

Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

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



Drey und dreyßigsten Theils erste Abtheilung



Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1829.

Deibel

15 Ak 35

Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

DIG: 115788

STAATSARCHIV
LÜBECK

2034
/ 13.

64/3387

Fortsetzung des Titels

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

§. 1382.

Heutiges Recht. Umfassende Bedeutung von Alienation. Fälle, wo sie ohne Decret geschehen kann.

Da bey Veräußerung der Güter der Pflegbefohlenen noch jetzt das Römische Recht entscheidet ¹⁾; so ist es nöthig, aus der geschichtlichen Darstellung dieser Lehre das noch jetzt geltende Recht hervorzuhoben. Es läßt sich das selbe in folgende Hauptsätze zusammenfassen.

I.-Unbewegliche Güter solcher Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, sie seyen Pupillen, oder Minderjährige, (adulti) oder andere nicht minderjährige Curanden, wie furiosi, prodigi, und dergleichen, dürfen weder für sich, sie seyen von welcher Art sie wollen, praedia urbana oder rustica, noch deren Zubehörungen ²⁾,

1) S. Mittermaier's Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 374. (der 5. Ausgabe.)

2) Der Kaiser Constantin braucht in seiner Constitution L. 22. C. de administr. tut. vel carat. die Ausdrücke Glücks Erläut. d. Pand. 33. Th. U

so wie denselben gleichgeachtete *iura praediorum* ³⁾, von den Vormündern und Curatoren eigenmächtig, und wenn

praedia et mancipia rustica, urbana praedia et mancipia. Daß *mancipia* hier Zubehörungen der *praediorum* sind, hat an sich keinen Zweifel. Allein was sind das für Zubehörungen? *Ger. Noort* in *Comm. ad Dig. h. t. §. At non tantum* pag. 585. sagt: *Mancipia rustica erant instrumenta, sine quibus praedia rustica non satis commode poterant exerceri.* Also was man Guts-Inventarium nennt. Hingegen *Dabelow* im Handbuche des Pandectenrechts 3. Th. §. 306. S. 574. versteht unter *mancipium* *Scaven* und *Zugvieh*, welche zu dem *praedio rustico* gehörten. Allein *Zugvieh* heißt nie *mancipium*, sondern *iumentum*. S. *BRISSENIUS de Verb. Signif. h. v.* pag. 674. edit. *Heinecc.* *Weydes*, *Scaven* und *Zugvieh*, gehörte nun zwar allerdings zum *instrumentum fundi rustici*. S. *VARRO de Re Rust. Lib. I. cap. 17. L. 8. pr. L. 19. pr. D. de instructo vel instrum. legato. (XXXIII. 7.)* allein nie wird das *instrumentum fundi rustici* selbst *mancipium* genannt. Unter *mancipia rustica, mancipia urbana* werden vielmehr die *Scaven* verstanden, welche zu einem *praedium rusticum* oder *urbanum* gehörten. *PAULUS Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 6. §. 43. et 44. L. 18. §. 9. D. de instr. vel instrum. leg. L. 12. D. de supellect. legata. (XXXIII. 10.)* *BRISSENIUS de Verb. Signif. voc. Mancipium* nr. 3. Diese *mancipia* wurden, so wie die *praedia* selbst, zu denen sie gehörten, zu den unbeweglichen Sachen gezählt. *L. 6. §. 1. C. de secund. nupt. (V. 9.)* *JULIANUS* nennt sie daher in seiner *Epit. Novv. veluti membra rerum immobilium.* S. *Jac. COJACII Exposit. Novellar. ad Nov. VII.* Von den *mancipiis praediorum tam urbanorum, quam rusticorum* hat sehr ausführlich gehandelt *Car. Ferd. SCHMID* in *Diss. de instrumento fundi. (Vitebergae 1806. 4.)* §. VI. et VII.

3) S. den 32. Th. §. 1381. b. S. 470. f.

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 5

auch der Vater selbst Vormund wäre ⁴), eben so wenig veräußert werden, als bewegliche Sachen von Werth, welche aufbewahrt werden können. Solche Gegenstände dürfen anders nicht alienirt werden, als wenn es a) die Nothwendigkeit erfordert, und b) die competente Obrigkeit, mittelst eines causa cognita ertheilten Decrets, die Veräußerung genehmiget hat ⁵).

II. Ein obrigkeitliches Decret ist bey allen Arten von Veräußerungen nöthig, wodurch ein dem Pflegbefohlenen zuständiges dingliches vollkommen erworbenes Recht aufgegeben werden soll ⁶), es werde nun entweder das Eigen-

4) *L. 6. §. 2. D. h. t. ULPIAN. lib. II. de omnibus Tribunalibus.* Si pater vel parens tutor sit alicui ex liberis, an Praetor adeundus sit, si obligare velit? Et magis est, ut debeat: prior tamen esse debet Praetor ad consentiendum patri. — *L. 3. C. de praed. et aliis rebus minor. (V. 71.) Impp. VALERIAN. et GALLIENUS AA. Theodosiano et aliis.* Cum emancipatis vobis praedium acquisitum foret, alienari a patre, eodemque curatore, sine Praesidis auctoritate non potuit: maxime si tanquam suum esset, non tanquam pupillare venderit. Itaque illibata vobis persecutio eius manet. PP. III. Non. Jan. Fusco et Basso Cons. 259.

5) *L. 29. C. de admin. tut. vel curat.* In der Reichs-Policey-Ordnung vom J. 1577. Tit. XXXII. § 3. heißt es: die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen, Erkenntniß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren.

6) *S. BRISSONII voc. Alienatio. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. Jo. GOEDDART Comment. ad tit. Dig. de Verb. Signif. L. 28. pr. MÜLLENBRUCH Doctr. Pandect. Vol. I. §. 133. (edit. sec. Halae 1827.)* und von

thum einer Sache auf einen Andern übertragen, welches Veräußerung (alienatio) im engerm Sinne genennt wird⁷⁾, sey es auch nur ein prätorisches Eigenthum⁸⁾,

Wening-Jungenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.
1. Th. 2. Buch. §. 119. (Der 3. Aufl.)

7) L. 1. C. de fundo dot. (V. 23.)

8) L. 8. §. 2. D. de alienat. iudic. mut. causa facta. (IV. 7.)

ALIENARE intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit. In dieser Beziehung sagt ULPIANUS L. 5. §. 2. D. h. t. (libro XXXV. ad Edictum.) Si pupillus alienam fundam bona fide emptum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse: ea enim, qua quasi pupillaris vero distractas est, venditio valet. Die letztern Worte haben den Auslegern viel Schwierigkeit verursacht. Viele wollen die florentinische Lesart für fehlerhaft halten, und haben sie mit mehr oder weniger Gewalt zu emendiren gesucht. An der Spitze der violenten Critiker steht Ant. FABER in Juriapr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Illat. 86. pag. 911. Dieser liest: etenim quasi pupillaris vere distractas est, und trennt nun die folgenden Worte: venditio valet, welche er für den Anfang des nächstfolgenden §. hält. Weil nun die Worte: an vendere tutores possint, zu dieser Emendation nicht passen, so streicht er sie weg. Heißt das nicht Sengen und Brennen? Etwas gemäßigter ist die Critik derer, welche venditio non valet lesen, wie Sieg. Reich. JAUCHIUS in Meditation. critt. de Negationib. Pandect. Florent. Cap. XVI. §. 14. pag. 255. und Herm. CANNegieter Observation. Juris Rom. Lib. II. cap. 16. pag. 203. So lesen auch wirklich mehrere Ausgaben, z. B. die des Halsanders, Bau, doza, und Robert Stephanus. Diese Lesart hat auch die Glosse bemerkt: Jac. Voorda Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. III. Cap. 6. pag. 263. glaubt, das Wort valet habe hier nicht die gewöhnliche Bedeutung, sondern heiße so viel, als spectat oder pertinet. Dieser

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 7

oder auf den Gütern ein dingliches Recht bestellt?); oder

Bedeutung gemäß emendirt er nun so: *Et enim ista, quo si pupillaris vero (i. e. vere) distractus est, venditio valet, i. e. spectat.* Der Sinn sey also: Es laufe auf Eins hinaus, der fundus sey wirkliches Eigenthum des Pupillen, oder ein fundus alienus, den der Pupill bona fide gekauft hat, und vielleicht bald usucapirt haben würde. Denn indem derselbe durch den Verkauf den fundus zu besitzen aufhöre, sey es ja auch so gut, wie der Verkauf in jenem ersten Falle, eine Alienation. Die bescheidenste Erläuterung ist die des *Herm. NOORDKEER* Observation: Decad. (Amstelodami 1731. 8) Cap. 5. pag. 118. Dieser setzt bloß nach den Worten *venditio valet* ein Fragezeichen?, und glaubt damit alle Schwierigkeit beseitiget zu haben. Die meisten sind der Interpretation der Griechen gefolgt, und haben die Worte entweder ohne alle Aenderung erklärt, oder sie haben etwa ein, oder ein Paar Worte aus der Erklärung der Griechen eingeschaltet, oder versezt. In den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 5. Tom. V. FABROTI* pag. 125. lauten nämlich die Worte so: *Εἰ δὲ πρᾶγμα τοῦ ἐπιτρόπου ὡς ὀρφανικὸν ἐκποιήσῃ, ἔρρωται. i. e. Sed si res tutoris quasi pupillaris alienata, valet.* Und der griechische Scholiast pag. 146. Sch. u. A. sagt: *Μήτε ἀλλότριος ἀγρός, ὃν πίστις καλῇ νέμεται ὁ ἀνηβος, ἐκποιείσθω, εἰ μὴ τοῦ ἐπιτρόπου ἐστίν. i. e. Ne alienus quidem fundus, quem pupillus bona fide possidet, alienari potest, nisi tutoris fuerit.* Nach dieser Erklärung sey also der Sinn der streitigen Worte: Die Veräußerung sey hingegen gültig, wenn der Vormund ein Grundstück, welches er irrig für ein Eigenthum des Mündels gehalten, ihm aber selbst gehörte, veräußert hätte. So erklärt diese Stelle ohne alle Emendation *PÜTTMANN* Interpretat. et Observat. Cap. VII. §. 4. pag. 53. Eben so *Abrah. WIELING*, nur daß dieser das Wort *vero* versezt, und *ea enimvero* i. e. e contrario liest. So *JANNIUS* ad Rom. iuris Pand. et Cod.

ein solches aufgegeben¹⁰), nicht derelinqürt¹¹), aber ein

Strictur. pag. (184.) (*Lugd. Batavor. 1764. 4.*) hingegen schaltet das Wort *tutoris* ein, und liest statt *ea enim, ea vero* auf folgende Art: *Ea vero, qua fundus tutoris, quasi pupillaris, distractus est, venditio valet.* Nicht viel verschieden ist *Jo. Bern. KORNILIA* Interpretation. et Emendat. iuris Rom. Lib. II. (*Lips. 1792. 8.*) Cap. 2. pag. 6. welcher nur dem Wort *tutoris* einen andern Platz anweist. Er liest nämlich: *Ea enim, qua quasi pupillaris, tutoris vero (fundus puta) distractus est, venditio valet.* Alle diese Rechtsgelehrten verstehen also unter dem *fundus quasi pupillaris*, einen solchen *fundus, qui alienus est, et falso pupillaris esse creditur.* Dieser Erklärung scheinen auch *Jo. Guil. HOFFMANN* Observation. var. 8. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIV. §. 5. und *Jo. Gottfr. SAMMERT* Receptar. Lection. ad Janchium libr. sing. Cap. XIV. (*Opusc. pag. 151. sq.*) zu huldigen, nur daß letzterer das *vero* mit *TAURELLIUS* in Adnotat. ad pag. 687. vom *vero pretio* versteht, es könne aber auch so viel, als *vere* heißen. Diese Erklärung verdient auch wohl den Vorzug, und kann, ausser der Auctorität der Griechen, die sie für sich hat, auch noch durch eine andere Stelle aus *Ulpianus libro XVI. ad Edictum* unterstützt werden, wo sich *Ulpian* auf eine ähnliche Art ausdrückt. Es ist die *L. 10. §. 1. D. de curatorib. furios.* welche folgendermassen lautet. *Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit, et dominium transferre, rem vero furiosi si quasi suam tradat, dicendum, ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit.* Von allen bisherigen abweichend ist die Erklärung des *PORNIA* in Pand. Justin. Tom. II. h. t. Art. I. Nr. III. Not. e. pag. 161. welche nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf. Er hält zwar auch die Lesart: *non valet*, für eine nothwendige Emendation, schlägt aber doch noch eine andere ohne Emendation vor, nämlich wenn man die Worte *quasi*

bereits erworbener Gewinn ausgeschlagen¹⁰⁾. Solchem nach sind die hierher gehörigen Alienationsfälle, welche ein Decret erfordern, folgende. Verkauf, Tausch, Transact¹¹⁾, Gebung an Zahlungsstatt¹²⁾, Bestellung eines Heyrathsguts, wenn deswegen eine Veräußerung nöthig wird¹³⁾,

pupillaris so versteht, *decreto interposito legitimo distractus est*. Allein dieses würde sich ja wohl von selbst verstanden haben.

- 9) *L. ult. C. de rebus alien. non alienand. (IV. 51.)*
- 10) *L. 5. D. de fundo dot. L. 3. §. 4. et 5. D. h. t. L. 7. L. 13. C. de praed. et aliis reb. minor.*
- 11) *L. 28. pr. D. de Verb. Signif.* sagt zwar Paulus: *ALIENATIONIS verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi*. Allein von einem obrigkeitlichen Decrete kann hier wohl keine Rede seyn.
- 12) *L. 5. §. 8. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictam.* Fundum autem legatum repudiare pupillus sine Praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, *cum res sit pupilli, nemo dubitat*. Mit der Repudiation einer Erbschaft, welche erst durch die Ausübung erworben werden muß, verhält es sich anders. Diese ist keine Alienation. *L. 28. pr. D. de Verb. Signif.* Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, *veluti qui hereditatem omittit*. S. VOGT *Comm. h. t. §. 3.* THIBAUT *Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 522.* Not. d. und Geigers und Glücks *Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. B. Nr. XLIII. §. 11. S. 216. ff.*
- 13) *L. 4. C. de praed. et aliis reb. minor. (V. 71.)* S. Jo. Jac. WISSENBACH *Comment. in Cod. ad h. L. pag. 499.*
- 14) *L. 15. C. eodem.*
- 15) *L. 22. C. de administrat. tutor. vel curat. L. 61. §. 1. D. de iure dot.* Anders, wenn die Sachen der Pfllege-

Bestellung einer *Donatio propter nuptias*¹⁶⁾, Cession der Forderungen des Pflegebefohlenen¹⁷⁾, Verpfändung¹⁸⁾, auch wenn sich bey der Erwerbung einer Sache der Verkäufer bis zur erfolgten Bezahlung des Kaufgeldes eine Hypothek darauf vorbehalten hätte¹⁹⁾, wosfern sie nicht schon die Geseze selbst geben, wie z. B. in dem Falle, wenn einem Pupillen mit dem Gelde eines andern Pupillen ein Grundstück gekauft worden ist²⁰⁾. Ent-

fohlen selbst zum Heyrathsgute gegeben werden. *L. 30. C. de iure dot. (V. 12.)* S. Vost o. l.

16) *L. 16. et L. 22. Cod. cit. Verb. vel in donationem propter nuptias. L. 8. C. de praed. et aliis reb. minor.* Sonst findet keine Verschenkung Statt. *L. 5. C. Si maior. factus (V. 74.)* Vergleiche jedoch den 50. Th. des Commentars §. 1333. S. 227. ff.

17) *S. Frat. BECMANNORUM Consil. et Decision. Tom. I. Cons. XXXVI. Qu. IV. nr. 17—19. pag. 406—412.* und Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 41. S. 442. f. (der 2. Aufl. Greifswald 1826. 8.) Ob Staatspapiere eine Ausnahme machen? Die bejahende Meinung hat die Auctorität eines Mittermaier's in den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 375. S. 689. (der 3. Ausgabe) für sich. Sollte sich aber der Grund, weil Staatspapiere in Bezug auf vormundtschaftliche Verwaltung wie Mobilien behandelt werden, wohl mit der Vorschrift der *L. 22. C. de administr. tut. vel curat.* vereinigen lassen?

18) *L. 1. §. 2. L. 5. §. 10. L. 7. §. 5. L. 8. §. 2. D. h. t. L. 2. C. de praed. et aliis reb. minor. L. alt. C. de reb. alien. non alienand. L. 22. C. de administr. tut. vel curat.*

19) *L. 1. §. 4. D. h. t. L. 2. eod. S. NooP Comm. h. t. §. At non.* und den 16. Th. dieses Commentars. §. 1000. Not. 59. S. 234.

