitti eum ad legatum, quod non ipse habiturus esset, sed ad alium sit translaturus.*

c) Der Vormund, dem um der Vormundschaft willen ein Legat vermacht worden, ist auch noch überdem dem Pupillen auf den Fall, da derselbe in der Unmündigkeit sterben sollte, substituirt worden. Hier verliert er zwar, wenn er die Tutel ablehnt, und der Pupill am Leben bleibt, das Legat; tritt aber der Todesfall ein, so kann er deswegen, als Substitut, von der Erbschaft des

71) L. 5. §. 1. 3. 5. 6. 7. 14. 16. *D. de his, quae ut indignis.* (XXXIV. 9). С. ПОТНІА Pandect. Justinian. h. t. Nr. XCII. Not. f.

72) L. 1. §. 1. *D. Si quis aliquem testari prohib. vel coegerit.* (XXIX. 6.)

selben nicht ausgeschlossen werden, weil es gar nicht wahrscheinlich ist, daß ihn der Testator nur unter der Bedingung habe substituiren wollen, wenn er auch die Tutel übernommen hätte, indem ja die Pupillar-Substitution gerade auf einen solchen Fall geschieht, wo sich die Tutel, wenn sie auch der Substitut übernommen hätte, endigen würde. Der Grund, warum der Vormund das Legat verliert, wenn er sich entschuldiget, nämlich weil er sich geweigert hat, das Beste des Pupillen zu befördern, findet also bey der Pupillar-Substitution nicht Statt<sup>73)</sup>. Hierher gehört die sehr merkwürdige Stelle aus des Paulus *libro IX. Responsorum*<sup>74)</sup>, welche folgendermassen lautet:

Amicissimos quidem et fidelissimos parer. es liberis tutores eligere solere, et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam *honore legati* eos *prosequi*<sup>75)</sup>: sed cum proponatur is, de quo quaeritur, in testamento legatum meruisse, et *idem pupillo substitutus*, non est verisimile, tunc<sup>76)</sup> demum eum

73) S. Ant. FABRI Jurispr. Papin. pag. 1154. *De substituto pupillari, qui tutor datus excusavit se a tutela.*

74) L. 36. pr. D. h. t.

75) Diese Lesart, welche Hugo a Porta, Baudoza, Merlinus, Dionys. Gothofredus und Bedt haben, ist der florentinischen *prosequi* unstreitig vorzuziehen. Ihr giebt auch Brenkman den Vorzug, und Guil. Ott. RITZ in Annotat. Sporad. (in PÜTTMANN *Opuscul. iurid. ex Observation. miscellan. Batav.* Halae 1782. 8. pag. 157.) zeigt, daß *prosequi* gelesen werden müsse.

76) Die florentinische Lesart *hanc demum eum testatorem substituere voluisse*, giebt keinen richtigen Sinn. *Tunc*



testatorem substituere voluisse, si et tutelam suscepisset: et ideo eum, de quo quaeritur, a legato quidem, *si adhuc viveret pupillus*, repellendum fuisse, *a substitutione autem non esse summovendum: cum eo casu etiam suscepta tutela finiretur.*

Cujaz<sup>77)</sup> meint jedoch, nach der Verordnung des Kaisers Theodosius II.<sup>78)</sup> müsse der Vormund, wenn er sich entschuldiget, wenigstens dem Pupillen, dem er pupillarisch substituirt worden ist, einen andern Vormund erbitten, weil er sich sonst auch seines Rechts aus der Pupillar-Substitution verlustig mache. Allein dagegen schützt den Vormund die Constitution der Kaiser Severus und Antoninus, welche Herennius Modestinus anführt, wenn er *libro I Excusationum*<sup>79)</sup> sagt:

Οἱ ὁπωσοῦν ἀφεδέντες δι' ἐξκουσατίονος τῆς ἐπιτροπῆς, ἀνάγκην οὐκ ἔχουσιν αἰτεῖν, τοῖς ὀρθανῶς ἐπίτροπον, ὡς φησι Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου διάταξις.

AUGUSTINUS. *Qui quomodocumque per excusationem tutela liberati sunt, non habent necesse tutorem pupillis petere, ut SEVERI et ANTONINI constitutione continetur.*

für hunc, wie Halsbänder, Baudouza und Bedf lesen, ist daher unstreitig richtiger, wenn man nicht mit PORNIBK Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XCII. das eum wegläßt.

77) Commentar. in Libr. IV. Responsor. Papiniani ad L. 28. D. de testam. tut. (Opp. postum. T. I. pag. 184.)

78) L. 10. C. de legitim. heredib. (VI. 58.)

79) L. 2. § 6. D. Qui petant tutor. vel curat.

Mit Recht sagt daher Carl Fried. Walch <sup>80)</sup>:  
*Aperte statueremus arripular, si iam Theodosium  
 et Valentinianum substitutis petendorum tutorum  
 necessitatem tunc imponere putaremus, quum ex-  
 cusassent se.*

Cujaz <sup>81)</sup> glaubt übrigens aus der angeführten L. 36.  
*D. h. t.* noch einen gewöhnlich nicht bemerkten Fall ab-  
 leiten zu können, wo auch der Vormund, wenn er sich  
 excusirt, sein Legat nicht verliere, nämlich wenn der Pu-  
 pill stirbt, ehe der Vormund seines Legats war verlustig  
 erklärt worden, weil mit dem Tode des Pupillen nun der  
 Grund wegfalle, warum die Gesetze dem Vormund das  
 Legat entzogen wissen wollen. Er meint nämlich, aus den  
 Worten: *si adhuc viveret pupillus*, lasse sich dieser  
 Fall durch ein *argumentum a contrario* herleiten. Ihm  
 stimmt auch Joh. Jac. Wissenbach <sup>82)</sup> bey. Nun sind  
 zwar bekanntlich die *argumenta a contrario*, besonders  
 bey der Erklärung solcher Gesetze in den Pandecten, die  
 aus den *libris Responsorum* und *Quaestionum* der  
 Römischen Juristen sind genommen worden, an sich be-  
 denklich und unsicher, und können zu Ungereimtheiten füh-  
 ren, wie auch schon an einem andern Orte <sup>83)</sup> gezeigt  
 worden ist; da indessen doch nun mit dem Tode des Pu-  
 pillen die Tutel sich geendiget haben würde, wenn sie  
 auch der Legatar übernommen hätte, so scheint die Billig-  
 keit für jene Meinung zu sprechen:

80) *Diss. de tutela extraneorum legitima, praes. Christ. Gottl. Budro def. (Jenae 1755.) Sect. I. §. 10. circa fin.*

81) *Comment. cit. pag. 184.*

82) *Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. LII. Th. 16. pag. 545.*

83) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 57. S. 265. der  
 2. Ausgabe.

Noch entsteht die Frage, ob der gesetzliche Vormund, wenn er sich gesetzmäßig entschuldiget, sich seines Erbrechts verlustig mache? Johann Boet <sup>84)</sup> behauptet dieses aus dem Grunde, weil die legitima tutela dem nächsten Verwandten wegen der Hoffnung der künftigen Erbfolge deferirt werde, dieselbe also eine an den Vortheil der Erbschaft geknüpfte Last sey, nach der Regel: *ubi successio- nis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse de- bet* <sup>85)</sup>. Ganz anderer Meinung ist hingegen Augustin von Leyser <sup>86)</sup>. Dieser geht so weit, daß er sogar auch dann den gesetzlichen Vormund von der Erbschaft des Pupillen nicht ausgeschlossen wissen will, wenn er sich ohne eine rechtmäßige Entschuldigungsbursache der Vormundschaft entzieht. Und er hat nicht Unrecht. Denn daß auch ge- setzliche Vormünder sich entschuldigen können, ist schon an einem andern Orte <sup>87)</sup> durch die deutlichsten Gesetze außer allen Zweifel gesetzt worden. Was würde ihnen nun ihr Entschuldigungsrecht helfen, wenn sie deshalb ihr Erbrecht verlieren sollten? Es müßte doch auch ein Gesetz vorhanden seyn, welches den sich excusirenden gesetz- lichen Vormund der Erbschaft des Pupillen für verlustig erklärt. Ein solches Gesetz aber ist wenigstens in dem Römischen Recht ganz unbekannt. Die angeführte Regel beweist zwar, daß der nächste Verwandte, welcher die nächste Hoffnung hat, den Pupillen dereinst zu beerben,

84) Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. § 6. in fin.

85) §. un. I. de legit. patronor. tut. (l. 17.)

86) Meditation. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCCXXXI. medit. 3.

87) S. den 31. Th. dieses Commentars §. 354. a. S. 181

auch billig, selbst um seines eigenen Vortheils willen, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, wie Ulpian *libro XIV. ad Sabinum* <sup>88)</sup> sagt, die Vormundschaft über den Pupillen übernehme; allein rechtmäßige Entschuldigungsgründe entheben ihn seiner Pflicht, und hier kann denn auch die hereditas sine tutela deferirt werden, wovon Ulpian <sup>89)</sup> mehrere Beispiele anführt. Hat der gesetzliche Vormund keine rechtmäßige Entschuldigung, so kann ihn die Obrigkeit zwar nöthigen, die Vormundschaft zu übernehmen, und der Vormund trägt billig das periculum cessationis; aber wo ist das Gesetz, welches den Richter berechtigt, den gesetzlichen Vormund, wenn der Pupill in der Unmündigkeit stirbt, der Erbschaft desselben für verlustig zu erklären? daß der testamentarische Vormund das ihm hinterlassene Legat durch Excusation verliert, hat eine ganz andere Bewandniß, wie bereits oben gezeigt worden, und erlaubt keinen Schluß auf den legitimen Vormund. Verliert doch selbst der testamentarische Vormund durch Excusation sein Recht aus der Pupillar-Substitution nicht! Gewiß verliert auch eben so wenig der gesetzliche Vormund durch Excusation sein Erbrecht. Außer Leyser vertheidigen diese Meinung auch Carl. Fried. Walch <sup>90)</sup> und Lud. Jul. Fried. Höpfner <sup>91)</sup>. Nur dann, meint Boet, könne sich der legitimus tutor ohne Gefahr entschuldigen, wenn er nicht der nächste Erbe des Pupillen

88) L. 1. pr. D. de legitim. tutor.

89) L. 1. §. 1. et 2. D. eodem.

90) Diss. cit. de tut. extraneor. legit. Sect. I. §. 11.

91) Theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 239. S. 255. der Weber. Ausg

sey, weil derjenige, welcher der nächste Verwandte und Erbe des Pupillen ist, die Vormundschaft nicht übernehmen kann, Nur von diesem Falle seyen auch die Gesetze zu verstehen, welche von der Excusation der gesetzlichen Vormünder sprechen. Allein zu dieser einschränkenden Erklärung geben die schon an einem andern Orte <sup>92)</sup> angeführten Gesetze gewiß keine Veranlassung. Indessen ist nicht zu läugnen, daß in vielen deutschen Particulargesetzen <sup>93)</sup> den Verwandten, wenn sie ohne rechtmäßige Ursachen die Uebernehmung der Vormundschaft verweigern, die Strafe des Verlusts ihres Erbrechts gedrohet ist.

Zu den Fällen einer stillschweigenden Begebung des Excusationsrechts gehört endlich noch 4) wenn sich der Vormund freiwillig der Administration unterzieht. Hierdurch verliert er sein Excusationsrecht dergestalt, daß eine selbst noch nachher durch obrigkeitliches Decret erwirkte Befreyung nichtig ist. Es ist dieß schon oben aus einem Rescript der Kaiser Philippus <sup>94)</sup> bemerkt worden; allein aus den

92) S. die Note 87.

93) Walch hat in Diss. cit. Sect. II. §. 2. eine Menge solcher Particular-Rechte angeführt, zu deren Berichtigung und Ergänzung ich Folgendes zu bemerken nöthig finde. Der Stadt Nürnberg verneute Reformation v. J. 1564. f. Tit. XXXIX. 4tes Gesetz §. 2. Bl. 235. Der Stadt Frankfurt erneuerte Reformation v. J. 1578 f. Th VII. Tit 1. §. 7. Bl 199. Des Stifts Würzburg und Herzogthums zu Franken kaiserl. Land-Gerichts-Ordnung. 5 Th. Tit. IV. §. 10. (in Collect. quorund. Statutor. provincialium et urbium German. (Wetzlar. 1734. 4.) pag. 125. hinter Ge. Melch. de Ludolph Variar. Observat. for. P. III.

94) L. 2. C. Si tut. fals. allegat.

Vaticanischen Fragmenten §. 154. h. t. lernen wir, daß dieses die Divi Fratres schon früher anerkannt haben. Die Stelle ist schon an einem andern Orte<sup>95)</sup> vorgekommen.

§. 1358. a.

Potioris nominatio.

Ausser der Excusation gab es vor Justinian noch einen andern Weg der Vormundschaft zu entgehen, nämlich die *potioris nominatio*. Sie bestand darin, wenn ein obrigkeitlich berufener Tutor, dem gesetzliche Excusation fehlte, oder sich derselben nicht bedienen mochte, einen Andern, mit motivirter Bezeichnung von Stand, Verbindung, Vermögen, Wohnort und Geschäftstüchtigkeit, als besser zum Vormund geeigneten redlichen Mann der Obrigkeit in Vorschlag brachte, und sich dadurch, wenn er dieses nachzuweisen vermochte, von der Vormundschaft befreien konnte<sup>96)</sup>. Im justinianeischen Rechte kommt sie bey Vormundschaften nicht vor. Die sehr unbedeutende Verordnung vom Kaiser Antoninus, *L. un. C. de potioribus ad munera nominandis* (X. 65.) spricht zwar von einer

95) S. den 31. Th. §. 1354. a. S. 188. Ueberhaupt ist der §. 1354. a. von S. 186 — 189. zu vergleichen.

96) S. *Alex. Aug. de Buchholtz* Diss. ad orationem Divi Severi de potioribus nominandis. *Regiom. Boruss.* 1824. 8. Desselben Excurs. II. de potioribus ad tutelam nominandis zu den *Vatican. Fragment.* pag. 326 — 334. Albr. Schweppe *Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer* §. 430. S. 621. f. (Der 2. verm. Ausgabe. Göttingen 1826.) und *Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts.* 1. B. 2. Abth. §. 242. S. 910 — 914.

potioris nominatio, aber bey muneribus anderer Art. Daß sie aber auch dem Tutor zugestanden, wußten wir bloß aus des Paulus *Sententiis receptis*, welcher Lib. II. Tit. 28. *de potioribus nominandis*, Tit. 29. *Qui potiores nominare non possint*, und Tit. 30. *ad orationem Divi Severi*, davon handelt. Jedoch Alles nur sehr mangelhaft, und der oratio *D. Severi* wird in den unter der Rubrik des letztern Titels stehenden Stellen gar nicht einmal gedacht, so daß die Rubrik *ad orationem D. Severi* den darunter stehenden Stellen gar nicht entspricht. Allein durch die vom Mai edirten Vaticanischen Fragmente haben wir nun nicht nur diese Oratio *Divi Severi* kennen gelernt, sondern nun auch von der potioris nominatio einen deutlichen und vollständigen Begriff erhalten<sup>97)</sup>. Die oratio *SEPTIMI SEVERI* setzte nämlich der vormals gestatteten promiscua facultas potioris nominandi zum Besten der Pupillen bestimmte Grenzen, weil ihnen der durch die Nomination verursachte große Aufenthalt zum Nachtheil gereichte. Nach dieser oratio sollen nämlich von dem Rechte der nominatio potioris ausgeschlossen seyn 1) die testamentarischen Vormünder, d. h. hier diejenigen, welche von dem Vater selbst ernannt worden sind, wenn sie auch, falls die Ernennung im Testamente nicht auf eine vollkommen gesetzmäßige Art geschehen seyn sollte, der obrigkeitlichen Confirmation bedürfte. In andern Fällen einer imperfecta testamentaria tutela, z. B. bey mütterlicher Berufung, solle es bey der Regel bleiben. 2) Sollte dieses Recht auch dem untersagt seyn, welcher Colleague des Vaters oder des Pupillen in einer Decurie oder in

97) *Vatican. Fragmenta* §§. 157. 158. 159 — 167. §. 206

demselben Collegium ist. 3) Dem Primipilar, wenn er zur Vormundschaft über den Sohn eines Primipilars (nicht über einen Enkel) berufen worden ist. 4) Denjenigen Cognaten und Schwägern, welche von der *Lex Julia et Papia Poppaea* ausgenommen sind. Die Cognaten bis zum sechsten Grade und noch aus dem siebenten die *sobrino sobrinave nati*. Die *affines* sind die Stief- und Schwieger, Eltern und Kinder. Auf welche Bestimmungen der *Lex Julia et Papia* diese Ausnahmen passen, ist jedoch schwer zu errathen, vielleicht diejenigen, welche die freye Erbeinsetzung ohne Rücksicht auf die Beschränkung jener Gesetze betreffen<sup>98)</sup>. Endlich sollen auch 5) die Freygelassenen hinsichtlich der Tutel über die Kinder des Patronus, so wie von dem Rechte der Excusation überhaupt, also

98) Herr von Buchholz in Vatican. Fragm. ad §. 158. pag. 134. erklärt diese Ausnahmen von der *Lex Julia et Papia* so, daß die Cognaten bis zum sechsten Grade von der Strafe des Eölibats hinsichtlich der Erwerbung aus letzten Willensverordnungen, die *Adfines* aber von derselben Strafe, jedoch nur unter der Bedingung, *si non orbessent*, befreyt gewesen zu seyn scheinen, weil letztere sonst nicht das Ganze, sondern nur die Hälfte des ihnen Hinterlassenen hätten erhalten können. H. D. App. Rath Schweppe in der Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthüm. §. 430. S. 621. (Der 2. sehr verm. Ausg. Göttingen 1826.) bezieht hingegen die Ausnahmen bey den *Adfines* auf die *Lex Julia iudiciorum publicorum*, und erklärt sie von denjenigen, welche nach dieser *Lex* von Zeugniß befreyt sind. S. die *L. 4. D. de testib.* Man vergleiche auch die Recension des Herrn Prof. Zimmermann in den Erlanger Jahrbüchern der gesamm. deutschen jurist. Literatur 1. B. 1. Hest. S. 87. von der oben angef. Diss. des Herrn von Buchholz, und Desselben Gesch. 1. Th. S. 913. Not. 57.



auch von der potioris nominatio ausgeschlossen seyn. Die hierher gehörigen vorzüglichsten Stellen aus den Vaticanischen Fragmenten sind folgende.

§. 157. Tunc demum excusandus est, qui prius datus fuerat, si is, quem nominaverit, et potior necessitudine, et idoneus re fideque, vel absens reprehendatur<sup>99)</sup>.

§. 158. Item. *París orationis Imperatoris SEVERI*<sup>100)</sup>: promiscua facultas potioris nominandi, nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractu temporis pupillos fortunis suis privabit: cui rei obviam ibitur, Patres Conscripti, si censueritis, ut collegae patris sive pupilli<sup>1)</sup> in decuria vel cor-

99) Für deprehendatur. Die bloße Nachbarschaft machte an sich noch keinen tauglicher. *Fr. Vatic. §. 158. in fin. C. de BUCHHOLTZ Fr. Vatic. ad h. §. pag. 135 sq.*

100) Höchst wahrscheinlich ein Theil derselben *Oratio SEVERI*, welche auch der promiscua facultas tutorum et curatorum alienandi res eorum, qui sub tutela vel cura sunt, gewisse Grenzen gesetzt hat, von welcher Ulpian *L. 1. §. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, (XXVII. 9.)* auch nur einen Theil giebt, wie aus dem Anfange *PRAETORAE* deutlich erscheint. *C. Zimmern Gesch. 1. B. §. 242. C. 911. a. C. und C. 912.*

1) Bey den Decurialibus sowohl, als den privilegierten städtischen Zünften, welche man corporati vel collegiati urbis Romae nannte, wurden die Söhne schon gleich von ihrer Geburt an als Mitglieder der Curie oder des Collegiums angesehen. Sie werden Curiae subiecti, Collegio obnoxii genennt. *L. 14. C. Th. de Decurionib. L. 55. C. Just. eod. L. 1. L. 19: L. 55. C. Th. de Navicular. C. ROHM de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. II. § 9. pag. 68. de BUCHHOLTZ Vatican. Fragm. ad §. 158.*

pore, item cognati vel affines utriusque necessitudinis, *qui lege Julia et Papia excepti sunt*, potio- rem non nominent: ceteri cognati vel adfines amicive atque municipes eos tantummodo nominent, quos supra complexus sum.

§. 159. *Impp. nostri Aelio Diodoto*. Tutores *secundum patris voluntatem, decreto Praetoris* c. v. quod non iure testamento, vel codicillis dati fuerant, *confirmatos*, potiores nominare posse non arbitramur. *Nam iudicium patris, licet iure deficiat, servandum est.*

§. 211. Item. Ne hi quidem possunt, quos Praetor confirmavit *testamento designatos*, ut Imperator noster *Diodoto* Praetori rescripsit. Proinde *si a matre fuerint designati*, an potiores nominare possint, quaeri potest? Et puto eos nominare posse: nam de iis tantum rescriptum est, *qui a patre erant designati.*

§. 212. Nominare autem potiores non possunt *in primipilaris filio*, ut *divus SEVERUS* constituit.

§. 213. Licet autem patris appellatio in Oratione latius sit accipienda, tamen circa *primipilares* hoc iure utimur, ut *filio primipilaris* dentur soli<sup>2)</sup>, *nec etiam nepoti.*

§. 214. Sed nec *cognati* vel *adfines* possunt

pag. 134. Vergl. auch den 31. Th. dieses Commentars. §. 1355. n. S. 460.

2) *Dentur soli* i. e. tutores dentur soli filio primipilaris, hi enim tantum potioris nominandi facultatem non habent.

nominare potiores: sed ut *oratione* expressum est, *hi soli, qui lege Julia Papiave* excepti sunt.

§. 215. Proinde si quis *cognatus alterutra lege exceptus est*, sicut *Diodoto* Praetori est rescriptum, potiozem nominare non poterit: nec potiozem poterit nominare *adfinis, qui alterutra lege exceptus est*.

§. 216. Excipiuntur autem *lege* quidem *Julia* cognatorum *sex gradus* et ex septimo sobrino sōbrinave natus: sed et nata per interpretationem: item, qui in horum potestate sunt, quaeve in matrimonio, vel hi, qui supra scriptarum personarum hoc gradu nos contingentium mariti sunt: item eorum, qui in potestate nostra cognati contingentes eos ea cognatione, quae septimum gradum non excedit.

§. 217. Item. Nuptarum nobis cognati <sup>3)</sup> a nobis *usque ad sextum gradum* vel nostri cognati ab uxoribus nostris *excepti sunt*.

§. 218. *Lege* autem *Papia* <sup>4)</sup> hi affines exci-

3) Daß die nuptarum nobis cognati nichts anders als unsere affines sind, hat keinen Zweifel; allein wenn Herr von Buchholz in Vatican. Fragm. pag. 165. die nach dem Wort cognati befindliche Lücke durch die Worte *a nobis usque ad sextum gradum — excepti sunt*, ergänzt; so hat Herr Prof. Dr. Fried. Adolph Schilling in den Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. (Leipzig 1829.) S. 305 f. Not. 830. nicht ohne Grund dagegen erinnert, daß die Ausdehnung der Ausnahme bis auf den sechsten Grad der Affinität die Analogie des § 302. und der von ihm zu diesem § angeführten Gesetze gegen sich habe.

4) In der Lex Papia waren jedoch höchst wahrscheinlich nicht

piuntur, qui *vir et uxor, et gener et nurus, et socer et socrus* unquam fuerunt.

§. 219. Et *vitricus et noverca, et privignus et privigna* <sup>5)</sup>, vel ipsorum, vel eorum, qui in eorum potestate fuerunt.

