

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

von
D. Christian Friedrich von Glück
geheimen Hofrathen und ordentlichem Lehrer der Rechte
an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen,
Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Zwen und dreyßigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

Dig. #115787

Fortsetzung des Titels

**de tutelae, et rationibus distrahren-
dis, et utili curationis causa
actione.**

S. 1368.

Utilis curationis causa actio. Ursprung dieser Klage.

Ausser der *actio tutelae directa*, und der *actio rationibus distrahren-dis*, von denen bisher gehandelt worden, wird in der Rubrik dieses Titels noch eine dritte Klage angegeben, nämlich die *utilis curationis causa actio*. Es ist die Klage, welche gegen den Curator oder seine Erben angestellt, und eben so, wie die *actio tutelae directa*, auf Erfüllung der, besonders in Anschung der Vermögensverwaltung, ihm obliegenden Pflichten, nämlich auf Ablegung der Rechnung, Herausgabe des noch übrigen Vermögens des Curanden, und Ersatz dessen, wozu der Curator wegen vernachlässigter Verwaltung gehalten ist, gerichtet wird. Daher halten viele⁶³⁾ diese Klage für

63) ULR. HUBER Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 28.
§. 1 — 3. pag. 566. sqq. JO. VOST Comm. ad Pand.
h. t. §. 20. in fin. JO. ORT. WESTENBERG Princip.

eine wegen der Unmöglichkeit auf die Curat^l angewandte *actio tutelae directa*, welche eben darum *actio tutelae utilis* genannt werde. Diese Meinung hat auch nicht unerhebliche Gründe für sich. Denn für die Cura hatte man keine eigene Klage, sie war den ältern Gesetzen nicht einmal dem Namen nach bekannt. Denn die XII. Tafeln nennen den Curator furiosi noch einen custos. Die Röm. Juristen, denen wir auch vielleicht die Namen cura, und curator zu verdanken haben, müssten also eine von den schon bekannten Klagen analogisch auf sie anwenden. Denn man nennt ja die Klagen *actiones utiles*, welche durch kein Gesetz, sondern von den Röm. Rechtsgelehrten durch einen Schluß von ähnlichen Fällen und Geschäften sind eingeführt worden. Welche Analogie war ihnen nun näher, als die von der Tutel, zumal da man die Cura unter der weitern Bedeutung der Tutel, gleichsam wie unter dem Geschlechtsnamen, zu begreissen pflegte⁶⁴⁾? Es scheinen aber auch Gesetze diese Ansicht zu begünstigen, daß die *utilis curationis causa actio* aus der *actio tutelae*

iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 22. sqq. Christ. Gottl. ERNST Diss. Utile tutelae iudicium durante adhuc cura institui non posse. Lipsiae 1744. 4. §. 2. et 3. Gottl. HUPELAND Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. §. 1946. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 541. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 704. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 302. MÖHLER-BRUCH Doctr. Pandect. Vol. II. §. 335. Ferd. Madel-dey Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. 2. B. §. 603. Dies ist auch unsers Hellfelds Meinung.

64) S. HORATIUS Sermon. Lib. II. Elog. 3. v. 218. AUR. VICTOR de viris illustrib. cap. 74. PLAUTUS Trinum. Act. IV. Sc. III. v. 10 et 11. L. 5. Cod. de curat. furiosi. (V. 70.)

directa hervorgegangen sey. In der *L. 3. C. Arbitrium tutelae.* (V. 51.) rescribit der Kaiser Antoninus an einen gewissen Vitalius:

Si curator post decretum Praesidis sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparavit: elige, utrum malis in emtione negotium tibi eum gessisse, an quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit.

Hier wird bey der Cura der actio tutelae ausdrücklich gedacht, und der Willkür des Klägers überlassen, ob er mit dieser Klage den Ersatz des Geldes, welches der Curator in seinen Nutzen verwendet hat, nebst den legitimis usuris, oder das Grundstück selbst verlangen wolle, welches der Curator für das Geld für sich gekauft hat. Eben so werde in der *L. 20. pr. D. h. t.* die Klage des Minderjährigen gegen den Curator actio utilis genannt, und in der *L. 1. §. 3. in fin. D. de contraria tutelae et utili actione* sey von der actio in curatorem die Rede, welches die utilis tutelae actio sey.

Allein bey weitem die meisten Rechtsgelehrten⁶⁵⁾ sind

65) *Jac. Cujacius Observat.* Lib. XVII. cap. 7. et Recitation. solemn. ad Tit. 51. Lib. V. Cod. *Arbitrium tutelae.* *Hag. Donellus Commentarior.* de iure civ. Lib. XV. Cap. 22. §. 5. (Vol. IX. edition. noviss. Norimberg. 1826. a Buchero nostro contin. pag. 193.) *Reinh. Bachovius Nott. et Animadverss.* ad *Treatlerum* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 7. Lit. A. pag. 497. sqq. *Jo. Jac. Wissenbach Exercitat.* ad Pand. Disp. LII. Th. 25. pag. 545. *Ger. Noodt Comm.* ad *Dig. h. t. §. Tertia.* (Tom. II. Opp. pag. 575:) besonders *Qairin. Gottfr.*

der Meinung, daß die Klage gegen den Curator, auch wenn er der bisherige Tutor war, keine andere, als die *actio negotiorum gestorum utilis* sey. Mit dieser Klage sey auch der Curator furiosi, und jeder andere Curator zu belangen. Diese Meinung scheint mir auch den Gesetzen gemäßer zu seyn, wie sich aus folgenden ganz deutlich ergeben wird.

L. 4. §. 3. h. t. PAULUS libro VIII. ad Sabinum.
Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est, quae competit⁶⁶⁾, etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione, dum impubes est is, cuius tutela geritur, constitutum est⁶⁷⁾.

SCHACHER Disp. de utili curationis causa actione, occas. L. 3. C. Arbitr. tat. Lipsiae 1755. 4. Unter den neuern Schwerppen Röm. Privatrecht. §. 750. S. 627. (Der 5. Aufl.) von Wenings-Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 409. S. 99. (Der 3. Aufl.) Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 248. S. 938.

66) *Quae competit etiam*, ist mit Noodt c. l. pag. 576. so zu verstehen: *quae competere etiam potest*, dum negotia gerit. Ein Redegebrauch, der bey den Röm. Juristen nicht ungewöhnlich ist. Man vergleiche z. B. L. 13. §. ult. *D. de his, qui notant. infam. wo irrogat für irrogare potest steht.* S. Noodt Comm. ad Dic. Lib. III. Tit. 2. §. Sequitur in Edicto. pag. 77. Mehrere Beispiele führt Guili. Ott. Reitz Annotation. Sporad. Nr. IX. (in Püttmanns Opuscul. iuridic. ex observation. miscellan. Batav. collect. pag. 153.) an.

67) Diesen Grund, den Radulph. FORNARIUS Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 23. (in Thes. J. R. Ottos. Tom. II. pag. 218.) unter die insanes *aitionologiaς* rechnet, hat mit

*L. 13. in fin. D. eodem. ULPIANUS libro XXXV.
ad Edictum.* Sed et si quis, quum tutelam ad-
ministrasset, idem curator adolescenti fuerit datus,
dicendum est, *negotiorum gestorum eum conveniri
posse.*

L. 1. Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest.
(IV. 26.) Impp. SEVERUS et ANTONINUS. Cum filius-
familias tutor aut *curator* datur: pater tutelae, vel
negotiorum gestorum iudicio de peculio et de in-
rem verso conveniendus est.

L. 7. C. Arbitrium tutelae. Impp. DiOCLETIAN. et
MAXIMIAN. AA. et CC. *Alexandro.* Quicquid tutoris
dolo, vel lata culpa, aut levi, seu *curatoris*, minores
amiserint, vel cum possent, non acquisierint, hoc in
tutelae, seu *negotiorum gestorum utile iudicium*
venire, non est incerti iuris.

L. 17. C. de negot. gest. (II. 19.) Impp. *idem*
Claudiae. Curatoris etiam successores *negotiorum
gestorum utili conventos actione*, tam dolum, quam-
latam culpam praestare debere, nec ad eos officium
administrationis transire, ideoque nullam alienandi
eos res adultae potestatem habere, convenit.

Da nach diesem Gesetz auch die Erben des Curatoris
mit der actio negotiorum gestorum utilis belangen wer-
den können; so ist dies wohl ein sicherer Beweis, daß
auch keine andere Klage gegen den Curator selbst statt

Recht vertheidigt Frid. Gottfr. Höcker in Diss. de ratio-
nibus veterum Istorium falso suspectis. Cap. II. §. 2. (in
Gerh. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.
Vol. I. Tom. I. pag. 346.) Man siehe auch SCHÄFER cit.
Diss. §. 22.

haben könne, weil ja die Erben mit keiner andern Klage belängt werden können, als welche gegen ihren Erblasser selbst Statt gehabt hätte.

Alle diese Gesetze unterscheiden also genau die actio tutelae von der actio negotiorum gestorum. Man fand mithin mehr Ähnlichkeit zwischen der curatio und negotiorum gestio, als zwischen der tutela und cura, und hielt daher die formula negotiorum gestorum auf die curatio für passender. Und sie ist es auch wirklich. Denn auch die actio negotiorum gestorum ist eine actio quasi ex contractu oriunda, sie ist eine actio generalis⁶⁸⁾, und sowohl directa als contraria, sie ist ferner eine actio bona fidei und reipersecutoria, und geht auf die Erfüllung derselben Pflichten, welche auch dem Curator obliegen⁶⁹⁾; sie ist endlich eine actio perpetua. Dennoch konnte die actio negotiorum gestorum nur utiliter angewendet werden. Denn es bleibt doch noch immer ein bedeutender Unterschied zwischen der curatio und negotiorum gestio. Die letztere ist nämlich in Absicht auf die Uebernehmung der fremden Geschäfte mit keinem Zwange verbunden, das hingegen die curatio, so wie die Tutel, ein munus publicum ist. Godann muß der negotiorum gestor eben deswegen, weil er sich freywillig den fremden Geschäften unterzieht, ohne Unterschied omnem culpam prästiren⁷⁰⁾,

68) L. 38. pr. D. Pro Socio.

69) Siehe den 5. Th. dieses Commentars §. 423. a. §. 424. und 425.

70) S. a. J. de obligationib. quasi ex contractu. (III. 27.) L. 21. §. 5. L. 32. D. de negl. gestis. (III. 5.) L. 20. C. cod. (II. 19.) L. 24. C. de usuris. (IV. 53.) S. Hafse die Culpa des Röm. Rechts. §. 95. (S. 490.) und Kap. 12. Nr. III. S. 545. f.

während der curator, so wie der tutor, weil er zur Uebernehmung genöthiget ist, zwar ausser dem Dolus auch Culpa, aber doch nur quantum in rebus suis diligentiam prästirt⁷¹⁾). So klärt sich nun von selbst auf, wenn die Kaiser Diocletian und Maximian in der L. 20. C. de negotiis gestis an die Octaviana rescribiren:

Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit: quippe superioribus quidem necessitas muneric administrationis finem, huic autem propria voluntas facit: ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae nec tutor nec curator constitutus, ultro quis administravit: cum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat: a te conveniri potest, et ea, quae tibi ob eo deberi potuerit, cum usuris compelletur reddere.

Dieser wenn gleich an sich gewiss sehr wichtige Unterschied konnte jedoch die Röm. Juristen um so weniger hindern, die actio negotiorum gestorum auf die Curation anzuwenden, da, wie Ulpian⁷²⁾ lehrt, auch die actio negotiorum gestorum zuweilen da gestattet wird, wo Jemand in der Meinung einer Verbindlichkeit sich fremden Geschäften unterzog. Er sagt nämlich lib. X. ad Edictum:

Hac actione tenetur non solum is, qui sponte, et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis

71) L. 1. pr. D. h. t. S. den 50. L. dieses Commentars S. 1553. a. et b.

72) L. 3. S. 10. D. de negot. gestis.

alienis, et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitatis suspicione gessit⁷³⁾)

In welchem Falle denn auch der negotiorum gestor nicht omnem culpam, sondern nur dolum und culpam latam prästire darf⁷⁴⁾). Ausser jenen Gründen der Unmöglichkeit, welche die Röm. Rechtsgelehrten zwischen der curatio und negotiorum gestio fanden, weswegen sie die Klage aus dieser auf jene anwandten, war noch vorzüglich ein Grund, warum sie Bedenken trugen, die actio tutelae auf die Curatela zu erstrecken, hingegen die actio negotiorum gestorum auf die Curation für passender hielten, nämlich der, daß die actio tutelae nur zwischen dem Pupillen und seinem Tutor Statt findet, dahingegen die actio negotiorum gestorum darin vortheilhafter ist, daß es bey derselben nicht auf die Person ankommt, deren Geschäfte besorgt worden sind, sie sey unmündig oder noch unmündig, großjährig oder noch minderjährig⁷⁵⁾). Zwar scheint es Anfangs unter den Röm. Juristen streitig gewesen zu seyn, ob gegen den Curator eines Unmündigen die actio tutelae, oder die negotiorum gestorum actio anzustellen sey. Man gab jedoch der Meinung den Vorzug, daß die erstere nicht Statt finde, wie aus folgender Stelle des Ulpianus erhellet. Dieser sagt nämlich libro XXXVI.⁷⁶⁾ ad Edictum:

73) Ein Beispiel giebt Julian L. 6. §. 5: *D. de negot. gest.*
G. Jac. Cujacii Comment. in Libr. III. Dig. Salvii
Juliani. (*Opp. postum. a Fabrozo editor.* Tom. III.
pag. 15.)

74) L. 3. §. 9. *D. de negot. gest.*

75) L. 2. *C. de negot. gestis.*

76) L. 1. §. 7. *D. de eo, qui pro tute.* (XXVII. 5.)

Si curator *impuberi* a Praetore datus, negotia gesserit, an quasi pro tutore gesserit, teneatur? quaeritur. *Et est verius*, cessare hanc actionem, quia *officio curatoris functus est*. Si quis tamen, cum tutor non esset, compulsus a Praetore vel a Praeside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam, videndum, an pro tutore teneatur? *Et magis est*, ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debat, quia animo tutoris gessit, quum tutor non esset. At iste curator, non quasi tutor, *sed quasi curator gessit*.

Soviel nun die Gesetze anlangt, welche dieser Meinung entgegen gesetzt werden, so scheint mir blos die L. 3. C. *Arbitr. tut.* einige Berücksichtigung zu verdienen. Hier wird nun freylich das *iudicium tutelae* ausdrücklich gegen einen Curator gestattet; allein schon der griechische Scholiast Thalelaus⁷⁷⁾ bemerkte bey diesem Gesetz, der Name der Klage sey hier *καταχρηστικῶς*, d. h. abusiv, im uneigentlichen Sinne gebraucht, denn eigentlich sollte es heißen, negotiorum gestorum iudicio. Eine solche Verwechslung mit dem Namen der Klagen ist freylich nichts Seltenes. Wie oft werden nicht die Namen der *actio furti* und *condictio furtiva*, ferner der *actio pignoratitia* und *hypothecaria* mit einander in unsern Gesetzen verwechselt? Das Gesetz kann also schon darum nichts beweisen gegen die vielen andern Gesetze, welche den Namen unserer Klage bestimmt angeben, ohne gerade mit Bachov⁷⁸⁾ das Wort *curator* im uneigentlichen Sinne

77) *G. Basilica* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Schol. f. pag. 87.

78) *Ad Treutler*. Vol. II. pag. 498. in fin.

für tutor nehmen zu müssen. Vielmehr lässt sich aus dem gebrauchten Namen der Klage *tutelae iudicio* mit Wahrscheinlichkeit schließen, daß der Kaiser Antoninus einen solchen Fall vor Augen gehabt habe, wo der Curator einem Pupillen war gegeben worden. Diese Vermuthung unterstützen auch die Basiliken⁷⁹⁾. In diesen ist unser Gesetz auf folgende Art ins Griechische übertragen:

*Κονράτωρ τις καταστὰς ἀνήβω, χρήματα εἰρὼν
ἀποτεθέντα εἰς ἀγόρασιαν ἀγρῶν, καὶ ταῦτα λαβὼν,
ηγόρασεν ιδίῳ ὀνόματι ἀγρόν διδοται ἔξουσία τῷ
ἔλαττον, ἢ τὸν ἀγρὸν λαβεῖν, ὡσανεὶ αὐτῷ πραχ-
θέντος τοῦ συναλλάγματος, ἢ τοὺς ἀπὸ συγχωρή-
σεως τόκους ἀπαιτῆσαι.*

FABROTUS. *Curator quis datus IMPUBERI sub-
lata pecunia, quae ad comparationem agrorum
fuerat deposita, fundum emit suo nomine: datur
minori facultas, ut vel fundum recipiat quasi
sibi negotio gesto, vel usuras petat ob usum pe-
cuniae.*

Hier ist keine Klage genannt, der griechische Schriftsteller meint daher in der lateinischen Constitution des Antoninus noch eine Spur der oben gedachten Controvers zu finden. Er macht nämlich bey den Worten *iudicio tutelae* Sch. f. pag. 87. folgende Bemerkung:

*Ἐδει εἰπεῖν γεγοτιόρουν γεστόρουν ἀλλ᾽
ἐπειδὴ ὅλως ἀνηβος ἦν ὁ κουρατωρευόμενος, διὰ τοῦτο
κατέχρήσατο τῷ τῆς ἀγωγῆς ὀνόματι. Εἳ μὴ ὅτι
καὶ ἦν γνώμη νομικῶν λέγουσα, τὸν τοῦ ἀνήβου κου-
ράτωρα τῇ τουτέλαις κατέχεσθαι, γέτες νῦν οὐδαμῶς
εἰρηται. i. e. Debuit dicere NEGOTIORUM GESTORUM.*

79) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 3. Const. XXVIII. pag. 70.

Sed quia IMPUBES erat is, cuius cura gesta est, ideo abutitur nomine actionis, quae fuit sententia Jurisperitorum, quae diceret, curatorem pupilli TUTELAE teneri, quae nunc non obtinet.

Dem Scholia sten stimmt auch Wissenbach⁸⁰⁾ bey. Auf jeden Fall liegt also hier eine Nachlässigkeit des Concipienten zum Grunde, dergleichen in unsern Gesetzen gar nichts Ungewöhnliches ist⁸¹⁾. Was kann also wohl ein solches Gesetz beweisen? Gleiche Bewandtniß hat es mit den übrigen Gesetzstellen. Die L. 20. pr. D. h. t. redet allerdings von einer actio utilis gegen den Curator; allein es ist keine andere, als die actio restitutoria, und also schon deswegen utilis negotiorum gestorum actio, wie Cujaz⁸²⁾ gezeigt hat. Ein Minderjähriger hatte nämlich zwey Curatoren, von denen der eine gestorben war, und einen noch minderjährigen Erben hinterlassen hatte. Er klagt, nach eingetreterner Großjährigkeit, gegen beyde, den Erben seines verstorbenen Curators, und den noch lebenden. Der Richter verurtheilt den Erben zur Bezahlung einer grössern Summe, als den noch lebenden Curator. Der minderjährige Erbe erhält aber gegen diese ungleiche Sentenz die Restitution. Dies veranlaßte den gewesenen Curanden, mit seinem Curator einen neuen Proces anzufangen. Eigentlich hätte zwar gegen denselben

80) Commentatt. in libros VII. priorr. Cod. ad L. 3. C. Arbitrium tut. pag. 486. Man s. auch SCHÄFER Diss. cit. §. 21.

81) Beispiele genug führt Gerh. Noordt Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 9. 10. und 11. an.

82) Commentar. in Lib. II. Responsor. Papin. ad d. L. 20. (Oper. postum. Tom. I. pag. 77.)

keine Klage mehr Statt gehabt. Denn mit ihm war die Sache rechtskräftig abgethan, weil er als Grossjähriger geklagt hatte. Dennoch hielt es Papinian für billig, ihm mit einer *actio utilis* zu Hülfe zu kommen, in so weit nämlich, als der minderjährige Erbe des verstorbenen Curators war relevirt, d. h. in *integrum restituit* worden. Diese *actio utilis* war also wohl keine andere, als die *actio negotiorum gestorum*, welche dem gewesenen Curanden unter den vorliegenden Umständen der Billigkeit wegen *ex clausula Praetoris generali* müste restituit werden. Nun vergleiche man damit folgende Worte der *L. 20. h. t.*

Alterius curatoris heredem minorem, ut maiore pecunia condemnatum, in integrum restitu placuit. Ea res materiam litis adversus alterum curatorem instaurandae non dabit, quasi minore pecunia condemnatum, si non sit eius aetatis actor, cui subveniri debeat: sed aequitatis ratione suadente, per utilem actionem ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet ²³⁾.

Die letzte Stelle, *L. 1. §. 3. in fine D. de contraria tutelae et utili act.* beweist vollends gar nichts. Es ist daselbst von der *actio tutelae contraria* die Rede, von welcher Ulpian, aus dessen *libro XXXVI. ad Edictum* diese Stelle genommen ist, sagt:

23) *S. Basilica Tom. V. (XXXVIII. 3.) Const. 20. pag. 69. et Schol. o. p. q. pag. 84.* Ohne Grund hält *Ant. FABER Conjecturam. iuris civ. Lib. XI. Cap. 12.* und in *Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 17. pag. 950. sqq.* diese letzten Worte für einen *Tribonianismus.* Man sehe dagegen *Ev. OTTONIS Papinian. Cap. XVII. s. 3. pag. 686. (Bremae 1743. 8.)*

Finito autem officio hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit. Sed si pro tutore negotia gessit, vel etiam curam administravit, locus erit iudicio etiam statim, *quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit.*

Die letzten Worte deuten nun zwar auf eine *actio* in curatorem hin, allein sie wird weder *utilis tutelae*, noch *negotiorum gestorum* *actio* genannt. Dahingegen unterscheidet Pomponius *L. 3. D. h. t.* ausdrücklich die *actio tutelae* von der *actio negotiorum gestorum*, man mag nun darunter die *actio directa*, wie die Ordnung des Titels mit sich bringt, oder mit Pothier⁸⁴⁾, so wie auch die Glosse diese Stelle erklärt, die *actio contraria* verstehen.

S. 1368. a.

Zeit der Anstellung dieser Klage.

So gewiß es ist, daß die *actio tutelae* nach dem Röm. Rechte nur erst nach geendigter Tutel angestellt werden kann, so bestritten ist die Frage, wenn die *utilis curationis causa* *actio* anzustellen sey? Denn die Constitutionen der Kaiser scheinen hier mit den Aussprüchen der Röm. Juristen nicht übereinzustimmen. Jene belehren uns, daß, während der Curator sein Amt verwaltet, und der Curand das fünf und zwanzigste Jahr nicht erfüllt hat, die Klage gegen ihn nicht angestellt werden könne.

L. 2. C. de administratione tutor. vel curator. (V. 37.) Impp. SEVERUS et ANTONINUS Timoni et Elpidophoro. Adversus curatorem adolescentis,

84) Pandect. Justinian. Tom. II. Tit. de contraria tutelas et utili actione (XXVII. 4.) Nr. VII. pag. 152.

cui collegae dati estis, *quamdiu administratio communis durat*, exerceri iudicium non potest.

L. 14. C. eodem. Imp. PHILIPPUS A. et PHILIPPUS C. Clementi. Rationes curae administratae ante impletum quintum et vicesimum annum, durante officio posci iure non posse, manifestum est.

Dahingegen scheint aus den Aussprüchen der Röm. Juristen ein ganz anderes Resultat hervorzugehen. Man vergleiche folgende Gesetzstellen in den Pandecten.

L. 26. D. de administr. et peric. tutor. et curator. PAULUS libro XXIV. ad *Edictum*. Cum curatore et protutore etiam manente administratione agi potest⁸⁵⁾).

L. 4. §. 3. D. h. t. PAULUS libro VIII. ad *Sabinum*. Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est: quae competit, *etiam dum negotia gerit*, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione, dum impubes est is, cuius tutela geritur, constitutum est.

L. 16. §. 1. D. eodem. ULPIANUS Libro LXXIV. ad *Edictum*. Cum curatore pupilli sive adolescentis agi poterit, *et si usque adhuc cura perseveret*.

L. 4. §. 4. D. Rem-pupilli vel adolescent. salvam fore. (XLVI. 6.) ULPIANUS libro LXXIX. ad *Edictum*. Hanc stipulationem placet *finita demum*

85) Dies bezieht sich eigentlich auf die Stipulatio, *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, von welcher nachher in der *L. 4. §. 4. D. Rem-pupilli etc.* die Rede seyn wird. S. Jac. Cujacii Comm. ad Lib. XXVI. *Pauli ad Edictum*, ad h. L. 26. (*Opp. postum.* Tom. II. pag. 588.)

tutela committi: et fideiussoribus diem exinde incipere cedere. In curatore aliud est. Sed et in eo, qui pro tutori negotia gessit, aliud dicendum est. Itaque istae stipulationes, si quidem quis tutor fuit, finita demum tutela committentur: si vero pro tutori negotia gessit, conveniens est dicere, *statim atque quaeque res salva non esse coepisset*, committi stipulationem.

Alle diese römische Juristen stimmen also darin überein, daß der Curator auch schon während der Verwaltung belangt werden könne. Die Versuche, diese Gesetze mit einander zu vereinigen, sind sehr verschieden ausgefallen. Ulrich Huber⁸⁶⁾ glaubt, man müsse unterscheiden zwischen der *actio tutelae utilis*, quae datur ad exemplum actionis directae, und der *actio negotiorum gestorum utilis*, quae de singulis rebus competit. Jene könne während der Curatela eben so wenig gegen den Curator angestellt werden, als die *actio tutelae directa* während der Tutel gegen den Tutor, welche sie nachahme. Die letztere hingegen finde auch schon während der Verwaltung statt. Allein auch davon abgesehen, daß dieser ganze Unterschied auf einer unrichtigen Voraussetzung beruht, so steht ihr auch offenbar entgegen, daß ja die *actio negotiorum gestorum* nach der L. 17. C. *de negot. gest.* auch gegen die Erben des Curators angestellt werden kann, auf welche doch die Verwaltung der Curatela nicht übergeht. Da nun die Natur der Klage in der Person des Erben nicht verändert wird⁸⁷⁾; so

86) Digress. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 28. §. 2. et 3.
pag. 566. sq. und Praelection. iuris civ. sec. Institution.
Justinian. Lib. III. Tit. 28. §. 3.

87) L. 2. §. 2. D. de Verb. obligat. (XLV. 1.)

Kann wohl die Klage gegen die Erben des Curators, weil diese in die Rechte und Verbindlichkeiten ihres Erblassers eintreten, keine andere seyn, als eben dieselbe, welche auch gegen den Curator selbst Statt gefunden hätte. Es ist also auch gar keinem Zweifel unterworfen, daß die Klage gegen die Erben des Curators, mit dessen Tode sich die Curatel in seiner Person endigte, eine Generalklage sey, welche, so wie die Klage gegen die Erben des Tutors⁸⁸⁾, auf eine vollständige Ablegung der Rechnung geht. Bey dem Curator furiosi sagt es ja Paulus in der oben angeführten *L. 4. §. 3. D. h. t.* ausdrücklich, daß gegen denselben nicht die *tutelae*, sondern die *negotiorum gestorum actio* Statt finde. Huber fühlte die Schwierigkeit, mit welcher er hier zu kämpfen hatte, und unterlegt daher, um sich aus der Verlegenheit zu ziehen, den Partikeln *non* und *sed* die schon an sich selten vorkommende Bedeutung von *non tantum*, und *sed etiam*. Allein merkte denn dieser große Jurist nicht die nun daraus entstehende, noch weit größere Verwickelung? Wie paßt zu dieser Erklärung der Grund, den Paulus ansführt, *quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione, dum impubes est is, cuius tutela geritur, constitutum est?* Er sagt also, bey der *negotiorum gestorum actio* sey nicht dasselbe Rechtens, was bey der *actio tutelae* gilt. Diese könne hier gar nicht Statt finden, weil sie nur dem Pupillen gegen den Tutor zusteht, und, während jener noch unmündig ist, nicht angestellt werden kann. Bey der *negotiorum gestorum actio* sey ein ganz anderes Recht eingeführt. So wie Huber, unterscheiden jedoch auch Anton Schulting⁸⁹⁾, ... und Christ. Gottl. Ei-

88) *L. 60. D. de admin. et peric. tutor.*

89) *Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. h. t. ad Rubr. pag. 474.*

nert⁹⁰). Ganz anders Johann Voet⁹¹). Dieser meint, es komme auf die Dauer der Curatell an. Die Cura, sagt er, ist entweder eine solche, welche mit dem Eintritt einer gewissen gesetzlich bestimmten Zeit ein Ende nimmt, wie z. B. die Curatell der Minderjährigen mit der Erfüllung des fünf und zwanzigsten Jahres des Curanden, oder sie hat eine solche gesetzlich bestimmte Zeit ihrer Dauer nicht, sondern ihre Beendigung hängt von zufälligen Umständen ab, wie z. B. bey der Curatell der Wahnsinnigen, und gerichtlich erklärten Verschwender der Fall ist. Im ersten Falle könne die Klage gegen den Curator nach dem Röm. Rechte erst nach Endigung der Curatell, also wenn der Curand die Großjährigkeit erreicht hat, angestellt werden, wie aus L. 2. u. L. 14. *Cod. de administr. tutor. et curator.* erhelle. In dem letztern Falle hingegen, wenn die Cura keine gesetzlich bestimmte Dauer hat, könne die Klage gegen den Curator auch noch während der Curatell angestellt werden, und von diesem Falle seyen die übrigen jenen entgegen zu seyn scheinenden Gesetze, L. 4. §. ult. D. h. t. L. 26. *D. de admin. et peric. tut.* L. 1. §. 3. *D. de contr. tut. et utili act.* zu verstehen. Hierher gehöre auch noch der Fall, wenn dem Wypullen oder Minderjährigen ein Curator blos zu einem einzelnen Geschäft, z. B. ein curator ad litem, gegeben worden ist. Auch hier könne die Klage gegen einen solchen Curator, während der Minderjährige noch in der Curatell ist, angestellt werden⁹²). Diese Meinung Voets war auch

90) Diss. cit. Utile tutelae iudicium durante adhuc cura institui non posse. §. 4. sqq.

91) Comm. ad Pand. h. t. §. 20.

92) Von einem solchen Falle versteht Voet die L. 16. §. 1. D. h. t.

schon die Meinung der Glossa, oder des Accursius, wie Montanus⁹³⁾ bemerkt hat. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß die L. 4. §. ult. D. h. t. von dem curator furiosi spricht, wenn sie uns lehrt, daß die negotiorum gestorum actio gegen denselben Statt finde, etiam dum negotia gerit. Allein deswegen auch die übrigen Gesetzstellen gerade von solchen Fällen zu verstehen, wo die Curatel keine gesetzlich bestimmte Dauer hat, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Die richtigste Meinung, welche auch Jac. Cujacius⁹⁴⁾, Hugo Donellus⁹⁵⁾, Quirinus Gottfr. Schäfer⁹⁶⁾, und unter den neuern Rechtsgelehrten Zimmern⁹⁷⁾ und von Wening-Ingenheim⁹⁸⁾ angenommen haben, ist wohl die, wenn man zwischen der actio negotiorum gestorum generalis, welche auf vollständige Ablegung der Rechnung über die geführte ganze Administration der Curatel, und Herausgabe des noch übrigen Vermögens des Curanden geht, und der actio N. G. specialis, die nur einzelne Gegenstände betrifft, unterscheidet. Von jener sagen es die Gesetze ausdrücklich, daß sie nur erst nach geendigter Curatel Statt finde. Die letztere aber kann auch während der Curatel angestellt werden. Daß aber die actio negotiorum gestorum auch wegen einzelner Geschäfte

93) Tr. de iure tutel. et curat. Cap. XXXIX. nr. 251.
pag. 575.

94) Recitation. Solemn. ad Tit. Cod. Arbitrium tutelae.

95) Commentar. de iure civ. Lib. XV. Cap. 22. §. 5.
pag. 194.

96) Diss. cit. de utili curat. c. actione. §. 20.

97) Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 248. S. 938.

98) Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 409.

begründet sey, sagt Ulpian L. 3. §. 2. *D. de negotiis gestis* ausdrücklich, wo es heißt: *Negotia sive accipe, sive unum, sive plura.* Es kann ja auch ein Curator zu einzelnen Geschäften angeordnet werden.

§. 1368. b,

Besondere Rechte dieser Klage.

Da die actio negotiorum gestorum an sich mit keinem Privilegium versehen ist, diese Klage auch in dem Edict des Prätors de his, „qui notantur infamia“⁹⁹⁾ unter die Klagen nicht mit aufgenommen worden ist, welche wegen bewiesener Untreue des Beklagten infamiren; wie dieses gleichwohl mit der actio tutelae verbunden ist; so hielt man es für billig, die Curanden hierin auch den Pupillen gleich zusezen. Das den Pupillen, aber nur für ihre Person, in den Digesten gestattete privilegium exigendi an dem Vermögen ihrer Tutores bey dem iudicium tutelae ward daher auch der utilis curationis causa actio beygelegt, und also nicht nur den Minderjährigen, sondern auch jedem andern vergönnt, welcher aus der administratio curae, nur nicht wegen bloßer custodia, gegen den Curator klagt¹⁰⁰⁾. Eben so kommt auch nicht nur den Pupillen und Minderjährigen, sondern auch den furiosis und prodigis ein Pfandrecht am ganzen Vermögen ihrer Curatoren zu, wie ich an einem an-

99) L. 1. *D. de his, qui notant. infam.* Hier sind blos die actio tutelae, pro socio, mandati, und depositi genannt.

100) L. 25. *D. h. t. L. 19. §. 1. L. 20 — L. 24. §. 1. D. de rebus auctor. iudicis possid.* (XLII. 5.) S. Jos. FINESTRES et de MONSALVO in Hermogeniani iuris Epitomar. libros Comment. Tom. II. ad L. 25. D. h. t. pag. 815 — 822.

dern Orte¹⁾ gezeigt habe. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Curator, wenn er propter dolum condemnirt worden, sich eine Infamie zuziehe, wie Fabrotus²⁾ gezeigt hat.

§. 1368. c.

Besonderer Fall. Erläuterung der L. 24. D. h. t.

Noch ein besonderer Fall ist hier nicht zu übergehen, welcher aus des Paulus libro II. Sententiarum Receptar. in der L. 24. D. h. t. vorgetragen wird. Wenn nämlich einem postumus ein Vormund gegeben worden, welcher nachher nicht zur Welt gekommen ist. Was findet hier wegen der Verwaltung für eine Klage Statt? Paulus, der hier wohl unstreitig darnach geht, was das strenge Recht mit sich bringt, sagt, es habe weder die actio tutelae Statt, weil kein Pupill vorhanden ist; noch die actio protutelae, weil auch diese eine solche Person voraussetzt, welche ihrem Alter nach einen Tutor haben kann, also ein impubes seyn muß³⁾; wovon hier gar keine Bedeutung ist; noch die negotiorum gestorum actio, weil man auch eigentlich nicht sagen kann, die negotia einer Person seyen gerichtet worden, welche gar nicht existirt. Der Billigkeit wegen sey aber doch wenigstens eine utilis actio gegen einen solchen Tutor zu gestatten. So glaube ich ist Paulus zu verstehen, wenn er in der angeführten Stelle sagt:

Postumo tutor datus, non nato postumo, ne-

¹⁾ S. den. 19. Th. des Commentars. §. 1088. S. 146—154.

²⁾ Notae ad Paratitl. Cujacii in h. t. Pand. (Opp. prior. Tom. I. pag. 864.) S. auch SCHACER Diss. cit. §. 17.

³⁾ L. 1. §. 6. D. de eo, qui pro tute. (XXVII. 5.)

que *tutelae*, quia nullus pupillus est, neque *protutelae*, quia nulla significatio est, neque *negotiorum gestorum iudicio* tenetur, quia administrasse negotia eius, qui natus non esset, non videtur: et ideo *utilis* in eum *actio* dabatur.

Dass diese *actio utilis* jedoch keine andere seyn könne, als die *utilis negotiorum gestorum actio*, erheslet aus andern Gesetzen⁴⁾.

§. 1569.

Hafzung mehrerer Vormünder. Rechtswohlthaten derselben.
Gerichtsstand derselben.

Was Hellfeld in diesem §. von der Hafzung mehrerer Vormünder und den Rechtswohlthaten derselben lehrt, ist schon an einem andern Orte⁵⁾ ausführlich verörtert worden. Ich bemerke hier nur noch, dass mehrere Vormünder, welche eine Vormundschaft gemeinschaftlich geführt haben, als Streitgenossen zu betrachten sind. Sie können daher, da sie alle aus demselben Rechtsgrunde verpflichtet sind, zusammen bey einem Gerichte belangt werden, wenn sie auch verschiedene Wohnorte haben, nämlich bey dem Richter, welcher sie alle bestellt, oder bey welchem

4) L. 29. D. de negot. gestis. L. 19. §. 2. D. de testam. tut. S. Ant. SCHULTING ad PAULI Sentent. Recept. Lib. II. Tit 50. Not. 5. (in Jurispr. vet. Antejustin. pag. 525.) SCHACHER Diss. Util. curation. c. action. §. XXII. circ. fin. und Guil. & TISTERBANT (dict. BILLERBYK) Observation. et Emendat. Lib. II. cap. 22. Eben dies war auch schon die Meinung des Vivianus in Glossa ad h. L.

5) S. den 50. Th. §. 1536. a — d. S. 360 — 425.

die Verwaltung geführt worden ist ⁶⁾). Denn die Gesetze ⁷⁾ wollen, daß solche Sachen, die mehrere Beklagte betreffen, welche aus einem und demselben Rechtsgrunde dem Kläger haften, zur Ablürzung der Processe von einem Gerichte gleichzeitig erörtert und entschieden werden sollen. Es ist also hier nicht nöthig, einen außerordentlichen Gerichtsstand ex identitate causae bey dem nächsten Obergerichte zu begründen.

§. 1370.

Wenn einer von mehreren Mündeln die Grossjährigkeit erreicht hat, in wieweit findet hier die Klage gegen den Vormund statt?

Hat ein Vormund über mehrere Mündel, welche ein noch ungetheiltes Vermögen haben, die Vormundschaft geführt, und einer derselben hat die Grossjährigkeit erreicht; so kann dieser zwar sofort von dem Vormunde Ablegung der Rechnung fordern. Es versteht sich aber, daß der Vormund dann über das ganze Vermögen, welches er verwaltet hat, Rechnung ablegen muß, weil sonst nicht ausgemittelt werden kann, wieviel ihm zu seinem Anteil von der Vermögensmasse gebührt. Es hindert auch die Klage nicht, daß die Vormundschaft in Ansehung der übrigen noch min-

6) S. Mittermaier über das forum continentiae causarum, §. 2. (im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeb. von Gensler etc. 2. B. Nr. XI. S. 148.) Man vergl. auch Joh. Fr. Euseb. Lotz civilist. Abhandlungen. (Coburg und Leipzig 1820. 8.) Nr. V. S. 135. ff.

7) L. 5. Cod. Arbūrium tutelae. (V. 51.) S. Joach. Maurit. Guill. BAUMANN Divus Gordianus s. de vita et constitutionib. M. Antonii Gordiani III. Imp. Lipsiae 1792. 4. Exerc. I. §. V. und den 11. Th. dieses Commentars §. 751. S. 504.

verjährigen Geschwister fortdauert, wie Papinian *libro V. Responsorum* ⁸⁾ lehrt, wo er sagt:

Tutelae iudicium ideo differri non oportet, quod fratris et coheredis impuberis idem tutelam sustineat.

Es kann auch der in der Vormundschaft gebliebene Minderjährige nicht genöthiget werden, an diesem Proces als Streitgenosse Untheil zu nehmen, wenn auch der Großjährige seinen Vermögenstheil verlangt, ne adiuncta praesentia consortis vel consortium, agendi vel respondendi jurgantibus licentia pro parte pandatur, wie Kr. Julian ⁹⁾ verordnet hat.

8) *L. 59. §. 17. D. de administr. et peric. tut. et curator.*

S. Jac. Cujacii Comment. in Libr. V. Responsor. Papiniani ad h. L. 1. (*Opera postumor.* Tom. I. pag. 203.)

9) *L. 1. C. de consortib. eiusd. litis* (III. 40.) S. Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft §. 4. (in dem Magazin für den bür. Proces, herausgegeben von Martin und Walch, 1. Band. 1. Hest. Nr. 1. S. 32 — 34.)

Lib. XXVII. Tit. IV.

De contraria tutelae et utili actione.

§. 1371.

Action tutelae contraria.

Durch die Administration macht sich jedoch nicht blos der Vormund seinem Mündel quasi ex contractu verbindlich, sondern der Mündel selbst wird dadurch auch seinem Vormunde nach dem Civilrecht verpflichtet. Eine solche Verpflichtung zwischen dem Mündel und dem Vormunde konnte durch Vertrag nicht begründet werden, weil der Pupill nicht ohne Auctorität des Tutors verbindlich werden kann, eine auctoritas in rem suam aber lässt sich nicht denken. Die Verpflichtung des Mündels musste also durch das Civilrecht begründet werden, und zwar zum eigenen Besten der Pupillen, damit diejenigen, welche zu Vormündern bestellt werden, sich desto leichter zur Uebernehmung dieser Bürde verstehen möchten, wenn sie wissen, die Pupillen werden auch ihnen aus ihrer Verwaltung verbindlich, und sie daher versichert seyn können, es werde ihnen alles ersetzt werden, was sie von Amtswegen für

den Mündel aus ihrem Vermögen verwenden¹⁰⁾). Gleichwohl haben die Gesetze den Vormündern wegen ihrer Forderungen an den Mündel keine Hypothek an dem Vermögen desselben gegeben¹¹⁾), sondern es steht ihnen nur eine persönliche Klage gegen den Pupillen oder dessen Erben auf Entschädigung zu. Dies ist die *actio tutelae contraria*, von welcher dieser Titel handelt¹²⁾). Daher heißt es in den *Institutionen* §. 2. *de obligation. quasi ex contractu.* Hoc autem casu mutuae sunt *actiones*: non tantum enim pupillus cum tute habet *tutelae actionem*, sed ex contrario tutor cum pupillo habet *contrariam tutelae*, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditor ei obligaverit. Die Klage kann jedoch der Tutor erst nach geendigter Tutel anstellen¹³⁾. Auch dem Curator, nicht blos des Minderjährigen, sondern auch des furiosi oder prodigi, ja nach der Meinung des Sabinus auch dem Curator ventris, so wie allen übrigen Curatoren, steht eine *actio contraria utilis* zu; es ist die *actio negotiorum gestorum*

10) *L. 1. pr. D. h. t.*

11) *S. Voet Comment. ad Pand. b. t. §. 1. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 58. nr. 4. u. Ant. FABER Cod. Definit. forens. eod. tit. Def. 1.*

12) *S. Ant. FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Iliat. 19 — 27. pag. 954. sqq. Hug. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 21. (Vol. IX. edit. noviss. Norimb. 1826. 8. pag. 190. sq.) Franc. DUARENUS Comment. in b. Tit. Pand. (Opp. pag. 508. sq.) Paul. MONTANUS Cap. XL. Ger. NOORD Commentar. ad Dig. h. t. (Opp. Tom. II. pag. 576. sq.) u. Jo. VOET Comm. ad Pand. h. t.*

13) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

*contraria utilis*¹⁴⁾), welche sich von der *actio tutelae contraria* dadurch unterscheidet, daß sie auch noch während der Curatela angestellt werden kann¹⁵⁾.

L. 1. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS libro XXXVI. ad Edictum. Sed et si curator sit vel pupilli, vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, dicendum est, etiam his *contrarium* dandum *iudicium*. Idem in curatore quoque ventris probandum est: quae sententia SABINI fuit existimantis, ceteris quoque curatoribus ex iisdem causis dandum *contrarium iudicium*. §. 3. *Finito autem officio* hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit. Sed si — curam administravit, *locus erit iudicio etiam statim, quia hoc causa in ipsum quoque statim actio competit.*

Die *actio contraria* setzt nun zwar eine *directa actio* voraus, *quia contra*, id est, *vicissim* datur, wie Gerh. Noodt¹⁶⁾ sagt; allein daß diese auch immer angestellt werden müsse, wenn die *actio contraria* statt haben soll, ist nicht nöthig. Denn will oder kann der Mündel nicht klagen, weil ihm entweder der Vormund nichts mehr schuldig ist, und derselbe mehr an ihn verwendet hat, als ihm fehlt; so wird dadurch der Vormund

14) So nennen diese Klage wegen der L. 3. §. 5. *D. de negotiis gest.* Franc. DUARENUS cit. Commentar. §. ult. pag. 509. Noodt cit. Comm. §. ult. pag. 577. Scheweppe Röm. Privatrecht. §. 758. und von Wening - Ingenheim im Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. Band. IV. Buch. §. 410. a. E.

15) G. Ant. FABER Jurispr. Papin. c. I. pag. 955. sqq.

16) Comm. ad Dig. h. t. Princ.

nicht gehindert, die actio contraria dennoch gegen den Mündel anzustellen, wie Ulpian sagt *L. 1. §. 8. D. h. t.*

Hanc actionem dandam placet, *et si tutelae iudicio non agatur*: etenim nonnunquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est, quam quod ei abest: *nec impediendus est tutor contrario agere.*

Ueberhaupt hat der Vormund die Wahl, ob er sich der actio contraria bedienen, oder seine Gegenforderung an den Pupillen, wenn dieser actione directa gegen den Vormund klagt, mittelst der Einrede der Compensation gekünd machen will¹⁷). Vielleicht war dieses auch ursprünglich der Weg, auf welchem der Vormund zu seiner Entschädigung gelangte. Denn die actio contraria, welche jedoch dem Labeo schon bekannt war¹⁸), scheint erst nachher eingeführt worden zu seyn, als man durch die Erfahrung von ihrer Nothwendigkeit überzeugt wurde, weil durch die Compensation der Vormund nicht immer seine Befriedigung erhielt oder erhalten konnte¹⁹). Ulpian sagt daher *L. 1. §. 4. D. h. t.*

Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impedit. Sic erit arbitrii eius, utrum compensare, an pe-

¹⁷⁾ *L. 2. C. de in litem dando tutore vel curat.* (V. 44.)

Imp. ALEXANDER. — cum aut compensationis rationem habere, aut contrario tutelae iudicio experiri possis. —

L. ult. C. de contrario indic. tutelae. (V. 58.)

¹⁸⁾ *L. 3. pr. D. h. t.*

¹⁹⁾ *S. Ger. Noont Comment. ad Dig. Lib. XIII, Tit. 6. §. ult.* (*Opp. Tom. II. pag. 520.*)

tere velit sumtus. Quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? Et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio, et acquievit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.

Die Nothwendigkeit der actio contraria erscheint also 1) wenn der Richter auf die Einrede der Compensation keine Rücksicht genommen hat. Er muß nur nicht die Gegensorderung des Vormundes nach verhergeganger Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit als ungegründet verworfen, und sich der Vormund bey dem Urtheile beruhiget haben. Hier kann der Vormund nicht weiter klagen, weil er die rechtskräftige Entscheidung wider sich hat. Man kann hier auch nicht sagen, der Pupill bereichere sich mit dem Schaden des Vormundes, denn nach der Regel: *res iudicata pro veritate accipitur*²⁰⁾, muß angenommen werden, der Vormund habe keine Gegensorderung an den Pupillen²¹⁾. 2) Wenn die Gegensorderung des Vormundes mehr beträgt, als der Gegenstand der Klage des Mündels betragen würde, mithin dem Pupillen gegen den Vormund gar keine Klage zusteht²²⁾. Ulpian führt diesen zweyten Fall in der *L. 3. pr. D. h. t.* an, welche mit der vorher angeführten *L. 1. §. 8. eodem* in unmittelbarer Verbindung steht, und nur von den Compilatoren der Pandecten durch Einschiebung der *L. 2.* einer Stelle aus

20) *L. 207. D. de div. Reg. iur.*

21) *S. Ant. - FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 20.* Man vergl. auch den 15. Th. dieses Commentars. §. 955. S. 113. f.

22) Die Nothwendigkeit der actio contraria in diesem Falle erkennt auch *GAIUS L. 18. §. 4. D. Commodati.* (XIII. 7.)

Julian, getrennt worden ist. In der L. 3. pr. heißt es:

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, absolvit 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.

In diesem Falle hat also freylich der Vormund nachzuweisen, daß Nothdurft oder Nutzen des Mündels den vorgeschossenen Kosten-Aufwand erforderte, wenn die actio contraria begründet seyn soll. Verschiedene hierher gehörige Fälle giebt Anton Faber²³⁾ an.

§. 1371. a.

Gegenstände der actio contraria.

Die actio contraria geht nun auf Entschädigung des Vormundes. Diese Schadloshaltung besteht darin, 1) daß dem Vormunde die wegen der Vormundschaftsverwaltung gehabten Auslagen, und zwar mit Zinsen ersehen werden müssen, ohne Unterschied, der Vormund mag entweder zur Besteitung der Auslagen Gelder verzinslich aufgenommen, oder sie mit seinem eigenen Gelde bestritten haben. Im ersten Falle müssen ihm jedoch die Zinsen wieder ersucht werden, die er selbst dem Gläubiger hat bezahlen müssen, in dem andern aber kann er landübliche Zinsen

²³⁾ Jurispr. Papin. Scient. c. 1. Illat. XXII. pag. 958. sq.
und in Cod. Sab. Lib. V. Tit. 25. Def. 2.

fordern, sonst nur zu vier Procent. Es segt dies aber freylich voraus, daß selbst bey wirthschaftsmäßiger Verwaltung Aufnahme von Geldern oder Vorschuß nöthig war. Denn war die Mündel-Casse selbst bey Gelde, oder sollte sie es, und konnte es auch bey wirthschaftsmäßiger Verwaltung seyn; so ist der Vormund nicht berechtigt, etborgte Gelder oder Vorschüsse in Rechnung zu bringen²⁴⁾, wie dies alles aus folgenden Gesetzstellen sich ergiebt.

L. 3. §. 1. D. h. t. ULPIAN. Consequitur autem pecuniam, si quam de suo consumsit, *etiam cum usuris*, sed vel trientibus, vel his, quae in regione observantur, vel his, quibus mutuatus est, si necesse habuit mutuari, ut pupillo ex iusta causa prorogaret²⁵⁾: vel his, a quibus pupillum liberavit, vel quibus caruit tutor, si nimirum²⁶⁾ profuit pupillo pecuniam esse exsolutam.

§. 2. Plane si forte tutor aliquid pecuniae debuit foenerare, aliquid ipse pro pupillo solvit, nec ipse usuras consequitur, nec pupillo praestabit²⁷⁾.

24) G. FABER Jurisprud. Papinian. Scient. cit. loc. Illat. XXIV. pag. 962. sqq.

25) Bed. liest *praerogaret*.

26) Die florentinische Ausgabe hat *nimum*; allein die Lesart *nimirum*, welche Baudoza und Merlin haben, und auch POTHIER Pand. Justin. h. t. Nr XIV. angenommen hat, scheint mir besser zu seyn. Auch ACCURSIUS gedenkt dieser Lesart, behält aber das *nimum* bey, und erklärt es durch plus, quam colligant haec usurae.

27) Die Zinsen nämlich, welche der Vormund für das Geld hätte gewinnen können, welches er für den Pupillen verwendet hat, sind hier mit den Zinsen zu compensiren, die der Vormund dem Pupillen für die Gelder hätte vergüten

Diese Zinsen kann der Vormund bis auf die Zeit fordern, da ihm sein Vorschuß wieder bezahlt wird, weil er bis dahin das Geld nicht hat nutzen können, er müßte denn etwa früher Gelegenheit gehabt haben, sich aus der Pupillen-Casse, wozu er berechtigt war²⁸⁾, bezahlt zu machen. War etwa das Pupillen-Geld zum Ankauf von Grundstücken gerichtlich deponirt, so kommt es darauf an, ob er seine Bezahlung auf sein Ansuchen von der Obrigkeit hätte erhalten können, oder nicht. In jenem Falle ist ihm zur Last zu legen, daß er es nicht gehabt hat, in dem letztern Falle aber gebühren die Zinsen dem Vormunde bis zur Heimzahlung des Vorschusses. Ulpian sagt in der angeführten L. 3. §. 4. h. t.

Usuras utrum tam diu consequetur tutor, quamdiu tutor est, an etiam post finitam tutelam, videamus: an ex mora tantum? Et magis est, ut, *quoad ei reddatur pecunia*, consequatur: nec enim debet ei sterilis esse pecunia. §. 5. Si tamen fuit in substantia pupilli, unde conqueretur, dicendum est, non oportere eum usuras a pupillo exigere. §. 6. Quid ergo, si de re pupillari non potuit sibi solvere, quia erat deposita ad praediorum comparationem? Siquidem non postulavit a Praetore, ut promatur pecunia, vel hoc minus deponatur, sibi imputet: si vero hoc desideravit, nec im-

müssen, die er müßig liegen gelassen hat. Die florentinische Lesart praestabit ist wohl der halvandrischen pensabit vorzuziehen, welcher auch Ant. SCHULTING Not. ad Dig. s. Pandect. T. IV. ad h. L. pag. 484. den Vorzug gegeben hat.

28) L. 9. §. 5. *D. de administr. et peric. tut. et curat.*

petravit, dicendum est, non deperire ei usuras in contrario iudicio.

Ob übrigens die Auslagen vor, oder während der Vormundschaft, oder nachher gemacht worden, gilt gleich, wenn sie nur durch sie veranlaßt sind. Ulpian lehrt dies ebenfalls in der angeführten *L. 3. §. 8. h. t.* wo es heißt:

Judicio contrario tutelae praestatur et id, quod in rem pupilli versum ante tutelam ²⁹⁾, *vel post*

29) *Ant. FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 25. pag. 965.* meint, die Worte *ante tutelam*

seyen wegzustreichen, denn Ulpian spreche hier blos von dem, was der Vormund noch nach geendigter Tutel zum Nutzen des Pupillen verwendet hat. Wenn er also sagt, *vel post tutelam*, so heiffe das so viel als *etiam post tutelam finitam*. Auch die nachher beygefügte Bedingung: *si negotiis tutelae tempore gestis nexus probatur*, beziehe sich blos darauf, was der Vormund noch nach beendigter Tutel unternommen hat; und darauf gehet die *actio tutelae contraria* nur in sofern, als es mit dem, was während der Vormundschaft geschehen ist, in Verbindung steht. Schon Bartolus erklärte daher die Worte *ante tutelam*, durch *ante tutelam finitam*, also was während der Vormundschaft geschehen ist. Denn von dem, was vor Uebernehmung der Vormundschaft geschehen, sey erst nachher die Rede, und daß dieses ohne Unterschied für die *actio contraria* geeignet sey, sage Ulpian selbst. Allein ich kann dem Faber hierin nicht beystimmen. Der ganze Zusammenhang lehrt, daß die Worte *ante tutelam* nicht weggelassen werden können. Der griechische Scholiast in den *Basilic. Libr. XXXVI. Tü. 4. Schol. m. Tom. V. FABROTI* pag. 94. hat auch das Gesez eben so wörtlich ins Griechische übertragen, als es in den Pandecten lautet: *Kai eite ð è πρὸ τῆς ἐπιτροπῆς ἐδαπάνησε περὶ*

tutelam, si negotiis *tutelae tempore* gestis nexum probatur: et quod ante impensum est, sive pro tuteore negotia gessit, et postea tutor constitutus est, sive ventri erat curator³⁰⁾: sed et si non pro tuteore negotia gerebat, debet venire, quod ante impensum est: deducuntur enim in tutelae iudicium sumtus, quoscunque fecerit in rem pupilli: sic tamen, si *ex bona fide* fecit.