20) *L. 3. pr. D. h. t. S. den 19. Th. §. 1087. b. S. 48—52.*

sagung einer dem Pflegbefohlenen gemachten, und von ihm bereits acceptirten Schenkung ²¹⁾, Ausschlagung eines Vermächtnisses ²²⁾, Belastung eines Grundstücks mit Servituten, oder Erlassung derselben, insofern sie dem Pflegbefohlenen auf fremden Sachen zustehen ²³⁾. Auszahlung eines Vermächtnisses, wenn dem Pupillen vom Testator, der ihn zum Erben eingesetzt, oder mit einem Vermächtniß bedacht hat, ist auferlegt worden, eine ihm gehörige Sache einem Andern abzugeben ²⁴⁾, und Annahme einer Zahlung vom Schuldner des Mündels. Auch diese darf nach einer Verordnung des Kaisers Justinian an den Praefectus praetorio Johannes ²⁵⁾ dem Vormunde anders nicht geschehen, als wenn eine richterliche Entscheidung, wodurch jedoch dem Pflegbefohlenen keine Kosten verursacht werden dürfen, es ihm erlaubt hat; weil sonst der Schuldner nicht

21) *L. 7. C. de praediis et aliis reb. minor.* Imp. CARUS, CARINUS, et NUMERIANUS. Si ad resolvendam donationem, quam in emancipatum te pater contulerat, minor viginti quinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra Senatysconsulti auctoritatem data sit, non oberit iuri tuo.

22) *L. 5. §. 8. D. h. t. §. not. 11.* und *Bav. Voorna Thes. controv. Dec. XXVIII. §. 1. in fin.*

23) *L. 3. §. 5. in fin. D. h. t. L. 5. D. de fundo dot. L. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

24) *L. 5. §. 4. D. h. t. ULPIAN.* Si fundus legatus, vel per fideicommissum fuerit relictus Sejo a pupillo herede instituto, an tutores restituere hunc fundum possint sine auctoritate Praetoris? Et putem, si quidem rem suam legavit, cessare orationem: sin vero de re pupilli, dicendum erit, locum esse orationi, nec inconsulto Praetore posse alienari.

25) *L. 25. C. de administr. tutor. et curator.*

befreyet wird, wenn der Empfänger das Geld verschleudert, oder durch Diebstahl verloren hat ²⁶). Bey Renten, Mieth- und Pachtgefällen, wie auch Zinsen ist zwar ein solches Decret nicht erforderlich, sie müssen nur aber nicht von länger als zwey Jahren rückständig seyn, und dabey nicht über hundert solidos betragen ²⁷).

26) §. 2. *J. Quibus alienare licet, vel non.* (II. 8.) Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in Constitutione, quam ad Caesarienses advocatos ex suggestione *Tribuniani*, viri eminentissimi, Quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius iudicialis sententia sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et iudex pronuncia-verit, et debitor solverit, sequatur huiusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem pecuniae summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si aut male consumserit, aut furto amiserit: nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur: quia temere, sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Man vergleiche G. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Grim- und Civilrechte. 1. B. (Göttingen 1791. 8.) Nr. XVIII. S. 135 — 138.

27) *L. 27. C. de administr. tut. vel curator.* Constitutionem, quam nuper fecimus, disponentes — etiam in usuras extendimus: quae tamen non summam, neque ex multis annis collectae iam debentur, biennales metas, et centum solidorum quantitatem minime excedentes. In den *Basilicis* Tom. V. pag. 157. Const. XL. heißt es: Η διάταξις κέλνει κατά μίμησιν τῶν προσόδων καὶ τῶν ἐνοικίων, ὅσῳ καὶ τοὺς τόκους καταβάλ-

III. Sachen, welche abgenutzt, oder dem Verderben ausgesetzt sind, besonders Früchte, und das überflüssige Vieh kann der Vormund ohne Decret veräußern ²⁸⁾.

IV. Das Veräußerungsverbot geht nur auf solche Veräußerungen, die von dem Willen des Vormundes abhängen, nicht auf solche, welche er nicht verhindern kann, sondern geschehen lassen muß.

V. Das Verbot hört also auf, 1) wenn Urtheil und Recht die Veräußerung befiehlt. Dahin gehört, wenn die Obrigkeit eine Auspändung, oder eine *missio in possessionem rerum pupillarum* verfügt; oder wenn der Vormund einen *fundus pupillaris* vindicirt, und weil der Besizer dem richterlichen Urtheile zu Folge, den *fundus* nicht restituirte, die angebotene *litis aestimatio* eine

λεσθαι χωρίς αποφάσεως τοῦ ἀρχόντος· εἰ μήτε ἐκ πλειόνων τῶν δύο ἐνιαυτῶν χρεωσούνται, μηδὲ ἐπερβαίνοσσι τὰ ἑκατὸν νομίσματα. i. e. *Constitutio iubet exemplo reddituum et pensionum usuras solvi, sine decreto iudicis, nisi biennium et supra aureos centum debeantur.*

- 28) *L. ult. C. Quando decreto opus non sit. (V. 72.) L. 28. in fin. C. de admin. tut. vel curat.* Hisque adiicimus, nullam neque in hoc capitulo ambiguitatem relinquentes, tutoribus et omnibus curatoribus licere *fructus*, sive qui ex redditibus praediorum colliguntur, sive qui ex substantia personarum; quarum gubernationem habent, inventi fuerint, id est, vinum et oleum et frumentum, vel cuiuscunque speciei sunt, *sine decreto distrahere iusto pretio*, quod in his locis, in quibus venditio celebratur, tunc temporis noscitur obtinere: et quae ex venditione eorundem fructuum colliguntur pecuniae, cum alia pupillorum vel adultorum aliarumque personarum substantia administrantur.

Veräußerung nothwendig macht; oder wenn ein fundus pupillaris von einem Dritten in Anspruch genommen, und weil gegen den Pupillen erkannt worden, der Vormund nun den fundus restituiren muß. Diese Fälle berührt Ulpian *L. 7. §. 1. 2. et 3. D. h. t.*

§. 1. Pignori tamen capi iussu Magistratus, vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarum a Praetore quis potest, et ius pignoris contrahitur, sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti²⁹⁾, *et ut procedat*³⁰⁾,

29) In den *Basilicis* Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 3. §. 1.

Tom. V. pag. 124 sq. heißt es: καὶ παραδῆναι, καὶ πέμψαι εἰς νομὴν ἀπὸ τῆς περὶ οἶκον ἐλπίζομένης ζημίας, καὶ τῆς περὶ πραγμάτων φυλακῆς, καὶ τῆς περὶ ληγάτου ἀσφαλείας. i. e. *et mittere in possessionem ex causa damni infecti, et rei servandae et legatorum cautionis causa.*

30) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. V. pag. 145.

Schr. I. erklärt die Worte: *et ut procedat* so: καὶ ἐπὶ τῷ δευτέρῳ τὸν γείτονα τοῦ οἴκου ἢ τοῦ ἀγροῦ τοῦ κοινῶν, καλῶς εἰς δευτέραν νομὴν πέμπει αὐτὸν ὁ Πραιτωρ. i. e. *et ut vicinus dominus fiat aedium, vel fundi pupillaris, recte eam in secundam possessionem mittit Praetor.* Cujacius *Observation. Lib. VII. Cap. 25.* hält dabei die angeführten Worte für verstümmelt. Er liest nämlich: *et ut dominium procedat, inberi etiam possidere poterit.* An einem andern Orte *Lib. XXI. Cap. 36.* ändert er jedoch seine Meinung wieder. Er will daselbst lieber *ut procedat* *USUCAPIO* lesen, und führt zur Unterstützung dieser Lesart die *L. 5. pr. L. 12. L. 18. §. 15. L. 44. §. 1. D. de damno infecto. (XXXIX. 2.)* an, welche bloß von einer Usucapion sprechen. Praetor enim ut heredem, ita dominum facere non potest, sed posses-

iuberi etiam *possideri* poterit. Hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex

sorem facit *iure domini*, ut usucapio procedat. *L. 7. §. 1. D. de Usufructu. L. 15. §. 16. D. de damno inf. Henr. a SUBRIN* Repetitar. Lection. iuris civ. Cap. VII. (in *Thes. iuris Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 18 sq. verwirft jedoch die Meinung des Eujacius gänzlich, und setzt ihr die *L. 5. §. 1. D. Communi divid. L. 15. §. 17. D. de damno inf.* und *L. 1. pr. D. de fundo dot.* entgegen. Er selbst hält gar keine Emendation für nöthig. Die Worte, *ut procedat*, bezieht er auf den Prätor, und erklärt sie so: Der Prätor kann im Wege des strengen Rechts eine *missio in possessionem* verfügen, er kann aber auch dem Minderjährigen auf sein Gesuch die Restitution ertheilen. *L. 15. §. 22. D. de damno inf. Pet. DOIRASMA* Conjectural. iuris civ. (*Groening. 1714. 8.*) Lib. II. Cap. 5. §. 4. pag. 230. versteht auch die Worte vom Prätor, und meint, das Wort Praetor sey auch in der Handschrift gestanden, aber mit Siglen geschrieben gewesen, nämlich so P.R. wie nach Magno und Valerius Probus das Wort Praetor geschrieben wurde. Diese Siglae hätte der Abschreiber nicht verstanden, daher sey hier eine Lücke entstanden. Statt *procedat* aber will er *procedit* lesen, und das *ut* in der Bedeutung von *sicut* nehmen. Die Worte, *so restituit: et ut non procedit*, sollen also auf das amtliche Verfahren des Prätors hindeuten, und soviel heißen: und so wie der Prätor in solchen Fällen zu verfahren pflegt. Allein gehen die Worte wirklich auf den Prätor, so ist es nicht nöthig, das Wort auf eine so künstliche Art hinein zu emendiren, weil ja des Prätors in den vorhergehenden Worten ausdrücklich gedacht wird. PLAGENSTRECHER *Adversarior.* Lib. I. cap. 9. will unter den Worten *et ut procedat*, das Wort *pignus* verstehen, von dem vorher die Rede war. Für diese Meinung ließen sich nun zwar die *L. 3. und L. 5. C. Ut in possess. legator. (VI. 53.)* anführen; allein eben deswegen, weil schon

tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex Magistratum auctoritate.

§. 2. Item quaeri potest: si fundus a tutore petitus sit pupillaris, nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat? Et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit ³¹⁾.

vorher von der *missio in possessionem rerum pupillarium* die Rede war, und ausdrücklich gesagt wurde, *et ius pignoris contrahitur*; so würde ja durch diese Interpretation eine höchst unnütze Tautologie herbeygeführt werden. Ich halte also die Erklärung des griechischen Scholiasten für die allein richtige, die auch noch insonderheit durch die *L. 1. D. de fundo dotali* (XXIII. 5.) *L. 5. §. 3. in fin. h. t.* und *L. 15. §. 16 et 17. D. de damno infecto* (XXXII. 2.) unterstützt werden kann. Eine Emendation scheint mir daher auch gar nicht nöthig zu seyn. Denn die Worte *et ut procedat* gehen offenbar auf die *missio in possessionem*, von der vorher die Rede war, und wollen soviel sagen, „und damit dieselbe ihre vollkommene Wirksamkeit erlange.“ Nun konnte doch nicht noch einmal von eben derselben *missio* die Rede seyn, von der es ja schon vorher hieß, es werde dadurch ein *ius pignoris* contrahirt. Schon Accursius sah daher, daß das *iubere possideri* von einer *possessione ex secundo decreto* zu verstehen sey, wodurch derjenige Eigenthümer wird, qui *possidere iubetur*. Eben dieser Meinung ist auch Ant. FABER in *Jurispr. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. VII. Illat. 83. pag. 907.*

- 31) *BASILICA Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 3. §. 2. Tom. V. pag. 125. ΕΙ δὲ ἐναγαγὼν ὁ ἐπίτροπος περὶ ὀρφανικοῦ ἀγροῦ, λάβῃ ἀποτίμησιν τῆς δίκης, ἔρρωται ἢ ἐκποίησης. i. e. Si tutor petierit fundum pupillarem, et acceperit aestimationem litis, alienatio valet.*

L. 3. §. 3. Idemque erit dicendum, et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem.

2) Wenn der Vater des Mündels die Veräußerung in seinem Testamente oder Codicillen befohlen hätte³²⁾, sollte auch das Testament des Vaters irritum geworden seyn³³⁾.

L. ult. D. h. t. PAULUS libro IX. Responsorum. PAULUS respondit: etsi testamentum patris

Man vergleiche jedoch L. 68. D. de Rei vind. BACHOVIVS Advers. Anton. FABRUM Decad. XCVIII. Err. 9. nr. 4. Ant. SCHULING Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 3. §. 2. D. h. t. pag. 497. und den 3. Th. dieses Commentars §. 588. S. 227. f.

32) Unter testamentum irritum wird hier jeder ohne Wieder-ruf des Erblassers ungültig gewordener letzter Wille verstanden. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. Irritum. Ein solcher gilt doch noch immer als Wille des Vaters. S. Ant. FABRI Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. VII. Il-lat. 90. pag. 917. VORT Comm. h. t. §. 12. Ger. NOODT ad Dig. h. t. §. Haecenus. pag. 586. und Franc. DUARENUS Comm. ad h. t. (Oper. pag. 311.)

33) L. 1. §. 2. D. h. t. Verb. NISI, UT ID FIERET, PAREN-TES TESTAMENTO VEL CODICILLIS CAVERINT. — L. 1. C. Quando decreto opus non est. (V. 72.) Impp. SEVE-RUS et ANTONINUS AA. Valentino. Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, ut reddito tibi praedio, pretium reciperet: id quod convenit, servabitur. Neque enim in ea re auctoritas Praesidis necessaria est, ut tutorum sollicitudini consulatur, si voluntati defuncti pareant. Dat. VI. Kalend. Januar. ANTONINO et GETA COSS. 206.

postea irritum esse apparuerit, tamen tutores pupilli sive curatores filii nihil contra orationem Divorum Principum fecisse videri, si *secundum voluntatem defuncti* testamento scriptam praedium rusticum pupillare vendiderunt.

Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn ein Dritter, von dem der Pflegbefohlene die Sache erhielt, die Veräußerung derselben zur Pflicht und Bedingung gemacht hat, wie aus *L. 3. C. Quando decreto opus non est* (V. 72.) erhellet.

Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. *Stratoniciano*. Praedium rusticum vel suburbanum a minore vigintiquinque annis alienari sine decreto Praesidis, nisi parentis voluntas, vel *testatoris, ex cuius bonis ad minorem pervenit*, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest. Dat. XII. Kal. April. Nicomediae. AA. Conss.

Der Wille des Vaters muß nur aber bestimmt erklärt seyn, und darf nicht bloß daraus gefolgert werden, daß der Vater mit solchen Sachen, die er den Kindern hinterlassen hat, Handel zu treiben pflegte, wie uns *Ulpian L. 1. §. 3. D. h. t.* lehrt, wenn er sagt:

Si defunctus, dum viveret, res venales habuerit, testamento tamen non caverit, ut distraherentur, abstinendum erit venditione: non enim utique, qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahendum putavit.

3) Wenn ein Dritter die Veräußerung zu fordern ein gegründetes Recht hat. Dahin gehört, a) wenn ein Pfandgläubiger sein Recht, welches ihm entweder noch von dem

Vater des Mündels, oder von einem Dritten, dessen Nachfolger der Minderjährige geworden ist, oder von dem Mündel selbst, mit Genehmigung der Obrigkeit, gegeben worden ist, an der ihm verpfändeten Sache geltend macht. Hierauf gehen schon die letzten Worte der Oratio des Kaisers Severus L. 1. §. 2. in fin. h. t.

Si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exequetur, nihil novandum censeo.

Besonders aber gehören hierher noch folgende Gesetze:

L. 2. C. Si adversus venditionem pignoris. (II. 29.) Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. AA. et CC. Severae et Clementinae. Rem, quam a patre vestro quondam creditor eius obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem: quod iuris est, etiam si extraneo successistis. Nam si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis, vel tutores, seu curatores vestros, qui hanc venundari passi sunt, convenite. Dat. XIII. Kalend. Maii, Sirmii. CC. Conss. 294.

L. 1. C. de praed. et aliis reb. minor. Imp. ANTONINUS A. Manutiano. Venditio quidem praedii, quod iure pignoris vel in causa iudicati captum et distractum est, ad Senatusconsultum, quod de non alienandis praediis pupillorum vel adolescentium, nisi auctore Praetore vel Praeside provinciae factum est, non pertinet: sed si etiamnum in ea aetate es, cui subveniri solet, aditus competens iudex, an te in integrum restituere debeat, praesente diversa parte, causa cognita dispiciet. PP. XIII. Kalend. Decembr. Duobus Asperis (C. Julio II. et Caio Julio) Conss. 212.

L. 7. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Si pupillus dedit pignori res permissu Praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri? Sed dicendum est, *posse creditorem ius suum exsequi*: tutius tamen fecerit, si prius Praetorem adierit ³⁴).

b) Wenn der Vater, oder ein Anderer, den der Pupill beerbt hat, einem Dritten schon bey seinem Leben eine Sache versprochen, oder verkauft, aber noch nicht tradirt hatte.