§. 160. Item. Libertus, sicut excusare se a tutelis, *ita nec potiore nominare potest.*

Weder dem testamentarischen Vormunde, wenn er vom Vater selbst ernannt war, noch dem legitimus tutor stand also die *potioris nominatio* zu <sup>6)</sup>. Der obrigkeitlich berufene tutor aber hatte die Wahl, ob er sich excu-

blos affines, sondern auch cognati ausgenommen, wie auch Herr Prof. Dr. Schilling a. a. D. S. 306. bemerkt hat, und sich schon aus der diesem Gesetz angehörigen Bestimmung abnehmen läßt, daß unter Ehegatten alsdann das *solidi capiendi ius* Statt finden sollte, wenn sie sich als Verwandte bis zum sechsten Grade geheyrathet hätten. *ULPIAN. Fragm. Tit. XVI. §. 1* Die Ausnahmen der *Lex Julia* und der *Lex Papia*, welche in den Vaticanischen Fragmenten durch die Worte *alterutra lege* §. 215. und die Trennung der *Lex Julia* von der *Lex Papia* §. 216. und §. 218. deutlich unterschieden werden, scheinen sich also auf die Verschiedenheit des Gegenstandes bezogen zu haben, indem sich die der *L. Julia* auf die Strafen der Ehelosigkeit, die der *L. Papia* aber auf die Strafen der Kinderlosigkeit beziehen. *GAIUS Institut. Comm. II. §. 286.* und Schilling S. 306. Not.

5) *S. Vatican. Fragm. §. 302.* und *L. 14. §. 4. D. de ritu nupt.*

6) Die Gründe entwickeln *de BOENHOLTZ cit. Excurs. II. pag. 527.* und *Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 242. Not. 23. S. 911.*

siren oder der *potioris nominatio* bedienen wollte. Hatte er den Weg der Excusation eingeschlagen, aber auf demselben seinen Zweck nicht erreicht; so konnte er noch immer zur *potioris nominatio* seine Zuflucht nehmen, wenn es noch Zeit war; hatte er aber einmal den letztern Weg betreten, so stand ihm nun der Weg zur Excusation nicht mehr offen, weil man die *potioris nominatio* für ein stillschweigendes Geständniß hielt, daß es dem Vormunde an gesetzlicher Excusation fehle, wie aus folgenden Stellen der Vaticanischen Fragmente erhellet, welche wahrscheinlich aus Ulpian genommen sind.

§. 206. An is, qui se voluit excusare, nec obtinuit, postea *potiores nominare possit*, quaeritur? Et magis est, *ut possit*, si dierum tempora patiantur.

§. 207. Licet is, qui tutor datus est, et excusare se, et non recepta excusatione *potiores nominare potest*, si tempora dierum patiantur; *tamen si velit potiores nominare, postea ad excusationem transire non potest*. Nam contentis est, nullam se excusationem habere, cum *potiores nominaverit*: nec ferendus est, si dicat, se sine praeiudicio hoc facere.

§. 242. Scio tamen quosdam, cum per errorem ad *potiorum nominationem* prosilissent, haud impetrasse, *ut deserto iure potiorum* <sup>7)</sup> *ad excusationem se converterent*.

Da die *potioris nominatio* an die Stelle der Excusation trat; oder auch selbst als eine Art der Excusation

7) *Potiorum* sc. nominandorum. S. de BUCHHOLTZ Vatican. Fragm. ad §: 242. pag. 184.

angesehen werden konnte <sup>8)</sup>; so mußte sie auch innerhalb derselben 50 Tage geschehen, binnen welcher auch das *ius excusandi* ausgeübt werden mußte. Ward der als *potior* in Vorschlag gebrachte verworfen, so konnte der Berufene, wenn jene Frist noch nicht verstrichen war, noch einen andern vorschlagen.

§. 164. *Si quis eos, quos potiores nominavit, non probaverit, si adhuc intra quinquagesimum diem est, alios potiores potest nominare.*

Binnen dieser Zeit, welche vom Augenblick der Wissenschaft des Anfalls ihren Lauf begann, mußte nun der nominator nach einem Rescript des Kaisers Marcus <sup>9)</sup> bey dem Magistrat, welcher den Vormund berufen hatte, einen Libell *pro tribunali* oder auch *de plano*, jedoch in vierfacher Abschrift (*libellos quaternos*) <sup>10)</sup> einreichen, und darin nicht nur die Qualität des *nominatus* genau bezeichnen, um dadurch das Recht darzutun, mit welchem er denselben, als einen *potior*, in Vorschlag gebracht habe <sup>11)</sup>, sondern auch darauf antragen, daß der Vorgeschlagene sogleich vorgeladen werde. Stand derselbe unter

8) *C. de Buchholtz* Excurs. II. ad Vatican. Fragment. pag. 352. sq.

9) *Vatic. Frag.* §. 210.

10) *Fr. Vatic.* §. 167. et §. 210. Ein Formular steht §. 166.

11) *Fr. Vatic.* §. 110. Hatte der nominator bey Angabe der Eigenschaft des *nominati* etwas versehen, so konnte er nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla den Fehler verbessern, es mußte nur innerhalb derselben 50 Tage geschehen, binnen welcher ein *potior* ernannt werden konnte, wie in eben diesem §. 210. gesagt wird.

seiner Jurisdiction, so konnte der nominator ihn auch wohl ex auctoritate magistratus selbst auffordern, vor Gericht zu erscheinen <sup>12)</sup>; war er hingegen einer fremden Gerichtsobrigkeit unterworfen, so mußte der nominator ein Schreiben des Magistratus an diese Gerichtsobrigkeit auswirken, damit diese dem nominatus das Erscheinen auflege <sup>13)</sup>. Das Schreiben sowohl, als das Rückschreiben hatte der nominator selbst zu befördern, und dem nominatus vorzuzeigen, wozu auch hier auf eine Tagesreise 20 Meilen gerechnet wurden <sup>14)</sup>. Der nominatus konnte sich nun entweder excusiren <sup>15)</sup>, oder auch nach einer Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla einen andern potior in Vorschlag bringen <sup>16)</sup>. Das Eine, wie das Andere mußte jedoch binnen der gesetzlichen Excusationsfristen geschehen <sup>17)</sup>. Der Vorgeschlagene konnte aber auch binnen dieser Frist seine behauptete bessere Qualität bestreiten <sup>18)</sup>, in welchem Falle dem nominator der Beweis oblag. Konnte nun derselbe beweisen, daß der nominatus die behaupteten bessern Eigenschaften wirklich be-

12) *Fr. Vatic.* §. 167.

13) *Fr. Vatic.* §. 162. *S. de Buchholtz ad h. §. pag. 137.*

14) *Vatic. Fr.* §. 162. 163. et 165.

15) *Arg.* §. 208. *Fr. Vatic.* *S. de Buchholtz Excurs. II.* pag. 351. und Schweppe *Röm. Rechtsgesch.* §. 450. *S. 622.* Anderer Meinung ist jedoch Zimmermann in der *Gesch. des Röm. Pr. Rechts* 1. B. §. 242. *S. 913.*

16) *Fr. Vatic.* §. 206.

17) *Fr. Vatic.* §. 209. *Is, qui potior nominatus est, ad omnia haec dies. eos habebit, quos habent ii, qui prius dati sunt, ut eodem rescripto declaratur.* *S. de Buchholtz ad h. §. pag. 160.*

18) *Fr. Vatic.* §. 206. *S. Zimmermann a. a. D.*

fige, so machte sich dieser nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla sowohl der Wohlthat der Excusation, als des Rechts einen andern zu nominiren verlustig<sup>19)</sup>, und er konnte nun, ohne daß einer Appellation Statt gegeben wurde, zur Uebernehmung der Vormundschaft genöthiget werden<sup>20)</sup>. Ob die potioris nominatio auch bey der Curatel zulässig gewesen sey, wird zwar in den Vaticanischen Fragmenten nicht ausdrücklich gesagt; es läßt sich aber doch deswegen nicht geradezu bezweifeln, zumal da die Curatel immer von der Obrigkeit übertragen wurde, und kein Grund abzusehen ist, warum nicht auch die cura durch potioris nominatio habe abgemendet werden können<sup>21)</sup>. Ueberdem ging ja die oratio *divi SEVERI de praediis minorum non alienandis*, von welcher die oratio *Severi de potioribus nominandis* nur ein Theil war, sowohl auf tuto-

19) *Fragm. Vatic. §. 208.* Is, qui potior nominatus est, si quidem negat, se esse in ea coniunctione, amplius nominare potiozem non potest: convictus ne excusare se quidem poterit, et ita est rescripto ad *Herodianum de excusatione* insertum. Daß hier angeführte Rescript scheint das nämliche zu seyn, dessen auch §. 191. und §. 247. gedacht wird. S. de BUCHHOLTZ ad §. 208. pag. 160. und Excurs. II. ad Vatic. *Fragm.* pag. 351.

20) *L. 1. §. 1. D. Quando appelland. sit. (XLIX. 4.) L. 2. D. Si tutor. vel curat. (XLIX. 10.)* S. de BUCHHOLTZ Exc. II. ad *Vat. Fragm.* pag. 351.

21) Eben dieser Meinung sind auch WENCK in der Leipziger Literatur- Zeitung vom Jahr 1824. Nr. 17. Zimmermann in der Gesch. des R. Pr Rechts. 1. B. §. 242. S. 912. und in den Erlanger Jahrbüchern der juristischen Litteratur 1. B. 1. Hft. S. 86. f. und de BUCHHOLTZ *Fragm. Vat. Excurs. II.* pag. 353.



res als curatores <sup>22)</sup>, ja die Interpretation fand sogar keinen Anstand zur Ausdehnung auf furiosi <sup>23)</sup>. Es ließe sich auch vielleicht noch ein Beweis aus den Worten *curae destinati* in dem §. 211. der Vaticanischen Fragmente, und aus der Constitution der Kaiser Valentinian, Gratian und Theodosius in der *L. 12. C. Qui dare tutores vel curatores possunt* (V. 34.) hernehmen, in welcher es heißt:

*Curator adolescenti ordinatus, post inchoatam litem non potest sub praetextu specialis curatoris a se nominati — ab administratione se subtrahere.*

Warum diese so ausgebildete Theorie im Justinianischen Recht verschwunden sey, davon lassen sich mancherley Gründe angeben. So sehr man auch die *potioris nominandi facultas* zu beschränken bemüht war, so lehrte doch die Erfahrung, daß die *potioris nominatio* dem Pupillen auch selbst in ihrer beschränkten Weise noch immer Nachtheil brachte. Hiernächst ward auch die Bestellung der Vormünder allmählig mehr unmittelbare Pflicht und Sorge des Staats, so daß die Obrigkeit selbst schon für solche Vormünder sorgte, welche nicht leicht durch bessere und tauglichere ersetzt werden konnten. Endlich machte auch die unter den Kaisern sehr vermehrte Zahl der Excusationen den Gebrauch der *potioris nominatio* schon darum selten, weil doch immer das Excusationsrecht darin vorzüglicher war, daß es den Excusirten aller weitern Gefahr aus der Tutel überhob, während der nominator für die Verwaltung des *nominati tutoris* verantwortlich blieb, und *actione tutelae subsidiaria* belangt

22) *L. 1. §. 2. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

23) *L. 8. §. 1. D. eodem.*

werden konnte<sup>24)</sup>. So geschähe es denn, daß die potioris nominatio, ohne daß sie gerade durch ein ausdrückliches Gesetz abgeschafft wurde, nach und nach außer Gebrauch kam.

24) S. Schrader in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 1. Band. (Tübingen 1826.) S. 180. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 242. S. 944. und de Buchholz Vatic. Fragm. Excurs. II. pag. 333. sq.

---

## Lib. XXVII. Tit. II.

# Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei prae- standis.

## §. 1359.

1) Erziehung des Mündels, und gesetzliche Bestimmungen darüber.

Zu den Pflichten des Vormundes, welche die Person des Mündels betreffen, gehört nicht nur die Sorge für die Erziehung, und sittliche sowohl als wissenschaftliche Bildung desselben, sondern auch die Sorge für anständige Verpflegung und Unterhalt, mit Bestimmung der dazu erforderlichen Kosten<sup>2)</sup>). Von beyden wird vereint in diesem Titel gehandelt, welche im Codex getrennt, in zwey verschiedenen Titeln Lib. V. Tit. 49. und 50. vorgetragen werden.

25) *Paul. MONTANUS* de iure tutelar. et curation. Cap. XXXII. Reg. IX. nr. 218—261. *Hug. DONELLUS* Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 12. §. 4. *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. (*Opp. Tom. II. pag. 571. sq.*) *Jo. VOLT* Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. und *Burchardi* gemeinrechtliches Erziehungsrecht, in dem Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von den H. H. von Löhr, Mitschermaier und Thibaut. 8. Band. S. 161—190.

Soviel nun I. die Erziehung des Mündels betrifft, so kann zwar Vormundschaft und Erziehungsrecht allerdings in einer Person vereinigt seyn, dieß ist z. B. der Fall, wenn, was freylich selten geschehen wird, der Vater über sein emancipirtes unmündiges Kind, oder die Mutter, nach dem Tode des Vaters, über ihre unmündigen Kinder die Vormundschaft übernimmt; allein gewöhnlich ist die Erziehung von der Vormundschaft getrennt. Daher soll die Obrigkeit darüber entscheiden, wo und von wem der Pupill erzogen werden soll, und dieser machen es die Gesetze zur Pflicht, bey der Wahl des Erziehers die Vorsicht zu gebrauchen, daß weder für Leben noch Sittlichkeit des Mündels etwas von demselben zu befürchten sey, wie aus folgenden Gesetzstellen zu sehen ist.

*L. 1. pr. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIV. ad Edictum.* Solet Praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur, vel morentur, non tantum in postumis, verum omnino in pueris. §. 1. Et solet ex persona, ex conditione, et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit, et nonnunquam a voluntate patris recedit Praetor. Denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educaretur, Imperator SEVERUS rescripsit, Praetorem aestimare debere, praesentibus ceteris propinquis liberorum. *Id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus, et educetur.*

*L. 5. D. h. t. ULPIANUS libro III. de officio Proconsulis.* Si disceptetur, ubi morari, vel ubi educari pupillum oporteat, causa cognita id Praesidem statuere oportebit. *In causae cognitione evitandi sunt, qui pudicitiae impuberis possunt insidiari.*

*L. 2. C. Ubi pupilli educari debeant.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Gratae. Utrum nepos tuus <sup>26)</sup> ex filia apud te, an apud patrum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et *qui magis ad suspicionem ex spe successionis proprior sit*, aestimabitur.

Das römische Recht macht daher seine legitima tutela dadurch unschädlich, daß es die Erziehung des Pupillen davon absondert. Denn so wenig auch die Gesetze von dem künftigen Intestaterben für das Vermögen des Mündels etwas befürchten durften, indem schon, um seines eignen Vortheils willen, nicht zu besorgen war, daß er zu leichtsinnigen Veräußerungen oder Versprechungen seine Auctorität interponiren werde; so bedenklich schien es ihnen doch für das Leben des Mündels, dem nächsten Intestaterben auß Gerademohl die Erziehung desselben bey sich anzuvertrauen. Man sieht hieraus, wie unrichtig der große Cujaz <sup>27)</sup> von der Tutel auf das Erziehungsrecht argumentirt; Ulrich Huber <sup>28)</sup> hat ihn deshalb mit Recht widerlegt. Der Vormund ist also eben so wenig berechtigt, sich darum, weil er Vormund ist, auch die Erziehung des Mündels anzumassen, als er verpflichtet ist, den Pupillen bey sich selbst aufzunehmen und zu erziehen. Es steht nicht einmal in der Macht des Vor-

26) Die Lesart *posthumus* statt *nepos tuus* bey Salvoander ist offenbar unrichtig, und hat Codices, Ausgaben, und die *Basilica* (Tom. V. pag. 57. in fin.) gegen sich, wie schon Dirksen in den civilist. Abhandlungen 2. B. S. 455. bemerkt hat.

27) Observation. Lib. VI. cap. 29.

28) Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 5. §. 3. pag. 185. sq.

mundes, über die Erziehung des Mündels eigene Verfügungen zu treffen, diese muß er der Obervormundschaft überlassen. Aber auch die Obrigkeit hat hierin nicht ganz freye Hand. Hat nämlich der Vater in seinem Testamente den Erzieher seiner Kinder ausersehen, so ist eine solche väterliche Verfügung soviel möglich zu befolgen, wenn gegen die Person desselben nichts einzuwenden ist<sup>29)</sup>; und die Obrigkeit kann nur aus Gründen davon abgehen, wenn sie bey näherer Erkundigung und Prüfung für bedenklich findet, es dabey zu lassen<sup>30)</sup>. Daher sagt Pomponius<sup>31)</sup> *Lib. VIII. ad Quintum Mucium. Nec tamen semper voluntas eius aut iussum conservari debet, veluti si Praetor doctus sit, non expedire pupillum eo morari, ubi pater iusserit, propter vitium, quod pater forte ignoravit in eis personis esse, apud quas morari iussit.* Hier muß der Obrigkeit das Beste des Pupillen heiliger seyn, als der Buchstabe des Testaments, wie Tryphoninus<sup>32)</sup> sich ausdrückt. Hat der Vater über die Erziehung seiner Kinder nichts verfügt; so darf die Obrigkeit derselben Mutter nicht übergeben. Dieser gebührt, wenn sie nicht unfähig ist, auch nicht zur andern Ehe schreitet, vor allen Andern die Erziehung ihrer Kinder. Machen ihr jedoch die Verwandten oder die Vormünder selbst diesen Vorzug streitig, so muß der Rich-

29) *L. 16. pr. et §. 1. D. de curator. furios. (XXVII. 10)*  
 MONTANUS c. l. nr. 234. NOODT c. l. §. 1. VOLT h. t.  
 §. 1.

30) *L. 1. §. 1. D. t. t. L. 8. L. 9. L. 10. D. de confirm. tut.*

31) *L. 7. circ. med. D. de annuis legat. (XXXIII. 1.)*

32) *L. 10. D. de confirm. tut.*

ter diesen Streit nach gehöriger Untersuchung der Sache entscheiden. Es gehört hieher die Constitution des R. Alexander an den Dionysiodorus L. 1. C. *Ubi pupilli educari deb.*

Educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est. Quando autem inter eam, et cognatos, et tutores super hoc orta fuerit dubitatio: aditus Praeses provinciae, inspecta personarum qualitate et coniunctione, perpendet, ubi puer educari debeat. Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat: is necessitatem habebit hoc facere, quod Praeses iusserit.

Nach dem Röm. Rechte soll also die Mutter die Erziehung ihrer Kinder verlieren, wenn sie denselben einen Stiefvater zuführt, jedoch nimmt man den Fall aus, wenn die Mutter den Vormund ihrer Kinder selbst heyrathet<sup>33)</sup>. Allein h. z. Z. pflegt der Mutter wegen der zweyten Ehe die Erziehung ihrer Kinder nicht leicht genommen zu werden; jedoch kommt es auf die Umstände an, wie ich schon an einem andern Orte gezeigt habe<sup>34)</sup>.

33) L. ult. C. de contrario iudic. tut. L. 2. C. de interdicto matrim. S. NOODT Comm. ad h. t. §. 1. pag. 571. und ULR. HUBERI praelection. ad Pand. h. t. §. 2. Man vergleiche auch den 29. Th. §. 1301. a. S. 120 ff.

34) S. den 24. Th. §. 1217. S. 206. Hiermit stimmen auch mehrere deutsche Particularrechte überein, z. B. das allgem. bürgerliche Gesetzbuch für Oesterreich. 1. Th. 4. Spst. §. 218. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 317. und das Baiersche Landrecht. 1. Theil. 7. Kap. §. 11. Man vergl. noch Mittermaiers Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 572.

Ist das zu erziehende Kind ein Adoptivkind des verstorbenen Vaters, so ist es nicht die Frau des verstorbenen Adoptivvaters, sondern die leibliche Mutter des Kindes, welcher die Erziehung desselben gebührt, weil das mütterliche Verhältniß durch die Adoption nicht geändert wird<sup>35)</sup>. Es wird jedoch überall vorausgesetzt, daß die Mutter einen ehrbaren Lebenswandel führe, weil einer ausschweifenden Mutter die Erziehung der Kinder, ohne Gefahr, durch ihr Beispiel verführt zu werden, nicht anvertraut werden kann<sup>36)</sup>.

Ist gar keine, oder doch keine solche Mutter vorhanden, der die Erziehung anvertraut werden kann; so kann die Obrigkeit unter den übrigen Verwandten des Pupillen den Erzieher wählen, wenn sich dazu fähige Personen unter diesen Verwandten finden. Es müssen nur unverdächtige Personen seyn, von denen keine Gefahr für den Pupillen zu befürchten ist<sup>37)</sup>. Daher braucht auch hier der Richter nicht gerade die Nähe des Grades der Verwandtschaft zu berücksichtigen, weil sich von der Ordnung der Delation der Tutel kein gültiger Schluß auf die Ordnung der Delation des Erziehungsrechts machen läßt<sup>38)</sup>. Es kommt auch auf das Geschlecht nicht an<sup>39)</sup>. Denn der Groß-

35) *L. 10. §. 1. Cod. de adopt. (VIII. 48.)* S. Burchardi angef. Abhandl. im Archiv für die civilist. Praxis. 8. B. S. 168.

36) *Arg. L. 5. D. h. t. S. MONTANUS Cap. XXXII. Reg. IX. nr. 239. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 1.*

37) *L. 2. Cod. Ubi pupilli.*

38) *S. Ant. PEREZ Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 49. nr. 3. und Burchardi angef. Abh. S. 172.*

39) *Burchardi S. 173.*



mutter kann die Erziehung sogut übertragen werden, als dem Vatersbruder des Pupillen. Es kommt nur darauf an, zu wem der Richter das meiste Vertrauen hat <sup>40)</sup>. Sind endlich auch unter den Verwandten keine zur Erziehung fähige Personen vorhanden, so kann der Richter auch fremden Personen die Erziehung übertragen, und zwar ohne Unterschied des Geschlechts. Denn es ist hier nicht von der Tutel selbst, sondern von der davon abgesonderten Erziehung die Rede. Ueberall hat der Richter nur darauf zu sehen, daß die Erzieher ehrbare und unbescholtene Personen sind, bey denen weder für die Sittlichkeit noch für die Religion des Mündels etwas zu befürchten ist <sup>41)</sup>.

Noch entsteht die Frage, ob derjenige, welchem vom Testator, oder von der Obrigkeit die Erziehung übertragen worden ist, zur Uebernahme gezwungen werden könne? Ulpian entscheidet diese Frage *libro XXXIV. ad Edictum* <sup>42)</sup> so, daß in der Regel kein Zwang Statt finde, außer in drey Fällen, nämlich wenn der zum Erzieher erwählte ein Frengelassener, oder ein Blutsfreund, oder Schwager des Pupillen wäre. Ulpian sagt:

Quamvis autem Praetor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum, attamen quaestionis est, an debeat etiam invitum cogere, utputa libertum, parentem, et quem alium de affinibus cognatisve? Et magis est, ut interdum debeat id facere.

40) L. 2. Cod. cit.

41) Burchardi S. 73.

42) L. 1. §. 2. D. h. t.

Sollte aber nicht vielleicht nach der Verordnung vom Kaiser Alexander Severus *L. 1. C. Ubi pupilli* der von der Obrigkeit zum Erzieher Ernante das ihm übertragene Erziehungsgeschäft zu übernehmen, unbedingt genöthiget werden können? Man will es behaupten <sup>43)</sup> wegen der letzten Worte der angeführten Verordnung:

*Sin autem aestimaverit (sc. Praeses provinciae), apud quem educari debeat: is necessitatem habebit hoc facere, quod Praeses iusserit* <sup>44)</sup>.

Allein da in dieser Verordnung von einem Streite zwischen der Mutter des Pupillen und den übrigen Verwandten desselben die Rede ist, wem die Erziehung zu übertragen sey, welchen der Präses der Provinz, *inspecta personarum qualitate et coniunctione*, entscheiden soll; so konnte wohl der durch das Decret ernannte Erzieher kein anderer, als einer von den Verwandten, seyn. Es kann also hier nicht füglich eine Abänderung des Pandectenrechts angenommen werden <sup>45)</sup>. Weigert sich der Legatar oder der Erbe die ihm im Testament des Erblassers übertragene Erziehung der Kinder desselben zu übernehmen; so macht er sich dessen, was ihm in dieser Rücksicht hinterlassen worden ist, verlustig, denn es ist durch die Uebernahme der Erziehung bedingt. Es gilt hier, wie *Ulpian lib. XXXIV.*

43) *J. B. Burhardi* in der angef. Abhandlung S. 186.

44) Die Ausgabe des *Claud. CHEVALLONIVS* Paris 1526. 8. liest hier: *Si autem existimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quem praeses iusserit.*

45) Mit mir stimmen überein *THIBAUT Syst. des Pand. Rechts* §. 520. S. 597. und *VALETT Lehrbuch des pract. Pandecten-Rechts. 3. B. (Leipzig 1829.)* §. 900.

*ad Edictum* 46) sagt, dasselbe, was oben 47) von einem testamentarischen Vormunde gesagt wurde, dem ein Vermächtniß im Testament hinterlassen worden ist.