Diese Auslagen müssen dem Vormund ersehnt werden, wenn auch das Geschäft, worauf sie verwendet worden sind, einen ungünstigen Ausgang gehabt haben sollte, wie ebenfalls Ulpian §. 7. der angeführten L. 3. sagt:

Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gesisse: *etsi eventum adversum habuerit, quod gestum est.*

Das Geschäft muß nur in der guten Absicht, des Pupillen Nutzen zu befördern, auch mit der gehörigen

τὰ πονπιλλάρια πράγματα ὁ ἐπίτροπος, οὐ μετὰ τὸ περαιωδῆναι τὴν ἐπιτροπὴν, ἵνα περαιώσῃ τὰ ἐν τῇ ἐπιτροπῇ ἀρχθέντα πράγματα, καὶ ταῦτα ἀπαιτεῖ οὐ κοντραρία. i. e. Et sive ante tutelam impenderit in negotia pupillaria tutor, sive post tutelam impleverit negotia in tutela inchoata, id petit iudicio contrario.

30) Der griechische Scholiast a. a. D. hat diese Stelle so paraphrasirt: οὐ τῇ γαστρὶ ἐδόθη τις κοντάτωρ, καὶ διώκησε πρὸ τοῦ τεχθῆναι τὸ παιδίον, μετὰ ταῦτα δὲ ἐπίτροπος ἐβλήθη, ἀπαιτεῖται καὶ ὅσα ἐδαπάρησεν ἐν τῷ ἐγκυμονεῖσθαι τὸ παιδίον. i. e. vel si datus ventri curator gessit, priusquam partus ederetur, postea tutor constitutus, repetit, quae impendit, quamdia partus erat in utero. Man vergleiche auch Voet Comm. h. t. §. 5.

Vorsicht unternommen worden seyn, so daß nach vernünftigen Gründen ein guter Erfolg zu erwarten gewesen wäre, wenn er nicht zufällig wäre verhindert worden, welches denn freylich auch der Vormund zu beweisen hat, weil es zur Begründung seiner Klage gehört³¹⁾.

Was also ein redlicher Vormund aus guten und vernünftigen Gründen zur Nothdurft, und zum Nutzen des Mündels von dem Seinigen verwendet hat, das muß ihm ersetzt werden, wenn er auch zur Verwendung kein obrigkeitliches Decret erhalten hätte, wie der Kaiser Antoninus an einen gewissen Eumosus rescribirt hat.

L. 3. C. de administrat. tutor. vel curator.
 (V. 37.) *Sumtus in pupillum tuum necessario, et ex iustis honestisque causis iudici, qui super ea re cognitus est, si probabuntur facti, accepto ferentur: etiam si Praetoris decretum de dandis eis non sit interpositum.* Id namque, quod a tutoribus sive curatoribus bona fide erogatur, potius iustitia, quam aliena auctoritate firmatur³²⁾.

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß die Auslagen um der Vormundschaft willen geschehen sind. Denn was der Vormund auf sich selbst verwendet hat, sey es auch bey Gelegenheit vormundschaflicher Geschäftsanlegenheiten geschehen, das kann er nicht in Rechnung bringen. Hat also der Vormund wegen der Verwaltung der Güter

31) G. Ant. FABER Jurisprud. Papin. cit. loc. Illat. 19.
 pag. 955. besonders Jo. Voigt Comment. ad Pandect. b. t. §. 4.

32) Man verbinde damit noch die *L. 4. C. de in litem dando tut. vel curat.* (V. 44.) und *L. 2. Cod. de aliment. pupillo praest.* (V. 50.)

seines Mündels eine nöthige Reise machen müssen; so kann er zwar die Reisekosten in Rechnung bringen, auch die gehabten Proceskosten; die Behrungskosten aber nur inssofern, als er dieselben um der Reise willen gehabt hat, und sie nicht ebenfalls auf sich hätte verwenden müssen, wenn er auch zu Hause geblieben wäre³³⁾). Ulpian sagt *Libro XXXVI. ad Edictum*³⁴⁾.

Item sumtus litis tutor reputabit et viatica, si ex officio necesse habuit aliquo excurrere, vel proficisci.

Und Callistratus beruft sich *L. 33. §. 3. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* auf Kaiserliche Constitutionen, nach welchen nur auf diejenigen Kosten, qui bona fide in tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, Rücksicht genommen werden solle.

Der Vormund kann ferner 2) auch darauf klagen, daß er von den für den Mündel während der Vormundschaft, nicht bloß durch Expromission, wie Cujacius³⁵⁾ meint, sondern auch ohne Novation durch Bürgschaft oder Constitutum übernommenen Verbindlichkeiten befreit werde³⁶⁾).

33) S. DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 21. §. 4. (Vol. IX. pag. 191.)

34) L. 1. §. 9. D. de tut. et ration. distrah.

35) Observation. Lib. XXVI. cap. 20. und Eiasd. Comment. in Lib. I. Responsor. Papin. ad L. 3. §. 2. D. de administr. rer. ad civitat. pertinent. (*Opp. postum. a FABRO editor. Tom. I. pag. 45. sq.*) Ihm sind gleichwohl gefolgt Jo. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LII. Th. 28. pag. 546. und Ger. NOÖDE Comment. ad Dig. h. t. §. Causa igitur. (*Opp. Tom. II. pag. 576.*)

36) S. ANT. FABER Jurispr. Papinian. Scient. cit. loc. II. lat. 29. pag. 967. besonders ULR. HUSSA Praelection. ad

Daß auch hierauf die actio contraria gehe; sagt Paulus *libro V. ad Plautium*³⁷⁾ ausdrücklich.

Si tutor *pro pupillo se obligavit*, habet contrariam actionem, et antequam solvat.

Eben dieses bestätigt auch Gaius *libro III. Aurorum*³⁸⁾, wo er sagt: Sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si — *vel pro eo fuerit obligatus*, aut *rem suam creditori eius obligaverit*.

Zwar sagt Ulpian *L. 3. §. 1. D. h. t.* der Vormund könne mit der actio contraria nur daß fordern, quae ei propter tutelam absunt: So lange nun aber der Tutor noch nicht für den Mündel gezahlt hat, kann man ja eigentlich noch nicht sagen, daß ihm aus seinem Vermögen etwas entgangen seyn. Es scheint also auch die Klage noch nicht zuständig zu seyn. Dennoch sagt Paulus, die Klage finde Statt, *et antequam solvat tutor*; und zwar mit Recht, denn so ist es auch bey der actio negotiorum gestorum contraria, wie Iavolenus *libro VIII. ex Cassio*³⁹⁾ sagt, wo er auch den Grund angiebt: *quia id ei ABESSE videtur, in quo obligatus est*. Daß aber die actio contraria auf die Be-

Pand. h. t. §. 2. pag. 303. (edit. Franequer. 1689. 4.)
Ihm stimmt auch Ant. SCHULTING in Notis ad Digesta s. Pandect. a Smallenburg. edit. Tom. IV. ad L. 6. h. t. pag. 484. sq. bey.

37) *L. ult. D. h. t.*

38) *L. 5. §. 1. D. de obligat. et. action.* (XLIV. 7.)

39) *L. 28. D. de negot. gest.* Ueberdem sagt ja auch Julian *L. 4. D. h. t.* die actio contraria gehe auf alles, *quod tutori aberit*, also was dem Vormund wegen der gehabten Vormundschaft noch entgehen dürfte.

freyung des Tutors von jeder für den Pupillen auch ohne Novation übernommenen Verbindlichkeit gehe, wird besonders in den Basiliken⁴⁰⁾ hervorgehoben, wo die Stelle des Paulus im Griechischen folgendermassen lautet.

O ἐπίτροπος παρεμβάλλων εἰσαντὸν ὑπὲρ τοῦ ἀνίβου, ἔχει καὶ πρὶν ἢ καταβάλῃ τὴν κοντραρίαν, ἵνα ἐλευθερώθῃ τοῦ χρέους.

Tutor intercedens pro pupillo, habet contraria, et antequam solvat, ut liberetur a debito.

Es ist auch wohl schwerlich aus den Gesetzen zu erweisen, wenn Cujaz meint, der Vormund könne nur in dem Falle vor geleisteter Zahlung auf Befreyung klagen, wenn er für den Mündel ex promittirt, und also durch Novation desselben Verbindlichkeit übernommen hätte, gleichsam als ob er nur in diesem Falle allein nach geneigter Tute von den Gläubigern mit Wirkung belangt werden könne, dagegen eine jede andere Intercession, welche ohne Novation blos durch Bürgschaft oder Constitutum geschehen ist, ihre Wirksamkeit gegen den Vormund schon von selbst verliere, sobald sein Amt geendigt ist, ohne daß für eine solche eine actio contraria auf Befreyung nöthig sey. Paulus giebt wenigstens zu einer solchen einschränkenden Erklärung keine Veranlassung, sondern sagt ganz allgemein, wenn sich der Tutor für den Mündel verpflichtet hat, so könne er mit der actio contraria auf Befreyung klagen. Er könnte mithin aus der übernommenen Verbindlichkeit allerdings auch noch nach beendigter Vormundschaft belangt werden. Daß aber auch

die Gesetze⁴¹⁾, welche Cujaz für seine Meinung angeführt hat, dieselbe nicht beweisen, hat Joh. Voet⁴²⁾ so augenscheinlich dargethan, daß nun wohl nicht leicht mehremand dem Cujaz bestimmen möchte. Sie reden theils gar nicht von einer übernommenen Bürgschaft oder Intercession des Vormundes für den Pupillen, sondern sagen nur soviel, daß der Vormund aus den Handlungen, die er während der Vormundschaft aus Amtspflicht vornahm, er habe nun entweder blos seine Auctorität interponirt, oder selbst gerirt, nach niedergelegtem Urte, nicht weiter belangt werden könne, sondern die dadurch begründeten Klagen nun auf den Mündel selbst übergehen. Allein zur Uebernehmung einer Bürgschaft oder Verpfändung seiner Sachen für die Schulden des Mündels nöthigte ja den Vormund nicht Amtspflicht, sondern dies war sein freyer Wille. Theils gehören diese Gesetze auch gar nicht hierher, dies gilt nun vorzüglich von der L. 3. §. 2. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent, welches gerade die Stelle ist, worauf Cujaz am meisten gebauet hat. Hier sagt Papinian, aus dessen libro I. Responsorum dieselbe genommen ist:

In eum, qui administrationis tempore creditoribus reipublicae, novatione facta, pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet. Diversa causa est eius, qui solvi constituit: similis etenim videtur ei, qui publice vendidit, aut locavit.

41) L. 5. §. 1. D. Quando ex facto tutor. vel curator.

L. 28. D. de admin. et peric. tut. vel curator.

L. 26. C. eodem. L. ult. §. ult. D. Ut legator. seu fideiocommiss. servand. causa caveat. L. 5. §. 2. D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.

42) Comment. ad Pand. h. t. §. 10.

Hier wird nun zwar freylich gesagt, ein Verwalter Städtischer Güter hafte auch noch nach niedergelegtem Amte, wenn er eine Stadtschuld durch Novation übernommen, aber nicht aus einem bloßen Constitutum, wodurch er Zahlung versprochen hat. Es wird also unläugbar ein Unterschied gemacht inter novantem et constituentem Reipublicae administratorem. Allein Euiaz hat auch damit nichts bewiesen. Der Unterschied beruht darin. Durch Novation hat der Administrator die Stadtschuld im eigenem Namen übernommen. Er bleibt also als Selbstschuldner auch noch nach niedergelegtem Amte verpflichtet. Durch das Constitutum aber hatte er nicht in seinem Namen, sondern im Namen der Stadt, als deren Administrator, Zahlung versprochen; er wollte also dadurch nicht sich, sondern die Stadt verpflichten, darum kann er nach Endigung seines Amts nicht weiter daraus belangt werden. Daß nun aber dem wirklich so sey, sieht man deutlich daraus, weil hier der Administrator einem solchen gleichgestellt wird, welcher Sachen, die der Stadt gehören, im Namen derselben (publice) verkauft, oder verpachtet hat, auch dieser hafet nicht weiter, eben deswegen weil er im Namen der Stadt handelte. Daß jedoch zwischen dem, was der Vormund von Amts wegen thut, und einer übernommenen Bürgschaft für die Schulden des Pflegbefohlenen ein großer Unterschied sey, erhellt noch insonderheit aus einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian, L. 15. C. de administrat. tutor. vel curat. welche folgendermassen lautet:

Si non subscrisisti quasi fideiussor, frustra vereris, ne ex ea intercessione, qua signasti ut curator, olim liberatus (ut adfirmas) sententia Praesidis, ex officio curatoris conveniri possis.

Geht aber auch die *actio contraria* darauf, daß der Vormund von der *actio tutelae* befreyt werde? Ulpian verneint dieses schlechterdings. *Nemo dixerit*, sagt er *L. 3. §. 1. D. h. t. in hoc agere quem contrario posse, ut tutelae iudicio liberetur*, sed tantum de his, quae ei propter tutelam absunt. Dies ist auch wohl richtig, so lange nämlich der Vormund noch nicht Rechnung abgelegt hat. Denn eher kann man ja auch nicht wissen, ob der Vormund dem Pupillen, oder nicht vielmehr der Pupill dem Vormunde schuldig seyn⁴³⁾. Wie kann also hier von einer Befreiung die Rede seyn? So wie jedoch der Vormund mit der *actio tutelae directa* zur Ablegung der Rechnung angehalten werden kann; so kann auch der Vormund hinwiederum mit der *actio contraria* verlangen, daß ihm die Rechnung abgenommen, und Quittung darüber ausgestellt werde⁴⁴⁾.

Hat der Vormund eine Forderung an seinen Mündel, die nicht gerade aus der Vormundschaftsverwaltung entstanden ist, z. B. die Schuld röhrt noch von dem Vater des Pupillen her; so kann diese zwar eigentlich zum Gegenstande der *actio contraria* nicht gemacht werden, weil dem Vormunde deshalb schon eine andere Klage zu Gebote steht. Sollte jedoch der Vormund dem Pupillen, eben deswegen weil er dessen Vormund war, nachgesehen haben, und darüber die ordentliche Klage erloschen seyn; so kann diese Nachsicht dem Vormunde nicht zum Nachtheil

43) *S. Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 23. pag. 959. sq.*

44) *S. Jo. SCHILTER Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 183. und Schmidt pract. Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1105. a. E. Man sehe jedoch auch Mavius Decision. Tom. I. Decis. 228.*

gereichen, sondern er kann nun mit der actio contraria seine Bezahlung oder wenigstens Sicherheit verlangen. Denn nun tritt der Grund ein, warum dem Vormunde die actio contraria zusteht, nämlich damit ihm seine vormundshaftliche Amtsführung nicht zum Schaden gereiche, weil er, wenn er nicht Vormund gewesen wäre, nicht so lange gewartet hätte⁴⁵⁾). Man könnte ihm zwar zur Last legen, daß er nicht für die Bestellung eines Curators in Zeiten gesorgt habe, gegen den er seine Ansprüche an den Pupillen hätte geltend machen⁴⁶⁾), oder daß er auch sich selbst hätte bezahlt machen können⁴⁷⁾; allein der Grund, daß er den Schaden nicht erlitten hätte, wenn er nicht Vormund gewesen wäre, blieb dennoch überswiegend, und mußte ihm zur Entschuldigung gereichen, wie aus folgenden Gesetzstellen erschlet.

L. 1. §. 5. D. h. t. UPLIANUS libro XXXVI. ad Edictum. An in hoc iudicio non tantum, quae pro pupillo, vel in rem eius impensa sunt, veniant, verum etiam ea quoque, quae debebantur alias tutori, utputa a patre pupilli si quid debitum fuit, quaeritur? Et magis puto, cum integra sit actio tutori, non esse in contrarium iudicium deducendum.

§. 6. Quid tamen, si ideo exspectavit, quia tutor erat, et ideo non exegit? videamus, an contrario iudicio tutelae indemnitatem consequatur. Quod magis probandum est. Nam sicuti quocumque aliud gessit pro utilitate pupilli, id contrario

45) G. FABER Jurispr. Papin. c. I. Illat. 21. pag. 957. sq.

46) L. 2. in fin. C. de in litem dando tut. vel curat. (V. 44.)

47) L. 9. §. 5. D. de admin. et peric. tut. et curat.

iudicio consequetur, ita etiam id, quod sibi debetur, consequi debet, vel eius securitatem.

§. 7. Ergo ⁴⁸⁾ et si ex causa, quae tempore finitur, obligatio aliqua fuit, tutelae contrarium iudicium esse ei opinor.

Eben so wird auch in dem umgekehrten Falle die actio tutelae directa perpetuirt, wenn der Tutor des Pupillen Schuldner ist, gegen den aber der Pupill nur eine actio temporalis hatte, wenn diese durch unterlassene Bezahlung der Schuld zur Casse des Mündels erloschen ist, wie ebenfalls Ulpian *libro XXXVI. ad Edictum* ⁴⁹⁾ lehrt, wo er sagt:

Item si temporali actione fuit obligatus tutor, dicendum est, locum esse tutelae iudicio, ut perpetua actio sit.

So wie also dem säumigen Vormunde sein Verzug nicht zum Vortheil gereichen kann; so darf auch hinwiederum dem nachsichtigen Vormunde seine Gefälligkeit gegen den Mündel nicht in Schaden bringen ⁵⁰⁾. Der Vormund kann ferner

3) für die bey der Ausübung seines Amtes sowohl

48) Die florentinische Ausgabe hat *Ego*. Allein Halbander und alle übrige Ausgaben, mit Ausnahme der Gothofredischen, lesen *Ergo*. Dieser Lesart giebt auch Brenckman in der Göttinger Ausgabe den Vorzug, und Ant. FABER c. l. pag. 958. bemerkt, es könne gar nicht anders, als *Ergo* gelesen werden: *Est enim ea illatio ex praecedentibus.*

49) L. 9. §. 2. D. de admin. et peric. tutor. vel curat.

50) Bey der actio negotiorum gestorum ist es eben so. L. 8. pr. L. 19. pr. D. de negot. gest.

von dem Mündel oder Curanden selbst, als durch Zufall erlittene Schäden Ersatz fordern. Daß der Vormund wegen der durch des Pupillen oder Curanden Schuld erlittenen Schäden Ersatz fordern könne, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Denn da, wo die Obligatio ex re entsteht, wird zur Verpflichtung eines Minderjährigen weder die Einwilligung des Curators, noch die Auctorität des Tutors erforderlich⁵¹⁾). Ob aber auch der Vormund für zufällig erlittene Schäden Ersatz fordern könne, ist streitiger. Johann Voet⁵²⁾ behauptet dieses, wenn er den Schaden um der Vormundschaft willen erlitten hat, und ihm dabei gar keine Schuld zur Last fällt. Denn sein Amt dürfe ihm nicht zum Nachtheil gereichen. Der Socius könne ja diesen Schaden in Rechnung bringen, welcher doch an dem Gewinn der Gesellschaft Theil nimmt⁵³⁾; um so mehr also der Vormund, welcher von seiner Amtsführung keinen Vortheil hat, sondern die Zutat zum Besten des Pfleglings übernehmen mußte. Beym Mandate sey es freylich anders⁵⁴⁾). Allein schon Africenus⁵⁵⁾ habe diese Härte gemißbilligt, iustissime enim, sagt er, procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum; si id mandatum non suscepisset, — et multo aequius esse, nemini officium suum, quod eius, eum quo contraxerit, non etiam

51) L. 46. *D. de obligat. et act.* (XLIV. 7.)

52) Comment. ad Pand. h. t. §. 7. Dieser Meinung ist auch Jo. Bernh. FRIESBN Diss. de actione directa, utili, ac contraria. Jenae 1706. Th. XV.

53) L. 52. §. 4. *D. pro Socio.* (XVII. 1.)

54) L. 26. §. 6. *D. Mandati.* (XVII. 2.)

55) L. 61. §. 5. *D. de furtis.* (XLVII. 2.)

sui commodi causa suscepereit, damnosum esse. Dennoch behaupten die meisten Rechtsgelehrten⁵⁶⁾ das Gegentheil, und beziehen sich auf L. 26. §. 6. D. Mandati, welche hier analog angewendet werden dürfe. Darauf hat jedoch schon Voet erwiedert, daß zwischen einen Tutor und Mandatar ein Unterschied sey, indem jener genöthiget, dieser aber freywillig das ihm aufgetragene Geschäft übernehme. Weniger Bedenken hat es wohl,

4) daß der Vormund für seine, nicht als Vormund geleisteten Dienste eine billige Vergeltung in Rechnung bringen könne. Z. B. er hat dem Mündel in seinen Proces-sachen als Advocat gedient, oder der Vormund ist ein Schneider oder Schuhmacher, und er hat seinem Mündel oder Curanden die Kleider, oder Schuhe gemacht⁵⁷⁾. Allein eine Bezahlung für seine Mühwaltung als Vormund kann er eigentlich nicht verlangen. Denn der Vormund muß sein Amt unentgeldlich führen⁵⁸⁾. Jedoch

56) Jo. Matth. MAGNUS Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. (in Thes. Meerman. Tom. III. pag. 505.) von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. B. IV. Buch. §. 410. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 527. (In den früheren Ausgaben desselben war die entgegengesetzte Meinung vom Voet angenommen.) Carl Jul. Meno Valett ausführl. Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 5. B. (Leipzig 1829.) §. 914.

57) STRUV Synt. iuris civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 71. et Pet. MÜLLER ad Eundem not. e. pag. 592. BERLICH P. I. Decis. 154. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentatt. in Pandect. P. II. h. t. §. 3.

58) L. 38. D. de negot. gest. Tutores gratuitam, certe integrum et abstinentem omni lucro praestare fidem debent. — L. 58. pr. D. de admin. et peric. tutor.

fann ihm ein Honorar von dem Vater des Pfleglings, oder aus billigen Rücksichten auch von der Obrigkeit ausgesetzt seyn⁵⁹), oder auch schon nach den Gesetzen des Landes gebühren⁶⁰). Heut zu Tage pflegt, auch in Ermangelung dieser besondern Bestimmungen, nach einer gemeinen fast überall anerkannten Gewohnheit, - auf welche vielleicht die Ansicht von tutela fructuaria gewirkt haben mag, dem Vormunde gewöhnlich, wenn die Vormundschaft nur irgend von einiger Bedeutung ist, eine von der Obrigkeit ermäßigte Belohnung zuerkannt zu werden⁶¹). Ein

- 59) *L. 33. §. 3. in fin. D de adm. et peric. tutor.* — nisi ab eo, qui eum dat, certum solarium ei constitutum sit. Die Glossa liest hier *salarium*, und führt die Lesart *solarium* bloß als eine Variante an. *Salarium* lesen auch mehrere Ausgaben, z. B. die des Miräus, Baudoga, und Merlinus. Allein das Wort *solarium* wird in den Gesetzen sehr häufig in der Bedeutung von *emolumentum*, *remuneratio*, *honorarium* genommen. S. Brissonius de Verb. Signif. v. *Solatium*. *Glossarium Nomicum Cod. Theodos. h. v.* (Tom. VI. P. II. *Cod. Theod.* pag. 270. edit. Ritter.) und PÜTTMANN *Probabil. iuris civ.* Lib. II. Cap. 7. pag. 50. sqq. Man vergleiche noch die *L. 1. §. 6. et 7. D. de tutelae et ration. distrah.* und Jos. *Fernand. de Retes Opusculor.* Lib. IV. ad L. 58. *D. de admin. tutor.* (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 200. nr. 5.)

- 60) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. et 4. Jo. Hieron. HATZER Diss. ad Leg. Laetoriam. §. XIII. in fine, et not. 1. (in Dan. FELLENBERG *Jurispr. antiqua.* Tom. II. pag. 622.) Man vergl. auch den 29. Th. dieses Commentars. §. 1299. S. 49.

- 61) S. L. B. a WERNBERG Select. Observation. for. Tom. III. P. II. Obs. 436. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 6. Jo. Gottl. HEINACCIUS Element. iuris Ger-

munus tutelare gratuitum gehört daher jetzt zu den Ausnahmen von der Regel⁶²⁾. Voet⁶³⁾ meint jedoch, daß deswegen nicht sowohl die contraria tutelae actio Statt finde, sondern ein solches Honorar mit einer persecutio extraordinaria zu fordern sey⁶⁴⁾. Allein h. j. Z. kann diese Forderung unbedenklich in die actio contraria aufgenommen werden, wenn man sie nicht vielmehr als Einrede gegen die actio tutelae directa durch Compensation anbringen kann⁶⁵⁾.

Was übrigens bisher von der contraria tutelae actio gesagt worden, gilt auch von der actio negotiorum gestorum contraria utilis, welche den Curatoren gegen ihre Pflegbefohlnen zusteht⁶⁶⁾.

man. Tom. I. §. 571. *Car. Ferd. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. IV. Obs. 549.* und Mittermaier's Grundsäze des gemein. deutschen Privatrechts. §. 376. der 3. Ausgabe.

- 62) *S. Hier. Hartw. MOELLER Diss. inaug. de munere tutelari haud gratuito, sub praesid. Matth. Benon. HERING Rostochii 1758. def.*
- 63) *Commentar. ad Pand. h. t. §. 12.*
- 64) *Arg. L. 7. et L. 56. §. 3. D. Mandati. L. t. pr. et §§. sqq. D. de extraord. cognition.*
- 65) *S. Schmidt's pract. Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 1105. und Not. i. S. 752. (Der neuest. Ausgabe von Martin. Jena 1823. 3.)*
- 66) *L. 2. D. de Negot. gestis. (III. 5.) S. Hug. DONEL-lus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 22. §. 4. (Vol. IX. edit. noviss. Norimb. 1826. 8. pag. 195.)*

§. 1371. b.

Eigenschaften der actio contraria.

So wie sich die actio contraria von der directa dadurch unterscheidet, daß sie auf eine Entschädigung des Vormundes rücksichtlich der gehabten Auslagen und Kosten, so wie insonderheit der in der Ausübung des Amtes erlittenen Schäden, desgleichen auf eine Befreiung von den für den Mündel oder Curanden während der Vormundschaft übernommenen Verbindlichkeiten, und Entrichtung der ihm gebührenden Vergeltung und des ausgesetzten Gehalts geht; so ergeben sich hieraus noch folgende Merkmale, wodurch sich die actio contraria vor der directa auszeichnet, nämlich 1) diese Klage infamirt nicht, so wie die actio directa⁶⁷⁾, nam in *contraria non de perfidia agitur*, sagt Ulpian⁶⁸⁾, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi⁶⁹⁾. Denn hier ist blos von

67) G. Mich. GRASSI Praxis antiquo-moderna actionum forens. in specie directar. et contrariarum in differentiis principalior. Tabingae 1726. Sect. II. §. 1. pag. 23.

68) L. 1. et L. 6. §. ult. D. de his, qui notant. infam. (III. 2.)

69) Man hat diese Worte auf mancherley Art zu emendiren gesucht. So z. B. will CORN. VAN BINKSHOEK Observat. iur. Rom. Lib I. cap. 6: denn auch GER. SCHRODERUS Observat. Lib II. cap. 14. gefolgt ist, *indicio* statt *iudicio* lesen. Allein daß die Bemühungen der Critiker hier ganz vergeblich gewesen, hat PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 5. §. 2. pag. 31 sqq. gezeigt. Das Wort *indicio*, sagt er, werde hier nicht, wie es die Ausleger verstanden haben, pro causae controversae disceptatione, sondern pro vi iudicandi genommen, so daß der Sinn der Glücks Erläut. d. Pand. 32. Th.

Rechnungen die Rede. 2) Bey dieser Klage findet kein iuramentum in litem Statt⁷⁰). 3) Die actio contra-ria ist auch mit keinem Privilegium, noch stillschweigendem Pfandrechte verbunden⁷¹). Anderer Meinung ist zwar

Worte sey: *contrario iudicio damnatum ideo non fieri infamem, quia in contrarius iudicis non de perfidia agatur, sed de calculo, et calculus sola fere indicandi vi dirimatur*. In dieser Bedeutung werde das Wort *iudicium* auch in der *L. ult. D. de manum. vind.* genommen. Dass ein Wort in einer und derselben Stelle in zweyerley Bedeutung genommen wird, ist in den Pandecten nichts Un gewöhnliches, wie *Ev. Otto* in *Papiniano Cap. 6. §. 4.* und *Guil. PAUW* in *Diss. ad varia iuris civ. capita Cap. 5.* (in *Ger. OBLRICHs Thes. Dissertation. iuridic. select. in academ. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. I. pag. 125.*) aus mehreren Beyspielen bewiesen haben. Ebenfalls ohne Emendation hat das Gesetz erklärt *Henr. KELLINGHUSEN* in *Diss. de Legibus nonnullis Romanor. Cap. XV.* (in *Ger. OBLRICHs Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. II. pag. 42. sq.*) Mon vergleiche noch *Ant. SCHULTINGII Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. I. ad L. 6. §. 7. D. de his, qui not. infam. pag. 414. sq.* und *SMALLENBURG* ad *Eundem* Not. 5. wo noch mehr kritische Versuche angeführt werden. Der Scholiast in den *Basilicis* Tom. II. pag. 620. hat οχεδόν ἐν δικαιοστηρίῳ. Uebrigens können zur Erläu terung dieser Stelle auch noch *QUINTILIANUS Institut. Orat. Lib. VII. Cap. 4. nr. 55. (edit. Spalding. Vol. III. pag. 128.)* und *L. 29. D. de dolo malo* verglichen werden.

70) Arg. *L. 5. pr. D. Depositi. (XVI. 3.) G. GRASSI* Diss. cit. Sect. II. §. 2. pag. 29.

71) *G. GRASSUS* cit. Diss. cit. Sect. II. §. 5. pag. 34. sq.

Mercurial Merlinus⁷²⁾; allein Fried. Esaias von Pufendorf⁷³⁾ hat die Gründe dieser Meinung näher geprüft, und sie mit Recht verworfen. Es ist kein Gesetz vorhanden, welches dem Vormunde, seiner Gegenforderung wegen, ein Privilegium, oder eine Hypothek giebt. Es fragt sich aber, ob dem Vormunde seiner Gegenforderung wegen nicht wenigstens ein Retentionsrecht zu stehe? Dieses ist nicht zu bezweifeln, wenn die Erfordernisse desselben vorhanden sind⁷⁴⁾. Hierin stimmen auch alle Rechtsgelehrten⁷⁵⁾ überein, und die Gesetze bestätigen diese Meinung. Denn Gajus⁷⁶⁾ stellt den allgemeinen Satz auf: *Quod contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensionis.* Dass darunter auch das Retentionsrecht begriffen sey, haben schon Wilhelm Fornerius⁷⁷⁾, und Gerh.

72) Tract. de pignorib. et hypothecis. (Coloniae 1661. f.) Lib. III. Tit. 1. Quaest. XX. et XXI. pag. 247. sq.

73) Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 172. §. 6—8.

74) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 957.

75) S. Mevius Decision. Tom. I. P. III. Decis. 170. pag. 287.
J. H. BOEHMBA ius Dig. h. t. § 2. Mich. GRASSUS Diss. cit. Sect. II. §. 3. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Observ. 172. §. 2—5.
Jo. WUNDERLICH Disquisit. de iure retentionis, quatenus tutori competit. Jenae 1758. (Faselius) syst. Darstell. des Retentionsrechts. §. 17. a. E. Vergl. auch den 15. Th. dieses Commentars §. 957. S. 127.

76) L. 18. §. ult. D. Commodati.

77) Selection. Lib. II. Cap. 14. (in Thes. J. R. OTTON. Tom. II. pag. 63.) Daher werden auch die Benennungen

Noodt⁷⁸⁾ bemerkt. Nun wird es der Willkür des Wormundes überlassen, utrum compensare, an petere velit sumitus⁷⁹⁾.

retentio und compensatio in den Gesetzen häufig mit einander verwechselt, wie ich im Commentar a. a. D. §. 956. S. 117. gezeigt habe.

78) Commentar. ad Dig. Lib. XIII. Tit. 6. §. ult. (Opp. Tom. II. pag. 320.)

79) L. 1. §. 4. D. h. t.

Lib. XXVII. Tit. V.

De eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

S. 1372.

Wer heißt ein Protutor oder Procurator, und wer ist ein falsus tutor? Wie unterscheiden sich beyde?

Schon an einem andern Orte⁸⁰⁾, kam die Frage vor, ob dem Pupillen an dem Vermögen eines Protectors, eben so wie an dem Vermögen des wahren Wormundes eine stillschweigende Hypothek zustehe? Bei dieser Gelegenheit ward denn auch, jedoch nur im Vorbeugehen, der Begriff vom Protutor gegeben, ohne ihn weiter zu erörtern. Hier ist nun aber der Ort dazu⁸¹⁾. Was heißt also

80) S. den 19. Th. S. 1088. S. 155. ff.

81) Man vergleiche über diesen Titel *Anet. FABRI Jurispr. Panpinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 82. pag. 906.* und *Princ. VIII. Illat. 31. pag. 967. sq. Jo. VORT Comment. ad Pand. h. t. Ubr. HUBER Praelection. ad Pand. h. t. Mich. GRASSI Diss. Delibata ex materia iuris Prototorum cont. Tbingae 1704. 4. eine zwar alte, aber gründlich geschriebene Disputation. B. VOORDA Thes. controversial. Dec. XXVI. s. 5 — 9. und L. J. Neu-*

hier pro tutore negotia gerere? Dies hat verschiedene Bedeutungen. Es heißt 1) soviel, wenn man, ohne Vormund zu seyn, sich den Geschäften eines Pupillen und zwar in der Absicht unterzieht, um sich als Vormund desselben zu benehmen; ob es in der Meinung geschieht, als sey man wirklich zum Vormund bestellt, oder ob man sich wissenschaftlich für den Vormund eines Pupillen ausgiebt, da man doch nicht zum Vormund desselben berufen ist, also man befindet sich dabei in gutem oder bösem Glauben, dies ist im Verhältniß zum Pupillen gleichgültig. Zu dieser ersten Bedeutung gehört folgende Gesetzstelle.

L. 1. §. 1. D. h. t. UPIANUS Libro XXXVI. ad Edictum. PRO TUTORE autem NEGOTIA GERIT, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive sciat non esse, singat tamen esse.

Wenn auch jemand, welcher nicht Vormund war, sich aber selbst dafür hielt, vom Magistrat wäre genötigt worden, die Geschäfte des Pupillen zu besorgen; so ist dennoch ein solcher nur für einen Protutor zu halten, und wird, des obrigkeitlichen Zwanges ungeachtet, kein wahrer Vormund⁸²⁾). So lehrt ebenfalls Ulpian *L. 1. §. 7. D. h. t.*

Si quis tamen, cum tutor non esset, compulsus a Praetore vel a Praeside, dum se putat tuto-

ste tel Unterschied zwischen Protutor oder Procurator, und falsus tutor; in dem Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeb. von Gensler, Mittermaier und Schweizer 1. B. Nr. XVIII. S. 246 — 252.

82) *S. Ant. Faber Jurispr. Papin. Tit. XII. Pr. VIII. II. lat. 31. pag. 970.*

rem, gesserit tutelam, videndum, an pro tute*re* te-neatur? Et magis est, ut, quamvis compulsus gesserit, teneri tamen debeat, quia⁸³⁾ animo tutoris gessit, cum tutor non esset.

Um also in dieser Bedeutung als ein Protutor behandelt zu werden, ist es nicht genug, bloßer Geschäftsführer eines Mündels zu seyn, sondern man muß die Geschäfte animo tutoris, wie Ulpian sagt, das heist, mit dem Willen, als Vormund zu handeln, übernommen haben. Dies heißt eigentlich *pro tute*re* negotia gerere*, man nehme nun den Ausdruck *pro tute*re** entweder in der Bedeutung von loco tutoris, in welcher auch Cicero⁸⁴⁾ *pro Consule* statt loco Consulis sagt; oder man erkläre ihn durch tanquam, oder perinde ac si tutor esset, cum non est, wie ebenfalls Cicero⁸⁵⁾ von dem Dichter Archias sagt: *pro civi se gerebat*, i. e. perinde ac si civis esset. Ulpian fasst Beydes zusammen, wenn er sagt *L. 1. pr. D. h. t. Si quis quasi tutor, pro tute*re* administraverit tutelam*⁸⁶⁾. Zuweilen werden aber auch die Ausdrücke *pro tute*re* administrare* und *quasi tutor* einander entgegengesetzt, wo denn das "quasi", wie Huber⁸⁷⁾ bemerkt hat, keine Fiction, sondern die

83) Die florentinischen Pandecten lesen qui. Allein quia haben Halvander, und alle übrige. Diese Lesart vertheidigt auch Jo. Guil. HOFFMANN Observation. variar. b. Meltemat. ad Pandect. Diss. XXIV. S. 4. mit Hülfe der Gemination, nämlich so: *quiAnimo* i. e. *quia animo*.

84) Orat. *pro Lege Manil.* Cap. 21. nr. 62.

85) Orat. *pro Archia Poeta.* Cap. 5.

86) Man vergl. auch *L. 1. §. 2. 6. und 7. D. h. t.*

87) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1.

Wahrheit ausdrückt ⁸⁸⁾). Auch diese Bedeutung lernen wir vom Ulpian, welcher *L. 1. §. 5. D. h. t.* sagt:

Sed et si prius pro tutore administraverit, deinde quasi tutor ⁸⁹⁾, aequa tenebitur ex eo, quod pro tutore administravit: quamvis devolvatur hic gestus in tutelae actionem.

Ein Nichtvormund kann nun zwar die Geschäfte eines Minderjährigen eben sowohl, wie die eines Unmündigen besorgen, wenn es nur in der Absicht, als Vormund zu handeln, geschieht, denn sonst wäre er ein bloßer negotiorum gestor; es kann daher sowohl einen Procurator, als einen Protutor geben, wie auch schon aus der Rubrik unsers Titels erschließen. Hat jedoch

1) derjenige, welcher einen Unmündigen von der Ob rigkeit zum Curator ist bestellt worden, die Geschäfte desselben geführt; so ist ein solcher nicht als Protutor zu behandeln, weil er nicht als Tutor, sondern als Curator gehandelt hat; und eben so wenig kann

2) auch derjenige für einen Protutor gehalten werden, welcher die Geschäfte einer solchen Person besorgte, die schon die Pubertät erreicht hatte, und also keinen Tutor mehr haben konnte. In beiden Fällen findet daher nicht die *actio protutelae*, sondern die *negotiorum gestorum actio* statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erschließen.

88) In dieser Bedeutung wird das Wort *Quasi* sehr häufig in den Pandecten gebraucht, wovon BAISSEONIUS de Verbor. Signif. voc. *Quasi* nr. 4. pag. 1160. eine Menge von Stellen angeführt hat.

89) *Quasi tutor* ist also hier so viel als, *ut vere tutor*, wie es auch *Anat. SCHULTING* Notas ad Digesta s. Pand. Tom. IV. h. t. pag. 485. erklärt hat.

L. 1. §. 7. D. h. t. Si curator impuberi (Praetore datus⁹⁰), negotia gesserit, an quasi protutore geserit, teneatur, quaeritur? Et est verius, cessare hanc actionem: quia officio curatoris functus est⁹¹). nam non quasi tutor, sed quasi curator gessit.

L. 1. §. 6. h. t. Si quis quasi tutor negotia gesserit eius, qui iam pubes est, neque tutorem habere potest: protutelae actio cessat. Simili modo et si eius, qui nondum natus est⁹²): nam ut protutore quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipiat tutorem, id est, impuberem esse oportet⁹³): sed erit negotiorum gestorum actio⁹⁴).

90) *Ant. FABER Jurispr. Papin. c. I. pag. 970.* versteht dieses so: impuberi forte iam habentii tutorem.

91) Es findet aber die utilis negotiorum gestorum actio statt. *S. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. II. not. a. pag. 154.*

92) Nämlich wenn der postumus nachher nicht geboren ist. Denn hier fehlt das Subject; dessen Tutei geführt werden könnte. Es ist kein Impubes da. Daher sagt Paulus *L. 24. D. de tutelae et rat. distrah.* die actio protutelae könnte datum nicht Statt finden, quia nulla significatio est, d. h. es ist hier keine Tutei denkbar, der Begriff, die Bedeutung von Tutei ist hier gar nicht anwendbar. Denn so wie sich, ohne das Daseyn eines Pupillen, keine wahre Tutei denken lässt, eben so auch keine Protutel. *S. FABRI Jurispr. Pap. pag. 968.* in fin. und *POTHIER c. I. Nr. X. not. o. pag. 154.* in fin.

93) Diese Worte fehlen in der Halvandrischen Ausgabe, stehen aber in allen übrigen.

94) Nämlich utilis. *S. FABRI Jurispr. Papin. pag. 968.* in fin. et sq. und oben §. 1368. *S. 262. f.*

Damit also jemand als Protutor zu behandeln sei, muß er a) quasi tutor gehandelt haben, b) die Person, deren Geschäfte er besorgt hat, muß noch unmündig und also c) schon geboren seyn. Dazu kommt nun aber noch d) daß er auch selbst als Vormund, und nicht bloß im Auftrage des wahren Vormundes, gehandelt haben müsse, wie die Kaiser Severus und Antoninus prescrivirt haben.

*L. 4. C. de negot. gestis. (II. 19.) Qui pupillae negotia tutoris mandatu suscepit, pro tute *negotia non videtur gessisse, sed negotiorum gestorum actione pupillae tenebitur.**

2) *Pro tute negotia gerere* wird ferner von dem gesagt, welcher zwar auf eine rechtsbeständige Art zum Vormund bestellt worden, solches aber nicht wissend, die Tute verwalst hat. Zu dieser Bedeutung gehört die Stelle aus Favolenus libro V. *Epistolarum*, welche folgendermassen lautet:

L. 3. D. h. t. Quaero, an is, qui, cum tutor testamento datus esset, et id ipsum ignoraret, pro tute negotia pupilli gesserit, quasi tutor: an, quasi pro tute negotia gesserit, teneatur? Respondit: non puto teneri quasi tuteorem, quia scire quoque, se tuteorem esse, debet, ut eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debet,

Ber also als wahrer Vormund angesehen, und als ein solcher behandelt werden soll, muß auch wissen, daß er Vormund sey.

3) Wird auch von dem gesagt, er gerire *pro tute*, der nicht auf die gebörige Art zum Vormund er-

nannt worden, und, ohne von der Obrigkeit bestätigt zu seyn, die Geschäfte des Mündels, als dessen vermeintlicher Vormund, verwaltet⁹⁵). Hierher gehört z. B. der Fall, wenn die Mutter in ihrem Testamente ihren Kindern Vormünder ernannt hat, und diese, ohne obrigkeitliche Bestätigung, sich der Vormundschaft unterzogen haben. Diese werden nach einem Rescript des Kaisers Alexander⁹⁶) mit der protutelae actio belangt. Hierher würde auch der Fall gehören, den die Kaiser Severus und Antoninus L. 1. C. de testam. tut. (V. 28.) entschieden haben, nämlich wenn die Patronin ihrer liberta einen Vormund im Testamente ernannt hätte; neque enim iure datus tutor fuit. Der Vormund hatte sich aber freywillig, nicht als Vormund, der Geschäftsführung der Fehgelaßenen unterzogen, darum hatte hier die actio negotiorum gestorum Statt⁹⁷). Eben so wird gesagt, es handle jemand pro curatore, wenn er nicht auf die gehörige Art zum Curator z. B. vom Vater im Testamente bestellt worden ist. Auch hier findet die utilis negotiorum gestorum actio Statt, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus erhellet.

L. 6. C. de negotiis gest. Curatorem tibi quidem patris testamento datum dicis, quod non potest videri iure factum: quod si, ut proponis, administrationi se immiscuit, negotiorum gesto-

95) G. Voigt Comm. h. t. §. 1. GRASSUS cit. Diss. §. 2.

96) L. 4. Cod. de testam. tut. Man vergleiche hier den 29. Th. dieses Commentars §. 1310. S. 257 — 263.

97) G. Jac. COJACII Commentar. in Cod. ad Tit. 45. Lib. V. de eo, qui pro tute negot. gessit.

*rum actio*⁹⁸⁾ tam adversus eum, quam contra
hieredes eius tibi competit.

4) Wenn ein wahrer Vormund, nachdem er schon aufgehört hatte, Vormund zu seyn, weil er z. B. nur auf eine bestimmte Zeit vom Vater des Mündels in seinem Testamente war bestellt worden, oder unter einer resolutiven Bedingung, welche eingetreten ist, doch noch Geschäfte seines gewesenen Mündels, als Vormund, besorgt hat; so sagt auch hier Ulpian *L. I. §. 4. D. h. t. er habe, finita tutela, pro tutore negotia impuberis gerit*⁹⁹⁾.

Daß übrigens derjenige, welcher Geschäfte eines Unmündigen pro tutore besorgt, auch für seine Person die Fähigkeit zur Übernehmung einer Vormundschaft haben müsse, wie Heinr. Hahn¹⁰⁰⁾ behauptet, der sonst nur

98) Rämlig utilis, wie der griechische Scholiast in *Basilicis* Tom. V. FABROTI pag. 96. Sch. d. bemerkt, wo er sagt: Καὶ ἡ μὲν διρεκτα κοεῖται, ὅταν τις ἐκουσίως χωρὶς μανδάτου διοικησ ἀλλότρια πράγματα· ἡ δὲ οὐτιλία, ὅταν τις ἐξ ἀνάγκης ἡ ὑπονοίᾳ ἀνάγκης διοικῇ, ὡς ἐπὶ τοῦ ἀληθοῦς κουράτωρος, ἡ τοῦ ρυζούτος ἔαυτὸν κουράτωρα. i. e. Et DIRECTA quidem agitur, cum quis sua sponte sine mandato aliena negotia gerit. UTILIS, cum ex necessitate vel suspicione necessitatis gerit, ut verus curator, vel qui patat se curatorem esse.

99) G. FABER Jurispr. Papin. c. I. pag. 969. ANT. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. Tom. IV. pag. 485. und POTIUS Pand. Just. h. t. Nr. III. not. c. pag. 154. Man vergleiche §. 1367. G. 235. der 1. Abth.

100) Observata theor. pract. ad *Wesenbecium* P. II. b. t. pag. 242. Eben so Schwegge Röm. Privatrecht. §. 772. (der 3. Ausgabe.)

De eo, qui protut. prove curat negotia gessit. 301

die actio negotiorum gestorum gestatten will, ist nicht nötig¹⁾). Die Gesetze sagen wenigstens das gerade Gegentheil, wie aus folgenden sich ergeben wird.

L. 1. §. 2. D. h. t. Proinde et si servus quasi tutor egerit, divus SEVERUS rescripts, dandum in dominum iudicium utile²⁾.

L. 1. C. de eo, qui protutore negotia gessit (V. 45.) Impp. VALERIAN: et GALLIENUS. AA. Marcellio. Etiam mulieres, si res pupillares pro tutore administraverint, ad praestandam rationem tenentur.

Diesen ist nicht entgegen, wenn der R. Philippus L. 4. C. Qui dare tutores vel curatores poss. (V. 34.) an den Emeritus rescribirt.

Militiae armatae muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, neque alio modo, etsi voluerit, tutor vel curator fieri potest. Sed si errore ductus, res administraverit, negotiorum gestorum actione convenitur.

Denn da hier von beyden Fällen die Rede ist, nämlich wenn ein Soldat aus Irrthum sich entweder protutore oder pro curatore gerirt, so konnte unter dem generischen Namen der actio negotiorum gestorum auch die actio protutelae mit begriffen werden, zumal

1) CUIACIUS Comm. cit. ad h. Tit. Cod. GRASSUS Diss. cit. §. 2.

2) Es ist die actio protutelae de peculio. S. POMIER Pand. Justin. h. t. Nr. III. not. b. Auch die actio noxalis in dominum. L. 9. §. 1. in fin. D. Quod falso tut. auct.

dā sie dieselbe nachahmt. Daher spricht auch Paulus ³⁾ nur von der *actio negotiorum gestorum*, ohne der *actio protutelae* besonders zu gedenken, wenn er sagt:
Qui cum tutor curatorve non esset, si protutore curatoreve res pupilli adultive administraverit, actione negotiorum gestorum pro tutore curatoreve tenebitur ⁴⁾.

Wer heißt nun aber ein falsus tutor? Paulus beantwortet diese Frage libro X. *Responsorum*, woraus die L. 221. D. de *verbis signif.* genommen ist. Er sagt daselbst:

FALSUM TUTOREM eum vere dici, qui tutor non est ⁵⁾, sive habenti tutor datus est, sive non ⁶⁾:

3) *Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 4. §. 8.* (in SCHULTING Jurispr. vet. Antejustin. pag. 227.)

4) Man vergleiche über diese Stelle die Note des Cujacius bey Ant. SCHULTING c. l. not. 19. pag. 227.

5) *Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 13.* will hier, mit einiger Versehung der Worte, lesen: *Falsum tutorem dici, qui vere tutor non est.* Allein vere heißt hier so viel als recte, wie es öfters vor kommt. In den *Basilic.* Lib. II. Tit. 2. Tom. I. *Fabroli* pag. 63. heißt es: *Πλαστὸς ἐπιτροπὸς ἔστιν, οὐ μὴ ὡς ἐπιτρόπος.*

6) Die Lesart ist hier verschieden. Einige lesen: *si non habenti tutorem datus est*, andere *sive habenti tutorem.*

G. CRAMER Tit. Pand. et Cod. de Verb. Signif. (*Hiliae* 1811.) pag. 111. Man nehme nun aber eine Lesart an, welche man will, so scheint doch keiner die Erklärung des POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Tit. de Verbor. Signif. Nr. XCIV. not. c. pag. 658. zu entsprechen, wenn er sagt: *Nec refert, pupillus alium verum tutorem habuerit, an nullam.*

De eo, qui pro tūt: prove curat. negotia gessit. **3o3**
sicut *falsum testamentum*, quōd testamentum non
est, et *mōdius iniquus*; qui modius non est.

Paulus entlehnte den Begriff, den er hier von falsus tutor giebt, aus dem Edict des Prätors, wovon der folgende Titel handelt. Denn da wird der Tutor, welcher in diesem Titel falsus genannt wird, mit den Worten bezeichnet: *qui tutor non fuerit*; und nach der Analogie vom testamentum falsum, konnte auch Paulus mit Recht sagen, daß sey der richtige Begriff vom falsus tutor⁷⁾. Denn derselbe Paulus giebt uns an einem andern Orte⁸⁾ den Begriff vom *falsum* überhaupt so an, daß er sagt: *Falsum* est, quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur. Paulus handelte überhaupt in dem 10. Buche seiner Rechtsfälle hauptsächlich von Tutelein, wie die in den Pandecten daraus genommenen Fragmente⁹⁾ beweisen. Es muß also unsere L. 221. zu irgend einem dieser Rechtsfälle gehört haben, vielleicht zu dem, welchen er L. 12. *D. de tutel.* entscheidet, nämlich wenn einem Pupillen an die Stelle seines Tutors, welcher *Reipublicae causa* abwesend seyn mußte, ein Interimstutor gegeben worden ist. Paulus respondirte hier, wenn der absens nicht wieder zurückkommt, so könne der Substitut die Tutel fortsetzen, bis der Mündel die Pubertät erreicht hat, und er sey ein

7) *S. Jac. Cuxacws ad Tit. de Verbor. Signif. Commentar. ad h. L. 220.* und eiusd. *Commentar. in Lib. X. Responsor. Julii Pauli ad eand. L. (Oper. postam. a Fabroto editor. Tom. III. pag. 58. sq.)*

8) *Sententiar. Receptar. Lib. V. Tit. 25. §. 3. bey SCHULTING Jurispr. Antej. pag. 516.*

9) *L. 12. D. de tutel. L. 25. D. de tutor. et curat. dat. L. 3. D. Qui pet. tutor. L. 100. D. de solut.*

wahrer Vormund. Reht hingegen der absens wieder zurück, so höre nun der Interimsvormund auf, tutor zu seyn, und setzt er die Verwaltung fort, so fängt er nun an ein falsus tutor zu seyn. So erklärt Johann Göddaus¹⁰⁾ unsere L. 221. Sie könnte aber auch zur L. 100. D. de solut. gehören, wo Paulus den Fall entscheidet, wenn die Tutei unter verschiedene Vormünder nach Verschiedenheit des Orts, wo die Güter liegen, getheilt ist, also einige für die Güter in Italien, andere für die Güter in den Provinzen bestellt sind. Hier dürfen sich erstere nicht in die Verwaltung der letzteren mischen. Daher war die von einem Provinzial-Schuldner den Vormündern in Rom geschehene Zahlung ungültig, und bewirkte, wenn sie ohne Auftrag oder Genehmigung der Provinzial-Vormünder geschehen war, keine Befreiung des Schuldners, weil der tutor urbanus, der die Zahlung angenommen, in Rücksicht derselben incompetent, und also ein falsus tutor war¹¹⁾, wosfern nicht etwa die Schuld in der Provinz so contrahirt war, daß sie in Rom heimgezahlt werden sollte. Es mag sich indessen unsere L. 221. beziehen, auf welchen Rechtsfall sie will, so bleibt doch immer soviel gewiß, daß ein falsus tutor derjenige genannt wird, der nicht Vormund ist, und doch aus Interum oder wissentlich, die vormundschaflichen Geschäfte eines Unmündigen besorgt. Insofern ist also falsus tutor und protutor Eins. Jedoch wird auch derjenige ein falsus tutor genannt, der zwar wirklich bestellter Vormund ist, aber in Verhältnissen handelt, in

10) Comment. repetit. paelect. in Tit. 16. Lib. L. Pand. de Verb. Signif. ad h. L. 221. pag. 1173.

11) L. 2. s. 2. D. Quod falso, tutores auct.

denen er dazu nicht befugt war, wie z. B. im Falle der L. 100. *D. de solut.* dessen auch Ulpian L. 1. §. 2. *D. Quod falso tutore auctore* gedenkt, wenn et sagt, daß das Edict des Prätors unter andern auch darin man gelhaft sey, daß es den Fall nicht enthalte, *si fuerit tutor*, ist tamen fuit, *qui auctoritatem accommodare non potuit*, puta furiosus, *vel ad aliam regionem datus*.

Insbesondere aber wird in Beziehung auf den folgenden Titel derjenige *falsus tutor* genannt, welcher, ohne gesetzliche Befugniß, bey einem Geschäft, welches der Mündel mit einem Dritten schloß, seine Auctorität erheilte; er mag nun entweder zwar wirklich bestellter Vormund seyn, aber hierin seinen Geschäftskreis überschritten haben, oder, ohne Vormund zu seyn, entweder dieses wissend, oder aus Irrthum, in bösem oder gutem Glauben, seine Auctorität interponirt haben. In dieser Bedeutung wird der Ausdruck *falsus tutor* in dem Edicte genommen, von welchem der folgende Titel handelt. In diesem Titel ist daher durchaus nur von den rechtlichen Folgen die Rede, die für einen Dritten entstehen, welcher unter Auctorität eines Nichttutors, in der Meinung, er sei ein wahrer Tutor, mit dem Pupillen selbst contrahirt hat; dahingegen in dem vorhergehenden Titel, bey welchem wir hier stehen, nur von den Pflichten eines Protutors oder Procurators gegen den Mündel, in Beziehung auf Geschäftsverwaltung, geredet wird¹²⁾). Ein solcher blos geschäftsverwaltender

12) Auch in den *Basilic.* Tom. V. FABROTI pag. 95. ist überall nur die Rede von einem διοικετή τὰ πράγματα ὡς ἐπιτρόπος, so wie in dem folgenden Titel pag. 97. überall von einer αἰδεντίᾳ τοῦ πλαστοῦ ἐπιτρόπου.

Protutor kommt in dem folgenden Titel nur in sofern zum Vorschein, als er bey einem Geschäft des Mündels mit einem Dritten Auctorität interponirte ¹³⁾), denn nur in sofern paßt das Edict des Prätors auf ihn, von welchem in dem folgendem Titel die Rede ist. Es erhellet dieses deutlich aus L. 1. §. 5. D. *Quod falso tutore auctore.* wo Ulpian referirt:

Idem POMPONIUS scribit: *etiam si pro tute* negotia gerens *auctoritatem accommodaverit,* nihilo minus hoc Edictum locum habere, nisi forte Praetor decrevit, ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit per Praetoris tuitionem, non ipso iure.