L. 5. §. 6. D. h. t. ULPIANUS eodem. Sed si pater stipulanti fundum sponderit, successeritque pupillus in stipulatum, fortius dicetur, sine Praetoris auctoritate posse eum reddere. Idemque, et si iure hereditario alii successerit, qui erat obligatus.

§. 7. Eadem ratione et si parens fundum vendiderit, vel quis alius, cui pupillus successerit, potest dici, pupillum cetera venditionis (sc. traditionem) inconsulto Praetore posse perficere.

c) Wenn der Pupill, oder sein Vater das Grundstück cum pacto de restituendo, z. B. cum pacto addictionis in diem, oder de retrovendendo erworben hat, oder das Grundstück dem iuri retractus unterworfen ist ³⁵).

34) *Ant. FABER* in *Jurispr. Papin. Scient. c. l. Illat. 87.* pag. 914. hält die Worte: *tutius tamen fecerit etc.*, für den Zusatz eines unwissenden Interpreten. Allein ohne hinreichenden Grund. Denn auch die *Basilica* Tom. V. pag. 128. lin. 1. haben: ἀοφαιέστερον δὲ ἐστὶ προσελθεῖν με τῷ πραιτώρι. i. e. *Tutius tamen fecero, si adiero Praetorem.* Die Worte gehen ja nicht auf den Tutor, sondern auf den Creditor.

35) *L. 2. C. de pactis inter emt. et venditor. compos.*

d) Wenn eine gerichtliche Caution zu leisten ist.

L. 28. §. 3. C. de administr. tutor. vel curator. Imp. JUSTINIANUS A. Joanni PP. — Tutores vel curatores — licentiam ex hac nostra auctoritate habentes, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare.

e) Wenn der Pflegbefohlene von einem großjährigen Socius zur Theilung einer gemeinschaftlichen Sache aufgefördert wird. Dieser Fall ist schon selbst in der Oratio SEVERI⁵⁶⁾ ausdrücklich ausgenommen, in welcher es heißt:

Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet.

Jedoch gilt dieses nur, wenn das praedium pro indiviso commune ist, und der Socius maior auf die Aufhebung der communio dringt. Ist also das praedium nur pro diviso commune, oder es ist nicht von einer Theilung, sondern bloßen Verpfändung der gemeinschaftlichen Sache die Rede, so ist ein obrigkeitliches Decret nöthig, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 5. §. 16. D. h. t. ULPIANUS libro XXXV. ad Edictum. Communia praedia accipere debemus, si

(IV. 54.) L. 1. C. Quando decret. opus non sit. S. VOGT ad Pand. h. t. §. 12. CUIACIUS Recitation. solemn. in tit. 71. Libri V. Cod. Quando decreto opus non est. Jo. Jac. WISSENBACH Exercit. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 11. pag. 551. besonders aber Desfelden Comment. in Cod. ad Tit. LXXH. Lib. V. Quando decreto opus non sit. pag. 502. Jo. a SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. I. §. 3. nr. 18. et 19. et §. 7. nr. 104. und Jo. Ortow. WESTENBERG Princ. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 23. Nr. VI.

56) L. 1. §. 2. D. h. t.

pro indiviso communia sint: ceterum si *pro diviso* communia sint, cessante oratione, decreto locus erit 37).

L. 8. §. ult. D. h. t. IDEM libro II. de omnibus Tribunalibus. An obligari communia possint? (sc. *pro parte minoris*) quaeritur. Sed non puto sine decreto obliganda: nam quod exceptit oratio, ad hoc tantum pertinet, *ut perimatur communio*, non ut augeatur difficultas communionis.

Sind beyde Socii noch unmündig, so kann keiner auf die Theilung dringen. Ulpian sagt *L. 7. pr. D. h. t.*

Si pupillorum sint communia praedia, qui diversos tutores habent, videamus, an alienatio locum habere possit? Et cum provocatio necessaria sit, puto alienationem impediri: neuter enim poterit provocare, sed ambo provocationem expectant. Item, si eosdem tutores habeant, multo magis quis impeditam alienationem dicet.

Vorzüglich gehört noch hierher das Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian an Philippus.

L. 17. C. de praediis et aliis reb. minor. (V. 71.)
Inter omnes minores nec commune praedium sine

37) In den *Basilicis* Tom. V. pag. 127. heißt es gerade umgekehrt; *Εάν μὴ διηρημένος, ἀλλ' ἐξ ἀδιαφέτου ἔχη ὁ ἀνθρώπος κοινόν, χρεια τοῦ ἐγγράφου ψηφίσματος.*
i. e. *Si non pro diviso, sed pro indiviso praedium commune pupillas habeat, decreto opus est.* Jo. Guil. HOFFMANN *Observat. variae s. Meletem. ad Pandect. Diss. XXIV. §. 5.* hat durch eine Versetzung der Worte zu helfen gesucht. Der Scholiast pag. 148. Sch. n. hat das Gesetz richtig ins Griechische übertragen.

decreto Praesidis sententia Senatusconsulti distrahi patitur. Nam ad divisionis causam *provocante tantummodo maiore socio*, eius alienationem et sine decreto fieri iam pridem obtinuit. Dat. VII. Idus Decembr. CC. Conss.

VI. Soll eine dem Mündel verpfändete Sache, um zur Zahlung der darauf haftenden Schuld zu gelangen, veräußert, oder ein auf einer Sache des Mündels gültig constituirtes Pfandrecht einem andern Gläubiger überlassen werden, welcher mit seinem Gelde den ersten hypothekarischen Gläubiger abgefunden hat, oder sollen Grundstücke des Mündels bloß verpachtet oder vermiethet werden; so ist in keinem dieser Fälle ein obrigkeitliches Decret erforderlich. In dem ersten darum nicht, weil die zu veräußernde Sache eine fremde Sache ist, die nicht dem Mündel, sondern dem Schuldner gehört, im zweyten darum nicht, weil dem neuen Gläubiger kein neues Pfandrecht bestellet wird, sondern dieser in das Pfandrecht des ersten Gläubigers eintritt, in dem letztern Falle darum nicht, weil eine Verpachtung keine Veräußerung ist. Das Letzte bedarf keines weitem Beweises³⁸⁾. Ueber die zwey ersten Fälle aber giebt es besondere Gesetze.

L. 5. §. 3. *D. h. t. ULPIANUS. Lib. XXXV. ad Edictum.* Si fundus pupillo pigneratus sit, an vendere tutores possint? hunc enim *quasi debitoris*,

38) L. 59. *D. Locati.* Man vergleiche über Verpachtungen der Grundstücke des Mündels *Jo. a SANDE Tr. de prohibita rerum alienatione. P. I. Cap. 1. §. 5. nr. 48.* Gessterding im Archiv für die civilist. Praxis von Geusler, Mittermaier und Schweiger B. IV. Nr. I. S. 1—5.

hoc est alienum vendunt ³⁹⁾. Si tamen impetraverat pupillus vel pater eius ⁴⁰⁾, ut iure domini possideat, consequens erit dicere, non posse distrahi, *quasi praedium pupillare* ⁴¹⁾. Idemque est, et si fuerit ex causa damni infecti iussus possidere ⁴²⁾.

L. 7. §. 6. D. h. t. ULPIANUS eodem. Item videndum est, an et obligare ei rem possit? Et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris ⁴³⁾, valere obligationem, ut ius prioris creditoris ad sequentem transeat.

39) Ulpian äussert hier nach einem bey ihm öfters vorkommenden, und schon mehrmals bemerkten Redegebrauche, seine Meinung durch eine Frage ohne beygefügte Antwort. Sie ergiebt sich aber aus dem beygefügten Entscheidungsgrunde von selbst. C. den 32. Th. §. 1374. C. 344. f. Not. 25.

40) Scil. a Principe. L. 3. C. de iure domini impetrando. (VIII. 34.)

41) *Quasi praedium pupillare* erklärt der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. V. pag. 147. Sch. y. ganz richtig so: *ἐπειδὴ πονπιλλάριον λοιπὸν γέγονε τὸ πρᾶγμα*; i. e. *quia nunc res pupillaris facta est.* Eben so wird auch in den vorbergehenden Worten das *quasi debitoris* erklärt: *ἐπειδὴ τοῦ χρεώστου ἐστίν, quia debitoris est.*

42) Der griechische Scholiast c. l. erklärt diese Stelle so: *ὡς περ εἰ καὶ εἰς τὴν νομὴν τὴν δάμνι ἰνφέκτι πεμφθεὶς ὁ πονπιλλος, ἐπέμφθη καὶ εἰς τὴν β'. νομὴν, ἐφ' ᾧ δεσπόσαι τῆς οἰκείας τοῦ γείτονος; οὐδὲ γὰρ ταύτην δύναται λοιπὸν ὁ ἐπίτροπος ἐκποιεῖν.* i. e. *Idemque si pupillas in possessionem missus ex causa damni infecti, et ex hac causa secundo mittatur, ut dominus fiat aedium vicini: nam et eas vendere tutor postea non poterit.*

43) Es dürfen also nicht höhere Zinsen stipulirt, und dadurch die Schuldenlast erschwert worden seyn.

Ein Anders ist, wenn ein Pfandrecht auf einer Sache des Pupillen constituirte werden soll, welche bisher noch nicht verpfändet war, und der Vormund das ihm vom Gläubiger dargeliehene Geld dazu verwendet hat, um einen andern Gläubiger damit abzufinden, der auf einer andern Sache des Mündels ein Pfandrecht hatte. Hier kann der Vormund dem neuen Gläubiger kein Pfandrecht ohne Genehmigung der Obrigkeit geben. Ist es dennoch geschehen, so ist die Verpfändung nach dem strengen Rechte ungültig. Denn hier ist eine andere Sache verpfändet worden, nicht dieselbe, auf welcher der abgefundene Gläubiger ein Pfandrecht hatte. Ist indessen die Sache des Minderjährigen dem Gläubiger zum Unterpfande tradirt worden; so kann derselbe wenigstens die Sache retiniren, und sich mit der *exceptio doli* schützen, wenn der Minderjährige die Sache aus dem Grunde, daß die Verpfändung nichtig sey, zurückfordert, weil es gegen Billigkeit und Redlichkeit streitet, dem Gläubiger das Geld nicht wieder zu bezahlen, womit eine andere Sache des Minderjährigen von dem darauf haftenden Pfandrechte frengemacht, und also derselbe bereichert worden ist. Diesen Fall trägt Ulpian in Verbindung mit dem vorigen *L. 7. §. 5. h. t.* vor:

Si obligavit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus, sed tunc, quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor 44).

§. 1383.

Erfordernisse einer rechtsgültigen Alienation von Pupillengütern.

Soll nun die Veräußerung auf eine rechtsgültige Art geschehen; so wird dazu erfordert, 1) daß eine rechtmäßige

44) Man vergleiche über beyde Gesefstellen *POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XIII. Not. a. et b. pag. 165.*

Ursache vorhanden sey. Für eine solche ist aber nur diejenige zu halten, welche die Veräußerung nothwendig macht. Um aber von dem Daseyn derselben versichert zu seyn, muß 2) die Obrigkeit eine förmliche Untersuchung darüber anstellen, welche zugleich sowohl auf die Beschaffenheit der zu veräußernden Sache, als auf die Art der Veräußerung selbst zu richten ist, wie §. 1385. lehren wird. Ist alles gehörig untersucht, so muß nun 3) noch ein ordentliches Veräußerungsdecret, und zwar von der competenten Obrigkeit, erteilt werden. Dieses allein ist also nicht hinreichend, denn ohne vorhergegangene Untersuchung würde das Decret nichtig, und für erschlischen zu halten seyn, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Carus, Carinus, und Numerianus an den Caro erhellet.

L. 6. C. de praediis et aliis reb. minor. Minorum possessionis venditio, per procuratorem delato ad Praetorem vel Praesidem provinciae libello, fieri non potuit: cum ea res confici recte aliter non possit, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant, decretum solemniter interponatur. S. Non. Maii, CARO et CARINO AA. CONSS. 283.

Auf diese Nothwendigkeit einer förmlichen Untersuchung, und nicht gerade auf die angegebene Veräußerungs-Ursache ist auch wohl, nach der richtigern Erklärung und Interpunction, die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian zu beschränken, welche in der *L. 12. C. eodem* an den Leontius folgendermassen rescribiren:

Ob aes alienum, tantum causa cognita praesidali decreto praedium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur. Dat. 11. Kalend. Maii Heracliae, CC. Conss.

Nach dieser Interpunction ist also das tantum nicht auf die vorhergehenden, sondern nachfolgenden Worte zu beziehen, wie Andr. Alciatus⁴⁵⁾, Franz Duarenus⁴⁶⁾, Elb. Leoninus⁴⁶⁾, Ludw. Ruffardus⁴⁷⁾, und auch Joh. Boet⁴⁸⁾ dieses Rescript verstanden haben. Diese Erklärung wird auch durch die Griechen unterstützt. Denn in den Basiliken⁴⁹⁾ heißt es: Διὰ χρέος ἐπικείμενον, δύναται πιπράσκεσθαι ὀρφανικὸν πρᾶγμα, μετὰ ἀποφάσεως δηλονότι. i. e. *Oburgens aes alienum, vendi res pupillaris omnino potest cum decreto.* Und dieses erklärt der griechische Scholiast⁵⁰⁾ folgendermassen: Μὴ εἶπης διὰ χρέος μόνον καὶ γὰρ καὶ μὴ διὰ χρέος, ἀλλὰ τυχὸν ὅτι οὐκ εἶχεν ἀλλαχόθεν ἀποτραφῆναι, καλῶς ἢ πράσις γένηται. i. e. *Ne dixeris, ob aes alienum tantum: nam et si non ob aes alienum, sed forte ob victus rationem, qui aliunde parari non possit, recte fit venditio.*

§. 1384.

Rechtmäßige Ursachen der Veräußerung.

Es muß also 1) eine rechtmäßige Veräußerungs-Ursache vorhanden seyn, das heißt eine solche, welche eine Nothwendigkeit der Veräußerung herbeiführt. Für eine solche erkennen die Gesetze vorzüglich dringende nicht

45) Dispunction. Lib. IV. Cap. 5.

*) Comm. in Tit. 54. Lib. II. Cod. Si adv. dotem. (Opp. pag. 105.)

46) Emendation. Lib. III. Cap. 3. nr. 6. et 7.

47) In edit. sua Cod. ad h. L. not. h.

48) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6. et 8.

49) Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 55. Tom. V. FABROTI pag. 141.

50) Loc. cit. Schol. s. pag. 160.

unbedeutende Schulden. Schon in der Oratio des Kaisers Severus ⁵¹⁾ heißt es: *Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi etc.*, und zwar wird hier die Schuldenlast nur allein als eine rechtmäßige Veräußerungsbursache genannt. Es wird aber dabey vorausgesetzt, 1) daß die Gläubiger auf die Bezahlung dringen ⁵²⁾, 2) daß die Schuld aus andern Mitteln, nämlich aus der vorhandenen Baarschaft, oder aus dem Vorrath von Früchten, und sonstigen Einkünften, oder ausstehenden leicht zu erhebenden Schuldforderungen, nicht getilgt, noch die Gläubiger zur Geduld bewogen werden können, welches alles die Obrigkeit vor Ertheilung des Decrets gewissenhaft zu untersuchen hat. Ulpian sagt *libro XXXV. ad Edictum* ⁵³⁾:

Non passim tutoribus sub obtentu aeris alieni permitti debuit venditio: neque enim est eis via distractionis tributa, et ideo Praetori arbitrium huius rei Senatus dedit, cuius officio in primis hoc convenit excutere an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri. Quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus, quae conveniri possunt; vel in fructibus conditis, vel etiam in reddituum spe atque obventionum. — Si igitur deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex praediorum distractione, tunc permittet distrahi, si modo urgeat creditor,

51) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

52) *G. VOÏT Comm. h. t. §. 7. und Jo. a SANDE de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 56 — 59.*

53) *L. 5. §. 9. D. h. t.*

aut *usurarum modus parendum aeri alieno*.⁵⁴⁾
suadeat.