Wenn nun aber auch gleich der Vormund selbst die Erziehung seines Mündels nicht leitet, so kommt ihm doch wenigstens die Aufsicht darüber zu. Er ist es, der darauf sehen muß, daß der Pupill seinem Stande und Vermögen gemäß erzogen, und daher sowohl sittlich als wissenschaftlich gebildet werde. Er ist es daher, der den Lehrern ihren verdienten Lohn zahlt, und für die erforderliche Bedienung des Mündels sorgt, wie Paulus *lib. XXXVIII. ad Edictum* 48) bemerkt. Er sagt daselbst:

*Quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, in primis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet: alimenta servis, libertisque, nonnunquam*

46) *L. 1. §. 3. D. h. t.* Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi iniunctam, denegari ei actiones debere *exemplo tutoris testamento dati*. Quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum: ceterum si esset relicturus, etiam si educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio: et ita *divus SEVERUS* saepissime statuit.

47) *G. den §. 1358. G. 116 ff.*

48) *L. 12. §. 3. D. de administ. et peric. tutor.* Man vergleiche noch besonders den 30. Theil dieses Commentars §. 133a. *G. 217. ff.* Uebrigens hat von dem rechtlichen Verhältniß des Erziehers Burckardi a. a. D. *G. 186—190.* noch viel Merkwürdiges gesagt, welches um so mehr gelesen zu werden verdient, da unsere Quellen über diesen Punct fast gar nichts enthalten.

etiam extraneis, si hoc pupillo expediet, praestabit sollemnia munera parentibus cognatisque mittet.

Der Richter darf übrigens bey den Bestimmungen über Erziehung des Mündels, besonders wenn es auf die Wahl der Lebensart und des Standes desselben ankommt, den Beyrath der Verwandten des Pupillen nicht vernachlässigen, an welchen ihn die Gesetze ausdrücklich verweisen<sup>49)</sup>.

### §. 1360.

- 2) Bestimmungen über die Alimente und Erziehungskosten des Mündels.

II. Der andere Gegenstand dieses Titels betrifft die Festsetzung der Alimente, und sonstigen Erziehungskosten des Mündels. Diesen erschöpfen die L. 1. und L. 2. dieses Titels in Verbindung mit dem Titel des Codex *de alimentis pupillo praestandis* (V. 50.). Das Ganze läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen.

1) Das Recht die Alimente festzusetzen steht der Obrigkeit, d. h. der obervormundschaftlichen Behörde zu.

*L. 3. pr. D. h. t. ULPIANUS Libro I. de omnibus Tribunalibus.* Jus alimentorum decernendorum pupillis Praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adolescentibus praestare debeant.

2) Um nun aber das Maasß der Unterhalts- und Erziehungskosten gehörig zu bestimmen, hat sich die Obrigkeit zuvor genau von dem Vermögensbestande des Pupillen oder Minderjährigen zu unterrichten. Sie kann des

49) *L. 1. §. 1. D. h. t. Praetorem aestimare debere, praesentibus ceteris propinquis liberorum.*

halb von dem Vormunde verlangen, daß er den Bestand des Vermögens seines Mündels durch Vorlegung des Inventariums nachweise, mit der Bedrohung, daß er von dem, was sich am Vermögen mehr vorfindet, als er angegeben hat, mehr als gewöhnliche Zinsen werde bezahlen müssen.

*L. 3. §. 4. D. h. t. Sed si non constat, quis modus facultatum sit, inter tutorem et eum, qui alimenta decerni desiderat, suscipere debet cognitionem, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat. Prius tamen exigere debet, ut profiteatur tutor, quae sit penes se summa, et comminari, graviores ei usuras infligi eius, quod supra professionem apud eum fuerit deprehensum<sup>50)</sup>.*

3) Bei Festsetzung der Alimentengelder und Erziehungskosten hat nun der Richter nicht nur Stand, Vermögen und Alter des Mündels oder Pflegbefohlenen zu berücksichtigen, sondern er muß auch darauf sehen, was zu einer diesen Verhältnissen entsprechenden Unterhaltung gehört. Dazu gehört nun aber nicht nur Nahrung, Kleidung, und Wohnung, sondern auch der zur Ausbildung des Pupillen erforderliche wissenschaftliche Unterricht, so

50) Die florentinische Ausgabe hat *comprehensum*. Allein die hier angenommene Lesart *deprehensum*, welche Haloander, Baudouza, Merlinus, Miräus und Beck haben, wird durch die Schollen der Basiliken Tom. V. Sch. k. pag. 59 sq. bestätigt, wo es heißt: βαρύτερος τόκουσ ἀδῶν ἀπαιτεῖν τῆς μετὰ τὴν ἀπογραφὴν αὐτοῦ ἐνρισκομένης παρ' αὐτῶ ποσότητος. i. e. *graviores usuras infligi eius quantitatis, quae post inventarium apud eum deprehensa fuerit.*

wie die nöthige Bedienung desselben. Hiernach müssen die Alimentengelder und Erziehungskosten berechnet werden.

L. 3. §. 2. D. h. t. Ante oculos habere debet in decernendo et mancipia, quae pupillis deserviunt, et mercedes pupillorum<sup>1)</sup>, et vestem, et tectum pupilli<sup>2)</sup>: aetatem etiam contemplari, in qua constitutus est, cui alimenta decernuntur.

4) Hat der Vater selbst das Maaß der Alimente bestimmt, so ist auf diese Anordnung zunächst zu sehen, und,

51) Statt pupillorum, obachtet in dieser Lesart Ausgaben und Handschriften übereinstimmen, wollen doch mehrere lieber *praeceptorum* lesen, wegen L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor. §. B. Elbert. LEONINUS Emen-dation. Lib. III. Cap. 11. nr. 7. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Altera tituli pars. (Opp. Tom. II. pag. 571.) ПОТІВА Pandect. Justinian. h. t. Nr. V. not. c. (Tom. II. pag. 159.) und Bav. VOORDA Thes. controuv. Decad. XX. §. 7. Die BASILICA Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 2. Const. 3. §. 1. pag. 56. haben nur καὶ τοὺς μισθοὺς, καὶ τὰ στεγονόμια, et mercedes et pensiones. Allein man kann die Lesart mercedes pupillorum wohl mit DIONYS. GOTHOFREDDUS beybehalten, und sie so erklären, mercedes, quae aliis pro pupillis praestantur, oder mit Barn. BRISSENIUS de Verb. Signif. voc. Merces, quae in disciplinam pupilli impenduntur. Man sehe auch SMALLENBURG ad Schultingii Notas ad Dig. Tom. IV. h. t. pag. 472.

52) L. ult. D. de alimentis et cibis legatis. (XXXIV. 1.) L. 43. et 44. D. de Verbor. Signific. wo unter dem Worte alimenta oder victus alles begriffen wird, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur. Daher werden auch Arzeneyen dazu gerechnet. S. Jo. SCHILTZER Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 164. et 165. und den 28. Th. dieses Commentars §. 1285. S. 52 u. 53.

sofern sie zweckmäßig ist, allerdings zu befolgen. Ueberssteigen jedoch die Alimente das Vermögen, so können sie von der Obrigkeit ermäßigt werden, und der Vormund macht sich verantwortlich, wenn er ohne deren Beyrath und Minderung den Willen des Vaters befolgt.

*L. 2. §. 3. D. h. t. ULPIANUS libro XXXVI. ad Edictum.* Sed si pater statuit alimenta liberis, quos heredes scripserit, ea praestando, tutor reputare poterit, nisi forte ultra vires facultatum statuerit: tunc enim imputabitur ei, cur non adito Praetore desiderarit alimenta minui.

Hätte jedoch der Vater selbst über die Alimente nichts Gewisses verfügt, sondern die Bestimmung derselben dem Ermessen eines Dritten überlassen, so braucht sich der Vormund damit nicht zu begnügen, sondern er kann selbst mit Beyrath der Obrigkeit bestimmen, wie viel nach den Vermögensumständen und wahren Bedürfnissen des Mündels aufzuwenden sey.

*L. 47. §. 1. D. de admin. et peric. tutor. et curat. SCAEVOLA libro II. Responsorum.* Quantum autem filio meo diurnum sufficiat, Marina et Januaria aestimabunt. Quaero: an contenti esse debeant tutores arbitrio mulierum? Respondi: *sumtum boni viri arbitrio faciendum.*

5) Hat die Obrigkeit das Maas der Alimente festgesetzt, so muß zwar der Vormund diese Anordnung befolgen. Sollte jedoch die Obrigkeit zu viel oder zu wenig für Unterhalt und Erziehung des Mündels ausgefetzt haben, weil der Vormund den Vermögensbestand nicht angegeben hatte; so ist der Vormund an eine solche Verfügung der Obrigkeit nicht gebunden, wenn derselbe, wie zuweilen

der Fall seyn kann, die Vermögensverhältnisse des Pupillen, ohne desselben Nachtheil, nicht offenbaren durfte. Hier ist nun zwar dem Vormunde die alleinige Bestimmung der Alimenten und Erziehungskosten zu überlassen, jedoch darf auch er das Maaß nicht überschreiten, welches ihm die Standes- und Vermögensverhältnisse des Pupillen zu beobachten gebieten. Es ist also auch hierbey das richterliche Ermessen nicht auszuschließen. Soviel muß aber immer dem Vormunde in der Rechnung passiren, als er dem Stande und Vermögen gemäß auf die Erziehung des Mündels verwandt hat.

*L. 2. pr. D. h. t. Officio iudicis, qui tutelae cognoscit, congruit, reputationes tutoris non improbas* <sup>53)</sup> *admittere: utputa si dicat, impendisse* <sup>54)</sup> *in alimenta pupilli vel disciplinas. §. 1. Mo-*

53) Das heißt, wenn sie den Standes- und Vermögensverhältnissen des Pupillen angemessen sind. S. NooDT Comm. ad Dig. h. t. §. *In haec*. pag. 571. Der Scholiast in den Basiliken Tom. V. pag. 59. Sch. f. hat *ἀντελλόγους τοῦ ἐπιτρόπου ἐλόγους*. Das Wort *ἀντελλόγους* kommt nur bey den Neugriechen vor, Schneider und Passow haben es daher nicht. Es heißt so viel als *computatio*, Berechnung. S. THEOPHILI *Paraphr. ad §. 2. J. de societate*, et ad §. 30. *J. de act.* Besonders häufig kommt das Wort bey HARMENOPULUS vor. S. *Dionys. GOTHOFREDI Nomenclator graecar. dictionum*, quae apud Harmenopulum et alios quosdam iuris auctores occurrunt. pag. 417. Das Wort *ἐλόγους* aber heißt so viel als vernünftig, zweckmäßig.

54) So liest Jo. CONTR. RÜCKER Observation. Cap. IV. §. 2. nr. 5. durch Gemination der letzten Sylbe von *impendisse*. Mehrere alte Ausgaben, z. B. die des BAUDOZA und MERLINUS lesen auch wirklich *se impendisse*.



*us autem, si quidem Praetor arbitratus est, is servari debet, quem Praetor statuit. Si vero Praetor non est aditus, pro modo facultatum pupilli debet arbitrio iudicis aestimari: nec enim permittendum est tutori, tantum reputare, quantum dedit, si plus aequo dederit. §. 2. Hoc amplius, etsi Praetor modum alimentis statuit, verumtamen ultra vires facultatum est, quod decretum est; nec suggestit Praetori de statu facultatum, non debet ratio haberi alimentorum omnium, quia si suggestisset, aut minuerentur iam decreta, aut non tanta decernerentur 55).*

*L. 2. C. de alimentis pupillo praestand. Imp. ALEXANDER A. Euphido. Quod plerumque postulatur, ut arbitrio Praetoris alimenta pro modo facultatum pupillis vel iuvenibus constituentur: pro officio suo, qui aliena negotia gerunt, ne apud iudicem controversiam habeant, faciunt. Ceterum si bonus vir et innocens tutor arbitrio suo aluit pupillos: quod interdum etiam necesse est fieri, ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur, quod melius est interim taceri, quam cum de modo bonorum quaeritur, ultro proferri, et apud acta ius dicentis contra utilitatem pupillorum designari: non dubie accepto ferre debebunt ea, quae vir bonus arbitratur merito ad exhibitio-*

55) In den Basilicis Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 2. Constit. 2. §. 1. pag. 55. heißt es: *Εἰ δὲ καὶ ἐπὲρ τὴν οὐσίαν ὤρισεν ὁ πραιτωρ, καὶ μὴ ἐπέμνησεν ὁ ἐπίτροπος, οὐκ ἔρρωται. Sed si Praetor ultra vires facultatum decrevit, nec Praetori suggestit tutor, non valet.*

*nem educationis, ministeria, studiaque erogata esse. Nec ferendus est iuuenis, qui cum praesens esset, studiisque eruditus atque alitus esset, si ea per alium se consecutum non probet, sumtus recuset, quasi vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit.*

6) Wenn übrigens auch das Vermögen des Mündels noch so groß seyn sollte, so darf doch deswegen nicht mehr zu den Alimenten und Erziehungskosten ausgesetzt werden, als eine standesmäßige, und in allen Beziehungen zweckmäßige Erziehung, sowohl was den Unterhalt, als die sittliche, und wissenschaftliche Ausbildung des Pupillen betrifft, erfordert, mithin aller Uebersuß und Verschwendung vermieden werden. Ueberdem ist es Regel, daß die Erziehungskosten nur aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden dürfen, und zwar ist, wenn es ohne Nachtheil einer den Verhältnissen des Mündels angemessenen Erziehung geschehen kann, eine solche Einrichtung zu treffen, daß noch etwas von den Renten übrig bleibt, welches jährlich zurückgelegt werden kann. Die Substanz muß also soviel möglich erhalten werden. Reichen jedoch die Einkünfte zur Bestreitung der Erziehungskosten nicht hin, so kann, wenn es die Noth erfordert, auch wohl ein Capital darauf verwendet, oder auch vom Vormund aufgenommen werden. Denn Standes- und Zweckmäßigkeit der Erziehung geht der Erhaltung des Vermögens vor, und was dazu erfordert wird, muß verwendet werden, wenn auch das Vermögen ganz dabey aufgehen sollte<sup>56)</sup>.

56) S. vorzüglich Voss h. t. §. 2. und Noodr h. t. §. *Facultatem* pag. 571. sq.

L. 3. §. 1. D. h. t. Modum autem patrimonii spectare debet, quum alimenta decernit, et debet statuere tam moderate, ut non universum redditum patrimonii in alimenta decernat, sed semper sic<sup>57)</sup>, ut aliquid ex redditu supersit.

L. 3. §. 3. h. t. In amplis tamen patrimoniis positus<sup>58)</sup> non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter<sup>59)</sup> sufficit, modum alimentis dabit.

57) Die florentinische Ausgabe hat *sic*. Allein die Lesart *sic*, welche man auch bey Baudozo, Chevallonius, und Potbier findet, ist unstreitig richtiger, wie Guil. Best Ratio emendandi Leges Cap. I. §. VII. nr. 4. pag. 35. (edit. NEUHAUS. Lipsiae 1745. 8.) gezeigt hat. Man sehe auch Christfr. WABCHLERI Opusc. iurid. philolog. pag. 485. Halsander und Beck lesen *ita*. Lud. Mirräus (Paris 1552. 8.) hat aber *sed semper (ita) sit*.

58) Corn. van BYNKERSHORK Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 25. §. XI. pag. 277. (edit. Heinecc. Francof. et Lipsiae 1739.) will *positus* statt *positis* lesen, und versteht darunter pupillas. Allein, wie Gebauer in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. civ. pag. 476. Not. 11. mit Recht erinnert hat, *invita syntaxi*. Gebauer meint, der Schwierigkeit sey leicht abzuhelfen, wenn man das Wort *positis* von den folgenden durch ein Komma trennt, und aus dem vorhergehenden §. 2. unter *positis* das Wort *pupillis* versteht. Mit dieser Erklärung stimmt auch Voorda Thes. controvers. Dec. XX. §. 7. in fin. überein.

59) *Frugaliter* heißt eigentlich mäßig, sparsam, hier aber, was zu einer standesmäßigen oder anständigen Erziehung gehört. Die *Basilica* Tom. V. pag. 56. haben *πρὸς τὸ κόσμον*. Das Wort *κόσμος* aber heißt so viel als Anstand, Ordnung. S. Schneiders Hand-Wörterbuch der grie-

*L. 3. pr. D. de contraria tutelae et utili act. ULPIANUS libro XXXVI. ad Edictum* <sup>60</sup>). Quid ergo, si plus in eum impendit, quam est in facultatibus? videamus, an possit hoc consequi. Et LABEO scripsit: posse. Sic tamen accipiendum est, si expedit pupillo ita tutelam administrari: ceterum si non expedit, dicendum est, absolvi pupillum oportere: neque enim in hoc administrantur tutelae, ut mergantur pupilli: iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit, et an tutor ex officio sumtus fecerit.

7) Bey Bestimmung der Kosten für den Unterricht der Pupillen kommt es nicht auf den Unterschied des Geschlechts an, denn auch Mündel weiblichen Geschlechts müssen in den zur standesmäßigen Erziehung derselben erforderlichen Künsten und Wissenschaften sogut, wie Pupillen männlichen Geschlechts, unterrichtet werden <sup>61</sup>). Das Römische Recht sieht hier auf ein bestimmtes Alter, nämlich von zwanzig Jahren, bis zu welchem die Kosten des Unterrichts berechnet werden sollen.

*L. 3. §. 5. D. h. t. Idem ad instructionem quoque pupillorum vel adolescentium, pupillarum, vel earum, quae infra vicesimum annum constitutae sunt, solet decernere respectu facultatum, et aetatis eorum, qui instruuntur.*

chisch. Sprache, ausgearbeitet von Franz Passow (Leipzig 1828. 4.) 1. B. S. 946.

60) Eine Fortsetzung der *L. 1. D. eodem.*

61) *S. Rad. FORNERIOS Rerum quotidianar. Lib. V. Cap. 21. (in Thes. Otton. Tom. II: pag. 272. sq.) und Scip. GENTILIS Parergor. ad Pand. Lib. I. cap. 23. (in Thes. eod. Tom. IV. pag. 1297.)*

*L. 4. h. t. JULIANUS Libro XXI. Digestorum.*

Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quidquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit: is a cognatis et a propinquis pupillae perductus ad Magistratum, iussus est alimenta *pupillae*, et *mercedes*, ut *liberalibus artibus institueretur*, *pupillae nomine praeceptoribus dare* etc.

8) Ist der Mündel arm, so braucht ihn der Vormund nicht aus seinem Vermögen zu ernähren, sondern hier treten die Armenversorgung-Anstalten ein. Die festgesetzten Erziehungskosten können auch wieder verhältnißmäßig gemindert werden, wenn der Mündel zufälligen Verlust an seinem Vermögen erleidet, so wie sie auch wieder gesteigert werden können, wenn sich sein Vermögen vergrößert \*).

*L. 3. §. 6. D. h. t. Sed si egeni sint pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur: et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent, quae decreta sunt: quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit.*

\*) Man vergleiche übrigens, was den heutigen Gerichtsgebrauch betrifft, vorzüglich des Herrn Landrichters D. Wolfg. Heintz. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtsachen. 2. Th. §. 312. u. §. 313.

## Lib. XXVII. Tit. III.

## De tutelae et rationibus distra- hendis et utili curationis causa actione.

### §. 1361.

Rechtliches Verhältniß zwischen Tutor und Pupillen quasi ex contractu. Die Klagen aus der Vormundschaft sind keine prätorischen.

Durch Uebernehmung der Vormundschaft wird eine zwischen dem Vormund, und dem bevormundeten Pflögling vollkommen wirksame Obligatio begründet. Da dieses Rechtsverhältniß keinen Contract zum Grunde haben kann, als welcher zwischen dem Vormund und Mündel gar nicht denkbar ist, so leiten die Gesetze dasselbe quasi ex contractu her, d. h. es ist ein Verhältniß, welches vermöge gesetzlicher Verordnung, auch ohne einen eigentlichen Vertrag, Verbindlichkeiten auf beyden Seiten hervorbringt, die einem bestimmten Contract ähnlich sind, eben so, als ob ein solcher Contract wirklich wäre geschlossen worden. Das Verhältniß ist hier, wie zwischen mandans und mandatarius<sup>62)</sup>. Aus der Führung einer Vor-

62) S. Weber's syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 9. S. 22. f.

mundschaft entstehen daher, wie aus einem Mandate, zweyerley Klagen, 1) eine *actio directa*; welche der Mündel gegen den Tutor hat, dieß ist die eigentliche *actio tutelae*, wie sie in der Rubric dieses Titels bezeichnet wird, und welcher im Codex der Name *arbitrium tutelae*<sup>63)</sup> beygelegt ist, weil sie zu den *actiones bonae fidei* gehört, bey welchen es dem Richter erlaubt ist, nach billigem Ermessen zu bestimmen, was ein Theil dem andern zu leisten hat<sup>64)</sup>. Dann auch 2) eine *actio contraria*, welche dem Tutor gegen den gewesenen Pupillen zusteht. So belehrt uns Gajus über das rechtliche Verhältniß zwischen Vormund und Mündel *libro III. Aureorum*<sup>65)</sup>,

63) C. Lib. V. Tit. 51. Cod. Arbitrium tutelae.

64) CICERO de Officiis libr. III. cap. 17. QUINTUS quidem SCAEVOLA, Pontifex Maximus, summam vim dicebat, esse in omnibus iis arbitrius, in quibus adderetur EX FIDE BONA: fideique bonae nomen, existimabat, manare latissime, idque versari in TUTELIS, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur. In his magni esse iudicis, statuere, (praesertim cum in PLERISQUE essent JUDICIA CONTRARIA) quid quemque cuique praestare oporteret. Man sehe über diese Stelle vorzüglich Jo. MERCERII Opinion. et Observat. Lib. I. cap. 15. VOORBA LECTIO. et Interpretat. Tullian. Cap. X. und Car. BEIERI Commentar. ad h. Ciceronis loc. in seiner trefflichen Ausgabe von CICERO de officiis. Tom. II. pag. 312 — 315. (Lipsiae 1821.) Noch ist zu vergleichen §. 28. et §. 50. I. de actionib. (IV. 6.) und Gajus Instit. Comm. IV. §. 61. et 62.

65) L. 5. §. 1. D. de obligat. et action. C. Jan. a COSTA Praelection. ad illustrior. quosd. titulos locaq. select. iuris civ. pag. 97 sq.

welche Stelle fast wörtlich in die Institutionen <sup>66)</sup> aufgenommen worden ist. Gaius sagt nämlich:

*Tutela quoque iudicio (ri tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur), (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur:)* sed quia sane non ex maleficio tenentur, *quasi ex contractu teneri videntur.* Et hoc autem casu *mutuae sunt actiones:* non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori eius obligaverit.

Da die obligationes quasi ex contractu dem Civilrecht angehören <sup>67)</sup>, so entsteht die Frage, ob dieses auch von den aus der Führung einer Vormundschaft entspringenden Klagen zu behaupten sey? Gerh. Noodt <sup>68)</sup> hält sie für prätorisch. Von der actio tutelae contraria sey dieses auffer allem Zweifel. Denn Ulpian sage ausdrücklich *libro XXXVI. ad Edictum* <sup>69)</sup>:

Contrariam tutelae actionem PRAETOR proposuit, induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione.

66) §. 2. I. de obligationib. quasi ex contr. (III. 27.)

67) G. den 5. Th. des Commentars §. 415. G. 320. und Christ. Gottl. HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contractu et quasi ex delicto nascuntur Conjecturae. (Lipsiae 1802. 8.) Cap. II. pag. 26 sq.

68) Comment. ad Dig. h. tit. §. De actione. (Opp. Tom. II. pag. 572.) et ad Tit. seq. §. Praeter. pag. 576.)

69) L. 1. pr. D. de contrar. tut. et utili actione.



Da nun der Prätor wegen einer bloßen actio contraria nie ein besonderes Edict bekannt gemacht habe; so müsse in demselben Edict hauptsächlich von der actio tutelae directa die Rede gewesen seyn. Nun wären zwar die Worte eines solchen Edicts nirgends zu finden, allein sie ließen sich vielleicht auf folgende Art restituiren:

*Quod a tutore gestum esse dicetur, de ea finita tutela iudicium dabo* 70).