Es ist merkwürdig, daß in unserm Titel die Benennung falsus tutor auch nicht ein einziges mal vorkommt, so genau auch der Ausdruck *pro tute* gerere darin erklärt wird. Eben so wenig in dem Titel des Codex: *de eo, qui pro tute negotia gessit* (V. 45.). Überall ist auch nur von einer bloßen gestio die Rede, nirgends von einer auctoritatis interpositio. Nur erst in dem folgenden Titel, wo von der auctoritatis interpositio die Rede ist, kommt der Ausdruck falsus tutor vor. Der Prätor gab auch nur für den Fall einer gestio pro tute die actio protutelae, ganz andere Rechtsmittel für den Fall einer gestio falso tute auctore, wovon der folgende Titel handelt. Mag nun also auch zwischen den

13) Eben so wird auch an andern Orten der Pandecten, wo von einem mit dem Pupillen unter Auctorität eines Nicht-tutors von einem Dritten geschlossenen Geschäfte die Rede ist, immer der Ausdruck falsus tutor gebraucht. L. 13. §. 2. D. de public. in rem. act. L. 27. D. de contrah. emt.

Protutor und dem *falsus' tutor* insofern kein Unterschied seyn, als der eine, wie der andere, denselben bezeichnet, welcher, ohne wirklich Wormund zu seyn, oder es zu wissen, doch quasi tutor handelt; so erhellet doch wenigstens aus der Vergleichung des 5. und 6. Titels soviel, daß man nur für den Fall einer bloßen Gestellung die Benennung *protutor*, für den Fall einer auctoritatis interpositio aber die Benennung *falsus tutor* als Kunsts Wort gebraucht habe. Es würde also allerdings zwischen beiden ein Unterschied Statt finden, welcher darin besteht, daß der Protutor nur allein mit dem Pupillen in ein Rechtsverhältniß tritt, er mag allein gehandelt, oder mit einem Dritten ein Geschäft für den Mündel geschlossen haben, der *falsus tutor* aber durch die auctoritatis interpositio immer nur mit Dritten Personen¹⁴⁾. Hoc loander irrt daher offenbar, wie auch schon Anton Gaber¹⁵⁾ bemerklt hat, wenn er in der *L. 10. D. Quod falso tutore auct. gelesen wissen will: Si cum falso tutore actum sit, da die florentinischen Pandecten lesen: Si falso tutore actum sit, noch richtiger aber: Si falso tutore AUCTORE actum sit, gelesen werden mag¹⁶⁾.* Das so gelesen werden müsse, erhellet thils aus den Schlußworten: ac si illo tempore vero tutore auctore

14) S. Neustetels angeführte Abhandlung, im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. S. 248. f.

15) Jurispr. Papin. scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 32. pag. 975.

16) So lesen Robert Stephanus, Bandoja Testius, Wilhelm Merlinus, und am neuesten Johann Ludw. Wilh. Bed. Dieser Lesart giebt auch Brenkman in der Gebauer-Spangenbergischen Ausgabe seinen Beysfall.

egisset; theils aus den Basiliken.¹⁷⁾ in welchen es heißt: Εάν ὁ πλαστὸς ἐπιτρόπος ἐπεὶ δίκῃ αὐθετήσῃ, i. e. Si falsus tutor in lite auctoritatem accommodaverit; theils beweist dieses auch die gewöhnliche Erörterung des Falles, dem Gaius hier entscheidet. Es hatte Demond gegen den Pupillen eine Klage, die er geltend machen wollte. Er wandte sich deshalb an die Person, die sich für des Mündels Tutor ausgab, und welche er für den wahren Vormund hielt. Der falsus tutor übernahm aber nicht den Procesß selbst im Namen des Pupillen. Denn hätte derselbe die Sache des Pupillen tutorio nomine selbst geführt, so wäre auch die condemnation, wie wir aus Gaius Institutionen.¹⁸⁾ wissen, auf den tutor selbst gestellt worden. Er ließ also den Pupillen vor dem Prætor in seiner Gegenwart, und unter seiner Auctorität dasjenige selbst vollziehen, wodurch er den Procesß als Beiflagter auf sich nahm. Daß der Pupill unter dem Beytritt seines Tutors eine Procesßführung übernehmen könne, ist keinem Zweifel unterworfen.¹⁹⁾ Ist nun der Vormund ein mahrer, so wird die am Ende erfolgte Condemnation gegen die Person des Pupillen gerichtet; und es bedarf keines Beweises, daß die Condemnation des Pupillen, so wie die ganze Procesßführung, eben

17) Lib. XXXVIII. Tit. 6. Const. 8. Tom. V. FABROTI pag. 98.

18) Comment. IV. §§. 82. 86. 87. G. Keller über Litis et Contestation und Urtheil. (Zürch 1827.) §. 68. S. 575. Not. 3.

19) L. 3. S. 2. D. de admin. et peric. tutor. L. 2. pr. D. codem. L. 7. D. Quando ex facto tutor. L. 7. S. 1. D. de Bonor. possess. L. 2. C. Qui legitimam personam standi in iud. hab. (III. 6.)

so gültig und wirksam sey, als wenn ein Großjähriger gehandelt hätte. Allein in dem Falle, von welchem Gaius handelt, hatte ein falsus tutor bei der Proceßführung Auctorität interponirt. Eine solche Auctorität ist nichtig, und es ist also hier eben so, als wenn der Pupill ohne auctoritas tutoris proceßirt hätte. Die ganze Proceßführung ist also ohne alle rechtliche Wirkung, und kann den Pupillen so wenig, als die Condemnation, binden. War nun die gegen den Pupillen angestellte Klage eine persönliche Temporalklage, so konnte sie erloschen, eben so als wäre sie gar nicht angestellt worden, und war sie eine Realklage, so konnte unterdessen die Usucationszeit abgelaufen, und die Sache für den Kläger verloren seyn ²⁰⁾). Denn durch eine solche nichtige Proceßführung war weder die Verjährung der Klage, noch die Usucaption unterbrochen worden. Beyde Folgen drückt auch Gaius in den Worten aus: *et interea dies actionis exierit, aut res usucpta sit.* Nun entstand die Frage, wer diese rechtlichen Machtheile tragen müsse? Gaius beantwortet diese Frage so? *omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset.* Wer ist nun aber der debet? Gewiß kein anderer, als der falsus tutor. Dies lehrt Erstens der ganze Zusammenhang unserer *Lex 10.* mit den vorhergehenden und nachfolgenden Gesetzen. Denn die *L. 7. Quod falso tut.* enthält das Edict des Prätors gegen den falsus tutor, *qui dolo malo auctor factus esse dicetur.* Gegen diesen soll der Betrogenen eine Klage haben, *ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnatur.* Von dieser actio in faelum ist denn auch

20) S. Keller über Litiscontestation. §. 15. S. 150 ff.

in allen nachfolgenden Gesetzen die Rede. Das Edict gibt uns nun auch Aufschluß über die *incommoda*, quae falsus tutor sustinere debet. Sie bestehen darin, daß er den betrogenen Kläger für den Verlust entschädigen muß, den er durch den Dolus desselben erlitten hat. Er muß ihm also alles Interesse vergüten, das heißt, nebst Erfüllung der Prozeßkosten ²¹⁾), alles dasjenige leisten, was der Kläger erhalten haben würde, wenn ein wahrer Vormund bei dem Prozeß mit dem Pupillen auctor gewesen wäre. Diese Erklärung bestärken Zweyten auch die Basiliken ²²⁾). Hier lautet unsere L. 10. in ihrem ganzen Zusammenhange folgendermassen:

Eάν δὲ πλαστός ἐπίτροπος ἐπὶ δίκῃ αὐθεντίσῃ, καὶ ἐν τῷ μεταξὺ σβεσθῇ ή ἀγωγή, ή κυριευθῇ διὰ χρήσεως τὸ πρᾶγμα, περιποιεῖ τὸ ἀζήμιον τῷ ἐνάγοντι, ὅπερ ἡμελλεν ἔχειν, ἀληθοῦς ὄντος ἐπιτρόπου.

Si falsus tutor in lite auctoritatem accommodaverit, et interim interierit actio, vel res usus capta sit, actori indemnitatem praestat, quam haberet, si verus tutor fuisset.

Eben dies ist auch die richtige Ansicht eines Cuja ²³⁾), dem auch Gerh. Noodt ²⁴⁾ und DOMPIERRE de JONQUIERES ²⁵⁾ bestimmen; besonders eines Anton Fas-

21) L. 7. §. 3. D. *Quod falso tut. auctet.*

22) Cit. loc. Tom. V. pag. 98. circ. fin.

23) Observation. Lib. XXII. Cap. 19.

24) Comment. ad Dig. Tit. *Quod falso tut. auctore. §. Adversus quem (Opp. Tom. II. pag. 578.)*

25) Specim. de restitutionibus in integrum. Lib. XXVII. Tit. 6. §. 7. pag. 369.

ber's²⁶⁾, und Pothier's²⁷⁾). Dahingegen ist die Erklärung der Glossen, welche unter dem *debet* den Pupillen verstehen will, dem die Verjährung oder Usucaption nicht zum Vortheil gereichen soll, ob ihr gleich auch Bartolus bestimmt, eben so unrichtig, als die des Heinrich a Guerin²⁸⁾, welcher unsere Gesetzstelle von dem Kläger selbst erklärt, so daß dieser einstweilen die Lasten der Sache, z. B. des Grundstücks, welches er vindicirte, übernehmen müsse, bis er solches durch das iudicium restitutorium, welches ihm gegen den Pupillen zustehe, wieder erhalte. Allein wollte man die Worte: *ac si illo tempore vero tutore auctore egisset*, auf den Pupillen beziehen, so müßte man das Wort *agere* in der ungewöhnlichen Bedeutung für *iudicium accipere excipiendo* nehmen. Von dem Pupillen ist aber hier gar keine Rede, sondern nur von dem falsus tutor. Unsere L. 10. gehört also zu dem zweyten Theile des Edict; wo dem Betrogenen gegen den falsum tutorem, welcher in dolo ist, eine actio in factum ad id, quanti ea res est, gegeben wird. Die Restitution des Betrogenen gegen den Pupillen aber gehört zum ersten Theil des Edict, wovon hier nicht die Rede ist. Es heißt zwar in der L. 7. §. 3. *D. eodem etiam sumtuum in hoc iudicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo;* allein die actio restitutoria ist hier keine andere, als die actio in factum

26) Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 52.
pag. 975.

27) Pandect. Justin. Tom. II. Tit. Quod falso tutores auct. Nr. IX. Not. f. pag. 156.

28) Repetitar. Lection. iuris civ. Cap. 15. (in Thes. Jar. Rom. Ottōn. Tom. IV. pag. 51.)

adversus falsum tutorem, wie auch Gajaz²⁹⁾ bemerkt hat. Nur dann, meint jedoch Anton Faber³⁰⁾, könne dem Betrogenen die Restitution gegen den Pupillen gestattet werden, wenn derselbe von dem falsus tutor nicht ent schädiget werden könnte, weil ihm hier die Klage unnütz sey, welche der Prätor dem Betrogenem im zweyten Theile seines Edict^s giebt³¹⁾. Johann Jensi^sius³²⁾ hat zwar insofern eine ganz richtige Ansicht, daß er unter dem, qui omnia incommoda sustinere debet, auch den falsus tutor versteht; allein darin scheint er mir zu irren, wenn er dem Gajus den Fall unterlegt, als habe der Pupill, falso tute^r auctore, selbst geplagt, und dieser es also sey, welcher gegen den falsus tutor flagen müsse. Denn hier bedarf er der Edict^sklage gar nicht, weil ihm hier die Restitution gegen den Dritten zusteht³³⁾. Nach dem Justinian. Rechte soll überhaupt gar keine temporalis praescriptio zum Nachtheil der Minderjährigen mehr Statt finden, damit es nicht erst einer in integrum restitutio bedürfe, um die rechtlichen Nachtheile wieder auf-

29) Comment. in Libr. XII. Paali ad Edictum ad L. 2. D. Quod falso tut. auct. (*Opp. postum. a FABRO editor. Tom. II. pag. 179.*) Auch in den *Basilicis* Tom. V. pag. 98. Const. 7. §. 2. heißt es: Διδωσι δὲ καὶ τὰς δαπάνας τῆς ἀποκαταστάσεως. i. e. Praestat etiam restitutio sumtus.

30) Jurispr. Papin. c. l. pag. 976.

31) L. 6. D. de *dolo malo*.

32) Ad Roman. iuris Pandect. et Codic. Stricturae (*Lugd. Batav. 1764. 4.*) pag. (183.) sq.

33) L. 45. D. de *minor*. L. 1. C. Si *advers. usucap.* (II. 56.) S. Unterholzner's ausführl. Entwicklung der gesammt. Verjährungslehre (Leipzig 1828.) 1. B. §. 37. S. 139. f.

zuheben, welche den Minderjährigen durch den Ablauf der Verjährung zugefügt worden sind³⁴⁾.

Es ist also nun wohl außer allem Zweifel gesetzt, daß der falsus tutor im eigentlichen Sinne, in welchem er in dem folgenden Titel seine Rolle spielt, durch seine auctoritatis interpositio nie mit dem Pupillen, sondern stets mit dritten Personen in ein Rechtsverhältnis tritt.

Noch ein anderer Unterschied läßt sich jedoch zwischen einem Protutor und falsus tutor angeben, auf den die Verschiedenheit der Rubriken der beyden Pandecten-Titel des 5ten und 6ten hindeutet. Nämlich in der Ueberschrift des Tit. 5. wird neben dem Protutor auch der Procurator genannt, dagegen in der Ueberschrift des Tit. 6. ein falsus curator nicht vorkommt. Es heißt bloß: *Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.* Es kann daher das Edict, von welchem dieser Titel handelt, nicht füglich auf einen Nichtcurator angewendet werden, welcher in einem solchen Falle, da der Minderjährige an den Consens seines Curators eben so gebunden ist, wie der Pupill an die Auctorität seines Tutors, unbefugter Weise den Consens zu Geschäften ertheilt, die der Minderjährige mit dritten Personen schließt. Denn die Worte des Edicts in L. 1. §. 1. D. *Quod falso tut.* gehen ausdrücklich nur auf den Tutor und seine Auctorität, nicht auf den Curator und seinen Consens. Sodann aber wird in L. 11. pr. D. eodem das zwölf- und vierzehnjährige Alter dessjenigen, für den der falsus tutor handelte, ausdrücklich hervorgehoben. Falsus tutor, sagt daselbst Ulpian, qui

34) L. 5. C. In quib. caus. in integr. restitutio necess. non est. (II. 41.) S. Unterholzner's ausf. Entwickl. 1. B. §. 35. S. 122.

in contrahendo auctor minori duodecim vel quatuordecim annis fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum, cuiuscunque conditionis fuerit³⁵). Das Verhältniß zwischen einem Richtcurator und dem Dritten, der unter dem Consens desselben mit einem Minderjährigen contrahirte, ist also nicht das eines falsus tutor, sondern es ist so, als wäre überhaupt kein Consens hinzugekommen. Der Minderjährige erwirbt Rechte, ohne sich verbindlich zu machen und der Dritte muß sich an den Richtcurator halten, und zwar, sofern dieser in dolo ist, mit der actio doli mali klagen³⁶).

§. 1373.

Rechtsverhältniß zwischen dem Protutor oder Procurator und dem Pflegling.

Im Verhältniß zum Pflegling treten nun zwischen ihm und dem Protutor oder Procurator eben die Verhältnisse, wie bey dem wahren Vormunde ein. Denn

1) Der Protutor, und also auch der Procurator, ist zu eben dem Fleiße verpflichtet, wie der wahre Vormund. Man verlangt von ihm dieselbe Treue und Sorgfalt, wie man sie vom Tutor, von einem wirklichen Vormunde, verlangen würde. Pomponius libro XVI. ad Quintum Mucium³⁷) sagt ausdrücklich:

35) Man sehe über diese Gesetzstelle Jac. Cujacii Observation. Lib. XXII. Cap. 20.

36) G. Reustetels angef. Abhandlung in dem Archiv für die civilitst. Praxis. 1. B. S. 251. f. Anderer Meinung sind jedoch Thibaut im Syst. des Pand. Rechts 1. B. S. 534. und von Wening-Ingenheim im Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. S. 415.

37) L. 4. D. h. t. G. Zimmer über die Culpa bey der

Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

Da jedoch die Gesetze dem Vormunde die Vergünstigung, nur diligentiam, quantam in rebus suis, in Angelegenheiten seines Mündels prästire zu dürfen, in Rücksicht seines lästigen Amtes, welches er zu übernehmen gezwungen ist, angedeihen lassen.³⁸⁾; so entsteht die Frage, ob auch ein Protator auf diese billige Nachsicht Anspruch machen könne? Man sollte glauben, es trete hier ein anderes Verhältniß ein, weil sich der Protator freiwillig und unberufen den vormundschaftlichen Geschäften unterzieht. Er sollte also einem negotiorum gestor, oder einem solchen Vormunde gleichgestellt seyn, welcher die Verwaltung der Vormundschaft freiwillig übernimmt, und also, wie diese, diligentiam diligentis patrisfamilias prästire. Dies ist auch wirklich die Ansicht, welche der unsterblich verdiente Georg Ludwig Böhmer³⁹⁾, in einem Rechtsgutachten durchzuführen suchte. Er beruft sich auf L. 53. §. 3. D. de furt. wo Paulus sagt:

Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex plu-

Protatel, in dem Archiv für die civilist. Praxis.
1. B. Nr. XIX. S. 252 — 256.

38) L. 1. pr. D. de tut. et rationib. distrah. S. den 30. Th.
dieses Commentars §. 1333. S. 244. ff.

39) Auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 1. Abtheil. Nr. 35.
S. 268. ff.

ribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione,
solus administrationem suscepit.

Hier wird nun wirklich der Protutor sowohl dem negotiorum gestor, als demjenigen Tutor gleichgestellt, welcher ausnahmsweise diligentiam, i. e. diligentiam diligentis patrisfamilias, also culpam omnem in abstracto prästiren muß⁴⁰⁾. Er soll nämlich, wie der negotiorum gestor, wenn der dominus negotiorum ihm die actio furti cediren will, schlechterdings haften, wenn er sich die zu verwaltende Sache culposer Weise hat stehen lassen. Schon eine geringe Culpa, eine so genannte culpa in abstracto, welche den Gegenbeweis einer gleich großen Nachlässigkeit in eigenen Angelegenheiten nicht zu lässt, macht ihn verantwortlich. Wir können nun zwar dem Gesetz dadurch nicht füglich ausweichen, wenn wir mit Herrn von Löhr⁴¹⁾ die Worte „*qui pro tutore negotia gerit*,“ von einem solchen verstehen wollten, welcher für den Tutor, mithin wirklich als negotiorum gestor, handelt. Denn diese Erklärung hat offenbar den bekannten technischen Sprachgebrauch von *pro tutore negotia gerere*, den ich in dem vorigen §. aus den Gesetzen erklärt habe, gegen sich. Es würde auch dieser Erklärung eine ähnliche Stelle des Paulus in *L. 85. D. de furt. entgegenstehen*, wo es heißt:

Is autem, qui sua voluntate, vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator, ob rem sua culpa subreptam, non habet furti actionem.

40) S. den 3o. Th. des Commentars §. 1333. a. S. 257. f.

41) Die Theorie der Culpa. (Gießen 1806.) 3. Abschn. §. 25. S. 169. Not. 3.

Allein die vom Böhmer angeführte Gesetzstelle läßt sich ohne Schwierigkeit mit unserer L. 4. h. t. vereinigen. Man denke an den Begriff von Prototor. Meint dieser, er sey Tutor, er sey es nun entweder nicht, oder sey es wirklich, ohne es zu wissen; so muß er auch dem wahren Vormunde gleichgestellt werden, und es kann ihm keine größere Verantwortlichkeit als diesem obliegen. Weiß er aber, daß er nicht Vormund sey, und er giebt sich wider besseres Wissen für einen Tutor aus; so haftet er wie ein negotiorum gestor, ja wie auch selbst ein Vormund hafsten würde, welcher freiwillig die Vormundschaftsverwaltung übernommen hat, d. h. er muß diligentiam in abstracto prästire, er ist also für jede culpa verantwortlich. So hat auch der scharfsinnige Zimmerman in der oben angeführten Abhandlung die Schwierigkeit glücklich gelöst ⁴²⁾.

Der Prototor haftet nun aber nicht nur, wenn er positiv gefehlt, sondern auch wenn er Geschäfte unterlassen hat, die sonst ein Vormund hätte mit besorgen müssen, jedoch nur insofern, als sie mit den übernommenen zusammenhängend sind, oder ein Anderer, den er von der Uebernahme derselben abhielt, solche besorgt haben würde ⁴³⁾. Wußte er, daß er zwar zum Vormund bestellt, aber daß es nicht auf eine rechtmäßige Art geschehen sey, und er hat sich eben deswegen in die Administration gar nicht eingemischt, quia non iure datus tutor fuit; so kann

42) Man sehe auch Schweppe Röm. Privatrecht S. 772. der 3. Ausg. und von Wening-Ingenheim Lehrb. 2. B. IV. Buch. §. 413. der 3. Aufl.

43) Grassus Diss. cit. §. 5. von Wening-Ingenheim a. a. D. §. 413.

er als Prototor nicht belangt werden ⁴⁴⁾). Denn Prototor würde er erst geworden seyn, wenn er sich der Verwaltung der Vormundschaft unterzogen hätte, dazu war er aber nicht verbunden. Hatte er sich hingegen der Vormundschaft unterzogen, in der Meinung, er sei rechtmäßiger Vormund; so darf er, wenn er nachher das Gegentheil erfährt, nicht sogleich die bisher geführte Verwaltung niederlegen, sondern er muß den Verwandten des Pupillen davon Nachricht geben, damit diese um die Bestellung eines andern Vormundes für den Mündel bey der Obrigkeit bitten. Unterläßt er diese Anzeige, so ist er dafür verantwortlich ⁴⁵⁾). Es gehört hierher die L. 1. §. 9. D. h. t.

Sed utrum solummodo in id, quod gessit, tenebitur, an vero in id etiam, quod gerere debuit? Et, si quidem omnino non ⁴⁶⁾ attingit tutelam ⁴⁷⁾, non

44) L. 1. C. de testam. tut. (V. 28.)

45) G. ANT. FABRI Jurispr. Papin. Tit. XII. Princ. VII. II-lat. 82. pag. 906.

46) In der Octav-Ausgabe des Corp. J. C. von Bed (Lipsiae 1825.) fehlt das non. Allein in der editio stereotypa Lipsiae 1829. f. heißt es: omnino non attigerit tutelam.

47) ANT. FABER Jurispr. Papin. Tit. XII. Princ. VIII. II-lat. 31. pag. 969. in fin. versteht diese Stelle so: Et siquidem omnino non attigisset tutelam, non teneatur. Darin hat er auch Recht; allein wenn dieser große Rechtsgelehrte sagt: Quamquam non video, quoniam casu haic sententias locus esse possit. Nam si prototor ille est, qui pro tatore negotia gerit, quomodo potest esse prototor is, qui nihil omnino gessit, nihilque attingit ex bonis pupilli? Nec enim sola opinio eius, qui se falso tuturem esse putat, facit protatorem,

De eo, qui pre tut, prove curat, negotia gessit. 319.

tenebitur: neque, enim, attingere debuit, qui tutor non fuit. Quod si quaedam gessit, videndum, an etiam eorum, quae non gessit, teneatur? Et hactenus tenebitur, si *alius* gesturus *suit*: sed et si cognito, quod tutor non fuit, abstinuit se administratione: videamus, an teneatur, si *necessarios pupilli non certioravit*, ut ei *tutorem peterent?* Quod verius est.

Überdem hat der Protutor alle übrige Pflichten auf sich, die auch einem wahren Vormunde obliegen⁴⁸⁾. Er muß daher, wie ein wahrer Vormund, ein Inventar errichten⁴⁹⁾, Rechnung ablegen, und Zinsen bezahlen, wo auch ein wahrer Vormund dazu verbunden ist. Ulpian sagt *L. 1. §. 8. D. h. t.*

In protutelae iudicio usurae quoque veniunt.

Allein eine gleiche Gewalt, wie dem wahren Vormunde, steht dem protutor nicht zu⁵⁰⁾. Daher kann er keine Sachen des Mündels, auch nicht einmal bewegliche, veräußern, der Pupill kann sie vindiciren, wenn auch der Protutor Caution Rem pupilli salvam fore geleistet hätte⁵¹⁾.

nisi gestio et administratio aliqua accedat; so hätte ihm die L. 1. C. de testam. tat. das Rätsel auflösen können, welche die Glossa zur Erläuterung anführt.

48) S. Matth. BERLICH Decision. P. II. Decis. 230. nr. 8.

49) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 534.

50) S. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.

51) S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 186. und POTTHAST Pand. Justin. Tom. II. Tit. quod falso tut. auct. Nr. II. not. b. pag. 155.

Cefius, ohnerachtet er noch vor dem Veräusserungsberechte des Kaisers Septimius Severus lebte, sagt L. 2. D. h. t. ausdrücklich:

Si is, qui pro tutore negotia gerebat, cum tutor non esset, rem pupilli vendidit, nec ea usucapta est: petet eam pupillus, quamquam ei cautum est: non enim eadem huius, quae tutoris, est rerum pupilli administratio.

Zwar wird hier von einer usucapio gesprochen, und gegen den Unmündigen als möglich angenommen⁵²⁾; allein wäre auch eine solche Usucapio gegen den Pupillen möglicher Weise abgelaufen, so würde doch demselben auch das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand, wie auch Cujacius⁵³⁾ bemerkt hat, nicht zu versagen seyn, obwohl der aus L. 4. §. 24. *Deinde doli mali et metus exceptione* hergenommene Beweis nicht gilt. Denn wenn es daselbst nach der florentinischen Lesart heißt:

Si quis non tutor, sed pro tutore negotia gerat: an dolus ipsius noceat pupillo? videamus. Et putem non nocere: nam si is, qui pro tutore negotia gerebat, rem vendiderit, et usucapta sit,

52) POTHIER cit. loc. not. a. und Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 37. SCHILTER o. l. pag. 428. will daher lesen: *nec ea qua*, i. e. nec ea res aliqua forte ratione usucapta est. Man sehe noch vorzüglich Jos. Fernand. de RETES succisiva Selectio ad leges, quae prohibent usucaption. (in Thes. Meerm. Tom. VI. pag. 472. sq.)

53) Commentar. ad Tit. Pand. de Usurpat. et usucap. ad L. 4. §. 11. h. t.

exceptionem non nocere pupillo, rem suam persequenti, etiamsi ei caustum sit: quia huic rerum pupilli administratio concessa non fuit;

so ergiebt sich schon aus der Vergleichung mit der vorher angeführten Stelle des Celsus, die mit der des Ulpianus fast gleichlautend ist, daß: *nec usucpta sit*, gelesen werden müsse. Diese Lesart wird auch durch die Scholien der Basiliken⁵⁴⁾ bestätigt, in welchen dieses Gesetz auf folgende Art ins Griechische übertragen ist:

54) Lib. XXXVIII. Tit. 5. Sch. h. Tom. V. FABROTI pag. 96.

Cujacius, welcher Observation. Lib. XV. Obs. 22. diese richtigere Lesart selbst vertheidiget, und schon in Comm. ad Tit. Pand. de usurpat. et usucap. c. l. bemerkte, daß die Wörter *et* und *nec* häufig aus Irrthum von den Abschreibern seyn verwechselt worden; beruft sich auch auf die Basilica, welche ebenfalls καὶ μὴ οὐσον κατεύθην αὐτὸς ὁ ἀγοραστὸς lesen sollen. Allein in der Ausgabe des Guil. OTT. RBITZ von dem 50. 51. und 52. Buche der Basiliken, welche wir in dem Thes. Meerman. Tom. V. finden, heißt es Lib. LI. Tit. 4. Const. 4. §. 24. *de doli mali et metu exceptione* pag. 90. affirmativ: καὶ διὰ τὸ χρεόδαις δεσπότου αὐτὸς ὁ ἀγοραστὸς welches Reiz so übersetzt hat: *camque emitor usucoperit*. Diese Lesart entspräche nun freylich den florentischen Pandecten, daher vertheidigen auch gegen Cujac. die affirmative Lesart Adr. POLVARUS ad legem Atiniam. Cap. XVII. (Tom. IV. Thes. OTTON. pag. 343.) ROBERTUS Recept. Lect. Lib. I. Cap. 7. und Animadvers. Lib. I. cap. 24. so wie auch Siegm. REICH. JAUCHIUS Meditat. critic. de Négationib. Pand. Florentin. Cap. XIII. §. 35. pag. 182 standhaft. Den Widerspruch der Lesart in den Basiliken hat jedoch auch Reiz c. l. pag. 90. not. 27. bemerkt. POTHIER Pand. Justin. Tom III. Tit. *de doli mali et metu except.* Nr. XXII. pag. 268 liest: *et non usucpta sit*. Die Glossa Glück's Erläut. d. Pand. 32. Th.

Ο δόλος τοῦ προτούτορος οὐκ ἀντίκειται τῷ πουνπίλλῳ. ἐὰν γὰρ παλίση πρᾶγμα αὐτοῦ, καὶ μὴ οὐσου καπιτεύσῃ αὐτὸ δ ἀγοραστῆς, ὁ πουνπίλλος ἐκδικεῖ ἀντὸ, μὴ ἀντιτίθεμένης αὐτῷ παραγραφῆς, κἄν εἰ ἐλαβε παρ' αὐτοῦ τὰ ικανά.

Dolus protutoris pupillo non nocet: nam si vendiderit rem eius, nec usucapta sit ab emtore, pupillus eam vindicat, non opposita exceptione, etiamsi ei cautum sit.

Ob nun gleich durch den unter dem Kaiser Septimius Severus gemachten Senatschluß, der auch häufig als *Oratio Divi SEVERI* angeführt wird, den Vormündern nur verboten wurde, die praedia rustica und suburbana ihrer Pflegbefohlnen ohne eine besondere obrigkeitliche Erlaubniß zu veräußern, wovon Lib. XXVII. Tit. 9. die Rede seyn wird; so sagt dennoch Ulpian libro II. de omnibus Tribunalibus⁵⁵⁾) von den Pro-tutoren und Procuratoren ganz allgemein:

Qui neque tutores sunt ipso iure, neque curatores, sed pro tute re negotia gerunt; vel pro curatore, eos non posse distrahere res pupillorum, vel adolescentium, nulla dubitatio est.

Es erscheint zugleich aus dieser Gesetzstelle, daß solche

stimmt in ihrer Erklärung mit der florentinischen Lesart überein. Halioander, Miräus, Merlinus, Chavalonius, und Baudoza lesen, auch wie die Florentine, et usucapta sit. Russard bemerkt jedoch in seiner Ausgabe, es müsse wegen L. 2. h. t. nec usucapta sit gelesen werden.

55) L. 8. pr. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt.

Veräußerungen ganz ungültig sind, sie mögen von einem Protutor oder Procurator unternommen worden seyn⁵⁶⁾; und zwar gilt dieses nicht nur von solchen Sachen, deren Veräußerung die *Oratio Divi Severi* den Wurmündern ausdrücklich verbot, sondern auch von solchen, deren Veräußerung den wahren Wurmündern erlaubt war⁵⁷⁾. Da wegen der Nichtigkeit der Veräußerung das Eigenthüm der Sache durch die Tradition auf die Käufer nicht übertragen, sondern diesen, wenn sie bona fide gekauft haben, blos ein rechtlicher Grund zur Usucaption gegeben wird; so kann dem Pupillen, wenn er die veräußerten Sachen vindicirt, die Einrede, es sey ihm von dem Protutor cautio rem pupilli salvam fore gemacht worden, und er müsse also zuförderst mittelst der actio ex stipulatu diese Caution gegen die Bürigen geltend machen, nicht entgegen gesetzt werden, wie *Paulus libro XII. ad Edictum*⁵⁸⁾ ausdrücklich sagt:

Utique et si pupillo cautum sit, melius dicetur,
rem suam restitui pupillo debere, quam incertum
cautionis èventum exspectare.

Eben so wenig braucht sich der Pupill an den Protutor verweisen zu lassen, um erst gegen diesen actione protutelae flagen zu müssen.

56) *S. Christ. Gottl. HAUBOLD Historiae iuris civ. Rom. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis Specim. I.* (*Lipsiae 1798. 4.*) Cap. I. §. 4.

57) *S. Pet. FABRI Semestrium Lib. II. cap. 15. pag. 245.* (*Genevae 1660. 4.*)

58) *L. 6. D. Quod falso tutore auctore. S. CUSACII Comment. ad L. 2. D. eodem.* (*Opp. postum. Tom. II. pag. 180.*)

Einem Prototor kann auch in der Regel keine Zahlung gültig geleistet werden, so daß der Schuldner dadurch ipso iure befreyt werde⁵⁹⁾). Dies ist wenigstens der Analogie gemäß. Denn so sagt Julian *libro LIV. Digestorum*⁶⁰⁾.

Procuratori, qui se ultro alienis negotiis offert, solvendo nemo liberabitur..

Und Ulpian⁶¹⁾ sagt ganz allgemein, keine einem Mächtigvormunde geschehene Zahlung befreye den Schuldner des Pupillen. Indem nun Paulus *libro XXXVIII. ad Edictum*⁶²⁾ eine Ausnahme befügt, wenn er sagt:

Debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli pervenerit:

so wird dadurch die Regel vollends außer allen Zweifel gesetzt.

Es ist jedoch dies nicht die einzige Ausnahme, welche Paulus macht, nämlich wenn das dem Prototor gezahlte Geld zum Nutzen des Mündels verwendet wird.

59) *G. Ant. Faber Jurispr. Papinian. Tit. XIII. Princ. VIII.*

Illiad. 31. pag. 971. Barn. Brissonius de Solutionib.

Lib. I. pag. 16. Franc. Florens ad Tit. Dig. et Cod. de solution. et liberat. Tract. (Oper. iurid. a Lorber a Stoerchen editor. Tom. II. pag. 490. S. Quae diximus.) Montanus de tutel. Cap. XXXII. nr. 129. Grasser Diss. cit. de prototor. §. IX. Jo. Ad. Theoph. Kind Quaestition. for. Tom. I. Cap. 26 und von Weining-Singenheim Lehrbuch 2. B. IV. Buch §. 413. a. C.

60) *L. 54. §. 4. D. de Solution. (XLVI. 5.)*

61) *L. 14. § 2. D. eodem.*

62) *L. 28. D. eodem.*

det worden ist. Eine zweyte Ausnahme findet Statt, wenn die Schuld, welche an den Protutor bezahlt worden, aus seiner eigenen Geschäftsführung herrührte⁶³⁾). Es waren z. B. die Gelder des Pupillen von dem Protutor selbst ausgeliessen worden, und der Schuldner hatte sie diesem wiederbezahlt; oder der Protutor hatte die Gelder deponirt, und sie sind ihm von dem Depositario auf sein Verlangen wieder restituirt worden. War hier der Schuldner in bona fide, und wusste er also nicht, daß derjenige, den er für den Vormund hielt, kein wahrer Vormund sey, so wird er durch die geleistete Zahlung ganz frey, wusste er aber, daß derselbe nicht Vormund sey, so wird der Schuldner nur dann von seiner Verbindlichkeit frey, wenn der Protutor Zahlung leisten kann⁶⁴⁾). Von diesem Falle erklärt man die L. 88. D. de solutionib. welche aus des Quintus Cervidius Scaevola libro V. Digestorum⁶⁵⁾) genommen ist. Sie lautet folgendermassen:

Filiae intestato patri heredis negotia mater gestit, et res vendendas per argentarios dedit, idque ipsum codice conscriptum est. Argentarii universum redactum venditionis solverunt, et post solu-

63) FABER c. l. und in Cod. Sabaud. Lib. V. Tit. 45. Def. un. nr. 1. 2. 3. et 4. und GRASSUS cit. Diss. §. IX.

64) S. Ant. FABER cc. II. und OSW. HILLIGER Donellas enucleat. Lib. XVI. Cap. 10. lit. L. pag. 1484.

65) Diese Gesetzstelle haben vorzüglich erklärt PET. FABER Semestrium Lib. II. Cap. 15. pag. 241. sqq. (Genevae 1660. 4.) und JOS. FERNAND. DE RETZ Opuscular. Lib. IV. sive ubiores notae ad notas CLAUDII affixas Digestor. s. Responsor. Libb. Scaevolae ad L. 88. D. de Solution. (in THES. MEERMAN. Tom. VI. pag. 219 sq.)

tionem novem fere annis, quidquid agendum erat, nomine pupillae mater egit, eamque marito nuptum collocavit, et res ei tradidit. Quaesitum est: an puella cum argentariis aliquam actionem habeat, quando non ipsa stipulata sit pretium rerum, quae in venditionem datae sunt. sed mater? Respondit, si de eo quaereretur, an iure ea solutione argentarii liberati essent; responderi iure liberatos. CLAUDIUS: subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio, an pretia rerum, quae sciebant esse pupillae, bona fide solvisse videantur matri, quae ius administrationis non habebat? ideoque, si hoc sciebant, non liberantur: scilicet si mater solvendo non sit.

Der Fall, den Scavola hier erörtert, ist folgender. Ein Vater starb ohne Testament, und seine einzige noch unmündige Tochter war seine Erbin. Die Mutter derselben war nicht zur Vormünderin über sie bestellt. Sie hätte auch damals nur mit Erlaubniß des Kaisers zur Vormünderin bestellt werden können⁶⁶⁾. Daher sagt Claudio Tryphoninus in seiner Note zu dieser Stelle des Scavola: *mater ius administrationis non habebat*. Sie verwaltete aber doch die Geschäfte ihrer noch unmündigen Tochter, so gut, als ob sie Vormünderin wäre. Denn daß Frauenspersonen, eben so wie Mannspersonen, die Geschäfte der Unmündigen pro tutore verwalten können, erhellet aus L. 1. C. h. t. Sie ließ daher Sachen ihrer Tochter, wie bey den Römern der Gebrauch war, öffentlich durch die Argentarien verkaufen⁶⁷⁾, und

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

67) GAIUS *Comm. IV.* §. 126. *L. 18. pr. D. de heredit. petit.* SENeca *Controvers.* Lib. I. Praefat. (*Operum*

stipulirte mit ihnen wegen der Bezahlung der aus der Auction gelösten Gelder. Die Argentarien trugen auch den Empfang und Erlös in die Bücher ihrer Bank (*codices*⁶⁸) ein, und zahlten den Preis, den sie aus dem Verkaufe gelöst hatten⁶⁹), der Stipulation gemäß an die Mutter. Nach dieser Zahlung hatte die Mutter fast noch neun Jahre die Geschäfte ihrer unmündigen Tochter ver-

Tom. III. pag. 73. edit. Gronov. (Amstelod. 1672. 8.)
QUINTILIAN. Institut. Orator. Lib. XI. Cap. 2. nr. 24.
Vol. IV. pag. 309. sq. edit. Spalding. (Lipsiae 1816.)
CICERO pro Caecinna. Cap. 6. S. Herm. HUBERT Disp.
 de *argentariis veterum II.* Cap. 3. §. 1. (in *Ger. Orl-*
richus Thes. Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. II.
Tom. I. pag. 71.) *Jo. Gottfr. SIEBER* Diss. de *argen-*
tariis, eorumque in primis officiis. (Lipsiae 1759.)
Cap. I. §. 22. (in *BESBEK Thes. iuris cambial.* P. I.
 pag. 40. sq.) und *Wilh. Theod. KRAUT* Commentat. de
argentariis et nummulariis. (Göttingae 1826. 8.) *Cap. III.*
 pag. 26. sq.

68) *CICERO in Catilin. Orat. II. cap. 8.* und *Orat. II. in*
Servil. Rullam. Cap. 25. nennt die von den Argentarien
 über die von ihnen gehaltenen Auctionen geführten Rech-
 nungen, *auctionariae tabulae*. Vom Ulpian *L. I.* §. 3.
D. de tutelae et ration. distrah. werden sie *auctionalia*,
 von dem griechischen Scholiasten in den *Basilic.* Tom. V.
 pag. 75. aber $\tau\alpha\pi\epsilon\zeta\tau\iota\omega\lambda\circ\gamma\circ\iota$, *monsariae ra-*
tiones, genannt.

69) In der *L. 88.* wird der Ausdruck *universum redactum*
 gebraucht, d. h. *universa pecunia ex venditione rerum*
redacta. S. *Jo. Frid. GRONOVII Observat. Lib. I.*
cap. 20. pag. 125. (edit. Platner.) *Corn. van BRINKERS-*
HOK Observation. Jur. Rom. Lib. I. cap. 25. §. Quod
apud. pag. 71. edit. *Heinecc.* und *Car. Andr. DOKER*
Opusc. de Latinitate vet. Ictorum pag. 391.

waltet, und nomine pupillae, also gewiß, pro tutrice, gehandelt. Die Mutter verheyrathete nachher ihre Tochter, und übergab ihr ihr Vermögen. Nun entstand die Frage, ob die Tochter gegen die Argentarien eine Klage habe; daß sie ihr das aus dem Verkaufe der Sachen gelöste Geld bezahlen sollten? Scavola entscheidet für die Argentarien. Sie wären, sagt er, durch die der Mutter geleistete Zahlung der Auctionsgelder von ihrer Schuld den Rechten nach befreit worden. Zwar steht dieser Entscheidung ein wichtiger Zweifelgrund entgegen, den Scavola selbst vorbringt. Er sagt, es habe ja nicht die Tochter, sondern die Mutter mit den Argentarien stipulirt: *quando* (i. e. quandoquidem s. quia) *non ipsa stipulata sit, sed mater.* Da sich also die Argentarien der Tochter nicht verbindlich gemacht hätten; so hätten sie auch von ihr nicht befreit werden können⁷⁰). Dennoch bleibt er bey seiner Entscheidung, daß gegen die Argentarien keine Klage Statt finde. Warum aber und in wiefern? sagt er nicht, darum fügt Claudio^s dieser Entscheidung noch eine erläuternde Note hinzu. Dieser Claudio^s ist der römische Jurist Claudio^s Tryphoninus, welcher besonders unter den Kaisern Septimius Severus und Antoninus Caracalla blühte⁷¹). Er hat nach der Gewohnheit der Röm. Rechtsgelehrten, über klassische Werke ihres Fachs Anmerkungen zu schreiben, über den Scavola commentirt. Ob er über alle Werke des Scavola Noten geschrieben, wie Joseph Fernau

70) L. 116. D. de Verbor. obligat.

71) L. 44. D. de Excusat. L. 12. §. 17. D. de captiv. et postlim. revers. L. 39. D. de poenis. S. Zimmer Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 1. Abth. §. 99.

dez de Rete^s⁷²⁾ behaupten will, ist nicht gewiß; so viel aber außer Zweifel, daß er über die libros Digestorum und Responsorum des Scāvola commentirt habe, wie die aus denselben in den Pandecten befindlichen Fragmenta beweisen. Seine Noten über Scāvola sind blos erklärende. Denn da die Schriften desselben wegen der allzugroßen Kürze, deren sich Scāvola vor allen andern befleßigte, oft sehr dunkel sind; so sucht sie Tryphonius durch seine Noten zu erläutern⁷³⁾), weil ihm die Meinungen seines Lehrers⁷⁴⁾ am besten bekannt waren. Er tadeln daher seinen Lehrer nie, weicht auch nicht leicht von seinen Meinungen ab, sondern sucht sie blos durch erläuternde Zusätze zu verdeutlichen⁷⁵⁾). Daher sagt Cujaz⁷⁶⁾: CLAUDIUS interpres fuit brevitatis SCAEVOLAE, sive explanator. Die Noten des Tryphonius machen nun kein eigenes Werk aus, wie z. B. die notae Juliani ad Urseium Ferocem, ferner

72) Opusculor. Lib. IV. ad L. 88. §. 12. D. de Legat. II. nr. 1. (Tom. VI. Thes. Meerman. pag. 201.)

73) Man. sehe z. B. L. 19. D. de peculio castrensi. L. 32. §. 1. D. de usu et usufr. legat. und Jac. Cujacii Observation. Lib. X. Cap. 39. et Lib. XXIII. cap. 8.

74) Daß Tervidius Scāvola des Claudius Tryphonius Lehrer gewesen, hat Christ. Rau in Diss. de Claudio Tryphonino ICto Rom. Lipsiae 1768. §. VIII. bewiesen.

75) G. Rau Diss. cit. §. XIII. Zuweilen fügt auch Tryphonius zur Bestärkung der Meinung des Scāvola noch Gründe hinzu. G. L. 80. D. ad SC̄tum Trebell. L. 78. §. 6. L. 77. §. ult. D. eadem. L. 58. pr. D. de admin. et peric. tutor. et curat.

76) Ad L. 52. §. 2. D. de Usufr. legato.

des Javolenus ex Cassio; sondern sie begleiten überall den Text, auf welchen sie sich beziehen, und sind dem Hauptwerke gleichsam einverleibt. Ein solcher Text wird dann fragmentum notatum genannt, wie unsere L. 88. *D. de Solut.* als Beispiel dienen kann. Tryphonin, welcher nie seinen Lehrer tadeln, verwirft auch hier die Entscheidung des Scävola nicht, sondern erläutert sie nur. Es liegt hier, sagt er, eine quaestio facti zum Grunde, welche zur richterlichen Untersuchung und Reflexion gehört. So müssen die Worte des Claudio: *Subest enim illa ex iurisdictione pendens quaestio,* verstanden werden, wie sie auch Peter Faber⁷⁷⁾ erklärt hat. Denn Fernandez de Metes⁷⁸⁾ hat sie ganz unrichtig verstanden, wenn er sie so erklärt: *Advertit (sc. CLAUDIUS) ex superiore dictione iuris, sive ex superiore responso SCAEVOLAE, illam quaestionem adhuc pendere: id est, accipiendum esse responsum secundum hanc limitationem.* Der Ausdruck: *quaestio ex iurisdictione pendens* heißt eben soviel, als wenn Scävola *libro V. Responsorum*⁷⁹⁾ sagt: *quaestio ad iudicis cognitionem remittenda.* Es kommt also alles, sagt Claudio in seiner Note zum Scävola, auf die zur richterlichen Cognition gehörige Frage an, ob die Argentarien der Mutter die erhobenen Auctionsgelder in gutem Glauben bezahlt hätten. Dies fügt nun Scävola bey seiner Entscheidung voraus. Es könnte auch eine solche bona fides bey den Argentarien daraus füglich gefolgert

77) Semestrium Lib. II. pag. 247.

78) Opusculor. Lib. IV. ad h. L. (Tom. VI. Thes. Meerman. pag. 220.)

79) L 135. §. 2. ix fin. *Dude Verbor. obligation.*

werden, daß die Mutter mit ihnen wegen der Bezahlung stipulirt, die Auction auch öffentlich, nach vorhergegangener Bekanntmachung durch den Prätor, oder, wie noch gewöhnlicher war, durch Anschlag einer tabula auctionaria an der Bank, und an den frequenteren Orten der Stadt⁸⁰⁾, also vor den Augen des Volks geschehen war. Konnten die Argentarien hier nicht denken, die ihnen zur Verauctionierung von der Mutter übergebenen Sachen seyen ihr Eigenthum, sie habe also das Recht gehabt, sie versteigern zu lassen, und an sie seyen auch die aus der Auction gelösten Gelder zu bezahlen, weshalb sie ja selbst mit den Argentarien stipulirt hatte? Gesetzt aber auch, sie hätten gewußt, die Sachen gehörten ihrer unmündigen Tochter, es wären also wirklich res pupillares; so konnten sich die Argentarien noch immer in dem gerechten Fritthume befinden, die Mutter, die so gerade und öffentlich beym Verkaufe dieser Sachen zu Werke ging, müsse ein Recht haben, die Sachen ihrer Tochter zu verwalten, denn sonst würden ihr ja wohl die Vormünder die Verwaltung untersagt haben. Sie müßten in diesem guten Glauben noch mehr dadurch bestärkt werden, daß die Mutter beynahe noch neun Jahre nach der Zahlung alle Geschäfte nomine pupillae, ohne allen Widerspruch, geführt, ja auch ihre Tochter verbeyrathet, und ihr das Vermögen ausgebändigt hatte. Wie aber, wenn die Argentarien dennoch gewußt haben sollten, die Mutter habe kein ius administrationis gehabt? Dies ist der Fall, den Scavola nicht berührt hat. Mit Recht, sagt hier Tryphoninus,

80) CICERO pro PUBLIO QUINTIO. Cap. 6. et ad Eund. HOMANUS in edit. Graevian. Tom. I. P. I. pag. 29. Man vergleiche HÜBBRT Diss. II. cit. de argentariis Vett. Cap. III. §. 1. et 2.

die Argentarien seyen dann durch die der Mutter geleistete Zahlung von ihrer Verbindlichkeit nicht befreit worden, weil sie hier in mala fide waren. Doch beschränkt er dieses auch nur auf den Fall, wenn die Mutter insolvent ist. Es lässt sich daraus schließen, dass wenn die Mutter noch solvent ist, die Tochter sich an diese halten müsse. So erläutert und limitirt Tryphonin die Entscheidung des Scavola.

Allein hier ist noch ein Anstand zu beseitigen. Man denke sich, die Mutter habe pro tutrice für ihre unmündige Tochter gehandelt; wie konnte sie denn Sachen ihrer unmündigen Tochter veräußern? Wusste sie nun, sie habe kein ius administrationis; so war sie ja in dolo, und diesen theilten mit ihr die Argentarien, welche gleiche Wissenschaft hatten. In einem solchen Falle soll ja selbst der dolus eines wahren Vormundes dem Pupillen nicht zum Nachtheil gereichen, er sei solvent, oder nicht⁸¹⁾). Kein Wunder, wenn Peter Faber⁸²⁾ die Worte: *scilicet si mater solvendo non sit*, für einen unächten Zusatz, für das Scholion eines unbekannten Auslegers hält. Dennoch ist dazu kein hinlänglicher Grund vorhanden. Die Mutter war freylich nicht berechtigt, Sachen ihrer unmündigen Tochter durch die Argentarien versteichern zu lassen. Diese jedoch von den Käufern zu vindiciren, erlaubte publica auctionis fides nicht. Denn das Geschäft der Argentarien war, man sage dagegen, was man will, ein öffentliches Geschäft, bey dessen richtiger Verwaltung das ganze Publikum interessirt war. Wer also, dem öffent-

81) L. 198. *D. de div. Regul. juris.*

82) Semestr. Lib. II. cap. 15. pag. 243. §. *Igitur argenta-*
rio.

lichen Zutrauen folgend, welches die Gesetzgebung selbst dem Institut der Argentarien beylegte⁸³⁾ , mit denselben in Verkehr sich eingelassen hatte, mußte so vollkommen gesichert seyn, als wenn er sich dem Staate selbst anvertraut hätte, unter dessen besondern Aufsicht die Banken standen⁸⁴⁾. Sie wären gleichsam, wie sich *Claudius Salmassius*⁸⁵⁾ sehr richtig ausdrückt, *publicae fidei sequestres*. Wegen dieses öffentlichen Credits durfte sogar der Vormund nichts ersezzen, wenn er Gelder seines Mündels in die Bank gegeben, und diese verloren gingen⁸⁶⁾. Waren nun also die Argentarien in dem Falle, von welchem *Savola* handelt, nicht in bona fide, so wurden sie zwar freylich durch die an die Mutter wissentlich, daß sie zur Verwaltung des Vermögens ihrer unmündigen Tochter nicht befugt sey, geschehene Bezahlung der Auctionsgelder von ihrer Verbindlichkeit gegen die Tochter derselben nicht frey. Da jedoch dieses Obligationsverhältniß aus einer Geschäftsführung für die Mutter entstanden ist, so bleibt sie den Ar-

83) *L.* 10. §. 1. *D.* de *Edendo*. (*Il.* 15.) *L.* 24. §. 2. *D.* de *rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) *G.* *Claud. Salmassii* de *Usuris lib.* Cap. 17. pag. 508 sqq. und von Almendingen über Urkundenedition und Argentarien in dem Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts, herausgegeb. von Carl von Grolman. 1. B. §. 520. ff.) Man s. auch den 12. Th. dieses Commentars. §. 786. — *G.* 195. f. Abweichend sind *HUBERT* de *Argentariis Velt.* Diss. I. Cap. III. §. 2. und *KRAUT* in *Comment. cit.* Cap. VI. pag. 56. sqq.

84) *L.* 1. §. 9. *D.* de *officio Praef. Urbi*. (*I.* 12.)

85) *De modo Usurarum.* Cap. XVI. pag. 722.

86) *L.* 50. *D.* de *administr. tutor.* *G.* *Jos. FINESTRES et de Monsalvo Hermogenian.* Tom. I. pag. 567. sqq.

gentarien verpflichtet. Ist sie daher solvent, so können sich die Argentarien durch eine Cession der Klage gegen sie von den Ansprüchen der Tochter befreien. Dies lässt sich wenigstens durch ein argumentum a contrario daraus folgern, weil die Argentarien nur dann haften sollen, scilicet si mater solvendo non sit. Das nun aber diese Worte kein unächter Zusatz irgend eines Interpreten sind, erhebt aus den Basiliken⁸⁷⁾, in welchen unsere L. 88. folgendermassen lautet.

Εὰν γυνὴ μετὰ Σαράτον τοῦ ἀνδρὸς, τὰ τῆς Συγγαρός αὐτῆς διοικοῦσα, πράγματά τινα δι' ἀργυροπρατῶν πωλήσῃ, καὶ τὸ τίμημα λάβῃ, καὶ ἀπὸρος ἔστιν, οὐκ ἐλευθεροῦνται οἱ ἀργυροπράται, εἰὰν εἰδότες τῆς κόρης εἶναι τὰ πράγματα, δεδώκασι τὰς τιμάς εἰ καὶ τὰ μάλιστα πολὺν χρόνον διώκησεν τὰ πράγματα αὐτῆς, καὶ ἀνδρὶ αὐτῆν κατενεγγύησεν.

FABROTUS. *Si mulier post mortem viri filiae suae negotia gerens, quasdam res per argentarios vendiderit, pretiumque acceperit, NEO SOLVENDO SIT, argentarii non liberantur, si cum scirent, res ad pueram pertinere, pretia earum dererint: licet longo tempore mater eius negotia gesserit, eamque marito nuptum collocaverit.*

Die dagegen von Faber angeführte L. 198. D. de div. Regul. iuris gehört gar nicht hierher, wie ich schon an einem andern Orte⁸⁸⁾ gezeigt habe.

Eine dritte Ausnahme findet Statt, wenn die Zahlung demjenigen geschehen ist, der wirklich Wormund war,

87) Lib. XXVI. Tit. 5. Const. 88. Tom. IV. FABROTI p. 159. sq.

88) S. den 31. Th. dieses Commentars §. 1346. S. 25.

aber noch vor dem Empfang der Zahlung es zu seyn aufgehört hatte, und zwar aus einer Ursach, welche der Schuldner wahrscheinlich nicht wissen konnte, z. B. wegen der unterdessen eingetretenen Mündigkeit des Pupillen. Hier wird der Schuldner frey, weil ihm nichts zur Last gelegt werden kann⁸⁹). Ein Gleiches findet endlich Viertens Statt, wenn die Obrigkeit die Handlungen des Protutors genehmigt⁹⁰). Denn bestätigt die Obrigkeit überhaupt die Handlungen eines Protutors, so sind sie so gültig, wie die eines wahren Vormundes, zwar nicht ipso iure, aber per Praetoris tuitionem, wie Ulpian sagt⁹¹).

Uebrigens brauchen sich auch Dritte mit dem Protutor, wenn er Namens des Pupillen Klage erhebt, nicht einzulassen, sondern können ihm die Einrede der mangelnden Legitimation entgegensetzen.

*L. 2. C. h. t. (V. 45.) Impp., Diocletian. et
MAXIMIAN. AA. et CC. Marco. Non utiliter nomi-
natus tutor, pupillorum nomine agendo, licet ex
eorum persona iniunctas impleat intentiones, ex-
ceptione, si tutor non est, summovetur.*

S. 1373. a.

Actio protutelae directa und contraria.

Die aus der Protutel entspringende Klage, welche der Pupill gegen den Protutor hat, ist die *actio protutelae*.

89) *Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. VIII.*

Illat. 51. pag. 971. HILLIGER Donell. enucleat. Lib. XVI.

Cap. 10. lit. L. pag. 1484. in fin. Mich. GRASSIUS cit.