Die letztern Worte lehren, daß wenn auch die Gläubiger nicht gerade auf die Bezahlung dringen, dennoch schon die drückende Zinslast die Bezahlung einer Schuld kann dringend, und also eine Veräußerung nothwendig machen. Daß aber auch die Schuldenlast nicht unbedeutend seyn dürfe, sagt Ulpian in der angeführten Stelle ausdrücklich, wenn er §. 10. die Obrigkeit anweist, bey Ertheilung des Decrets darauf zu sehen: *ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur.*

Sollten denn aber wirklich nur dringende Schuß

- 54) Haloander, und der ihm fast überall folgende Lud. MARRIUS lesen *carendam aere alieno*. Allein der große Literator Guil. Ott. REITZ in Annotation. Sporad. in fin. (in PÜTTMANNI Opusc. iurid. ex Observation. Miscellan. Batav. in un. volum. collectis. (Halae 1782. 8. pag. 158.) hält nichts für so gewiß, als daß *parendum* gelesen werden müsse. Der Sinn soll freylich wohl seyn, aut graves usurae aes alienum dissolvere iubeant. In den BASILIENSIS c. l. Tom. V. pag. 126. Const. 5. §. 5. wird auch wirklich der Ausdruck gebraucht, πληρῶσαι τὸ χρέος, welches so viel heißt, als dissolvere aes alienum, und nun werden die beyden Ursachen angeführt, welche die Tilgung der Schuld nothwendig machen, 1) wenn der Gläubiger auf die Bezahlung dringt; καὶ ἐπιχειρεῖ ὁ δανειστής, und 2) wenn die Zinsen zu drückend sind: ἢ οἱ τόκοι βαροῦσιν. Die meisten Rechtsgelehrten bleiben jedoch bey der gemeinen Lesart *parendum*, und Adr. TURNEBUS Adversarior. Lib. XXXIII. Cap. 55. erklärt nach dieser Lesart das *parere aeri alieno* so: Is parere dicitur aeri alieno, sagt er, qui se ei imparem sentit et fatetur, nec diutius eius usuris gravari vult, sed mavult solvere.

den allein die Obrigkeit berechtigen können eine Veräußerung zu erlauben? Ulpian⁵⁵⁾ sagt es freylich wiederholend, *non passim distrahi iubere Praetori tributum est, sed ITA DEMUM, si urgeat aes alienum*; und fügt die drohende Folge hinzu: *Proinde et si permiserit, aere alieno non allegato, consequenter dicemus, nullam esse venditionem, nullumque decretum*. Eben so sprechen die Kaiser Diocletian und Maximian in der schon oben vorgekommenen *L. 12. C. de praediis et aliis reb. minor.* so wie die Kaiser Constantinus A. und Constantinus C. in der *L. ult. C. eod.* von dieser Veräußerungs-Ursache auf eine Art, als ob es die einzige rechtmäßige Ursache sey. In jener Constitution hieß es: *Ob aes alienum TANTUM causa cognita etc.* und die letztere lautet so:

Si minores, vel ex patris nomine, vel ex suo, debitis DUNTAXAT fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii: decreti interpositio a Constantiniano Praetore celebranda est, probatis examinatisque causis, ut patefacta rerum fide, firma venditio perseveret. Dat. XII. Kalend. Januar. PROBIANO et JULIANO CONSS. 322.⁵⁶⁾

55) *L. 5. §. 14. D. h. t.*

56) Diese Constitution, welche in den bisherigen Ausgaben des Theodosianischen Codex fehlte, ist nun aus einer Zürcher rescribirten Handschrift von Peyron wieder restituirt worden, nur Schade, daß die Inscription und Subscription verloren gegangen ist. Die restituirte Constitution selbst befindet sich in WÄNCK Cod. Theod. libr. V. prior. Lib. III. Tit. 21. *de praediis minorum sine decreto non alienandis.* Const. 2. pag. 197 — 200. mit vielen gelehrten Anmerkungen desselben.

Man könnte nun zwar sagen, daß die angeführten Gesetze gerade von der Veräußerung solcher Grundstücke sprächen, welche die Oratio des Kaisers Severus verboten hatte, wenn nicht auch Kr. Constantin in der oben angeführten Constitution alles, was vom Decret der Obrigkeit nach dem ältern Rechte galt, auch bey der Ausdehnung jenes Veräußerungsverbot's auf alle unbewegliche und bewegliche Sachen der Pupillen und Pfliegbefohlenen in den Worten: *nisi hac forte necessitate et lege, qua rusticum praedium atque mancipium vendere, vel pignorare — licebat*, ausdrücklich beobachtet wissen wollte. Daher wird auch in der letzten Constitution der beyden Constantine keiner besondern Art von Sachen mehr gedacht. Dennoch aber können jene Gesetze so ausschließend nicht verstanden werden, als sie gefaßt sind, wie auch schon Cujaz⁵⁷⁾ bemerkt hat, ob ich gleich in der Geschichte dieser Rechtslehre (S. 1381. b.) der Wortfassung folgte.

Denn es ist schon oben (S. 27) erinnert worden, daß das Wort *tantum* in der L. 12. nach der Erklärung der meisten Rechtsgelehrten nicht auf *aes alienum*, sondern auf die nachfolgenden Worte *causa cognita* zu beziehen sey, welches Erforderniß auch seiner unerläßlichen Nothwendigkeit wegen besonders in der L. ult. hervorgehoben wird, wenn es daselbst heißt: *probatis examinatisque causis*, oder wie die Turiner Handschrift liest: *probatis EXAMUSSIM causis*. Das Wort *duntaxat* aber wird zwar gewöhnlich in der exclusiven Bedeutung von *tantum* oder *solum* genommen; es heißt aber auch

57) Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 37. Lib. V. de adm. tutor vel curat. ad L. 22. circa fin.

soviel als scilicet⁵⁸⁾, in welcher Bedeutung es auch füglich hier genommen werden kann, wenn man nicht mit Verh. Noodt⁵⁹⁾ annehmen will, es stehe hier überflüssig, und habe gar keine bestimmte Bedeutung, wovon Salmasius⁶⁰⁾ mehrere Beispiele angeführt hat. Sollte aber der Ausleger dieses, wie billig, zu hart finden, so mag er das Wort *duntaxat* immerhin auch hier in seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen, denn offenbar bezieht es sich nicht auf *debita fiscalia*, vel *privata*, sondern auf *debita urgentia*, so daß der Sinn ist, nicht wegen einer jeden Schuld, sie sey eine fiskalische, oder Privatschuld, dürfe die Obrigkeit ein Veräußerungsdecret ertheilen, sondern nur dann, wenn es dringende Schulden (*debita urgentia*) sind⁶¹⁾.

Daß jedoch die rechtmäßigen Veräußerungs-Ursachen wirklich nicht bloß auf dringende Schulden allein beschränkt werden können, erhellet schon daraus, weil die Gesetze selbst Fälle angeben, wo auch andere Ursachen die Nothwendigkeit einer Veräußerung herbeiführen können. So kann die Bestellung einer Brautgabe einen Verkauf von Sachen der Mündel nothwendig machen, wenn anders die Ehe nicht zu Stande kommen kann⁶²⁾. Eben so kann ferner die Weitläufigkeit eines Prozesses, der damit verbundene Kostenaufwand, und der zweifelhafte Ausgang desselben die Nothwendigkeit eines Vergleichs veranlassen⁶³⁾.

58) G. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Duntaxat*.

59) Comm. ad Dig. h. t. §. *Altera talis est*. pag. 587.

60) Noit. ad VOPISCUM in *vita Probi*. Cap. 16.

61) G. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 8. in fin.

62) L. 61. §. 1. *D. de iure dot.*

63) L. 4. *C. de praed. et aliis reb. minor.*

Daß auch Mangel am nöthigen Unterhalte des Pfluges sohnlen eine Veräußerung rechtfertige, darin sind alle einverstanden⁶⁴⁾.

Um diese verschiedenen Gesetze mit einander zu vereinigen, behaupten mehrere⁶⁵⁾ durch die Oratio des Kaisers Severus sey zwar bey der Veräußerung der praediorum rusticorum und suburbanorum, welche dadurch den Vormündern verboten wurde, nur dringende Schuldenlast allein, als rechtmäßige Veräußerungs-Ursache, gebilliget worden; allein mit der Erweiterung dieses Verbots habe man durch Interpretation die Veräußerung auch wegen anderer Ursachen der Nothwendigkeit erlaubt.

Ob um des bloßen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige⁶⁶⁾ wollen diese Frage bejahen, weil wenn man die

64) *S. Jo. a SANDE* P. I. Cap. I. §. 4. nr. 62. *VORF* Comm. ad Pand. h. t. §. 8. *LAUTERBACH* Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 5. und Desselben Diss. de alienatione rerum, quae minorum sunt. Th. 30. besonders *Pet. MÜLLER* ad *Struuiam*. P. II. Exercit. XXXI. Th. 84. Not. 2. pag. 603. Man vergleiche auch *Jo. Ortiv. WILSTENBERG* Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 14. *Jul. Frid. MALBLANC* Princip. iuris Rom. P. III. §. 684. und *Just. Claprotz* von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 162.

65) *S. Jac. CUVACIUS* Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 37. Libri V. Const. 22. pag. 399. (*Francof.* 1605. 4.) *Jo. a SANDE* c. I. §. 61. *Jo. Jac. WISSENBACH* Exercitation. in Pand. P. I. Diss. LIII. Th. 14. *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. c. I. pag. 586. sq. und *POTBIER* Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XVII. Not. f. pag. 163. Man vergleiche jedoch *VORF* h. t. §. 8. circ. fin.

66) *MONTANUS* Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 450. Glück's Erläut. d. Pand. 33. Th. ©

Rechtmäßigkeit der Veräußerung bloß an die Ursachen der Nothwendigkeit knüpfen wollte, hieraus in den meisten Fällen den Pflēgbesohlenen der größte Schaden erwachsen würde. Nun erlaube aber weder Recht noch Billigkeit, dasjenige, was heilsam zum Besten der Menschen eingeführt worden ist, durch eine härtere Erklärung gegen den Nutzen derselben in Strenge zu verwandeln. Dieß sey der klare Ausspruch der Gesetze⁶⁷⁾. Allein den Gesetzen ist diese Meinung dennoch nicht gemäß. Nach der ausdrücklichen Vorschrift derselben soll um des bloßen Nutzens willen keine Veräußerung gestattet werden. Ulpian hat diese Frage so bestimmt entschieden, daß kein Zweifel übrig seyn kann. Er sagt *L. 5. §. 14. D. h. t.*

Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent, expedire haec praedia vendi, et vel alia comparari, vel certe istis carere, videndum est, an Praetor eis debeat permittere? Et magis est, ne possit.

Nicht einmal alsdann soll die Veräußerung erlaubt werden, wenn auch der fundus pupillaris schlechtes Land und unfruchtbar seyn sollte, wie Paulus *L. 13. pr. D. h. t.* durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus bestätigt. Er wirfft daselbst die Frage auf:

Si fundus sit sterilis, vel saxosus, vel pestilens, videndum est, an alienare eum non possit? Et Imperator ANTONINUS et diuus pater eius in haec verba rescripserunt: Quod allegastis, infructuo-

STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXXI. Th. 84. Jo. VOET Comm. h. t. §. 8. und Jo. Ern. Just MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. II. Obs. 614.

67) *L. 25. D. de Legib. L. 6. C. cod. (l. 14.)*

sum esse fundum, quem vendere vultis, movere nos non potest, quum utique pro fructuum modo pretium inventurus sit.

Es kann zwar freylich nicht geläugnet werden, daß durch diese Strenge der Gesetze den Pflēgbesohlenen mancher Vortheil entgehen kann, den sie vielleicht hätten machen können; dennoch aber ist dadurch im Ganzen für das Beste der Mündel und die Erhaltung ihrer Güter besser gesorgt, weil, wenn man der Obrigkeit hätte erlauben wollen, um jedes vermeintlichen Nutzens willen eine Veräußerung zu gestatten, allerdings zu befürchten wäre, daß der heilsame Zweck des Veräußerungsverbots nach und nach ganz vereitelt, und am Ende bey der Veräußerung der Mündel-Güter die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets auf eine leere Förmlichkeit hinauslaufen würde. Wenn also nicht die besondern Landesgesetze und Vormundschaftsordnungen ⁶⁸⁾ die Veräußerung auch wegen eines erheblichen und augenscheinlichen Nutzens zulassen, muß es bey der Vorschrift des gemeinen Rechts bleiben, worin auch die meisten Rechtsgelehrten ⁶⁹⁾ mit einander übereinstimmen.

68) J. B. das Baierische Landrecht. 1. Th. 7. Kap. § 13. Nr. 4. Chur-Braunschweig. Landes-Ordnungen. Kap. II. S. 645. f. Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 18. Tit. §. 555. Fränkische Landgerichts-Ordnung 3. Th. Tit. XV. §. 2. und Tit. XVI. §. 2. Churfürstliche Vormundschafts-Ordnung. Kap. XVI. §. 1. Schwarzburg. B. D. Kap. 24. u. a. Es kann also wohl nur in Beziehung auf diese besondern Landesgesetze verstanden werden, wenn Mittermaier in den Grds. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 374. sagt, daß auch der Nutzen des Pupillen ein hinreichender Grund zur Veräußerung seyn könne.

69) Jo. a SANDE cit. Tr. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 65. Andr.

Eine Veräußerung, welche bloß des Vortheils wegen geschehen ist, muß daher, wo nicht die Landesgesetze sie zulassen, auch noch heut zu Tage für nichtig erklärt werden, wenn sie auch durch ein obrigkeitliches Decret bestätigt worden ist ⁷⁰⁾. Es ist auch gleichviel, ob die veräußerten Sachen unbewegliche oder bewegliche Sachen von Werth sind, obwohl in Ansehung der letztern mehrere Rechtsgelehrten ⁷¹⁾ eine entgegengesetzte Ansicht haben.

§. 1385.

2) Obrigkeitliche Untersuchung. Worauf ist sie zu richten?

Zur Gültigkeit der Veräußerung wird nun auch 2) eine förmliche Untersuchung erfordert. Diese *causae cognitio* gehörte bey den Römern für die höhern Obrigkeiten. In den Gesetzen werden deswegen bloß der Prätor und der Präses der Provinz, als die für diese Unter-

FACHINARUS *Controv. iuris* Lib. III. Cap. 3. *Ulr. HUBER* *Praelection. ad Pand. h. t. §. 4. et 5.* LAUTERBACH *Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 6.* Jo. Henr. BERGER *Supplem. ad Electa Disceptat. for. Tit. XXXIX. Observ. XVII. pag. 400. sq. und Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 4. Th. 11. pag. 211. (edit. Haubold.)* besonders Dav. Ge. Struben *rechtl. Bedenken: 2. Th. Bed. CIV. S. 587 — 592. Aug. a LEYSER* *Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. Medit. 1. u. m. a.*

70) S. *Gottl. HUPBLAND's* *Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1574. Not. a. Albr. Schweppe* *Röm. Privatrecht. §. 761. (Der 3. Aufl.)*

71) *Sam. STRYK* *Us. mod. Pand. h. t. §. 3. Jast. Henn. BOVNER* *Introd. in ius Dig. h. t. §. 3. Mich. God. WERNHER* *Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 19. und Dabelow* *Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 306. S. 577.*

suchung competente Behörde genannt, welche sie keinem Stellvertreter übertragen konnten, wenn sie auch ihre Jurisdiction mandirten⁷³⁾. Diesen wird sie daher zur besondern Pflicht gemacht, und ihrer Wichtigkeit wegen in den Gesetzen⁷³⁾ ganz vorzüglich hervorgehoben. Um so mehr hat sich's auch Ulpian⁷⁴⁾ angelegen seyn lassen, hierüber das richterliche Amt auf das genaueste zu untersuchen. Heut zu Tage ist diese Befugniß ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wenn nicht nach der besondern Verfassung des Landes diese Angelegenheit an ein besonderes vormundschaftliches Gericht (Pupillen-Collegium) verwiesen ist, und steht dem Richter zu, welcher den Vormund bestellt, oder bestätigt hat⁷⁵⁾. Dieser ist auch dem Pflegbefohlenen dafür verantwortlich, wenn er bey der Untersuchung nicht pflichtmäßig verfährt, dahingegen die oben genannten Römischen Behörden gerade solche waren, gegen welche die *actio subsidiaria adversus Magistra-*

72) L. 2. §. 1. *D. de officio eius, cui mandata est iurisd.* (l. 21.) *ULPIANUS Libro III. de omnibus Tribunalibus.* Si tutores vel curatores velint praedia vendere, causa cognita id Praetor vel Praeses permittet: quodsi mandaverit iurisdictionem, nequaquam poterit mandata iurisdictione eam quaestionem transferre. Man vergleiche noch die L. 1. L. 6. *C. de praediis et aliis reb. minor.* (V. 71.)

73) L. 6. L. 12. L. 18. *C. de praed. et al. reb. min.* L. 3. *C. Si quis ignorans rem min. esse.* (V. 73.)

74) L. 5. §. 9—11. *D. h. t.* S. Just. Claprotth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtsbandlungen. §. 162. und 163.

75) S. Claprotth's Rechtswiss. von freywilligen Gerichtsbandlungen. §. 161. S. 324. und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 5. Th. §. 306. S. 576.

tum nicht zulässig war. Ueberhaupt ist aber diese Untersuchung auf drey Gegenstände zu richten, nämlich a) auf die Ursache der Veräußerung, b) auf den dazu auszuwählenden Gegenstand, und c) auf die Art der Veräußerung.