Herr Prof. Zimmern 71) hält zwar die actio di-

- 70) Auch RANCHINUS in Edicto perpetuo (Tom. III. *Thes. Meerman.* pag. 251.) hat das Edict zu restituiren versucht. Nach ihm soll es ohngefähr so gelautet haben: *Eum, qui tutelam gessit, rationem eo nomine reddere cogam.* Allein dagegen hat NOODT h. t. pag. 572. erinnert, daß die actio tutelae nie cognitionis extraordinariae, sondern immer iuris ordinarii gewesen sey. Jo. ORTWO. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. s. Pand. h. t. §. 2. hat daher dieses zu verbessern gesucht, und das Edict so restituirt: *Eum, qui tutelam gessit, tutelae iudicio rationem reddere cogam.* Von beyden weicht Car. Guil. Lud. de WYNE libri tres Edicti (*Cellis Lüneb.* 1821. 4.) pag. 228. ab. Nach ihm soll das Edict so gefaßt gewesen seyn: *Quod a tutore gestum esse dicetur, de eo finita tutela, et si quid ex bonis pupilli abstulisse dicetur, in duplum iudicium dabo.* Ranchinus und Westenbergs glauben, der Prätor habe auch wegen der contraria tutelae actio ein besonderes Edict bekannt gemacht, ohngefähr folgenden Inhalts: *Si quid ex administratione honorum pupilli debetur, eo nomine adversus eum contrariam actionem dabo.* Allein daß der Prätor wegen einer actio contraria ein besonderes Edict bekannt gemacht habe, findet sich nirgends.

- 71) Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 248. S. 937. Eben dieser Meinung sind auch Franc. DUARENUS Comm. in Glück's Erläut. d. Pand. 32. Th. M

recta für eine Civillage, allein die *contraria tutelae actio* sey eine prätorische. Ich glaube aber, sie gehören beyde dem Civilrecht an, und der Prätor hat sie, wie so viele andere Civillagen<sup>72)</sup>, bloß in sein Edict aufgenommen, und zum gemeinen Gebrauche bekannt gemacht. Eben diese richtige Ansicht haben auch Heinrich Hahn<sup>73)</sup>, und Joh. Ortwin Westenberg<sup>74)</sup>. Denn daß die *actio tutelae directa* eine prätorische Klage sey, wird nirgends gesagt, sie kann es auch nicht wohl, als eine *actio quasi ex contractu oriunda*, seyn. Denn die *obligationes quasi ex contractu* sind ohne Zweifel eine Erfindung der Röm. Juristen, welche der Gerichtsgebrauch sanctionirt hat<sup>75)</sup>. Sodann sind ja die *actiones quasi ex contractu* alle nach der Form der Contractsklagen gebildet worden, mit deren Gegenstände sie eine Ähnlichkeit haben. Nun ist keine einzige Contractsklage prätorisch. Soviel aber noch insonderheit die *contraria tutelae actio*

Tit. 4. Lib. XXVII. Pand. de contr. tut. et ut. act. (Opp. pag. 309.) und H. Prof. SMALLENBURG ad Ant. SCHULTINGII Notas ad Dig. Tom. IV. pag. 463.

72) Wer möchte wohl die *condictio ex mutuo*, oder die *hereditatis petitio* dem Prätorischen Rechte zueignen, ob sie gleich beyde der Prätor in sein Edict aufgenommen hat? L. 1. D. de reb. cred. L. 1. D. Si pars heredit. petit. verb. mit L. 1. D. de poss. heredit. petit. S. Car. Frid. Guil. SCHMID Diss. sist. leges quasdam potiores tituli Digestor. de negotiis gestis expositas (Tubing. (1787.) praes. Hofacker. def. ad L. 3. pag. 15 sq.

73) Observata theor. pract. ad Wesenbeciam. P. II. Lib. XXVII. Tit. 4. Nr. 1. pag. 241.

74) Princ. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 4. et Tit. sq. §. 4.

75) S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 26. f.

betrifft, so sagt ja Ulpian *L. 1. pr. D. de contr. tut. et utili actione* ganz deutlich, daß sie in einer obligatio civilis ihren Grund habe. Es heißt daselbst:

Quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur, nec in rem suam tutor obligare pupillum possit: *attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur, ex administratione scilicet*: etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt, se recepturos id, quod impenderit.

Auch schon der Ausdruck *receptum est* deutet auf ein Recht hin, quod sine scripto venit, et a Jurisperitis in causis controversis aut iudicando, aut postulando, aut respondendo inventum est, und *disputatio fori, rerum iudicatarum auctoritas, und interpretatio prudentum* genennt wird <sup>76</sup>). Bey den Klagen aus der negotiorum gestio, welche doch auch quasi ex contractu abgeleitet werden, hat Gajus <sup>77</sup>) ebenfalls den Ausdruck *receptum est*, ferner *utilitatis causa receptum est*, gleichbedeutend mit *placuit* gebraucht. Daß aber diese Klagen actiones civiles sind, sagt Paulus *libro XXIX. ad Edictum* <sup>78</sup>) ausdrücklich. Wenn nun gleichwohl Ulpian *L. 1. pr. D. de contr. tut. et utili act.* sagt: *Contrariam tutelae*

76) S. Frid. HÄNEL Commentat. de verborum formulis, quibus Jurisconsulti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt. (Lips. 1821. 8.) §. 4.

77) *L. 5. pr. D. de obligat. et actionib.* (XLIV. 7.)

78) *L. 17. §. 3. D. Commodati.* (XIII. 6.)

actionem *Praetor proposuit*, induxitque in usum; so ist dieß noch kein Beweis, daß diese Klage deswegen eine actio praetoria sey. *Proponere actionem* sagen die Röm. Juristen, si Praetor in Edicto actionem in publicum edebat, ita ut oculis civium pateret, wie schon längst Briffon <sup>79)</sup> bemerkt, und dabey gerade unsere *L. 1.* angeführt hat. Auch von der hereditatis petitio, ferner si pars hereditatis petatur, sagt Ulpian *libro V. ad Edictum* <sup>80)</sup>: Post actionem, quam *proposuit Praetor* ei, qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit et ei proponere, qui partem hereditatis petit; und doch sagt derselbe Ulpian *libro XV. ad Edictum* <sup>81)</sup>: Ordinarium fuit, post CIVILES ACTIONES heredibus *propositas*, rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est, eorum, quibus honorum possessio data est. So wie nämlich die Prätores häufig Sätze des Civilrechts in ihre Edicte aufzunehmen, und zu bestätigen pflegten, so daß daher auch Papinian <sup>82)</sup> sehr richtig sagt: *ius praetorium ius civile subsequitur*; so geschähe dieß auch insonderheit mit den Klagen aus dem Civilrecht, wie z. B. das Edict des Prätors de commodato beweist <sup>83)</sup>. Die prätorische Edict's Formel: *iudicium dabo* sollte also, wie Gilbertus Regius <sup>84)</sup> bemerkt, nicht sowohl das ius actionis,

79) De Verbor. Signific. Voc. *Proponere*.

80) *L. 1. pr. D. Si pars hereditatis petat.* (V. 4.)

81) *L. 1. D. de possess. hered. petit.* (V. 5.)

82) *L. 14. D. de testib.* (XXII. 5.)

83) *L. 1. D. Commodati.* (XIII. 6.)

84) *Εναντιοφανών iuris civ.* (Hanoviae 1698. 8.) Lib. I. cap. 2.

als vielmehr die formulam et iudicem, quem pollicebatur Praetor in albo ad civiles etiam actiones exercendas, andeuten, und dieses scheinen auch die Worte: induxitque in usum in der *L. 1. de contr. tut. act.* sagen zu wollen.

## §. 1362.

## Actio tutelae directa.

Die Hauptklage, welche aus der Führung einer Vormundschaft entspringt, ist also die *actio tutelae directa* <sup>85)</sup>, welche auch vorzugsweise *actio tutelae, tutelae iudicium*, und *arbitrium tutelae* genannt wird. Schon Cicero <sup>86)</sup> zählt sie unter diejenigen arbitria, in quibus adderetur, *ex fide bona*, also unter die bonae fidei iudicia. Er setzt sie aber auch unter die privata iudicia summae existimationis, et paene capitis <sup>87)</sup>, ja er nennt sie ein *turpe iudicium*, et facto quidem turpe <sup>88)</sup>, weil sie für den Verurtheilten infamirend ist, ganz dem Edict des Prätors gemäß, in welchem es, so

85) Bey den Griechen  $\delta\iota\kappa\eta\ \epsilon\pi\iota\tau\rho\pi\eta\varsigma$ . S. Heffters: athenäische Gerichtsverfassung. S. 251. ff. und Meier's und Schömann's attischer Proceß. S. 454. Von dieser Klage handeln Franc. DUARENUS Comm. ad h. tit. (*Oper. pag. 307. sqq.*) Hug. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XV. cap. 20. §. 7. sqq. (Vol. IX. edit. noviss. Norimberg. a Buchero contin.) Ger. NOODT Comm. ad h. t. (*Opp. Tom. II. pag. 572 — 576.*) Paul. MONTANUS de iure tutelar. et curation. Cap. 39. und Jo. VORT Comm. ad Pand. h. t.

86) *De officiis III. 17.* S. die Note 64.

87) *Orat. pro Roscio Comoedo. Cap. VI.*

88) *Orat. pro A. Caecinna. Cap. 3.*

wie es uns Ulpian <sup>89)</sup> aufbehalten hat, heißt: *Infamia notatur, qui tutelae iudicio damnatus erit.* Dies ist nun diejenige Klage, welche dem Mündel gegen den gewesenen Vormund zusteht. Da sie durchaus reipersecutorisch ist, so geht sie auch auf die Erben über. *Hanc actionem, sagt Ulpian libro XXXVI. ad Edictum* <sup>90)</sup>, *etiam in heredem tutoris competere constat. — Sed et heredi pupilli aequae competit, similibusque personis z. B. dem honorum possessor.* Sie geht auf drey Hauptgegenstände, nämlich 1) auf Ablegung der vormundtschaftlichen Rechnung, 2) auf Herausgabe dessen, was der Vormund von dem Vermögen des Mündels noch in Händen hat, und 3) auf Ersatz des mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Culpa zugefügten Schadens. Der dritte Klagepunct, den Hellfeld hier erst zur Sprache bringt, ist schon an einem andern Orte <sup>91)</sup> ausführlich erörtert worden. Hier bemerke ich nur noch, daß zur Ausmittelung des Schadens auch zuweilen das *iusiurandum in litem* Statt finden kann, nämlich im Falle eines erwiesenen oder auch vermutheten *dolus* oder *culpa lata* <sup>92)</sup>, welches jedoch gegen die Erben des Vormundes nur dann zulässig ist, wenn sie sich entweder selbst eines *dolus* schul-

89) *L. 1. D. de his, qui not. infam.* (III. 2.) S. Theod. Marejoll über die bürgerliche Ehre. 1. Buch. 4. Abschn. §. 3. S. 153. f.

90) *L. 1. §. 16. et 17. D. h. t. L. 3. et 4. C. Arbitr. tut.* (V. 51.) S. Ant. Fabri Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 72. pag. 898.

91) S. den 30. Th. §. 1353. und §. 1354. S. 243 — 350.

92) *L. 7. pr. D. de administrat. et peric. tutor. et curator. L. 2. L. 5. C. de in litem iurando.* (V. 53.)

dig gemacht haben, oder der Proceß gegen den Erblasser schon anhängig gemacht war <sup>93)</sup>).

§. 1363.

1) Ablegung der Vormundschafts - Rechnung. Verschiedene Erklärungen der L. 31. §. 2. *D. de liberat. legata.*

Eine der Hauptobliegenheiten des Vormundes ist die, daß er Rechenschaft ablege über die Führung der Vormundschaft, d. h. daß er nachweise, in wie fern er seinen Amtspflichten ein Genüge gethan hat, und sich verantworte wegen alles dessen, was er gethan hat, und nicht hätte thun sollen, desgleichen wegen dessen, was er unterlassen hat, und doch vermöge seiner Amtspflicht hätte geschehen sollen, also Rechenschaft gebe über sein vormundschaftliches Thun und Lassen. Denn der dem Pupillen durch pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen des Vormundes zugefügte Schade muß ersetzt werden. So sagt Ulpian *libro XXXVI. ad Edictum* <sup>94)</sup>:

*De omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item de his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum et culpam, et quantam in rebus suis diligentiam.*

Insonderheit aber besteht die dem Vormunde obliegende Rechnungslegung, zu welcher er mit der *actio tutelae* angehalten werden kann, darin, daß er, in Grundlage des Inventariums, die Einnahmen und Ausgaben, und zwar nicht in folle, sondern specifisch mit Angabe der einzelnen Posten, nach den verschiedenen Arten und Titeln

93) L. 4. *Cod. eodem.* C. den 12. Th. dieses Commentars. §. 815. und §. 815. C. 459. ff.

94) L. 1. *pr. D. h. t.*

derselben berechne, und mit den nöthigen Beweisen und Belegen unterstütze<sup>95)</sup>. Von dieser Rechnung, welche der Vormund über die Verwaltung des Vermögens seines Mündels abzulegen hat, spricht Ulpian, wenn er *L. 1. §. 3. h. t.* sagt:

*Officio tutoris incumbit, etiam rationes actus sui conficere, et pupillo reddere: ceterum si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine iudicio tutelae tenebitur.*

Hierher gehört auch, was Justinian in den Institutionen *§. ult. l. 19. de Atiliano tutore* sagt:

*Quum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt, post pubertatem tutelae iudicio rationes reddent<sup>96)</sup>.*

Von dieser Rechnungslegung hängt die Ausmittlung dessen ab, was der Vormund nach geendigter Vormundschaft von dem noch in seinen Händen befindlichen Vermögen des Pupillen herauszugeben hat. Rechnungslegung und Herausgabe des noch übrigen Pupillenvermögens stehen daher in so genauer Verbindung, daß wenn

95) S. Just. Claproth's Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen. Göttingen 1783. 8. vorzüglich Dr. Wolfg. Heinr. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtsachen. 2. Th. §. 320. S. 439. ff. Unter den ältern Schriften Paal. MONTANUS de iure tutelar. et curation. Cap. XXXVIII. pag. 525 — 547. Guil. Hier. BRÜCKNERI Diss. de rationibus administratorum. Jenae rec. 1740.

96) Man vergl. über diese Stelle Franc. BALDWINI Comment. in Instit. Just. Tit. de Atiliano tut. pag. 118. und Arn. VINNI Comm. ad §. 7. J. eodem.



die conditio rationum reddendarum in einem Testamente ist beygefügt worden, solche nicht eher für erfüllt gehalten wird, als wenn nach abgelegter Rechnung auch daß noch vorrätige Vermögen nach Maaßgabe der geprüften, und richtig befundenen Rechnung, herausgegeben worden ist, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

*L.82.D.de condition. et demonstrat.(XXXV.1.)*

*CALLISTRATUS libro II. Quaestionum.* Cum servus ita liber esse iussus sit, *si rationes reddiderit*, eique fundum heres dare damnas sit, videamus, utrum conditio libertati proposita sit, an vero et legato? — Quid ergo continetur his verbis: *si rationes reddiderit*? Quidam hoc aiunt, si reliqua reddiderit, quasi nihil intersit, utrum sub hac conditione: *si reliqua*, an sub hac: *si rationes reddiderit*? Sed nos neque conditionem meram putamus esse, quae in datione existat, neque meram conditionem, quae in facto sit, sed eam conditionem, quae ex mixtura quadam consistat. Nam non utique, si ille *in folle* reliqua obtulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, *id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte.* Ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. Inest his verbis etiam, heredes notitia instrui rationum, ut sciant, quid in quaque ratione scriptum sit. Nam quod ipse vivus facturus erat, ab heredibus suis fieri iussisse intelligitur: ille autem utique non sic solebat servo suo

otendenti reliqua rationes subscribere, sed ita ut legeret, examinaret, exciperet. Itaque cum servo sub hac conditione testamento libertas datur: *si rationes reddiderit*, non hanc solam habet significationem, *si cautiones instrumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit.*

*L. 111. D. eodem. POMONIUS libro XI. Epistolarum.* Qui sub conditione rationum reddendarum liber esse iussus est, docere debet, constare fidem omnibus, quae ab eo gesta sunt, ut neque subtraxerit quid ex his, quae acceperit, neque expensum rationibus praescripserit, quod non dederit. Sed et quod reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum, solvere debet: neque enim aliter liber esse potest, quam si hoc modo conditioni, sub qua data est libertas, satisfecerit.

*L. 8. §. 5. D. de liberat. legata. (XXXIV. 5.) POMONIUS Libro VI. ad Sabinum.* Is qui reddere rationes iussus est, non videtur satisfacere, si reliquum reddat, non editis rationibus.

*L. 6. §. 7. D. de Statu liberis. (XL. 7.) ULPIANUS libro XXVII. ad Sabinum.* — *Rationum autem reddendarum conditio, quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit: quod autem ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandasque et examinandas rationes, et dispungendas atque excutiendas, factum habet.*

Sa Afrikanus libro IX. Quaestionum, woraus die *L. 32. D. de condit. et demonstrat.* genommen ist, sagt geradezu: *Rationes reddere nihil aliud esse, quam reliqua solvere.* Und Pomponius libro VI.

ad Sabinum oder L. 89. §. 2. D. de Verb. Signif. setzt gerade darin einen Unterschied zwischen *edere* und *reddere rationes*, daß derjenige, qui *edere iussus* sit, nicht brauche *reliquum reddere* 97): nam et argentarius *edere rationem* videtur, etiamsi quod *reliquum* sit apud eum, non solvat.

Da also die Herausgabe des noch übrigen in den Händen des Vormundes befindlichen Vermögens des Pupillen nicht in folle 98), d. h. nicht im Sacke, sondern nach vorhergegangener genauen, gehörig begründeten, und gegen alle Erinnerungen justificirten Rechnungslegung geschehen soll, auch nicht wohl anders, ohne Nachtheil des Pupillen, geschehen kann; so ergiebt sich daraus, daß der Vormund von der Verpflichtung zur Herausgabe des Vermögens seines gewesenen Pfleglings eben so wenig, als von der Verpflichtung zur Rechnungslegung befreit werden könne, wenn ihm auch der Vater des Pupillen, oder ein Anderer diese Verbindlichkeiten sollte erlassen haben 99).

97) Daher bezeichnet auch der Ausdruck *Reliqua* sowohl bey den Classikern, als in unsern Gesetzen, quae, rationibus subductis, computatisque acceptis et expensis, debita remanent, et solvenda supersunt. CICERO ad Atticum Lib. XVI. Epist. 3. TERENCE Phormion. Act. I. Sc. I. v. 3. L. 81. L. 82. D. de cond. et demonstrat. L. 6. §. 7. L. 40. §. 7. et 8. D. de statu liber. C. Jo. Ortow. WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XXII. §. 8.

98) Den Ausdruck *in folle* erklären AND. ALCIATUS de Verbor. Significat. Lib. IV. nr. 40. (Oper. Tom. I. pag. 103. Basiliae 1550. f.) und BARN. BRISSONIUS de V. S. voc. Follis.

99) C. Hug. DONELLUS Comm. de iure civ. Lib. XV. Cap. 20. §. 8. (edit. novissim. a Buchero contin. Vol. IX. pag. 188.)

Nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, sagt Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* <sup>100)</sup>, nec mutare formam antiquitus constitutam. Zwar kann der Minderjährige in seinem Testament seinen Vormündern die Ablegung der Rechnung erlassen, aber damit ist ihnen noch nicht die Herausgabe des noch in Händen habenden Vermögens erlassen, sie bleiben auch für dolosen Schaden verantwortlich <sup>1)</sup>. Diesem scheint jedoch die Entscheidung des Scävola zu widersprechen, wenn dieser *libro III. Responsorum* <sup>2)</sup> sagt:

Titia, quae duos tutores habuerat, ita cavit: *Rationem tutelae meae, quam egit Publius Maevius cum Lucio Titio, reposci ab eo nolo*. Quaeritur: an si qua pecunia apud eum ex tutela remansit, peti ab eo possit? Respondit: *nihil proponi*,

*Arn. VINNIUS* Comm. ad §. 7. Inst. de Atiliano tutore ad verba: *Tutelae iudicio*. THIBAUT Syst. des Pandect. Rechts. 1. B. §. 536. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechts. 2. B. IV. B. §. 409. (der 3. Auflage). Man vergleiche auch den 30. Th. dieses Commentars §. 1331. a. S. 210 — 214. Heute zu Tage ist dieses noch wenigerem Zweifel unterworfen. S. Christ. Henr. BRUNING Specim. de tutore aneclogisto hodie ad rationes reddendas obligato. Lipsiae 1764.

100) L. 5. §. 7. D. de administr. tutor.

1) L. 9. L. 20. §. 1. L. 28. §. 4. D. de liberat. legata. (XXXIV. 3.) L. 41. D. de admin. et peric. tutor. Tryphoninus fügt L. 58. pr. D. eodem. den Grund hinzu, quia tutor lucrum facere ex tutela non debet. S. Christoph. Lud. CRELL Diss. de tutore aneclogisto. §. VI. und THIBAUT a. a. D.

2) L. 31. §. 2. D. de liberat. legata.

*cur non pecunia, quae pupillae esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur.*

Man hält nicht ohne Grund diese Pandecten-Stelle für eine der schwierigsten. Denn nicht leicht hat ein Gesetz den Auslegern so viel zu schaffen gemacht, als dieses<sup>3)</sup>. Schon Accursius fühlte die Schwierigkeit, und glaubte, sie könnte nur dadurch gehoben werden, wenn man das *non* wegstreiche, welches ohnehin in mehreren Handschriften fehlt. Bartolus las auch wirklich den Text ohne die Negation, wie aus seinem Summario zu ersehen ist. Auf diesem Wege folgten ihnen mehrere auch unter den neuern Rechtsgelehrten nach, unter denen ich nur einen Cujaz<sup>4)</sup>, Wissenbach<sup>5)</sup>, Boet<sup>6)</sup>, Everh. Otto<sup>7)</sup>, Joh. van de Water<sup>8)</sup>, und Pothier<sup>9)</sup> nennen will. Franz. Rygerbos<sup>10)</sup> glaubt sogar, der Fehler rühre vom Scävola selbst oder den Compilatoren der Pandecten her. Andere, denen es nicht wohl glaublich zu seyn scheint, daß die Negation von fremder Hand auf eine unnütze Art sollte hinzugefügt worden seyn, haben die gemeine Lesart

3) Man vergleiche hier vorzüglich Nic. SMALLENEURG animadvers. ad Ant. SCHULTING Notas ad Dig. seu Pand. Tom. V. ad L. 31. §. 2. D. de liberat. legata. pag. 454. nr. 2.

4) Observation. Lib. XXVI. Cap. 30.

5) Exercitat. ad Pand. P. II. Disp. VI. Th. 14. pag. 56.

6) Commentar. ad Pand. h. t. §. 11.

7) Papinian. Cap. XI. §. 5. pag. 323. (*Bremae* 1743.)

8) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 1. pag. 7.

9) Pand. Justin. Tom. II. Tit. de liberat. legata. Nr. XXV. not. a. pag. 427.

10) Observat. Jur. Rom. Cap. III. pag. 25.

zu vertheidigen gesucht, theils mit Hülfe der Critik durch Aenderung des Textes, theils durch Interpretation. Zu den Versuchen der ersten Art rechne ich die Emendation des Petrus Quirfema<sup>11)</sup>, welcher, mit Aenderung eines einzigen Buchstabens, *negata* statt *legata* lesen will, so daß das *negare* so viel als *denegare* bedeute. So bescheiden diese Emendation ist, desto kühner erscheint die des Johann Canebieter<sup>12)</sup>, welcher die Worte: *cur non bey Scävola, mit quo modo* vertauschen will. Er will sie *ex notis a librariis male intellectis*, nämlich *Qo Mo*, rechtfertigen. Darauf hat aber schon Wilh. Best<sup>13)</sup> erwiedert: *Mihi videtur illa corrigendi ratio omnino incerta esse et fallax. Si enim initialibus solum litteris retentis, novas plane voces effingere liceat, nemo est, qui ignoret, posse quidlibet ex omnibus fere litteris produci et excogitari.* Canebieters Emendation hat daher nirgends Beyfall gefunden. Scharfsinniger ist der Versuch eines Siegm. Richard Jauchius<sup>14)</sup>, dem auch Püttmann<sup>15)</sup> seinen Beyfall nicht versagen konnte. Er sagt nämlich, die Worte *cur non* seyen nicht auf das Nachfolgende, sondern auf die vorhergehende Frage, *an pecunia, quae apud tutorem ex tutela remansit, peti ab eo possit?* zu

11) Conjectural. iuris civ. Lib. I. Cap. 3. (Groeningae 1714. 8.)