*Diss. Delibata ex matr. juris protutor. cont. S. IX.
in fin.*

90) *Arg. L. 1. §. 5. D: Quod falso tat. auct. S. FABER c. I.*

91) *L. 1. §. 5. D. cit.*

directa, welche sich von der *actio tutelae directa* nur darin unterscheidet, daß sie zu jeder Zeit wegen der gesamten Administration erhoben werden kann, wenn auch der Mündel die Pubertät noch nicht erreicht hat. Ulpian sagt *libro XXXVI. ad Edictum* ⁹²⁾:

Cum eo, qui pro tutori negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse, nulla dubitatio est, quia tutor non est.

Eben dies bestätigt Paulus, wenn er *libro XXIV. ad Edictum* ⁹³⁾ sagt: *Cum curatore et protutore etiam manente administratione agi potest.*

Die Klage geht übrigens darauf, daß der Beklagte wegen der Verwaltung, deren er sich unterzogen hat, eben das leiste, wozu ein wahrer Vormund verbunden ist, folglich, daß er Rechnung ablege, und dasjenige, was er von dem Vermögen des Pupillen noch in Händen hat, herausgabe, nicht minder die Zinsen vergüte, wo sie auch von einem wahren Vormund gefordert werden können, und den durch eine solche Culpa verursachten Schaden ersehe, welche er nach dem Unterschiede der oben (S. 317.) angeführten Fälle zu prästiret hat ⁹⁴⁾.

Ist gleich die *actio tutelae* eine Civilklage, wie oben (S. 178. f.) bewiesen worden ist; so ist doch die *protutelae actio* unstreitig prätorisch. Der Prätor hielt die Einführung einer solchen Klage darum für nötig, weil es

⁹²⁾ L. 1. §. 3. D. h. t.

⁹³⁾ L. 26. D. de admin. et peric. tutor. et curator.

⁹⁴⁾ S. VOST. Comm. ad Pand. hab. §. 2. GRASSUS cit. Diss.

S. 4—6. und SCHMIDT pract. Lehrbuch von gerichtl. Kla-
gen und Einreden. S. 1207—1211. S. 733. ff. der MAR-
TINSCHEN Ausgabe.

ost ungewiß seyn könne, ob derjenige, welcher die Vormundschaft über einen Unmündigen führte, wahrer Vormund sey, oder nur pro tutore gerire. Eine Ungewissheit, welche sich gar leicht daraus erklären lässt, daß bey den Römern die testamentarii und legitimi tutores seiner obrigkeitlichen Bestätigung bedurften⁹⁵⁾). Damit es nun dem Pupillen in keinem Falle an einer Klage fehlen möchte; so dehnte der Prätor die von ihm in seinem Edict für das iudicium tutelae proponirte Formel auf den doppelten Fall aus, es möge derjenige Tutor seyn, oder nicht seyn, welcher die Tutel verwalter hat. Alles dies sagt uns nun Ulpian L. 1. pr. D. h. t.

Protutelae actionem necessario Praetor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor, an vero quasi tutor, pro tutorē administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut, sive tutor sit, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur. Solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit.

Das die actio tutelae eine Civilklage, die protutelae actio aber eine prätorische ist, darf uns nicht wundern, da dieser Fall bey der Ausdehnung der Klagen durch die Jurisdiction gar nicht ungewöhnlich ist. Man erinnere sich an die der actio Legis Aquiliae nachgebildete actio in factum praetoria, ferner an die zur Ergänzung der negotiorum gestorum actio vom Prätor eingeführte actio funeraria.

95) G. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. und Ant. SCHULTING Notae ad Dig. a. Pand. T. IV. ad L. 1. h. t. pag. 485.

Da nach den deutschen Reichsgesetzen alle Vormünder, auch die testamentarische und legitime, von der Obrigkeit bestätigt werden müssen, und sich der Vormundschaft nicht eher unterziehen sollen, als bis ihnen die Verwaltung von der Obrigkeit übertragen worden ist⁹⁶⁾; so sollte man fast glauben, Prototoren und Procuratoren könnten heutiges Tages gar nicht mehr vorkommen. Allein so denkt der unsere praktischen Juristen⁹⁷⁾ nicht. In den Reichsgesetzen ist der Prototoren freylich nicht gedacht, es sind aber doch auch die Rechts- und Verbindlichkeitss-Verhältnisse derselben nicht aufgehoben. Das Römische Recht muss also in Ansehung ihrer noch jetzt als Hülfrecht gelten, da die Prototoren und Procuratoren in Ansehung des Pflichtverbandes den wahren Tutores und Curatores überall gleichstehen⁹⁸⁾. Nach der heutigen Rechtsverfassung wird es zwar freylich wohl viel seltner ungewiss seyn, ob jemand Vormund sei, oder nicht; dennoch aber können Fälle vorkommen, wo der Vormund nur als Prototör behandelt werden kann. Z. B. die Bestätigung ist von einem inkompetenten Richter geschehen, oder der competente Richter ist mit der Bestätigung säumig, und der von seiner Pflicht besetzte testamentarische Vormund will seine Pfleglinge der obrigkeitlichen Zögerung nicht Preis geben. Hier muss der nichtconfirmirte, zur Gestion voreilende

96) Vergl. den 29. Th. dieses Commentars. S. 1312.

97) *S. Jo. SCHILTER* *Praz. iur. Rom. Exercit. XXXVII.*

S. 185. Sam. STÄRK Us. mod. Pandect. h. t. Mich.

GRASSUS Diss. cit. §. 3. J. H. BOEHMÆ Introd. in jus

Dig. h. t. §. 4. Mich. God. WBRNER Lectiss. Com-

mentation. in Pand. P. II. h. t. §. 4. und Gansler im

Archiv für die civilist. Praxis. 1. Bd. Nr. XXVII. S. 399.

98) *L. 4. D. h. t. GRASSUS cit. Diss. §. 5.*

Bormund wenigstens als Protutor angesehen werden ⁹⁹⁾). Ja es kann auch selbst die obrigkeitliche Confirmation aus Irrthum geschehen seyn, z. B. es ist ein legitimus tutor confirmirt worden, und nachher findet sich der wahre testamentarische ¹⁰⁰⁾). Auch bey der Mutter kann der Fall vorkommen ¹⁾), daß sie als vermeintliche Bormunderin ihrer unmündigen Kinder handelt.

Das gesetzliche Pfandrecht hat übrigens bey dieser Klage sogen, wie bey der actio tutelae directa, Statt ²⁾).

Was von Protutoren gilt, gilt auch von Procuratoren. Beide werden schon in der Rubrik dieses Titels einander gleichgestellt. Die Klage, welche der Minderjährige gegen den Procurator anstellt, wird daher von einigen ³⁾ utilis protutelae actio genannt. Man könnte sie aber utilis procurationis causa actio nennen. Die Gesetze ⁴⁾ nennen sie *negotiorum gestorum actio*. Das Gesuch bey dieser Klage ist das nämliche, wie bey der protutelae actio, sie hat auch, wie diese, ein gesetzliches Pfandrecht zur Folge ⁵⁾).

Der Protutor hat nun aber auch seiner Seite an

99) S. Gensler im Archiv für die civilist. Prax. I. B. S. 399 und 401. und Mittermaier's Grundz. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 369.

100) S. Boehmer c. l.

1) Schilte c. l.

2) Huber Praelect. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. Grassus cit. Diss. §. VII. Gensler a. a. D. S. 399.

3) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 1.

4) L. 1. §. 6. in fin. D. h. t.

5) Grassus cit. loc.

den Mündel dieselben Ansprüche, wie der wahre Vormund. Ihm steht deswegen die *actio protutelae contraria* gegen den Pupillen zu⁶⁾, welche auf eine ihm, wie jedem andern Vormund, gebührende Schadloshaltung in Ansehung alles dessjenigen geht, was er für den Pupillen aus seinem Vermögen verwendet hat, oder was ihm etwa wegen der geführten Protutel noch sonst entgehen dürfte⁷⁾. Seine Auslagen kann er auch sogen, wie der wahre Vormund, mit Zinsen fordern⁸⁾. Diese Klage kann auch, wie die *actio protutelae*, zu jeder Zeit erhoben werden⁹⁾.

Hebrigens gehen beyde Klagen auf die Erben über¹⁰⁾.

6) *L. alt. D. h. t. UPIANUS libro X. ad Edictum.* Ei, qui *pro tutore negotia gessit, contrarium iudicium competit.* *L. 1. §. 1. D. de contr. tut. et utili act.* Haec *actio (contraria) non solum tutori, verum etiam ei, qui pro tutore negotia gessit, competere debet.*

7) *Vorß Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.* und *Schmidts angef. Lehrbuch, §. 1112 — 1116.*

8) *L. 5. §. 1. D. de contr. tut. et utili act.* *L. 19. §. 4. D. de negot. gest.* *L. 15. C. de Usur.* *G. Ant. Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 24. pag. 962. sq.* und *Vorß c. 1.*

9) *L. 1. §. 3. D. de contr. tut. et util. act.* Sed si *pro tutore negotia gessit, — locus erit iudicio (sc. contrario) etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit.*

10) *L. 1. §. 16. et 17. D. de tutelae et rationibus distrah.* *L. 3. §. 9. D. de contr. tut. et ut. act.* *L. 12. C. Arbitr. tut.* (V. 51.) *L. 4. C. de hered. tutor. et curat.* (V. 54.) *G. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts.* 1. 23. 2. Abth. §. 248. G. 939. *LAUTERBACH Colleg. cit. h. t. §. 4.*

Lib. XXVII. Tit. VI.

**Quod falso tutore auctore gestum
esse dicatur,**

§. 1374.

Prätorische Rechtsmittel für den, welcher durch die Auctorität eines falschen Tutors in Schaden gesetzt worden ist. Edicte des Prätors.

Dieser Titel ¹¹⁾ unterscheidet sich nun von dem vorherigen darin, daß hier blos von dem Falle die Rede ist, daß ein Dritter mit dem Pupillen selbst gehandelt, er habe nun mit demselben confrāhirt, oder einen Proceß geführt, und ein unbefugter Vormund dabei Auctorität interponirt hat. Gerade in diesem Falle spricht das Röm. Recht nur von

11) Man vergleiche über diesen Titel vorgüglich *Ant. FABER Jurispr. Papinian. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 3a — 34. pag. 975 — 978. Ger. Noordt Comm. ad Dig. h. t. (Opp. Tom. II. pag. 577. sq.) Jo. Voet Comment. ad Pandect. h. t. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. Franc. DUARENUS Comm. ad h. Tit. (Opp. pag. 509.) und besonders P. P. H. de DEMPPIERE de JONQUIERES Specim. de Restitutionib. in integrum. (Lugd. Batavor. 1767. 8.) ad h. Tit. Pand. pag. 562 — 571.*

einem falsus tutor, es sey nun zufällig, oder im recht eigentlichen Sinn, und es ist ganz falsch, wenn man sich darunter gerade nur einen solchen Tutor denkt, der mit Betrug umgeht. Befindet sich hier der irregeföhrtte Dritte in gutem Glauben, welcher sich sonst mit dem Pupillen nicht eingelassen haben würde; so kommt ihm der Prätor mit einem doppelten Rechtsmittel zu Hülfe. Er verspricht ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und gegen den falsus tutor, welcher arglistig Auctorität interponirte, eine Entschädigungsklage, *actio in factum*. Ulpian macht uns hier mit zwey Edicten bekannt, die auch schon dem La bœo bekannt waren ¹²⁾). Das erste lautet folgendermassen:

Quod eo auctore, qui tutor non fuerit, gestum esse dicetur, si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.

Fast ganz so, wie das Edict hier dargestellt ist, hat uns solches Ulpian L. 1. §. 1. et 6. h. t. aufbehalten, nur die Worte: *gestum esse dicetur*, hat er nicht. Sie sind aber aus der Rubrik dieses Titels zu ergänzen. Das aus haben sie auch Wilh. Ranchinus ¹³⁾, Joh. Gottl. Heineccius ¹⁴⁾, und von Dompierre ¹⁵⁾ restituirt. Wenn aber Gerh. Noodt ¹⁶⁾, Joh. Ortwin Wu-

12) S. L. 2. L. 9. §. 1. D. h. t.

13) Edict. perpet. restitut. h. t. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 251.)

14) Hist. Edicti perpet. ipsiusq. restitut. (in *Opuscul. postum.* pag. 412. sq.)

15) Specim. cit. pag. 363.

16) Comm. ad Dig. h. t. §. 1. pag. 577.

stenberg¹⁷⁾, und Carl Wilb. Lüd. von Weyhe¹⁸⁾ vor gestum noch die Worte *cum pupillo* eingeschaltet haben; so erscheinen diese hier als ganz überflüssig. Denn sobald es heißt: *auctore tutore gestum*; so erhellt daraus schon von selbst, daß hier von einem solchen Falle die Rede sei, wo mit dem Pupillen selbst gehandelt werden ist. Das Edict steht übrigens hier nicht an seinem Orte. Es gehört zu den Edicten de in integrum restitutio- nibus, wovon im 4. Buche der Pandecten gehandelt wird, wie die Inscriptionen der Gesetze dieses Titels beweisen.¹⁹⁾ Denn sie sind aus des Ulpian's und Paulus *Libro XII.* an *ad Edictum*. Nun hatte Ulpian *libro XI.* von metus, dolus und minorenitas gehandelt, und *libro XII.* handelt er de capite minutis, de eo, quod falso, tutore auctore gestum erit, de iusta absentia, und de clausula generali. Lib. XIII. de alienatione iudicii mutandi causa facta²⁰⁾). Paulus aber handelte *libro XI. ad Edictum* von metus, dolus, minor aetas, und capitis deminutio, *Libro XII.* de absentia, falso tutore, und den übrigen Arten der Restitution²¹⁾). Die Restitution, von welcher hier die Rede ist, ist die *ob iustum errorem*, deren *L. 2. D. de integrum restitu- tionib.* ausdrücklich gedacht wird. Das davon han-

17) Princip. iuris sec. ord. Digest. h. t. §. 1. (*Oper. a. Junctio editor. Tom. II. pag. 456.*)

18) Libri tres Edicti sive libri de origine fatisq. iurispr. Rom. praesertim Edictor. Praetoris, ac de forma Edicti perpetui. (*Cellis 1821. 4.) Tit. de in integrum restitu- tionib. §. 5. pag. 177.*

19) G. Car. Ferd. HOMMEL, *Palingenesia libror. iuris yet.* Tom. III. pag. 67 — 89.

20) HOMMEL cit. *Palingenes.* Tom. II. pag. 22 — 25.

deinde Edict des Prätors, so einleuchtend auch desselben Billigkeit war, ne contrahentes decipientur, dum falsus tutor adhibetur; wie Ulpian²¹⁾ sagt, war dennoch sehr mangelhaft, und enthielt mehrere Fälle nicht, welche erst nachher durch die Interpretation ergänzt wurden. Es spricht zum Beispiel nur von einem Nichtvormunde, es konnte aber auch ein wirklicher Tutor Auctorität bey einem Rechtsgeschäft des Pupillen interponirt haben, wo er nur gerade nicht auctoriret konnte. Ulpian²²⁾ sagt:

Verbis Edicti multa desunt: quid enim, si fuerit tutor, is tamen fuit, qui auctoritatem accommodare non potuit, puta furiosus, vel ad aliam regionem datus?

Hier ist also der wirkliche Tutor so anzusehen, als ob er nicht Tutor wäre. Dann konnte auch selbst ein Nichttutor auctorirt haben, und der Fall gehörte doch nicht zum Edict. Wie wenn zwey Tutoren Auctorität interponirt hätten, von denen der eine ein falsus, der andere ein verus tutor war? Hier ist gleichwohl das Geschäft gültig. Ulpian²³⁾ beruft sich auf Pomponius.

Sed POMPONIUS libro trigesimo scribit: interdum, quamvis a non tute²⁴⁾ gestum est, non pertinere ad hanc partem Edicti. Quid enim, si duo tutores, alter falsus, alter verus, auctoritatem accommodaverint, nonne valebit, quod gestum est²⁵⁾?

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

22) L. 1. §. 2. D. h. t.

23) L. 1. §. 3. D. h. t.

24) Die Lesart bey Halaander, quamvis a tute^r gestum, ist wohl offenbar unrichtig.

25) Ulpian scheint hier eine Frage aufzuwerfen, ohne Ant-

Das Edict spricht ferner auch nur im Singular. Es konnten aber mehrere Nichttute^re bei dem Geschäft mit dem Pupillen concurrirt haben. Auch hier müste das Edict Statt finden. Ulpian ⁶⁶⁾ beruft sich hier wieder auf Pomponius, wenn er sagt:

Item hoc Edictum, licet singulariter scriptum sit, si tamen plures intervenerint, qui tutores non erant, tamen locum habere debere, POMPONIUS libro trigesimo scribit.

Das Edict setzt weiter den Worten nach ausdrücklich voraus, daß der Dritte, wenn ihm die Restitution zu statuten komme soll, nicht gewußt haben müsse, daß der ein falsus tutor gewesen sey, welcher Auctorität interponirte. (*Si id actor ignoravit.*) Und zwar mit Recht. Denn

wort. Allein dies ist ein sehr gewöhnlicher Redegebrauch bey den Röm. Juristen, daß sie ihre Meinung durch eine Frage äussern, die sie aufwerfen, ohne eine bestimmte Antwort darauf folgen zu lassen, wenn die Frage nämlich, wie hier, so gefaßt ist, daß sie schon die Antwort selbst enthält. Eine Bemerkung, die auch schon an einem andern Orte (S. den 31. Th. §. 1348. Not. 8. S. 58.) gemacht worden ist, und die schon QUINTILIANUS de institut. orator. Lib. IX. cap. 2. (Tom. III. pag. 585. edit. SPALDING. Lipsiae 1808. 8. und Tom. I. pag. 770. edit. Barmann.) macht, wo er die Art, seine Meinung durch eine Frage zu äussern, unter die rednerischen Figuren zählt, und sie mit vielen Beyspielen belegt. Ich habe oben ebenfalls mehrere Beyspiele aus den Pandecten angeführt. Wie gewöhnlich aber dieser Redegebrauch bey den Röm. Juristen sey, beweisen noch L. 10. pr. D. de pact. L. 4. §. 1. D. de eo, quod certo loco. L. 1. §. 2. D. de Usuris. Auch unser Titel L. 7. §. 1. liefert noch ein treffendes Beyspiel.

ger wissenschaftlich mit einem falsus tutor, in Rechtsverhältnisse tritt, hat schon darum keine Hülfe zu erwarten, sagt Ulpian²⁷⁾, weil er sich selbst betrogen, oder an dem Betruge Theil genommen hat²⁸⁾. Schon Labeo²⁹⁾ dehnte jedoch das Edict auf den Fall aus, wenn es dem Dritten zwar gesagt worden, es sey kein wahrer Vormund vorhanden, der Dritte aber dennoch in gutem Glauben dafür hielte. Diesem soll die vom Prätor versprochene Hülfe nicht versagt werden. Allein zuweilen schadet auch selbst die Wissenschaft nicht. Dahin gehört 1) wenn ein Pupill unter dem Beystande seines Tutors sich in ein Geschäft mit einem solchen Pupillen eingelassen hat, der einen falsus tutor hatte. Denn hier ist das ganze Geschäft nichtig. Ulpian³⁰⁾ sagt:

Plane si is sit, qui auxilio non indiget, scientia ei non nocet, utputa si pupillus cum pupillo egit: nam cum nihil actum sit, scientia non nocet.

Wie aber, wenn der Vormund davon Wissenschaft hatte, schadet diese dem Pupillen? Diese Frage entscheidet Paulus³¹⁾ auf folgende Weise:

Pupilli scientia computanda non est, tutoris eius computanda est. Utique et si pupille cautum sit, melius dicetur, rem suam restitui pupillo ³²⁾,

27) *L. 1. §. 6. D. h. t.*

28) *L. 145. D. de div. Reg. iur. L. 34. C. de Transact.*
(II. 4.)

29) *L. 2. D. h. t.*

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

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

32) Mehrere Ausgaben, als die des Halsoander, Baudoza, Merlin, Miräus, u. a. auch Beck lesen restitui pu-

quam incertum cautionis eventum eum spectare³³⁾. Quod et JULIANUS, si alias circumventus sit pupillus, respondit.

Nach der Strenge des Rechts würde zwar des Bonmundes Wissenschaft dem Mündel schaden, da er durch die Satisfaction rem pupilli salvam fore, hinlänglich gesichert zu seyn scheint. Der Pupill sollte also eigentlich gegen seinen Tutor mit der actio tutelae, oder gegen die Bürgen actione ex stipulatu klagen. Allein besser ist es, sagt Paulus, d. h. es ist nützlicher und billiger, daß man dem Pupillen seine Sache restituire, als daß man ihn mit so ungewissem Erfolge aus der Satisfaction gegen die Bürgen klagen lasse³⁴⁾. So respondirte, setzt Paulus hinzu, auch Julian, wenn sonst der Pupill in Schaden kommen würde. Dem Pupillen schadet also weder

pillo debere. Allein die florentinische hat den nämlichen Sinn.

33) Einige, z. B. Halbänder, Baudouza, und Beck lesen *eventum exspectari*. Merlinus *eum spectari*. Allein der griechische Scholiast in den Basilicis Tom. V. Fabritii pag. 100. Sch. k. scheint die florentinische Lesart zu bestätigen. Er hat nämlich den Hauptsatz unseres Gesetzes so gefaßt: Βέλτιον γάρ ἔστι μᾶλλον τὸ ἴδιον πρᾶγμα περισώζειν τῷ ποντίλῳ, καὶ εἰ ἔδεισαν οἱ ἐπιτρόποι, ἥπερ εἰς τὸ ἀδηλον τῆς ἐκ τῶν ἐπιτρόπων ἀσφαλείας ἀποβλέπων τὸν ποντίλον. i. e. Melius est, rem suam servari papillo, etiam si scierint tutores, quam incertum cautionis tutorum papillum spectare.

34) Man sehe über diese Gesetzstelle vorgüglich Ger. NOODT Comm. ad Digest. b. t. s. Deinde. pag. 578. auch POTNIER Pand. Justin. Tom. II. b. t. Nr. VII. Not. c. et d. pag. 156.

seine, noch seines Vormundes Wissenschaft, wenn ihm auch gleich der Tutor, rem salvam fore, cavitat hätte³⁵). Eine eigentliche Restitution in den vorigen Stand ist hier, außer diesem Falle; auch nicht einmal nöthig, weil das ganze Geschäft nichsig ist.

2) Auch dem minderfähigen schadet seine Wissenschaft nicht. Diesem kommt der Prätor mit der Vereinsetzung in den vorigen Stand wegen des minderfähigen Alters zu Hülfe. Paulus sagt libro XII. ad Edictum³⁶):

Minor viginti quinque annis succurretur, etiam si selerit.

Er wird also nicht ex hoc Edicto, sondern ex generali Edicto de minoribus restituiri³⁷), und er fällt,

35) So haben auch die *Basilica Lib. XXXVIII. Tü. 6.*

Const. 4. Tom. V. Fabroci pag. 98. das Resultat unseres Gesetzes gefaßt: Τὸν ἀνηρον οὐτε η̄ ιδια εἰδησις βλάπτει, οὐτε η̄ τοῦ ἐπιτρόπου, καν̄ ἔδρας τὴν ασφαλείαν διπερ ἔστι καὶ ἐπι τῶν ἀλλων περιγραφῶν. i. e. *Pupillo neque sua, neque tutoris scientia nocet, etiam si ei cautum sit; quod et in aliis circumventionibus locum habet.*

36) L. 4. D. h. i. Bey Haloander sind L. 4. und L. 5. versezt. L. 4. ist die L. 5. und L. 5. die L. 4. Des Zusammenhangs wegen sollte auch die L. 4. erst nach der L. 5. folgen. Denn sie gehört offenbar zur L. 6.. In der haloandrischen Ausgabe finden sich überhaupt solcher Verseztungen mehrere. Man vergleiche z. B. die L. 14. et 15. D. de pact. L. 7. et 8. D. de Servitut. L. 6. et 7. D. de compensat. L. 32 — 34. D. de manumiss. testam. E. 8. et² 9. D. de cust. et exhib. reor. L. 161 — 163. D. de Verbor. Signif. mit der Gebauerischen und andern Ausgaben.

37) S. Jac. Cusacii Comment. in Lib. XII. PAULI ad

mit Beysetzung der Klage gegen seinen Curator, sogleich die Restitution suchen³⁸⁾).

3) Schadet auch demjenigen seine Wissenschaft an der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht, welchen die Obrigkeit nöthigte, sich mit dem Pupillen in den Proces einzulassen. Ulpian³⁹⁾) sagt:

Interdum tamen, et si⁴⁰⁾ scientia noceat, tamen restitutio facienda erit, si a Praetore compulsus est ad iudicium accipiendum.

Ob übrigens derjenige, welcher bey dem Geschäft des Mündels Auctorität interponirte, gewußt habe, daß er nicht Tutor sey, oder sich in gutem Glauben für den rechten Tutor gehalten, ist in Absicht auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche der Prætor in diesem Edict dem Dritten versprochen hat, gleichgültig⁴¹⁾.

Der Grund und Zweck dieser Restitution, die der Prætor nach diesem Edict ob iustum errorem ertheilt, besteht nun darin, daß derjenige, welcher mit einem Pupillen, ohne Auctorität und Beitritt seines wahren Vormunds

Edictum ad L. a. D. h. t. (Opp. postum. a FABRO editor. Tom. II. pag. 180.) und POTHIER Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. VII. Not. a. pag. 156.

38) *L. 3. L. 5. C. Si tutor. vel curat. intervenerit. (II. 25.)*
*) *L. 5. D. h. t.*

39) *CUSACIUS Observat. Lib. I. cap. 14.* will, statt tamen etsi, vielmehr tamenetsi lesen, welches für quamvis auch bey Cicero vorkomme. Allein das doppelte tamen, mit dem Zwischenatz etsi, kommt auch *L. 7. §. 11. D. de S Cto Macedon.* vor, und ist eben so bey den Classikern nicht ungewöhnlich. *S. DUCKER ad Florum Lib. II. cap. 6. pag. 312.*

40) *S. VOST Comment. ad Pand. h. t. §. 2.*

des, ein Rechtsgeschäft schließt, sich zwar dem Pupillen verpflichtet, nicht aber den Pupillen sich verbindlich macht⁴¹). Denn da ein Unmündiger ohne Vollwort seines Vormunds zwar Rechte erwerben, aber nicht verbindlich gemacht werden kann; so besteht das Rechtsgeschäft nur von der einen Seite, nämlich von Seiten desjenigen, der mit dem Pupillen in Verbindlichkeit trat⁴²). Vorzüglich gehört hierher der Fall, wenn jemand mit einem Pupillen einen Proces führt, ohne Beystand eines wahren Tutors. Die Procesführung gilt nur in sofern, als für denselben wider seinen Gegner gesprochen worden ist, sonst ist sie nichtig, und für den Pupillen unverbindlich. Minoribus etenim aetas, so rescribit Kaiser Gordianus an den Sabinian⁴³), in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. War nun aber der, welcher gleichwohl auctorirte, kein wahrer Vormund; so ist es von Seiten des Mündels eben so, als wäre mit demselben ohne Vormund gehandelt worden, weil es gleichviel ist, ob gar keine Auctorität, oder eine solche fälschlich ertheilt worden ist⁴⁴). Hätte freylisch jemand mit einem Unmündigen ohne allen Beytritt eines Tutors contrahirt; so würde er sich die daraus entstehenden Folgen selbst zuzuschreiben haben, auf eine Restitution kann er hier keinen Anspruch machen. Wollte er sich aber mit dem Pupillen anders nicht in ein Rechtss

41) *Princ. J. de auctorit. tut. (I. 21.) §. 9. J. de inutil. stipulat. (III. 19.) S. Ant. FABER Jurispr. Papin. c. I. pag. 973. sqq. und VORT Comm. b. t. §. 1.*

42) *L. 13. §. 29. D. de action. emti et vend. (XIX. 1.)*

43) *L. 14. C. de procurator. (II. 13.)*

44) *L. 2. D. de auct. et cons. tut. et curat. ULPIANUS libro XXVII. ad Sabinum. Nulla differentia est, non interveniet auctoritas tutoris, an perperam adhibetur.*

geschäft einlassen, als wenn ein Tutor dazu sein Vollwort gebe, hiebt er auch den Tutor, welcher dem Pupillen besprach, für einen wahren Vormund; so würde es unbillig seyn, wenn er durch unverschuldeten Fehlhum in Schaden gerathen, und nur er dem Pupillen, dieser aber nicht auch ihm gegenseitig verpflichtet seyn sollte. Hier ist nun der Fall, wo der Prätor dem irregeführten Dritten mit dem Rechtmittel der Restitution zu Hülfe kommt, und zwar mit Recht, weil der Dritte sich dem Pupillen anders nicht verbindlich machen wollte, als wenn auch der Pupill ihm seiner Seits verpflichtet werde. Er verdient also von seiner Verbindlichkeit gegen den Mündel eben so, wie dieser ihm nicht verbindlich ist, befreiet zu werden, wosfern nicht etwa die Obrigkeit das Geschäft zu confirmiren für gut findet. Nam omnibus istis modis, sagt Ulpian libro XXXV. ad Editum⁴⁵⁾), propter tutorem decipitur is, qui contraxit, quia aliter cum imputbere contracturus non fuisset, quam si tutoris auctoritas intercessit. — Nisi forte Praetor decrevit, ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est. Tunc enim valebit per Praetoris tutionem, non ipso iure, wie ebenfalls Ulpian libro XII. ad Editum⁴⁶⁾ sagt:

Die Restitution, welche hier der Prätor in seinem Edictum irrenden Dritten giebt, findet nun also gegen den Pupillen Statt, und steht von Seiten des falsi tutoris vor aus, daß er sich bona fide für den Vormund hiebt. Hier basst der Tutor zwar nicht dem Dritten, aber dem Pupillen mit der protutelae actio⁴⁷⁾. Würde hingegen

45) L. 12. §. 2. D. h. t.

46) L. 1. §. 5. D. h. t.

47) S. Voet Comm. h. t. §. 2. Huber Praelect. h. t. §. 1.

der falsus tutor, daß er nicht Vormund sey, und er hat dennoch bey dem Geschäft eines Pupillen arglistig Auctorität interponirt, als ob er desselben Tutor wäre; so giebt der Prätor dem Betrogenen gegen diesen eine Klage auf Entschädigung, und die Restitution gegen den Pupillen findet hier eigentlich nicht Statt, es müßte denn etwa die Klage gegen den falsus tutor wegen Insolvenz desselben wirkungslos, oder der Betrogene ebenfalls ein Pupill seyn, welcher der Restitution, nicht wegen seiner eigenen, sondern wegen seines rechten Vormundes Wissenschaft, als welche nur allein in Betrachtung kommt, bedürfte, und dem daran gelegen ist, durch dieses Rechtsmittel lieber seine Sache wieder zu erhalten, als eine Entschädigung mittelst der prätorischen Klage von dem falsus tutor zu fordern⁴⁸⁾). Das mit jenem ersten in Verbindung stehende andere Edict des Prätors hat uns ebenfalls Ulpian libro XII. ad Edictum⁴⁹⁾) aufbewahrt. Er sagt daselbst:

Novissime Praetor ait: In eum, qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, instantam pecuniam condemnetur⁵⁰⁾.

Dieses zweyte Edict setzt also 1) schlechterdings voraus, daß der falsus tutor bey dem Geschäft des Pupillen betrüglich auctorirt habe. Die bloße Wissenschaft, er sey nicht Tutor, ist hier nicht genug, es muß der dolus desselben klar erwiesen seyn⁵¹⁾). Denn er könnte ja ge-

⁴⁸⁾ Man vergleiche hier vorzüglich Ant. FABER Jurispr. Par. I. c. 1. pag. 977. sq.

⁴⁹⁾ L. 7. pr. D. h. t.

⁵⁰⁾ S. Ger. Noort Comm. h. t. §. Alterum.

⁵¹⁾ L. 6. C. de dolo malo. (II. 21.)

zwungen worden seyn, Auctorität zu interponiren? Daher sagt Ulpian⁵³⁾:

Non semper tutor convenitur, nec sufficit, si sciens auctor fuit, verum ita demum, si *dolo malo auctor fuit*. Quid enim, si compulsus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem accommodaverit? nonne debebit esse excusatus⁵⁴⁾?

Eben dieser Ulpian sagt *libro XXXV. ad Edictum*⁵⁴⁾. Qui *dolo malo* auctoritatē accommodaverit, tenebitur hoc Edicto.

Hat jemand auch nicht selbst Auctorität interponirt, sondern durch Betrug einen Andern verleitet, daß dieser sich für den Tutor hielt, und, auf solche Art irregesührt, auctorirte; so haftet nicht sowohl dieser, sondern jener, der ihn irregesührte, für den Schaden. Die Praxis gab hier eine Klage nach dem Beispiel der vom Prätor eingeführten. So lehrt Ulpian *libro XII. ad Edictum*⁵⁵⁾:

Huius actionis exemplo, POMPONIUS *libro trigesimo primo* scribit, dandam actionem adversus

52) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

53) *Ger. Noodt Comm. ad Dig. b. t. §. Alterum. in fin. pag. 578.* macht hierbey die Bemerkung: Interrogatio sine responsione facta, perinde accipienda, quasi subiecta esset responsio: ut alias saepe. Man vergleiche hier die Not. 25. S. 344. ff.

54) *L. 11. §. 1. D. h. t.*

55) *L. 9. pr. D. h. t.* Die Klage ist jedoch hier wohl nur ein utilis actio, weil die directa in factum actio nur gegen den Statt findet, qui ipse *dolo auctor fuit*, wie auch POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. g. pag. 156. bemerkt hat..

eum, qui do^{lo} malo adhibuit, ut aliis auctoraretur inscius ⁵⁶⁾.

2) Die Klage gegen den falsus tutor ist eine actio in factum. Sie ist zwar eine prätorische Delictsklage, denn sie hat eine widerrechtliche Handlung zum Grunde. Sie ist aber keine eigentliche Pönalklage, denn es wird damit keine Strafe verfolgt, sondern bloß einfacher Ersatz des erlittenen Schadens gefordert. Dies ist es, wenn der Prätor in seinem Edict sagt: *iudicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur.* Ulpian ⁵⁷⁾ hat darüber folgendermassen commentirt:

Quod ait Praetor: quanti ea res erit, magis piato non poenam, sed veritatem his verbis contineri.

Da die Klage auf das volle Interesse geht, so kann

56) Wenn DOMPIERRE de JONQUIERES h. t. §. 7. pag. 368. diese Stelle so verstehen will, als ob der falsus tutor durch betrügliche Überredung, daß er Tutor sey, den wahren Vormund abgehalten hätte, seine Auctorität zu interponiren; so wäre wohl nicht nöthig gewesen, eine Klage *actionis praetoriae exemplo* zu geben, da ja hier der falsus tutor derselbe ist, welcher auctorirte, und gegen den eben der Prätor die Klage in seinem Edict gegeben hat. Richtiger hat diese Stelle der griechische Scholiast in den Basilicis Tom. V. pag. 101. Sch. o. erklärt: Οὐ μόνον δὲ ὁ πλαστῶς αὐθεντίσας ἐπίτροπος κατέχεται ταύτη τῇ ἀγωγῇ, ἀλλὰ καὶ ὁ κατὰ δόκον σπουδάσας, οὐα ἄλλος τις ἀγροῦν τὴν ἀληθειαν, καὶ μὴ ὡς ἐπίτροπος, αὐθεντήσῃ ὡς ἐπίτροπος: i. e. Non tantum, si falsus tutor auctor fiat, hac actione tenetur: sed et si dolo malo curet, ut aliis non tutor ignorans auctor fiat, quasi tutor. G. Voigt Comm. h. t. §. 2.

57) L. 7. §. 2. D. . t.

mit derselben auch Ersatz der vergeblich verursachten Prozesskosten gefordert werden. Ulpian⁵⁸⁾ sagt:

POMPONIUS libro trigesimo recte scribit: etiam sumtuum in hoc iudicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo⁵⁹⁾

Die actio in factum gehört also zu den reipublicanischen Deliktsklagen. Wäre diese Klage eine Civilklage, so würde sie auch gegen die Erben des falsus tutor auf das Ganze gerichtet werden können. Allein die prätorischen Deliktsklagen haben das Eigene, daß sie zwar auf die Erben des Klägers übergehen, aber nicht gegen die Erben des zum Schadensersatz Verpflichteten erhoben werden können. Ulpian⁶⁰⁾ gibt uns davon folgenden Grund an:

Has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus, in eos vero non reddi, LABEO scribit, — quoniam et factum puniunt, et in dolum concipiuntur⁶¹⁾.

58) L. 7. §. 3. D. h. t.

59) Der griechische Scholast in den Basilic. Tom. V. FABROTI pag. 101. Sch. n. sagt: Εὰν τις ὁς μάτηρ έναγαγὸν δία τὸ ψεῦδος τοῦ ἐπιτρόπου ἐγκαλῆσθω, καὶ εἰς τὰ ἀναλώματα καταδικάζεται φέτῳ ὁ ἐπιτρόπος, ἀμέλει ποιεῖν ὁ δικασάμενος ἦδη ψεῦδη στιτουρίως ἢν ἐκίνησε πρότερον ἀγωγὴν. Si quis stra egerit ob falsum tuteorem, de eo queritur, et condemnatur tutor in sumitus, quos facturus est, restitutoria actione agendo, qua egerit prius.

60) L. 9. §. 1. D. h. t.

61) Paniant factum falsi tutoris, sagt POTIBR Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. Not. e. pag. 156. qui dolo malo auctoritatem suam interposuit: quod factum est quaedam delicti species.

Das römische Civilrecht kannte nämlich so wenig hier, als in den übrigen Fällen, in welchen der Prätor aus widerrechtlichen Handlungen, die unter keinen bestimmteren allgemeinen Begriff, als den einer gewissenlosen Vermögensverlezung, zusammengefaßt werden können, eine actio in factum in seinem Edict giebt, eine Obligation auf Schadensersatz. Der Prätor aber verponnte den Dolus des falschen Vormundes, so wie mehrere andere widerrechtliche Handlungen gleicher Art, für welche das Civilrecht keine Klage hatte. Man sahe daher in solchen Fällen, wo der Prätor in Ermangelung des Civilrechts für widerrechtliche Handlungen, die einen dolus malus zum Grunde haben, eine actio in factum auf Schadensersatz in seinem Edict ausschrieb, diese Leistung als Strafe der widerrechtlichen Handlung an, und behandelte die prätorische Klage als eine Pönalklage⁶²⁾, welche denn

62) So wird die actio in factum praetoria ex Edicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, in id, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, ausdrücklich eine actio *poenalis* genannt, und gesagt, sie finde gegen die Erben, similesque personas nicht Statt, nisi in id, quod ad eas pervenit. Sed heredi, similibusque personis dabitur. L. 1. §. 8. D. *Ne vis fiat ei etc.* (XLIII. 4.) Auch von der actio in factum gegen den in possessionem missus, cuius dolo possessionis causa deterior facta esse dicetur, wird L. 9. §. 8. D. *de rebus auct. iudic. possidend.* (XLII. 5.) gesagt: neque in heredes ceterosque successores dabitur, quum ex delicto oriatur *POENALISQUE NOMINE* concipiatur. Und L. 11. D. *eodem* heißt es: *HEREDI autem dabitur, quia et rei continet persecutionem.* Ganz so heißt es auch von der tributoria actio L. 7. §. 3. D. *de trib. act.* (XIV. 4.) *dolum malum coruscat domini.*

aber freylich nur gegen den Thäter, nicht aber gegen den unschuldigen Erben erhoben werden konnte⁶³⁾). Hier galt die Regel, welche auch Marcellus⁶⁴⁾ gerade in einem solchen Falle giebt: *in poenam heres non succedit.* Voet⁶⁵⁾ hat daher wohl nicht Unrecht, wenn er sagt, die actio in factum gegen den falsus tutor sey von Seiten des Klägers reiprsecutorisch, von Seiten des Beklagten aber pönal. Deswegen gehe sie zwar auf die Erben des Klägers über, aber gegen die Erben finde sie nicht Statt. Dieser Satz findet jedoch nach dem Röm. Rechte nur Anwendung, so lange die Klage noch gegen den Verpflichteten selbst nicht angestellt war⁶⁶⁾). Denn der Erbe tritt an die Stelle seines Erblassers, und muß die Sache da fortführen, wo dieser sie verlassen hatte. Das Römische Recht knüpft diesen Uebergang der Klage auf die Erben des Beklagten an den Zeitpunkt der Litiscontestation⁶⁷⁾; nach dem heutigen Recht würde aber diese Wirkung schon im Moment der mitgetheilten Klage eintreten⁶⁸⁾. Außers-

63) Man vergleiche hier vorzüglich Wilb. Franck's Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. (Göttingen 1828.) Nr. I. Vom Uebergange der persönlichen Klagen auf die Erben des Schuldners §. 4. und 5. S. 34—41.

64) *L. 22. D. de operis novi nunciat.* (XXXIX. 1.)

65) Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Eben so Ger. Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Superest. pag. 578.

66) S. Franck a. a. D. S. 42.

67) *L. un. C. Ex delictis defanctor. in quantum hered. conven.* (IV. 17.) S. den 6. Th. des Commentars §. 505. S. 195. f. und Keller über Litiscontestation. §. 20. S. 166—169.

68) Clem. 2. *Ut lite pendente nihil innov.* (II.) 5.) Kammergerichts-Ordnung vom J. 1555. Th. 2. Tit. 9.

dem würde die Klage nach dem Röm. Rechte nur in so weit gegen die Erben Statt finden, als die Erbschaft durch die widerrechtliche Handlung des Erblassers selbst bereichert ist⁶⁹), worauf es jedoch nach der Praxis des Canonischen Rechts jetzt nicht mehr ankommt, da in Gemäßheit derselben solche Delictsklagen, die auf Schadensersatz gehen, gegen die Erben ohne Unterschied, sie mögen durch das Delict ihres Erblassers bereichert worden seyn, oder nicht, immer in so weit erhöhen werden können, als die Erbschaft hinreicht, so daß der Erbe nur nicht mit seinem eigenen Vermögen zu haften braucht, wenn des Verstorbenen Nachlaß zur Tilgung der Schulden nicht ausreicht⁷⁰).

<sup>68) S. 6. 13. S. 13. 14. 15. 16. 17. des Commentarii. S. 503. S. 204.
und Francke a. a. D. S. 5. S. 43. f.</sup>

<sup>69) L. 4. un. s. Ex. delict. defunctor. L. 4. §. 6. L. 5. L. 7.
D. de alienat. iad. mut. c. facta. L. 7. §. 5. L. 8. D.
-elli ap. tribusque. L. 1. L. 3. §. 5. D. Si mensor fals.
-us mod. dicto. L. 1. §. 43. D. de vi. L. 9. §. 8. L. 10. D.
ab do. reg. pact. inde possid. L. 10. §. 25. L. 11. D. Quae
in frand. creditor.</sup>

<sup>70) S. Gall. Aloys. KLEINSCHROD. Doctr. de reparatione
damni delicto dati. Specim. I. (Wirceb. 1798. 4.)
§. XIV. Underer Meinung sind zwar von Böhr Theorie
der Culpa. §. 18. S. 113. und von Wening Ingelheim
im Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 1. B. 1. Buch.
§. 57. a E. der 5. Aufl. Es ist auch nicht zu läugnen, daß
von Seiten der Theorie gegen die Bestimmungen des Ca-
nonischen Rechts sich noch Manches mit Grund würde ein-
wenden lassen, wie auch Francke in den Beiträgen zur
Erläut. einzeln. Rechtsmaterien. 1. Abtheil. 1. Abhandl. §. 6.
S. 45 — 47. gezeigt hat. Allein der Gerichtsgebrauch ist
fest begründet, und wird als unbestweifelte Rechtsnorm be-</sup>

Als eine Delictssklage findet die actio in factum auch aus dem dolus solcher Personen statt, quae alieno iuri subiectae sunt, und sie ist dann eine Noxalklage, wie Ulpian sagt⁷¹⁾, die allgemeine Fassung der Worte macht es wahrscheinlich, was auch Anton Schulting⁷²⁾ bemerkt hat, daß dieses nicht blos auf Sclaven, sondern auch auf filiosfamilias ging. Denn erst Justinian beschränkte die Noxalklagen blos auf Sclaven⁷³⁾.

Haben mehrere dolo malo auctorirt, so haften sie zwar wegen des Dolus in solidum, hat aber einer das Ganze bezahlt, so werden die übrigen befreit. Hätte jedoch der zuerst in Anspruch genommene nichts, oder wenigstens das Ganze nicht bezahlt, so könnten die übrigen nur noch auf den Rückstand belangt werden⁷⁴⁾.

L. 7. §. 4. *D. h. t.* ULPIAN. libro XII. ad Edictum. Si plures sint, qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta, et ceteri liberantur, non electione.

L. 8. *D. h. t.* PAULUS Libro XIII. ad Edictum. Et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in re-

folgt. *Sz. J. H. BOVIMBA. Juz. Eccl. Protestant.*

Tom. V. Lib. V. Tit. 27. §. 136. et 157. und den 20. Th.

des Commentars §. 705. §. 387. auch Grande

und §. 49—51. nicht zu bestreiten.

⁷¹⁾ L. 9. §. 1. in fin. *D. h. t.* die hoc se

⁷²⁾ Notae ad Dig. 8. Pand. Tom. IV. ad L. 9. §. 1. *D. h. t.*

pag. 489.

⁷³⁾ §. 7. *J. de noxal. act.* (IV. 8.) sic nunc.

⁷⁴⁾ *S. VOSTI Comment. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. und*

HEINRICI Opuscul. postum. ad Tit. XXVI. Edicti perpetui de Restitut. in integr. §. IV. Not. tt. pag. 414

liquos non denegandam in id, quod deest, actionem, SABINUS scribit.

3) Die actio in factum setzt ferner voraus, daß der Nichtvormund betrügerischer Weise bey dem Rechtsgeschäft eines Unmündigen, d. i. einer solchen Person, die nach Verschiedenheit des Geschlechts noch unter 12 oder 14 Jahren ist, Auctorität interponirt habe. Ulpian sagt *Libro XXXV. ad Edictum*⁷⁵⁾ ausdrücklich:

Falsus tutor, qui in contrahendo auctor *minori daodecim vel quatuordecim annis* fuerit, tenebitur in factum actione propter dolum malum, cuiuscunque conditionis fuerit, vel sui iuris, vel alieni.

Von einem fälschlich interponirten Consens bey dem Rechtsgeschäft eines Minderjährigen ist hier überall keine Rede, es findet daher auch für diesen Fall die actio in factum nicht Statt. Denn die Worte des Edicts gehen ausdrücklich nur auf den Tutor und seine Auctorität. Hier treten also die gemeinen Grundsätze von den Rechtsgeschäften der Minderjährigen ein. Der Minderjährige erwirbt Rechte, ohne sich verbindlich zu machen, eben so, als ob er ohne Curator gehandelt hätte; und gegen den falschen Curator hat im Falle des Dolus die actio de dolo malo Statt⁷⁶⁾.

So lange jedoch noch die tutela mulierum üblich war, bey der es auf kein unmündiges Alter ankam; gaben die Edicte, von denen in diesem Titel die Rede ist,

75) L. 21. pr. D. h. c.

76) S. die schon oben angeführte Abhandlung von Neustetel in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. Band. S. 251 f. und Zimmern. Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abtheil. S. 248. S. 940. und Not. 59.

auch für den Tutor einer Frauensperson, wie schon Jacob Cujacius⁷⁷⁾ bemerkt hat. Eine Vermuthung, daß diese Edicte auch auf feminas puberes gegangen sind, gibt uns Ulpian in den Worten des §. 2. der *L. 11. h. t.*

Sed et si quis filiae familias auctor factus sit ad contrahendum, tenetur. Idemque iuris est, si ancillae quis tutore auctore credidisset. Nam omnibus istis modis propter tutorem decipitur is, qui contraxit, quia aliter cum impubere contracturus non fuisset, quam si tutoris auctoritas intercessisset.

Nach dieser Stelle Ulpian's soll also auch ein solcher falsus tutor mit der actio in factum belangt werden können, welcher bey dem Contract einer filiaefamilias, die der Contrahent für eine materfamilias hiebt, oder einer Scasvin, welche er für eine freye Person hiebt, seine Auctorität interponirt hat. Da eine ancilla so wenig, als eine filiaefamilias, ein caput liberum ist; so konnte weder die eine noch die andere in der Tutel seyn. Der Vormund ist also hier unstreitig ein falsous tutor⁷⁸⁾. Warum hätte aber hier Ulpian nicht vielmehr eines filiusfamilias, oder eines servus gedacht, wenn er nicht sein Augenmerk auf die perpetua tutela gerichtet hätte, in welcher sich noch zu Ulpian's Zeiten auch feminae puberes, oder eigentlich viri potentes befanden⁷⁹⁾? Cujaz glaubt das

77) Observation. Lib. XXII. cap. 20. Man sehe auch Zimmermann a. D.

78) POTIER Pand. Just. Tom. II. h. t. Nr. IV. pag. 155.

FALSUM TUTOREM intelligimus non solum pupilli, sed etiam eius, qui in tutela esse non potest.

79) ULPIAN. Fragm. Tit. XI. §. 1. sq.

her, diese Stelle Ulpian's sei interpolirt. Ulpian habe aller Wahrscheinlichkeit nach so geschrieben:

Falsus tutor, qui in contrahendo auctor impuberi, aut FEMINAE PUBERI fuerit etc.;

wofür Tribonian die Worte *minori duodecim vel quatuordecim annis* substituirt hat.⁸⁰⁾ Und statt daß es nun heißt: quia aliter cum impubere contracturus non fuisset, habe Ulpian *cum impubere vel FEMINA PUBERE* gesagt⁸⁰⁾.

Wie wenn ein Vater seine noch nicht zwölfjährige Tochter für männbar ausgiebt, um sie desto früher zu verheirathen, zat Schließung der Ehe auch seine Auctorität giebt, und auf solche Art einen Mann anführt, der von ihrer Unmündigkeit nichts wußte? Hat die *actio in factum* auch gegen den Vater Statt? Wie wenn die Tochter

80) Dem Euja; stimmen hierin hen. Jo. Jao. Westensach. Emblematis Triboniani Cap. IV. pag. 56. (edit. Heinecc.) wo er noch ein anderes Beispiel, nämlich die L. 36., D. de ritu nupt. anführt, in welcher Tribonian die noch zum Theil sichtbaren Spuren der ehemals üblich gewesenen tutela feminorum perpetua verfügt hat; Ger. Nooni Comm. ad Dig. h. t. §. Alterum. pag. 578. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pand. a per ill. SMALLENBURG edit. eiusq. enemadu. locuplet. Tom IV. ad L. I. s. 2. D. h. t. pag. 489. und Car. Frid. WALCH ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. 6. §. 247. pag. 445. in fin. und §. 257. pag. 424. auch POTHIER Pand. Justin. Tom II. Tit. de ritu nuptiar. Nr. XLII. not a. pag. 22. Doch hat nicht unerhebliche Zweifel dagegen erhoben. Jo. Wred in Triboniano ab emblematis. Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 24. pag. 314. edit. Heinecc.

stirbt, ehe noch die Ehemündigkeit eingetreten war, wer lucrit hier die Dos? Von diesem besondern Falle handelt Julian *libro XXI. Digestorum.* Ulpian hat ihn excerptat *libro XXXV. ad Edictum.* Die Stelle lautet folgendermassen:

L. 11. §. 3. D. h. t. JULIANUS libro vicesimo primo Digestorum tractat: an etiam in patrem debeat dari haec actio, qui filiam minorem duodecim annis nuptum dedit? Et magis probat, patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit: affectu enim propensiore magis, quam dolo malo id videri fecisse.

§. 4. Quod si intra duodecim annos haec decesserit, cum haberet dotem: putat JULIANUS, si dolo malo conversatus sit is, ad quem dos pertinet, posse maritum dolimали exceptione condicentem summovere in casibus, in quibus dotem vel in totum vel in partem, si constaret matrimonium, fuerat lucraturus.

Daß die Ehe hier kein iustum matrimonium war, hat keinen Zweifel. Die Tochter wäre erst eine legitima uxor geworden, wenn sie das zwölfe Jahr in der Ehe erfüllt hätte⁸¹⁾. Allein sie starb früher. Wie wenn sich der Mann hier über Verlegung beschwert, kann er gegen den Vater aus diesem Edict klagen? Nein, sagt Julian, weil man eher annehmen müsse, der Vater habe seine Tochter aus Zuneigung und Liebe zu ihr, als um den Bräutigam zu hintergehen, früher, als es hätte geschehen sollen, zu verheirathen gesucht. Wenn also der Vater das Heirathsgut mit der *condictio causa data, causa non*

81) *L. 4. D. de ritu nupt.*

secuta zurückfordert, weil iustae nuptiae nicht erfolgt sind, kann ihm die exceptio doli mali entgegengesetzt werden⁸²⁾? Eigentlich nicht, weil man hier bey dem Vater keinen dolus annehmen darf. Ein Anders wäre, wenn der Bräutigam mit dem Vater, welcher das Alter seiner Tochter absichtlich verschwieg, und den Bräutigam dadurch glauben machte, er schließe mit der Tochter ein iustum matrimonium, auf den erfolgenden Todesfall der Tochter pacifirt hätte, daß er die dos ganz oder zum Theil behalten solle. Hier ließe sich wohl ein Dolus von Seiten des Vaters nicht bezweifeln. Der Mann wird also zu Folge des Vertrags das Heyrathsgut der Tochter luciren eben so, als ob er mit ihr in gesetzmäßiger Ehe gelebt hätte. Wollte hier der Vater das Heyrathsgut der Tochter condiciren, so würde ihm die exceptio doli mali mit Recht entgegengesetzt werden können⁸³⁾.

4) Die actio in factum giebt der Prätor nicht nur demjenigen, welcher durch den dolus des falschen Vorwundes verletzt worden ist, sondern sie steht auch den Erben, und übrigen Nachfolgern desselben zu, wie Ulpian in einer schon oben vorgekommenen Stelle⁸⁴⁾ sagt. Kann auch der Pupill sie anstellen? Ulpian sagt *libro I. Responsorum*, woraus die *L. ult. h. t.* genommen ist.

Ex eo, quod interrogatus, tutorem se esse respondisset, nulla eum actione teneri. Si tamen,

82) *L. 8. D. de conduct. causa data causa non sec.* (XII. 4.)

83) *S. Jac. Cujacii Comment. in Lib. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad L. penult. §. penult. et ult. quod falso tut. auct.* (*Opp. postum. a FABRO editor.* Tom. III. pag. 146. sq.)

84) *L. 9. S. 1. D. h. t.*

cum tutor non esset, responso suo in aliquam captionem adolescentem induxisset, *utilem actionem* adversus eum dandam.

Daß das falsche Vorgeben, man sei Vormund eines Pupillen, wenn es auch auf eine darauf sich beziehende Frage vor Gericht geschehen wäre, wie die Glossa hier den Fall darstellt, an sich die actio in factum gegen den Befragten nicht begründen könne, ist außer Zweifel. Denn diese Klage setzt ja eine gewissenlose Vermögensverlegung voraus. Auch nicht einmal eine actio interrogatoria würde dadurch begründet werden, weil diese, als eine actio adiectitiae qualitatis, immer das Daseyn einer andern Hauptklage voraussetzt, welche der Befragte dadurch auf sich ladet⁸⁵⁾). Wäre jedoch der Pupill durch die falsche Antwort des Befragten wirklich in Schaden gebracht worden, weil es z. B. dadurch geschehe, daß der wahre Vormund, den der Pupill mit Wirkung hätte beslangen können, wenn er nicht durch die falsche Antwort des Betrügers wäre hintergangen worden, nachher insolvent geworden ist; so kann sich der Pupill, zwar nicht der actio directa, als welche nur dem Dritten zusteht, der durch die Auctorität eines falsi tutoris verlegt worden,

85) L. 13. pr. D. de interrogat. in iure fac. S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 267. f. Diese Bemerkung macht auch der griechische Scholiast in den Basilic. Tom. V. FABROTI pag. 102. Sch. u. Τότε γὰρ πλαστῶς τις κυπαδέμενος ἐνέχεται, δταν ἀπὸ τῆς αἰτίας ἐξ οὗ ἡ ψηφωτίδη, ἀγωγὴ κατά τινος ἀρμόδη, η τὴν καθ' ἑτέρου εἰς ἑαυτὸν μεταφέρῃ. i. e. Tunc enim is, qui falso confitetur, obligatur, cum ex causa, de qua interrogatur, actio adversus aliquem competebat, quae ab alio in eum transfertur.

der aber hier nicht vorhanden ist, wohl aber der *actio utilis* bedienen, um Schadloshaltung von dem Betrüger zu fordern⁸⁶⁾.