Wenn also um die Erlaubniß zur Veräußerung von Pupillengütern nachgesucht wird, so darf sich der Richter auf die bloße Angabe der Vormünder, daß eine Ursache der Nothwendigkeit vorhanden sey, nie verlassen. Gibt also der Vormund dringende Schulden als Ursache an, so muß sich der Richter vor allen Dingen erkundigen, ob die Gläubiger wirklich auf die Bezahlung dringen, und dieselben zur Geduld zu bewegen versuchen. Ist dieser Versuch fruchtlos gewesen, so muß sich der Richter aus den Rechnungen und dem Verzeichniß über den Vermögensbestand des Mündels nachweisen lassen, daß es an Baarschaften, zahlbaren Forderungen, Naturalvorräthen, und zu hoffenden gewissen Einkünften gänzlich fehle, um die gegenwärtige Nothwendigkeit der Zahlung, oder auch des Unterhalts, und sonstiger Bedürfnisse zu bestreiten. Da hier den Vormündern nicht immer zu trauen ist, so muß der Richter zugleich die nächsten Verwandten des Mündels, oder treue Freunde desselben, oder solche Personen, welche von den Verhältnissen des Mündels genau unterrichtet sind, zu Rathe ziehen, und immer nur im Falle einer vorhandenen Nothwendigkeit die Veräußerung gestatten. Ulpian belehrt hierüber den Richter folgendermassen.

L. 5. §. 11. D. h. t. In primis igitur, quoties desideratur ab eo, ut permittat ⁷⁶⁾ distrahi, requi-

76) Die florentinischen Pandecten lesen zwar *remittat*. Allein die Lesart *permittat*, welche Haloander, und die meisten Ausgaben haben, ist wohl unstreitig richtiger.

rere debet eum, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia asseverare Praetori solent, necesse esse distrahi possessiones vel obligari. Requirit ergo necessarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium, qui notitiam rerum pupillarum habet: aut si nemo inveniatur, aut suspecti sint, qui inveniuntur, iurare debet edi rationes, itemque synopsis⁷⁷⁾ bonorum pupillarum, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit Praetoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat⁷⁸⁾.

Hieraus erklärt sich nun, wenn die Kaiser Carus, Carinus und Numerianus in der *L. 6. C. de praed. et alius reb. min.* rescribiren: die Veräußerung könne anders nicht erlaubt werden, nisi apud acta causis probatis, quae venditionis necessitatem inferant.

77) Die Lesart Halsanders: *Itemque, si opus sit, pupillarum bonorum advocatum pupillo dare*, ist wohl offenbar unrichtig, und vom *Ant. Augustinus* Emendation. Lib. IV. Cap. 3. (in *Ottonis Thes. Jur. Rom.* Tom. IV. pag. 353.) mit Recht verworfen worden. Auch in den *Basilicis Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 5. §. 6.* Tom. V. *FABROTI* pag. 126. heißt es: *καὶ τὴν συνοψιν τῆς οὐσίας*, i. e. *et inventarium bonorum*. *Jac. Cujacius* Observation. Lib. VIII. cap. 1. erklärt das Wort *Synopsis* durch *brevis descriptio bonorum pupillarum*. *Ulpian* braucht in eben dieser Bedeutung auch das griechische Wort *ἀναγραφὴ* in der *L. 15. pr. D. de rebus auctor. ind. possidend.* (XLII. 5.)

78) Die Nothwendigkeit der Bestellung eines solchen Verstandes fällt *h. j. L.* weg. *S. Claproth* angef. *Rechtswissenschaft.* §. 163. S. 328.

Soviel hiernächst den Gegenstand der Veräußerung betrifft; so hat der Richter darauf zu sehen, daß eine solche Sache gewählt werde, die der Pflegbefohlene am ersten entbehren, und durch deren Veräußerung der gegenwärtigen Nothdurft abgeholfen werden kann. Ehe er also seine Einwilligung zur Veräußerung eines Grundstücks giebt, muß er sehen, ob nicht unter den beweglichen Sachen des Mündels ein solcher Gegenstand befindlich ist, und zwar muß immer zuerst das Geringere, oder das dem Mündel weniger Nützliche gewählt werden ⁷⁹⁾. Ulpian äußert sich hierüber L. 5. §. 9. h. t. folgendermassen:

Item requirat, num aliae res sint praeter praedia, quae distrahi possint, ex quorum pretio aeri alieno satisfieri possit.

§. 10. Sed si sit alia possessio minor, vel minus utilior pupillo, magis eam iubere distrahi, quam maiorem et utiliolem.

Endlich muß auch eine solche Art der Veräußerung gewählt werden, bey welcher die Rechte des Mündels an der Sache soviel möglich erhalten werden können, und welche also dem Mündel am wenigsten nachtheilig ist. Es muß also berücksichtigt werden, ob nicht etwa durch eine bloße Verpfändung, oder, wenn ja der Verkauf nicht abzuwenden ist, ob nicht etwa durch Beyfügung des pactum de retrovendendo dem Pflegbefohlenen die Sache erhalten werden kann.

L. 5. §. 10. D. h. t. Item Praetor aestimare

79) S. Jo. a Sando de prohibita rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 4. nr. 66. Schwegge Röm. Privatrecht. §. 761. und Mühlensbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 330.

debeat, utrum vendere potius, an obligare permittat.

Ist gegen Verpfändung ein Darlehn aufzunehmen, so darf der Richter keine größere Summe aufzunehmen erlauben, als die Bestreitung der Nothdurft erfordert. Ulpian sagt ebendasselbst:

Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum.

Der Richter darf es nun eigentlich nicht dem Vormunde anheimstellen, ob er verkaufen oder verpfänden will, sondern er muß dieses ausdrücklich bestimmen, und der Vormund muß sich nach der Vorschrift des Richters genau richten. Denn überschreitet er sie, so handelt er nichtig. Ulpian sagt *L. 7. §. 3. D. h. t.*

Si Praetor tutoribus permiserit vendere, illi obligaverint, vel contra, an valeat, quod actum est? Et mea fert opinio, eum, qui aliud fecit, quam quod a Praetore decretum est, nihil egisse.

Sollte der Richter dem Vormunde überlassen haben, ob er den ausgewählten Veräußerungs-Gegenstand verkaufen, oder verpfänden wolle; so ist zwar der Vormund freylich durch das Decret gedeckt, wenn er sich der ihm gestatteten Wahl bedient. Allein die Gesetze billigen dieses Verfahren nicht, wie aus folgender Stelle Ulpian's erhellet.

L. 7. §. 4. D. h. t. Quid ergo, si Praetor ita decreverit: *vendere obligareve permitto*, an possit liberum arbitrium habere, quid ⁸⁰⁾ faciat? *Et ma-*

80) Die florentinischen Ausgaben lesen *qui*; allein Goloander,

gis est, ut possit, dummodo sciamus, Praetorem non recte partibus suis functum: debuit enim ipse statuere, et eligere, utrum magis obligare, an vendere permittat.

Borzüglich hat nun auch die Obrigkeit noch dafür zu sorgen, daß das darlehnsweise aufgenommene, oder aus dem Verkaufe gelöste Geld seinem Zweck gemäß auch wirklich verwendet werde, welches Ulpian dem Richter noch zur besondern Pflicht macht.

L. 5. §. 13. D. h. t. Ne tamen titulo tenus tutores aere alieno allegato pecunia abutantur, quam mutuum acceperunt, oportebit Praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur, et de hoc decernere, dareque viatorem, qui ei renuntiet, pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio.

War dringender Schulden wegen eine Veräußerung nöthig, so ist wohl das Sicherste, wenn das Geld den Gläubigern in den Gerichten bezahlt, und von diesen der Empfang im Protocoll bescheiniget wird ⁸¹⁾.

§. 1386.

Ertheilung eines obrigkeitlichen Decrets.

Hat sich nun der Richter von der Nothwendigkeit einer Veräußerung überzeugt; so wird noch zuletzt 3) zur Gültigkeit derselben erfordert, daß ein ordentliches

Hugo a Porta, Merlin, Baudouza, und alle andere Ausgaben, die ich verglichen habe, lesen *quid*, welches un-
streitig richtiger ist.

81) S. Claprot's theor. pract. Rechtswissenschaft von frey-
will. Gerichtsbandlungen. §. 166.

Veräußerung's Decret ertheilt werde ⁸²⁾. Dieses Decretum de alienando enthält den Ausspruch des competenten Richters, wodurch derselbe, nach vorher angestellter Untersuchung der Umstände, die Veräußerung ausdrücklich genehmiget. Das Decret muß also von der competenten Obrigkeit ertheilt werden. Wer aber diese sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Bey den Römern waren bloß der Prätor und der Präses der Provinz die für die Ertheilung des Decrets competente Behörden ⁸³⁾. Welche sind es aber jetzt? Eigentlich kann wohl nur competent diejenige Obrigkeit seyn, welche die Obervormundschaft führt, und dieses ist denn auch wohl keine andere, als eben diejenige, welche die Vormundschaft angeordnet hat ⁸⁴⁾. Mir scheint dieses auch die Meinung

82) *L. 6. C. de praed. et alijs reb. minor. Decretum solenniter interponatur. L. 22. C. de admin. tutor. G. Halder. ab EYBEN Discurs. iurid. de decreto in alienandis minorum caeterarumque his similibus personarum rebus necessario. (in Eius Script. iurid. cum praefat. Jo. Nic. HARTII Argentorati 1708. f. edit. P. II. pag. 369 — 378.) und Car. Frid. WEINHOLD Disp. super decreto in alienandis rebus minorum interponendo. Lipsiae 1775. 4.*

83) *L. 1. L. 6. L. 9. L. 10. 12. 13. 14. 16. 17. 18. C. de praedijs et alijs reb. minor.*

84) *G. Jo. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. Just. Claprotb's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 161. Albr. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 761. der dritt. Außg. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 521. Gottl. HUFELAND's Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. B. §. 1574. und Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 306. G. 576.*

der Geseze zu seyn. Es gehören hierher vorzüglich folgende Gesezstellen.

L. 5. §. 12. *D. h. t. ULPIANUS Libro XXXV. ad Edictum.* Illud quaeri potest: Si Praetor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat, quod fecit? Et putem valere, si modo tutela Romae agebatur, et hi tutores eam quoque administrationem subierant.

L. 16. *C. de praed. et aliis reb. minor. (V. 71.)* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. *Eutichiae.* Si praedium rusticum vel suburbanum — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, vendidisti. etc.

Die Streitfrage betrifft nun eigentlich den Fall, wenn die zu veräußernden Güter des Mündels außer dem Gerichtsbezirke der Obrigkeit des Wohnorts liegen. Hier glauben viele ⁸⁵⁾, es sey gleichviel, welche von beyden Obrigkeiten das Decret erteile. Es sey daher auch der Richter competent, in dessen Gerichtsbezirke die zu veräußernden Sachen liegen. Zur Unterstützung dieser Meinung beruft man sich auf die angeführten Geseze. Andere ⁸⁶⁾

85) *Huld. ab EYBEN* cit. *Diss. Th. XI. (Scriptor. pag. 572.)* LAUBERBACH *Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 8.* STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 4.* STRUV *Synt. iuris civ. Exerzit. XXXI. Th. 84.* *Pet. MÜLLER* ad *Eundem* not. 2. *Jo. Henr. de BARBER* *Oecon. iuris Lib. I. Tit. 4. Th. XI. (Tom. 1. pag. 212. edit. Haubold.) Car. Ferd. HOMMEL* *Rhapsod. Quaestion. for. Vol. IV. Observ. 568.* *WAINHOLD* *Disp. cit. §. 12.* Dieser Meinung ist auch *HELLFELD.*

86) *Jo. a SANDO* *de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 70. et 71.*

unterscheiden, ob die Vormundschaft ungetheilt oder getheilt verwaltet wird. Im ersten Falle habe der Vormund die Wahl; von wem er sich das Decret will ertheilen lassen, ob von dem Richter des Wohnorts, oder der gelegenen Sache. In dem letztern Falle hingegen könne nur der Richter das Decret ertheilen, in dessen Gerichtsbezirke das zu veräußernde Grundstück liegt. Allein zu Folge des aufgestellten Grundsatzes kann dem Vormunde nie die Wahl gestattet werden, es kann daher der iudex rei sitae nur dann für competent gehalten werden, wenn der Vormund von diesem Richter die Administration derjenigen Güter durch eine Theilung der Vormundschaft erhalten hat, zu welchen die zu veräußernde Sache gehört⁸⁷⁾. Die Meinung derjenigen⁸⁸⁾, welche bloß den iudex rei sitae für competent halten, ist also den Gesetzen eben so wenig gemäß, als wenn andere⁸⁹⁾ behaupten, es müsse ein Decret von beyden Richtern eingeholt werden.

Ein andere Frage ist, ob das Decret noch vor der Veräußerung ertheilt werden müsse, oder ob es auch noch nachher erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung geheilt werden könne? Auch darüber sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Soll freylich das Decret

87) Man vergleiche noch die *L. 27. pr. D. de tutor. et curator. dat.* und *L. 21. §. 2. D. de Excusation.* S. auch THIBAUT Syst. §. 521.

88) S. MONTANUS de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 55. pag. 586.

89) S. Ant. PEREZ Praelection. in Codicem Lib. V. Tit. 71. §. 8. Ant. GOMEZ variar. Resolution. iuris civ. T. II. cap. 14. Ern. COETMANN Consil. acad. Cons. XII. nr. 4. Ant. MATTHAEI de Auctionib. Lib. I. cap. 7 nr. 10.

zugleich eine Anweisung für den Vormund enthalten, was er, und wie er veräußern sollte, und dieses alles genau darin bezeichnet werden, ja soll es dem Vormunde die Veräußerung unter den darin bezeichneten Bestimmungen erlauben; so muß es wohl der Veräußerung vorausgehen. Daß aber dem wirklich so sey, scheint aus der Frage hervorzugehen, welche Ulpian *L. 7. §. 4. h. t.* entscheidet, wenn er daselbst sagt:

Quid ergo, si Praetor ita DECREVERIT: vendere obligareve PERMITTO, an possit liberum arbitrium habere, quid faciat? Et magis est, ut possit, dummodo sciamus, Praetorem non recte partibus suis junctum: debuit enim ipse statuere et eligere, utrum magis obligare, an vendere PERMITTAT.

Eben dieser Ulpian sagt ferner *L. 5. §. 10. h. t.* *Item Praetor aestimare debebit, utrum vendere potius, an obligare PERMITTAT. Nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum foenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum: aut si distrahendum arbitritur, ne propter modicam aes alienum magna possessio distrahatur: sed si sit alia possessio minor, vel minus utilis pupillo, magis eam IUBERE distrahi, quam maiorem et utiliozem.*

Dieser Vorschrift entsprechen auch die heutigen Formulare eines obrigkeitlichen Decrets zur Veräußerung oder Verpfändung von Pupillen's Gütern ⁹⁰⁾. Daher sind mehrere Rechtsgelehrten ⁹¹⁾ der Meinung, daß obrig:

90) S. Claproth's theor. pract. Rechtswissenschaft von freywill. Gerichtsbandlungen. §. 164. S. 355. und 356.

91) S. Jo. a SANDB de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I.

feitliche Decret müsse der Veräußerung vorausgehen. Da indessen dieses doch nirgends bey Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist⁹²⁾, und in der *L. 2. h. t.* die bloße confirmatio für hinreichend gehalten wird; so behaupten viele⁹³⁾, zu denen auch unser Hellfeld gehört, daß die Obrigkeit noch hinterdrein das decretum de alienando erlassen, und dadurch die ungültige Veräußerung heilen könne. Hier entsteht nun aber wieder die Frage, ob diese Gültigkeit nur von der Zeit der erfolgten obrigkeitlichen Genehmigung an zu rechnen sey, oder schon von der Zeit an, da die Veräußerung geschah. Das Letztere behaupten mehrere Rechtsgelehrten aus dem Grunde, weil in der *L. 7. Cod. ad Sctum Macedon.* (IV. 20.)

§. 5. nr. 68 et 69. *Dionys. GOTHOFREDUS* in Nota ad *L. 5. §. 9. D. h. t. not. x. Pet. MÜLLER* ad *Struvii Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 84. Not. 1. pag. 604. Ben. CARPZOV* Lib. V. Respons. LXVIII. nr. 3. et 18. Claprotz h. angef. Rechtsmiffenschaft. §. 265. und *Car. Christoph HOFACKER* Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 669.

92) *S. Schweppe* Röm. Privatrecht. §. 761. (der 3. Außg.)