12) Notae ad Collat. Legg. Mosaic. et Rom. Tit. VII. §. 3. pag. 221.

13) Ratio emendandi Leges. Cap. I. §. 12.

14) Meditation. de Negation. Pand. Florent. Cap. XVII. §. 15. pag. 308—310.

15) Meletemat. iuris civ. Specim. I. (Lipsiae 1771.) Cap. IV. (in Opusculor. Ejus Sylloge pag. 155. sqq.)

beziehen, und also nach den Worten: *nihil proponi, cur non*, ein Fragezeichen zu machen, so daß der Sinn sey, es sey gar kein Grund vorhanden, warum nicht das noch vorrätthige Vermögen, welches sich in den Händen des Vormundes befindet, von ihm gefordert werden könne. Bey den nachfolgenden Worten sey die Copulativa *et* hinzuzufügen, und daß *cur* hinzuzudenken, auf folgende Art: *et cur pecunia, quae pupillae esset, — legata videretur?* Statt *et* will jedoch Püttmann lieber *pecuniae, quae pupillae esset*, durch Gemination lesen, nämlich *QUAE*. Johann Bernh. Köhler<sup>16)</sup> glaubt hingegen, Scävola habe nur geschrieben: *Respondi*, (welches Tribonian in *respondit* umgeändert habe) *nihil proponi, cur non?* Das Uebrige von den Worten an: *pecunia, quae pupillae esset — legata videretur*, sey ein unächter Zusatz von fremder Hand, welcher zur vermeintlichen Ergänzung des Gesetzes aus der *L. 28. D. eodem*, sey hinzugefügt worden, sey Anfangs auf den Rand geschrieben gewesen, nachher aber von den Abschreibern unvorsichtig in den Text aufgenommen worden. Diese Conjectur wird besonders dadurch unterstützt, daß Scävola in seinem Gutachten mehrmals die Formel *cur non?* schlecht hin und ohne weitem Zusatz gebraucht habe, wie z. B. *L. 19. D. de aliment. legat. L. 47. §. 7. D. de admin. et peric. tutor*. Soviel von den Versuchen der Critik. Auch die Interpretation hat hier ihr Möglichstes gethan. Unter den Interpreten verdienen hier vorzüglich genannt zu werden Joh. Conr. Rücker<sup>17)</sup>, Theod. Joh.

16) Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. I. Cap. 5. pag. 11 — 15.

17) Interpretation. iur. civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 88 — 108. (Lugd. Bat. 1752. 8.)

Alexander Pagenstecher<sup>18)</sup>, Joh. Wilhelm Pautz<sup>19)</sup>, und Wilh. von Teisterbant genannt Bilderdyk<sup>20)</sup>. Das Bestreben derselben geht hauptsächlich auf eine Vereinigung der L. 31. §. 2. mit L. 28. §. 4. D. *de liberat. leg.* welche beyde von Scävola sind. Dieser Zweck ist aber wohl am wenigsten von denen erreicht worden, welche beyde Gesetze von verschiedenen Fällen erklären. In beyden habe zwar die Testirerin verboten, von dem Vormunde Abliegung der Rechnung zu fordern, allein der Unterschied bestehe darin, daß in dem Falle der L. 28. die Mündel, welcher das Vermögen gehört, das der Vormund noch in Händen hat, von der Testirerin verschieden sey, diese habe also über eine fremde Tutel disponirt. Da hier das Vermögen der Testirerin nicht gehöre, sondern ein fremdes Vermögen sey, so habe Scävola mit Recht respondirt: *nihil proponi, cur pecunia, quae pupillae est, et apud tutorem posita maneret, legata videretur.* Denn in der Befreyung von der Rechnungslegung sey kein Grund zu finden, woraus man schließen könnte, daß die Testirerin fremdes Geld habe vermachen wollen. In der L. 31. hingegen sey von einem solchen Falle die Rede, wo die Testirerin verboten habe, von ihrem Vormunde Rechnung zu verlangen; hier habe Scävola dafür gehalten, die Testirerin habe das Geld, was noch ihr Vormund aus der Tutel in Händen hat, demselben vermachen wollen, weil dieses Geld ihr gehört.

18) Spec. de violent. emendation. in iure civ. non admitt. pag. 115. sq.

19) Observation. iuris civ. Rom. liber. sing. (Hagae Comit. 1743. 8.) Cap. IV. pag. 20 — 23.

20) Observation. et Emendation. Lib. II. cap. 25 et 26.



So hat Rüdter beyde Gesetzstellen zu vereinigen gesucht, und ebenso Joh. Gottfr. Sammet<sup>21)</sup>. Ob damit etwas gewonnen, und die Schwierigkeit gehoben sey, ist wohl sehr zu bezweifeln. Wie konnte Scävola ein solches Gutachten ausstellen, welches die Meinung der Ropyphäen, eines Papinians<sup>22)</sup>, eines Marcians<sup>23)</sup>, und Ulpian<sup>24)</sup> so offenbar gegen sich hat? Wie hätte es dem Scävola einfallen können, so geradezu dem zu widersprechen, quod est saepissime rescriptum, wie Ulpian sagt? Auf diese Art hat auch schon Püttmann die Meinung des Rüdters, eines sonst trefflichen Critikers, abgefertiget; und mit ihm fällt denn auch die Meinung des ihm folgenden Sammets.

Zwar auch mit Unterscheidung der Personen, aber auf eine scharfsinnigere Art, ohne sich in neue Widersprüche zu verwickeln, sucht eine andere Erklärung die Schwierigkeit zu lösen, nach welcher die Worte der L. 31. *cur non pecunia, quae pupillae esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur*, sich nicht, wie in der L. 28. auf den Vormund, sondern auf irgend einen Dritten beziehen sollen, dem die Testirerin das Geld legirt hatte, welches sich noch aus ihrer Tutel in den Händen des Vormundes befand. Der Sinn des schwierigen Gesetzes sey also: Wenn gleich dem Vormunde die Rechnungslegung von der Testirerin erlassen worden, so hindere dieses doch nicht, daß nicht demjenigen, dem die Testirerin

21) Hermeneutik des Rechts, herausgegeben von Frid. Gottl. Born (Leipzig 1801. 8.) §. 57. S. 113. f.

22) L. 41. D. de admin. et peric. tutor.

23) L. 119. D. de legat. I.

24) L. 9. D. de liberat. legata.

ibr Geld vermacht hat, auch dasjenige Geld gehöre, was ihr Vormund noch aus der Tutel in Händen hat. Dieß ist die Erklärung von Pauw, welche auch Püttmann vor allen andern auf den Fall empfiehlt, da seine Conjectur nicht allen genügen sollte. Ueber alle Einwendungen ist nun zwar freylich auch diese Erklärung nicht erhaben; denn wäre es nicht eine unverzeihliche Nachlässigkeit von Tribonian, wenn er uns nicht die ganze Geschichtszählung des Falles mitgetheilt hätte, den Scävola hier entschieden hat? Daß sie indessen doch vor allen übrigen den Vorzug verdiene, ist nicht zu läugnen. Denn es ist nicht wohl einzusehen, warum Tribonian zwey ganz gleichlautende Gesetze über denselben Rechtsfall von eben demselben Rechtsgelehrten in denselben Titel aufgenommen haben sollte. Will man aber dennoch keiner Interpretation Beyfall geben, sondern die Critik eintreten lassen, so ist wohl unter den critischen Versuchen die, wenn gleich gewagte, doch von den meisten beliebte Wechstreichung der Negation in der L. 31. D. für die vorzüglichste zu halten, wie auch Ulr. Huber<sup>25)</sup> meint. Ja Cujaz<sup>26)</sup> sagt: *vel ipsa ratio docet satis, circumscripta negatione, legendum esse, cur pecunia — legata videretur, quod illa repetitio huius responsi manifeste probat, atque pervincit.* Carl Friedrich Walch<sup>27)</sup> hat alle

25) Praelection. ad Pand. Lib. XXXV. Tit. 3. pag. 455.  
(Franequerae 1690. 4.)

26) Comment. in Lib. III. Responsor. Cervidii Scaevolae ad L. ult. D. de liberat. legata. (Oper. postum. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 268.)

27) Introd. in controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. II. §. 52. Not. \*. pag. 250 — 253. (edit. tert. Jenae 1791.)

angeführte Critiken und Erklärungen sorgfältig geprüft, und widerlegt. Das Resultat seiner Meinung, um es mit seinen eigenen Worten auszudrücken, besteht darin: *profecto nihil restat, quam ut cum ACCURSIO aequae ad CUJACIO delendam censeam particulam non, quae in L. 31. §. 2. D. de liberat. leg. deprehendatur. Eo minus id statuere dubito, quum, eiusmodi vitiis quasdam leges Digestorum laborare, non negandum sit: unam eandemque speciem utraque lege proponi, ex iisdem, quibus id fit, verbis clare constat, mihi que omnino verisimile est, vitium hoc in memoratum locum irrepsisse, antequam in Digestorum corpus migraverit, sive sit factum incuria eius, qui responsa SCAEVOLAE collegit, sive eorum librarii.*

Nach dem Röm. Rechte kann zwar die Rechnungslegung erst nach gänzlich geendigter Tutel von dem Vormunde gefordert werden. Denn eher hat auch die *actio tutelae* nicht Statt. Daher sagt Ulpian *libro XXV. ad Edictum* <sup>28)</sup>:

*Et generaliter, quod traditum est, pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse, hactenus verum est, si eadem tutela sit: absurdum enim erat, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli exposci, in qua adhuc perseverat.*

Und zwar muß diese Rechnung entweder dem Pupillen unter dem Bestande eines Curators abgelegt werden <sup>29)</sup>, zu welchem Zweck der Mündel von seinem Vormunde selbst aufgefodert werden muß, sich einen Curator zu er-

28) L. 9. §. 4. D. h. t.

29) L. 9. cit.

bitten, denn dieß gehört noch zu den Amtspflichten des bisherigen Vormundes, wofür er verantwortlich bleibt<sup>30)</sup>; oder den Erben des Mündels, wenn durch den Tod desselben die Vormundschaft geendigt worden ist<sup>31)</sup>. Nach dem heutigen gemeinen Privatrechte aber muß am Ende jeden Jahres Rechnung vom Vormunde abgelegt werden, und zwar kann ihn die Obrigkeit von Amtswegen dazu anhalten<sup>32)</sup>, die Gesetze aber fordern ihn schon selbst dazu auf<sup>33)</sup>, und der Vormund macht sich verdächtig, und

30) L. 5. §. 5. *D. de admin. et peric. tutor.*

31) L. 1. §. 17. *D. h. t. MONTANUS Cap. XXXVIII. nr. 89.*

32) Reichspolicey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 5. „und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sonder auch selbst, vermög seines anbefohlnen Amts, auch geleister Pflicht und Eyds, gebührllich Rechenschaft anbieten und thun, umb sein Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet, und zustehet, alles bey Vermeidung der Straf gemeiner Recht.“ S. Mittermaier's Grundf. des gemeinen deutsch. Privatrechts. §. 376.

33) L. 1. §. 3. *D. h. t. MONTANUS c. l. nr. 44. et nr. 87.* Die Reichspoliceyordnung vom J. 1548. Tit. XXXI. §. 3. gab zwar den Vormündern die ausdrückliche Anweisung, von ihrer Verwaltung Rede und Antwort zu geben; allein sie verlangte solches eigentlich nur alsdann, wenn die Obrigkeit es begehrt. Es heist nämlich daselbst: der Vormund soll jährlich, auf Forderung der Obrigkeit, gebührlliche Rechenschaft thun, um seine Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet, alles bey Verpflichtung seiner Haab und Güter. So lange also an die Vormünder keine Aufforderung von der Obrigkeit erging, war auch an eine Rechnungsablegung nicht leicht zu denken. Die

kann seines Amtes entsetzt werden, wenn er sich zur Erfüllung seiner Obliegenheit von der Obrigkeit mehrmalen erinnern und nöthigen läßt<sup>34)</sup>. Daß die Obrigkeit, welche den Vormund zur jährlichen Ablegung der Rechnung auffordern kann, sofern es bloß darauf ankommt, und der Vormund auch seine Verpflichtung zur Rechnungsablegung im Allgemeinen anerkennt, keine andere sey, als die obervormundschaftliche Behörde, welche den Vormund bestellt, oder bestätigt hat, und unter welcher also der Mündel oder Minderjährige für seine Person steht, hat keinen Zweifel. Denn das Verfahren über die vormundschaftliche Rechnungsablegung bleibt hier in den Grenzen der bloß administrativen Behandlung stehen. Es ist hier lediglich

Obrigkeiten bewiesen sich nun auch ihrer Seite, wie es wenigstens die Folge zu ergeben scheint, eben so wenig aufmerksam. Daher geschah es denn, daß die vorgeschriebene jährliche Rechnungsablegung, zum größten Nachtheil der Pupillen, nur selten Statt fand, sondern gewöhnlich bis zur beendigten Vormundschaft verschoben wurde. Dieser Mißbrauch und Vernachlässigung, welche so geradezu der wohlgemeinten Absicht der Gesetzgeber entgegen stritte, veranlaßte daher, daß die neuere im Jahre 1577. bekannt gemachte Reichspolicey-Ordnung in dieser Materie den sehr wichtigen Zusatz erhielt: es solle der Vormund jährlich nicht allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst, vermöge seines anbefohlenen Amtes, auch geleisteter Pflicht und Eides gebürlich Rechenschaft anbieten und thun, um seine Verwaltung Rede und Antwort geben u. S. J. M. Martini Vormundschaftslehre. S. 35. ff.

34) S. Just. Claproth's Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. S. 152.

von dem Interesse des Minderjährigen die Rede, als dessen Vertreter der Vormund, und als dessen Schutzherr das Gericht, vor welchem er Rechnung ablegt, als oberaufsichtende Behörde handelt, welche von dem Minderjährigen Schaden abzuwenden, und dessen Vortheil zu befördern sucht. Wenn hingegen der Vormund seine Verpflichtung als Vormund bestreitet, und wenn es insonderheit darauf ankommt, nach beendigtem Vormundschaftsverhältniß, sey es auf Seiten des Vormundes, oder des Pflegebefohlenen, jene oder seine Erben zur Herausgabe des vormundschaftlichen Vermögens, wozu sie sich nicht verbunden achten, zu nöthigen; so ist dann das einzig competente Gericht, vor welchem die Klage angestellt werden muß, das *forum gestae administrationis*, also da, wo die Verwaltung geführt worden ist, wenn auch der Vormund seinen Wohnsitz nicht an demselben Orte hat. Denn nun handelt sich's um streitige Rechte, und eine Entscheidung über solche. Der Vormund steht nunmehr als Gegner dem Pflegebefohlenen gegenüber. Das Gericht kann nun nicht mehr bloß leitend in das Interesse des Minderjährigen einwirken. Es bedarf nun eines richterlichen Erkenntnisses unter zwey streitenden Partheyen, welche gleichen Anspruch auf eine nach reinen Rechtsgrundsätzen zu ertheilende Entscheidung haben. Solchemnach verwandelt sich also der sonst mehr administrative Character ganz in den streng processualischen, wobey nichts von dem, was die Regeln des Processes erfordern, auffer Acht gelassen werden darf<sup>35)</sup>. Dieß ist

<sup>35)</sup> Diesen Unterschied hat sehr gründlich ausgeführt B. W. Pfeiffer in den pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 1. B. (Hannover 1825. 4.) Nr. XIX. unter der Aufschrift: die gewöhnliche Rechnungsablage des Vormundes in unstreitigen

nun auch in den Gesetzen klar ausgesprochen. Es gehören vorzüglich hierher.

*L. 54. §. 1. D. de procurator. PAULUS libro L. ad Edictum.* - Tutores, qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent.

*L. 1. Cod. Ubi de ratiociniis. (III. 21.) Imp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Gerontio.* Eum, qui aliena negotia sive ex tutela sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere.

*L. 19. §. 1. D. de iudiciis. ULPIANUS libro LX. ad Edictum.* Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debet defendere, et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur.

Die Obrigkeit darf nun zwar von der gesetzlichen Vorschrift nicht abweichen, sie darf also auch dem Vormunde die Rechnungsablegung nicht erlassen. Sollte in dessen der Mündel kein eigenes Vermögen besitzen, so ist

Fällen gehört zwar vor den Gerichtsstand des Pflégbefohlenen; wenn es jedoch hierüber zum processualischen Verfahren kommt, ist nur der Gerichtsstand der geführten Verwaltung für competent zu halten. Man vergleiche noch Adolph Diet. Weber's Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. 2. St. Nr. XI. S. 55 — 58. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 538 (der 7. verb. Ausgabe). HOPFLAND Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. S. 1629. und den 6. B. dieses Commentars §. 521. S. 357.

der Vormund natürlich solange davon befreit, bis der Pflēgbefohlene zu Vermögen gelangt <sup>36)</sup>. Sie kann auch wohl, wenn das Vermögen unbedeutend ist, mehrere Jahrgänge in der Rechnung zusammen zu fassen gestatten, wenn nur die Rechnung des ersten Jahres gehörig gelegt und justificirt ist <sup>37)</sup>, wovon uns selbst Landesgesetze Beispiele geben <sup>38)</sup>.

### §. 1364.

Einrichtung der Vormundschaftsrechnung, und Justification derselben.  
Gerichtliches Verfahren dabey.

Die Vormundschaftsrechnung muß nun dem Richter, welcher den Vormund bestellt hat, übergeben werden. Die Grundlage der ersten muß ein beglaubtes Güterverzeichnis seyn, und dieses auch der Rechnung beygefügt werden. Die Rechnung selbst zerfällt in zwey Hauptabschnitte, in Einnahme und Ausgabe. Die Einnahmen sowohl als die Ausgaben müssen alle speciell angegeben seyn, und die einzelnen Posten derselben nach ihren verschiedenen Arten unter bestimmte Titel, Rubriken gebracht werden. Eine bloß allgemeine Angabe in folle, oder, wie man zu sagen pflegt, in Bausch und Bogen, wird nicht gestattet. Da die Zuverlässigkeit das wesentlichste Erforderniß der Rechnung ist, so müssen auch die einzelnen Posten gehörig er-

36) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. XXXVII. §. 3. S. 289.

37) S. Puchta angef. Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtsfachen. 2. Th. §. 320. und Mittermaier's Grdsf. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 376.

38) J. B. das allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 651. Mehrere Beispiele führt Mittermaier a. a. D. an.



wiesen, und mit den nöthigen Belegen versehen seyn. Diese Bescheinigung wird auch dann erfordert, wenn gleich der Vater des Pupillen in seinem Testamente ausdrücklich befohlen hätte, daß man bey den Ausgaben dem bloßen Ansätzen des Vormundes glauben solle, weil dieses zu Betrügereyen verleiten könnte<sup>39)</sup>. Geringfügige Posten, worüber keine Belege beygebracht werden können, weil Bescheinigungen darüber nicht gewöhnlich sind, werden der eidlichen Bestärkung des Rechnungsführers überlassen<sup>40)</sup>. Ueberhaupt darf man es mit diesen Belegen nicht allzu genau nehmen, sondern man muß in billige Erwägung ziehen, daß sie nicht immer in der Gestalt vollständiger gerichtlicher Beweise zu haben sind<sup>41)</sup>. Die Belege pflegen in fortlaufenden Ziffern oder Buchstaben bezeichnet, und bemerkt zu werden<sup>42)</sup>.

Die übergebene Rechnung muß nun nicht nur im Calcul, und in ihrer äußern Form revidirt, und mit den Belegen verglichen, sondern auch vorzüglich nach ihrem materiellen Inhalt genau geprüft werden, welches Geschäft das vormundtschaftliche Gericht gewöhnlich einem Rech-

39) S. Vort Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

40) S. MONTANUS Cap. XXXII. Reg. VIII. nr. 5. et 6. BRÜCKNER Diss. cit. de rationib. administrator. Cap. IV. Th. 5. und Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts 1. B. h. t. §. 2. S. 145.

41) S. Puchta angef. Handbuch. 2. Th. §. 320. S. 440.

42) Formulare vormundtschaftlicher Rechnungen haben Claprotz Rechtswissensch. von freywill. Gerichtshandlungen §. 152. S. 298. ff. (der 3. Aufl. Göttingen 1789.) und vorzüglich Puchta im angef. Handbuche. 2. Th. S. 586—600.

nungsverständigen zu übertragen pflegt<sup>43)</sup>. Von diesem werden schriftliche Erinnerungen gegen die Rechnung gemacht, die man *Monita* oder *Notata* nennt, und solche dem Vormunde zur Beantwortung oder Erläuterung zugefertigt. Der Pflegbefohlene wird zwar bey Revision der Rechnung nicht zugezogen. Wäre er indessen erwachsen, und hätte gegründete Erinnerungen anzubringen; so müssen auch diese vom Richter aufgenommen werden<sup>44)</sup>. Die Erinnerungen werden von dem Vormunde schriftlich beantwortet, und nach vorkommenden Umständen kann es hier zur Replik und Duplik kommen. Hat der Vormund die Erinnerungen allenthalben befriedigend beantwortet und erläutert, auch den etwa noch fehlenden Belegen abgeholfen; so wird der Vormund in einer Resolution von der obervormundschaftlichen Behörde *dechargirt* oder *quittirt*<sup>45)</sup>. Sollten aber Anstände geblieben seyn, die eine weitere rechtliche Ausführung erfordern, so werden diese streitigen Punkte zum förmlichen Proceß ausgesetzt. Dem Mündel muß in diesem Falle ein *Curator ad litem* beygeordnet werden, welcher mit dem Vormunde die Sache rechtlich ausführen muß<sup>46)</sup>. Uebrigens geschieht die Ablegung der Rechnung von dem Vormunde auf Kosten des Pupillen<sup>47)</sup>,

43) S. Joh. Christ. Rebmann von dem gerichtl. und außergerichtl. Verfahren in Rechnungs-Angelegenheiten. (Erlangen 1789.) §. 33. ff. und Westphal a. a. D. §. 3.

44) Claproth a. a. D. §. 153. S. 304.

45) S. Rebmann's angeführte Schrift §. 75. ff. besonders §. 78 S. 163. f.

46) S. Claproth a. a. D. §. 153. S. 307. und Puchta S. 441.

47) S. Westphals angef. Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 4. S. 143. und BRÜCKNER cit. Dissertat. Cap. VII. Th. 8.

befonders wenn er sich dabei der Hilfe eines Rechnungsverständigen bedient hat<sup>48)</sup>).

§. 1365.

Können justificirte Rechnungen angefochten werden?

Ist nun auf solche Art die Vormundschaftsrechnung abgelegt, justificirt, und quittirt worden, so kann sie der Regel nach in keine weitere Untersuchung gezogen werden, und die darüber dem Vormunde ertheilte schriftliche Quittung schützt denselben gegen allen weitem Anspruch<sup>49)</sup>. Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn sich in der Folge ein bisher unbekannter Rechnungsfehler gefunden hat, und dieser klar bewiesen werden kann. Ein solcher Rechnungsfehler kann von zweyerley Art seyn. Er kann entweder durch falsches Zusammenrechnen, (*error computationis*) oder durch ein Versehen entstanden seyn, wodurch entweder Einnahmeposten vergessen, oder Posten in Ausgabe verrechnet worden sind, welche nicht waren ausgegeben worden, (*error quantitatis*). Einen Rechnungsfehler der ersten Art, welcher im eigentlichen Sinne *error calculi* genennet wird, erlauben die Geseze noch in dreyßig Jahren in Anregung zu bringen, und dessen Verbesserung zu fordern. Es muß nur nicht über den Rechnungsverstoß gestritten, und darüber rechtskräftig erkannt, oder von dem Minderjährigen nach erreichter Großjährigkeit ein Ver-

48) S. Puchta a a. D. S. 440.

49) Arg. L. 2. C. de apochis public. S. Munoz ab ESCOBAR de rationib. administrator. Cap. XLI. pr. Franc. de AMAYA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. ad L. 2. cit pag. 265. und BRÜCKNER Diss. cit. de rationibus administrator. Cap. VI. Th. 1.

gleich darüber geschlossen worden seyn<sup>50)</sup>. Hierher gehören folgende Gesetze.