5) Die *actio in factum* ist auf die kurze Dauer eines Jahres beschränkt⁸⁷⁾, wie fast alle übrige Klagen, die der Prätor aus solchen unerlaubten Handlungen giebt, wofür das Civilecht keine Klagen hat⁸⁸⁾.

6) Der Gebrauch dieser Rechtsmittel mag, wohl freilich heut zu Tage, selten seyn, aber er lässt sich doch nicht bezweifeln⁸⁹⁾.

7) Die Meinung des Cujas⁹⁰⁾, obgleich die Restitu-

tion in factum nicht in die Rechte des Besitzes einzufügen sei, ist sicherlich falsch. Man vergleiche über diese Stelle *Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 55.* pag. 978 und *POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. h.* pag. 156.

87) *L. 9. §. 2. D. h. t. — nec in ipsum post annum.*

88) Man sehe das Verzeichniß dieser prätorischen Delictfallen in Unterholzner's Verjährungslehre. 2. Bd. S. 281.

89) *S. Sam. STRYK Us. mod. Pand. h. t. 115. am HOPFER Praelect. ad Pand. h. t. in fin. und Schmidts prakt. Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden. § 1117 — 1121.* Man vergleiche jedoch, soviel den heutigen Gebrauch der vom Prätor in seinem Edict dem irregefährten Dritten gegen den Pupillen versprochenen Restitution betrifft, Francke's Beyträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. 3. Abh. über den Umsang der in integr. restitutio wegen Abwesenheit und Erthums. §. 4. S. 84 — 89.

90) *S. Dasselben Comment. in Libr. XII. Pauli ad Edictum ad L. 2. D. Quod falso tut. (Opp. post. Tom. II. p. 179.)*

tio in integrum mittelst der actio in factum gesucht und erhalten werden müsse, zeugt von einer offensichtlichen Verwirrung dieser an sich ganz verschiedenen Rechtsmittel, die doch der Prätor in seinen Edicten so deutlich unterschieden hat⁹¹).

91) G. DOMPIERRE de JONQUIÈRES h. t. §.2. pag. 363.

Lib. XXVII. Tit. VII.

De fideiussoribus, et nominatoribus, et heredibus tutorum et cura- torum.

§. 1375.

Die selbst nicht Vormünder sind, aber doch statt des Vormunds haften, sind 1) die Erben des Vormundes.

Ausser dem Vormund kann sich die Verbindlichkeit desselben auch noch auf andere Personen erstrecken, die statt seiner haften müssen ⁹²⁾). Dahir gehören

1) die Erben des Vormundes, welche jedoch, wenn das iudicium tutelae gegen sie gerichtet wird, nur für ihres Erblassers culpa lata haften dürfen, wenn nicht der Proces gegen den Vormund selbst schon anhängig war.

92) Man sehe über diesen Titel vorzüglich *Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 57 — 45. pag. 980 — 1001. Jo. Voigt Comment. ad Pand. h. t. Ger. Noodt Comment. ad Dig. h. t. (Opp. Tom. II. pag. 579 — 581.*

Davon ist aber schon an einem andern Orte⁹³⁾; ausführlich gehandelt worden. Hier ist nur noch die Frage übrig, in wie fern die Erben eines Vormundes aus eigner Culpa haften? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind auch hier getheilt. Die älteren stellen den Grundsatz auf, da die Erben selbst nicht Vormünder sind, so dürfen sie, wenn sie die von ihrem Erblasser angefangenen Geschäfte liegen ließen, die sie hätten vollenden sollen, vorausgesetzt, daß sie die dazu erforderliche Kenntniß und Fähigkeit hatten, oder die Verwaltung der Vormundschaft freywillig fortsetzen, nur für dolus und lata culpa haften⁹⁴⁾. Nur in so weit finde gegen sie aus ihren eigenen Handlungen die actio tutelae Statt. In so weit sei auch gegen sie das iusurandum in litem zulässig. Die Gesetzstellen, welche für diese Meinung angeführt werden, sind folgende.

L. 1. D. h. t. POMPONIUS libro XVII. ad Sabinum. Quamvis heres tutoris tutor non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per here-

93) S. den 30. Th. dieses Commentars §. 1333. b + d. S. 269 — 300. Die von mir oben S. 289. ff. widerlegte Erklärung des H. Prof. Hasse von der *L. 1. C. de heredib. tutor.* ist aus gleichen Gründen auch von dem Prof. D. Frände in den angef. Beyträgen zur Erläut. einzeln Rechtsmaterien. 1. Abth. 1. Abh. §. 5. S. 12 — 15. widerlegt worden. Wir trafen hier auf einem Wege zusammen, ob wir uns gleich einander nicht kannten.

94) *S. Just. MARIA Colleg. argentorat. Tom. II. h. t. §. 14.* *Paul. MONTANUS de iure tutelar. et curat. Cap. XXXIX.* nr. 50. et 88. *HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.* *Just. HENN. BOEHMEN iur. Dig. h. t. §. 4.* und *JO. ORTW. WESTENBERG Princ. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 5.*

dem, si legitimae aetatis, et masculus sit, explicari debent, *in quibus dolus eius admitti potest.* §. 1. Quod panes tutorem fuit, heres quoque eius reddere debet. Quod apud pupillum is reliquerit, si heres capit, non quidem crimine caret, sed extra tutelam est, et utili actione hoc reddere compellitur.

L. 4. D. h. t. ULPIANUS libro XXXVI. ad Edictum. Quum ostendimus, heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus, vel propria administratio veniat in iudicium? Et exstat SERVII sententia estimantis, *si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et consumserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit, tutelae iudicio eum teneri suo nomine.* Nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo iurari in item, apparet, eum iudicio tutelae teneri ex dolo proprio.

Das der Erbe des Vormundes für sich selbst und bei fortgesetzter Administration für culpa levis nicht hatte, sage Ulpian⁹⁵⁾ ausdrücklich:

Negligentia⁹⁶⁾ plane propria heredi non imputabitur.

Die neuern Rechtsgelehrten⁹⁷⁾ hingegen pflegen einen

95) L. 4. §. 1. D. h. t.

96) Das das Wort negligentia dem dolus entgegengesetzt werde, und culpa levis bezeichne, erhelet aus L. 72. D. pro socio. L. 4. D. de magistrat. conven. und L. ult. Cod. de suspect. tutor.

97) Frid. Goult. ZOLLER Diss. de culpa ab heredibus tutorum curatorumve tam ex facto tutoris, quam ex facto

Unterschied zu machen; bey solchen Geschäften) sagen sie, welche der verstorbene Wurmund angefangen hat, und der Erbe nicht liegen lassen darf, sondern zu vollenden verpflichtet ist, hafte der Erbe nur für dolus und facta culpa; bey freywilling fortgesetzter Administration aber auch für levis culpa. Der Beweis für diesen letzten Fall wird daher genommen, weil die dreyfache Klage, welche hier gegen die Erben Statt finde, nämlich die negotiorum gestorum actio, die actio protutelae, und actio tutelae auf levis culpe praestatio gebe. Für die erste wird angeführt, daß es in der L. 20. Cod. de negotiis gest. (II. 19.) ausdrücklich heise:

*Super his quidem, quae nec tutor, nec cura-
tor constitutus, ulro quis administravit, cum non
tantum dolum, et latam culpam, sed et levem
praestare necesse habeat: a te conveniri potest, etc.*

Daß aber die negotiorum gestorum actio eben so gegen die Erben, wie gegen den Erblasser Statt finde, lehre die L. 6. C. eodem. Für die protutelae actio wird angeführt, daß der Begriff eines Protectors, so wie er L. 1. §. 1. D. *De eo, qui pro tuto*re gegeben wird, auch auf die Erben eines Wurmundes passe, welche freywilling die Administration der Tutelei fortgesetzt haben. Nun sage L. 4. h. t. ausdrücklich, der Proptitor müsse

proprio conventis praestanda. Lips. 1779. §. XIX. —
§. XXIII. Christ. Guil. WEBRN Doctr. iuris explicati-
x principior. et causar. damni praestandi Cap. IV.
§. 41. in fin. Christph. Christ. Dabelow Handbuch
des Pandectenrechts 3. Th. §. 296. Ad. Diet. Weber
Erläut. d. Pand. 2. Th. §. 1375. und Zimmern Ge-
schichte des Röm. Privatrechts.: 1. B. §. 249. S. 941. ff.
Dieser Meinung ist auch Hellfeld.

eandum fidem et diligentiam prästire, wie ein wahrer Vormund. Eben so die actio tutelae, welche sogar in unserm Titel *L. 4. pr.* gegen die Erben des Vormundes ex propria administratione ausdrücklich genannt werde.

Diese Beweise sind allerdings wichtig, sie lassen aber dennoch manchen erheblichen Zweifel übrig. Daß Ulpian in der *L. 4. h. t.* von einer freywillig fortgesetzten Administration der TuteL nach dem Tode des Vormundes spreche, scheint keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Denn von der Vollendung solcher Geschäfte, die der Vormund bereits angefangen hatte, und der Erbe nicht liegen lassen darf, war schon *L. 1. h. t.* die Rede. Von dieser unterscheidet Ulpian *L. 4.* die propria administratio ausdrücklich, worunter auch schon die Glosse des Accius sius eine solche versteht, quae non connexa est cum eo, quod defunctus inchoavit, und wirft bey dieser die Frage auf, in wiefern dieselbe ein Gegenstand der actio tutelae sey? Wie konnte also hier die Frage noch einmal davon seyn, was Pomponius schon *L. 1.* bestimmt entschieden hatte? Es ist hierbey sehr merkwürdig, daß Pomponius *libro XVII. ad Sabinum* auch von den Erben eines verstorbenen Socii spricht. Diese stehen insofern, sagt er, den Erben eines verstorbenen Vormundes gleich, daß sie auch die von ihrem Erblasser angefangenen Societätsgeschäfte zu Stande bringen müssen, und dabei nur dolum prästire. Es heißt nämlich in der aus demselben Buche des Pomponius genommenen *L. 40. D. pro Socio:*

Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent: in quibus dolus eius admitti potest.

Im übrigen sind die Erben eines Tutors und eines *Socius* von einander ganz verschieden. Denn letztere müssen dieselbe Culpa prästiren, wie ihr Erblässer ⁹⁸⁾, von den Erben des Vormundes lehrt nun aber Ulpian in unserm Titel gerade das Gegentheil. Noch mehr aber überzeugen uns die vom Ulpian angeführten Beispiele, daß hier von einer freywillig von den Erben fortgesetzten Administration der Vormundschaft die Rede sey. Daß hier die Erben des Vormundes auch nur für den dolus hätten, beweist er dadurch, weil auch ex dolo proprio das iusiurandum in litem gegen sie Statt finde, und nun sagt er ganz bestimmt:

Negligentia plane propria heredi non imputabitur.

Von der Nachsicht, welche die Gesetze den Erben des Vormundes, sofern sie die Verwaltung freywillig fortführen, angedeihen lassen, zeugen auch die folgenden Worte §. 2.

Usuras quoque eius pecuniae, quam pupillarem agitavit, praestare debet heres tutoris: quanta autem, et cuius temporis usuras praestare debet, ex bono et aequo constitui ab iudice oportet.

Also auch in Ansehung der Pupillarzinsen sollen nicht die gemeinen Bestimmungen der Gesetze eintreten; sondern der Richter soll deren Vergütung nach der Billigkeit bestimmen. Daher sagt Anton Faber ⁹⁹⁾, in Absicht auf culpae praestatio sey der Erbe des Vormundes, wenn er gerirt, melioris conditionis, als der Vormund selbst. Da jedoch die Frage, welche Ulpian hier entscheidet, dahin geht, wie weit die aetio tutelae

98) L. 35. et 36. D. Pro Socio.

99) Jurispr. Papin. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 57 in fin. pag. 981.

gegen die Erben aus der fortgesetzten Administration Statt finde; so kann wohl hier von keinen andern Handlungen derselben die Rede seyn, als welche mit der geführten Vermögensverwaltung conner sind¹⁰⁰).

Es entsteht noch die Frage, wie die Erben eines Procurators hofien? Paulus libro IX. *Responsum*¹⁾ bearbeitet diese Frage folgendermassen.

“Heredes eius²⁾), qui non iure tutor vel curator datus, administrationi se non immiscerit, dolum et culpam praestare non debere.

Man hat hieraus folgern wollen, die Erben eines Procurators könnten nicht einmal propter dolum und culpam latente derselben in Anspruch genommen werden³⁾. Allein das Gesetz hat diesen Sinn nicht. Es ist hier von einem Falle die Rede, in welchem gar keine Verbindlichkeit, auch nicht einmal auf Seite des Erblassers, vorhanden war. Der Tutor, oder Curator, von dessen Erben

Unter den ersten Rechtgelehrten scheinen jedoch der ältern Meister zu bestimmen. MALBLANC Princ. iur. Rom. Part. ult. S. 681. ZAUNER Jur. Dig. P. I. Lib. II. Tit. 29. §. 1. und HOPBLAND Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. S. 1621.

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

2) In den Basilic. Lib. XXXVIII. Tit. 7. Const. 3.

Tom. V. FABROTI pag. 104. heißt es: Οἱ ἐγγόνται καὶ οἱ κληρονόμοι τοῦ μὴ κατὰ νόμον δοθέντος ἐπιτρόπου, καὶ μὴ διοικήσαντος, οὐκ ἐρέχονται ἀπὸ δολοῦ αὐτοῦ ή φαδωμάται. i. e. *Fideiussores et heredes eius, qui non iure datus tutor non administravit, dolum et culpam non praestant.*

3) Man sehe z. B. Dabellow's Handb. des Pand. Rechts. 3. Th. S. 296. S. 537.

hier die Rede ist, war *non iure dolus*. Wenn denke sich den Fall, der Vater habe einen Curator im Testamente, oder seinem emancipirten Sohne einen Tutor bestellt. Es ist auch weder eine Confirmation erfolgt, noch hat sich der Tutor oder Curator immiscirt. Es ist natürlich, daß hier auch der Erbe weder für dolus noch culpa verantwortlich seyn konnte. Denn es war hier ~~wirklich~~^{hier} gar kein Tutor vorhanden. Der als solcher im Testamente ernannte war also auch nicht schuldig, sich der Administration zu unterziehen. Die Unterlassung konnte ihm demnach weder als Dolus, noch als Culpa zugerechnet werden⁴⁾). Wie aber, wenn er sich wirklich immiscirt hätte? Der Schluß würde hier sehr fehlerhaft seyn, wenn man per argumentum a contrario daraus folgern wollte, daß der Erbe nun für dolus und culpa eben so wie der Protutor, haften müsse. Es würde also hier bloß darauf ankommen, ob der Protutor in seinem entschuldbaren Irrthume besangen war, oder, wohlwissend, daß er kein rechtmäßiger Tutor sey, sich in die Administration eingemischt habe. Da in dem ersten Falle der Protutor in Hinsicht der praestatio culpare dem Tutor gleich steht⁵⁾; so wird auch wohl dem Erben desselben die Wohlthat des Erben eines wahren Vormundes nicht zu versagen seyn; dagegen in dem letzten Falle, der Erbe, wie der Erblasser, der hier als ein sich aufstingender negotiorum

4) *L. 1. C. de testam. tut. L. 13. §. 12. D. de excusat.*

S. Jac. Cujacit Comment. in Lib. X. Responsor. Iulii Pauli ad L. ult. pr. D. h. t. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 55.) wo er auch die Lesart der Basiliiken billigt.

5) *L. 4. D. de eo, qui pro tutore.*

gestor erscheint; für omnis culpa hafsten muß⁶). Was übrigens Paulus §. 1. noch von der Wirkung der Litis-contestation sagt, wenn das iudicium tutelae schon beym Leben des Vormundes gegen denselben erhoben worden ist, und was dieselbe für einen Einfluß auf die Erben des Vormundes habe, ist schon an einem andern Orte⁷) erklärt worden.

§. 1376.

a) Bürgen des Vormundes. In wiewfern hafsten sie?

Ist der Vormund, so wie desselben Erben insolvent befunden worden, und daher den Pupillen zu entschädigen ausser Stande; so können nun die Bürgen in Anspruch genommen werden, welche, wie Papinian⁸) sagt, ex persona tutorum hafsten. Es entsteht also die Frage, in wiewfern die Bürgen hafsten? Hier ist nun vor allen Dingen das Recht, welches zur Zeit der classischen Juristen galt, von den Bestimmungen des Justinianeischen Rechts genau zu unterscheiden. Nach dem classischen Rechte hatte der Pflegbefohlene die freye Wahl, ob er zuerst den Vormund, oder die Bürgen, oder beyde zugleich, zwar nicht in solidum, sondern jeden auf einen Theil des Erlasses dessen, was er aus der Verwaltung der Vormundschaft zu fordern hatte, belangen wollte⁹). Außer den

6) S. Hasse Cuspa des Römischen Rechts. §. 72. S. 344. f.
Not. a.

7) S. den 30. Th. §. 1353. b. S. 375. f.

8) L. 6. in fin. D. h. t.

9) L. 13. §. 4. in fin. D. de pignor. et hypoth. L. 3. §. ult. D. de duob. reis. (XLV. 2.) S. ANT. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. illat. 42. pag. 984.

unten angeführten Pandectenstellen gehört besonders hierher die Constitution des Kaisers Alexander L. 1. C. de fideiussor. tutor. vel curator. (V. 57.)

Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus, seu heredibus eorum, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas, vel, si ita malis, dividere actionem. *Nam in solidum et cum reo et cum fideiussoribus agi iure non potest.* PP. x. Kal. Febr. Juliano II. et Crispino Conss. 225.

Jedoch wurden durch Belägung des Vormundes die Bürgen frey, und eben so umgekehrt. Electo reo principali, sagt Paulus¹⁰), fideiussor, vel heres eius liberatur. Es war dies eine Folge der Litiscontestation, wodurch nach dem classischen Röm. Rechte die in judicium deducirte Klage dergestalt consumirt wurde, daß sie nachher nicht weiter mit Erfolg angestellt werden konnte¹¹). Dasselbe Verhältniß, wie zwischen Hauptschuldner und Bürgen, fand nun auch zwischen mehreren Mitbürgen selbst Statt. Waren diese Sponsores oder Fidepromis-

10) *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 17. §. 16. Zum Theil anderer Meinung sind zwar E. M. MENILLIUS Observationi Lib. VIII. Cap. 9. und Ant. SCHULTE in *Jurispr. vet. Antejust.* ad h. loc. Paull. cit. not. 474 pag. 297. Mein mon sehe Keller über *Litiscontestation* und Urtheil. §. 52. S. 455 ff.

11) *Gaius Instit. Comm. III.* §. 180 et 181. und *Comm. IV.* §. 106—108. S. Keller angef. Schrift §. 8. S. 82. ff. In einer Stelle des CICERO ad Atticum Lib. XVI. Ep. 15. (S. Keller S. 463—479.) und der L. 28. C. de fideiussor. (VIII. 41.) welche nachher zur Sprache kommen wird, wird die Befreiung des Bürgen ausdrücklich als Folge der *Litiscontestation* bezeichnet.

sores, so hatte zwang der Creditor von einer gegenseitigen Consumption nichts zu befürchten. Denn da zwischen ihnen die Obligation ipso iure getheilt war¹²⁾, so konnte die Klage gegen einen Jeden immer nur auf eine pars virilis gerichtet werden, nur diese ward mithin in iudicium deducirt, und consumirt. Wegen der übrigen Theile blieb dem Creditor die Klage gegen die Mitbürgen unbenommen. Allein ganz anders verhielt sich die Sache bey mehreren Fideiussoren. Von diesen hoffte jeder ipso iure insolitum¹³⁾, hier wurden also durch die Belangung des einen die übrigen frey¹⁴⁾; wosfern nicht der in Anspruch gehommene¹⁵⁾ der Hadrianischen Rechtswohlthat bediente, daß der Creditor nicht mehr von ihm verlangen konnte, als sein Theil beträgt, wenn man das Ganze unter die Zeit der Litigia Contestation solventen Bürgen vertheilt¹⁶⁾; oder bey Errichtung der Fideiussion ausdrücklich war stipulirt worden, solidum aut partem virilem fidei tua esse iubes¹⁷⁾. Hier mußte denuo auch gleich¹⁸⁾ Anfangs unter mehrere Fideiussoren die Klage getheilt, und jeder konnte nur auf seine virilis pars belängt werden¹⁹⁾.

Um diese nachtheilige Wirkung der Consumption abzuwenden, gab es mancherley Mittel. Der Gläubiger, und hier der Pflegbefohlene, konnte sich 1) damit helfen, daß er alle Fideiussoren zugleich, und auch wohl mit ihnen den Schuldner selbst, oder hier den Vormund, be-

12) GAIUS Comm. III. §. 121. et 122. Comm. IV. §. 32.
S. Keller §. 52. S. 436. Not. L.

13) L. 26. D. de fideiuss. S. Keller §. 66. S. 567. folg.

14) L. 28. C. de fideiuss.

15) L. 27. pr. L. 28. D. eodem.

16) L. 51. pr. D. eodem.

langte ¹⁷⁾). Dass dieses wirklich zu geschehen pflegte, beweist die L. 6. D. h. t. Sie ist aus Papinianus libro II, Responsorum, und lautet folgendermassen.

Pupillus contra tutores eorumque fideiussores indicem accepit: iudice defuncto prius, quam ad eum contra solos fideiussores alter iudex datus est. Officio cognoscantis conueniet, si tutores solventia sint, et administratio non dispar, sed communis fuerit, portionum virilium, admittere rationem ex persona tutorum.

Ein Pupill hatte mehrere Vormünder, von denen jeder einen Bürgen, rem pupilli salvam fore, gestellt hatte. Nach Endigung der Zytel lagt der Pupill gegen die Vormünder und deren Bürgen zugleich, und erhält für diesen Proces vom Prätor einen Iudex. Das nach dem klassischen Rechte die Klage auf solche Art zwischen dem Schulthei und Bürgen getheilt werden konnte, ist bereits bemerkt worden. Allein der Iudex starb, ehe noch die Parthenen vor ihm erschienen waren. Es musste also an seiner Stelle ein anderer Iudex den Parthenen gegeben werden, qui negotium examinet, ne hujusmodi casu interveniente, impedimentum aliquod in persequenda lite afferrareretur, wie es in einer hierher gehörigen Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian ¹⁸⁾ heißt. Dieser andere Iudex wurde aber dem Pupillen jetzt gegen die Bürgen allein gegeben. Dies zeugt also von einer vorgegangenen Aenderung der Klage. Diese Aenderung, meint Cujaz ¹⁹⁾, habe dem Pupillen

¹⁷⁾ S. Keller § 66. S. 570.

¹⁸⁾ L. 4. C. de pedaneis iudicib. (III. 5.)

¹⁹⁾ Commentar. in Libr. II. Responsor. Papiniani ad h.

L. 6. (Opp. postum. a FABRO editor. Tom. I. p. 80.)

noch freigestanden, weil der erste Juder gestorben sey, ehe noch lis contestirt war. Dieses beruht aber wohl auf einer falschen Voraussetzung, als ob die Litiscontestation in iudicio, also erst vor dem iudex pedaneus geschehen sey, wie auch Cujacius²⁰⁾ wirklich behauptete. Daß aber die Litiscontestation vielmehr dem Verfahren in iure, also der Anordnung des künftigen iudicium vor dem Prætor, so lang es in der Römischen Procesß-Form eine Trennung von ius und iudicium gab, angehört habe, wird nun wohl nach der trefflichen Erörterung von Rebler²¹⁾ Niemand mehr bezweifeln. Die Bestellung des Judex konnte also immer erst nach der Litiscontestation, ordinato iudicio, geschehen²²⁾). Die Bürgen hätten demnach der neuen Klage die *exceptio rei in iudicium deductae* entgegensezzen können, welche zur Zeit des classischen Rechts gerade in einem solchen Falle Statt hatte, wo eine actio, über welche schon lis contestirt, aber noch nicht judiciert war, von neuem in iure gefordert wurde²³⁾.

20) Observat. Lib. IX. cap. 23.

21) Ueber Litiscontestation und Urtheil. §. 2 — 5.

22) S. meine Opuscul. iurid. Fasc. II. pag. 589 — 598.

23) L. 5. D. de except. rei iudic. (XLIV. 2.) Der Name der *exceptio rei in iudicium deductae* findet sich zwar in dieser Stelle so wenig, als in einer andern Pandectenstelle, weil diese Exception seit Aufhebung des alten ordo iudiciorum keine rechte Bedeutung, und vollends zu Justinians Zeiten gar kein Interesse mehr hatte. Allein daß diese Stelle in ihrem ursprünglichen Bestand und Zusammenhänge von dieser Exception gehandelt haben müsse, lehren die letzten Worte: *Caeterum cum quis ACTIONEM MUNIT et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur*

Denn indem nun die Bürgen allein in Anspruch genommen wurden, ward dieselbe Rechtsache nach der Litiscontestation, aber noch vor angefangenem iudicium, mit einer andern Klage, actione ex stipulatu, von vorne an wieder eingeleitet. Eine solche Aenderung der Klage, und Bestellung eines andern iudex für dieselbe, konnte also wohl nur durch eine in integrum restitutio bewirkt werden, wie auch Gerh. Moodt²⁴⁾ ganz richtig bemerkt. Diese fand nun aber auch hier um so weniger Bedenken, da der Kläger ein Minderjähriger war, die restitutio in integrum aber für Proceshandlungen, wie für andere Rechtsgeschäfte, galt²⁵⁾). Nun entstand jedoch die Frage, in welchen Theil jeder der Bürgen zu verurtheilen sey? Kann einer in das Ganze verurtheilt werden, wenn etwa die übrigen, die zur Zeit der Litiscontestation noch solvent waren, zur Zeit der res iudicata insolvent seyn sollten? Papinian respondirt, daß die Bürgen auf eben die Art zu verurtheilen, wie die Tutores, wenn diese wären belangt worden, weil sie ex persona tutorum haften. Gleichwie nun also die Klage unter die mehreren Tutores bey ungestheiter und ganz gleicher Verwaltung, sofern sie zur Zeit der Litiscontestation alle solvent waren, hätte getheilt werden müssen, pro virilibus portionibus²⁶⁾; so wird nun auch der iudex datus das nämliche Verhältniß bey der

DE BADEM RB agere. S. Keller über Litis Contestation §. 11. S. 109. f.

24) Comm. ad Dig. b. t. §. *Ne igitur.* (Opp. Tom. II. pag 580.) und Tit. de Edendo II. 15. §. *Superst.* pag. 68.

25) L. 7. §. 4. D. de Minorib. (IV. 4.) S. Keller §. 65. S. 561. Not. 1.

26) L. 1. §. 10. et 11. D. de tut. et ration. distr.

Verurtheilung der Fideiussoren zu beobachten haben. Die Frage, wie mehrere Fideiussoren haften, wird jedoch nachher noch zur besondern Erörterung kommen. Wir reden hier nur noch von den Mitteln, wodurch man die nach dem classischen Röm. Rechte durch die Liiscontestation entstandene nachtheilige Wirkung der Consumption berm Schuldner und Bürgen zu vermeiden suchte. Dahin gehörte denn auch 2) der Vertrag, den die Bürgen mit dem Gläubiger eingehen konnten, daß er den Hauptshuldner zuerst belangen sollte, und sie nur für dassjenige haften wollten, was von dem Hauptshuldner nicht zu erhalten gewesen wäre. Auch davon giebt uns unser Titel ein Beispiel aus Papinian.

L. 7. D. h. t. PAPINIANUS libro III. Responsorum. Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adolescens ut ante conyeniret, petierunt²⁷⁾, atque ideo stipulanti promiserant se reddituros, quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividiri, quod onus fideiussorum susceptum videretur. Nam et si mandato plurim peccitia credatur, aequo dividitur actio: si enim, quod est datum pro alio, solvit, eur species actionis acquitatem divisionis excludat?

Die praktische Wirkung einer solchen Stipulation war also verschieden. 1) Die Bürgen erlangten dadurch nicht nur ein wahres vertragmäßiges beneficium excussionis, sondern auch ein vertragmäßiges beneficium divisionis,

27) Die florentinischen Pandecten lesen zwar *petierant*. Allein der Lesart *petierunt*, welche auch Halvander, Baudoz, Mirzaus, Merlianus u. m. a. haben, giebt Breckman in der Gebauerischen Ausgabe mit Recht den Vorzug.

wenn sie noch alle zur Zeit der Litiscontestation solvent waren, welches sonst den Bürgen eines Vormundes nicht gesteht, wie unten zur Sprache kommen wird. Papinian giebt hieron den Grund an, *quod onus fideiussorum susceptum videretur*: welches Cuja eius²⁸⁾ so erklärt: durch die Stipulation mit den Bürgen, sie wollten für so viel gut stehen²⁹⁾, *quanto minus ac tutor consecutus fuerit p[ro]p[ter] pillus*, habe der Pupill stillschweigend die Last übernommen, die sonst die Mitbürgen treffen würde, für einen andern zu haften; indem nun, wenn etwa einer derselben zur Zeit des iudicis, *iudicata* nicht solvent seyn sollte, diese Falschung des einen Bürgen nicht den übrigen Mitbürgen, sondern dem Pupille allein zur Last falle. Zwar seyen hier die Fideiustoren als Mandatores anzusehen, welche dem Pupillen den Auftrag gegeben hätten, daß er zuerst den Tutor ausklagen solle, und dasjenige zu bezahlen versprochen haben, was er von dem Tutor nicht erhalten würde³⁰⁾. Denn sie hätten dieses nicht sowohl für den Vormund, als dessen Bürgen, sondern für sich und in rem suam versprochen³¹⁾. Allein die Wohlthat der Behestung sey durch die Interpretation und Auctorität des Papinian's durch auf Mandatoren ausgedehnt werden³²⁾. Das gegen die Mandatoren eine andere Klage.

28) S. Jac. Cujacii Comment. in Libr. III. Responsor. Papiniani ad h. L. 7. (*Opp. postum. Tom. I. pag. 154.*)

29) S. Cujacius c. I. pag. 153.

30) L. 22. D. ad Sctum Vellejan. (XVI. i.)

31) L. ult. C. de constit. pecun. wo Cujacius cit. Comment. pag. 154. statt der Worte: *Aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo potest*, richtiger nach unserm Gesetz lesen will: *Aequitatem*

nämlich die actio mandati contraria Statt finde, als gegen die Fidejussoren, schade nichts; denn die Verschiedenheit der Klage könne die Billigkeit der Theilung nicht aufheben.

Allein weit natürlicher ist die Erklärung dieser Stelle von Pothier³²⁾, nach welcher die Worte: *quod onus fideiussorum susceptum videretur*, vielmehr den Sinn haben. Der Pflegbefehlne scheine die Last, welcher sich eigentlich die Fidejussoren hätten unterziehen müssen, nämlich den Schuldner auszuflagen, wenn sie für ihn bezahlt hätten, gleichsam vermöge des Mandats selbst auf sich genommen zu haben. Diese wären ihm also nun nicht mehr aus der ersten Fidejussion, sondern ex causa mandati verpflichtet. Daraus folgert Papinian, daß nun auch unter ihnen die Wohlthat der Theilung Statt finden müsse, welche unter mehreren Mandatoren, die zum Creditiren den Auftrag gegeben, Statt finde. Wenn es nun weiter heißt: *Si enim quod datum est, pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludat?* so liege in diesen Worten folgender Sinn: Die Wohlthat der Theilung habe zwar Hadrian blos den Fidejussoren gegeben, aber Papinian halte es für billig, sie auch auf Mandatoren zu erstrecken. Denn es sey ja gleicher Grund vorhanden, ob mehrere Mandatoren dem Gläubiger dasjenige, was er ihrem Auftrage zu Folge gegeben hat, wieder bezahlen, oder ob sie für den Schuldner als Bürgen zahlen müssen. Die Verschiedenheit der Klagesformel könne die Billigkeit der Theilung nicht ausschließen, das heißt, wenn gleich gegen die Mandatoren

32) Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 6. *Rem pupilli salvam fore* Nr. VII. Not. a. et b. pag. 386.

eine andere Klage Statt hat, als gegen die Fideiussoren, so ist doch der Grund der Billigkeit bey beyden, wenn gleich der Species nach verschiedenen Klagen, der nämliche, daß die Klage unter denen, welche damit belangt werden, getheilt werde.

Durch die gedachte Stipulation ward aber auch 2) die objective Identität zwischen Hauptobligation und Bürgschafts-Nexus aufgehoben, und das her die gegenseitige Consumption durch Proces nothwendig ausgeschlossen. Die Verpflichtung des Hauptschuldners und der Bürigen wurden nun zwey ganz verschiedene und außer einander liegende Obligationen, von denen die eine erst durch die Richterfüllung der andern entstand, und gleichsam erst da anfing, wo die andere aufhörte³³⁾). Es trat hier überdem die Analogie von Mandatoren ein, welche sich zur Zeit des classischen Rechts von Fideiussoren eben darin unterschieden, daß sie durch die Belangung des Hauptschuldners, oder eines der Mandatoren nicht liberirt wurden, und umgekehrt³⁴⁾), welches seinen innern nothwendigen Grund darin hatte, daß gerade die Einheit der Obligation, um deren willen bey den Fideiussoren, Sponsoren u. dergl. das Gegenheil galt, im Verhältnis zwischen dem Hauptschuldner und den Mandatoren gar nicht Statt fand. Denn der Mandator hastet gar nicht bestimmt für eben dasselbe, was den Gegenstand der Hauptobligation ausmacht, sondern er steht in einem ganz

33) S. Keller über Litis Contestation. §. 66. S. 563. ff.

34) L. 15. L. 52. §. 3. L. 71. pr. D. de fideiassor. (XLVI. 1.) L. 95. §. 10. D. de Solution. (XLVI. 3.) PAULUS Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit. 17. §. 16. Electo reo principali, fideiussor, vel heres eius liberatur: non idem in MANDATORIBUS observatur.

selbstständigen Rechtsverhältniß mit dem Creditor, nämlich als Mandans zu ihm als Mandatarius, und hastet daher nach den allgemeinen Grundsäcken des Mandat-Contractus dem Creditor nur mit der actio mandati contra-ria, wie Keller³⁵⁾ sehr scharfsinnig durchgeführt hat. So nach dem Rechte des classischen Zeitalters.

Was nun bisher blos von Mandatoren galt, und bey Fideiussoren durch Vertrag bewirkt werden mußte, um die nachtheilige Folge der Consumtion auszuschließen, dieselbe dehnte Justinian auch auf Fideiussoren aus, und machte dasjenige, was vor ihm in Ansehung der letztern durch besondern Vertrag erst festgesetzt werden mußte, zum allgemeinen Gesetz, nach welchem nun nicht mehr durch Belangung des Hauptschuldners die Bürigen, auch nicht mehr durch die Wahl eines derselben die übrigen frey werden sollen, sondern dem Gläubiger solle sein Recht gegen die übrigen vorbehalten bleiben, bis er seine völlige Befriedigung erhalten hätte. Kurz Justinian hob die Regel der Consumtion in ihrer bisherigen Anwendung auf. Dies geschehe durch die sehr wichtige Constitution der L. 28. C. de fideiussorib. (VIII. 41.)

Imp. JUSTINIANUS A. Joanni P. P. Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est; ut, contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur: ita et in fideiussoribus observari. Invenimus etenim, et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum: et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fideiussoribus, vel ipsius rei alterum liberari: vel ipsum reum fideius-

35) Ueber Litiscontestation. §. 55. S. 455. f.

soribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditoris: sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae personvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constitutas, ex unius rei electione praeiudicium creditoris adversus alium fieri non concedentes: sed remanere et ipsi creditoris actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nesciunt simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit ius creditoris nullare?

Dat. XV. Kal. Novemb. Constantinopoli, post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. 531.

Da diese Constitution schon gerathne Zeit vor Publication der Pandecten gegeben worden ist, so ist es sehr natürlich, daß die Compilatoren derselben alle Stellen der Röm. Juristen, welche auf die Regel der Constitution überhaupt Bezug hatten, entweder ganz weglassen mußten, oder wenigstens nicht unverändert in die Justinianische Gesetzsammlung aufnehmen konnten.³⁶⁾ Ein merkwürdiges Beispiel von einer solchen Interpolation giebt die noch hierher gehörige L. 2. C. de fideiuss. tutor. vel curator. (V. 57.)³⁷⁾

Imp. ALEXANDER A. Prisco. Non est ambigui juris, electo reo et solvente, fideiussorem liberari: et ideo si simpliciter acceptus est fideiussor in id,

36) Keller §. 66 S. 562.

37) S. Keller §. 52. S. 457. f. Not. 5.

quod tutor seu curator debiturus esset, cum proponas, tutorem seu curatorem *condemnatum solvisse*, quid dubium est, fideiussorem liberatum esse? Plane, si stipulatio rem salvam pupillo fore, interposita est, vel cautum est in id, quod a tute vel curatore servari non potest, manet fideiussor obligatus *ad supplendam tibi indemnitatem*. PP. VIII. Kal. Augusti Fusco II. et Dextro Cōss. 226.

Es fragt sich aber, ob auch die *L. 1. C. eodem* aufgehoben sey, nach welcher den Pupillen und Minderjährigen die Wahl gestattet ist, ob sie den Wurmund oder die Bürigen zuerst belangen wollen? Die meisten Rechtsgelehrten behaupten, es sey dieses allerdings vom K. Justinian durch die *Nov. IV. Cap. 1.* geschehen, vermöge welcher immer der Hauptschuldner zuerst belangt werden soll, ehe der Bürge in Anspruch genommen werden kann, so daß also nun dem Bürigen ein gesetzliches *Beneficium excussionis* zustehe³⁸⁾). Nach dieser neuern Verordnung des Justinianischen Rechts müsse nun also der Pflegberohlt eine gewisse Ordnung beobachten. Er müsse zuerst den Wurmund, als den Hauptschuldner, belangen, und könne nur dann erst gegen die Bürigen klagen, wenn er das Seinige vom Wurmunde nicht ganz hätte erhalten können. Auch den Bürigen der Pupillen und Minderjährigen stehe also das *Beneficium excussionis* zu³⁹⁾), denn die

38) S. WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. 1. de fideiuss. tutor. pag. 491. und Ger. NOORT Comm. ad Dig. h. t. §. Ne igitur. pag. 580.

39) S. ANT. PÆREZ Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 57. nr. 2. STRUV Synt iur. civ. Exerc. XXXI. Th. 79. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 3. CAR. CHRISTPH. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 691.

Verpflichtung derselben sey nur gesetzlich subsidiär⁴⁰⁾. Für diese allerdings richtige Meinung, welche auch in der Praxis unstreitig anerkannt ist⁴¹⁾, spricht noch der nicht unwichtige Umstand, daß die *L. 1. C. de fideiuss. tutor.* wohl aus feiner andern Ursache, als weil sie durch die *Nov. IV.* ist aufgehoben worden, nicht in die Basisiken aufgenommen worden ist, wie auch *Eujacius*⁴²⁾ bemerkt hat. Gleichwohl ist die Sache nicht außer Zweifel. *Johann Schilter*⁴³⁾ ist ganz anderer Meinung. Er bezweifelt die Anwendung der *Nov. IV.* auf die Bürgen der Wurmünder darum, weil sie blos von fideiussoribus rerum creditarum handle, denen man eine solche Rechtswohlthat, wie die der Excussion ist, habe einzäumen müssen, um desto leichter Bürgen zu finden. Von diesen lasse sich auf die Bürgen der Wurmünder kein gültiger Schluß machen. Denn die *L. 1. C.* enthalte eine Begünstigung für Pupillen, und könne schon darum nicht für aufgehoben gehalten werden, weil die Novelle IV. ein correctorisches Gesetz sey, dergleichen Gesetze ohnehin immer einschränkend erklärt werden müßten.

Allein auch davon abgesehen, was gegen die restrictive Interpretation correctorischer Gesetze schon längst

*Christ. Frid. MÜHLENBRUCH Doct. Pandect. Vol. II.
§. 556. und THIBAUT Syst. des Pandect. Rechts. 1. B.
§. 543.*

40) *G. Zimmern* Gesch. des Röm. Pr. Rechts. 1. B. §. 249.
G. 942.

41) *G. Sam. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.*

42) Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 57. Lib. V. Cod. de fideiuss. tutor.

43) *Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 192.*

Thibaut⁴⁴⁾, mit vielem Scharfsinn erinnert hat; so wird hier ganz irrig vorausgesetzt, daß die L. i. C. blos eine Begünstigung der Pupillen zum Grunde habe. Sie war blos Folge des ältern Rechts, welches vor der Novelle IV. galt, nach welchem diese Wahl, von der das Gesetz spricht, jedem Gläubiger zustand⁴⁵⁾). Dieses Recht hat Justinian in der Nov. IV. ganz allgemein aufgehoben. Denn wenn er gleich Cap. 1. von solchen Creditoren spricht, welche ein Darlehn gegeben, und Bürgen dafür bekommen haben; so erklärt er sich doch nachher Cap. 3. §. 1. ganz bestimmt dahin, daß hier, zu Folge der ältern Gesetze, jeder Creditor gemeint sey, *qui actionem contra aliquem habere potest, quamvis id, quod gestum est, non mutuum, sed alius quidam contractus sit*⁴⁶⁾. Sie geht also unstreitig auch auf Pupillen und Minderjährige, von deren Vormündern Bürgen gegeben worden sind, da sie in Ansehung derselben keine Ausnahme macht⁴⁷⁾.

Dennnoch ist nicht zu läugnen, daß die Gesetze zu

44) Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts.

S. 20.

45) *L. ult. Cod. de obligat. et action. L. 3. L. 5. C. de fidicissor. S. Hag. DONELLUS Commentar. de iure nov. Libe XV. Cap. 49. §§. 7—9. (Vol. X. pag. 59. sqq. edit. noviss. Norimberg. 1827. 8.)*

46) Δανεισθήν δὲ τίθεμεν, τοῖς ἀρχαιοῖς ἀκολούθοις γόμοις, πάντα τὸν ἀγωγὴν ἔχειν κατά τινος δινάμενον, εἰ καὶ μὴ δάνεισμα τὸ πεπραγμένον, ἀλλ' ἑτερόν τι συνάλλαγμα καθεστήκοι.

47) Man vergleiche noch LAUTERBACH Diss. de beneficio excussionis. Tbing. 1655. Th. 9. et 28. besonders aber STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. pag. 65g.

Gunsten der Pupillen und Minderjährigen in Ansehung der Bürgen Manches verordnet haben, was von der Regel abweicht. Dabin gehört, 1) daß eine Uebernehmung der Bürgschaft, auch ohne Stipulation, bey denen angenommen wird, welche bey der Bestellung des Wormundes gegenwärtig, sich's ohne Widerspruch gefallen lassen, daß ihre Namen, auf die Angabe des Wormundes, hin die Gerichtsbacten, als Bürgen mit eingetragen wurden. Und *pian* sagt *L. 4. §. ult. D. h. t.* ⁴⁸⁾.

Fideiussores a tutoribus nominati, si praesentes fuerint, et non contradixerint, et nominata sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset.

Hierher gehört ferner 2) daß die mehreren Mitbürgen eines Wormundes in solidum haften, ohne sich auf die Rechtswohlthat der Theilung, welche sonst den Bürgen, sofern sie zur Zeit der gegen sie erhobenen Klage noch alle solvent sind, nach einer bekannten Verordnung des Kaisers Hadrian ⁴⁹⁾, welche auch in das Edict des Prätors aufgenommen worden ⁵⁰⁾, zusieht, berufen zu

48) Man vergleiche über diese Gesetzstelle *Christph. Lud. CRIBLL* Diss. de periculo obligationis alienae sine fidelissione ad *L. 4. §. 3. D. de fideiuss. et nomin.* *Vitemb.* 1754. und *Ant. FABRI Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. VIII. Illat. 38.* pag. 981.

49) *§. 4. J. de fideiuss. (III. 20.) L. 26. D. eodem. XLVI. 1.) L. ult. C. de constituta pecun. (IV. 18.)*

50) *PAULUS Receptar. Sentent. Lib. I. Tit. 20. §. un. S. Ant. SCHULTEING. Jurispr. vgt. Antejustin. pag. 260. und Jo. Aug. CLEBEMANN Super epistola D. Hadriani de*

dürfen. Der Grund ist offenbar Begünstigung des Pflegs befohlenen, damit er nicht um einer Vormundschaft willen in mehrere vielleicht bey verschiedenen Richtern zu verhandelnde Processe verwickelt werde. Es kann jedoch der Bürge, welcher das Ganze zu bezahlen verurtheilt worden ist, Abtretung der Klage gegen die übrigen Bürgen fordern. Es gehört hierher die sehr merkwürdige Stelle aus des Papinian's *libro XII. Quaestionum*, welche *L. ult. D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore* (XLVI. 6.) also lautet:

Si plures fideiussores a tute pupillo dati sunt, non esse eum distringendum¹¹⁾, sed in

*divisione obligationis plurium fideiussorum. Lipsiae
1771.*

51) Mehrere lesen hier *distinguendum*, z. B. Haldander, Baudouza und Chevallon. So müssen auch die glossirten Handschriften gelesen haben, wie aus der Erklärung der Glossa erscheint. Allein die florentinische Lesart verdient unstrittig den Vorzug. Wollte man indessen die Lesart *distinguendam* ja beibehalten, welche die Glossa anerkennt; so müßte man diesen Ausdruck so erklären, non esse admissandam inter ipsos divisionem, sed in unum damnatur actionem *in solidam*. Denn es ist zu bemerken, daß die Ausgaben, welche non esse *distinguendum* lesen, daß zum nicht haben, welches in der florentinischen Ausgabe bey *distringendam* steht. Sie den *Basilic. Lib. XXXVIII. Tit. 11. Const. 12. Tom. V. FABROTI. pag. 177.* heißt es ganz kurz: Εκαστος τῶν ἐγγυητῶν, ἐκ τῆς ικαροδο-
γίας ταύτης εἰς διόκλητον ἐνέχεται, ἐπιχωρούμενος
τὰς κατὰ τῶν ἄλλων ἀγωγὰς. i.e. *Ex hac satisda-
tione singuli fideiussores in solidam tenentur, cessis
actionibus adversus alios, quamvis alio agente divi-
datur actio.*

*unam dandam actionem, ita ut ei, qui conveni-
retur, actiones praestarentur* ⁵²⁾).

Papinian bemerkt daben zugleich, bey mehreren Mitvormündern eines Pupillen sey es zwar anders, diese könnten nur pro ea parte verurtheilt werden, quam ad- ministraverunt, und hafteten nur dann in solidum, si res a caeteris non servetur. In so weit ist jedoch diese wichtige Gesetzstelle schon an einem andern Orte ⁵³⁾ von mir erklärt worden. Hier sind nur noch folgende Worte merkwürdig:

*Caeterum fideiussores civiliter in solidum obli-
gati, caeteris quidem agentibus, ut dividatur actio,
impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse
contraxit, sed in tutorem incidit, et ignorat omnia,
beneficium dividenda actionis iniuriam habere vi-
sum est: ne ex una tutelae causa plures ac variae
quaestione's apud diversos iudices constituerentur.*

Es ist also nach diesem Gesetz, und aus den darin angeführten Gründen keinem Zweifel unterworfen, daß den mehreren Bürgen eines und desselben Vormundes das Be- neficium divisionis nicht zusteht ⁵⁴⁾.

Die Rechtswohlthat, welche jedoch die Bürgen nicht für ihre Person haben, kann ihnen ex persona tolorum

52) G. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

53) G. den 30. Th. des Commentars §. 1336. a. G. 365. f.

54) G. Jac. CUSACII Comment. in Libr. III. Responsor. Pa- piniani ad L. 7. h. t. (*Opp. postum. Tom. I. pag. 154.*)
Ger. NOOT Comment. ad Dig. h. t. §. Vim huius.
pag. 579. sq. Jo. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1.
Wolfg. Ad. LAUTERBACH Diss. de beneficio divisionis
(Tubing. 1658.) Th. XXVI.

zuschen, wenn nämlich die mehreren Bürgen von mehreren Tutoren bestellt worden sind⁵⁵). Denn so wie den mehreren Vormündern, wenn sie aus der Vormundschaftsverwaltung belangt werden, die Wohlthat der Theilung zustehet⁵⁶), so darf nun auch jeder Bürger nur für den Theil der Schuld haften, in welchen der Vormund verurtheilt worden ist, für den er sich verbürgt hat. Der Grund beruhet in der Natur der accessorischen Verpflichtung des Bürgen, vermöge welcher derselbe nicht mehr schuldig seyn kann, als Der schuldet, für welchen er sich verbürgt hat: *nec enim plus in accessione potest esse, quam in principali re*, wie Justinian lehrt⁵⁷). Sollte der Bürger die Schuld ganz bezahlen müssen, zu deren Bezahlung der Vormund nur pro virili portione verpflichtet ist, für den er sich verbürgt hat; so würde er ja für den Mitvormund zugleich bezahlen müssen, für den er sich nicht verpflichtet hat, und also *contradicisti formam*, wie Papinian⁵⁸), sagt, *in conditionem cunctationem acceptus* zu seyn scheinen: *modò non si natus obit aut ex mortis causa*

Da die Bürgen, wie Papinian⁵⁹ lehrt, *ex persona tutorum* haften, so haften sie für alles, was von dem Vormunde mit der *actio tutelae* gefordert werden kann, folglich auch für Zinsen, so weit der Vormund driga-

55) G. Jac. Cujacii Comment. in Libr. II. Response Papin. ad L. 6. D. h. t. (Opp. postum. Tom. I. pag. 81.) Arn. VINNII Comment. ad Institut. Lib. I. Tit. 24. ad princ. pr. 2.

56) G. den 50. Th. §. 1556. a. G. 362. ff.

57) §. 5. J. de fideiuss. (III. 20.)

58) L. 49. in fin. D. de Fideiussor.

59) L. 6. in fin. D. h. t. (Opp. postum. Tom. I. pag. 81.)

verpflichtet war. Quod enim in tutela*ius* *impeditum* venit, sagt Pomponius *libro X. Contra In*Subditum**⁶⁰⁾, hoc et ea stipulatione (sc. *rem salvam fore*) continetur. Von Zinsen spricht insonderheit Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*⁶¹⁾:

Etiam fideiussorem et heredes fideiussoris ad rationem eandem *usuarum* revocandos esse constat, ad quam et tutor revocatur.

Dass die Bürgen auch so gut, wie der Wurmund selbst, sogar für Berggezisen haften, lehrt uns Africanus *libro III. Quidestionum*⁶²⁾.

Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit: certum est, et fructum nomine, et usurarum *mechi temporis*, tam fideiussores eius, quam ipsum teneri.

Kurz, die *actio ex stipulata*, ob die Bürgschaftsfrage geht auf Alles, quod ex tutela domi fieri oportet; und vom Wurmunde oder dessen Erben nicht geleistet wird, wie sich Reratius *libro IV. Membranarum*⁶³⁾ äussert. Dagegen kann aber auch der Bürge in Abrechnung bringen, was der Wurmund dem Pflegbefohlenen hätte anrechnen können, wie aus der *L. 5. h. t.* erschellet, wo Paulus aus dessen *libro XXXVIII. ad Edictum* diese Stelle genommen ist; sagt:

60) *L. 9. D. Rem papilli vel adolescentis salv. fore.*
(XLVI. 6.)

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

62) *L. 10. D. Rem pup. v. adolesc. salv.*

63) *L. 11. D. Rem pup. vel adolesc. salv.*

Si cum fideiussoribus tutoris ex stipulatione rem salvam fore agetur, easdem *reputationes* habebunt, quas tutor⁶⁴⁾).

Und zwar mit Recht, weil das, was von dem Bürgen gefordert wird, gleichsam von dem Schuldner selbst gefordert wird, welcher dem Bürgen mandati iudicio alles das wieder erstatten muß, was er für ihn bezahlt hat, wie Justinian §. 4. *J. de Replication.* (IV. 14.) lehrt.

Die Klage gegen die Bürgen richtet sich übrigens ganz nach der *actio tutelaq.* Sie kann daher nicht eher, als diese, angestellt werden. Dies ist es, wenn Paulus *libro XXIV. ad Edictum*⁶⁵⁾ sagt:

Cum pupillo rem salvam fore satisdatum sit, agi ex ea tunc potest, cum et tutelae potest.

Sie kann also nach dem Röm. Rechte erst nach geneigter Vormundschaft angestellt werden⁶⁶⁾), und da sie blos darauf geht, was der Vormund dem Mündel aus der Rechnung schuldig geblieben ist; so findet sie gegen den Bürgen nicht eher Statt, als wenn der Vormund zuvor Rechnung abgelegt hat, und darüber, was derselbe seinem gewesenen Pflegbefohlnen schuldig ist, ein Liquidum constituit worden, auch der Vormund, oder seine Erben

64) In den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit. 7. Const. 5. Tom. V.*

FABROT pag. 103. heißt es: Εναγόμενοι οἱ ἔγγραται σέχρηνται τοῖς τῶν ἐπιτρόπων ἀντελλόγοις. i.e. *Conventi fideiussores utantur tutorum compensationibus.*

65) *L. 1. D. Rem pup. v. adolesc.*

66) *S. Jac. Cusacii Comm. in libr. XXIV. Pauli ad Edictum ad L. 1. cit. (Opp. postum. Tom. II. pag. 388.)*

solches zu erstatten unvermögend sind⁶⁷⁾). Dass die Klage gegen die Bürgen erst nach geendigter Tutei angestellt werden kann, sagt auch Ulpian *libro LXXIX. ad Edictum*⁶⁸⁾:

Hanc stipulationem (*rem pupilli salvam fore*) placet finita dénum tutela committi; et fideiussoribus diem exinde incipere cedere.

Bey der Curatell ist es anders. Hier kann zuweilen auch früher gegen die Bürgen aus der Stipulation geflagt werden, sofern auch schon vor Endigung der Curatell die Klage gegen den Curator Statt findet, wie ebenfalls Ulpian a. a. D. bemerkt, wenn er hinzufügt: *In curatore aliud est, und nachher*⁶⁹⁾, sagt:

Si quis curator datus non gesserit curam, consequens erit dicere, stipulationem non committi. Sed eadem hie erunt dicenda, quae in tute diximus. Illud secus, quod⁷⁰⁾ haec stipulatio statim, atque quid salvum esse desinit, committitur, et

67) *S. Ant. Rabal Cod. Definition. forens. Lib. V. Tit. 53.*

Defin. 2. *Jast. Henn. Boesmarii Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VI. §. 24.* und *Schmidt's pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden. §. 226.*

68) *L. 4. §. 4. D. Rem ppp. vel adolesc. salv.*

69) *L. 4. §. 7. D. eod.*

70) In den florentinischen Pandecten heißt es zwar: illò secus, quo. Allein die Lesart, der ich gefolgt bin, haben Halöander, Baudozzi, Miräus, Merlinus, Chevalionius, und mehrere andere. Auch Beck hat sie in seine Ausgabe aufgenommen, und sie hat, wie Brenkman in der Gebauer. Ausgabe der Pandecten bemerkt, die Auctorität mehrerer alter Handschriften für sich.

fideiussidibus dies eedit, et in se revolvitur⁷¹⁾). Pertinet autem hanc stipulationem ad omnes curatores, sive puberibus sive in puberibus propter aetatis infirmitatem; sive prodigis, vel furiosis, vel quibusdam alijs, ut fieri possit, dati sint.

Eben so findet gegen die Bürgen eines Protectors die Klage zu jeder Zeit statt, wie die actio tutelae gegen den Protector selbst, *Sed lehrt Ulpianus*⁷²⁾:

Sed et in eo, qui pro tute re negotia gessit, aliud dicendum est. Itaque istae stipulationes, si quidem quis tutor fuit, finita denum tutela committentur; si vero pro tute re negotia gessit, convenientius est dicere, statim atque quaeque res salva non esse coepisset, committi stipulationem.