93) *Octav. SIMONCELLUS* Tr. de decretis caeterisq. solemnitatib. in contractib. Minorum adhibend. (*Helmst.* 1673. 4.) Praefat. nr. 31—35. pag. 23. sq. *Jo. SCHILTER* Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 211. *Jo. Balth. a WERNBERG* Select. Observationes forens. Tom. I. P. I. Obs. 254. pag. 281. et P. II. Obs. 446. pag. 458. *Aug. a LBYSEN* Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. medit. 6. *Jo. Henr. BRUGER* Resolution. Legum obstant. h. t. Animadv. ad verb. *Decretum iudicis.* p. 578. *Mich. God. WERNBERG* Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und *Car. Frid. WALCH* Introd. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Memb. III. §. 22.

ganz allgemein verordnet werde, jede Genehmigung werde durchaus zurückgezogen, und bestätige alles, was gleich anfangs geschehen sey⁹⁴). Allein so allgemein auch diese Regel ausgedrückt ist, so wenig ist sie hier anwendbar. Es ist hier nicht bloß von einem Geschäfte die Rede, zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Einwilligung, sondern von einem solchen, wo neben derselben eine unterlassene Feyerlichkeit erforderlich gewesen wäre, ohne welche demselben ein verbieten des Gesetz entgegenstände. Hier wird das früher nichtige Geschäft für die Vorzeit nie gültig, sondern erhält erst seine Gültigkeit durch die erfolgte obrigkeitliche Bestätigung⁹⁵). Eine bloße gerichtliche Bestätigung des von dem Vormunde geschlossenen Contracts, wofern nicht alle übrige Erfordernisse dabey beobachtet worden, ist jedoch keinesweges hinreichend, wie Hellfeld hier ganz richtig bemerkt⁹⁶).

Noch ist die Frage übrig, ob die Veräußerung gerade auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung oder Subhastation geschehen müsse? Viele⁹⁷) halten dieses für

94) S. LEYSER a. a. D. und WALCH a. a. D.

95) L. 25. C. de donat. inter vir. et uxor. (V. 16) nach welcher in einem solchen Falle die rückwirkende Kraft nicht Statt finden soll. S. Gottl. Hufeland über die verschied. Wirkungen der Genehmigung von Geschäften; (in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. B. (Gießen 1814.) Nr. IV. S. 222.)

96) S. auch J. H. BOHMERT, Introd. in ius Dig. h. t. §. 7. Mich. God. WERNBER Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und Claprot's Rechtswiss. §. 164. S. 534.

97) Jac. CURIACUS Recitation. solenn. in Codic. ad Tit. 57. Libri V. de administr. tut. pag. 598. (edit. Francof. 1605. 4.) Jo. a SANDER de prohib. rer. alienat. P. I.

nothwendig, weil nur auf diesem Wege der höchst mögliche Preis zu erhalten sey, und alle sonst mögliche Bervorthheilung der Pflegbefohlenen vermieden werde. Man glaubt diese Meinung auch durch die Gesetze⁹⁸⁾ unterstützen zu können, und empfiehlt dabey zugleich eine vorgängige Schätzung. Man sagt auch, die Meinung sey in der Praxis angenommen, und gelte als eine gemeine Gewohnheit⁹⁹⁾. Allein in dem gemeinen Rechte hat diese Meinung keinen Grund, wie auch Hellfeld ganz richtig bemerkt hat. Sie kann wenigstens aus den angeführten Gesetzen nicht bewiesen werden. In der *L. 7. §. 8. D. de minorib.* ist zwar freylich von einer Versteigerung die Rede, es wird auch gesagt, wenn sich nach dem Zuschlag noch Einer findet, der überbieten will, so halte eine Restitution nicht schwer, um eine neue Licitation zu veranlassen. Aber es wird nicht gesagt, daß sie zur Gültigkeit der Veräußerung nothwendig sey. Eben so deuten allerdings die *auctionalia*, deren *Ulpian L. 1. §. 3. D.*

Cap. I. §. 5. nr. 72. Octav. SIMONCELLUS de decretis Lib. I. Tit. I. nr. 46. sqq. pag. 119. sqq. Ben. CARPZOV Lib. V. Respons. 72. und P. II. Decis. 195. Sam. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. Jo. Balth. a WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 210. et P. III. Obs. 227. Claproth Rechtswiss. von freywill. Gerichtshandlungen. §. 165. Car. Christoph. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1900. u. a.

98) *L. 7. §. 8. D. de minorib. L. 1. §. 3. D. de tutelae et ration. distr. L. 3. C. Si adv. fiscum.*

99) *S. Mittermaiers Grundf. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 374. und Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts. h. t. §. 2. S. 146.*

de tutelae et ration. distrach. neben den Inventarien gedenkt, auf öffentliche Versteigerungen von Pupillen, Sachen hin. Denn es werden darunter die von den Argentariern über die von ihnen gehaltenen Auctionen geführten Rechnungen verstanden ¹⁰⁰⁾, welche (Cicero¹⁾), *auctionariae tabulae* nennt. Allein es kann auch aus diesem Gesetz eben so wenig, wie aus jenem, eine Nothwendigkeit der öffentlichen Versteigerung bewiesen werden. Endlich die *L. 3. C. Si ad. fiscum* (II. 37.) spricht zwar auch von dem Verlaufe der Güter eines Minderjährigen *sub hasta*, aber von einem solchen Verlaufe, welcher fiskalischer Forderungen wegen geschehen war. Ein solcher fiskalischer Verkauf mußte immer *servata hastarum solemnitate* geschehen, weil er auf keine Weise, selbst von Unmündigen nicht angefochten werden konnte. Es war also hier kein Unterschied, die vom Fiscus verkauften Güter mochten einem Minderjährigen oder einem andern Schuldner gehören. Es beweist folglich auch dieses Gesetz nichts. Vergleichen wir dagegen alle Gesetze, die von dem Verlaufe der Güter der Pflegebefohlenen handeln; so findet sich darunter auch nicht ein einziges, welches dabey die Nothwendigkeit einer öffentlichen Versteigerung vorgeschrieben hätte. Da sie nun die bey einem solchen Verlaufe zu beobachtenden Feyerlichkeiten so sorgfältig angeben, würden sie nicht auch diese bestimmt vorgeschrieben haben? Es ist zwar nicht zu läugnen, daß

100) S. KRAUZ Commentat. de argentariis. Cap. III. pag. 26. und den 32. Th. des Commentars §. 1573. S. 327.

1) Orat. in Catilin. II. cap. 8.

2) *L. 1. C. Si propter public. pensitation.* (IV. 46.) *L. 5. C. de fide et iure hastae fiscal.* (X. 3.) S. Jo. Jac. WISSENBAUGH Comment. in Cod. ad *L. 3. C. Si advers. fisc.* pag. 116. und Westphal vom Kaufe. §. 637.

derjenige Werth der Sache für den höchsten zu halten sey, für welchen sie öffentlich verkauft worden ist; daß dieses aber doch nicht immer der Fall sey, erscheint daraus, weil ja sonst die Frage von einer Restitution dagegen nicht hätte seyn können, welche *L. 7. §. 8. D. de minorib.* entschieden wird. Ja wie hätte wohl Ulpian sagen können: *Et quotidie Praetores eos restituunt, ut rursus admittatur licitatio?* Mit Recht läugnen daher die meisten Rechtsgelehrten ³⁾, daß bey den Veräußerungen der Güter der Pflegbefohlenen eine öffentliche Versteigerung nothwendig sey. Viele Provinzialgesetze ⁴⁾ erfordern sie freylich; allein eine allgemeine Gewohnheit oder

3) *Jo. Vorr Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. Gottfr. SURVUS Diss. An in alienatione honorum pupilli vel minoris necessaria sit subhastatio? Vüemb. 1704. Sam. de COCCERJ iur. civ. contr. P. II. h. t. Qu. 4. pag. 236. sqq. Jo. Henr. BRONER Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 578—584. Aug. a LAYNER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLIV. medit. 4. pag. 550 sq. Car. Ferd. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 25. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. XIII. nr. 6. et 13. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. pag. 525. Gebr. Duerbeck. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Medit. 72.*

4) Mittermaier a. a. D. hat viele angeführt. In vielen ist aber auch die öffentliche Versteigerung gar nicht vorgeschrieben, z. B. in die Bayer. Landrechte, in der Fränk. Landgerichtsordn. Frankfurt. und Nürnberg. Reformat. Coburger Statuten, und vielen andern. Daher sagt SIMONCELLUS de decretis pag. 128. nr. 67. *Animadvertendum est, non requiri subhastationem in venditione rerum minorum ex consuetudine.*

Gerichtsgebrauch läßt sich nicht beweisen⁵⁾. Die Erfahrung hat vielmehr vielfältig gelehrt, daß die Subhastation dem Pfliegbefohlenen mehr nachtheilig, als vortheilhaft gewesen ist, auch die Gerichtskosten nicht gerechnet, welche dadurch veranlaßt werden⁶⁾. Es giebt ja noch andere Wege, den wahren Werth einer Sache auszumitteln. Der Richter kann sie ja durch Sachverständige schätzen lassen. Sollte er nun doch die Subhastation für zuträglicher halten, so kann er sie verfügen, aber nothwendig ist es nicht.

§. 1386. a.

Veräußerung der Güter der Minderjährigen, welche *veniam aetatis* erlangt haben.

Noch ist zu bemerken, daß die vorgeschriebene Form der Veräußerung nicht bloß bey den Sachen derjenigen Personen erfordert wird, welche unter der Vormundschaft stehen, sondern auch bey den Sachen der Minderjährigen, welche *veniam aetatis* erlangt haben, jedoch mit dem Unterschiede, daß diese zwar über bewegliche Sachen frey disponiren, Grundstücke aber eben so wenig, als diejenigen, die unter der Curatel stehen, ohne Decret der Obrigkeit verkaufen oder verpfänden können⁷⁾. Aber Grundstücke

5) Dies erhellet aus den in den Schriften der Practiker vorkommenden sich widersprechenden Erkenntnissen. Man vergleiche: B. BERGER *Electa Disceptation. for. pag. 1116.* LBYER c. l. SCHORCH *Sentent. et Respons. Fac. iurid. Erford. Nr. CXXX.* und HARPPRECHT *Consil. Tubing. Vol. II. Cons. XXVI. nr. 106.*

6) Man sehe hier vorzüglich MÜLLER *Observation. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. II. Obs. 615.*

7) *L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetraver. (II. 45.)*

verschenken können sie gar nicht, auch nicht einmal in Gesolge eines obrigkeitlichen Decrets. Die Gesetze nehmen blos eine donatio propter nuptias aus. Außerdem ist die Schenkung ungültig, und erlangt erst dann ihre Gültigkeit, wenn sie der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit in zehn Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden nicht angefochten hat, wie aus folgender merkwürdigen Verordnung des Kaisers Justinian erhellet.

L. 3. C. Si maior factus alienat. factam. (V. Tit. 74.) — Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis REM IMMOBILEM donationis titulo in alium, excepta PROPTER NUPTIAS donatione, transcripserit ⁸⁾: non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium; inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit; ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit ⁹⁾. Dat. Idib. April. Decio V. C. Cons. 529.

8) Man s. über diese Stelle Marejoll's Bemerkungen, Zweifel u. Vermuth. aus dem Gebiete des Civilrechts. Nr. VII. (in dem Archiv für die civilist. Praxis herausgeb. von den Hh. von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. 8. B. S. 279. ff.)

9) Der Sinn dieser Worte ist, dem Erben des Minderjährigen soll die Zeit zu statten kommen, die dem Verstorbenen noch übrig war. Es ist also hier nicht gerade von einem minderjährigen Erben die Rede, wie Jac. Cujacius in Paratitl. in Lib. V. Tit. 74. Cod. (Opp. Hanoviae 1603.

§. 1387.

Wirkung der Alienation, wenn sie in gesetzlicher Form
geschehen ist.

Sind nun die oben (§. 1383.) angegebenen Erfordernisse oder Feyerlichkeiten bey Veräußerung der Güter einer bevormundeten Person beobachtet worden, so ist die Veräußerung nach dem strengen Rechte gültig ¹⁰⁾. Es darf nur das Decret nicht durch falsche Vorstellungen erschlichen ¹¹⁾, auch nicht von dem Vormunde bey der Veräußerung das

fol. *editor*. Tom. III. pag. 100.) meint, sondern das Gesetz spricht überhaupt von dem Erben eines Minderjährigen. So versteht diese Stelle auch *Lud. Russardus* not. ad h. L. Eben so *Ant. Schulting* ad *Jal. Pauli Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 9. §. 4.* (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 258.) Diese Erklärung hat auch die Auctorität der Basiliken für sich, in welchen es *Lib. X. Tit. 4. Const. 65. Tom. I. FABRONI* pag. 640. heißt: *εἰ δὲ ἐν τῷ μεταξὺν ὁ ἀφῆλιξ τελευτήσῃ, ζητοῦμεν ἵνα τὸ λείπον τοῦ χρόνου διάστημα δράμῃ, τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ σιωπῶντος: i. e. Quodsi minor interim in fata concesserit, volumus, ut residuum temporis spatium effluat, herede ipsius silente.* Es ergiebt sich hieraus, daß die Worte so versetzt werden müssen: *quod post eiusdem minoris aetatem heredis silentio transactum sit.*

10) *L. 12. §. 1. D. de administr. et peric. tutor. et curator.* S. *Hald. ab EYSEN* cit. *Diss. Th. XXXVII.* (*Scriptor.* pag. 377.)

11) *L. 1. §. 2. L. 5. §. 15. D. h. t. L. 5. C. de praed. et aliis reb. minor.* S. *Ger. NoODT* *Comm. ad Dig. h. t. §. Porro aut Oratio* (*Opp. Tom. II. pag. 587. sq.*) *Hald. ab EYSEN* *Diss. de decreto alienandi* cit. *Th. XXIII.* (*Opp. pag. 375.*) und *Gottl. HUVBLAND* *Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1576.*

gegen gehandelt worden seyn ¹²⁾). Denn hätte die Obrigkeit bloß Verpfändung erlaubt, der Vormund hätte aber das Grundstück verkauft, so ist die Veräußerung nichtig ¹³⁾. Sind indessen auch alle Förmlichkeiten beobachtet worden, der Pflegbefohlene aber kann beweisen, daß ihm gleichwohl die Veräußerung nachtheilig sey, so kann ihm die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden ¹⁴⁾, welcher er aber auch wieder entsagen kann, wenn er sie gleich schon erhalten hat, wosern ihm die Aufhebung des Geschäfts gereuen sollte, es muß nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch nicht vollzogen seyn ¹⁵⁾).

12) L. 7. §. 3. D. h. t. Jo. VOLT Comm. h. t. §. 9.

13) L. 7. §. 3. cit.

14) L. 1. L. 11. C. de praed. et aliis reb. minor. C. Jo. a SANDR de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 5. nr. 77. et 78. und Hald. ab EYBEN Diss. cit. Th. XXXVIII.

15) L. 41. D. de Minorib. JULIANUS Libro XLV. Digestorum. Si iudex circumvento in venditione adolescenti iussit fundum restitui, eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione, poenitentia acta: exceptionem utilem adversus petentem pretium, quasi ex causa iudicati, adolescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt. Nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam, in qua se ipse constituit, et quam mutare non potuisset, si minor auxilium Praetoris non implorasset. Die letzte Periode dieser merkwürdigen Gesetzstelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht. Man glaubt, sie habe keinen richtigen Sinn, wenn man nicht *emptor* statt *venditor* lese. So lesen daher die größten Rechtsgelehrten, Jac. CUVACIUS in Comm. ad Tit. Pand. de minorib. ad L. Si iudex. (Opp. ab 1750 editor. Tom. II. pag. 178.) Ant. FABER

Es fragt sich aber, wem der Beweis obliege, wenn Veräußerung in der Folge wegen nicht beobachteter

Rational. in Pand. ad L. 41. de minorib. *Elb. LEO-
NINUS* Emendation. sive Observat. Lib. I. cap. 18. *Edm.
MERRILLIUS* Variant. ex Cujacio Lib. III. Cap. 11. *Ger.
NOODT* Comm. ad Dig. Lib. IV. Tit. 4. §. *Caeterum,
ut aequum est*, (*Opp.* Tom. II. pag. 118.) und *Bern.
Henr. REINOLDUS* Varior. Cap. 2. (in *Opuscul. a JUGLERO
editi.* pag. 63. sqq.) Andere hingegen sagen mit *Ac-
CURSIUS*, das Wort *venditor* stehe hier für *emtor*. Denn
die Benennungen *emtor* und *venditor* wären von den Al-
ten häufig, so wie die Worte *emtio* und *venditio*, mit
einander verwechselt worden. Allein daß die florentinische
Lesart, mit welcher auch alle übrige Ausgaben übereinstim-
men, richtig, und das Wort *venditor* hier auch in seiner
eigentlichen Bedeutung genommen sey, hat *Car. Henr.
HAASE* in *Variarum criticarum et exegeticarum ad ius
civile pertinentium observationum Specim. I. et II.
quibus inest commentationis grammaticae et criticae
ad L. 41. D. de minoribus P. I. et P. II.* *Lipsiae
1809.* 4. außer allem Zweifel gesetzt. Der Sinn der gan-
zen Stelle wird durch folgende Paraphrase deutlich werden.
„Wenn ein Minderjähriger wegen Verletzung bey dem Ver-
kaufe eines Grundstücks die Wiedereinsetzung in den vorigen
Stand erhalten hat, und der Richter in Befolge derselben
erkannt hat, daß dem Minderjährigen das Grundstück resti-
tuirt werden, der Minderjährige aber auch das Kaufgeld
dem Käufer zurückgeben solle; so kann derselbe, wenn ihn
nachher die Restitution gereuet, den Käufer, sofern dieser
etwa *ex causa iudicati* gegen ihn auf die Zurückgabe des
Kaufgeldes klagen sollte, mit einer *exceptio utilis* zurück-
weisen, weil es jedem frey stehen muß, ob er von seinem
Rechte Gebrauch machen will, oder nicht.“ Soweit haben
auch die *Basilica* Tom. I. Lib. X. Tit. 4. *Const. 41.*
pag. 632. unsere Gesetzstelle. *Μεταμελόμενος*, heißt es
dasselbst, *ὁ αἰτήσας ἀποκατάστασιν, οὐκ ἀναγκάζεται*

gesetzlicher Form als ungültig angefochten wird? Muß hier von dem Minderjährigen die Ungültigkeit, oder von