*L. un. C. de errore calculi.* (II. 5.) Impp. **DIOCLETIAN.** et **MAXIMIAN.** AA. et CC. Aureliano. *Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerit, veritati non adferre praeiudicium, saepe constitutum est: unde rationes etiam saepe computatas denuo retractari posse, si res iudicatae non sunt, vel transactio non intervenit, explorati iuris est.*

*L. 8. D. de administrat. rer. ad civitat. pertin.* (*L. 8.*) **MODESTINUS** libro VIII. *Regularum.* *Calculi erroris retractatio etiam post decenniis aut vicennii tempora admittetur. §. 1. Sed si gratiose<sup>51)</sup> expunctae dicentur, non retractabuntur.*

50) **G. BRÜCKNERI** Diss. cit. Cap. VII. Th. 7. *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. DCLXXVII. medit. 4. *Achat. Lud. Car. SCHMID* Epist. de impugnandis administratorum rationibus, postquam approbatae sunt, ad frat. *Paul. Guil. SCHMID.* Jenae 1755. 4. §. 8. *Frid. Es. a PUFENDORF* Observation. iuris univ. Tom. III. Observat. XCIX. §. 8. pag. 264. und **Gönners** Handbuch des deutschen gemeinen Processes. Band IV. Abb. LXXV. §. 17.

51) **Jac. CUIACIUS** in Commentar. ad tres postrem. libros Cod. ad L. 2. de iure fisci. X. 1. will statt *gratiose* lieber *rationes* lesen, weil man sonst nicht wisse, worauf daß *expunctae* gehen soll. Er unterscheidet nun zwischen *expunctae* und *dispunctae rationes*. Ihm stimmt auch **Jos. FINESTRES et de MONSALVO** in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iur. Commentar. ad §. 1. L. 13. D. de divers. temporal. praescript. §. 1. pag. 954. bey, und erklärt §. 8. pag. 957. was *expungere* und *dispungere*

*L. 1. §. 1. D. Quae sententiae sine appellat. rescindant.* MACER libro II. de Appellation. Item *si calculi error in sententia esse dicatur, appellare*

*rationes* heißt. *Expungere* heiße eine Rechnung tilgen, austhun, kassiren, welches bey den Römern nicht durch ein Durchstreichen, sondern durch Punkte geschah, die man unter jedes einzelne Wort machte. *Dispungere* aber heiße, wie Ulpian *L. 56. pr. D. de Verb. Signif.* sagt, so viel, als *conferre accepta et data*, also Einnahme und Ausgabe zusammentrechnen, und gegen einander vergleichen. Nur *rationes dispunctae* könnten auch nach *post longum tempus retractirt* werden, nicht aber *expunctae*. Die Emendation des Cujaz billiget auch Jo. Jac. WISSENBACK in *Comm. in libros VII. prior. Cod. ad Tit. 5. Librill. de errore calc. pag. 88.* Allein Hub. GIPHANIUS *Explanat. difficilior. LL. Cod. ad eund. Tit. pag. 75.* verwirft diese Emendation, und will, wenn ja etwas geändert werden soll, lieber das Wort *rationes* hinzusetzen oder hinzudenken, nämlich *rationes gratiose expunctae*. Diese Emendation verdient auch wohl unstreitig der Cujazischen vorgezogen zu werden. Denn daß hier das Wort *computationes* oder *rationes* ergänzt werden muß, lehrt ja schon das Vorhergehende *calculi erroris retractatio*; denn *error calculi* wird *L. 1. §. 1. D. Quae sentent. sine appellat.* auch *error computationis* genennt. Es fragt sich nur, was das Wort *gratiose* hier für eine Bedeutung habe? BRISSONIUS *de Verb. Significat. h. v.* erklärt diesen Ausdruck *per gratiam*, mit Beziehung auf unsere Gesetzstelle. Diesem gemäß, sagt POTHIER *Pandect. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 8. Nr. XVI. Not. p. pag. 621.*, sey der Sinn der *L. 8: Si non calculi error, sed gratia arguatur; post supra dictum tempus non retractantur.* Er bemerkt zugleich mit Cujaz, *quod gratiose fit in perniciosum Reipublicae, nunquam ullius momenti esse potest.* Wie sich nun aber dieß mit *non retractantur* vertrage, ist schwer zu errathen. Nach Jo. CALVINI Erklärung

*necesse non est: — nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur.*

Wegen der andern Rechnungsfehler soll zwar wider den Rechnungsführer binnen zwanzig, wider die Erben hingegen nur binnen zehn Jahren eine anderweite Rechnungsuntersuchung verlangt werden können. Von diesen erklärt Joseph Finestres<sup>52)</sup> die Stelle aus Hermogenian's libro VI. iuris Epitomarum, welche L. 13. §. 1. D. de divers. temporal. praescript. (XLIV. 3.) also lautet:

*Reipublicae rationes subscriptae et expunctae adversus eum quidem, qui administravit, ultra viginti, adversus heredem vero ultra decem annos retractari non possunt.*

Es ist zwar hier bloß von Rechnungen städtischer Verwaltungsbeamter die Rede, es ist indessen kein Grund vorhanden, warum dieses Gesetz nicht auch auf Vormünder angewendet werden könnte. Da jedoch ein Minderjähriger erst nach erlangter Großjährigkeit in den Stand

in Lexic. iurid. voc. *Gratiose* sind rationes *gratiose expunctae* solche, quae *bona utriusque partis gratia, et sine ulla contentione expunctae* sunt. Nach dieser Erklärung heißt also *gratiose*, wenn die Rechnung mit Uebereinkunft beider Theile durch Vergleich oder gültige Entfagung abgethan worden ist. Hier dürfen nachher keine weitere Erinnerungen dagegen gemacht werden. So erklären diese Stelle *Franc. de AMAYA* in Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. Lib. X. Tit. 1. ad L. 2. de iure fisci. nr. 65. pag. 27. und Just. Claproth von freiwilligen Gerichtshandlungen. §. 153. S. 308.

52) Hermogenian. c. 1. §. 5. pag. 955.

gesetzt wird, seine Rechte aus der gefährdeten Vormundschaft geltend zu machen; so kann wohl der hier gesetzlich bestimmte Zeitraum, nach dessen Ablauf justificirte Rechnungen nicht weiter angefochten werden sollen, erst von da an gerechnet werden. Ueberhaupt müssen Minderjährige auch hier nach den besondern ihnen zustehenden Rechtswohlthaten, besonders der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche sie auch gegen gerichtliche Handlungen suchen können<sup>53)</sup>, beurtheilt werden<sup>54)</sup>.

§. 1365. a.

Actio rationibus distrahendis.

Ein Hauptgrund, die von den Vormund abgelegte Rechnung anzufechten, und eine neue Prüfung und Untersuchung derselben zu verlangen, ist 2), wenn der Vormund arglistig falsche Rechnung abgelegt, und entweder Einnahmesposten unterschlagen, oder Posten in der Ausgabe falschlich verrechnet hat. Denn gerade darin besteht ja der wesentliche Zweck der vormundtschaftlichen Rechnung, daß der Vormund dadurch beweisen soll, constare fide omnibus, quae ab eo gesta sunt, wie Pomponius<sup>55)</sup> sagt, ut neque subtraxerit quid ex his,

53) L. 2. C. Si tutor vel curator interven. (II. 25.)

54) S. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 98. Göhner's Handbuch des deutsch. gemein. Processus. 4. Band. Nr. LXXV. §. 17. S. 157. und Wilh. Aug. Fried. Danz Ordf. der summarischen Prozesse, vermehrt, und zum Theil umgearbeitet von Göhner (Stuttg. 1806.) 5. Hptst. §. 45. S. 54. Man vergl. auch noch Rebmann von gerichtl. und außgerichtl. Verfahren in Rechnungs- Angelegenheiten. §. 81 — 90. S. 172 — 187.

55) L. 111. D. de condit. et demonstrat.

quae acceperit, neque expensum rationibus praescripserit, quae non dederit.

Schon die XII Tafeln gaben wegen Diebstahls des Tutors dem Pupillen eine Klage auf das Doppelte, und gegen mehrere Tutoren in solidum. So lehrt Tryphoninus *libro XIV. Disputationum*<sup>56)</sup>, wo er sagt:

*Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur, et quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur? Nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est: sed tutores, propter admissam administrationem, non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere. Nemo denique dicet, unum tutorem et duplum hac actione praestare, et quasi specie conditionis, aut ipsam rem, aut eius aestimationem.*

Viele<sup>57)</sup> halten diese actio in duplum für die *actio rationibus distrahendis*, und leiten ihren Ursprung aus

56) L. 55. §. 1. *D. de administr. et peric. tutor. et curator.*

57) *Jac. Cujacius ad Lib. II. Tit. 30. Sententiar. Pauli.* (in *Schulting Jurispr. vet. Antejust.* pag. 325.) und in *Paratitl. ad Dig. h. t. Ant. Faber Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 73. pag. 899. Ger. Nooß Comment. ad Dig. h. t. §. Altera rubricae pars. Tom II. Oper. pag. 575. Jo. Ortow. Westenberg Princip. iuris secund. ord. Dig. h. t. §. 23—25. und Jo. Gottl. Heineccius Antiquit. Rom. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. 26. §. V. m. m. a.*



den XII. Tafeln her. Contius restituirte daher das Gesetz auf folgende Art<sup>58)</sup>:

*Si tutor rationes pupilli distraxerit, duplionem solvito.*

Allein schon Cornel. van Bynkershöt<sup>59)</sup> erinnerte dagegen sehr richtig, daß die actio rationibus distrahendis von derjenigen actio dupli, welche Tryphosin aus dem Gesetz der XII. Tafeln herleitet, ganz verschieden sey, weil jene Klage auch sine furto Statt finde. Denn wegen des Diebstahls hatte eine vortheilhaftere Klage Statt, die actio furti, welche eine reine Pönalklage ist. Nun kann zwar auch in diesem Falle, nämlich wenn der Vormund den Mündel wirklich bestohlen hat, die actio R. D. angestellt werden; tutor enim, qui interceptit pecuniam pupillarem, sagt Ulpian<sup>60)</sup>, — *et tutelae et furti obligatur*; aber mit der actio furti kann er, wie Paulus *libro VIII. ad Sabinum*<sup>61)</sup> lehrt, doch nur eigentlich dann belangt werden, *si furandi animo in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit*; dahingegen die actio R. D. auch da zusteht, *ubi furandi animus non adest*, ob sie gleich immer einen *dolus tutoris curatorisve, quo minorem fraudare voluerunt*, wie derselbe Paulus<sup>62)</sup> sagt, voraus-

58) G. Heinr. Ed Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Tab. VIII. Kap. 15. Fr. 20. S. 602. f.

59) *Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 8. pag. 114.* (edit. Heinecc.)

60) *L. 1. §. 22. D. h. t.*

61) *L. 2. pr. et §. 1. D. h. t.*

62) *Sentent. Receptar. Lib. II. Tit. 30.*

setzt. Es scheint also die nachher so benannte *actio rationibus distrahendis* durch Erweiterung der in den XII Tafeln wegen Diebstahls des Tutors dem Pupillen auf's Doppelte gegebenen Klage, und also durch Interpretation entstanden zu seyn<sup>63)</sup>, welche dann der Prätor, so wie die Klagen aus der Vormundschaft, welche auch ihrem Ursprunge nach Civilklagen sind, und zu denen ebenfalls unsere Klage gehört, in sein Edict, als die gemeine Proceßordnung, aufgenommen hat<sup>64)</sup>. Da jedoch selbst in den Gesetzen häufig dasjenige den XII Tafeln zugeschrieben wird, was bloß durch Interpretation derselben von den römischen Rechtsgelehrten ist eingeführt worden<sup>65)</sup>; so läßt sich die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten allerdings rechtfertigen, welche die *actio rationibus distrahendis* den XII Tafeln zuschreiben. Dem Cicero mag sie wohl schon bekannt gewesen seyn, wenn er von Veruntreuungen der Vormünder, als häufig vorkommenden Fällen, spricht<sup>66)</sup>.

Wegen falscher Rechnungslegung und Unterschlagungen des Vormundes findet also die *actio rationibus distrahendis* Statt. Dieß ist der eigentliche Name dieser Klage, wie aus *L. 1. §. 19. D. h. t.* und *L. 2. D. de contrari. tutelae et utili act.* erhellet, gerade so wie die *actio communi dividundo* und *familiae erciscundae*; vielleicht ist *comparata* zu subintelligiren, oder der Name

63) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abtheil. §. 248. S. 936.

64) S. WERTENBERG c. I. §. 25.

65) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 56. der zweyten Ausgabe. S. 171. f.

66) *De natura Deor. Lib. III. cap. 30.* Inde tot indicia de fide mala tutelae.

rührt her von den Anfangsworten des Edicts <sup>67)</sup>. Auch in den Basiliken <sup>68)</sup>, wird sie schlechthin *ἡ πατριωνίου διορραέντις* genannt. Zwar kommt auch der Name *de rationibus distrahendis* vor. *J. B. L. 1. §. 21. und L. 2. D. h. t.* Allein schon Bynkershök hat bemerkt, daß das *de* in mehreren Handschriften und alten Ausgaben <sup>69)</sup> fehle.

Wenn Paulus in *Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 30.* sagt:

67) Das Edict selbst findet sich zwar nicht, allein daß ein solches vorhanden gewesen sey, ist wahrscheinlich, weil der Prätor die Klagen aus der Vormundschaft in sein Edict aufgenommen hat. Der Inhalt desselben über die *actio R. D.* ist uns jedoch unbekannt. *Corn. van BYNKERSHOEK c. 1. Princ. pag. 113.* meint, das Edict könnte vielleicht folgendermassen gelautet haben: *Rationibus distrahendis pupilli si quis tutor dolo malo occasionem praebuerit, duplo luat.* Allein Bynkershök hat hier das Wort *rationes* in einer Bedeutung genommen, welche noch vielen Zweifeln unterworfen ist, wie sich nachher finden wird. *de WETHE libri tres Edicti. pag. 228.* hat es daher so zu restituiren gesucht: *Tutor si quid ex bonis pupilli abstulisse dicetur, in duplum iudicium dabo.* Eine stärkere Vermuthung über die Fassung des Edicts giebt uns Paulus *Sentent. Receptar. Lib. II. Tit. 30. und L. 2. §. 1. in fin. D. h. t.* Nach Maßgebung dieser Stellen könnte vielleicht das Edict folgendermassen gelautet haben: *Rationibus distrahendis ex eo, quod dolo tutoris curatorive pupillo abest, in duplum eius pecuniae, qua minorem fraudare voluerunt, iudicium dabo.*

68) *Tom. V. Libr. XXXVIII. Tit. 3. Const. 1. §. 10. et 13. pag. 64. und Schol. z. pag. 76. auch Tit. 4. Const. 2. pag. 90.*

69) *J. B.* in den Ausgaben von Halsander und Merlinus.

Dolo tutoris curatorisve detecto, in duplum eius pecuniae condemnatione conveniuntur, qua minorem fraudare voluerant;

so sind alle Ausleger darin einverstanden, daß damit die actio rationibus distrahendis bezeichnet werde <sup>70)</sup>. Noch deutlicher aber hat sich Paulus *libro VIII. ad Sabinum* <sup>71)</sup> erklärt, wenn er daselbst sagt:

Actione (de) rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.

Es werden also bey dieser Klage solche Vormünder vorausgesetzt, welche das Vermögen des Pupillen wirklich verwaltet haben, nicht nur gesetzliche, gegen welche die Klage Anfangs nur Statt gefunden haben soll, wie Anton Faber <sup>72)</sup> und Janus a Costa <sup>73)</sup> meinen; sondern auch testamentarische und Dativ-Vormünder, auf welche sie nachher angewendet worden, so daß sie gegen

70) Daher hält auch Eujaz die Rubrik des Tit. 30. *ad Oratorem Divi Severi* für fehlerhaft. Er will dafür *De rationibus distrahendis* lesen. Allein Ant. Augustinus in Modestinum de Excusat. ad L. 6. §. 18. und van Bynkershoek c. l. pag. 115. wollen nichts ändern, weil die *Oratio D. Severi*, wovon Ulpian in der L. 1. §. 2. *D. de reb. eorum, qui sub tut.* obnehin nur einen Theil aufbehalten hat, wahrscheinlich noch mehr von der Verwaltung der Vormünder verordnet habe, und also auch von dieser Klage gehandelt haben könne. Sie handelte ja auch, wie oben vorgekommen ist, von der *potiorum nominatio*.

71) L. 2. -pr. D. h. t.

72) Jurispr. Papin. pag. 899.

73) Commentar. ad §. 2. I. de suspectis tutor.

alle geschnmäßig bestellte Vormünder angestellt werden kann, welche die Tutel wirklich verwalten haben, wie Ulpian lehrt *L. 1. §. 19. D. h. t.*

Rationibus distrahendis actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui iure tutores sunt, et gerunt tutelam.

§. 1365. h.

Gegenstand, Grund und Concurrenz der actio R. D. mit andern Klagen. Erläuterung der *L. 1. §. 21. et 22. et L. 2.*

§. 1. *D. h. t.*

Die Klage geht nun auf doppelten Ersatz dessen, was der Vormund treulos unterschlagen hat, nicht auch des übrigen Interesse. Das Doppelte enthält aber theils den Werth des Unterschlagenen, theils Strafe. Die Klage ist also keine reine, sondern eine gemischte Pönalklage, aber keine actio arbitraria, welche erst durch Widerspännstigkeit auf das Doppelte erwachse, wie Eujacius<sup>74)</sup> ohne allen Grund behauptet<sup>75)</sup>. Das Gegentheil erhellet aus folgenden Gesetzen.

*L. 1. §. 20. D. h. t.* Considerandum est, in

74) Comment. ad Libr. XXXIX. Pauli ad Edictum ad *L. 48. D. ad Leg. Aquil.* (*Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 616.*) und *Observation. Lib. VIII. cap. 24.*

75) *Jos. FINESTRES et de MONSALVO in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Comment. ad L. 32. D. de obligat. et act. §. 47. pag. 621.* *Franc. ALEX. Diss. de electivo, quem vocant, actionum concursu. Heidelberg. 1757. §. 25.* besonders *Jac. VOORDA Elector. libr. Cap. XVI. pag. 151. sq.* haben diese Meinung des Eujac mit Recht verworfen.

hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit? Et magis esse arbitror, in hac actione *quod interest* non venire.

*L. 2. §. 2. D. eodem.* Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.

Als Pönalklage unterscheidet sie sich von der nur auf das Einfache zu richtenden tutelae actio; sie kann deswegen auch nicht, wie diese, gegen die Erben angestellt werden, ob sie gleich den Erben des Mündels oder Pflegers befohlen zusteht.

*L. 1. §. 23. D. h. t.* Hanc actionem sciendum est perpetuam esse, et heredi similibusque personis dari ex eo, quod vivo pupillo captum est. Sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.

Da die Klage wegen der Unterschlagungen des Vormundes angestellt wird, und immer einen Dolus zum Grunde hat, so glauben einige <sup>76)</sup>, sie entspringe aus einem Delict. Allein diese Ansicht hat die ganz deutliche Stelle Ulpian's *L. 1. §. 21. h. t.* gegen sich, wo es heißt:

*In tutela ex una obligatione* duas esse actiones constat: et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest: sive contra, tutelae actio, quod ad speciem istam, perempta est.

Aus diesem Gesetz zieht Jacob Voorda <sup>77)</sup> die ganz richtige Schlussfolge, daß die actio rationibus distra-

76) S. WAZENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 24.

77) Elector. lib. sing. Cap. XVI. pag. 147. sq.

hendis entweder keine actio ex delicto sey, oder daß auch die tutelae actio eine actio ex delicto seyn müßte, weil beyde aus demselben Grunde entstehen. Letzteres wäre aber höchst ungereimt. Beyde entstehen also vielmehr ex ipsa tutelae administratione, oder, wie Ulpian *L. 1. §. 22. h. t.* sagt, ex tutelae obligatione<sup>78)</sup>. Zwar lehrt Paulus *L. 2. D. h. t.* mit der actio rationibus distrāhēndis concurrirre die actio furti, auch die condictio ex furtiva causa finde Statt, nämlich wenn der Vormund bey der Verwaltung der Tutel Sachen des Mündels *furandi animo* entwendet hat. Allein daraus folgt nicht, daß die actio R. D. selbst ex delicto sey, quamvis tutor utraque actione obligetur. Den verschiedenen Grund beyder Klagen giebt Ulpian *L. 1. §. 22. h. t. an*, wo er sagt:

Hunc tamen tutorem, qui interceptit pecuniam pupillarem, et furti teneri, PAPIANUS ait: qui, et si furti teneatur, hac actione conventus, *furti actione non liberatur: nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae*, ut quis dicat<sup>79)</sup> plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes: *nam et tutelae et furti obligatur.*

78) Man vergleiche auch *Bav. Voorda Thes. Controv. Dec. XXV. §. 5.* *Rygerbos Observat. Jur. Rom. Cap. IV. sq.* und *SMALLENBURG ad Ant. SCHULTINGII Notas ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. pag. 477.*

79) Die Lesart: *ut quis non dicat*, bey Halsander ist offenbar unrichtig. *S. Ant. AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 2.* (in *Thes. I. R. Otton. T. IV. pag. 1455.*) *Siegm. Reich. JAUCHIUS Meditat. crit. de Negationib. Pand. Florent. Cap. V. §. 28. pag. 75.* und *Voorda Thes. controv. Dec. XXV. §. 10.*

Hieraus ist nun auch die Frage zu entscheiden, in wiefern die actio rationibus distrahendis mit der actio tutelae und den Klagen wegen Diebstahls concurriren, und in wiefern die eine durch die andere aufgehoben werde? Hier ist nun zwar

1) was die actio furti betrifft, deutlich genug entschieden, daß diese durch die actio rationibus distrahendis eben so wenig, als diese durch jene aufgehoben werde. Denn die actio furti ist eine reine Pönalklage, welche aus einem Delict entsteht, die actio R. D. aber eine actio mixta, welche aus der Verwaltung einer Vormundschaft entspringt. Es ist also hier ein verschiedener Klagegrund vorhanden. *Non eadem est obligatio FURTI ac TUTELAE*, sagt Ulpian. Man könnte zwar einwenden die mehreren Klagen wären doch durch einerley factum entstanden, nämlich durch diebische Veruntreuung des Vormundes. Dieß ist ein Einwurf, den sich Ulpian in den Worten macht: *ut quis dicat plures esse actionis eiusdem facti*. Er räumt ihn aber dadurch aus dem Wege, daß dennoch hier mehrere Forderungsgründe (obligationes) vorhanden wären: *tutor enim et TUTELAE et FURTI obligatur*. Ulpian und Paulus sind daher darin einverstanden, daß beyde Klagen, die actio rationibus distrahendis und die actio furti, ob sie gleich beyde Pönalklagen sind, doch dergestalt mit einander concurriren, *ut altera alteram non tollat*, mithin der Vormund, wenn er auch mit der actio R. D. belangt worden ist, dennoch von der actio furti nicht befreyt werde, wie Ulpian ausdrücklich sagt. Hierin sind auch alle neuere Rechtsgelehrten <sup>80)</sup> einverstanden, jedoch so,

80) S. Pet. FABER Comment. ad L. 130. D. de div. Regg. iuris pag. 293. Jac. CUSACIUS Praelection. in Tit.



daß wenn zuerst die actio rationibus distrahendis an-  
gestellt worden, die actio furti, die bloß auf die Strafe  
geht, zwar noch übrig ist, der Kläger sich jedoch das ab-  
ziehen lassen muß, was er bereits an Strafe durch die  
actio R. D. erhalten hat, und so umgekehrt, wenn er  
zuerst mit der actio furti geklagt hat, er nachher mit der  
actio R. D. nur noch, mit Abrechnung dessen, was er  
durch die erstere an Strafe schon erhalten hat, auf Er-  
satz des Unterschlagenen, also reipercutorisch klagen  
kann<sup>81)</sup>. Größere Schwierigkeiten hat

2) die Auflösung der Frage, in wiefern die actio ratio-  
nibus distrahendis mit der actio tutelae directa, oder  
mit der condictio furtiva concurrere? Ulpian sagt zwar  
bestimmt genug: *sive tutelae fuerit actum, de ratio-  
nibus distrahendis agi non potest, sive contra,  
tutelae actio, quod ad speciem istam, perempta  
est.* Eben dieses sagt auch Paulus von der con-  
dictio furtiva: *Sed et condictio ex furtiva causa  
competit, per quam si consecutus fuerit pu-  
pillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudi-  
cium:* (sc. actio rationibus distrahendis, welche hier

Dig. de div. Regg. iuris ad eandem L. 130. *Reinh.*  
BACHOVIVS Nott. et Animadverss. ad *Trentlerum* Vol. II.  
P. I. Disp. IX. Th. VI. Lit. A. pag. 496. *Ant.* FABER  
Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. VII. Illat. 75. pag. 899.  
*Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. nr. 3. und  
*Herm. a VIANEN* Diss. de concursu actionum. Cap. III.  
§. 5. (in *Ger. OBLICHS Thes. novo Dissertat. iurid.*  
*Belgicar.* Vol. I. Tom. I. auctor recus. pag. 304.)