Bereits nun die actio tutelae nicht geht, kann auch die actio ex stipulatu gegen die Bürgen nicht gerichtet werden, wie hier oben gezeigt wurde. Die florentinische Ausgabe liest: *Sed in se revolvitur*.

Eben so Baudoza, Merlinus, Miraus, und Cheronius spricht. Statt *sed* steht aber *habet*, dem auch Beck gefolgt ist, richtiger *et*, da *se revolvatur* heißt hier *saepe*, als *saepe* committitur *stipulatio*, et ideo *saepe ex ea stipulatione agi potest*, wie diese Stelle

CHARONDAS in seiner Ausgabe, mit Verweisung auf L. 18.

Dicit Rem ratam habet, erklärt hat. Mit dieser Erklärung stimmt auch POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 6. *Rem pup. salv. fore*. Nr. XI. Not. f. pag. 386. überein, wo er sagt: *Quotiescumque aliquid culpa perit, in se revolvatur et recurrit, hoc est, denuo committitur stipulatio*. Auch ACCARSIUS versteht diese Stelle so, führt aber noch zwei andere Erklärungen mit seinem gewöhnlichen *Vel dic, an*.

71) L. 4. §. 4. Dicit Rem pupilli.

werden. Sie findet daher wegen dessen nicht Statt, was der Vormund auch nachgeendigter Vormundschaft, nicht aus Antipflicht, um der möglichen technischen Notwendigkeit, wegen der Conscientia ⁷³⁾ sondern bloß aus freien Willen verwaltet hat. Denn darauf geht auch die actio tutelae nicht. So wird nicht also auch die Verpflichtung der Vormund ⁷⁴⁾.

L. 4. §. 6. D. h. t. Generaliter sciendum est, sagt hier Ulpian, ex quibus causis diximus tutelae agi non posse, ex iisdem causis nec ex stipulatum salvam fore agi posse, dicendum est.

Und Paulus sagt: *L. 46. §. 4. D. de administr. et peric. tutor. et curat.* Paulus respondit, propter eas, quae post pubertatem, nulla necessitate cogente, sed ex voluntate sua tutor administravit, fideiussorem, qui salvam rem fore cavit, non teneri.

Bei der Vormund nur dafür haftet, was der Vormund auf die Vormundschaftsverwaltung schuldig geblieben ist, so kann freilich verschuldet nicht angehalten werden. Rechnung abzufegen, wenn auch gleich der Vormund ohne Erben gestorben wäre. Wenn wie könnte er auch Rechnung ablegen, da er weder verwaltet hat, noch zu verwalten verbunden war ⁷⁴⁾? Es muß also dem Pupillen oder vielmehr der hereditas iacens ein Curator gesetzt werden, welcher aus den im Nachlasse befindlichen Urkunden die Rechnung

73) *L. 5. §. 6.. L. 37. §. 1. D. de administr. tat. L. 11. C. Arbitr. tat. L. un. C. Ut causae post pubertat. ad sit. tut. (V. 48.)*

74) *S. Ant. FABRI Cod. definit. for. Lib. V. Tit. 33. Def. 2. pag. 575.*

herstelle. Sollte jedoch der Bürge die dazu gehörigen Ue-
funden und Schriften selbst in Händen haben; so kann er
mit der Klage aus der Bürgschaft augehalten werden, die
selben heraus zu geben, und er kann bei beharrlichem Un-
gehorsam zur Leistung des vollen Interesse verurtheilt wer-
den. Daß hier das iusjurandum in litem gegen den
Bürgen Statt finde, hat wohl keinen Zweifel. Wie aber,
wenn der Bürge zwar seiner Seits sich keines Dolus schul-
dig gemacht, aber aus den vormundschaftlichen Rechnungen
sich ergeben sollte, daß der verstorbene Vormund gegen
den Pupillen betrüglich gehandelt habe, findet auch hier gegen
den Bürgen das iuramentum in litem Statt? Er haf-
tet allerdings auch für dieses Interesse. Denn der Bürge
hat sich zu dem allen verpflichtet, was der Vormund dem
Pupillen schuldig seyn, und wozu derselbe verurtheilt wer-
den wird⁷⁵). Daß gegen die Erben des Vormundes das
iusjurandum in litem nicht Statt findet, wenn sie sich
selbst keines Dolus schuldig gemacht haben, kommt dem
Bürgen nicht zu gute. Denn es tritt hier ein verschiedes-
tes Rechtsverhältniß ein⁷⁶). Hierher gehört die Stelle
aus Hieronnius Modestinus libro VI. Responso-
rum, woraus die L. 32. D. de admin. et peric. tu-
tor. et curat. genommen ist: Sie lautet princ. so:

Sine herede tutor decessit. Quaero, an cura-
tor pupillo datum, cum neque inventaria, neque
alia instrumenta a fideiussore tutoris exhibeantur,

75) Man sehe vorzüglich Ant. FABRI Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princeps VIII. Illat. 44. pag. 985. sq. und Jac. Cujacii Comment. in Libr. IV. Respons. Herennii Mo-
destini ad L. 32. D. de admin. et peric. tutor. (Opp. postum. a FABRO editor. Tom. III. pag. 165. sq.)

76) L. 4. Cod. de in litem iurando. (V. 53.)

possit eundem fideiussorem convenire ex stipulatione, quanti pupilli interest? MODESTINUS respondit, *in id, in quod tutor conveniri potuit, fideiussorem quoque conveniri posse.*

Die Erben eines Bürgen treten zwar in das obligatorische Verhältniß ihres Erblassers⁷⁷). Sie hätten aber, als Erben, nicht in solidum, sondern nur nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile⁷⁸).

§. 1377.

3) Nominatores. 4) Affirmatores. 5) Postulatores.

Eben so wie Bürgen, nicht anders als ob sie iure legitimo stipulirt hätten, werden auch die Nominatoren, Affirmatoren und Postulatoren behandelt. Der Nominatoren wird jedoch nur allein in der Rubrik dieses Titels namentlich gedacht. In dem Titel selbst wird bloß behäufig *L. 2. D. h. t. aus Ulpianus libro XXXIX. ad Sabinum angeführt:*

Postulare tutorem videtur, et qui per alium postulat: item nominare, et qui per alium hoc idem facit.

Weiter wird von den Postulatoren und Nominatoren in diesem Titel nichts erwähnt. Im Codex hat dieser Titel (V. 57.) bloß die Überschrift *de fideiussoribus tutorum vel curatorum.* Der Affirma-

77) §. 2. J. de fideiuss. L. 24. C. eodem.

78) L. 24. L. 49. §. 1. D. de fideiuss. L. 6. C. Fam. ercisc. G. LAUTERBACH Diss. de beneficio divisionis. Th. XIII. und HÜFELAND Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1082.

toren geschichtensit L. 6. §. 3. *D. h. t.* bey denen Erwähnung, welche auch ohne Stipulation eben so, als ob sie stipulirt hätten, wie Bürgen haften sollen, weil sie von den Vormündern hey deren Bestellung in ihrer Gegenwart als Bürgen stattfinden werden sind, und sich in dieser Eigenschaft ohne Widerspruch in die *acta publica* namentlich haben eintragen lassen. Ulpian sagt daselbst:

Eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet, cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fideiussorum vicem sustinent.

Es ergiebt sich aber doch aus der Vergleichung dieser Stellen wenigstens so viel, daß die Nominatoren, Affirmatoren, und Postulatoren, wenn sie auch gleich nicht in rechtlicher Hinsicht, doch wenigstens dem Begriff nach von einander verschieden sind. Es ist daher wohl nicht ganz richtig, wenn Wissenbach⁷⁹⁾ und Huber⁸⁰⁾ alle für Eins halten wollen, und insonderheit letzter meint, daß sogar auch diejenigen, qui praesentes nomina sua referri in *acta publica* passi sunt, Nominatoren geheißen hätten, ut quasi *nominatores sui esse videantur*, wogegen schon der ganze Sprachgebrauch streitet.

So viel nun also 1) die *Nominatores* anlangt, so kommen diese in einer zweifachen Bedeutung vor. Es werden darunter Erstens diejenigen verstanden, welche, um sich von der Übernahme einer angetragenen Vormundschaft frey zu machen, einen Andern angeblich bessern in Vorschlag brachten. Von dieser potioris nominatio, deren man sich vor Justinian besonders zu bedienen

79) Exercitatt. ad Pand. P.I. Disp. LIII. Th. 2.

80) Praelection. ad Pand. h. t. §. 2.

pflegte, wenn es an einer gesetzlichen Exkumulation fehlte, habe ich schon an einem andern Orte⁸¹⁾ ausführlich gehandelt. *Nominatores* werden aber auch zweyten s die Municipalobrigkeiten genannt, denen von Amts wegen oblag, dem höhern Magistrate tüchtige Subjecte in Vorschlag zu bringen, welche auf deren Präsentation zu Vormünder bestellt würden⁸²⁾. Dies, sagt Grisson⁸³⁾, sei die Bedeutung, in welcher das Wort *Nominator* in der Ruristik dieses Titels genommen werde⁸⁴⁾. Diese magistratus municipales werden daher in den Gesetzen⁸⁵⁾ tutorum nominatores genannt, und sie waren für ihre Präsentation verantwortlich⁸⁶⁾.

2) *Affirmatores*, sagt Ulpian L. 4. §. 3. *D. h. t.* sind diejenigen, qui idoneos esse tutores affirmaverunt, d. h. welche den die Tüchtigkeit der Vormünder untersuchenden Magistrat versichert haben, die Vormünder

81) S. den Tit. de Excusationibus. §. 1358. a. S. 949—154.

82) L. 1. L. 4. et 5. Cod. de magistratibus conven. (V. 75.)
L. 24. et L. 28. D. de tutor. et curat. dat. (XXVI. 5.)
L. 1. §. 5. et 10. D. de magistr. conven. L. 6. C. Qui dare tutor. (V. 34.)

83) De Verbor. Signific. voc. *Nominator*.

84) Man vergl. Mich. Godof. WEBNERI Lectiss. Commentat. ad Pand. P. II. h. t. §. 2. pag. 509 sq. MÜBLER-BRECH Doctr. Pand. Vol. II. §. 336. Not. 4. pag. 208. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 250. S. 947. auch §. 242. S. 911. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 542. und von Wening-Sugenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 495. a E.

85) L. 4. et 5. Cod. de magistr. conven.

86) L. 28. D. de tutor. et curat. dat. L. 1. §. 5. et 10. D. de magistrat. conven.

seyn tüchtig⁸⁷⁾). Vielleicht auch diejenigen selbst, welche die Satisfaktionen der Vormünder zu schätzen beauftragt waren, und die Tüchtigkeit der Bürgen versichert hatten⁸⁸⁾. Endlich

3) *Postulatores*, welche dem Pupillen einen bestimmten Vormund erbaten, sind auch für ihn verantwortlich⁸⁹⁾. Nicht blos wenn es ohne Schuldigkeit geschah⁹⁰⁾, sondern auch, wenn der postulator dazu verpflichtet war⁹¹⁾. Nur die Mutter war in der Regel für die Erbittung nicht verantwortlich, wenn nicht der Prätor in seinem Decret auf ausdrückliches Verlangen derselben erklärt hatte, daß die Bestellung des erbetenen Vormundes auf ihre Gefahr geschehen sey. Hierher gehören folgende Constitutionen.

L. 1. C. Si mater indemnitatem promisit.
(V. 46.)

Imp. ALEXANDER A. Brutiae. Suo potius periculo magistratus tutores, quos petiisti, dederunt, quam tu contra sexus conditionem alicui ex ea obligatione obstricta es, quod tuo periculo tutores

87) G. Thibaut a. a. D. und von Wening-Ingenheim
a. a. D.

88) *L. 1. §. 8. D. de magistr. convenient.* *L. 9. et 10. D.*
Qui satisd. cog. (II. 8.) G. STARY Us. mod. Pand.
h. t. §. 5.

89) *L. 2. D. h. t.* G. Zimmern Gesch. des Röm. Priv.
Rechts. 1. B. §. 250. G. 946. VOST Comm. ad Pand.
h. t. §. 5.

90) Dies behauptet jedoch THIBAUT im Syst. des Pand. Rechts.
1. B. §. 542. wegen *L. 2. §. 5. D. Qui pet. tutor.*

91) G. den 50. Th. des Commentars. §. 1523. G. 86, f.
und STARY Us. mod. Pand. h. t. §. 5 pag. 661.

siliis tuis dari postulasti. PP. III. Id. Martii MAXIMO II. ⁹²⁾ et URBANO Conss. 235.

L. 3. C. eodem. Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. Cajano. Ob tutorem non idoneum a matre petitum, frustra vobis eam teneri contenditis, *cum non nisi specialiter eius periculo dari decreto fuerit comprehensum, ex ea obligatione obstricta sit.*

Alle diese, qui fideiussorum vicem sustinent, haften jedoch erst nach Vorausklagung der eigentlichen Bürgen ⁹³⁾, und auch nur in so fern, als die Vermögensumstände des Wurmundes schon gleich Anfangs dem Mündel keine Sicherheit darboten ⁹⁴⁾. Nur der Nominator, welcher, um sich von der Uebernahme einer ihm angebrachten Wurmundschaft zu befreien, einen Anderen angeblich bessern in Vorschlag gebracht hatte, blieb für die Verwaltung des nominati tutoris verantwortlich, wenn dieser gleich zur Zeit der Nomination idoneus war ⁹⁵⁾.

92) S. SPANGENBERG nota ad h. L. Tom. II. Corp. J. C. p. 316.

93) L. 4. et 5. Cod. de magistrat. convar. S. THIBAUT Syst. des P. R. I. B. §. 542. von Wenning-Jüngheim Lehrb. des gem. Civ. Rechts. II. B. IV. Buch. §. 425. a. E.

94) L. 1. §. 12. D. de magistr. convar. S. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 756. a. E. (3. Ausg.) Das jedoch die Fideiussoren bey Bestellung des Wurmundes solvent gewesen, hat nicht der Pupill, sondern der zu beweisen; welcher sie bestellt hat. L. 1. §. 13. D. eodem, oder für ihre Sicherheit zu sorgen schuldig war. L. 11. D. de probat. S. den 21. Th. des Commentars. S. 297. ff.

95) S. LAYERER Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXLII. medit. 2. und den §. 1558. a. S. 153.

Lib. XXVII. Tit. VIII.

De magistratibus convenientis.

§. 1578.

Actione subsidiaria, gegen den Magistrat. Ursprung und weitere Ausbildung dieser Klage. Gegen welche Magistrate hatte diese Klage Statt?

Zuletzt soll auch noch der Magistrat dem Mündel bestehen, wenn ihm kein anderer Weg mehr übrig ist, zu seiner Entschädigung zu gelangen. Die als das ultimum praesidium, wie Justinian⁹⁶⁾ sich ausdrückt, den Pflegbefehlnen gegen den Magistrat, der bei Bestellung des Vorprinzen seine Pflichten nicht gemäß verfuhr, gestattete Klage wird daher *subsidiaria action* genannt^{97).}

96) G. §. 2. J. de satisdat. tutor. vel curat. (I. al.)

97) Die Hauptscriften sind David. SEHRING-MANN Diss. de subsidiaria actione contra magistratus. Tbingae 1743. 4. und Ge. Christ. GEBAUER Diss. de actione tutelae adversus magistratus. Lipsiae 1726. (in Eius Exercitation. academ. Tom. I. Nr. 8.) Auf dem Titel dieser Dissertation wird Fried. Balth. Hübner als auctor. und respondens genannt. Ausserdem Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 12. pag. 954. sq. und Illat. 45 — 53. pag. 987 — 1012. Man vergleiche auch den 21. Th. dieses Commentars S. 297. ff.

Ehe also die Reihe an den Magistrat kommt, müssen nicht nur alle Vormünder⁹⁸⁾, mithin auch die honorarii tutores, wenn sie unterließen, den nachlässigen verwaltenden Vormund als suspect anzuklagen⁹⁹⁾, so wie deren Erben; sondern auch die Bürgen, und welche deren Töchte vertraten, so wie deren Erben ausgeschlagt worden seyn; und der Mündel von allen diesen seine Befriedigung nicht erhalten haben¹⁰⁰⁾. Aber noch nicht genug: Es kann auch gegen diejenigen, welche von dem, dem Mündel eigentlich verpfändeten Vermögen des Vormundes etwas besitzen, mit der deshalb zustrebenden actio hypothecaria nichts auszurichten gewesen seyn¹). Denn nach den Constitutionen der Kaiser Diocletian und Maximianus Longianus soll die Klage gegen den Magistrat blos in subsidium, indemnitatis nomine, gestattet seyn. Sie ist, wie Modestinus libro IV. Pandectarum²) sagt, dieselbe

98) L. 46. §. 6. D. de administr. corporis iustit. 40106

99) S. den 50. Th. dieses Compendiars §. 1366, 1367, 1368, 1369

— 422.

100) L. 4. L. 5. C. h. t. (V. 758) Et VENIUS Comm. ad §. 2. J. de Satisfat. tutor. Franc. BECKER Exposition. in Institut. ad eund. §. 2. pag. 156. und Ev. OTTO Comm. ad Institut. eod. Ioc. pag. 141.

1) Nov. IV. cap. 22 Man. sehe den 18. Th. §. 1084. S. 559. ff.

2) L. ult. D. h. t. — Et rescriptum est a divis SEVERO et ANTONINO, et usuras peti posse, quoniam eadem in magistratus actio datur, quae competit in tutores. Statt in magistratus liest zwar die florentinische Ausgabe in magistratibus; eben so HALCONDER und MERLUS. Allein der Lesart in magistratus, welche auch Stephanus, Baudaga, Hugo a Porta und Merlinus haben, giebt BRENKMAN in der Gebauer. Ausgabe mit Recht den Vorzug. Die Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 8.

Klage, freylich durch modifirte Formel, quae competit in tutores, und wird daher in den Gesetzen³⁾ actio (sc. tutelae). *utilis* genannt. *Subsidiaria actio* heißt sie, weil sie das letzte Hülfsmittel der Pupillen und Curanden ist, welches ihnen dann noch übrig bleibt, wenn mit den ihnen zusehenden Klagen weder vom Wormunde, noch von seinen Bürgen Etwas oder Alles zu erhalten gewesen ist⁴⁾. Noch Justinian⁵⁾ bezeichnet diese Klage mit dem Namen *subsidiariae actionis adminiculum*. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase⁶⁾, nennt sie wiederholt *actio in factum*, versteht aber unter factum hier τὸ ἀγριμον, indemnitatem, und will also damit wohl nur soviel sagen, die *actio subsidiaria adversus ma-*

Const. 9. Tom. V. FABROTI pag. 112. haben: ἐπειδὴ δύοις τοῖς ἔκτροποις ἐνάγονται, i. e. quia perinde ac tutores tenentur.

D. S. 1. 1. C. 4. 1. t. 1. lapp. ANTONINUS A. Matiano. — Sed ad reges magistratus, qui curatorem dederunt, *actio utilis* ita demum competit, si universis bonis excussis, revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constituit, indemnitati tuae in solidum satisfieri non potuit. — **L. 5. C. 4. 1. lapp. DiOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. Eugenius.** In magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo, nec ex cautione fideiussionis solidum exigi possit: pupillis quondam in subsidium indemnitatis nomine *actionem utilem* competere ex Senatusconsulto, quod auctore divo TRAJANO parente nostro factum est, constituit.

4) G. GEBAUER Diss. cit. Cap. I. §. 10. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 249. S. 942.

5) L. ult. C. de auctor. tutor. (V. 59.)

6) Lib. I. Tü. 24. §. 2. Tom. I. pag. 186. sq. (edit. Reitz.)

gistratum sey eine Klage, welche auf Schadhafthaltung des Papillen gehe. Theophilus ist zwar wegen dieser Angabe, daß diese actio subsidiaria, eine actio in factum sey, von mehreren, besonders von Wissenbach,⁷⁾ Merillius⁸⁾, und Exerth. Otto⁹⁾, sehr getadelt worden. Man sagt, wenn der Magistrat von den Vormündern keine Satisfaktion gefordert hat, so sey ja kein factum vorhanden, es könne auch nicht jede actio utilis eine actio in factum genannt werden. Allein Carl Hannibal Gabrotus¹⁰⁾, Ulrich Huber¹¹⁾, und besonders Wihl Otto Reitz¹²⁾ haben den Theophilus hinsichtlich vertheidigen gesucht, und auch Cujas¹³⁾ nahm keinen Anstand, die subsidiarische Klage eine actio utilis in factum ex Senatusconsulto et oratione D. Trajani zu nennen. Ob die Klage gegen den Magistrat eine actio tutelae utilis, oder eine actio in factum subsidiaria sey, war schon früher zwischen den Glossatoren Martinus und Bulgarus streitig, wie Rogerius

7) Exercitatt. ad Pand. Part. I. Disp. Ed. III. §. 6. pag. 549. sq.

8) Observation. Lib. VIII. cap. 24.

9) Comment. ad s. n. J. de Satisfat. tutor. pag. 14r. (Traj. ad Rhen. 179ij. 4.)

10) Apologia pro graecis Basilixōν Interpretibus, et Theophiloo Antecessore: (in Thes. J. R. Othonian. Tom. III. pag. 1145.)

11) Digression Justin. P. II. Lib. I. Cap. 28. §. IV. p. 568. sq.

12) Exours. XIII. ad Theophilum. Ad q. 2. de Satisfat. tutor. quo ostenditur, subsidiariam esse actionem in factum. Tom. II. Paraphras. graec. Institut. pag. 1199. sq.

13) Recitation. solemo. in Cod. ad Tit. 75. Libri V. de MM. CC. und Derselben Paratitl. in h. Tit. Dig.

Veneventanus¹⁴⁾ berichtet, Magistrus hieß die Klage wegen *L. ult. D. h. t.* für eine *actio tutelae utilis*; **Bulgakov** hingegen für eine *actio in factum subsidiaria*: **Meyer** §. 2709. *de Satisdat. tutor.* Denn da der Magistrat nicht Tutor sey, sagt er, so könne auch keine *actio tutelae* gegen ihn Statt finden, weil diese sich auf einen Quasicontract zwischen dem Vormund und Pupillen gründe. Die angeführte *La. tract. zu den v. a. nicht entgegen, refertur enim*, sagt **Bulgakov** *suppositus ad actionis effectum, quam ad iuris actionis vestrum, philosophice dictum.* Die meisten sowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten¹⁵⁾ sind jedoch **Martins** Mei-

nung. *De iuris actio utile et utilitas actio secundum eam* §. 143. *De dissensionibus Dominorum sive de controversiis in veterum iuri Rom. Interpretatum qui Glossatones contantur. Emendat. edidit et animadversiones agit. accessionibus locupletavit. Chr. Gouy Hauboldt Lipsiae 1824. B. Nr. 85. pag. 32. seqq. abtozussebū suastachn*

15) Franz. De Viribus Comm. ad b. Tit. (Quer pag. 349.) Ger. Noodt Comm. ad Pand. b. t. Tom. II. pag. 581.) Em. Merillius Observation. Lib. VIII. Cap. 24. Jo. Voigt Comm. ad Pand. b. t. §. 1. Ev. Otto Comm. ad §. 2. J. de Satisdat. tutor. vel curatori filii. Dr. Westenberg Princip. iuris secundum ord. Dig. B. t. §. 4. Potest Pand. Auslin. Tom. II. h. t.

Nr. I. Not. b. pag. 158. Ant. Schulte Notas ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad L. ult. h. t. pag. 495. Graeber Dies. Tit. Cap. I. §. 10. Jol. Frid. Malibanc Princip. iuris Rom. Tom. III. §. 682. Car. Christph. Höfzacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 89. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 549. völ. Weiningen Ueberblick des gemein. Civilrechts. 2. Bd. 1. M. 1810. §. 424. Jimmern. Gesetz des Röm. Privat. §§. 2. 3. 4. 5. 6. Not. 6. §. 946. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 757.

nung, und behalten mit Recht die subsidiarische Klage gegen den Magistrat für eine *actio tutelae utilis*.

Diese Klage wird nun durch ein, auf den Vortrag des Kaisers Trajan, gemachtes Senatusconsultum, dessen die Kaiser Diocletian und Maximian¹⁶⁾ gedenken, ad instar tutelae actionis eingeführt, und ist nachher sowohl durch Interpretation, als durch Rescripte, besonders von den Kaisern Hadrian¹⁷⁾, Pius¹⁸⁾, Marcus¹⁹⁾, Severus und Antoninus²⁰⁾, Gordianus²¹⁾; Diocletian und Maximian²²⁾, auch Zeno²³⁾ weiter ausgebildet, und noch von Justinian²⁴⁾ selbst anerkannt worden.

Nach dem Röm. Rechte hatte diese Klage nicht gegen alle Magistrate ohne Unterschied Statt, sondern nur gegen die Municipalobrigkeiten²⁵), nämlich die Duumviri, die Defensores ciuitatum, und andere Magistrate in den Municipal-Städten, welche zur Erweiterung der Besitzungen autorisire mögen²⁶). Diese Municipalobrig-

16) E. B. C. L. G. Jo. Mag. Bach Da Tresenius de
hanc Legib[us] Trajeti imp[er] Coquimtans i pagis 58; appr.

17) Lund 578 et gen. D. h. 1922. nuc. nuptio. sib. 1

18) 51. 6. 1929. Prof. M. B. Tamm. 1929-1930.

20) *L*.₉, *D*.₁, *C*.₄, *S*.₆ placed aside as before.

21) Ex 3: or 4: C. h. 2:10, 20; 10: 10; 11: 10; 12: 10;

22) L. 5. C. 3. 1. 16 offering other important evidence.

23) *L. alt.* *C. h.* ¹⁹ *l. l.* ²⁰ *marcella* *air* ²¹ *gas* ²² *enthus.*

24) *E. ult. C. de auct. rator.*

25) *L. 1. pr. et §. 3. D. R. t. L. 5. C. eodem. S. G.*

BAUER *Diss. cit. Cap. I. §. 5.*

26) L. 1. §. 9. D. h. t. S. den 29. 2d. des Commentar.

s. 1317. §. 430. und s. 1317.2.

keiten sind es eben, welche magistratus schlechtheg, ohne den Zusatz populi Romani, genannt werden²⁷⁾). Denn dieser Zusatz bezeichnete nur diuī höhere Magistrate, welche sich als Oberhäupter des Volks und Senats durch Lictoren und andere Insignien auszeichneten, wie z. B. der Prätor, der Praefectus Urbi, der Präses der Provinz, der Proconsul, Praefectus Aegypti u. d.²⁸⁾). Gegen solche Magistrate hatte die actio tutelae subsidjaria nicht Statt²⁹⁾), weil diese bey der Bestellung der Vormünder das Recht der Inquisition hatten, welche jede andere Sicherheitsleistung unnötig mache³⁰⁾). Die Municipalobrigkeiten hatten hingegen ein solches Prüfungsrecht von Amts wegen nicht über die Person derjenigen, die sie entweder im Auftrage des Präses oder Prätors zu Vormündern selbst ernannten, oder dem höhern Magistrate auf sein Verlangen zur eigenen Vormundschaftsbestellung präsentirten mussten. Sie mussten sich daher von ihnen Satisfaktion, d. h. eine Caution durch tüchtige Bürger bestellen lassen, und hafteten sowohl für eigene Ernennung, als wenn der höhere Magistrat auf ihre Präsentation (ex suggestione eorum; vel nominibus ab eis acceptis) die Vormünder selbst bestellt hätte³¹⁾). Hieraus erklärt sich nun,

27) S. den 29. Th. §. 1517. Not. 91. S. 450.

28) L. 1. D. de tutor. et curator. dat. L. 17. D. de offic. Procons. L. 1. C. de tutor. et curat. illustr. vel clar. personar. S. GEBAUER cit. Diss. Cap. 1. §. 5.

29) L. 1. §. 1. D. h. t.

30) GAIUS Inst. Comm. I. §. 200. in fin. Pr. J. de Satisfact. tut. L. 35. in fin. de tutor. vel curat. dat. L. 4. C. de tut. qui satis non dedit. (V. 42.) S. den 21. Th. des Commentars S. 297. f.

31) L. 1. §. 2. 3. 5. 6. 7. 11. 12. D. h. t. L. 5. 2 D. de

wenn es in den Institutionen §. 2. *de Satisfat.* heißt:

Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus *satisfandi* non curaverunt, aut *non idonee* passi sunt *caveri*.

Und besonders §. 4. ebendaselbst.

Neque autem Praefectus urbi, neque Praetor, neque Praeses provinciae, neque quis alias, cui tutores dandi ius est³²⁾, hac actione tenebitur, sed hi tantummodo, qui *satisfactionem exigere solent*³³⁾.

Die Klage ging aber immer nur gegen die Einzelnen, nicht gegen den Ordo selbst, d. h. gegen den ordo Decurionum, dessen Senatus municipalis, den man auch Curia nannte; d. h. *consilium publicum*, in singulis civitatibus zu administranda? Bipublicae causa institutum³⁴⁾. Sie ging auch nicht gegen die Fidejussoren der Magistrate. Denn diese hatten ja nur *Rempublicam*, aber nicht, *rem pupilli salvam fore*, verprochen. Eben so auch nicht gegen die nominatores Magistratum, d. h. welche den Candidaten zur Magistratsstelle präsentierte hatten. Diese Präsentation hieß *nominatio*, und war

confirm. tut. vel curat. S. Zimmern Gesch. des Röm.

^{31) Römisches Recht. I. B. §. 256. S. 947. und besonders Not. 11.}

^{32) Dies ist nämlich so zu verstehen: neque quis alias ex maioribus Magistratibus, quibus dandi tutores potestas est. Man vergleiche hier vorzüglich Ant. FABRI Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Prince VIII. Illat. 45. pag. 987. sq.}

^{33) S. auch L. 53. D. de administr. tutor.}

^{34) S. Frid. Roth de re municipali Romanae. Lib. II. Cap. II. §. 8. pag. 67. sq.}

von der eigentlichen Wahl, *creatio*, unterschieden³⁵⁾. Sie hatte der regierende Magistrat für seinen Nachfolger, und sie machte den nominator für die Amtsführung des Ernannten verantwortlich³⁶⁾; das Wahlrecht aber stand dem Ordo oder der Curie zu³⁷⁾. Es waren immer nur Ausnahmen von der Regel, wenn der Ordo selbst mit dieser Klage in Anspruch genommen werden konnte. Dies war zum Beispiel der Fall, wenn entweder der Ordo die Vormünder selbst ernannt hatte, welches in Abwesenheit derjenigen Municipalobrigkeiten geschehen musste, welche zur Ernennung der Vormünder berechtigt waren³⁸⁾; oder wenn der Ordo die Gefahr für die ernannten Vormünder übernommen hatte. Jedoch bestanden immer nur diejenigen Decurionen, welche gerade zur Zeit der Ernennung im Senate gegenwärtig waren³⁹⁾. Alles dieses bestätigt folgende Stelle aus Ulpian's *libro XXXVI. ad Edictum.*

L. 1. pro Duct. Cunctis Ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in magistratus: nec in fideipsores eorum: hi enim Rempublicam salvam fore

35) *L. 1. §. 3. et 4. D. Quando appellandum.* (X. 19. 14.)

L. 45. C. de Decurionis. (X. 51.) *L. 8. C. de Successor. (X. 70.) S. Rom. L. 9. §. XII. pag. 76—79.*

36) *L. 11. §. 1. L. 15. L. ab. §. 1. D. ad Municipalem.* (L. 1.) *L. 1. C. de periculo nominator.* (XI. 53.)

37) *L. 1. §. 3. et 4. D. Quando appelland.* Man vergleiche hier vorzüglich Fried. Carl von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. §. 20. f.

38) *L. 19. D. de tutor. et curat. dat.* *L. 5. D. Qui pentant. tutor. v. curat.* (S. den 29. Th. §. 1517. a. S. 449.)

39) S. GEBAUER Diss. cit. Cap. I. §. 6.

*promissum non pupilli; proinde pas, non patres
magistratum ex hac causa lenebuntur in secedere
magistratus. Sed si ordo receperit ipsa magistratum,
debet teneri eos, qui praesentes fuerint; parvi
enim reserter nominaverint, vel fidei usserint, non in
se periculum receperint: utilis ergo in eos actio⁴⁰⁾
competit. Sed si a magistratibus municipalibus tu-
tor datus sit, non videtur per ordinem electus.*

War der Magistrat,¹⁾ welcher nicht gehörig für die Sicherheitsschaffung des Normundes gesorgt hatte, noch in väterlicher Eigenschaftsfestigkeit dem Vater weiter nicht, als der peculie so wenig schon der Sohn in dessen Willen Decurie geworden war.²⁾ Der Vater ist verantwortlich für die Verwendung des städtischen Vermögens verantwortlich, welches auf Gehaltsbasis Decurio zu verwahren hatte, dem Pupillen hatte er sich nicht verbindlich gemacht, noch verbindlich machen wollen, wie Ulpian sagt, in 14. S. 4. D. h. t.

*Si filius familiæ fuit magistratus, et caveri pu-
pillo non curaverit; aut non idonee seatum sit
culpa eius: an et quatenus in patrem eius actio
danda sit, quaeritur? Et ait JULIANUS, in patrem
de peculio dandam, sive voluntate eius filius Decu-
rio factus sit, sive non: nam et si voluntate patris
magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra, quam de peculio, convenientia quasi
Republicam salvam solam fore promittat⁴¹⁾, qui dat voluntatem, ut filius Decurio creetur.*

1) vgl. auch oben S. 10, Anm. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000, 1001, 1002, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1008, 1009, 1001, 1002, 1003, 1004, 1005, 1006, 1007, 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1019, 1011, 1012, 1013, 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1019, 1020, 1021, 1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1027, 1028, 1029, 1021, 1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1027, 1028, 1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1039, 1031, 1032, 1033, 1034, 1035, 1036, 1037, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1043, 1044, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1041, 1042, 1043, 1044, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1050, 1051, 1052, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1058, 1059, 1051, 1052, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1069, 1061, 1062, 1063, 1064, 1065, 1066, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1072, 1073, 1074, 1075, 1076, 1077, 1078, 1079, 1071, 1072, 1073, 1074, 1075, 1076, 1077, 1078, 1079, 1080, 1081, 1082, 1083, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088, 1089, 1081, 1082, 1083, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088, 1089, 1090, 1091, 1092, 1093, 1094, 1095, 1096, 1097, 1098, 1099, 1091, 1092, 1093, 1094, 1095, 1096, 1097, 1098, 1099, 1100, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129, 1121, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129, 1130, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1159, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1156, 1157, 1158, 1159, 1160, 1161, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1167, 1168, 1169, 1161, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1167, 1168, 1169, 1170, 1171, 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1171, 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1181, 1182, 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1181, 1182, 1183, 1184, 1185, 1186, 1187, 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203, 1204, 1205, 1206, 1207, 1208, 1209, 1201, 1202, 1203, 1204, 1205, 1206, 1207, 1208, 1209, 1210, 1211, 1212, 1213, 1214, 1215, 1216, 1217, 1218, 1219, 1211, 1212, 1213, 1214, 1215, 1216, 1217, 1218, 1219, 1220, 1221, 1222, 1223, 1224, 1225, 1226, 1227, 1228, 1229, 1221, 1222, 1223, 1224, 1225, 1226, 1227, 1228, 1229, 1230, 1231, 1232, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1231, 1232, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1241, 1242, 1243, 1244, 1245, 1246, 1247, 1248, 1249, 1241, 1242, 1243, 1244, 1245, 1246, 1247, 1248, 1249, 1250, 1251, 1252, 1253, 1254, 1255, 1256, 1257, 1258, 1259, 1251, 1252, 1253, 1254, 1255, 1256, 1257, 1258, 1259, 1260, 1261, 1262, 1263, 1264, 1265, 1266, 1267, 1268, 1269, 1261, 1262, 1263, 1264, 1265, 1266, 1267, 1268, 1269, 1270, 1271, 1272, 1273, 1274, 1275, 1276, 1277, 1278, 1279, 1271, 1272, 1273, 1274, 1275, 1276, 1277, 1278, 1279, 1280, 1281, 1282, 1283, 1284, 1285, 1286, 1287, 1288, 1289, 1281, 1282, 1283, 1284, 1285, 1286, 1287, 1288, 1289, 1290, 1291, 1292, 1293, 1294, 1295, 1296, 1297, 1298, 1299, 1291, 1292, 1293, 1294, 1295, 1296, 1297, 1298, 1299, 1300, 1301, 1302, 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308, 1309, 1301, 1302, 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, 1313, 1314, 1315, 1316, 1317, 1318, 1319, 1311, 1312, 1313, 1314, 1315, 1316, 1317, 1318, 1319, 1320, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1326, 1327, 1328, 1329, 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1326, 1327, 1328, 1329, 1330, 1331, 1332, 1333, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1331, 1332, 1333, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1340, 1341, 1342, 1343, 1344, 1345, 1346, 1347, 1348, 1349, 1341, 1342, 1343, 1344, 1345, 1346, 1347, 1348, 1349, 1350, 1351, 1352, 1353, 1354, 1355, 1356, 1357, 1358, 1359, 1351, 1352, 1353, 1354, 1355, 1356, 1357, 1358, 1359, 1360, 1361, 1362, 1363, 1364, 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1361, 1362, 1363, 1364, 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370, 1371, 1372, 1373, 1374, 1375, 1376, 1377, 1378, 1379, 1371, 1372, 1373, 1374, 1375, 1376, 1377, 1378, 1379, 1380, 1381, 1382, 1383, 1384, 1385, 1386, 1387, 1388, 1389, 1381, 1382, 1383, 1384, 1385, 1386, 1387, 1388, 1389, 1390, 1391, 1392, 1393, 1394, 1395, 1396, 1397, 1398, 1399, 1391, 1392, 1393, 1394, 1395, 1396, 1397, 1398, 1399, 1400, 1401, 1402, 1403, 1404, 1405, 1406, 1407, 1408, 1409, 1401, 1402, 1403, 1404, 1405, 1406, 1407, 1408, 1409, 1410, 1411, 1412, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1419, 1411, 1412, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1419, 1420, 1421, 1422, 1423, 1424, 1425, 1426, 1427, 1428, 1429, 1421, 1422, 1423, 1424, 1425, 1426, 1427, 1428, 1429, 1430, 1431, 1432, 1433, 1434, 1435, 1436, 1437, 1438, 1439, 1431, 1432, 1433, 1434, 1435, 1436, 1437, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442, 1443, 1444, 1445, 1446, 1447, 1448, 1449, 1441, 1442, 1443, 1444, 1445, 1446, 1447, 1448, 1449, 1450, 1451, 1452, 1453, 1454, 1455, 1456, 1457, 1458, 1459, 1451, 1452, 1453, 1454, 1455, 1456, 1457, 1458, 1459, 1460, 1461, 1462, 1463, 1464, 1465, 1466, 1467, 1468, 1469, 1461, 1462, 1463, 1464, 1465, 1466, 1467, 1468, 1469, 1470

R. Hadrian gab die Klage auch gegen den, welcher die Statvationen der Vormünder zu schägen beauftragt: *tit. 45. pag. 1000. in fin. quasi rem papilli etc. lesen,* und das Wort *solam*, welches er für einen unrichtigen Zusatz eines gewissen Interpreten hält, wegstreichen. Die Worte sollen auch überhaupt kein Entscheidungsgrund, sondern vielmehr ein bloßer Zweifelsground seyn. Der wahre Entscheidungsgrund werde L. 3. §. ult. D. de peculio (XV. 1.) angeführt, wo derselbe Fall vorkomme. Da sage nämlich Ulpian: *Nec quidquam iustitiae arbitrator, an voluntate patris Decurio factus sit, quantum Romam publicam salvam fore pater obstricetus est.* Das Wort *solam* soll in den florentinischen Pandecten mit Linien eingeschlossen seyn. Der Interpres, denn er nicht nemitt, scheint Euiaz zu seyn, wie sich aus Lib. VIII. Observat. cap. 51. schließen lässt. Allein diese Emendation ist mit Recht von Franc. de Amata Commentar. in trea posterior. libros Cod. Just. Tom. I. (Lugd. 1639. f.) ad L. 7. de Decurion. (X. 51.) nr. 18. pag. 356. sq. verworfen worden. Sie entspricht auch der Meinung des Julianus ganz und gar nicht, welche Ulpian daselbst zu der feinigen macht, und kann durchaus nicht vom Pupillen verstanden werden, von dem gar keine Rede war. Die gemeine Lesart beschränken auch die Basilica. In diesen heißt es Lib. XXXVIII. Tit. 8. Const. 1. §. 14. Tom. V. FABROTI pag. 110. μόνη γὰρ τῇ πόλει τὸ δέκατον ὁ πατρὸς στρατεύων ἐπαγγέλλεται. i. e. quia soli RICOBPLICAB indemnitate patrī consentiens filio ad Decurionatum promittit. Aus dieser Stelle der Basiliken erhellt zugleich, daß das Wort *solam* allerdings ächt sey. Es ist auch ganz falsch, daß dieses Wort in den florentinischen Pandecten, die ich selbst besitze, in Linien eingeschlossen sey. Nur Russard und Charondas haben es in zwey Strichelchen eingeschlossen, und bey Halio ander fehlt es ganz. Uebrigens steht den angeführten Pandectenstellen die Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus in L. 1. C. Quod cum eo, qui in

tragt war⁴²⁾, und Zeno⁴³⁾ machte davon die Anwendung gegen einen Scriba, vermutlich einen Gerichtsschreiber des Prätors in Rom, dem das Pupillenwesen übertragen war, wie ihn Cujas⁴⁴⁾ erklärt, welcher das Vermögen eines Curanden zu gering taxirt hatte.

aliena potest. (IV. 26.) nicht entgegen. Denn wenn vermöge derselben der Vater, mit dessen Einwilligung der Sohn zum Decurio creirt worden ist, in solidum hafsten soll; so ist dieses blos von dem Falle zu verstehen, *vpp*, welchem das Gesetz spricht, nämlich wenn der Sohn selbst zum Wurmünd bestellt worden ist. Denn hier hat der Vater, mit dessen Einwilligung der Sohn zum Decurio creirt worden ist, auch in die dem Sohne aufgelegte Wurmundschaft gewilligt, und gleichsam dessen Gefahr übernommen. S. oben §. 1567. S. 252. f. Man vergleiche noch Jac. Cujas Observation. Lib. XIII. Cap. 24. Jo. Jac. WISSENBACHII Comm. in Codicem ad h. L. 1. cit. pag. 262. und Jo. Voigt Comment. ad Pand. h. t. §. 2. in fin. Ist hingegen der Sohn nicht selbst zum Tutor bestellt, sondern er hat als Magistrat von Amtswegen einen Tutor bestellt, so hat der Vater, mit dessen Bewilligung der Sohn zum Decurio creirt worden ist, zwar für die dem Sohne übertrogene städtische Verwaltung, und dasjenige, was er daraus der Republic schuldig bleiben wird, garantiert, nicht aber für die Ansprüche, die etwa der Pupill wegen der Verwaltung des derselben bestellten Wurmündes haben möchte, wie Ulpian L. 2. §. 5. *D. ad Municipalem*, welche aus Derselben libro I. Disputationum genommen ist, nochmals bestätigt. Darum hafstet der Vater hier nicht in solidum, sondern nur de peculio S. POTIUS Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VII. Not. b. pag. 159.¹¹¹²

42) L. 1. §. 8. D. h. t. S. FABRI Jur. Papin. c. l. Illat. 46. pag. 1005.

43) L. ult. C. h. t.

44) Observat. Lib. XVI. Cap. 14. in fin. S. auch GEBAUER Glücks Erläut. d. Pand. 32. Th.

Haben die Magistrate etwa unter sich festgesetzt, daß einer unter ihnen allein für die Bestellung der Vormünder verantwortlich seßt solle; so gilt zwar eine solche Verabredung nach einem Rescript des Kaisers Hadrian, welches Ulpian⁴⁵⁾ anführt, zum Nachteil des Pupillen nicht; *conventione enim Duumvirorum ius publicum mutari non potest*, wie Ulpian sagt. Allein es muß doch wenigstens immer der Magistrat zuerst belangt werden, denn die Gefahr allein übernahm, ehe der College in Anspruch genommen werden kann, so wie auch der Magistrat, welcher den Vormund ernannte, immer vor seinem Collegen haftet. Prius tamen arbitror, sagt Ulpian, *conveniendum eum, qui hoc (sc. periculum) suscepit*: deinde excussis facultatibus eius, tuac veniendum ad collegam: quemadmodum si solus dedisset⁴⁶⁾, diceremus prius eum, deinde collegam ad grediendum.

In Absicht auf die Art der Vertretungs-Verbindlichkeit der einzelnen Magistratspersonen, wenn das Collegium

Diss. cit. Cap. I. §. 5. in fin. und von Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter 1. B. Kap. 2. S. 47. f.

45) L. 1. §. 9. D. h. t.

46) In den Basilicis Tom. V. FABROTI pag. 109. in fin. heißt es: ὅπερ ἐστὶ καὶ ἡνίκα μόνος ὁ εἰς τὸν ἐπιτρόπων δῶσεῖ ἐγγέτας, πρῶτος γὰρ ἐναγεται i. e. sicut et si solus unas tutorum satis dedisset, prior enim conveniavit. Daß hier die Lesart fehlerhaft sei, hat schon Fabroth bemerkt. Denn so, wie die Worte lauten, hat die Stelle keinen Sinn. Liest man aber mit Jo. Guil. HOFFMANN Observation. variar. ad Pandect. Diss. XXIV. §. 4. ὅπερ ἐστὶ καὶ ἡνίκα μόνος ὁ εἰς τὸν ἐπιτρόπων δῶσει, mit Hinweglassung des ἐγγέτας; so ist der Text vollkommen richtig.

selbst den Vormund bestellt hatte, ist ein Unterschied zu machen, ob sie sich einer vorsätzlichen Pflichtverletzung schuldig gemacht haben, oder einer bloßen Nachlässigkeit. Im ersten Falle haftet jede Magistratsperson in solidum. In dem letztern aber hat man es für billig gehalten, daß jeder nur zu seinem Anteil haftet, also nach dem Verhältniß der Anzahl der Mitglieder des Collegiums. So entscheidet *Juventius Celsus libro XI. Digestorum*, woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen ist, welche also lautet:

In magistratus, qui tutorem dederunt, rogo rescribas⁴⁷⁾), utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius, qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat? Respondit, si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult, actio ei danda in solidum est: sin culpa duntaxat eorum, neque dolo malo id factum est, aequius esse existimo, pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.

Hiernach ist also das Rescript des Kaisers Gordianus an den Probianus *L. 3. C. h. t.* zu modifizieren, welches den Municipalobrigkeiten bey der Verantwortlichkeit für eigene Ernennung von Vormündern ohne Unter-

47) Der Name des Auftragenden, den Celsus, wie wir aus andern Fragmenten seiner Werke wissen, *L. 3. §. 1. D. de minorib. L. 16. D. Mandati. L. 58. D. Pro Socio. L. 45. de legat. III. L. 18. D. de iure codicill. L. 27. D. Qui testam fac. poss. sonst nicht zu verschweigen pflegt, ist in diesem Responsum von den Compilatoren der Pandecten weggelassen, und auch sonst dieses Fragment sehr verstümmelt worden, wie Dirksen in den civilist. Abhandlungen 1. B. S. 216. und 225. bemerkt hat.*

schied das Beneficium divisionis giebt⁴⁸⁾. Es lautet folgendermassen⁴⁹⁾:

*Si tu et collega tuus, cum magistratu fungere-
mini, minus idoneum tutorem dedistis, cautionemque
idoneam non exegistis, nec alias servari pupillo in-
demnitatis potest, et utrique solvendo estis: pro
virili parte in vos actionem dari, non iniuria po-
stulabis? Dat. VIII. Kalend. Novemb. Pio et Pon-
tine Cons. 239.*

Nicht so, wie der Magistrat, haften die Erben. Jener ist für jede Culpa, diese aber sind nur wegen großer, an den Dolus gränzender Nachlässigkeit ihres Erblassers, verantwortlich, wie Ulpian *libro III. Disputationum*⁵⁰⁾ lehrt, wo es heißt:

*Non similiter tenentur heredes magistratum, ut
ipsi tenentur: nam nec heres tutoris negligentiae
nomine tenetur: nam magistratus quidem in omne
periculum succedit, heres ipsius dolo proximae
culpae succedaneus est.*

Um einem andern Orte *libro I. ad Edictum*⁵¹⁾ bemerkt Ulpian, es sey darüber ein Rescript von Divus Pius vorhanden. Er sagt daselbst:

*Quod ad heredem magistratus pertinet, extat
Divi Piis rescriptum, causa cognita debere dari actionem: nam magistratus si tanta fuit negligentia, ut*

48) *S. Ant. FABRI Jurispr. Pepin. Scient. I. c. Illat. 49.
pag. 1009. SCHEINEMANN Diss. cit. Th. XXIV. und
GEBAUER Diss. cit. Cap. I. §. 9. in fin.*

49) *L. 4. D. h. t.*

50) *L. 6. D. h. t.*

omnem cautionem omittet, aequum est haberi eum loco fideiussoris, ut et heres eius teneatur: si vero cavit, et tunc idonei fuerunt, et postea desierunt, sicut et ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita et heres multo iustius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam *quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fideiussoribus contrahunt.*

Eben dieses bestätigte nochmals Kr. Alexander in einem Rescript an den Paternus.

L. 2. C. h. t. In heredes magistratus, cuius non laja culpa idonee cautum pupille hoii est, non solet actio dari. PP. III. Non. Jul. JULIANO II. et CRISPINO Conss. 224.

Hatte der Präses der Provinz die Vormünder selbst bestellt, aber auf eingeforderten Bericht der Magistrate über den Vermögenszustand der von ihm selbst genannten Personen; so sollen die Magistrate nach einem Rescript von Divus Marcus, nicht so hasten, als wenn sie die Vormünder bestellt hätten, sondern nur absichtlich untreue Angabe soll sie verantwortlich machen, wie Ulpian rescribit *L. 1. §. 2. D. h. t.*

Si Praeses provinciae renuntiare magistratus tantum de facultatibus tutorum voluit, ut ipse daret, videamus, an et quatenus teneantur? Et extat *Divi MARCI rescriptum*, quo voluit eos, qui Praesidi renuntiant, non perinde teneri, atque si ipsi dedissent: sed si deceperunt, gratia forte aut pecunia, falsa renuntiantes.

Eben so ist es, wenn der Präses der Provinz die Municipalobrigkeiten beauftragt hatte, sich von den Vor-

mündern Caution durch Bürgen bestellen zu lassen, und der Praeses die Vormünder selbst bestellt hat, wie aus den nachfolgenden Worten erhellet:

Plâne¹⁾), si Praeses provinciae satis eos exigere iussit, non dubitabimus teneri eos, etiam si Praeses dederit.

Haben die Municipalobrigkeiten dem Praeses der Provinz entweder die Subjecte in Vorschlag gebracht, welche von demselben zu Vormündern sind bestellt worden; oder waren sie blôs beauftragt, die dem Praeses von Andern zu Vormündern vorgeschlagenen Subjecte zu prüfen, und ihm über ihre Qualification die nöthige Auskunft zu geben; so hasten sie auch nur, insofern sie sich dabei eines Dolus oder einer *lata culpa* schuldig gemacht haben. Ulpian sagt §. 3.

Si Praeses provinciae, nominibus ab alio acceptis, ad magistratus municipales remiserit, ut se²⁾ de nominibus instruant, et perinde³⁾ instrutus dederit tutores, an exemplo eorum, qui Praetorem instruant, debeant magistratus teneri, quaeritur: utique enim interest, utrum ipsi magistratus

51) In den *Basilicis* h. t. Tom. V. pag. 109. heißt es: *εἰ δὲ τοῦ ἀρχοντος δεδωκότος τὸν ἐπίτροπον, αὐτὸς ἐκελεῖθη λαβεῖν τὰς ἔγγυας, ἐποκειται: i. e. Itemque si Praeses, qui tutorem dedit, eum satis accipere iussit.*

52) Se steht hier für eum, und geht auf den Praeses. So gebraucht das Se auch LACTANTIUS in *Carm. de Phoenice* v. 60.

53) Die Lesart *exinde* bey HALDANDER, welche auch MÜLLER und BECK haben, scheint richtiger zu seyn.

nomina electa dederint Praesidi, an ea, quae ab alio Praeses accepit, inquisierint. Et puto utroque casu si teneri, quasi⁵⁴⁾ dolo vel latâ culpa versati sunt.

Der Magistrat kann sich auch zu seiner eigenen Deckung von den Vormündern Bürgen auf den Fall stellen lassen, wenn er von dem Mündel in Anspruch genommen werden sollte, um ihn dann zu entschädigen. In diesem Falle kann sich der Mündel, wenn er die Vormünder und deren Bürgen, welche rem pupilli salvam fore versprochen hatten, vergebens ausgeschlagen hat, und nun den Magistrat in Anspruch nimmt, die Klagen gegen die Bürgen die denselben schadlos zu halten sich verpflichtet haben, abtreten lassen, er kann aber auch ohne Cession gegen sie actione utili flagen. So presribiert der Kaiser Antoninus an den Mutianus L. 1. C. h. t.

Si magistratus a tutoribus seu ~~curatores~~⁵⁵⁾, quos tibi dederint, seu nominaverint, stipulati sunt, se eo nomine indemnes futuros, et si quid praestitissent, repetituros⁵⁶⁾, inque eam rem⁵⁷⁾ fiduciarios acceperunt: extra rem salvam fore satisdationem, actio, quam adversus tutores seu curatores tuos instituisti, alienam obligationem non resolvit. Sed adversus magistratus, qui curatorem dederunt, actio utilis⁵⁸⁾ ita demum competit, si universis bonis

54) Halsoander liest quatenus. Das Wort Quasi hat aber wirklich zuweilen die Bedeutung von Quatenus, wie Bassonius de Verb. Signif. voc. Quasi nr. 6. aus mehreren Gesetzstellen bewiesen hat.

55) Mehrere Ausgaben lesen recepturos, z. B. Halsoander, Russardus, u. a. Die meisten haben jedoch repetituros.

56) Diese actio utilis ist keine andere, als die actio subsidia-

excussis, revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constititerit, indemnitali tuae in solidum satisfieri non potuit. Quam si exercueris, mandatis tibi ab eis actionibus adversus fideiussores, quos acceperunt, consistere potes, licet utilem actionem sine cessione habeas. Accepta⁵⁷⁾ Non. Januar. Duobus Aspris Conss. 212. ⁵⁸⁾

Mahn hat bey diesem an sich klaren Gesetz Schwierigkeiten gefunden⁵⁹⁾, welche jedoch, wenn wir damit die Vafstellen⁶⁰⁾ vergleichen, gänzlich verschwinden werden. Diese haben unser Rescript folgendermassen paraphrasirt.

Στρατηγοὶ δεδωκότες ἐπιτρόπους, οἱ ὄνομάσαντες, τουτεστὶ τὰ ὄνοματα ἀντῶν τῷ ἀρχοντὶ πέμψαντες, ἔλαβον μὲν τὸ ἀντῶν τὴν εἰδισμένην ἴκανοδοσίαν, ὅτε τὰ πρᾶγματα τοῦ ὁρφανοῦ σῶα ἔσται ἐκηρύχθεαν. δε αὐτοὺς ἴδικάτερον, ὅτι ἀξήμιοι μενοῦσιν οἱ αὐτοὶ στρατηγοὶ προφάσει ταύτης τῆς ἐπιτροπῆς καὶ ἔλαβον καὶ ἐπὶ τούτοις καὶ ἄλλοις ἐγγυητᾶς. τῶν οὖν ἐπιτρόπων οκνῶς τὰ πράγματα διοικησάντων, καὶ ἀπόρων ἐνρεθέντων, καὶ αὐτῶν, καὶ τῶν ἐγγυητῶν αὐτῶν, ἐνάγονται οἱ στρατηγοὶ,
ria, wie auch GEBBAUER cit. Diss. Cap. I. §. 10. Not. c. bemerkt hat.