παρὰ τοῦ ἀπιδίκου αὐτοῦ τοῖς ψηφισμασίαις ἐπαί-
 νων. Ἐξαρτῆ γὰρ ἐκάστω τῶν εἰσηγηγεμένων ἐπὶ τῶν
 ἐκτοῦ καταφρονεῖν, i. e. Minor, qui poenitentia
 actus, wie Fabrotus übersetzt, restitutione in integrum
 impetrata uti non vult, cogi ab adversario non pot-
 est stare rebus iudicatis; unicuique enim licet con-
 temnere haec, quae pro se introducta sunt. Schade,
 daß der letzte Theil unserer Gesetzstelle, welcher gerade der
 schwierigste ist, in den Basiliken fehlt. Er besteht in
 den Worten: Nec queri poterit venditor — si minor
 auxilium Praetoris non implorasset. Der Sinn dieser
 dunkeln Stelle läßt sich vielleicht durch folgende Paraphrase
 aufklären. „Keinesweges aber (nec i. e. non autem) ist
 es dem Verkäufer (dieser ist hier unstreitig der Minder-
 jährige) erlaubt, abermals seine Gesinnung zu ändern,
 und wenn ihn der Kauf wieder gereuet, von neuem die
 Restitution zu suchen. (Das heißt hier quære) nachdem er
 dem Kauf, auf dessen Rescission der Käufer geklagt hatte,
 durch die demselben entgegengesetzte Euredede wieder gehal-
 ten wissen wollte, so daß nun der Kauf zum zweyten Male
 wieder aufgehoben werde, weil er ja durch das Decret des
 Prätors, wodurch der Kauf, wegen der dem Käufer entge-
 gegengesetzten exceptio utilis wieder war für gültig erklärt
 worden, in den Zustand restituirt worden ist, in welchem
 er sich selbst (nämlich durch die dem Käufer, welcher zur
 Restitution des Grundstücks bereit war, entgegengesetzte
 exceptio utilis) gesetzt hat, und in welchem die Sache
 ohnehin hätte unverändert bleiben müssen, wenn der Min-
 derjährige nicht (d. h. wenn nicht der Verkäufer wegen sei-
 nes minderjährigen Alters) die Wiedereinsetzung in den vor-
 rigen Stand gesucht hätte. Diese kann ihm nun aber darum
 nicht mehr ertheilt werden, weil Niemand aus einem und
 demselben Grunde zum zweyten Male vom Prätor restituirt
 wird.“ PAULUS Sentent. Recept. Lib. 1. Tit. 7. §. 3. et

seinem Gegner die Gültigkeit der Veräußerung bewiesen werden? Die Frage ist streitig. Einige ¹⁶⁾ gehen von dem Grundsatz aus, daß bey Personen, die nicht selbst veräußern, und sich verbindlich machen können, wie nun diejenigen sind, welche unter der Vormundschaft stehen, in zweifelhaften Fällen immer vermuthet werden müsse, daß die Veräußerung ungültiger Weise geschehen sey. Sie meinen daher, dem Käufer sey immer der Beweis der Gültigkeit aufzulegen, und dieß sey nicht nur den Gesetzen, sondern auch den allgemeinen Regeln der Beweisführung gemäß. Alle berufen sich auf den Ausspruch des Gajus ¹⁷⁾: *Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, et lege non prohibente, se emisse.* Sie sagen ferner, der Käufer müsse die förmlich geschehene Veräußerung um so mehr beweisen, da er sie behaupte, und Förmlichkeiten, als eine Thatsache, nicht vermuthet werden könnten. Allein nach der richtigern Meinung ist vielmehr ein Unterschied zu machen, ob gegen den Minderjährigen auf Erfüllung der Veräußerung geklagt wird, oder ob der Minderjährige als Kläger die Veräußerung anzufechten sucht. Im ersten Falle ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln, daß dem Kläger der Beweis obliege, daß das Geschäft

Tit. C. Si saepius in integr. restitutio postuletur.

(II. 44.) S. HAASE cit. Commentat. P. II. pag. 12. sqq.

- 16) Bartholom. CRESIUS Pisan. Interpretation. iuris. Lib. II. Cap. 17. nr. 9. pag. 91. (*Liburni 1657. f.*) Jo. VORT Commentar. ad Pand. h. t. §. 11. Octav. SIMONCELLUS Tr. de decretis caeterisq. Solemnitatib. in contract. minorum adhibend. Lib. III. Tit. 7. Inspect. 5. pag. 422. Sam. de COCCERJI iur. civ. controvers. P. II. h. t. Qu. 2. pag. 233. sq. Mich. Henr. GRASSNER Opusc. iur. Tom. V. Sect. II. §. 4. pag. 28. u. a.

- 17) L. 18. §. 2. D. de public. in rem act.

mit dem Minderjährigen in gültiger Form geschlossen worden sey. Denn wer aus der Handlung, deren Förmlichkeit bestritten ist, ein Klagerecht geltend machen will, welches ihm sonst gar nicht zustehen würde, muß natürlich die geschehene Beobachtung der Form beweisen. Sein Klagerecht hängt ja davon ab, daß die Handlung, woraus er dasselbe ableitet, gültig sey. Sie ist aber anders nicht gültig, als wenn sie in der gehörigen Form geschehen ist. Dieß muß also auch nothwendig der Kläger darthun¹⁸⁾. In dem andern Falle hingegen hat der Pflegbefohlene, wenn er die geschehene Veräußerung anzufechten sucht, den Beweis der Thatsachen bezubringen, worauf diese Ungültigkeit sich gründen soll, und zwar ohne Unterschied, es werde die Ertheilung des obrigkeitlichen Decrets selbst, oder die Bedingung der Rechtsbeständigkeit desselben, z. B. die rechtliche Ursache zur Veräußerung, bestritten. Die Richtigkeit dieser Ansicht geht aus folgenden Gesetzstellen ganz klar hervor.

L. 1. §. 2. D. h. t. Verb. Orationis: manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori.

L. 5. §. 15. D. h. t. ULPIAN. lib. XXXV. ad Edictum. Manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse Praetori. Sed videndum est, utrum in rem, an in personam dabimus ei

18) S. Adolph. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. VI. Nr. 32. S. 287. ff. Nepom. Borst über die Beweislast im Civilproceß S. 69. S. 113. f. Albr. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 761. am Ende. (3. Ausg.) Anderer Meinung ist (Car. Jul. Meno VALERT im ausführl. Lehrbuche des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 908. S. 165.

actionem? Et magis est, ut et in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

L. 5. C. de praediis et aliis rebus minor. (V. 71.) Imp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Sereno.* Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis. PP. III. Kal. Maii, SECULARI II. et DONATO *Cons.* 261.

L. 2. C. Si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit. (V. 73.) Imp. GORDIANUS A. *Crispinae.* Si contra amplissimi ordinis decretum possessiones tuae distractae sunt: conveni earum possessorem, ut si ita probaveris gestum, et possessio retrahatur, et fructus universi revertentur, si non bona fide emptorem fuisse, qui emit, constiterit. Dat. XVI. Kalend. * GORDIANO A. II. et POMPEIANO *Cons.* 241.

Gegen so bestimmt für diese Ansicht sprechende Gesetze können nun die Gründe der entgegengesetzten Meinung in keine Betrachtung kommen, sie verdienen daher auch keine Widerlegung. Die Hauptstelle, worauf man sie zu gründen sucht, nämlich die *L. 13. §. 2. D. de public. in rem act. (VI. 2.)* kann gar nicht einmahl hierher gezogen werden. Denn sie ist von Gajus, der die *Oratio SEVERI* gar nicht mehr erlebt hat, sondern wahrscheinlich unter dem Kaiser Commodus starb, seine *libri ad Edictum provinciale* aber gegen das Ende der Regie-

rung des Kaisers Antoninus Pius geschrieben hat¹⁹⁾,
 mithin in der angeführten Stelle wohl nicht an das Se-
 natuſconsultum, von dem die angeführten Gesetze sprechen,
 denken konnte. Es steht überdem der Ausspruch des
 Gajus den angeführten Gesetzen gar nicht entgegen.
 Denn Gajus spricht, wie der Zusammenhang der ganzen
 Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, wo derjenige, wel-
 cher eine Sache von einem Pupillen gekauft hat, die
 actio publiciana gegen einen dritten Besizer an-
 stellen will. Hier muß freylich der Käufer zur Begrün-
 dung seiner Klage beweisen, daß er die Sache in recht-
 licher Form erworben habe, weil er ja sine tutoris
 auctoritate die Sache nicht bona fide gekauft, und also
 kein prätorisches Eigenthum erworben hätte²⁰⁾. Eben so
 wichtig sind die übrigen Gründe der entgegengesetzten An-
 sicht, wie schon von andern gezeigt worden ist²¹⁾. Die
 neuern Rechtsgelehrten²²⁾ sind daher fast durchgehends
 mit mir einverstanden.

19) S. DITTMAR Diss. de nomine, aetate etc. Gaji Icti Rom. pag. 146.

20) L. 27. D. de contrah. emt. L. 9. C. pro emtore. (VII. 26.) S. WENCK Praefat. ad Tom. II. Opusculor. HAUBOLDI pag. 30.

21) S. Weber a. a. D. S. 290. ff.

22) J. H. BOHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 9. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 525. Güntz, Heinrich von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 1. Th. Nr. VII. §. 9. und §. 10. S. 167—171. von Löhr kurze Bemerkungen. Nr. 9. im Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgeb. herausgeb. von Carl v. Grolman und Egid. von Löhr. 3. B. S. 514—517. Dabelow Handbuch des Pand. Rechts. 3. Th. §. 506. S. 578. Chr. Frid. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandect. Vol. II. §. 550.

Folgen der vernachlässigten gesetzlichen Form.

Da die Frage, wie es mit dem Beweise zu halten sey, eigentlich nur denn erst zur Sprache kommt, wenn die Veräußerung als ungültig angefochten wird; so ist nun noch von den Folgen zu handeln, wenn bey Veräußerung von Gütern der Pflegebefohlenen, oder von Grundstücken solcher Minderjährigen, welche *veniam aetatis* erhalten haben, gegen die gesetzliche Form auf irgend eine Weise gefehlt worden ist, es sey nun, daß die Veräußerung ohne ein obrigkeitliches Decret vorgenommen, oder daß das Decret ohne vorhergegangene pflichtmäßige Untersuchung, oder ohne eine gesetzmäßige Ursache ertheilt, oder dasselbe durch falsche Vorstellungen erschlichen, oder von den Vormündern bey der Veräußerung nicht genau befolgt worden ist, oder, wenn auch die äussere Förmlichkeit beobachtet worden, die Veräußerung doch darum nicht gelten kann, weil sie in einer bloßen Schenkung besteht. In allen diesen Fällen erklären die Gesetze die geschehene Veräußerung jedoch nur zum Vortheil des Pflegebefohlenen, für nichtig²³⁾, so daß es nicht einmal einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfen soll²⁴⁾. Dem

in fin. und von Wening-Jungenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. (3. Auflage).

23) L. 5. §. 15. L. 7. §. 3. D. h. t. L. 4. L. 5. L. 8. L. 10. L. 11. L. 15. et 16. C. de praed. et aliis reb. minor. L. 3. C. Si maior. fact. VOET Comm. h. t. §. 9. Jo. a SANDE de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. et 17. und Huld. ab EYSEM Disc. iurid. de decreto de alienando. Th. 30. et 31. (Scriptor. pag. 376.)

24) L. 2. C. de praed. et al. reb. minor. Imp. GORDIANUS

Pflegheföhnen bleibt daher sein Recht und Eigenthum, und er kann das Veräußerte nicht nur von jedem Besitzer abfordern, sondern auch den Vormund auf Entschädigung belangen.

L. 4. C. de praed. et aliis reb. minor. Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Mithridati.* Non solum per venditionem rustica praedia vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur, sed neque transactione, neque permutatione, et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt. Igitur et tu si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes: sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes. PP. XV. Kal. Maii SECULARI II. et DONATO CONSS. 261.

L. 8. C. eodem. Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIANUS. AA. *Theodotae.* Praedia rustica, quae contra Senatusconsultum data esse ante nuptias sponsaliorum nomine precum tuarum confessio ostendit: cum proprietas ad te propter iuris interdictum transire non potuerit, in dominio mariti permansisse palam est. PP. III. Non. Novembr. DIOCLETIANO. et ARISTOBOLO CONSS. 285.

L. 11. C. eodem. Impp. iidem AA. *Trophimo.* Si quidem sine decreto minor annis patronus tuus rusticum praedium venundedit: supervacuum est de vili pretio tractare, cum Senatusconsulti aucto-

Clearcho et aliis. Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem, licet pignori nexam, vendiderunt sine decreto.

ritas retento dominio alienandi viam obstruxerit.
S. XII. Kal. Decembr. ipsis AA. Conss.

L. 15. C. eodem. Idem AA. Sabinæ. Si minor viginti quinque annis prædium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti: dominium a te discedere non permittit Senatusconsulti auctoritas. Dat. VIII. Kal. Decembr. CC. Conss.

L. 16. C. eodem. Idem AA. et CC. Eutichiae. Si prædium rusticum vel suburbanum, — in pupillari aetate constituta, tutore auctore, vel adulta sine decreto Praesidis provinciae, in qua situm est, vendidisti: *secundum sententiam Senatusconsulti dominium eius sive ius a te discedere non potuit, sed vindicationem eius et fructuum, vel his non existentibus, conditionem competere constitit.* Emtor autem si probare potuerit ex ceteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumseras: doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumtus meliorati prædii servare tantummodo potest. Dat. VI. Id. Aprilis Anchialo, CC. Conss.

Daß dem Pflegbefohlenen eine doppelte Klage zustehet, eine Realklage gegen jeden Besitzer der widerrechtlich veräußerten Sache auf Restitution derselben, und eine persönliche auf Entschädigung gegen den Vormund, welcher die Veräußerung vorgenommen hat, sagt Ulpian L. 5. §. 15. h. t. ausdrücklich. Es heißt daselbst nach der richtigen Lesart:

Et magis est, ut *et* *) in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

Ob nicht auch, ohne die gesetzliche Form, durch die

- 25) Dieses *et* steht nicht in der florentinischen Ausgabe. Ger. Noode Comm. ad Dig. h. t. §. Porro ait Oratio. (Opp. Tom. II. pag. 588.) meint daher, die actio in rem sey die Klage, welche in den Worten der Oratio SUBURI: manente pupillo actione, angedeutet werde, und welche auch dem Geist der Oration am besten entspräche, weil sie wolle, daß die Veräußerung nichtig sey, indem sie befiehlt, daß dem Pupillen seine Rechte verbleiben sollen. Auch H. von Berg in den angeführten jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen, 1. Th. Nr. VII. §. 9. S. 168. sagt, die Gesetze hätten der Realklage den Vorzug gegeben. Er liest daher: et magis est, ut in rem detur, non in personam adversus tutores vel curatores. Allein das tantum findet sich in allen Ausgaben, das et aber in vielen, z. B. bey Halsander, Miräus, Merliäus, Baudouja und in mehreren anderen Ausgaben, und diese Lesart wird besonders durch die *Basilica Lib. XXXVIII. Tit. 9. Const. 5. §. 11. Tom. V. FABROII pag. 127.* bestätigt, wo es heißt: Εάν συναρπαγή ὁ Πραιτωρ, ἔχει ὁ νέος οὐ μόνον τὴν προσωπικὴν κατὰ τῶν κηδεμόνων, ἀλλὰ καὶ τὴν ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγὴν. i. e. Si obreptum Praetori fuerit, pupillas non tantum in personam adversus tutores actionem habet, sed et in rem. Von der Entschädigungsklage gegen den Vormund s. die *L. 6. C. Arbitr. tut. (V. 51.)* Hätte der Vormund durch falsches Vorgeben das Decret arglistig zu erschleichen gewußt, so kann er noch außerdem bestraft werden. *L. 9. D. h. t. §. VORT Comm. h. t. §. 10.* Die Realklage kann nach der verschiedenen Art der Veräußerung nicht bloß die Eigenthumsklage, rei vindicatio, oder actio publiciana, sondern auch die actio confessoria, negatoria und hypothecaria seyn. *S. Jo. SCHILTNER Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVII. §. 205.*

Veräußerung des Pflegbefohlenen Nutzen befördert worden sey, kommt nicht in Betrachtung. Denn die Beobachtung dieser Form ist zur Sicherheit der Minderjährigen und Pflegbefohlenen nothwendig, und ihr Mangel allein berechtigt den, dessen Eigenthum veräußert worden ist, diese Veräußerung als nichtig anzufechten, ohne daß es sonst irgend eines weitem Beweises von einem dadurch erlittenen Nachtheil bedürfte. Dieser Beweis ist nur dann nöthig, wenn gegen eine gültig geschene Veräußerung die Wiedererziehung in den vorigen Stand gesucht wird ²⁶).