81) Arg. L. 1. D. *Arbor. furtim caesar.* (XLVII. 7.)  
S. ПОЗНИВЪ Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXIII.  
not. f. pag. 150.

auch für den Fall als begründet angenommen wird, si tutor in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit,) *quia nihil absit pupillo*. Dennoch hat man diese Aeußerungen des Ulpianus und Paulus weder mit den allgemeinen Grundsätzen von der Concurrenz einer actio rei persecutoria mit einer actio poenalis mixta zu vereinigen gewußt<sup>82)</sup>, noch sich erklären können, wie das Einfordern des bloßen Schadensersatzes von der Klage auf die Strafe ausschließen könne, da Paulus selbst sage, bey der actio R. D. wenn sie gleich auf das Doppelte geht, sey doch nur die eine Hälfte reipersecutorisch, die andere aber eine reine Strafe. Man hat dieser Schwierigkeit auf mancherley Art abzuhelfen gesucht. Einige<sup>83)</sup> sagen, die actio R. D. werde durch die actio tutelae oder condictio furtiva nur in so fern aufgehoben, als sie reipersecutorisch ist, insofern concurrirre sie mit diesen Klagen electivisch; insofern sie aber eine Pönalklage ist, auch cumulativisch, so daß wenn auch schon mit der actio tutelae auf Schadensersatz geklagt worden, doch noch mit der

82) Man vergleiche L. 7. §. 1. D. de condict. furt. L. 7. §. 1. D. Commodati. L. 34. §. 2. D. de obligat. et action. L. 41. §. 1. D. eodem. S. Herm. a VIANEN Diss. cit. Cap. III. §. 1.

83) S. Franc. HOTOMANUS Quaestion. illustr. libr. Quaest. 28. pag. 314. (Genevae 1573. 8.) Pet. FABER Comm. ad L. 150. D. de div. Reg. iur. pag. 292. sqq. Henr. HAHN Observata th. pract. ad Wesenbecii Dig. P. II. h. t. Nr. VI. pag. 240. Jo. VORT Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 19. Corn. van ECK Princip. iuris civ. sec. ord. Dig. P. II. h. t. §. 7. Jo. Ortw. WEBSTER Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 30. Jul. Frid. MALBLANC Princip. iur. Rom. secund. ord. Dig. P. II. Sect. ult. h. t. §. 677. u. m. a.

actio R. D. die Strafe gefordert werden könne. Allein diese Erklärung läßt den gewiß nicht unethischen Zweifel übrig, daß es doch etwas sonderbar wäre, wenn in dem Titel, wo ex professo von der actio rationibus distrahendis gehandelt wird, zweymal jene so wichtige Einschränkung sollte vergessen worden seyn. Andere<sup>84)</sup> nehmen daher zur Critik ihre Zuflucht, und wollen statt *QUIA nihil absit pupillo*, *quamdiu* oder *quatenus* lesen. Daß *quamdiu* soll nämlich per siglum QUI geschrieben gewesen seyn, wie Petrus Diaconus in *notis Veterum* bemerkt habe. Dieß hätten die Abschreiber für *quia* gelesen. *Quamdiu* aber heiße hier soviel als *quatenus*, in welcher Bedeutung auch Callistratus<sup>85)</sup> und Ulpian<sup>86)</sup> dieses Wort gebraucht hätten. Der Sinn sey nun ganz klar, nämlich durch die *Condictio furtiva* werde die *actio rationibus distrahendis* nur in so weit aufgehoben, als der Pupill durch jene Klage das ihm von dem Vormund Entwandte wieder erhalten hat. Man könne aber das *quia* füglich auch in *quatenus* verwandeln. Allein auch davon abgesehen, daß diese Emendation durch gar keine Auctorität unterstützt ist; so ist sie offenbar unnütz. Denn hat der Pupill durch die *condictio furtiva* das ihm Entwandte wieder erhalten, wozu dient ihm noch die *actio R. D.*? Er hat ja die weit vortheilhaftere *actio furti*, wenn es ihm nur noch um die Verfolgung der Strafe zu thun ist, wie auch schon Pothier<sup>87)</sup> bemerkt hat. Ueber-

84) S. Pet. DIVERSUM Conjectural. iuris civ. Lib. II. Cap. 3. pag. 199. sq.

85) L. 28. §. 6. D. de poenis.

86) L. 20. §. 2. D. Famil. Erisc.

87) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. LXIII. Not. g. pag. 150.

dem streitet diese Emendation auch offenbar gegen den klaren Sinn der Worte. Wie konnte Paulus sagen: *per conditionem furtivam si consecutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo?* Kann man mit einer Klage, welche einmal aufgehoben ist, noch das alterum tantum als Strafe verfolgen? Der sicherste Weg, den auch die meisten Ausleger <sup>88)</sup> eingeschlagen haben, ist also der, daß man bey den Worten geradezu stehen bleibt, und 1) mit Ulpian sagt, durch die *actio tutelae directa* wird die *actio de rationibus distrahendis*, so wie diese durch jene, aufgehoben, weil beyde Klagen *ex una obligatione* entspringen. Nun sagt ja auch Modestinus *Libro III. Regularum* <sup>89)</sup>: *Si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.* 2) Mit Paulus aber den Satz annimmt, daß durch die *condictio furtiva*, wenn durch dieselbe der Pupill des ihm vom Vormund Entwandte wieder erhalten hat, die *actio R. D.* verloren gehe, d. h. es kann nun wegen der bloßen falschen Rechnung keine weitere Klage gestattet werden, *quia iam nihil absit pupillo.* In

88) *S. Ant.* FABER *Jurispr. Pap. cit. loc. pag. 899. Ulp. HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 5. Guil. MARANUS Paratitl. ad h. t. Pand. Jac. VOORDA Elector. libr. Cap. XVI. pag. 149. sqq. Herm. a VIANEN Diss. cit. Cap. II. §. 9. ROEMBOUS Fasc. Observat. iur. Rom. Cap. 4. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. a Smalenburg edit. Tom. IV. ad L. 2. §. 1. D. h. t. pag. 477. besonders Thibaut civilistische Abhandlungen. Nr. IX. S. 196 — 200. auch von Bening Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts 2. B. IV. Buch. §. 409. a. E.*

89) *L. 53. pr. D. de obligat. et act.*

den Basiliken <sup>90)</sup> heißt es auch: καὶ ἐὰν ἀποδοθῆ τὸ πρᾶγμα δι' αὐτοῦ ἀναίρεται ἡ ρατιονιβους διαστραένδης. i. e. *et restituta re, extinguitur actio rationibus distrahendis.* Dieser vom Paulus angegebene Grund bestärkt nun auch jene Vermuthung, über die Fassung des Edicts <sup>91)</sup>.

## §. 1365. c.

Verschiedene Erklärung des Namens actio rationibus distrahendis.  
Zeit der Anstellung. Dauer der Klage.

Der Name unserer Klage wird sehr verschieden erklärt. Die gewöhnliche Erklärung ist, daß man unter *rationes* Rechnung versteht, das Wort *distrahere* aber erklären einige <sup>92)</sup> durch *conturbare*, so daß die *actio rationibus distrahendis* eben so viel sey, als *actio de rationibus distractis et conturbatis*, die Klage wegen falscher Rechnung. Andere <sup>93)</sup> erklären *distrahere* durch *dispungere* oder *discutere*, die Rechnung untersuchen, so habe das Wort auch Cicero <sup>94)</sup> genommen, wenn er sagt: *Omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum maleficiorum causa*

90) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. 2. pag. 65.

91) S. die Note 67. S. 211.

92) S. Jac. CUSACIUS ad Pauli Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 30. (in Ant. SCHULTING *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 325. not. 1.) Matth. WESENBERG. *Comm. in Pand. h. t. n. 6.* und Ant. SCHULTING *Notae ad Dig. s. Pand.* a SMALLENBURG edit. Tom. IV. pag. 473.

93) Franc. DUARENUS *Comment. in h. t. (Oper. pag. 308.)* und J. L. E. PÜTTMANN *Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 13. pag. 102.*

94) *Orat. pro A. Cascinna. Cap. 2.*

*reperta sunt.* Auf solche Art lasse sich also der Name der Klage am leichtesten erklären, weil sie angestellet werde *ad distrahendas, hoc est, discutiendas rationes, redditas quidem, sed fraudulentè, omisso aut dissimulato eo, quod in gerenda tutela interceperat, vel ex bonis pupilli abstulerat tutor.* Noch andere<sup>95)</sup> erklären daß *distrahere* durch *rescindere*, die Rechnungen kassiren. Mehrere glauben jedoch daß Wort *rationes* bedeute hier nicht Rechnungen, sondern werde für Vermögen genommen, und zwar versteht Corn. van Bynkerckhoff<sup>96)</sup> darunter *patrimonium pupillare*. So habe dieses Wort auch Paulus genommen, wenn er L. 43. §. 1. *D. de admin. et peric. tut.* sagt: *rationem pupillarem sufficere etc.* In dieser Beziehung bezeichne denn *distrahere* *quamcunque interversionem et dissipationem patrimonii pupillaris, sive ea fiat turbatis rationibus, sive alio quocunque modo.* Heinrich Kellinghusen<sup>97)</sup> hingegen versteht unter *rationes* daß *patrimonium tutoris, itemque pupilli*, daß Wort *distrahere* aber erklärt er durch *omni ex parte divellere, penitusque segregare.* So wie nun durch die *actio tutelae* überhaupt die durch die Verwaltung der Tutel zwischen dem Vormund und Pupillen entstandene Gemeinschaft aufgehoben, und beyder Vermögen getrennt werde; so passe nun der Name *rationibus distrahendis* sehr gut auf eine Klage, wodurch von dem Tutor daß zu

95) So Voorda Thes. Controv. Dec. XXV. §. 4.

96) Observation. iur. Rom. Lib. VI. Cap. 8. pag. 113.

97) Diss. de Legibus nonnullis Romanor. Cap. I. §. 2. (in Ger. OELRICHS Thes. nov. Dissertation. iuridic. Belgicar. Vol. II. Tom. II. Nr. I. pag. 9. sqq.)

rückgefordert werde, was er von dem Vermögen des Pupillen unterschlagen und zurückbehalten hat, wodurch also nun erst das Vermögen des Mündels von dem Vermögen des Vormunds vollends separirt werde. Welche von diesen verschiedenen Meinungen den Vorzug verdiene, getraue ich mir zwar nicht zu entscheiden, indessen scheint mir doch die Erklärung derjenigen wahrscheinlicher, welche unter rationes die vormundschaftliche Rechnung verstehen, die vermittelst dieser Klage allerdings aufs neue untersucht, und geprüft werden soll, um dasjenige, was der Vormund betrüglich unterschlagen hat, vollkommen auszumitteln<sup>98)</sup>. Die Erklärung des Bynkershök hat schon Heinecius<sup>99)</sup> widerlegt.

Die actio R. D. hat nun das mit der actio tutelae gemein, daß sie eben so, wie diese, erst nach geendigter Vormundschaft Statt findet, und auch eine actio perpetua est<sup>100)</sup>, welche 30 Jahre dauert.

### §. 1365. d.

Heutiger Gebrauch dieser Klage.

Ob die Klage noch h. z. L. auf doppelten Ersatz des Unterschlagenen gerichtet, und ob sie auch noch jetzt erst nach geendigter Vormundschaft angestellt werden könne, ist streitig. Diejenigen, welche den heutigen Gebrauch der Röm. Pönalklagen überhaupt läugnen, müssen, um consequent zu bleiben, auch behaupten, daß die actio R. D. h. z. L.

98) So erklärt den Namen der Klage auch HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 686.

99) Ad BARRON. de Verb. Signif. voc. *Distrahere* pag. 345.

100) L. 1. §. 23. et 24. D. de tut. et ration. distrah.

nur auf das Einfache angestellt werden könne<sup>1)</sup>. Der Vormund könne jedoch mit einer arbiträren Strafe belegt, auch wegen seiner Treulosigkeit abgesetzt werden<sup>2)</sup>. Sie finde, da sie keine Pönalklage mehr sey, nun auch wider die Erben Statt<sup>3)</sup>. Allein diese läugnen hiermit zugleich allen heutigen Gebrauch der *actio rationibus distrahendis*. Denn auf das Einfache geht auch die *actio tutelae*, mit welcher ja die *actio R. D. concurrirt*<sup>4)</sup>. Diese unterscheidet sich von jener eben dadurch, daß sie auf das Doppelte geht. Ich habe mich an einem andern Orte<sup>5)</sup> gegen diese Meinung erklärt, und bin noch jetzt vom Gegentheile lebhaft überzeugt. Zwar will ich gern meinen oben geführten Beweis zurücknehmen, daß das Doppelte bey dieser Klage nur hauptsächlich die vollkommene Entschädigung des Mündels zum Zweck habe, um ihn dadurch des weitern Beweises seines habenden Interesse zu überheben.

1) Dieser Meinung sind HELLFELD, SCHAUMBURG *Compend. iuris Dig. h. t. §. 6.* MICH. GOD. WERNHER *Lectiss. Commentat. ad Pand. P. II. h. t. §. 17. pag. 152.* THIBAUT *Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 540. vergl. mit §. 66. u. a.*

2) G. STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 12.* GOTTL. GER. TITIVS *Juris priv. Rom. German. Lib. VI. Cap. 16. §. 28.*

3) G. THIBAUT §. 540.

4) TITIVS in *Observat. ratiocin. in Compend. iuris Lauterbach. Obs. 826. pag. 562.* sagt es unverhohlen: *Actio de rationibus distrahendis hodie incognita est, poena enim pecuniaria, laeso applicanda, non est in usu, ad damni vero restitutionem obtinendam sufficit actio tutelae.*

5) G. den 3. Th. dieses Commentars §. 274. u. 275. S. 610.



Ich folgte hier dem Böhmer <sup>6)</sup>, welcher auch behauptet, daß Duplum enthalte nicht sowohl eine Strafe, als das Interesse des Unterschlagenen. Allein diesem Grunde wurde mit Recht entgegen gesetzt, daß in der *L. 1. §. 23. D. h. t.* ausdrücklich gesagt werde, die *actio rationibus distrahendis* sey eine *actio poenalis*, und gehe deswegen nicht gegen die Erben, und daß auch die *L. 2. §. 2. D. eod.* ausdrücklich von einer *poena* spreche. Ein noch besserer Beweis liegt uns jedoch näher. In der Reichspolicey-Ordnung vom Jahre 1577. Tit. 32. §. 3. wird ja dem Vormunde zur Pflicht gemacht, gebühlich Rechenschaft anzubieten und abzulegen, über seine Verwaltung Red und Antwort zu geben, und überall so zu handeln, wie es einem getreuen Vormunde eignet und zu steht, alles bey Vermeidung der Straf gemeiner Rechte. Wie hat man einen so offen vor Augen liegenden Beweis so ganz übersehen können, der doch um so wichtiger ist, da es in der Policiey-Ordnung vom J. 1548. Tit. 31. §. 3. nur hieß: alles bey Verpflichtung seiner Haab und Güter <sup>7)</sup>? Da jedoch Vormünder h. z. E. alle Jahre Rechnung ablegen müssen, und dazu von der Obrigkeit angehalten werden können, so braucht, um diese Klage anzustellen, nicht gerade das Ende der Vormundschaft abgewartet zu werden, wenn der Betrug des Vormundes früher entdeckt wird <sup>8)</sup>. Man be-

6) *Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 19.* Eben so auch Weber in den Versuchen über das Civilrecht. S. 16. ff.

7) S. oben die Noten 32 und 33. S. 196.

8) S. Schmidts *pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden* §. 1096. a. E. S. 725. Auch Schmidt findet kein Bedenken, das Gesuch der *actio R. D.* §. 1096. ganz dem Röm. Rechte gemäß, so zu fassen, daß Beklagter die unterschlagene Sache doppelt bezahle.

hauptet auch, daß jetzt dem Vormunde nach den Grundsätzen des Canonischen Rechts auch nicht einmal eine dreißigjährige Verjährung mehr zu Statten komme, hier wo er offenbar gegen Pflicht und Treue gehandelt hat 9).

§. 1366.

Herausgabe des noch übrigen Vermögens des Mündels nach gänzlich beendigter Vormundschaft. Zinsen des Verzugs.  
Jusiurandum in litem.

Mit Ablegung der Rechnung ist nun die Herausgabe dessen, was der Vormund von dem Vermögen des Mündels noch in Händen hat, unzertrennlich verbunden 10). Es kann daher auch der Vormund nicht eher angehalten werden, das noch übrige Vermögen des Mündels herauszugeben, als wenn er zuvor Rechnung abgelegt hat, und die Richtigkeit derselben hinlänglich erwiesen ist 11). Denn erst durch die Rechnung muß ausgemittelt werden, was noch von dem Vermögen des Mündels vorhanden ist. Die Herausgabe dieses Ueberrests macht daher einen vorzüglichsten Gegenstand der *actio tutelae directa* aus. Hierher gehört vorzüglich die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian an den Julian. Es ist die *L. 9. C. Arbitrium tutelae* (V. 51.) folgenden Inhalts:

*Tutorem quondam, ut tam rationem, quam si quid reliquorum nomine debet, reddat, apud Praetorem convenire potes. Quamvis enim ma-*

9) MEVIUS Decision. Tom. II. P. VII. Decis. 173.

10) Man vergleiche §. 1363. S. 184—195.

11) S. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 13. Man vergl. auch Ant. FABER Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 68. pag. 894.

trem tuam susceptis bonis vestris indemnitate[m] pro hac administratione tutori se praestituram promississe proponatur: tamen adversus tutorem tibi tutelae, non adversus matris successores *ex stipulatu* competit actio.

Der Vormund hatte hier der Mutter seines Mündels die Verwaltung des Vermögens überlassen, und diese ihm Schadloshaltung versprochen. Da die Mutter nicht zur Vormünderin war bestellt worden, so konnte sie auch das Mandat des Vormundes nicht dazu machen <sup>12)</sup>. Daher kann die *actio tutelae* auf Ablegung der Rechnung und Herausgabe des noch übrigen Vermögens nur gegen den Vormund angestellt werden. Der Vormund mag dann mit der *actio ex stipulatu* seinen Regreß gegen die Mutter oder deren Erben nehmen <sup>13)</sup>.

So wie jedoch mit dieser Klage auch alles dasjenige gefordert werden kann, wozu der Vormund, als solcher, wegen vernachlässigter Verwaltung gehalten ist <sup>14)</sup>; eben so kann auch die Klage wegen solcher Forderungen des Mündels angestellt werden, welche zwar nicht aus der Vormundschaft entstanden sind, die aber doch der Vormund während der Vormundschaft hätte berichtigen sollen, und wofür er also jetzt auch als Vormund verantwortlich ist. Z. B. was der Pupill, als Erbe seines Vaters, aus einem Darlehn, oder aus einer Bürgschaft, oder aus einem Depositum, oder aus einem Commodatum von dem Vormunde zu fordern hat. Zwar könnte in allen diesen Fällen *ex contractu* geklagt werden, aber die Gesetze geben auch die *actio tutelae*. Denn was ein Vormund gegen einen

12) L. 4. C. de negot. gest. (ll. 19.)

13) L. 2. Cod. Si mater indemnitat. promisit. (V. 46.)

14) C. den 30. Eb. §. 1353. und 1354.

Dritten zu beobachten hat, daß muß er auch gegen sich selbst thun"). Ist er also selbst dem Pupillen schuldig, so muß er seine Schuld gebührend zur Cassé des Pupillen zahlen. Bleibt er im Rückstande, so wird er nun auch aus der Vormundschaft verpflichtet, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

*L. 5. §. 4. D. de administr. et peric. tutor. et curat. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum.* Debitor patris, qui tutelam administravit filii, *tutelaé iudicio tenebitur etiam ob id, quod patri debuit.*

*L. 9. §. 1. D. eodem. ULPIANUS libro XXXVI. ad Edictum.* Si paterfamilias eum, pro quo fideiussit, tutorem dederit filio suo: officio tutoris convenit, ut, cum dies pecuniae praeterierit, creditori debitum solvat. Et ideo cessante eo, si pupillus suae tutelaé factus solverit ex causa fideiussoria, non solum *mandati*, sed etiam *tutelaé* agere poterit: hoc enim ei imputatur, cur pro se non solverit.

*L. 5. D. h. t. ULPIANUS libro XLIII. ad Sabinum.* Si tutor rem sibi depositam a patre pupilli vel commodatam non reddat: non tantum *commodati* vel *depositi*, verum *tutelaé* quoque tenetur.

*L. 3. C. de heredibus tutor. vel curator. (V. 54.)*  
Imp. ANTONINUS A. Vitae. Adversus heredes quondam tutoris tui *tutelaé actione* consistere: in iudicium autem veniet etiam id, quod tibi tutor ex causa fideiussionis debuit.

15) *L. 9. §. 3. D. de admin. et peric. tutor. C. Ant. Fab. Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 74.*

Ist der Vormund mit Leistung dessen, wozu er mittelst dieser Klage aus der Verwaltung der Tutel angehalten werden kann, säumig; so ist er Verzugszinsen zu bezahlen schuldig <sup>16)</sup>, denn die Klage aus der Tutel ist eine actio bonae fidei <sup>17)</sup>. Ja die actio tutelae ist noch mehr begünstiget, als andere bonae fidei actiones, in sofern hier zu Gunsten des Pupillar-Alters die Zinsen ipso iure zu laufen anfangen, ohne Interpellation <sup>18)</sup>, bis dahin, da die Restitution oder Zahlung erfolgt. Ein bloßes Anbieten der Schuld reicht nicht hin, wenn nicht das Geld versiegelt an einem sichern Orte deponirt wird, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

*L. 1. §. 3. D. de usuris. PAPINIANUS libro II. Quaestionum.* Circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive iudex accipiatur in diem sententiae, sive sine iudice tutela restituatur, in eum diem, quo restituit, usuras praestari. Plane si tutelae iudicio nolentem experiri tutor ultro convene-

16) *L. 1. §. 3. D. de Usuris. L. 7. §. ult. D. de administr. et peric. tut. L. 2. C. de Usuris pupillar. (V. 56.)* Imp. ALEXANDER. Eius, quod ex causa tutelae debetur, usuras praestari oportere, dubium non est, quamvis aliis pro partecipe muneris necessitas solutionis irrogatur. *§. Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. 7. Illat. 15. pag. 852. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 8.*

17) *L. 32. §. 2. D. de Usuris. (XXII. 1.)*

18) *L. 2. C. In quib. caus. restitutio in integr. necessar. non est. (II. 41.)* *§. Jac. CUSACII Comm. in Libr. II. Quaestion. Papiniani. ad L. 1. §. 3. D. de Usuris. (Opp. postum. Tom. I. pag. 50. sq.)*

rit, et pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

Zur Zeit des Ulpianus Marcellus schützte zwar den Vormund schon das bloße Anbieten der Schuld gegen die Verbindlichkeit einer Verzugszinszahlung; allein Ulpian hat in seinen Notizen zum Marcellus derselben Meinung berichtet, wie folgende Gesetzstelle beweist.

*L. 28. §. 1. D. de administrat. et peric. tut. MARCELLUS libro VIII. Digestorum.* Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam. Quin etiam iustius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. ULPIANUS notat: *Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco* <sup>19)</sup>.

Ist der Vormund ungehorsam, und weigert sich die Sachen des Mündels nach geendigter Vormundschaft zu restituiren; so findet gegen ihn das iusiurandum in litem Statt <sup>20)</sup>.

Wegen dieser Forderungen, worauf die actio tutelae geht, steht dem Pupillen nicht nur ein persönliches Vorzugsrecht zu, welches aber nicht auf die Erben des

19) Ohne Grund hält Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXII. Err. 5. nr. 10. diese Note des Ulpianus für einen Tribonianismus. Man s. Ger. Noode de foenore et usuris Lib. III. Cap. 15. (Opp. Tom. I. p. 259. sq.) und Em. MERILLIUS Observat. Lib. VIII. cap. 31.

20) *L. 8. D. de in litem iurando* (XII. 3.) S. den 12. Th. des Commentars. §. 813. S. 405. f.