- 57) Der in den Subscriptionen der R.R. Constitutionen öfters vorkommende Ausdruck *accepta* bezieht sich auf das Präsentatum oder die Bekanntmachung.
- 58) Die gewöhnliche Subscription: **Duobus et Aspris Conss. 213.** ist unrichtig. **S. Pet. RELANDI Fasti Consulares p. 123.**
- 59) **S. Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 5v. pag. 1011. sq.**
- 60) Lib. XXXVIII. Tit. 8. Const. 15. Tom. V. **FABRI** pag. 115. sq.

όφειλοντες παιῆσαι τὸν αζήμιον, καὶ οὐδεὶς ἐκχωροῦσι τὰς ἀγωγὰς, ὃς ἔχουσι κατὰ τῶν θεργυησαμένων πρὸς αὐτοὺς τὸ αζήμιον, καὶ δὲ μὴ ἐκχωρίσωσι, δυνάται αὐτὸς ὁ ἀνηβας τὴν ὀρισμένην ἔχειν ἀγωγὴν κατὰ τούτην ἐγγυητῶν.

Magistratus tutoribus datis, vel nominatis, id est, eorum u nominibus ad Praesidem missis, solitam ab eis satisfactionem acceperunt, Item pupilli salvam fore, et separatum stipulati sunt se eius tutelae nomine indemnes futuros, et in hanc rem alios fideiussores acceperunt. A tutoribus perpetuam negotiis gestis, et tam eis quam fideiussoribus eorum inventis non solvendo, magistratus convenientur, ut indemnum pupillum praestent, atque actiones cedant, quas habent adversus fideiussores, quae sibi indemnitatē promiserunt, adversus quos etiam sine cessione pupilli utilem actionem habet.

Wem steht die actio subsidiaria zu? Hat sie auch den Wurmund regressorisch gegen den Magistrat? L. 3. D. 4. 2.

Die actio subsidiaria steht nun nicht nur den Pupillen, und denjenigen zu, welche sich in der Curatel befanden, sondern auch deren Erben¹³⁷⁹). Denn sie ist nach dem Beispiel der actio tutelae eingeführt worden. Ob sie auch dem Wurmunde selbst zustehe gegen den Magistrat, wenn er den Mündel hat entschädigen müssen, ist streitig. Ulpian hat die Frage *Libro III. Disputationum* er-

61) L. 1. §. 4. D. h. t. Ulp. Non tantum pupilli, sed etiam successores eorum subsidiaria agere possunt.

örtert, und so kommt sie durchaus. Dicht daraus genommenen L. 221. *Diciturque locutus ista.*

Proponebatur, duos tutores a magistratibus municipalibus datos, cautione non exacta, eorumque alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventionum satis pupillo fecisse, et quaerebatur *an*
tutor iste adversus magistratum municipalem ha-
bere possit aliquam actionem, cum sciret a con-
tutore suo satis non esse exactum? Dicebam:
 Eum a tutele satis pupillo factum sit, neque pu-
 pillum ad magistratus redire posse, neque tutorem,
etum nuncquam tutor adversus magistratus habeat
actionem. Senatus enim consultum pupillo sub-
 venit, praesertim cum sit, quod tutori imputetur,
 quod satis a contatore non exegit, vel suspectum
 non fecit, si sciit, ut proponitur, magistratibus eum
 non eavisse.

Nach diesem Gesetz soll also die tutio Subsidaria nicht weiter bestehen, wenn der Pupillus vollkommen entshädigt ist. Dieser kann weder den Magistrat wieder klagen, noch den Tutor, der dem Pupillen entshädigt hat, gegen denselben seinen Regress nehmen. Denn das Consultum spricht bloß vom Pupillen; es hat nur diesem Hülfe leisten wollen gegen erlittene Verlehung, wenn ihm kein anderer Weg mehr offen steht, nicht dem Vormund, der für sich selbst sorgen kann, und sorgen muss, und an seiner Verurtheilung gewöhnlich selbst schuld ist, wie besonders auch in dem hier von Ulpian vorgetragenen Rechtsfalle. Von zwey Vormündern, die von Municipalobrigkeiten, ohne Cautionleistung von ihnen zu verlangen, waren ernannt worden, starb einer verarmt,

und der Ueberlebende, der noch solvent war, wurde auf das Ganze belangt, und befriedigte auch den Pupillen. Hier fiel es ja dem Verurtheilten offenbar zur Last, daß er sich nicht selbst hatte Caution von dem Mitvormunde bestellen lassen, da er wußte, daß derselben den Municipalsobrigkeiten keine gelesset batte, oder er, hätte ihn wenigstens suspect machen sollen. Wie könnte also der Vormund ~~magistratus~~^{magistratus} er selbst verschuldet hat, Ersatz vom Magistrate fordern? Wie aber, wenn der Vormund, welcher den Pupillen eutschädigen mußte, erheislich ganz schuldlos seyn sollte, kann er nicht wenigstens in diesem Falle gegen den Magistrat klagen? Julian hält es wenigstens nicht für unbillig. Er sagt in einer Stelle, welche aus Derselben *Libro XXI. Digestorum*⁶²⁾ genommen ist.

Quod si tuos habet haec partem culpa vacet, non erit iniquum, adversus magistratus actionem ei dari.

Diese kontrastirt auch freilich mit dem: NUNQUAM tunc ~~adversus~~^{adversum} magistratus habet actionem des Ulpius auctoritatis. Wie könnte denn nun auch Ulpius zum Entschädigungegrunde wachsen: Senatusconsultum pupilli et eius abvenisse? Unmöglich, folgt daher Anton Faber⁶³⁾, könne die Julian's Meinung seyn. Julian könne entweder nicht so geschrieben haben, als die gemeine Letart hat, oder Julian's Meinung habe Tribonianus nicht recht verstanden und solche daher nicht am rechten Orte angebracht. In jenem Falle müsse man durch Emendation helfen, und hier sey wohl das gelin-

62) L 5. Dr. h. excoletus acer. 1. 1. 2. 1. 2. 2. 2. 2.

63) Jurisper Papini? Secon. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 48. pag. 1006. sqq.

deste Mittel, wenn man statt *non erit iniquum*, vielmehr *nonne erit iniquum* lese, so wie es in L. 84. D. de *acquir. hereditate* heißt. Solchemnach sei nun der Sinn: wenn gleich der Wissensmünd schuldlos sei; so sei es dennoch unbillig, ihm eine Klage gegen den Magistrat zu gestatten. *Nemo enim ideo tenet potest, nisi Faber, praesertim subsidiaria et extraordinaria actions, quod alii culpa aliqua imputari possit, vel nō possit.* In dem letzten Falle könne man der Schwierigkeit durch eine Versehung der L. 3. abhelfen. Die L. 3. h. t. sei nämlich aus JULIANI libro XXI. *Digestorum* genommen, aus eben dem Buche auch L. 5. h. t. Die L. 3. müsse also nicht mit der L. 2. sondern mit der L. 5. verbunden werden, wo Julian folgenden Fall vorträgt ⁶⁴⁾). Zwei Wissensmünd, denen die Municipalitäten keine Caution hatten bestellen lassen, hätten sich in die Administration gesellt. Einer verstorben war ohne Erben, vermutlich weil nichts zu erben da war. Nun entstand die Frage, gegen wen der Mündel klagen solle, gegen den Magistrat, der für die Caution der Wissensmünd nicht gesorgt hatte, oder gegen

64) *Duo tutores partiti sunt inter se administrationem tutae: alter sine herede decēs̄it. Quae situm est, utrum in magistratum, qui non curasset, ut caveretur, se in alterum tutorem actio pupillo dari deberet?* Respondi: *aequius esse, in alterum tutorem dari, quam in magistratum: debuisse enim eum, cum sciret, pupillo cautum non esse, universa negotia curare, et in ea parte, quam alteri tutori commississet, similem esse ei, qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset: nam ctsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, tractur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet.*

den andern Vormund, die noch solvent war? Julian beantwortet die Frage so, daß das Letztere billiger sey. Denn da der Mitvormund wußte, daß dem Pupillen keine Caution geleistet worden; so hätte er die Tutel allein verwalten sollen. Es fällt ihm also zur Last, daß er dem andern Vormund gleichwohl einen Theil der Administration überlassen hat. Er ist also einem Vormunde gleich zu achten, der einen Theil der vormundschaftlichen Geschäfte verwaltet, den andern aber liegen gelassen hat; und dafür muß er billig haften. Man könnte ihm auch noch weiter zur Last legen, daß er sich von dem andern Vormunde nicht selbst hat Caution leisten lassen, oder daß er denselben nicht suspect gemacht hat, wie in jenem Falle, von welchem Ulpian spricht. Kurz Julian wollte hier so viel sagen, der Grund, warum der Mitvormund vor dem Magistrat zu belangen sey, sey kein anderer, als weil er selbst nicht außer Schuld sey. Ganz natürlich habe sich nun hier dem Julian die Frage aufdringen müssen, was nun aber in dem Falle Recht sey, wenn der Mitvormund den noch seiner Seite außer aller Schuld seyn sollte? Diese habe nun Julian in der L. 3. so beantwortet, es sey nicht unbillig, daß hier eine Klage gegen den Magistrat gestattet werde. Aber Wem denn? etwa dem Vormunde? Rein ~~X~~ sondern dem Pupillen. Denn die Frage war hier gar nicht von einer Klage des Vormundes, sondern des Pupillen. Es leuchte also in die Augen, daß die L. 3. nicht zu dem Falle gehöre, den Ulpian in der L. 2. h. t. entscheide, sondern zur L. 5. h. t. und daß ei in der L. 3. nicht auf den Vormund, sondern auf den Pupillen gebe.

Auch Halaander muß eine Ahnung gehabt haben, daß es mit der L. 3. nicht ganz richtig sey. Er liest statt

non erit iniquum, tamen erit iniquum, und diese Lesart billigt auch Hugo Grotius⁶⁴⁾, wegen des *Numquam tutor* in der *L. 2. D. h. t.*

Allein gegen diese Emendationen sprechen Erstens die Basiliken⁶⁵⁾. In diesen heißt es:

Ei de nequit auctor oꝝx ius legioꝝ, et r̄gat et q̄d corpora-

Fabrot übersetzt: "Quod si tutor ab hac parte culpa vacet, ager adversus magistratum." Nun steht zwar *tutor* nicht im griechischen Text. Allein der Zusammenhang mit *L. 2.* bringt dieses mit sich. Diesen Zusammenhang der *L. 3.* mit der *L. 2.* erkennt auch Morsius⁶⁶⁾, und erklärt das *et* vom *Tutor*. Eben so Cujacius⁶⁷⁾, Gerb.⁶⁸⁾, Ryb.⁶⁹⁾, Vett.⁷⁰⁾, Elbertus Leoninus⁷¹⁾, David Schöppenmatten⁷²⁾,

Florula Spuria. sed ius Justinian. pag. 291. sedix. Ge-

bauer. Hales. 1739. 33.) Willkürliche Deutung ist es.

66) Lib. XXXIII. Tit. 8. Const. 3. (Tom. V. Fabroti pag. 111.)

67) Gloss. ad L. 3. D. h. t.

68) Comment. in Libr. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad L. 3. et 5. h. t. (Opp. postum. a. Fabroto editor. Tom. III. pag. 145.)

69) Comment. ad Dig. h. t. §. Postquam. (Opp. Tom. II. pag. 582.)

70) Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

71) Emendation. Lib. II. Cap. 14. nr. 10.

72) Diss. de subsid. actione contra magistrat. Th. XXII.

Gebauer⁷³⁾, Thibaut⁷⁴⁾, und von Wenning. In genauer Hinsicht war mit Recht: *Zwischen dem ersten altestings seyn, und ist auch höchst wahrscheinlich, daß Juilius an die ihm in L. 3. zugeschriebene Meinung der Verbindung mit dem von ihm L. 5. entschiedenen Rechtsfallen vorgetragen, und daher nicht verminderet Klage des Vormundes, sondern des Pupillen gegen den Magistrat gesprochen habe.* Allein es ist ja eine bekannte Regel der Hermeneutik, daß die in den Pandeten befindlichen Fragmente der Röm. Juristen nicht mehr als sie den ursprünglichen Sinn und Zusammenhänge verständen werden können, sondern in demjenigen Sinne erklärt werden müssen, den sie jetzt in der Verbindung haben, in welcher sie in den Pandeten aufeinander folgen⁷⁵⁾. In dieser Verbindung aber bezieht sich nun offenbar die L. 3. auf die vorhergehende L. 2. h. t. und die Worte: *non enim iniquum adversus magistratus actionem* etc. dari können daher offenbar auf keinen Andern, als auf den Vormund, Bezugstellt werden. Wenn nun aber dennoch Ulpian so ganz bestimmt sagt: *NUNQUAM tutor adversus magistratus habet actionem*, so glauben mehrere von den angeführten Rechtsgelehrten⁷⁶⁾, die dem unschuldigen Vormunde, welcher bezahlen mußte, gegen den

73) Diss. cit. de actione tutelae advers. magistrat. Cap. I. §. 7.

74) Syst. des Pand. Rechts. §. 542. a. E.

75) Lehrb. des Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 424. Cap. 3. Aufl. S. 155.)

76) G. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 56. S. 151 ff. der 2. Ausg.

77) J. B. GEBAUER und von WENNING INGENHOLZS. aa. DD.

schuldigen Magistrat gestattete Regresslage sey nicht die *actio subsidiaria*, sondern die in Fällen, wo es die Billigkeit erheischt, zulässige *actio in factum*, weil die *actio subsidiaria* ohne *actio tutelae* sey, zwischen dem Tuteur und Magistrat aber keine *negotium tutelae* bestehet. Nach andern⁷⁸⁾ soll diese Klage eine *utilis negotiorum gestorum actio* seyn.

S. 1379.

In welchen Fällen hat die *actio subsidiaria* nach dem Röm. Rechte statt?

Die *actio subsidiaria* findet nach den Römischen Rechten überhaupt Statt, wenn Municipalobligisten entweder bey der eigenen Ernennung von Tutores oder Curatores im Auftrage des Präfektes oder Prätors⁷⁹⁾, nach dem neuern Rechte dicht wohl ohne denselben⁸⁰⁾, oder bey der ihren von dem höhern Magistraten abverlangten Präsentationen der für Urmundshäuslütigen Subjecte verantwortlich geworden sind⁸¹⁾. Insbesondere aber gehören hierher folgende Fälle. 1) Wenn sie, wo sie entweder vom höhern Magistrat aufgefordert waren, oder von Amtswegen sollten, seine Vormünder bestellt haben⁸²⁾. 2) Wenn

78) Z. B. TRIBAUT a. a. D.

79) S. den 29. Th. §. 1317. S. 431.

80) S. den Commentar a. a. D. §. 1317. a. S. 437.

81) S. BECKENMANN Diss. cit. Th. VIII—XII. und GRÄFER cit. Diss. Cap. L §. IIX.

82) E. i. §. 6. D. h. e. Magistratibus impetratur, etiam si omnino tutor vel curator datus non sit; sed ita deum tenentur, si moniti non dederint. Ideo damnum, quod impuberis vel adolescentes medio tempore passi sunt, ad eos magistratus pertinere non ambigitur; qui mu-

sie zwar Vormünder ernannt haben, aber keine tüchtigen⁸³⁾, oder auch der Präses den untüchtigen Vormund selbst auf ihre Präsentation bestellt hatte⁸⁴⁾. 3) Wenn sie, wo sie sollten, keine, oder keine hinreichende Satisfaktion von den Vormündern verlangt haben⁸⁵⁾; oder wenn sie 4) das Eine oder Andere verzögert haben⁸⁶⁾. Sollten jedoch die Vormünder zur Zeit der geendigten Vormundschaft solvent seyn; so fällt die Klage gegen den Magistrat weg⁸⁷⁾. Es ist aber nicht genug, daß der Vormund zur Zeit seiner Bestellung tüchtig sey. Der Magistrat muß ihn dennoch

neri mandato non paruerunt. Man verbinde damit die *L. 1. §. 5. D. ad Municipalem.* und *L. 30. C. de episcop. audient.* (l. 4.)

85) *L. 1. §. 5. D. ad municipal.* Ulp. vel minus idoneos elegerit. — *L. 1. §. 5. D. h. t.* Ulp. Si curatores fuerint minus idonei dati, dicendum est, tenere magistratus oportere, si ex suggestu eorum, vel nominibus ab eis acceptis, Praeses dederit. Bei Beurtheilung der Idoneität eines Vormundes sieht man sowohl auf guten Ruf, als auf Vermögen. *L. 19. §. 1. in fin. D. de Verb. Oblig.* *L. 1. §. 10. et 11. D. h. t.* G. SCHREINEMANN Diss. cit. Th. IX.

84) G. SCHREINEMANN cit. Diss. Th. X.

85) §. 2. *J. de Satisfat. tut. et curat.* *L. 1. §. 17. D. h. t.* *L. 2. §. 5. D ad Municipal.*

86) *L. 1. §. 7. D. h. t.* Sciendum autem est, si magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos, vel si satisfactionem data opera traxerint, quoad successores accipient, nihil eis prodesse.

87) *L. 1. §. 12. h. t.* Sed et si satis non exegit, idoneus tamen tutor eo tempore fuit, quo tutelae agi potest, sufficit. Man vergleiche auch *L. 55. D. de administr. et peric. tutor. et curat.*

auf den Fall, daß es verarmen sollte, Caution leisten lassen. Bey den Fideiussoren der Vormünder hingegen wird nur erfordert, daß sie bey Bestellung derselben solvent gewesen sind⁸⁸⁾, welches jedoch in vorkommenden Fällen immer der Magistrat zu beweisen hat⁸⁹⁾; für künftige Unglücksfälle darf der Magistrat nicht haften. 5) Wenn die Municipalobrigkeiten den Präses der Provinz auf eingeforderten Bericht über den Vermögenszustand der von ihm selbst bezeichneten, oder von Andern ihm in Vorschlag gebrachten Personen, um sie selbst zu Vormündern zu ernennen, absichtlich falsch berichtet haben⁹⁰⁾. Endlich 6) wenn der Magistrat bey der ihm aufgetragnen Schätzung der Satisdation nicht pflichtmäßig verfuhr⁹¹⁾.

88) *L. 1. §. 11. D. h. t.* Si magistratus ab initio tutorem idoneum dedit, et satis non exigit, non sufficit: quod si satis exigit, et idoneum exigit (*Basil. Tom. V. p. 110. Ελαζευ, accepit, Brenkman will lieber elegit;*) quamvis postea facultatibus lapsi sint tutores vel fideiussores, nihil est, quod ei, qui dedit, imputetur: non enim debent magistratus futuros casus et fortunam pupillo praestare.

89) *L. 1. §. 15. D. h. t.* Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat, fideiussores solvendo non fuisse, cum acciperentur, sed *magistratibus*, ut doceant eos solvendo fuisse. Man verbinde damit die *L. 11. D. de probat.* und *L. 5. C. eodem.* (IV. 19.) S. auch SCHINEMANN Diss. Th. XVI. und besonders Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. VI. S. 247. f.:

90) *L. 1. §. 2. et 3. D. h. t.* S. SCHEINEMANN cit. Diss. Th. X. in fin. Man vergleiche aber hier noch vorzüglich *Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. Illat. 45. pag. 1001 — 1005.*

91) *L. 1. §. 8. D. h. t.* S. FABER c. I. Illat. 46.

§. 1379. a.

Natur der actio subsidiaria.

Die Klage gegen den Magistrat geht nun auf Erfüllung des Schadens, welcher dem Kläger aus dem Verschulden des Beklagten in den bemerkten Fällen erwachsen ist⁹²⁾). Es wird also zur Begründung derselben erforderlich, 1) von Seiten des Klägers wirklich erlittener Schaden an dem Vermögen desselben, 2) auf Seiten des Beklagten imputable Schuld⁹³⁾). Nach einem Rescript der Kaiser *Severus* und *Antoninus* kann sie auch auf Zinsen gerichtet werden, wo sie der Kläger zu seiner völligen Schadloshaltung fordern kann⁹⁴⁾). *Modestinus* hat diese Frage *libro IV. Pandectarum* erörtert. Die daraus genommene *L. ult. h. t.* lautet also:

An in magistratus actione data, cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae peti non possint, quoniam constitutum est, poenarum usuras peti non posse, quaesitum est? Et rescriptum est a divis SEVERO et ANTONINO, et usuras peti posse, quoniam eadem in magistratus actio datur, quae competit in tutores.

Der Grund wird also darin gesetzt, weil die actio subsidiaria keine Pönalklage, sondern eine actio rei persecutoria ist, wie die actio tutelae, welche hier gegen den Magistrat eben so, wie gegen den Vormund, gestattet wird⁹⁵⁾). Der Pupill verfolgt also seine Entschädigung

92) S. Schmidt's Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden.
§. 1150.

93) S. SCHEINEMANN Diss. cit. Th. XXXI.

94) SCHEINEMANN Th. XXXII.

95) L. i. §. 6. D. h. t. L. 5. C. h. t. Man sehe Ant. Fa-

gegen den Magistrat in eben dem Umfange, als wenn er gegen den Wurmund selbst flagte.

Die Klage ist jedoch nicht privilegiert. Weder ein persönliches Privilegium kommt dem Kläger gegen die Obrigkeit zu, noch eine Hypothek auf dem Vermögen derselben. Denn diese lässt sich ohne ein Gesetz nicht annehmen, welches hier nicht existirt, und das persönliche Vorschriftrecht wird in den Gesetzen dem Pupillen mit ausdrücklichen Worten versagt⁹⁶⁾.

§. 1380.

Heutiges Recht.

Wenn gleich die deutschen Reichsgesetze von einer substdiären Klage gegen die Obrigkeit ausdrücklich nichts enthalten; so liegt sie jedoch im Geist derselben, und es lässt sich daher der heutige Gebrauch derselben, so weit

BER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VIII. II-lat. 51. pag. 1010. sq. SCHREINEMANN Th. IV. und WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect IV. Cap. 1. §. 35.

96) L. 1. §. 14. *D. h. t. Privilegium in bonis magistratus pupillus non habet.* G. VOST Comment. ad Pand. h. t. §. 4. und den 19. Th. des Commentaris. §. 1088. S. 160. Nach einer Verordnung der Kaiser Valentinian und Theodosius L. 1. in fine *C. de tutorib. vel curator. illustr. vel clariss.* (V. 53.) scheint jedoch bey solchen Pflegbefohlten, die zu den personis illustribus und clarissimis gehörten, eine Ausnahme Statt gefunden zu haben. Von diesen heißtt es: *In provinciis autem curiales in nominandis tutoribus et curatoribus clarissimarum personarum exhibeant debitam cautionem et discriminis sui memores cognoscant indemnitat obnoxias etiam suas deinceps esse facultates.*

nämlich die Klage, nach unserer heutigen freylich sehr veränderten Gerichts- und Rechtsverfassung, jetzt noch anwendbar ist, mit Grund nicht läugnen. Wir können demnach die alte Streitfrage der Practiker, ob die *actio subsidiaria adversus magistratus* noch jetzt zu gebrauchen sey⁹⁷⁾), um so mehr auf sich beruhen lassen, als sich die Praxis nun schon längst dafür entschieden hat⁹⁸⁾), und auch die meisten deutschen Landesgesetze⁹⁹⁾ den Pflegbefohlnen eine Klage gegen das vormundschaftliche Gericht gestatten, wenn dasselbe bei Bestellung der Vormünder oder bei Führung der

97) Man vergleiche GEBAUER cit. Diss. Cap. II. §. 2. Die Meinung Treutlers Vol. II. Disp. IX. Th. 7. Lit. E. daß die *actio subsidiaria* außer Gebrauch sey, der auch *Conr. Ritterhausius in iure Justinian.* P. VIII. Cap. IX. Th. XVIII. nr. 21. bestimmt, hat schon REINH. BACHOV ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. IX. Th. 7. Lit. E. pag. 500. gründlich widerlegt.

98) S. SAM. STARY Us. mod. Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. P. II. h. t. §. 15. AUG. a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXLIII. medit. 1. JO. AD. THEOPH. KYNN Quaest. for. Tom. I. Cap. 14. ERNST CHRIST. WESEPHAL'S Rechts-gutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts. 1. B. h. t. §. 145. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum. Tom. III. Obs. 612. C. C. DABELOW Handbuch des Pandecten-Rechts. 3. Th. §. 296. §. 541. ff. und MITTERMAIER'S Grunds. des deutschen Privatrechts. §. 370. (Der 5. Aufl.)

99) S. WÜRTENBERG. Pupillenordn. Tit. 42. §. 4. Bayrisches Landrecht 1. Th. Kap. 7. §. 29. ÖSTERREICHISCHES Landrecht 1. Th. Hauptst. IV. §. 265. Preuß. Landrecht. 2. Th. Tit. 18. §. 501 — 505. FRÄNKISCHE Landgerichts-Ordnung P. III. Tit. 21. §. 5. OBERPFÄLZISCHE VORMUNDSHAFTS-Ordnung §. 25. MELENBURGISCHE Policey und Landesordnung von 1562. Tit. von Vormundschaften §. 40. u. a. m.

Aufficht und Direction über sie Pflichten vernachlässiget hat, wodurch den Pflegbefohlnen ein Schaden zugegangen ist, wenn andere Mittel zum Ersatz desselben mangeln. Nun fällt zwar heut zu Tage der Unterschied zwischen den höhern und niedern Magisträten, und was darauf seine Beziehung hatte, weg; allein da nach den deutschen Reichsgesetzen den Obrigkeitenten bey Vormundschaften noch vielmehr zur Pflicht gemacht ist, als ihnen das Römische Recht vorschreibt; so ist die actio subsidiaria nach deutschen Rechten von viel größerem Umsange, als nach dem Röm. Rechte. Die Obrigkeit ist bey uns die Obervormundschaft, welche an allen Handlungen der Vormundschaftsverwaltung Theil nimmt¹⁰⁰⁾, und der es besonders zur Pflicht gemacht wird, dahin zu sehen, daß die Pupillen und Minderjährigen unbetrogen¹⁰¹⁾ und unvernachtheilt bleiben¹⁰⁰⁾. Ihre Pflichten äussern sich daher vorzüglich darin, für taugliche Vormünder zu sorgen, und bey der Wahl derselben besonders vorsichtig zu seyn¹⁰¹⁾, jeden Vormund zu bestätigen, sich von den Vormündern die gehörige Sicherheit bestellen, und ein Inventarium errichten zu lassen, in allen wichtigen Fällen auf die Anfrage des Vormundes nach bestem Gewissen Bescheid zu ertheilen, bey Ertheilung des Decrets zur Veräußerung der Pupillengüter alle Sorgfalt anzuwenden, besonders auf jährliche Rechnungsablegung zu dringen, und überhaupt beständige Aufsicht über die Verwaltung des Vormundes zu halten, suspecte Vormünder zeitig zu entfernen, und somit, wie es in der Reichspolicey-Ordnung vom J. 1577. Tit. 32. §. 3. a. E. heißt, keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniv

¹⁰⁰⁾ Reichspolicey-Ordn. von 1548. Tit. XXXI. §. 1. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 1.

¹⁰¹⁾ S. den 29. Th. §. 13:8. a. S. 458. ff.

ger Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Güter ungestraft hingehen zu lassen^{2).} Vernachlässigt nun die Obervormundschaft eine dieser Pflichten, und der Pflegbefohlene kommt dadurch mit Schaden, so ist die Entschädigungsklage gegen die säumige Obrigkeit begründet, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, den Pflegbefohlnen zu entschädigen, mehr übrig ist.³⁾ Die Klage gegen die Obrigkeit geht also jetzt viel weiter, als nach Römischem Rechte, da sie nicht blos in den einzelnen römischen Fällen (§. 1379.), sondern überall statt findet, wo die Obermundschaft eine Vernachlässigung ihrer Pflichten zu Schulden gebracht hat, auch gegen jedes obervormundschafliche Gericht geht^{4).} Weils jene Obervormundschafliche Pflichten nicht den einzelnen Personen, aus denen das obervormundschafliche Gericht besteht, sondern dem ganzen Gericht, in sofern es eine moralische Person vorstellt⁵⁾, obliegen; so sind nicht bloß diejenigen Mitglieder des Gerichts verantwortlich, welche zur Zeit der Verhandlung vormundschaflicher Gegenstände im Gericht gewwährt waren, sondern das ganze Gericht, so daß die Culpa, die auch nur ein Mitglied des Gerichts zu Schulden gebracht hat, von allen Mitgliedern derselben vertreten werden muß^{6).} Denn die Bestellung der Vormünder, so

2) S. Mittermaier a. a. D.

3) S. GEBAUER Diss. de actione tut. adv. magistrat. Cap. II. §. 7. STARY Us. mod. Pand. h. t. §. 2. JO. SCHILTER Prax. Jur. Rom. Exercit. XXXVII. §. 200. SCHWEPPES Röm. Privatrecht. §. 757. a. E. (5. Ausg.) und von WENING-INGENHEIM Lehrb. des Civilrechts. a. B. IV. Buch. §. 424.

4) L. 25. D. ad Municipal.

5) S. KIND Quaest. for. c. l. Man vergleiche auch JO.

wie die Verhandlung der vormundschaftlichen Angelegenheiten geschieht collegialisch. Die Klage kann daher gegen das Gericht selbst angestellt werden. Sofern jedoch den Mitgliedern des Collegiums das Beneficium divisionis zusteht, kann ihnen auch das Beneficium excussionis nicht versagt werden gegen diejenigen, und deren Erben, durch deren Vernachlässigung oder Handlung der Schade zunächst entstand⁶⁾). Die Erben haften aber auch heut zu Tage nur für grobes Versehen ihres Erblassers⁷⁾). Der Nachfolger im Amt ist jedoch für ein Versehen seines Vorgängers in der Regel nicht verantwortlich, er hätte denn etwa dasselbe leicht entdecken, und die schädlichen Folgen davon in Zeit abwenden können, er haftet aber auch nur dann, wenn ihm deshalb ein grobes Versehen zur Last fällt⁸⁾). Es versteht sich, daß der Nachfolger nur dann erst in Anspruch genommen werden könne, wenn der Pflegbefohlene von dem Vorgänger, oder dessen Erben nicht entschädigt werden konnte⁹⁾).

Flor. Ravini Diss. de culpa ab uno Collegarum commissa a toto collegio praestanda. Lips. 1742. 4.

- 6) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 7. GEBÄUER c. I. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 29. Nr. 2. von Wening- Ingenheim Lehrb. des Civilrechts. a. a. D.
- 7) LAUTERBACH Colleg. cit. h. t. §. 8. und von Kreittmayr a. a. D. Nr. 1.
- 8) L. 156. §. 2. D. de Reg. iur. L. 23. C. de Decurion. S. Car. Frid. Christ. BECKER Diss. An et quatenus collegium culpam ab uno altero ex suis membris vel antecessoribus commissam praestare teneatur? Goetting. 1741. 4. §. XXXI — XXXIII.
- 9) Hiermit stimmt auch das Preußische Landrecht a. Th. 18. Tit. § 506 und 507. überein. Man vergl. noch von

Wegen des Beweises bei dieser Klage ist man jedoch nicht einig. Nach der Vorschrift des Röm. Rechts¹⁰⁾) soll nicht dem Pupillen der Beweis der Verschuldung, sondern dem Magistrate, also dem Beklagten, der Beweis aufgelegt werden, daß die Vormünder und deren Bürger zur Zeit ihrer Bestellung und Annahme nicht untüchtig, sondern sicher und gut gewesen wären. Allein mehrere¹¹⁾ glauben, daß hierin das Römische Recht durch die allgemeine Vorschrift des Canonischen Rechts¹²⁾), quod tanta sit iudicaria auctoritas, ut praestumi debeat, omnia legitime processisse, donec contra iudicem aliquid legitime comprobetur, aufgehoben worden sei. Nun ist es zwar allerdings der Würde des richterlichen Ansehens gemäß, voraus zu setzen, daß jeder Richter in allen Fällen pflichtmäßig zu handeln geneigt sei. Daraus folgt aber noch nicht, daß wenn die Frage entsteht, ob der Richter in einem bestimmten Falle seine Pflicht erfüllt habe, derselbe die geschehene Erfüllung zu beweisen nicht schuldig wäre. Denn man erwäge, daß die Pflicht der Obrigkeit, für tüchtige Vormünder und Bürger zu sorgen, und für den aus Vernachlässigung derselben entstandenen Nachtheil zu haften, gesetzlich begründet sei; welche der Richter anzuerkennen muß, und an sich nicht ablehnen kann. Will nun derselbe in dem Falle, da er *actione subsidiaria* belangt wird, zur Abwendung der Klage vorstehen, er

Zeiller Commentar über das Österreichische Gesetzbuch.

10) 1. B. §. 263. §. 553.

11) L. 1. §. 13. D. 4. c. L. 12. D. de probatione.

12) GEBAUER Diss. cit. Cap. II. §. 5. und BECKER cit. Diss. §. XLIII.

Cap. 26. X. de sentent. et re iudic. (II. 27.) Cap. 6. X. de renunciat. (I. 9.)

sey ausset Schuld, die Vormünder oder deren Bürigen seien zur Zeit ihrer Bestellung und Annahme sicher und gut gewesen so ist ja dieses eine Ausflucht, welche der in Anspruch genommene vormundschaftliche Richter, da sie nur auf seine Befreiung abzielt, auch billig beweisen muss¹³⁾. Nam probatio exigenda est ab his, sagt Celsus¹⁴⁾, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur. Daher liegt in der Regel immer dem öffentlichen Beamten, welchen der Bernachlässigung seines Amtes beschuldigt wird, die Last der Beweisführung auf, daß er in den bestimmten Fällen, wovon die Frage ist, die pflichtmäßige Thätigkeit angewandt habe¹⁵⁾. Nur wenn die Erfüllung der Pflicht auf einer verneinenden Handlung beruht, wird die geschehene Erfüllung rechtfertig vermutet¹⁶⁾.

Man wendet nicht ohne Grund die subsidiarische Klage auch gegen Aufseher, kirchliche Administrationen an¹⁷⁾. Denn das Canonisch-pastorale Recht legt den Kirchen und frommen Stiftungen die Rechte der Minderjährigen bei, und stellt die Verwaltungen ihres Vertrauengens den

13) L. 19. D. de probation. S. 201 p. 3. Sieb. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproces. VI. Art. 20. S. 247 f. und Rep. Vorst über die Beweislast im Civilproces. S. 81. S. 130.

14) L. 11. D. de probat.

15) S. Ernst. Christ. Gottl. SCHNEIDER vollständ. Lehre vom rechtl. Beweise in bür. Rechtsachen. (Giess. u. Darmstadt 1805.) §. 30. S. 30.

16) S. SCHNEIDER a. a. O. S. 19. f.

17) S. Christ. Aug. Günther rechtliche Bemerkungen. 1. Th. (Helmstadt 1802.) Nr. VII. S. 32—36.

Vormündern gleich¹⁸⁾). Ihnen liegen daher auch dieselben Verbindlichkeiten, wie den Vormündern, ob¹⁹⁾). Was also von der Sicherstellung der unter vormundschaftlicher Verwaltung stehenden Güter, und von deren Verabsäumung gilt, findet auch bey der Verwaltung kirchlicher Güter Statt. Wenn daher jemand mit einem Verwalter kirchlicher Güter in einem solchen Verhältniß steht, daß er gleichsam als dessen Obervormund anzusehen ist; so tritt auch dieselbe Verantwortlichkeit in Ansehung der Handlungen des letztern ein, weil ihm denn auch dieselbe Sorge für die Sicherheit und nützliche Verwaltung der Güter obliegt. Gesetzt also, er hätte entweder bey der Anstellung des Verwalters durch Auswahl eines untauglichen Subjects, oder durch Unterlassung der erforderlichen Cautions-Auslage, oder auch während der Verwaltungszeit durch verabsäumte Abforderung der alljährlich abzulegenden Rechnungen, oder sonst eine Pflichtvernachlässigung zu Schulden gebracht; so muß der kirchliche Aufseher, als Obervormund, für das, was die Kirche an dem Verwalter ihrer Güter zu fordern hat, und von demselben, oder dessen Erben nicht erlangt kann, unstreitig haften.

Das übrigens die *subsidiaria actio* nur selten kommt, liegt in der Natur der Sache²⁰⁾.

18) Cap. 3. X. de in integr. residuak (§ 443) hoc.

19) Clem. 2. de religios. domib. (III. 11.)

20) S. KIND c. l. in fin.

Rechts. Von der Verordnung
des Konsuls Cn. Iul. Caesar
wurde bekannt, daß diese in den Jahren
70 und 69 v. Chr. verabschiedet
wurden; und später schreibt
Cicero: Quod dicitur in nos quod vel nullum
Liber XXVII. Tit. IX.

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienan- dis vel supponendis.

S. 1581. (edidit. L. E. eine Erklä-
rung des Gesetzes für die Pupillen und Gut-
tenden.)

Geschichte des Verbots von Veräußerung der Pupillen-Güter.
(v) Musteres Recht von Septimius & Seb. (ed.)

Zu den vielen Rechtsmitteln, welche die Gesetze zu
Günsten der Pupillen und Guttenden eingeschafft haben, ge-
hört auch die Klage gegen die Käufer und Besitzer, wenn
Sachen verselben auf eine geschnidrige Art veräußert wor-
den sind. Eine der wichtigsten Verordnungen des Röm. Rechts über Veräußerungen von Sachen der Pflegbefohlenen war unstreitig das unter Septimius Severus, auf
eine Oratio von ihm, verfaßte Senatusconsultum. Da
sich die Fragmente der Röm. Juristen, welche dieser Titel
enthält, nur auf diesen Senatschluß beschränken; so ist es
nöthig, eine Geschichte dieser Rechtslehre ²¹⁾ vorauszu-
schicken.

21) S. Christ. Cottl. HAUBOLD Historiae iuriis civ. Rom.
de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine de-

Nach dem ältern Rechte, welches vor den Zeiten des Septimius Severus galt, konnte der Vormund alle Sachen seines Mündels, sowohl bewegliche, als unbewegliche, allein und für sich veräußern, ohne hierin an die Zustimmung der Obrigkeit gebunden zu seyn²²⁾). Es mußte nur die Veräußerung in das Gebiet der Administration gehören. Denn in Hinsicht der Administration ward der Vormund eben so angesehen, als ob er selbst Eigentümer wäre. Er war, wie die Gesetze²³⁾ sagen, domini loco. Nur der Pupill selbst konnte ohne Auctorität seines Vormundes gültig nichts veräußern, wenn er auch kein Kind mehr war. Papillo, sagt Gaius²⁴⁾, nullius rei alienatio sine tute raeckore concessa est. Doch war ein Unterschied zwischen der Tute der Frauenspersonen, und der Pupillen. Bey den legitren galt es gleichviel, die Sache möchte ein res mancipi oder nec mancipi seyn. Frauenspersonen aber konnten wenigstens res nec mancipi ohne ihren Tutor gültig veräußern. Gaius und Ulpian bemerken diesen Unterschied ausdrücklich. Erster²⁵⁾ sagt:

Nunc admonendi sumus, neque feminam, neque

creto non alienandis vel supponendis Specim. I. Lipsia 1798. 4. Zimmer Geschichte des Röm. Privatrechts. II. B. §. 146.

22) L. 1. §. 2. D. de administr. tut. L. 8. §. 1. h. t. G. Ger.

Noord Comm. ad Dig. h. t. §. Ait Oratio. (Tom. II. Opp. pag. 584.)

23) L. 27. D. de administr. et perie. tator. L. 7. §. 3. D. pro emt. L. 56. §. 4. D. de furt. L. 157. pr. D. de Reg. iur.

24) Institut. Comment. II. §. 84.

25) Institut. Comm. II. §. 80. §. 2. J. Quib. alienar. lic. (II. 8.)

pupillum sine tutore auctore rem mancipi alienare posse: nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.

Ebenso Ulpian²⁶⁾: Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus, — si rem mancipi alienent. Pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est.

Auf diesen Unterschied bezügt sich, was Cicero²⁷⁾ sagt: Non, quemadmodum quod mulieri debeas, recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas, ita quod aut pupillae aut pupillo debeas; recte possis eodem modo solvere. Denn auch die Annahme einer Zahlung ist eine Art von Alienation, sagt Theophilus²⁸⁾, weil der Schuldner dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Sie darf daher nicht ohne vormundschaftliche Auctorität geschehen. Dass aber Geld eine res nec mancipi sch. lehrt Gaius²⁹⁾.

Schon sehr früh galt also der Grundsatz, dass ein Pupill ohne Auctorität des Vormundes nichts veräußern dürfe. Eine solche Veräußerung, die ohne vormundschaftliche Auctorität geschehen war, war ipso iure nichtig³⁰⁾, und bedurfte keiner in integrum restitutio³¹⁾.

War die Veräußerung vom Tutor selbst geschehen, so

26) *Fragm. Tit. XI. §. 27.*

27) *Topica cap. 11.*

28) *Paraphr. gr. ad Tit. J. Quib. alien. lic. §. 2. Tom. I.*
pag. 515. edit. Reitz.

29) *Comm. II. §. 81.*

30) *L. 189. D. de Reg. iuris.*

31) *L. 16. pr. D. de Minorib.*

war sie nur dann nichtig, wenn derselbe die Grenzen der Administration überschritten hatte, d. h. wenn die Veräußerung eine solche war, welche mit der Administration gar keiner Verbindung stand, wie z. B. Magnmissionen, Dedicationen und Schenkungen³²⁾). Geschah hingegen die Veräußerung administrationis causa³³⁾, so war sie zwar an sich gültig; war jedoch der Pupill dadurch verletzt, so stand ihm ein doppelter Weg offen. Er konnte, sofern der Tutor dabei eine Culpa oder wohl gar einen Dolus hatte zu Schulden kommen lassen, tutelae iudicio gegen denselben klagen³⁴⁾, oder die in integrum restitutio suchen³⁵⁾). Denn der Prätor hatte die Lex Plaetoria, die eigentlich nur die Minderjährigen gegen dolose Verletzungen schützen sollte³⁶⁾, auf alle Verletzungen derselben ausgedehnt³⁷⁾, sie möchten mündig, oder noch unmündig seyn³⁸⁾).

Bei der Cura furiosorum und prodigorum musste dem Curator das ganze Veräußerungsgeschäft um so mehr überlassen werden, weil jene, wie Pauly³⁹⁾ sagt, wegen Mangel des Verstandes, gar kein Geschäft schließen

32) E. den 50. Th. des Commentars § 1553. S. 297. f.

33) JULIANUS sagt L. 7. §. 3. D. Pro emtore (XLI. 4.): *Tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat.*

34) L. 1. §. 25 in fin. D. de tutelae et ratione distract.

35) L. 47. pr. D. de minorib.

36) CICERO de natura Deor. Lib. III. cap. 30. und de Officiis. Lib. III. cap. 15.

37) L. 1. D. de Minorib. HAUBOLD cit. Diss. Cap. I. §. 1. pag. 4.

38) L. 5. D. de Reg. iur. und §. 8. J. de inutil. stipulat.

Kommen, diese aber wegen ihrer verschwenderischen Thats, haltung, dem Rassenden gleichgeachtet werden³⁹⁾). Es konnte daher wohl diesen eine Veräußerung um so weniger geschehen, da sich alles Commercium untersagt war⁴⁰⁾. Dem Vermunde aber konnte mit der Vermalung des Vermögens, das darin begriffene Veräußerungsgeschäft und so ferner überlassen werden, da diejenigen, welchen die Gesetze der XII Tafeln die Curat⁴¹⁾ übertragen, eben dieselben waren, welche die nächste Hoffnung hatten, den Erzähler, wenn derselbe in diesem Zustande verstarb, derselbst zu beerben⁴²⁾. Daher sagt Gaius § 112:

Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum.

Dies ist das ius vetus, dessen Ulpian libro II. de omnibus Tribunaliis⁴³⁾ gedenkt, wenn er die Frage aufwirft:

Sed si curator sit furiosi, vel cuius alterius, non adolescentis, videndum est, utrum iure peteri valebit venditio, an hanc orationem admittemus?

39) L. 40. D. de reg. iur. L. 6. D. de verb. oblig.

40) ULPIANUS Tit. XX. §. 13. verglichen mit L. 10. pr. D. de curat. furios. L. 3. D. de novat. (XLVI. 2.) und L. 5. C. de in integr. restitut. minor. (II. 22.)

41) CICERO de invent. rhetor. Lib. II. cap. 50. Auctor. ad Herenniam. Lib. I. cap. 13. CICERO de Republica Lib. III. cap. 33. in fin. pag. 402. (edit. Moser. et Creuzer. Francof. 1826.) ULPIAN. Tit. XXII. §. 2. S. Dirksen XII Tafel-Fragmente. S. 569. ff.

42) Comm. II. §. 64. Man verbinde damit die L. 12. D. de curat. furios. und L. 17. §. 2. D. de iure iur.

43) L. 8. §. 1. D. h. t.

Schwerlich kann jedoch jene Stelle des Gajus so verstanden werden, als ob sie auf eine selbstständige Sanction des XII. Tafelgesetzes hinwiese; sie deutet vielmehr wahrscheinlicher blos auf eine Folgerung aus dem in diesem Gesetz ausdrücklich anerkannten Rechte der cura legitima der Agnaten eines Wahnsinnigen, und der ihnen geradezu auch über das Vermögen desselben erheiltent potestas⁴⁴⁾ hin. Vielleicht gab auch die cura furiosi zu jenem Rechtsfazie die Veranlassung, daß jeder Vormund, dem nicht eine bloße custodia, sondern plena administratio zusteht, domini loco sey⁴⁵⁾. Ob den furiosis oder prodigis gegen eine von ihren Curatoren vorgenommene Veräußerung die Restitutions-Wohlthat zugekommen sey, darüber findet sich gar keine sichere Spur. Dom pierre de Jonquieres⁴⁶⁾ glaubt zwar, für sie streite die Analogie von Minderjährigen. Allein Haubold⁴⁷⁾, dessen Namen ich nie ohne Ehrfurcht und Rührung nenne, hat diese Meinung mit Recht verworfen. Soviel ist gewiß, daß man das Administrationsgeschäft ganz nach der

44) S. Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. 10. S. 308. und Hugo Rechtsgeschichte. S. 203. der 10. Aufl.

45) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. S. 246. S. 928.

46) Specim. de Restitutionib. in integr. Tit. IV. §. 102. pag. 330. Man sehe auch den 6. Th. dieses Commentars. §. 465.

47) Diss. cit. Cap. I. §. 5. (in Opuscul. academ. a Car. Frid. Christ. WENCK edit. eoque defuncto a Frid. Car. Gust. STIBBER absolut. Vol. II. Lipsiae 1839. 8. pag. 169.)

negotiorum gestorum obligatio beurtheilte⁴⁸); sofern der Curator nicht die Grenzen der Administration so offenbar überschritten hatte, daß seine Geschäftsführung schlechterdings nichtig war⁴⁹). Dieselbe cura furiosi gab auch wohl zu der bey der Curatell Statt findenden negotiorum gestorum aetio Anlaß⁵⁰).

Ein ganz anderes Recht fand bey den Minderjährigen Statt, welche die Pubertät erreicht hatten. Denn da diese, wenige Fälle ausgenommen, nur auf ihr Verlangen Curatoren erhielten⁵¹), und es daher seit den Zeiten des Kaisers Marcus Minderjährige gab, die gar keinen Curator hatten; so entstand nun der Unterschied, daß zwar diese gültig veräußern konnten, so daß denselben im Falle erlittener Verlezung nur die Restitution zu statthen kam⁵²); dagegen diejenigen Minderjährigen, welche einen Curator hatten, nach einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian⁵³), wodurch jedoch nicht sowohl ein neues Recht eingeführt, als das bisher bestandene blos bestätigt wurde⁵⁴), denen gleich, welche vom

⁴⁸⁾ L. 10. §. 1. D. de Curat. furios.

⁴⁹⁾ L. 12. L. ult. D. eodem.

⁵⁰⁾ L. 4. §. 5. D. de tut. et rat. distrah. L. 7. §. 2. D. de Curat. furios. S. HATBOLD c. l.

⁵¹⁾ S. den 30. Th. dieses Commentars §. 1521. a. und Phil. WASMUNT Diss. ad §. 2. J. de Curator. Lingae 1756. 4.

⁵²⁾ L. 15. §. 1. D. de Minorib. L. 3. C. de in integr. restitut. minor. (II. 22.)

⁵³⁾ L. 3. C. de in integr. restit. minor.

⁵⁴⁾ S. HATBOLD Diss. cit. Cap. I. §. 5. Opuscul. Vol. II. pag. 172. 43

Prätor wegen ihrer Verschwendung unter die Curat^el gesetzt worden, ohne Zustimmung ihres Curators keine gültige Veräußerungen vornehmen konnten. Hätte der Curator allein, ohne Zugiehung des Minderjährigen, eine Veräußerung unternommen; so war sie zwar, sofern er dadurch die Grenzen der Administration nicht überschritten hätte, nach den Regeln des strengen Rechts gültig⁵⁵⁾). War sie jedoch dem Minderjährigen nachtheilig, so konnte derselbe, nach dem Beispiel einer vom Tutor unternommenen Alienableitung, sowohl den Curator actione utili belangen, als auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen⁵⁶⁾). Es wurde nur freylich, wenn die Veräußerung gültig seyn sollte, vorausgesetzt, daß der Wormund, wo er sollte, die erforderliche Satisfaction geleistet hatte. Denn eher hätte er gar kein Recht zu administriren⁵⁷⁾), er könnte daher auch vor der Cautionsleistung nichts gültig veräußern. Hierher gehört, was Julian *libro XXI. Digestorum*⁵⁸⁾ sagt:

Curator dementi datus, decreto interposito,
uti satisdaret, non cavit, et tamen quasdām res
de bonis eius legitimo modo alienavit. Si heredes
dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit,
et exceptio opponetur: *Si non curator vendiderit*,
replicatio dari debet: aut si satisfactione
interposita secundum decretum vendiderit.

55) *L. 59. §. 1. L. 47. §. 1. D. de Minorib. L. ult. C. Si tutor vel curat. interven.* (II. 25.)

56) *L. 5. C. Si tut. vel curat. interven.*

57) *L. 5. C. de tutori vel curat. qui satis non dedit.* (V. 43.)

58) *L. 7. §. 1. D. de Curator. furios.*

Noch deutlicher ergiebt sich dieses aus einer zwar neuern Verordnung der Kaiser Constantius und Maximianus⁵⁹⁾, welche aber doch nur eine Bestätigung des ältern Rechts enthält.⁶⁰⁾ Sie lautet so:

Tutor, qui salisationem, cum satis dare debuit, minimè interposuit, nihil omnino ex bonis pupilli alienare potest. Dat. XI. Kalend. Januar. CONSTANTIO et MAXIMIANO AA. Conss. 305.

Es kann seyn, daß Kaiser Trajan in dem auf seinen Vortrag gemachten Senatschlusse, von welchem in dem vorigen Titel die Rede war, eben deswegen die Municipalobrigkeiten selbst dafür verantwortlich zu machen veranlaßt worden seyn, wenn sie sich von den Vormündern, wo sie sollten, gar keine, oder keine tüchtige Caution hatten bestellen lassen, ja vielleicht war in demselben Trajanischen Senatus-Consultum zugleich den Vormündern verboten worden, vor geleisteter Caution Veräußerungen vorzunehmen, und die geschehenen für nichtig erklärt worden. Denn da die Municipalobrigkeiten außer aller Verantwortung waren, wenn sie dem Vormunde die erforderliche Satisfaction auferlegt hatten, es aber doch leicht geschehen konnte, daß der Vormund Veräußerungen vornahm, ehe er noch durch die gewöhnlichen Zwangsmittel (pignoribus capitis) dazu angehalten werden konnte, so konnte nun freylich dem Papillen anders nicht geholfen werden, als daß er die nächster Weise veräußerten Sachen vindicirte. Vielleicht deutet hierauf Gajus hin, wenn er libro VII. ad Edictum provinciale⁶⁰⁾ sagt:

59) L. 5. Cod. de tutore vel curat. qui satis non dedit.

60) L. 15. S. 2. D. de publiciana in rem act. (Vl. 2.)

Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, et *lege non prohibente*, se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.

Der unsterblich verdiente Haubold⁶¹⁾ meint zwar, der Name Lex deute auf die Oratio des Kaisers Septimius Severus hin, von welcher in seinem Exil die Rede ist, und glaubt hier einen neuen Beweis für seine Muthmaßung gefunden zu haben, daß Gaius noch unter Antoninus Caracalla geblüht habe. Allein daß dieses gar nicht wahrscheinlich sey, indem Gaius von den sehr wichtigen Aenderungen des Septimius Severus, welche er sicher nicht, besonders in seinen Institutionen, mit Stillschweigen übergangen haben würde, auch nicht eine berührt hat⁶²⁾; und also unter der Lex leinesweges die oratio Septimi Severi gemeint seyn könne, hat Wilh. Anton Heinr. Dittmar⁶³⁾ ausführlich gezeigt.

61) Specim. cit. Cap. I. S. 5. (in Opus. Vol. II. pag. 179.)

62) G. Ed. Schraden's Untersuchungen Was gewinnt die Röm. Rechtsgeschichte durch Gaius' Institutionen? (Heidelberg. 1823. 8.) S. 38.

63) De nomine, aetate, studiis ac scriptis GAII ICti Rom. Specim. I. (Lipsiae 1820. 4.) Cap. II. S. 5. pag. 98—104. Daß unter Lex in der oben angeführten Stelle des Gaius nicht die Oratio Severi, sondern ein ganz anderes Gesetz zu verstehen sey, glaubt auch der treffliche Wenck, der seinem treuen Freund Haubold leider nur zu früh für unsere Wissenschaft in die Ewigkeit nachfolgte, in der Praefatio zum zweyten Bande der von ihm edirten Opusculor. Hauboldi pag. 28. Es paßt auch wirklich die Oration gar nicht zur Stelle des Gaius, weil jene nicht alle und jede Sachen der Pupillen, sondern nur praedia rustica und

Es möchte aber eine Veräußerung entweder von dem Vormunde selbst, oder unter dessen Beytritt von dem

suburbana, und auch diese nicht schlechterdings zu veräußern verbot. Wie konnte also rücksichtlich derselben derjenige, welcher nicht ein solches praedium, sondern irgend eine andere Sache, die gar nicht einmal unter dem Verbot begriffen war, vom Pupillen gekauft hatte, wenn er sie mit der *actio Publiciana* verfolgte, beweisen müssen, er habe sie nicht nur unter Auctorität des Vormunds, sondern auch, ohne dem Verbot des Gesetzes des Kts Gaius zu wider zu handeln, gekauft? Es müsse also vielmehr, sagt WBNCK, von irgend einem andern Gesetz hier die Rede seyn, welches die Erwerbung gewisser Sachen entweder schlechterdings oder gewissen Personen untersagt habe. Diese Ansicht scheine auch die L. 12. §. 4. D. eodem zu bestätigen, wo Paulus sagt: *Si res talis sit, ut eam non aut constitatio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Praetor tuerit, ne contra leges faciat.* Wenn jedoch WBNCK die Worte *lege non prohibente* auf die XII Tafelgesetze beziehen will, so ist diese Meinung noch manchem Zweifel unterworfen. Denn gesetzt auch, die Stelle des Gaius sey wirklich interpolirt, und es habe in Folge dessen, was er in seinen Institutionen Comm. II. §. 80. (S. oben §. 445.) lehrt, die Pandektenstelle ursprünglich so gelautet: *Qui a pupillo, vel rem mancipi a muliere emit, probare debet, tutore auctore, lege non prohibente, se emisse,* so ist noch die Frage, ob denn auch wirklich die XII Tafeln ein solches Verbot enthalten haben? Daran lässt sich nach dem, was ZIMMERN in der Gesch. des Röm. Privatrechts I. B. 2. Abth. §. 245. S. 921. sehr gründlich dagegen ausgeführt hat, wohl mit Recht zweifeln. Und warum ließ denn die Interpolation die Worte *lege non prohibente* stehen, wenn mit Erlöszung der Weiber-Tutel und Aufhebung des Unterschiedes der *rerum mancipi* und

Pflegbefohlnen geschehen; so war vor Septimius Severus zur Gültigkeit derselben keine feierliche Form erforderlich⁶⁴⁾). Denn so viele Beyspiele von Veräußerungen der Pupillen-Güter, sie mochten unbewegliche oder bewegliche seyn, auch in den Fragmenten der Röm. Juristen, die vor Septimius Severus gelebt haben, als eines Antistius Labeo⁶⁵⁾, *Salvius Julianus*⁶⁶⁾, *Sextus Pomponius*⁶⁷⁾, und *Quintus Cerdidius Scævola*⁶⁸⁾, welcher zwar des R. Septimius Se-

nec mancipi auch das Verbot selbst aufhörte? (Desh) Da der Veräußerung der Pupillen-Güter sprachen gewiß die XII Tafeln eben so wenig, als von der alienation der rerum mancipi der Frauenspersonen, welche sich in der Tute der Agnaten befanden. Der Beweis, der Kläger habe die in Anspruch genommene Sache mit Auctorität des Vormundes von dem Pupillen gekauft, würde also auf jeden Fall bey der actio Publiciana genügt haben;

64) *S. Jo. Voet Comm. ad Pand. h. t. C. i.* *Cer. Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Ait Ocalia.* (Tom. II. Opp. pag. 584) et §. Deinde ait. *Oratio.* pag. 588.) *Bav. Voorda Thesium controv.* iuxta seriem *Dig.* Decad. XXVIII. Th. 1. pag. 577. *Pothier Pand.* Justinian. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. a. pag. 160. *Joach. Maurit. Guil. Baumann Divus Gordianus sive de vita et constitutionibus M. Antonii Gordiani III. Imp. Exercit. I.* (Lipsiae 1792. 4.) *P. II. Cap. I. §. 8.*

65) *L. 15. §. 1. D. de Minorib.* wo Pomponius die Meinung des Labeo anführt.

66) *L. 41. D. de Minorib.*

67) *L. 15. §. 1. L. 14. D. Eodem.*

68) *L. 59. §. 1. L. 47. §. 1. D. Eodem.* *L. 56. D. de Administr. tut.* *L. 20. D. de auctorit. tutor.*

verus Lehrer im Civilrecht war⁶⁹), aber doch noch vor der Oratione desselben geschrieben hat⁷⁰), vorkommen; so geschieht doch nirgends dabey eines obrigkeitlichen Decrets Erwähnung, sondern sie gedenken blos der Restitutions-Wohlthat, welche immer ein rechtsgültiges Geschäft vorausezigt. Daher wirft Ulpian⁷¹) bey dem Curator eines furiosi, oder eines andern Pflegbefohlnen, der kein Minderjähriger ist, die Frage auf, ob die von dem Curator vorgenommene Veräußerung nach dem alten Rechte gültig sey, oder nun auch die Oratio auf sie angewendet werden müsse?, und beantwortet diese Frage bejahend. Er sagt:

Sed si curator sit furiosi, vel cuius alterius, non adolescentis, videndum est, utrum iure veteri valebit venditio, tan hanc Orationem admittemus? Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, et coniunctim tutoribus curatores accipiuntur⁷²), persic 100 100, aug 57 m. 100 100.

69) SPARTANUS de vita Caracallae. Cap. 8.

70) G. Jo. LUD. CONRADI Diss. histor. critica I. de vita et scriptis Quinti Cervidii Scaevolae Icti. Lipsiae 1755. Cap. II. (in Opuscul. Vol. I. pag. 24 26. et 157.)

71) L. 8. §. 1. D. h. e.

72) So lesen, statt *accipiunt*, wie es in der florentinischen Ausgabe heißt, Greg. HALOANDER, Rob. STEPHANUS, Lud. MIRABUS und Jo. Lud. Guil. Beck. Zwar billigt diese Lesart auch Jos. Lud. ERN. PÜTTMANN Probabil. juris civ. Lib. II. Cap. IX. §. 2. pag. 62. nur will er bey den Worten *coniunctim tutoribus* das Wort *cum* subintelligen. *Coniunctim accipiuntur* lesen auch mehrere Handschriften, wie BRENNMAN in der Note zu dieser Stelle im Gebauer. Corp. J. C. bemerk't hat. Der Sinn wäre also, weil in der Oration des R. Severus die Curatores, näm-

tinere: et de ceteris puto ex sententia Orationis idem esse dicendum.

lich der Minderjährigen, mit den Tutores verbunden werden; so könne die Oration auch auf die Curatoren der Wahnsinnigen und anderer nicht minderjähriger Curanden angewendet werden. Andere Ausgaben, z. B. die des Pet. ab ARBA BAUDOZA Cestius, und Guili. MERLINUS lesen statt *coniunctum*, *coniuncti* accipiuntur. Und TAURELLIUS bemerkt in seinen Adnotatis zur florentinischen Ausgabe, daß die Handschrift *coniuncti* lese, obgleich gleich die Holandische Lesart in seine Ausgabe aufgenommen hat. Die Holandische Lesart giebt Jo. Bern. ROTULIA Interpretatio et Emendatio*juris Rom.* Lib. II. (Lipsiae 1792. 8.) Cap. Xe. s. 6. pag. 118. den Vorzug, und erklärt nun mit Accursius die Stelle des Ulpian's folgendermaßen: Weil der Kaiser in seiner Oration von Pupillen spricht, und nach geendigter Tutel sogleich Curatoren eintreten, so sey die Oration Severi auch auf Curatoren der Wahnsinnigen und anderer nicht minderjähriger Curanden anwendbar. Wie scheint unter allen die Hartmannische Erklärung den Vorzug zu verdienen. Denkt auch bei anderen Fällen werden häufig die Curatoren mit den Tutores verbunden, und was bey Tutores gilt, auch von Curatoren behauptet. Vgl. schr. z. B. L. 4. s. 25. *D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.) Mit dieser Erklärung stimmt auch Rotulus Pandect. Justin. Tom. II. h. I. Nr. XVI. Not. e. pag. 163. überein, wenn er sagt: *Sensus est: quamvis Princeps de pupillis loquatur, tamen cum in hac Constitutione coniungat tutoribus curatores, certe pertinet Constitutio ad omnes Minores, tam impuberes, quam adultos.* Sed et de ceteris, qui in cura sunt (puta furiosis, prodigiis etc.) patet ex sententia orationis idem esse dicendum. Von allen abweichend ist Ant. FABER in *Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Pr. III. Illat. 10.* pag. 766. welcher so lesen will: *Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, et qui coniunctum tutoribus curatores acci-*

Einen neuen, gewiß den stärksten Beweis für diese Meinung, nimmt der hochverdiente Häubold⁷³⁾ aus den Worten der Oration des Severus selbst her. In dieser Oration heißt es nämlich:

Si communis res erit, et socius ad divisionem provoet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli accepit, ius exequatur; nihil novandum censeo.

Also in den hier angeführten Fällen soll es beym ältesten Rechte bleiben, daß heißt, kein obrigkeitliches Decret nothig seyn.

S. 1381. a.

Oration des K. Septimius Severus.

Dieses ältere Recht, welches den Vormündern, Tuto-
ren und Curatoren jeder Art, bey der Veräußerung der
Güter und Sachen ihrer Pflegbefohlihen freye Hand gab,
und keine obrigkeitliche Erlaubniß erforderete, ward nun
unter den Kaisern Septimius Severus und An-
toninus Caracalla zum Theil abgeändert. Es ward
nämlich auf den Anfang (Oratio) des Ersten unter den
Consuln Scapula Tertullus und Tineius Clemens,
also im Jahre der Ers. Roms 984, nach Christi Geburt

piant, non pertinere. Der Sinn sei, nämlich der: den
Worten nach gehe freylich die Oratio Severi nicht auf die
curatores eines furiosi und prodigi, weil sie blos von
Pupillen rede, welche vereint mit Tutoren auch Curatoren
erhalten; allein berücksichtige man den Grund und Geist des
Gesetzes, so müsse es auch auf die Curatoren der Wahnsin-
nigen und Verschwender erstreckt werden.

73) Cit. Specim. Cap. I. §. 5. (Opusc. Vol. II. pag. 179.)

195, im dritten Jahre seiner Regierung ⁷⁴⁾), ein Senatus-Consultum gemacht, welches den Tutores und Curatores der Pupillen und Minderjährigen verbot, die diesen gehörigen praedia rustica und suburbana zu veräußern, außer soweit es entweder die Nothwendigkeit erfordert, und auch da nur, wenn der Prätor deshalb ist angegangen, und von diesem nach gewissenhafter Untersuchung die Veräußerung durch Ertheilung eines Decretis erlaubt worden ist; oder aber ohne dieses, wenn die parentes der Pupillen im Testamente oder Codicillen die Veräußerung angeordnet haben; oder wenn bey einer gemeinschaftlichen Sache der Socius auf Theilung dringt; oder wenn der Gläubiger ein ihm vom Vater des Pupillen verpfändetes Grundstück, welches sonst unter dem Verbot des Gesetzes begriffen ist, in Anspruch nimmt, und sein Recht an demselben geltend macht. Ulpian hat uns den hierher gehörigen Theil der Oration aufbehalten. In einer aus desselben libro XXXV. ad Edictum genommenen Stelle referirt er:

Imperatoris SEVERI oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica et suburbana distrahere.

§. 1. Quae oratio in Senatu recitata est *Tertillo et Clemente Consulibus; Idibus Juniiis.*

§. 2. Et sunt verba eius huiusmodi: *Praeterea, Patres Conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia RUSTICA vel SUBURBANA distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento*

74) Ueber das Zeitalter dieses Senatusconsultums vergl. HAU-BOLD Specim. historiae iur. civ. de h. Tit. Cap. II. §. 5. (Opusc. Vol. II. pag. 194. sqq.)

vel codicillis caverint. Quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc Praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari, obligative debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreplum esse Praetori. Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequetur, nihil novandum censeo.

Daß der Kaiser Septimius Severus, des Antoninus Caracalla Vater, für den wahren Urheber dieses Senatusconsultums zu halten sei, ist seinem Zweifel unterworfen. Er wird zwar vom Ulpian, so wie vom Kaiser Gordian III.⁷⁵⁾ und den Kaisern Diocletian und Maximian⁷⁶⁾ nur schlechthin Severus genannt. Es ist aber bekannt, daß unter dem Namen Severus, so oft er in den Justinianischen Rechtsbüchern erwähnt wird, immer Septimius, nie Alexander Severus verstanden werde.⁷⁷⁾ Außerdem beweist ja auch das Zeitalter der von Ulpian angeführten Sensus, daß der Kaiser Severus kein anderer, als Septimius sein könne. Ob nicht auch sein Sohn, Antoninus Caracalla, an dieser Oration Anteil habe, ist zweifelhaft. Diesen Zweifel veranlaßt Paulus⁷⁸⁾, welcher gerade da, wo er von

75) L. 2. C. de curat. furiosi vel prodigi. (V. 70.)

76) L. 9. C. de praed. et aliis reb. minor. (V. 71.)

77) G. Pet. de Toullieu Collectan. iur. civ. edita a Jo. Wolbers. Groningae 1757. 4. Diss. IV. Cap. 2. pag. 170. sqq.

78) L. ult. D. h. t.

der Veräußerung eines praedii rustici pupillaris spricht, der oratio divisorum Principum gedenkt, gegen welche die Vormünder darum nicht gehandelt hätten, weil sie in Folge des Thren vom Vater des Mündels in seinem Testamente erklärten Willens geschehen sey. Das aber die hier vom Paulus nicht genannten *Divi Principes* keine andern Kaiser sind, als Severus und Antoninus; welche er, während sie noch lebten, *nostros Imperatores*⁷⁹⁾ zu nennen pflegt, schollet aus einem andern Fragment dieses Rechtsgelehrten⁸⁰⁾, wo er sie mit Namen nennt, und bey denselben Reservt zugesetzt, welches gerade einen Veräussereungsfall betrifft. Man könnte daher mit Justus Meier⁸¹⁾ glauben, beide Kaiser, Vater und Sohn, hätten in der That gleichent Antheit. Allein die Geschichte widerspricht dieser Meinung, welche uns lehrt, daß Antoninus *Emperor* Glaucus den Sohn nachher von seinem Vater zum Mitregenten aufgenommen werden sey⁸²⁾. Paulus selbst schrieb daher seinen liber singularis blos *ad orationem divi Seperi*, wie aus den Inscriptionen mehrere daraus erceptirten Stellen dieses Titels⁸³⁾ erscheint. Das Rätsel löst sich jedoch, wenn man nur von der Besmerkung ausgeht, daß so wie bey diesen Kaisern zuweilen eine Verordnung nur dem einem Kaiser allein zugeschrieben

79) *L. ult. D. de hered. instituend. L. 48. pr. D. de iure fisci.* S. *Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 212. in fin. et 213.

80) *L. 15. D. h. t.*

81) *Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 1.*

82) *S. PAGIUS Critica in Annales ecclesiast. Baronii ad ann. 198.*

83) *L. 2. L. 4. L. 15. D. h. t.*

wird, die doch beyden angehört, wovon uns oben ⁸⁴⁾ die *Oratio de donationibus inter virum et uxorem confirmandis* ein Beispiel gab; eben so auch hinwiederum beyden Kaisern zugleich Verordnungen zugeschrieben werden, welche nur von dem einen derselben herrühren. Im Justin. Codex findet sich wenigstens keine einzige Constitution, deren Inschrift nicht die Namen beider Kaiser bezeichnet, wenn gleich mehrere darunter befindlich sind, welche vom **R. Septimius Severus** gegeben worden sind, ehe er noch die Regierung mit seinem Sohne theilte ⁸⁵⁾.

Soviel hiernächst den Inhalt der Oration selbst anlangt, so zeigen schon gleich die Anfangsworte derselben: *Praeterea, Patres Conscripti, interdicam etc.* daß etwas vorausgegangen seyn müsse, und also dasjenige, was uns Ulpian als Imp. *Severi oratio in Senatu recitata* aufbehalten hat, nur ein Bruchstück derselben sei. Cornelius van Bynkershoft ⁸⁶⁾ meint, es sey wahrscheinlich in dieser Oration mehreres über die Verwaltung der Pormünder verordnet worden. Eine noch wahrscheinlichere Ahnung hatte der treffliche Haubold ⁸⁷⁾, es könne vielleicht, sagt er, ein Kapitel, welches nicht gerade zur Veräußerung der Pupillengüter gehörte, dem, welches Ulpian

84) S. den 26. Th. dieses Commentars, §. 1254. S. 92.
Man vergl. auch HAUBOLD Specim. cit. Cap. II. §. 2.
(in Opusc. Vol. II. pag. 192. in fin. et sq.)

85) S. das Verzeichniß derselben bey ABRAH. WIELING in Jurisprud. restituta. (Amstelod. 1727. 8.) pag. 111—118.

86) Observation. iuris Rom. Lib. VI. Cap. 8. pag. 115.
(edit. Heineccian. Francof. et Lips. 1759. 4.)

87) Specim. cit. Cap. II. §. 1. (Opusc. Vol. II. pag. 186.)
Man vergleiche jedoch WENCK in Not. *. pag. 187.

unp̄ behalten hat, vorausgegangen seyu, und so ist es auch wirklich. Denn man ist jetzt ziemlich darin einverstanden, daß die pars orationis Imperatoris SEVERI, wodurch der Tutores promiscua facultas petiores nominandi gewisse Schranken gesetzt worden sind, welche wir nun aus den Vaticanaischen Fragmenten⁸⁸⁾ kennen gelernt haben, zu unserer Oratio gehört, und aller Wahrscheinlichkeit nach dem Theile derselben vorausgegangen sey, welcher der Tutores promiscua facultas alienandi ebenfalls beschränkt hat⁸⁹⁾.

Die Oratio SEVERI verbot nun den Tutoren und Curatoren der Pupillen und Minderjährigen, (denn von beiden ist in den Anfangs-Worten⁹⁰⁾ unserer Oration die Rede, und wenn sie gleich von Curatoren schlechtweg sprechen, so ist dies doch von der Interpretation auf Minderjährige bezogen worden, weil, wie Ulpian⁹¹⁾ sagt, die Oratio von Pupillen redet; die Curatoren aber in Verbindung mit den Tutoren genommen werden⁹²⁾) die Veräußerung der Sachen ihrer Pflegbefohlnen nicht schlechtshin, sondern nur die Alienation von solchen Grundstücken,

88) Vaticana Fragmenta de Excusatione §. 158. S. oben
§. 1568. a. S. 145. f. verb. mit S. 142. ff.

89) S. Hugo Gesch. des Röm. Rechts. S. 717. ff. der 10. Aufl.
Zimmer Gesch. des Röm. Privatrechts I. B. §. 242.
S. 911. f. Alex. Aug. de BUCHHOLZ Juris civ. Ante-
just. Vaticana Fragmenta pag. 135. ad §. 158. und Car.
Frid. Christ. WBNCK Praef. ad Vol. II. Opusculor.
HAUBOLDI. pag. XXXII. Not. **).

90) L. 8. §. 1. D. h. t.

91) S. Zimmern Gesch. des R. Pr. R. I. B. S. 246. Not. 17.
S. 929.

welche prædia rustica oder suburbana sind, und auch diese nicht unbedingt. Sie sollen nur nicht anders, als wenn es die Nothwendigkeit erfordert, und auch nicht ohne die Zustimmung der Obrigkeit, sondern mittelst eines pro tribunali prævia causæ cognitione ertheilten Decrets, veräußert werden dürfen. Also bey beweglichen Sachen und Häusern, welche letztere in unsren Gesetzen *prædia urbana* genannt werden, soll es beym Alten bleiben⁹²⁾. Ulpian sagt *libro II. de omnibus tribunalibus*⁹³⁾, gerade in dem Buche, worin er von der Veräußerung der Pupillengüter handelt, wie aus *L. 6.* und *L. 8. D. h. t.* ershellet:

Urbana prædia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et, si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis, et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum præedium non locus facit, sed materia. Prinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in redditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana.

92) *L. 11. §. 5. D. de Minorib. G. Noodt Comm. ad Dig. §. Deinde addit. pag. 584.*

93) *E. 198. D. de Verbor. Signif.* Ulpian handelte im zweyten Buche seiner Protribunalium auch von der Veräußerung des fundi dotalis, wie aus *L. 5. D. de fundo dot.* ershellet, welche aus eben dem Buche Ulpians gesnommen ist. Denn die Lex Julia de fundo dotali hatte in manchen Stücken eine Ahnlichkeit mit der Oratio Severi. Diese Ahnlichkeit, aber auch den Unterschied hat Jac. Cujacius Observat. Lib. VII. Cap. 25. durchgeführt.

Was sind nun aber *praedia rustica* und *suburbana*? Unser Pandecten-Titel giebt uns in den auf den Inhalt dieser Oration Bezug habenden Excerpten aus den Schriften der klassischen Juristen keine Erklärung dieser Ausdrücke. Allein in andern Stellen des Döm. Rechts finden wir die Eigenthümlichkeit der hier genannten *praediorum* bezeichnet. Diese lehren uns, daß es hierbey nicht auf die örtliche Lage, sondern lediglich auf die Beschaffenheit, den Zweck und die Art des Gebrauchs ankomme. Die Kaiser *Dio cle tian* und *Maximian*⁹⁴⁾ sagen: *Si praedium rusticum vel suburbanum, quod ab urbanis, non loco, sed qualitate secernitur, etc.* Aus der Vergleichung dieser Stelle erklärt sich nun auch die Bedeutung des von *Ulpian* gebrauchten Wortes *materia*. Daß es hier bey dem Unterschiede zwischen *Urbanum* und *Rusticum* nicht auf den Ort, sondern auf Beschaffenheit und Gebrauch ankomme, sagt *Ulpian* auch noch an einem andern Orte, nämlich *libro VI. ad Sabinum*⁹⁵⁾:

*Urbana familia et rustica non loco, sed genere*⁹⁶⁾ *distinguitur. Potest enim aliquis dispensator non esse servorum urbanorum numero, velut is, qui rusticarum rerum rationes dispensem, ibique habitet, non multum abest a villico: insularius autem urbanorum numero est.*

Aus allen ergiebt sich nun soviel, daß 1) *praedia rustica* solche Grundstücke genannt wurden, welche blos zur landwirthschaftlichen Benutzung bestimmt waren, und auf denen Früchte geärndet werden konnten, oder welche sonst einen Ertrag gewährten, als Acker, Wiesen, Weinberge, Obstgärten, auch Bergwerke, Metall-Gruben, Steinbrüche u. d.⁹⁷⁾. *Zerentius Barro*⁹⁸⁾ sagt zwar,

94) *L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor* (V. 61.)

95) *L. 166. D. de Verb. Signif. S. Gordianus* in Comment. ad h. L.

96) Sc. genere usus, wie LABEO *L. 12. D. de Supellect. legat.* (XXXIII. 10.) sagt.

97) *L. 5. s. 6 D. h. t. L. 198. in fin. D. de Verbor. Signif. Porphyri Pand. Justin. Tom. II. Tit. de administr. et peric. iur. Art. IV. Nr. XXXII. not d. pag. 113. sagt. Non ex loco, sed ex qualitate diudi-*

argentisodinae, lapidicinae, arenariae, siglinae gehörten nicht ad agriculturam; allein er fügt hinzu: Neque ideo non, in quo agro idoneae possunt esse, exercendae, atque ex iis capiendi fructus. 2) *Praedia suburbana* hatten zwar bey den nichtjuristischen Clasifikern nur eine geographische Bedeutung. Sie verstehen darunter im eminenteren Sinne, in welchem die Römer sich unter der *Urbs* immer nur die Stadt Rom dachten, Italische Grundstücke in der Nähe von Rom⁹⁹). Allein hier wird der Ausdruck in seiner eigentlichen strengjuristischen Bedeutung genommen, in welcher darunter solche praedia verstanden wurden, welche zwar auch urbana, aber wegen des größern Ertrags mehr rustica, als urbana waren, sie mochten in der Stadt oder außer derselben befindlich seyn¹⁰⁰). In dem oben angeführten Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian¹⁾

catur, an *urbana*, an *rustica* sint praedia: ut quae ad fructum et redditum recipiendum destinata sunt, sint *rustica*, quae ad usum aut delicias patrisfamilias, sint *urbana*.

- 98) *De Re Rustica*. Lib. I. cap. 2. (inter Scriptores Rei Rust. vett. latin. Vol. I. pag. 98. edit. bipontin.)
- 99) Daher der Redegebrauch Italia suburbana bey PLINIUS *Hist. Natur.* Lib. XXVI. Cap. 4. Ferner Italiae regio suburbana bey COLUMELLA *de re Rustica* Lib. XI. Cap. 2. und laudatissima Italica et maxime suburbana, bey PLINIUS *H. N.* Lib. XIX. Cap 3. Daher nennt auch FLORUS Lib. III. cap. 19. Sicilien provinciam quodammodo *suburbanam*, weil sie Rom am nächsten, und gleichsam in conspectu Urbis lag. S. *Ev.* OTTO Praefat. ad Tom. V. Thes. Jur. Rom. pag. 57. RUFINUS, ein Priester von Aquileja, der im vierten Jahrhundert lebte, gedenkt in seiner *Histor. Eccles.* Lib. I. Cap. 6. pag. 203. (edit. Grynaei) auch der *suburbicariarum ecclesiarum*. S. *Christ.* KORTHOLT Commentat. hist. ecclesiast. de ecclesiis suburbicariis Sect. I. et II. *Lipsiae* 1750. 4. Sect. III. et IV. *Ibid.* 1751.
- 100) S. Heinr. Ed. DIRKSEN Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts (Leipzig 1825.) Abhandl. II. Nr. IV. S. 95 — 105. Albr. SCHWEPPES Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. S. 455. S. 627. der 2. Ausgabe, und ZIMMERN Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. S. 246. Not. 19. S. 930.
- 1) *L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor.*

wird gesagt: *Praedium suburbanum ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur, und in den Scholien der Basiliken*²⁾ wird dieses so erklärt:

Tὸ προαστείον χωρίζεται ἀπὸ τοῦ οἴκου οὐκ ἀπὸ τῆς τοῦ τόπου θέσεως, ὅτι δὲ ὁμοιοτάτη τῆς πόλεως, ἀλλ' ἐκ τοῦ παρέχειν πρόσοδον. ὅστε εἰ καὶ εν πόλει ἔστι, πρόσοδον δὲ παρέχει, σαν βαρύβανον λέγεται, καὶ ἔξω δὲ πόλεως εἰ ἔστιν, αποσόδευτον δὲ ἔστιν τὸ οίκημα, πρὸς τέρψιν μόνον κατεσκευασμένον λέγεται.

SUBURBANUM ab aedibus secernitur, non positione loci, quod sit extra urbem, sed ratione redditus, ut etiam si sit in urbe, modo redditum praebeat, SUBURBANUM dicatur, et extra urbem, si sit sine redditu, aedificium voluptati deserviens tantum dicatur.

Also Gärten und Häuser, die bloß zum Vergnügen, und eigener Bewohnung bestimmt sind, ohne Ertrag, sind praedia urbana, insofern sie aber redditus gewähren, sind sie suburbana³⁾.

Die Veräußerung solcher Grundstücke verbot nun die Oratio Severi dergestalt, daß nicht einmal die Zustimmung des Praetor Urbanus allein genügen sollte, wenn nicht auch eine dringende Schuldenlast die Veräußerung nothwendig mache. *Quodsi forte aes alienum tantum erit*, heißt es in der Oration, *ut ex rebus ceteris non possit exsolvi*, tunc Praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur. Um des bloßen, wenn gleich augenscheinlichen Nutzens willen, sollte daher der Prätor keine Veräußerung erlauben. Die Veräußerung soll, sowie

2) *Basilic.* Lib. XXXVIII. Tit. 9. Tom. V. Fabritii p. 160. Schol. y.

3) So erklärt auch Arn. VINNIUS Selectar. iuris Quaestio. Lib. I. cap. 50. Und Jo. GOEDDARUS in Comment. repetit. praelect. in Tit. Pand. de Verbor. et Rer. Significat. ad L. 198. h. t. nr. 8. pag. 1099. sq. sagt: *praedia suburbana ea esse praedia, quae promiscuum habent usum, et urbanum et rusticum, magis tamen rusticum, quam urbanum.* ISIDORUS Origin. Lib. XVII. Cap. 5. spricht sogar in Beziehung auf den Gebrauch von *suburbanis uvis*, quarum fructus ad esum

das dazu ertheilte Decret, null und nichtig seyn. So lehrt Ulpian *Libro XXXV. ad Edictum*⁴⁾:

Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent, *expedire haec praedia vendi*, et vel alia comparari, vel certe istis earere, videndum est, an Praetor eis debeat permittere? Et magis est, ne possit, Praetori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, si aes alienum immineat. Proinde et si permiserit, aere alieno non allegato, consequenter dicemus, nullam esse venditionem, nullumque decretum: *non enim passim distrahi iubere Praetori tributum est, sed ita demum, si urgeat aes alienum.*

Nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus, welches Paulus L. 13. h. t. anführt, soll nicht einmal ein fundus infructuosus alienirt werden dürfen, wenn keine Schulden die Veräußerung nothwendig machen.

§. 1381. b.

Ausdehnung der Oration in subjectiver oder objectiver Hinsicht durch die Interpretation.

Noch vor Constanti n dem Großen erhielt die Oration *Severi* durch die Interpretation sowohl in Rücksicht auf Personen, als Sachen, manche Ausdehnung. 1) In subjectiver Hinsicht ward sie auf die Curatoren eines furiosus und prodigus, und Anderer angewendet, die keine Minderjährigen sind. Denn da die Oration von Curatoren der Minderjährigen spricht, so wie man das Wort *Curatores* verstand; so glaubte man, was von diesen gilt, müsse ex sententia orationis auch auf die übrigen Curatoren nichtminderjähriger Personen angewendet werden können. Die hierher gehörige Stelle aus Ulpian's *libro II. de omnibus tribunalibus*⁵⁾ ist schon oben vorgekommen. Diese Anwendung bestätigte aber auch ein Rescript des Kaisers Gordian an den Auitius. Es ist

quoque comparari solet: seu quarum fructus ad escam,
velut pomum, in urbibus venditur.

4) L. 5. §. 14. D. h. t. S. Noont Comm. h. t. §. Vetat
igitur. pag. 584.

5) L. 8. §. 1. D. h. t.

die *L. 2. C. de curatore furiosi vel prodigi* (V. 70.) folgenden Inhalten:

Orationis *Divi SEVERI beneficium*, quo posses-siones rusticæ sine decreto Praesidis pupillorum seu adolescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non iniuria etiam *ad agnatos furiosi* porrigitur. Si igitur citra decretum Praesidis fundus mente capti etiam ab agnato eius tibi pignori nexus est: vinculum pignoris in eo non consistit: utilem tamen adversus eum personalem actionem, si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris habere. PP. Kalend. Januar. *Pio et Pontiano Cons. 238.*⁶⁾

Eben so wurde diese Oration, welche nur vom Praetor urbanus spricht, auch auf den Praeses provinciae ausgedehnt, wie nicht nur aus dem angeführten Rescript des Kaisers Gordianus erschließt, sondern auch noch besonders folgende Stelle aus Ulpianus *libro III. de officio Proconsulnis*⁷⁾ beweist.

Si praedia minoris virginis quinque annis distrahi desiderentur, causa cognita Praeses provinciae debet id permittere. Idem servari oportet, et si furiosi, vel prodigi, vel cuiuscumque alterius praedia curatores velint distrahere.

Denn in der Jurisdiction und potestas des Proconsuls und Praeses der Provinz war alle Gewalt begriffen, welche der Praetor urbanus, der Praefectus Urbi, und

6) Da Gordian erst im Januar des Jahres Chr. 238. zum Kaiser erhoben wurde; so kann wohl diese Constitution nicht schon am ersten Januar gegeben sein. Zwar wird in der Geb. Spangenbergschen Ausgabe das Jahr 239. angegeben. Allein diese Jahrzahl ist unrichtig, denn An. Pius und Pontianus Proculus waren im Jahre Chr. 238. Consuln, wie Spangenberg in den Noten zu dieser Constitution selbst zugiebt. Statt Januar. substituiren daher andere Kal. Julii, noch richtiger Kal. Junii, wie Spangenberg emendirt. Das Erste verwirft auch BAUMANN in *Vivo Gordiano. Diss. I. P. I. §. 1. Not. i. und RBLAND in Fastis Consular. pag. 184.* Die Constitution des Kaisers Gordian selbst ist von BAUMANN P. II. Cap. I. §. 1. der angf. Schrift erklär worden.

7) *L. II. D. h. c.*

jeder andere Magistrat in Rom hatte ⁸⁾). Aber auch der Präses durfte nur wegen dringender Schulden, die anders nicht getilgt werden konnten, die Veräußerung erlauben, wie folgendes Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian an den Leontius beweist:

L. 12. C. de praediis et aliis reb. minor. Ob aes alienum tantum causa cognita praesidali decreto praedium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur. Dat. 11. Kal. Maii Heractiae CC. Conss.

2) In objectiver Hinsicht wurde nicht nur die Veräußerung von iuribus praediorum, die den Pfleg- befohlenen gehörten, z. B. wenn demselben ein ius *euφυτεύτικον*, oder der ususfructus fundi alieni zustand, sondern auch die Bestellung von Servituten und iuribus praediorum, so wie die Veräußerung mancher anderer Gegenstände, z. B. Bergwerke, Salzwerke u. d., wovon die Deation nichts sagte, unter das Verbot gezogen, wie aus folgenden Gesetzesstellen erscheint.

L. 3. §. 4. D. h. 7. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Si ius *euφυτεύτικον* vel *euβατεύτικον* (Basilica *euβατεύτικον*) habeat pupillus ⁹⁾, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse; quamvis ius praedii potius sit ¹⁰⁾.

§. 5. Nec ususfructus alienari potest, etsi so-

- 8) *L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. de officio Procons.* (I. 16.)
L. 11. et L. 12. D. de officio Praesidis. (I. 18.) Da-
her geschieht bei der Veräußerung der Puppen-Güter so-
weil des Prätors als des Präses Erwähnung. *L. 2. §. 1.*
D. de officio eius, cui mand. est iurisd. (I. 21.) *L. 6.*
Cod. de praed. et aliis reb. minor. (V. 71.) *S. Ger.*
Noordt Comm. ad Dig. §. Praecipit ea. pag. 587.

- 9) Man vergleiche über diese Stelle den S. Th. dieses Com-
mentars §. 600. S. 584. und Fried. Wilh. von Zie-
gerström über das frühere Verhältniß des Rechts am
ager *vectigalis* (Greifswald 1828. 8.) S. 51. ff. wel-
cher den Namen ius *euφυτεύτικον*, statt ager *vectigalis*,
für eine Interpolation der Compilatoren hält.

- 10) Nämlich quam praedium. Allein Celsus sagt *L. 86. D.*
de Verb. Signif. Quid aliud sunt iura praediorum,
quam praedia qualiter se habentia?

lus sicut ususfructus pupilli. An ergo hic nec *non utendo* amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere ¹¹⁾). Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare ¹²⁾), quamvis Oratio nihil de usufructu loquatur. Simili modo dici potest, nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti. Quod et in fundo dotali placuit.

§. 6. Si lapidicinas vel quae alia metalla ¹³⁾ pupillus habuit, stypteriae ¹⁴⁾, vel cuius alterius

11) Es gehört hierher, was PAULUS L. 28. D. de Verb. Signif. sagt: *Ius quoque alienare* dicitur, qui non *utendo* amisit servitudes.

12) Nämlich durch Trennung des Ususfructus von der Proprietät. Denn eber ist kein ususfructus, als ein ius in re aliena, denkbar, und die Bestellung derselben ist demnach allerdings eine Alienation. S. Ant. FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 85. pag. 910. und Ger. NOODT h. t. §. Vetus igitur pag. 585.

13) Das Wort *metallum* wird in dem Röm. Sprachgebrauche in einer so allgemeinen Bedeutung genommen, daß darunter nicht blos eigentliches Metall im heutigen Sinn, als Silber, Gold u. d., sondern auch Marmor, Steine, aus Steinbrüchen, Kreide, Thon, Salpeter, Schwefel, Steinsalz, Alaun u. s. w. begriffen wird. Daher heißt es in dem Epigramm auf der Statue des Pescennius Niger, welche von schwarzem Thebaischen Marmor war, wie SPARTIANS in Vita eius in fin. erzählt: *Nigrum nomen habet, Nigrum formavimus ipsi, ut consentirent forma metalla tibi.* In Beziehung auf diese Bedeutung sagt der griechische Scholiast in den Basilic. Tom. II. Lib. XVI. Tū. 1. Const. 15. *Μετάλλον λέγεται πᾶν τὸ ἄντο δύρυματος τῆς γῆς ἐξόχουτον.* Metall, sagt er, heißt alles, was aus der Erde gegraben wird. S. Ger. NOODT Comm. h. t. §. Vetus igitur Oratio. pag 584. Christ. Gottl. Flade Röm. Bergrecht (Freyberg 1805.) Einleitg S. 1. f. und POTTHIER Pand. Just. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. c. pag. 161.

14) *Stypteriae*, Alaunwerke S. Andr. ALCIATI Parerg. iur. Lib. I. cap. 59. (Oper. Tom. II. pag 204.) Car. Andr. DUCKER Opusc. varia de Latinitate Istor. vett. pag. 406. und POTTHIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. d. pag. 161.

materiae, vel si cretisodinas, argentifodinas, vel quid aliud huic simile.

L. 4. h. t. PAULUS libro singulari ad orationem Dipi SEVERI. Quod tamen privatis liceat possidere.

L. 5, eod. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Magis puto ex sententia orationis impediri alienationem. §. 1. Sed et si salinas habeat pupillus, idem erit dicendum.

L. 13. C. de praed. et aliis rebus minor. Impp. Diocletian. et Maximian. Zenophilae. Eliam vectigale, vel patrimoniale, sive emphyteuticum praedium sine decreto Praesidis distrahi non licet. Dat. VIII. Kalend. Septembr. Sirmii. CC. Conss.

§. 1381. c.

Verordnung des Kaisers Aurelian.

In Ansehung der Form der Veräußerung erweiterte R. Aurelian das Gesetz des Severus, indem er in einem Rescript an Vulcher, es ist die *L. 2. C. Quando decreto opus non est* (V. 72.) den Wormündern erlaubte, sich an den Princeps zu wenden, und von diesem ein Veräußerungs-Rescript auszuwirken. Eine solche Erlaubnis des Staats-Oberhauptes sollte dann eben so viel gelten, als ein Decret des Prätors, oder Präses der Provinz. Die Worte sind:

Nullud requirendum est, an adito Principe, *Saturninus*, vir clarissimus, specialiter ius venditionis acceperit. Ad instar enim praesimalis decreti concessio Principalis accedit.

In den Basiliken (Tom. V. pag. 143.) heißt es: ἀρκεῖ γὰρ ἀρτὶ ἀποφάσεως ἀρχοντος η βασιλικὴ κέλευσις. i. e. iussio enim Principis pro decreto Praesidis sufficit.

§. 1381. d.

Ausdehnung der Oration des Severus durch Constantin.

Noch weiter, als Severus, ging aber Kaiser Constantin der Große in objectiver Hinsicht. Dieser dehnte nämlich das Veräußerungsverbot nicht nur auf alle Grundstücke, sondern auch auf andere der Aufbewahrung fähige

und nicht geradezu überflüssige bewegliche Gathen von Werth aus. Die Verordnung selbst lautet im Justinianischen Codex also:

L. 22. C. de administratione tutoris vel curatoris. (V. 37.) Imp. CONSTANTINUS A. ad Populum¹⁵⁾. Lex, quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum, argentum, gemmas, vestes, ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam praedia et mancipia, domos, balnea, horrea, atque omnia, quae intra civitatem sunt, venderent, omniaque ad numeros redigerent, praeter praedia et mancipia rustica, multum ministrum utilitati adversa est. Praecepimus itaque, ut haec omnia nulli tutorum curatorum mye liceat vendere: nisi hac forte necessitate, et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere, vel pignorare, vel in donationem propter nuptias¹⁶⁾, vel in dotem dare in praeteritum licebat: scilicet per inquisitionem iudicis, et probationem causae, interpositionemque decreti, ut fraudi locus non sit. Ante omnia igitur urbana mancipia, quae totius supellecti-

15) Diese Constitution fehlte bisher in allen Ausgaben des Theodosianischen Codex, ist aber nun aus einer rescribirenten Turinensis Handschrift restituirt und findet sich in *Car. Frid. Christ. WENCK Codicis Theodosii libri V. priores*. (Lipsiae 1825. 8.) Lib. III. Tit. 19. Nr. 5. pag. 189 — 192.

Da sie mit der in dem Just. Codex fast durchgehends übereinstimmt, so werde ich nur bemerken, wo die *L. 22.* interpolirt ist.

16) Von Hataländer fehlen die Worte: *vel in donationem propter nuptias*, vielleicht weil er sie für einen unächten Zusatz hielt. Denn Justinian schaffte ja erst den Namen *donatio propter nuptias*, wie er selbst *L. 20. C. de donat. ante nupt.* sagt. Daher sagt auch WENCK c. I. not. b. pag. 190. so habe Constantijn nicht sprechen können. Eben so glaubt SPANGENBERG in edit. sua ad h. L. not. 66. daß die bemerkten Worte vielleicht aus einer Glossa sich eingeschlichen haben. Denn man sage überhaupt nicht *dare in donationem*, so wie man *dare in dotem* sagt. Die Worte fehlen auch in mehreren Handschriften, wie Contius, Russard, und Charondas bemerken. Sie halten sie daher ebenfalls für unächt. Die Glossa versteht darunter *sponsalitia largitas*.

lis notitiam gerunt, semper in hereditate et in domo retineantur: nam boni servi fraudem fieri prohibebunt: mali, si res exegerit, sub quaestione positi, poterunt prodere veritatem: atque ita omnia observabunt¹⁷⁾, ut nec inventarum minuere, nec mutare, vel subtrahere aliquid tutor valeat. Quod in veste, margaritis, gemmis, et vasculis, ceteraque supellectili necessarium est. Et tolerabilius est, si ita contigerit, servos mori suis dominis, quam servire extraneis: quorum fuga potius tutori adscribitur, sive negligentia dissolutam esse patiatur disciplinam, sive duritia, vel inedia atque verbéribus eos afficiat. Nec enim dominos execrantur, sed magis diligunt: ita ut haec lex per hoc quoque melior antiqua sit. Tunc enim remota servorum custodia, etiam vita minorum saepius prodebat. Nec vero domum vendere licet, in qua defecit pater, minor crevit, in qua maiorum imagines aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre. Ergo et domus, et cetera omnia immobilia in patrimonio minorum permaneant: nullumque aedificii genus, quod integrum hereditas dabat, collapsum tutoris fraude depereat¹⁸⁾. Sed et si parens, vel ille, cuiuscunque heres est minor,

17) Ant. FABER Juri spr. Papia. Scient. Tit. XII Princ. VII. illat. 84. pag. 908. will statt *omnia* lieber *omnes* *observabunt* lesen. Und versteht unter *omnes*, *omnes servi*, tam mali, quam boni. WENCK C. I. not. q. pag. 190. glaubt hingegen, das *observabunt* passe nicht auf *servos*, *praesertim malos*, und meint, es müsse *observabantur* gelesen werden. Ich halte letzte Aenderung für nothig.

18) In den Basilic. Lib. XXXVIII Tit. 9. Const. 36. Tom. V. Fabrot pag. 154. heißt es: Απλῶς. οὐν ὡς ἐν κεφαλαιώ, μὴ μόνον οἱ ἀγροὶ, ἀλλὰ καὶ οἱ οἰκοί, καὶ πάντα τὰ ἀνίητα φυλαττέσθωσαν τοῖς ἐλάττοσιν. ἀλλὰ μηδὲ προσχύματι διορθώσεως καταλύεσθω οἰκοί, καὶ πιπρασκεόθωσε αἱ ἔλαιαι εἰ μὴ μόνον τὰ ἀναμφιβόλως πτῶσιν ἀπειλοῦντα καὶ δεόμενα διορθώσεως. — Generaliter igitur in summa et fundi et domus, et omnia immobilia minoribus conserventur: sed neque praetextu refectionis domus diruantur, et materiae vendantur, nisi tantum quae constat ruinam comminari, et refectione indigere.

reliquerit deformatum aedificium, tutor testificatione operis ipsius, et multorum fide id reficere cogatur: ita enim anni redditus plus minoribus conferent, quam per fraudes pretia diminuta¹⁹⁾). Servi etiam, qui aliqua sunt arte praediti, operas suas commodo minoris inferant, et reliqui, qui in usu minoris domini esse non poterunt, quibusque ars nulla est, partim labore suo, partim alimoniarum taxatione pascantur²⁰⁾). Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra feminas immoderatas atque intemperantes prospexit minoribus: quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. Huic accedit, quod ipsius pecuniae, in qua robur omne patrimoniorum veteres posuerunt, foenerandi usus vix diutinus, vix continuus et stabilis est: quo subsecuto, intercidente saepe pecunia, ad nihilum minorum patrimonia deducuntur. Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti: exceptis his duntaxat vestibus, quae detritae usu, seu corruptae seryando servari non potuerint²¹⁾).

- 19) Die Basilica c. I. haben: *χρεῖττον γὰρ ἔστι τῷ αὐτῷ οὐ προσύδος τὸν τὸν τιμῆνα ἀγγρίπιν.* i. e. plus enim confert pupillo redditus, quam pecuniarum premium. Allein der Sinn ist eigentlich der: der jährliche Ertrag wird dem Pflegbeschulnen nützlicher seyn, als das aus dem Verkaufe der Häuser gelöste Geld, welches durch mancherley Betrug vermindert werden kann.
- 20) *Alimoniarum taxatione pascantur*, heißt, sie sollen täglich ihre Rost erhalten. In den Basilicis c. I. wird dies so ausgedrückt: *διὰ τῶν διαπίνων αὐτῶν ἀποτρέψεοσσονται.* i. e. certa singulis diebus alimenta accipient, wie WENCK c. I. nol. 5. pag. 191. übersetzt hat. Besser als des Fabritius *diarius alantur.*
- 21) Hier sind folgende Worte weggelassen: *etiam tutore vel curatore sollicito, ut easdem inspiciat frequenti recognitione incolumes.* Die beiden ersten Worte sind jedoch von Wendt ergänzt. Tribonian hat den letzten Theil dieses Edicts, jedoch auch mit Hinweglassung der eben bemerkten Worte, zu einer eignen Constitution gemacht. Es ist die *L. ult. C. Quando decreto opas non est,* (V. 72.) welche mit derselben Inscription und Subscription versehen ist. Sie lautet so: *Et sine interpositione de-*

*Animalia quoque supervacua, quamvis²²⁾ minorum,
quin veneant, non vetamus.* Dat. Id. Mart. Constantino A. VII. et Constantino C. Conss. 326²³⁾.

Einen Theil dieses Edicta macht, wie *Jac. Gothofredus²⁴⁾* bemerkte, die *L. A. s. Th. de integri restituzione* (II. 16.) aus, welche eben dieselbe Inscription und Subscription hat²⁵⁾. Sie lautet, so wie wir sie noch jetzt im Theodos. Codex lesen, folgendemmassen:

In integrum restitutio[n]e mi[n]orib[us] aduersus commentitias venditiones, et aduersus tutorum insidias sanctionum praesidio caput[em] esse, non dubium est: ac si quid forte iudicem de suo in fraudem tutelae alienasse docerentur, fraudatorio interdicto prospectum esse minoribus declaratur²⁶⁾.

Ich bemerke in Ansehung dieser letzten Constitution, daß das in dem von Justinian in seinem Codex wegge lassenen Theile derselben dem Pflegbefohlenen oder Minder jährigen gegebene fraudatorium interdictum in dem Falle Statt finden solle, wenn der Wurmund zum Nachtheil der künftig gegen ihn anzustellenden *actio tutelae* (vndt das heißt hier *in fraudem tutelae*) Etiosas von seinem rei ger

crei tutores, et curatores quarumcunque personarum, vestes detritas, et supervacua animalia vendere permittimus.

22) In der Turiner Handschrift fehlt das *quamvis*.

23) Die Subscription lautet in der Tur. Handschrift so: *Dat. III. Id. Mart. Sirmii CONSTANTINO A. VII. et CONSTANTIO Caes. Conss. Sc. WENCK: c. 3. pag. 193. y. z. pag. 192.*

24) Comment. ad L. 1. C. Th. de integri restit. Tom. I. Cod. Theod. pag. 182. edit. Ritter.

25) Sc. WENCK. Cod. Theod. Libri V. priores. pag. 193.

26) Aus dieser Constitution ist die *L. 2. Cod. Just. Si aduers. vendit.* genommen. (II. 28.) Es ist aber dieselbe nicht nur verstimmt, denn der ganze letzte Theil von den Worten an: *ac si quid forte etc.* ist weggeblieben, sondern sie ist auch in der Inscription und Subscription verschäfht. Denn in der Inscription sind auch noch Constantius und Constantinus genannt, und die Subscription: *Constantio II. et Constante C. Conss. 339.* bezeichnet ein offenbar falsches Datum.

nen Vermögen veräußern sollte ²⁷⁾). Dieses Interdicti fraudatorii gedenkt zwar auch Papinian *libro XI. Iurisprudensorum*²⁸⁾; Justinian scheint aber die darauf sich beziehende Stelle in der Verordnung Constantius darum weggelassen zu haben, weil nun die dem Minderjährigen zustehende gesetzliche Hypothek ein sichereres Rechtsmittel gewährt, während das Interdictum fraudatorium nur gegen einen solchen Käufer zustehen würde, quem consilium fraudis cum tutore participasse constabit, wie Papinian in der angeführten Stelle sagt.

Um jedoch wieder auf die hierher gehörige HauptConstitution des Kaisers Constantius zurückzukommen, so gedenkt der Kaiser in den Anfangs-Worten seines Edict einer Lex, welche es den Vormündern zur Pflicht gemacht haben soll, nicht nur alle bewegliche Sachen von Werth, als Gold, Silber ²⁹⁾, Juwelen, Kleider u. d. sondern auch alle Grundstücke, nur praedia und mancipia rustica ausgenommen; zu verkaufen und zu Gelde zu machen. Dieses Gesetz hebt er hier als den Minderjährigen höchst nachtheilig auf. Es entsteht nun die Frage, was das für eine Lex gewesen sei? Mehrere angesehene Rechtsglehrten, unter diesen ein Jac. Cujacius ³⁰⁾, Jac. Gothofredus ³¹⁾, Gerh. Noodt ³²⁾, Joh. Boet. ³³⁾, und a. wollen unter dieser Lex die *Oratio Severi* verstehen. Diese Meinung hat auch wirklich Manches für sich. Denn

27) *G. Idc. Gothofredus ad L. 1. C. Th. cit. Tom. I.* pag. 182. Verb. *Secunda pars etc.*

28) *L. 96. pr. D. de Solut.* (XLVI. 3.) *G. besonders Jac. Cujacii Comment. in Libr. XI. Responsor. Papin. ad h. L. (Opp. postum.) Tom. I. pag. 512. sqq.*

29) *Jac. Cujacius Recitation. solemn. in Codic. ad Tit. 57. Lib. V. Cod. pag. 599. (Francof. 1605. 4.) versteht unter aurum et argentum vasa aurea et argentea wegen L. 19. pr. D. de auro, argento, mundo etc. legat.* (XXXIV. 2.)

30) *Récitat. c. I. pag. 398.*

31) *Comment. ad L. ult. Cod. Theod. de admin. et peric. iut.* Tom. I. pag. 569.

32) *Comm. ad Dig. h. t. §. At non tantum.* (Opp. Tom. II. pag. 585.

33) *Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 1.*

so spricht Ulpian *libro XXXV. ad Edictum*³⁴⁾, also gerade in dem Buche, wo er über die *Oratio Septimii Severi* commentirt hat, von einem verantwortlichen Gauzen des Vormundes beym Verkaufe solcher Sachen des Mündels, welche mit der Zeit verderben. Allein dieser Grund macht es nicht einmal wahrscheinlich, daß alles das, worauf die vom K. Constantin angeführte Lex ging, in der *Oratio Severi* begriffen gewesen seyn sollte. Denn Erstens deutet kein einziges der in diesem Pandecten-Titel enthaltenen Fragmente auch nur entfernt auf eine solche Veräußerungsverbindlichkeit der Vormünder hin. Sodann aber gehören ja nicht alle vom Constantin dem Großen aus jener Lex referirte Gegenstände, wie z. B. silberne und goldene Geräthschaften, Juwelen u. d. zu der Art von Sachen, welche, weil sie mit der Zeit verderben, nach dem ältern, vielleicht schon längst vor *Severus* bekannt gewesenen Rechte, von dem Vormunde bey eigener Bergewortlichkeit veräußert werden müssen; es werden vielmehr solche Sachen, die der Aufbewahrung nicht fähig, und überflüssig sind, ausdrücklich davon unterschieden. Richtigger haben daher Andere³⁵⁾ eingesehen, daß die Lex, deren Constantin gedenkt, ein ganz anderes von dem Severischen Veräußerungsverbote ganz verschiedenes Gesetz gewesen seyn müsse, dessen Verfasser, gewiß einer von den Nachfolgern des Kaisers *Septimius Severus*, und darum unbekannt geblieben ist, weil Constantin dieses Gesetz aufhob, und daher *Justinian* es nicht in seinem Codex aufnehmen ließ.

§. 1381. e.

Verordnungen von Julian und Arcadius.

Im Ganzen ist es nun, wenigstens was Grundstücke betrifft, bey der Verordnung des Kaisers Constantin des

34) L. 7. §. 1. D. de administr. et peric. tutor. et curator.

35) S. Franc. BALDUINUS Constantin. M. Lib. II. pag. 220.

(Argentorat. 1612. 8.) BAUMANN Divus Gordianus.

Exercit. I. P. II. Cap. I. §. 1. pag. 55. HAUBOLD Histor.

jur. civ. de reb. eor. etc. Specim. I. Cap. II. §. 1. (Opusc.

Vol. II. pag. 189.) und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Band. §. 246. S. 951.

Gr. geblieben. Zwar hatte dieser Kaiser in Ansehung der minderjährigen Eheweiber verordnet, daß sie zur Veräußerung von Gütern keines obrigkeitlichen Decrets benötiget seyn sollten, wenn ihr Ehemann darin gewilligt, und den Kauf-Contract unterschrieben hätte. Nach der Meinung des Iac. Gothofredus³⁶⁾) soll dieses noch eine dritte Ausnahme gewesen seyn, von denen die Constitution des Kaisers Constantinus (L. 22. C. de adm. tut.) zwey enthält. Allein Kaiser Julian hielt es für besser, daß Eheweiber das Ihrige von denen wieder erhalten, welche es auf eine rechtswidrige Art an sich gebracht haben, als daß man blos ihre Männer verbindlich macht, welche vielleicht ohne alles Vermögen seyn können. In einer besondern Verordnung an den Julian, Comes Orientis, hob er daher jene Constitution des Kaisers Constantinus wieder auf, und verbündete, es sollte auch hier bey der Regel bleiben, nach welcher jede Veräußerung, die von einem Minderjährigen, es sey Mann oder Weib, ohne Ertheilung eines obrigkeitlichen Decrets geschehen wäre, auf keine Weise bestehen sollte. Die Verordnung selbst ist im Julianischen Codex nicht enthalten, im Theodosianischen aber lautet sie also:

Patrui mei CONSTANTINI constitutionem³⁷⁾ iubemus aboleri, qua praecepit: *minores feminas, consortio virorum copulatas, sine decreti interpositione, venditiones posse celebrare, si viri earum congenitum pariter atque subscriptionem instrumentis putaverint esse praebendam: quoniam absurdum est, maritos eis interdum inopes obligari, cum possint, venditionis iure ipso non valente, proprias res recipere ab iis, qui se illicitis contractibus miscuerunt.* Vetus igitur ius revocamus, ut omnis venditio, quaecunque fuerit a minore,

³⁶⁾ Comm. ad L. 5. Cod. Theod. de contrahenda emtione (III. 1.) Tom. I. pag. 282.

³⁷⁾ Diese Constitution findet sich im Theodos. Codex nicht. Man ließ sie weg, weil sie ihrem ganzen Inhalte nach schon in dieser abrogirenden Constitution begriffen war.

viro sive semina, sine decreti interpositione celebrata, nullā ratione subsistat. D. VIII. Id. Decembr. Antiochiae, *Mumertino et Nevitta Conss.* 362³⁸⁾.

Endlich verordnete noch Kaiser Arcadius in einer Constitution an den Praefectus praetorio Eutychianus vom Jahre 396³⁹⁾ in Unsehung der beweglichen Sachen, daß wenn das Vermögen des Mündels blos in solchen Sachen bestehe, und keine Grundstücke da wären, aus deren Ertrag die Alimente für denselben bestritten werden könnten, die Mobilien verkauft, und dafür entweder einträgliche Grundstücke gekauft, oder das Geld auf Zinsen ausgeliehen werden solle. Diese Constitution ist zwar in den Justinian. Codex, aber in einer sehr veränderten Gestalt aufgenommen worden. Denn da heißt es⁴⁰⁾:

Aurum, argentumque, et quidquid vetustate temporis non mutatur, si in pupilli substantia reperiatur, in tutissima custodia collocent, ita tamen, ut ex mobilibus aut praedia idonea comparentur, aut ei forte (ut ad solet) idonea non potuerint inveniri; *uxta antiqui iuris formam*⁴¹⁾ usurarum crescat accessio, quarum exactio ad periculum tutorum pertinet.

38) S. WENCK Cód. Theod. Lib. III. Tit. 1. Const. 5. p. 155. und Hugo ius civ. Antejust. Tom. I. pag. 552.

39) Cod. Theod. Lib. III. Tit. 19. Const. 4. Tom. I. pag. 368. edit. GOTSOFREDI, und Hugo c. I. pag. 555.

40) L. 24. C. de administrat. tutor. S. Jac. GOTHOFREDI Comm. ad L. 4. C. Theod. eiusd. Tit. Tom. I. p. 369 sq.

41) Unrichtig bezicht dieses GOTHOFREDUS c. I. auf die Oratio Severi. S. HAUBOLD c. I. Opusc. Vol. II. pag. 188. sq. und WENCK ad L. 6. C. Theod. de admin. tut. not. 9. p. 195.