Mündels übergeht<sup>21)</sup>, sondern die Gesetze geben ihm auch eine Hypothek an dem gesammten Vermögen des Vormundes<sup>22)</sup>, von welcher schon an einem andern Orte<sup>23)</sup> ausführlich gehandelt worden ist<sup>24)</sup>.

## §. 1367.

## Natur der actio tutelae directa.

Die actio tutelae directa wird nun also von dem gewesenen Mündel im Bestande eines Mitvormundes oder Curators<sup>25)</sup>, oder auch von den Erben<sup>26)</sup>, oder jedem allgemeinen Nachfolger desselben, gegen den gewesenen Tutor, selbst dann, wenn er einem Dritten durch ein Mandat die Administration übertragen haben sollte<sup>27)</sup>; videtur enim gessisse, et qui per alium gessit<sup>28)</sup>; so wie auch gegen denselben Erben<sup>29)</sup> angestellt. Sie findet auch gegen den Fiscus Statt, wenn er das Vermögen des Vormundes eingezogen hat, denn er tritt an die Stelle des Vormundes<sup>30)</sup>; nicht minder gegen den Vater, unter

21) L. 42 L. 44. §. 1. D. de admin. et peric. tutor. et curat. L. 22. L. 25. D. h. t.

22) L. 20. C. de admin. et per. tutor.

23) S. den 19. Th. §. 1088. S. 139. ff.

24) Daß dem Pflegebefohlenen eine gesetzliche Hypothek an dem Vermögen des Vormundes auch wegen solcher Forderungen zustehet, die zwar schon vor übernommener Vormundschaft entstanden waren, welche aber der Vormund während der Tutel hätte berichtigen sollen, haben Struben rechtl. Bedenken 4 Th. Bed. 149. und Ferd. Aug. Weiskner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. §. 116 S. 310 f. Not. 34 gezeigt.

25) L. 9. §. 4. D. h. t. et Tit. 44. Lib. V. Cod. de in litem dando tutore vel curatore.

26) L. 1. §. 17. D. h. t.

27) L. 9 C. Arbitr. tutelae. L. 2. C. Si mater indemnit. promis.

28) L. 5. §. 3. D. de admin. tutor.

29) L. 1. §. 16. D. h. t. L. 4. C. de hered. tutor. vel curat. (V. 54.)

30) L. 9. §. 6. D. h. t. ULPIAN. Lib. XXV. ad Edictum. Sed et si fuerit tutor confiscatus, adversus fiscum

dessen Gewalt der Vormund stand, sofern er ausdrücklich oder stillschweigend die Gefahr übernahm, die Tutel z. B. dadurch anerkannte, daß er den Sohn bey Führung der Vormundschaft unterstützte, oder ihn zum Fleiße darum aufforderte, weil er selbst verantwortlich sey, in welchen Fällen der Vater in solidum, außerdem aber nur de peculio haftet <sup>31)</sup>. Daß der Vater bloß um die seinem Sohne übertragene Vormundschaft weiß, und stillschweigend solche genehmigt, verpflichtet ihn noch nicht in solidum, selbst wenn er ihn ermahnt hätte, die Tutel fleißig zu verwalten. Denn dadurch hat er noch nicht die Gefahr der Tutel übernommen. Plane si solum monuit filium, non videtur agnita sc. tutela, sagt Ulpian *lib. II. Disputationum* <sup>32)</sup>. Der Vater haftet hier nur de peculio, oder de in rem verso, wie Marcellus *libro singulari Responsorum* <sup>33)</sup> lehrt, er müßte denn etwa in dem Falle, da der Mitvormund oder ein Anderer den Sohn suspect machen wollte, ins Mittel getreten seyn, denn nun hätte er freylich die Gefahr übernommen. Nur einen Fall gab es, wo auch die stillschweigende Einwilligung den Vater in solidum verpflichtete, nämlich wenn mit des Vaters Einwilligung der Sohn zum Decurio war creirt worden. Denn indem der Sohn mit Einwilligung des Vaters den Decurionat übernahm, willigte auch zugleich der Vater in alle bürgerliche Lasten und Pflichtenämter, welche dem Sohne in dieser Eigenschaft auferlegt werden würden, zu denen denn auch Tutelen gehörten.

*dandam esse actionem* constat ei, qui loco eius curator datus sit, vel contutoribus eius. Man verbinde das mit noch die *L. 2. C. ad Leg. Juliam de vi publica et priv.* (IX. 12.) S. VOBT Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

31) *L. 7. D. de tutelis. L. 21. D. administr. et peric. tutor. et curat. L. 1. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.* (IV. 26.)

32) *L. 7. D. de tutelis.* S. Jac. Cujacius ad Africanum Tract. VII. ad *L. 49. D. de negot. gestis.*

33) *L. 21. D. de admin. et peric. tutor. et curator.* Man vergleiche Cujacii Commentar. in *Lib. sing. Responsor. Ulpii Marcelli ad h. L.* (*Oper. postamor. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 116.*)



Der Vater haftete dafür gleichsam als Bürge<sup>34)</sup>. Es erbellet dieß aus einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus, nämlich der *L. 1. C. Quod cum eo, qui in alien. potest.* (IV. 26.) welche so lautet:

*Cum filiusfamilias tutor aut curator datur: pater tutelae, vel negotiorum gestorum iudicio de peculio et de in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate eius filius Decurio sit creatus, et a Magistratibus tutor constitutus, pater in solidum satisfacere cogitur: cum id onus exemplo ceterorum munerum civilium introductum intelligatur.*

Ob übrigens die Vormundschaft dem Sohne vom Magistrate oder in einem Testamente übertragen worden, ist gleichviel<sup>35)</sup>.

Der Vater haftet jedoch wegen der von ihm agnoscirten Tutel seines Sohnes nur für die Zeit, da der Sohn in väterlicher Gewalt war, und wie er während derselben die Vormundschaft verwaltet hat, in solidum. Hat er, nach seiner Befreyung aus der väterlichen Gewalt, als Vormund pflichtwidrig gehandelt; so haftet der Sohn in solidum, und der Vater bloß de peculio. Doch hat die Klage de peculio gegen den Vater nach der Befreyung des Sohnes aus der väterlichen Gewalt nur noch ein Jahr Statt, welches erst von der Zeit an seinen Lauf beginnt, da auch die actio tutelae angestellt werden kann, d. h. vom Tage der geendigten Tutel. Wird der Sohn, nachdem er sui iuris geworden, aus der Tutel wegen dessen belangt, was er während der väterlichen Gewalt als Vormund gethan hat, so kommt ihm die Wohlthat der Com-

34) *L. 2. pr. D. ad Municipalem.* (L. 1.) *L. 7. §. ult. D. de Decurionib.* (L. 2.) *S. POTBIER* Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. not. c. pag. 140.

35) *S. COJACIUS* ad Africanum: c. I. Anderer Meinung ist zwar *MONTANUS* de iure tutelae et curation. Cap. XXXIX. nr. 209 et 210. wegen *L. 21. D. de admin. tut.* Mein man s. über diese Gesetzstelle *COJACII* Comm. in libr. sing. Responsor. Marcelli. (*Opp. postum.* Tom. III. pag. 116.)

petenz zu statten. Er ist also aus seinen vormundschaftlichen Handlungen nur insofern in solidum verpflichtet, als er sie erst nach seiner Befreyung aus der väterlichen Gewalt unternahm. Folgende Gesetzstellen sind hier vorzüglich zu bemerken.

*L. 6. D. h. t. ULPIANUS libro XXXI. ad Edictum.* Si filiusfamilias tutelam administraverit, et liberatus patria potestate, dolo aliquid fecerit: an actio tutelae patrem quoque hoc nomine teneat, quaeritur? Et aequum est, ut eum duntaxat dolum pater praestet, *qui commissus est ante emancipationem filii.*

*L. 4. §. 1. D. eodem. PAULUS libro VIII. ad Sabinum.* Filiumfamilias emancipatum, si tutelam administret, etiam *directo* teneri, JULIANUS putat<sup>36)</sup>.

*L. 11. D. eodem. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum.* Si filiusfamilias tutelam administraverit, deinde fuerit emancipatus, remanere eum tutorem, JULIANUS ait: et cum pupillus adoleverit, agendum cum eo, *eius quidem temporis, quod est ante emancipationem, in quantum facere potest, eius vero, quod est post emancipationem, in solidum: cum patre vero duntaxat de peculio: manere enim adversus eum etiam post pubertatem de peculio actionem: neque enim ante annus cedit, intra quem de peculio actio detur, quam tutela fuerit finita.*

*L. 37. §. 2. D. de administr. et peric. tutor. et curat. PAPINIANUS libro XI. Quaestionum.* Inde descendit quaestio, quae vulgo circa filiumfamilias tractata est, qui tutor testamento datus, post tutelam gestam emancipatus, in eodem officio perseveravit: et secundum *Sabini et Cassii* sententiam<sup>37)</sup>

36) Die Klage findet auch wohl schon während der väterlichen Gewalt Statt.

37) Die Proculianer scheinen hier anderer Meinung gewesen zu seyn, und auf die Verschiedenheit der Zeit der Vormundschaftsverwaltung bey der Verpflichtung des Vormundes keine Rücksicht genommen zu haben, wenn der *status fami-*

eveniet, ut de eo quidem, quod post emancipationem gestum est, in solidum conveniri possit: de praeterito autem, siye peculium non sit ademtum, siye ademtum sit, in id, quod facere possit. Quodsi superioris temporis nomine patrem de peculio pupillus convenire maluerit, (annus enim utilis<sup>38</sup>), ex quo tutela agi posse coeperit<sup>39</sup>), computabitur,<sup>40</sup>) ne capiatur pater, inducta totius temporis causa<sup>41</sup>), tempus, quo filiusfamilias tutelam gessit, comprehendendum erit.

Die Klage geht nun auf Leistung alles desjenigen, was mit der actio tutelae gefordert werden kann, wie bereits gezeigt worden ist. Hat der Vormund noch Geschäfte des Mündels besorgt, nachdem dieser schon die Pubertät erreicht hatte, und also die Tutel geendigt war; so machen auch diese einen Gegenstand der actio tutelae aus,

liae während der Verwaltung des vormundschaftlichen Amtes bey dem Tutor gewechselt hat. S. Jac. Cujacii Comment. in Libr. XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. 37. (Oper. postum. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 317 sq.) und Dirksen's Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. 1. Abhandl. Kap. 1. §. 2. Nr. VI. S. 98. f.

38) Der annus ist utilis, bey dessen Berechnung nicht alle Tage gezählt werden, so wie sie im Kalender auf einander folgen, (dies. continui) sondern nur diejenigen, an welchen die actio de peculio ungehindert angestellt werden konnte. S. Cujacii Comment. c. 1. pag. 318. in fin.

39) D. h. a die finitae tutelae.

40) Die florentinischen Ausgaben, und manche vulgatae, z. B. die Merlinische, haben diese Worte in keine Parenthese eingeschlossen. Allein schon Cujacius c. 1. pag. 319. hielt diese Parenthese für nöthig. Sie findet sich auch in den Ausgaben von Hugo a Porta, Baudoza Cestius, und Dionys. Gothofredus. Jedoch haben Saloander und Beck die Parenthese zu weit, nämlich bis auf die Worte totius temporis causa, ausgedehnt.

41) D. h. wollte man hier keinen Unterschied der Zeit annehmen, sondern die ganze Zeit rechnen, da die Tutel gedauert hat; so würde dieses dem Vater sehr nachtheilig seyn, welcher billig nur für die Zeit zu haften hat, da der Sohn die Tutel während der väterlichen Gewalt verwaltete. S. Potrius Pand. Justin. Tom II. h. t. Nr. V. Not. d. pag. 141.

insofern sie mit der Verwaltung der Vormundschaft conner sind <sup>42)</sup>, ausserdem findet Derentwegen nur die actio negotiorum gestorum Statt.

L. 13. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Si tutor post pubertatem pupilli negotia administraverit, in iudicium tutelae veniet id tantum, sine quo administratio tutelae expediri non potest. Si vero post pubertatem pupilli is, qui tutor eius fuerat, fundos eius vendiderit, mancipia et praedia comparaverit, neque venditionis huius, neque emtionis ratio iudicio tutelae continebitur. *Et est verum, ea, quae connexa sunt, venire in tutelae actionem: sed et illud est verum, si coeperit negotia administrare post tutelam finitam, devolvi iudicium tutelae in negotiorum gestorum actionem: oportuit enim eum a semetipso tutelam exigere.*

L. 14. D. eodem. GAIUS Libro XII. ad Edictum provinciale. Si post pubertatem tempore aliquo, licet brevissimo, intermiserit administrationem tutor, deinde coeperit gerere, sine ulla dubitatione tam tutelae, quam negotiorum gestorum iudicio cum eo agendum est <sup>43)</sup>.

Nach dem Römischen Rechte hat zwar die actio tutelae nicht eher, als nach gänzlich geendigter Tutel (Statt <sup>44)</sup>) daher sagt Paulus libro VIII. ad Sabinum <sup>45)</sup>: Si adhuc impubes tutelae agat, nihil consumitur, d. h.

42) S. Jac. CUSACII Comment. cit. pag. 317.

43) Die actio tutelae nämlich wegen dessen, was von dem Vormunde vor dem Eintritt der Pubertät seines Mündels geschehen ist, die actio negotiorum gestorum aber wegen dessen, was nach dem Eintritt derselben geschehen ist. S. Ger. NooDT Comment. ad Dig. h. t. §. Dixi quando pag. 573. und POTIER Pand. Justinian. h. t. Nr. XXX. not. c. pag. 145.

44) L. 4. pr. D. h. t. S. POTIER Pand. Justin. h. t. Nr. XIX.

45) L. 4. §. 2. D. h. t.

wie es Gerh. Noodt <sup>46)</sup> erklärt, frustra agitur, nondum nata actione; hat jedoch der Pupill Ansprüche an den Vormund, die nicht aus der Vormundschaft herrühren, so kann er diese unter dem Beystande eines Mitvormundes, oder eines besondern Curators auch während der Tutel verfolgen <sup>47)</sup>. Ist aber die Klage zwar schon während der Tutel entstanden, aber mehr aus einem Delict, als aus der Verwaltung der Vormundschaft, wie z. B. die actio furti, die actio damni iniuria dati ex lege Aquilia und dergleichen; so kann zwar die Klage von dem Unmündigen während der Tutel nicht erhoben werden, sie ist aber doch schon dergestalt gegen den Vormund begründet, daß wenn dieser auch vor Anstellung der Klage sterben sollte, doch noch gegen die Erben desselben geklagt werden kann, denn er hätte, als Schuldner des Pupillen, schon von selbst bey seinem Leben die Schuld als Vormund zur Cassé zahlen sollen. Folgende Gesetzstellen sind hier merkwürdig.

*L. 9. §. ult. D. h. t. ULPIANUS Libro XXV. ad Edictum.* Ceterae actiones, praeter tutelae, adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni iniuriae, condictio.

*L. 10. D. eodem. PAULUS libro VIII. brevis Edicti.* Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit. Quamvis enim morte tutoris intereant <sup>48)</sup>,

46) Comment. ad Dig. h. t. §. Sed quando. pag. 573.

47) *L. 24. D. de testam. tut. §. ult. J. de auctorit. tutor.*  
*L. 21. D. de Excusation. Nov. LXXII. cap. 2. C.*  
 MONTANUS de iure tut. et curat. Cap XXXIX. nr. 255.  
 VOST Comment. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 537.

48) Dieß kann wohl von der condictio furtiva nicht gelten, denn diese Klage, als eine actio rei persecutoria, hat ohne Zweifel gegen die Erben Statt, wie ich an einem andern Orte dieses Commentars (2b. XIII. §. 859 C. 232.) gezeigt habe. §. ult. *J. de obligation. quae ex delicto* sagt dieses auch ganz deutlich. Mit mir stimmt hier auch *Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. IV. c. 1. pag. 75.* überein, und Noodt Comment. ad Dig. h. t. hat ganz richtig bemerkt, daß die Worte des Paulus: *Quamvis enim morte tutoris intereant*, nicht auf alle vom Ulpian angeführte Klagen zu beziehen sind,

tamen pupillus cum herede eius actionem habet: quia sibi solvere debuit.

Wenn Montanus <sup>49)</sup> behauptet, diese Klagen könnten auch schon während der Tutel erhoben werden, so hat diese Meinung die deutlichen Worte der L. 10. gegen sich. Er beruft sich zwar auf die Glosse, welche bey den Worten: *Sed non dantur* sagt: ut ipsemet pupillus eas intentet, sed per curatorem datum liti; allein er hätte nicht übersehen sollen, was gleich nachher folgt: secundum quosdam, quod non placet. Es fragt sich aber, was dieß für eine Klage sey, welche der Pupill gegen den Erben des Vormundes haben soll? Accursius, dem auch mehrere neuere Rechtsgelehrten, als Dsius Aurelius <sup>50)</sup>, Marcus Lyflama <sup>51)</sup>, Anton Schulting <sup>52)</sup>, und Robert Joseph Pothier <sup>53)</sup> beigetreten sind, nennen die actio tutelae, und berufen sich auf die L. 35. §. ult. D. de negotiis gestis. Johann Voet <sup>54)</sup> hingegen, Edmund Merillius <sup>55)</sup>, und Gerh. Roodt <sup>56)</sup>, denen

sondern nur auf die meisten gehen. Denn der Fall ist bey den Alten nicht selten, daß das Letztere nicht immer auf alles vorher Gesagte paßt. Hier ist dieß um so gewisser, weil die Stellen aus den Schriften verschiedener Juristen excerptirt sind. Vielleicht sprach Paulus vorher von lauter Pönalklagen.

49) Cap. XXXIX. nr. 240

50) Dispunctor ad Merillium s. de variantib. Cujacii Interpretationib. in Libris Digestor. Dispunctiones Disp. XXI. (in *Thes. J. R. Olton.* Tom. III. pag. 747) Dieser Osius AURELIUS heißt eigentlich *Franciscus Ory*, und war Rechtslehrer an der Academie zu Orleans. S. Ev. Otto Praefat ad Tom. III. *Thes.* pag. 54. und Hugo's Lehrbuch der Gesch. des Röm. Rechts seit Justinian. §. 257.

51) *Benedictorum* Lib. IV. Cap. 14. §. 15. pag. 661. sqq. (*Lugd. Batavor.* 1617. 8)

52) *Notae ad Dig s Pand.* a Smalldenburgh edit. et animadvers. suis auct. Tom IV. ad L. 10. h. t. p. 480.

53) *Pand. Justinian.* T. II. h. t. Nr. XXIV. Not. c. et d. pag. 144.

54) *Comm. ad Pand.* h. t. §. 2. in fin.

55) *Variantium ex Cujacio.* Lib. I. Cap. 36. (*Oper. P. II.* pag. 241. *Neapoli* 1720. 4.)

56) *Comment. ad Dig. h. t. §. Sed quando.* (Tom. II. *Opp.* pag. 573.)

auch Lebzeit<sup>77)</sup> beizustimmen scheint, meinen, es seyen die nämlichen Klagen ex delicto, welche auch gegen die Erben des Vormundes angestellt werden könnten. Man sagt, das Gesetz habe hier eine Ausnahme von der gemeinen Rechtsregel gemacht, nach welcher sonst eine Pönalklage gegen die Erben nicht Statt finde, wenn nicht die Klage noch bey Lebzeiten des Verstorbenen angestellt worden. Gerade so haben auch die Griechen unsere Gesetzstellen verstanden. In den Basiliken<sup>78)</sup> heißt es:

Αἱ λοιπαὶ ἀγωγαὶ ἀρμόζουσι κατὰ τοῦ ἐπιτροπεύοντος οἷον ἡ περὶ κλοπῆς ἀγωγή, καὶ ἡ περὶ ὑβρεως, καὶ ἡ τὸ κλαπέν πρᾶγμα ἀπαιτοῦσα ἀγωγή.

Παύλου. Οὐ κινοῦνται δὲ τέως ἀλλ' εἰ συμβῆ αὐτὸν ἀποθανεῖν, ἀρμόζουσι κατὰ κληρονόμων αὐτοῦ εἰ καὶ τὰ μάλιστα φύσιν ἔχουσι τῷ θανάτῳ φθειρεσθαι.

Das heißt nach Fabrot's Version: *Ceterae actiones competunt adversus eum, qui tutelam administrat, veluti furti, damni iniuria, condictio furtiva.*

*Sed non intenduntur interim. At mortuo eo, in heredes eius competunt, quamvis natura earum haec sit, ut morte intereant.*

Noch bestimmter hat sich darüber der griechische Scholiast<sup>79)</sup> ausgesprochen. Dieser sagt:

Ἐὰν κλέψῃ ἢ ζημιώσῃ τὰ πουπιλλάρια ὁ ἐπίτροπος, ἢ φόρτη καὶ ὁ ἀκουίλιος ἀρμόζουσι κατ' αὐτοῦ, καὶ ἔτι διοικοῦντος τὴν ἐπιτροπὴν. οὐ μὴν συχωροῦμεν τῷ πουπίλλῳ κινεῖν αὐτῷ. ἀλλ' εἰ καὶ συμβῆ τελευτῆσαι τὸν ἐπίτροπον τὴν κλέψαντα ἢ ζημιώσαντα τὰ πουπιλλάρια, εἰ καὶ κατὰ φύσιν ἰδίαν ἢ φόρτη καὶ ὁ ἀκουίλιος κατὰ κληρονόμων οὐ παραπέμπονται, ἀλλὰ μὴν δίδομεν αὐτὰς τῷ πουπίλλῳ κατὰ τῶν κληρονόμων τοῦ ἐπιτρόπου. δοκεῖ γὰρ λοιπὸν ὡς ἀπὸ διοικήσεως ἐνοχος γεγονέναι ὁμοίῳ ὀφείλων ἑαυτὸν ἀπαιτῆσαι ἅπερ ἔκλειψεν, οὐκ ἀπήτησεν.

57) Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 537.

58) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 5. Const. 9. §. 4. et Const. 10. pag 67.

59) Basilica Tom. V. pag. 81. Schol. γ.

FABROTUS. *Si res pupilli tutor corruperit, vel subriperit, furti et Aquilia competunt etiam manente tutela, sed non sinimus eis pupillum experiri. Quin et si moriatur tutor, qui subripuit vel corrumpit res pupillares, quamvis sui natura furti et Aquilia in heredes non transeant, dabimus tamen eas pupillo in heredes tutoris, quia videtur ex administratione obligatus esse, propterea quod non exegit a se ipso, quae subrepta debuit exigere.*

Jedoch scheinen auch nicht alle griechische Rechtsgelehrten hier einerley Meinung gewesen zu seyn, denn gleich nach diesem Scholion wird die Meinung des Cyrillus angeführt, welcher von eben diesen Klagen spricht, aber von den Erben sagt: κατέχονται δὲ οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ τῆς τουτέλαε: *Heredes autem eius tutelae tenentur.*

Da h. z. T. der Vormund alle Jahre Rechnung ablegen muß, und dazu von der Obrigkeit, ohne Anstellung einer Klage, angehalten werden kann, so dürfte auch wohl da, wo der Vormund gegen den Pupillen so gehandelt hat, daß solche Klagen, von denen Ulpian spricht, gegen ihn Statt finden, nicht leicht eine Klage, am wenigsten bis zur Beendigung der Vormundschaft, abzuwarten seyn.

Uebrigens kann die actio tutelae, als eine actio generalis <sup>60)</sup>, wegen verschiedener Punkte mehrmals nach einander angestellt werden. Sollte der Vormund etwa die exceptio rei iudicatae entgegensetzen, so kann sie mit der replicatio doli mali aus dem Wege geräumt werden, so fern über den nämlichen Streitpunct noch nicht rechtskräftig erkannt worden ist <sup>61)</sup>. Daß übrigens die Klage eine actio perpetua sey, welche 30 Jahre dauert, ist schon oben bemerkt worden, daher rescribiren die Kr. Diocletian und Maximian L. 8. C. Arbitr. tutelae. Tutelae conveniri, longi temporis praescriptio non prohibet <sup>62)</sup>.

60) L. 38. pr. D. Pro Socio. C. den 3. Th. dieses Commentars §. 276. C. 613. f.

61) L. 2. Cod. de iudiciis. (III. 1.) C. Влчнов ad Treutlerum. Vol. II. Disp. IX. Th. 5. lit. F. pag. 499. sqq.

62) Man vergleiche vorzüglich Mavrus Tom. II. P. VII. Decis. 172. 173. et 174. et P. VIII. Decis. 16. 17. et 18.