Da, wegen der Nichtigkeit der Handlung, der Pflegbefohlene seine Rechte behält, eben so als wäre gar keine Veräußerung vorgegangen; so kann er auch das veräußerte Grundstück mit den Früchten vindiciren, oder wenn diese nicht mehr vorhanden seyn sollten, mit einer Condition deren Ersatz fordern. Er muß aber auch das empfangene Kaufgeld mit den Zinsen erstatten, jedoch mit dem Unterschiede, daß, soviel die Früchte betrifft, der *ma-lae fidei possessor* alle, auch die consumirten Früchte, der *bonae fidei possessor* aber nur diejenigen Früchte restituirt, welche zur Zeit der erhobenen Klage noch vorhanden sind ²⁷). Der Pflegbefohlene hingegen muß, ohne diesen Unterschied, das Kaufgeld mit den Zinsen in so weit vergüten, als es in sein Vermögen verwandt worden, und also derselbe durch den Handel bereichert ist, z. B. wenn mit dem Kaufgelde Schul-

26) L. 2. L. 11. C. de praed. et aliis reb. minor. C. POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXVI. und von Berg jurist. Beobachtungen. 1. Th. Nr. VII. §. 8. S. 165.

27) L. 14. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor. und L. 2. C. Si quis ignorans rem minoris esse, sine decreto comparav. (V. 75.) C. VOET h. t. §. 10. und Jo. a SANDE cit. Tract. P. I. Cap. I. §. 6. N. 81. et 82.

den des Pflegbefohlenen bezahlt, oder Capitalien angelegt, oder andere nützliche Sachen gekauft worden sind²⁸⁾. Denn die Gesetze halten es für unbillig, sich mit fremden Verlust einen Gewinn zu verschaffen²⁹⁾. Der Unterschied, den auch hier einige³⁰⁾ zwischen einem bonae und malae fidei emtor machen wollen, wenn sie behaupten, daß letzter, weil er wissentlich gegen das gesetzliche Verbot gekauft hat, das Kaufgeld verliere, und die Sache unentgeltlich herausgeben müsse, ja sich auch nicht einmal mittelst einer Einrede wegen gemachter Meliorationen und anderer nöthiger Verwendungen eines Retentionsrechts bedienen könne, ist ungegründet, da die Gesetze den Pflegbefohlenen

28) *L. 10. C. de praed. et aliis reb. minor. Imp. Diocletianus et Maximian. AA. Grato. Praediorum, quae sine decreto alienata sunt, dominium tibi persequenti, Praeses opem feret, apud quem si illuxerit, non universa pretia, quae curatoris tuo data sunt, in patrimonium tuum processisse, pro ea duntaxat pecuniae parte conveniri te permittet, quam in facultates tuas erogatum esse constiterit. S. VII. Id. Augusti ipsis AA. Conss.* Man verbinde damit die schon oben vorgekommenen *LL. 14. et 16. Cod. eodem. S. Vort. c. 1. §. 10.* und a *SANDE cit. loc. nr. 83.*

29) *L. 13 in fin. D. h. t.* Hier sagt Paulus: doli exceptionem obstare, si lucrum capiet pupillus ex damno alieno. Man s. auch *L. 14. D. de condict. indeb. (XII. 6.)*

30) *Huld. ab ERBEN Disc. iur. de decreto in alienand. minor. reb. necess. Th. XXXI. (Scriptor. pag. 377.) Ge. Ad. STRUV Synt. iuris civ. P. II. Exerc. XXXI. Th 85. Henr. HAHN Observat. th. pract. ad Wesenbecii Dig. P. II. h. t. Nr. V. pag. 247. Ant. PERRZ Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 71. nr. 11. et 12. Octav. SIMONCELLUS de decretis Lib. III. Tit. 7. nr. 23. pag. 414. u. m.*

schlechthin verbinden, daß, was er von dem Gegentheile für seine Sachen erhalten, soweit dieses in seinen Nutzen verwendet worden ist, zu erstatten. So rescribten die Kaiser Valerianus und Gallienus an den Mithridat³¹⁾:

Sed et si quid invicem ab eis ex eodem pacto consecutus es, id mutuo restituere debes.

Und Paulus sagt *libro singulari ad orationem divi Severi*³²⁾: Quamquam autem neque distrahere, neque obligare tutor pupillare praedium possit, si tamen, ut PAPINIANUS *libro quinto Responsorum* ait, errore lapsus vendiderit, et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino praedium cum fructibus vindicanti doli non inutiliter opponetur exceptio, pretium ac mediae temporis usuras, quae creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris eius facultatibus aes alienum solvi non potuerit. Ego autem notavi: et si solvi potuerit, si tamen illae res salvae erunt, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri potuerat, dicendum est, adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno.

Nur dann ersetzt der Pflegbefohlene das Kaufgeld nicht, wenn er keinen Nutzen davon gehabt hat, wie Modestinus *libro VI. Responsorum*³³⁾ sagt:

Pretium fundi ab adolescente venundati, si rationibus eius non profuit, emptorem frustra postulare.

31) L. 8. C. de praed. et aliis reb. minor.

32) L. 15. D. h. t.

33) L. 34. §. 4. D. de admth. et peric. tutor.

Mit Recht wird daher jener Unterschied von den meisten Rechtsgelehrten verworfen³⁴⁾. Man führt zwar zum Beweis desselben verschiedene Gesetze an, nämlich die *L. 7. C. de agricolis, censitis et colonis*. (XI. 47.) und *L. 1. C. de praediis curialium sine decreto non alienandis*, (X. 33.) nach welchen der Käufer das Kaufgeld verlieren, und der Verkäufer solches nicht erstatten darf. Allein beyde Gesetze gründen sich auf besondere Verhältnisse, welche bey der Veräußerung der Güter der Pflegbefohlenen durchaus keine Analogie darbieten können. Das erste Gesetz spricht von römischen Colonen, welche durch ihre Geburt an den Boden des herrschaftlichen Guts unauflöslich gebunden waren, den sie auf eigne Rechnung bauten, und dafür Früchte oder Geld abgaben. Diese konnten zwar mit dem Grundstück, zu welchem sie gehörten, unbedingt, aber ohne dasselbe durchaus nicht veräußert werden. Es war daher weder dem Gutsherrn erlaubt, den Colonen vom Gute zu trennen, noch das Gut zu veräußern, und den Colonen zurückzubehalten. Ein solcher Verkauf war nichtig, der Verkäufer konnte das Veräußerte zurückfordern, und der Käufer verlor das Kaufgeld. Es

34) G. Jac. Cujacius Paratit. in libr. V. Tit. 71. in fin. C. de praed. et al. reb. minor. Jo. Jac. WISENBACH Comment. in Cod. ad L. 14. C. de praed. et al. reb. min. pag. 501. Jo. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. in fin. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Fere eram*. Opp. Tom. II. pag. 588. Ben. CARPZOV P. II. Const. XI. Def. 29. nr. 6. Jo. a SANDE de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 85. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9. Pet. MÜLLER ad *Struoniam* P. II. Exercit. XXXI. Th. 85. not. 2. Jul. Frid. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 684. in fin. pag. 816. u. a.

war hier aber das öffentliche Interesse, welches jene besondern Beschränkungen veranlaßte, und dieses Interesse bestand hauptsächlich in der polizeylichen Sorge für Landescultur, die man durch Begünstigung dieses Verhältnisses vorzugswelse zu befördern glaubte, wie Herr von Savigny ³⁵⁾ mit der ihm eignen tiefen Gelehrsamkeit ausgeführt hat. Wenn nun hiernächst das andere Gesetz verordnet, daß die *praedia vel rustica vel urbana decurionum* nicht ohne eine Ursache der Nothwendigkeit, und nicht ohne richterliche Genehmigung veräußert werden sollen, widrigenfalls der Käufer das Grundstück mit den Früchten restituiren, das dafür bezahlte Kaufgeld aber verlieren soll; so bezieht sich dieses auf die besondern Verhältnisse und Beschwerden, denen die *Decuriones* bey den Römern unterworfen waren, und zu deren Bestreitung die Güter derselben mit aller möglichen Strenge erhalten werden mußten ³⁶⁾. So gut nun in beyden Gesetzen den Käufern der Verlust des Kaufgeldes ist angedrohet worden, so gewiß würde es auch bey der Veräußerung der Güter der *Pflegbefohlenen* geschehen seyn, wenn es der Wille der Gesetze gewesen wäre.

Ob übrigens, und wie weit das Kaufgeld in den Nutzen des *Pflegbefohlenen* verwendet worden ist, hat im-

35) Ueber den Röm. Colonat; in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. VI. Nr. IV. S. 285. ff.

36) S. *Jac. Gornorandi* Commentar. ad L. 1. et 2. Cod. Th. de praediis et mancip. curialium sine decreto non alienand XII. 3. (Tom. IV. *Cod. Theod.* a RITRBAO editi. pag. 559. sq.) und *Frid. Horn* de re municipali Romanor. Lib. II. cap. II. §. 14. pag. 80. sq.

mer der Käufer zu beweisen, welcher die Erstattung derselben verlangt³⁷⁾.

Die Gesetze geben deswegen dem Käufer oder Besitzer eine *doli mali exceptio*³⁸⁾, mittelst welcher er die Sache solange retiniren kann, bis er wegen des Kaufgeldes befriediget worden ist. Er kann aber auch, wenn er sich dieses Rechtsmittels nicht bedient hat, das ihm schuldige Kaufgeld mittelst einer Klage, der *condictio sine causa* oder *indebiti*, zurückfordern³⁹⁾. Daß auf eben die Art auch die Meliorationskosten dem Käufer oder Besitzer vergütet werden müssen, haben die Kaiser Diocletian und Maximian⁴⁰⁾ rescribirt; und hat der Vormund auf den Evictionsfall aus seinem eignen Vermögen Pfänder gegeben, so kann sich der Käufer auch an diese halten⁴¹⁾.

Wie wenn die auf eine nichtige Art veräußerte Sache des Pfliegbefohlenen zu Grunde gegangen ist? Hier meint Lauterbach⁴²⁾, der Käufer müsse den *casum* tragen,

37) *L. 10. L. 14. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor.*
 S. SIMONCELLUS de decretis. Lib. III. Tit. 7. Insp. I. nr. 20. pag. 411. sq. *Ant. PEREZ Praelect. in Cod. ad Tit. 71. Lib. V. n. 13. Jo. VOET h. t. §. 10. in fin. Just. MEIER Colleg. argentorat. T. II. h. t. §. 13. in fin. Hald. ab EYSEN Diss. cit. Th. XXXI.*

38) *L. 14. L. 16. in fin. Cod. de praed. et aliis reb. minor.*

39) *L. 10. C. de praed. et al. reb. minor.* S. die Not. 28. VOET h. t. §. 10. und MALBLANC Princ. iuris Rom. P. III. §. 684. in fin.

40) *L. 16. in fin. C. eodem.*

41) *L. 9. C. eodem.*

42) Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 17.

der Pflegbefohlene könne also hier den Werth verlangen. Sein Grund ist, weil die Veräußerung nur zum Vortheil des Minderjährigen nichtig sey, ihm verbleibe daher das Eigenthum bloß darum, um die Sache vindiciren zu können, sie gehe aber dem Käufer zu Grunde. Allein daß die Gesetze nur zum Vortheil des Pflegbefohlenen die Veräußerung für nichtig erklären, bezieht sich bloß darauf, daß wenn der Pflegbefohlene den Handel gehalten wissen will, der Käufer, wenn ihn vielleicht derselbe gereuet, solchen nicht unter dem Vorwand nicht beobachteter Form anfechten kann. Mehr will auch der von ihm angeführte von *Sande* ⁴³⁾ nicht sagen. Uebrigens ist nicht abzusehen, warum die allgemeinen Grundsätze von der *praestatio casus* bey der *Reivindicatio* nicht auch hier anwendbar seyn sollten ⁴⁴⁾.

§. 1389.

Fälle der Convalescenz einer ungültigen Veräußerung von Gütern der Pflegbefohlenen.

Eine nichtige Veräußerung kann jedoch auf mancherley Art Gültigkeit erlangen ⁴⁵⁾, nämlich 1) wenn der Pflegbefohlene nach beendigter Vormundschaft das während derselben vorgegangene Geschäft bestimmt genehmiget, welches sowohl ausdrücklich, als stillschweigend durch Handlungen geschehen kann, die eine gültige Anerkennung der gesche-

43) *Decision. Lib. II. Tit. IX. Def. 15.* Man vergl. auch Desselben *Tract. de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 7. nr. 114.*

44) *S. den 8. Th. dieses Commentars. §. 588. S. 229. ff.*

45) *S. Jo. a SANDE de prohibita rer. alienat. P. I. Cap. 1. §. 6. nr. 84 — 100. und Aug. a LAYSSA Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLV. pag. 556. sqq.*

benen Veräußerung voraussetzen. Z. B. wenn der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit das ungültig veräußerte Grundstück pachtet, oder das noch rückständige Kaufgeld erhebt ⁴⁶). Es setzt aber eine solche Genehmigung voraus, daß der maior factus von allen Umständen der ungültig geschriebenen Veräußerung unterrichtet gewesen seyn müsse ⁴⁷).

2) Wenn der Minderjährige nach erreichter Großjährigkeit die Veräußerung binnen der gesetzlich bestimmten Zeit anzufechten unterlassen hat. Nach den Verordnungen vom Kr. Gordianus L. 1. C. *Si quis ignorans rem minoris esse.* (V. 73.) und L. 2. C. *Si maior factus alienat. factam sine decreto rat. hab.* (V. 74.) war der Käufer in gutem Glauben nach Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit gesichert. In der angeführten L. 2. C. heißt es:

Si sine decreto Praesidis praedia tua a tutore tuo alienata sunt, nec speciali confirmatione, vel, si bona fide possessor fuisset, statuti temporis excursu, id quod perperam est actum, fuerat stabilitum, Praeses provinciae possessionem in ius tuum retrahet. Dat. VII. Kal. Jan. Pio et PONTIANO *Conss.* 239.

Eben so nach den Verordnungen von Diocletian und Maximian L. 3. et 4. C. *Si quis ignorans*

46) G. VOZT *Comm. ad Pand. h. t. §. 14.* und LEYER *cit. loc. medit. 5. et 6.*

47) L. 1. C. *Si maior. fact. alienat. fact. ratam hab.* G. LEYER *cit. loc. medit. 5 — 8.* und a SANDER *c. 1. nr. 84 — 87.*

rem minoris esse. In der *L. 3. rescribiren* die Kaiser an die *Agatha.*

Possessiones tuae rusticae vel suburbanae, sine cognitione causae, et interpositione decreti contra Senatusconsultum alienatae, nec a secundo emtore recte tenentur: nisi statutum temporis spatium intercesserit. Dat. Idib. Februarii Nicodemiae CC. Conss.

Daß das *statutum tempus* in diesen Gesetzen das *longum tempus praescriptionis* sey, ist keinem Zweifel unterworfen ⁴⁸⁾.

Alein in einer von Peyron neu gefundenen Constitution des Kaisers Constantinus an den Severus Praef. urb. ⁴⁹⁾ ward verordnet, daß der Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit nur noch binnen einer Jahresfrist die ungültige Veräußerung sollte anfechten können, welche Zeit wohl nach der Analogie der Restitution von Constantin war bestimmt worden. Die Constitution selbst ist folgenden Inhalts:

48) S. Unterholzner's ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 1. Bd. §. 35. Not. 126. S. 121. (Leipzig 1828.) Diese Erklärung bestärken auch die *Basilica* Tom. 1. Lib. X. Tit. 4. Const. 65. pag. 639. wo die Worte der *L. 2. C. cit. statuti temporis excursu* so gegeben sind: *μηδὲ διὰ χρονίας χρήσεως κυρίως ἐτήσατο τὸ πρᾶγμα ὁ ἀγοραστὴς καλῆ πίστει.* i. e. *neque emtor bonae fidei rem longo tempore possederit.*

49) Sie befindet sich in *Car. Frid. Christ. Wenzel libris quinque priorib. Cod. Theodos. Lib. III. Tit. 21. (olim XXXII.) de praed. minor. sine decreto non alienand. Const. 1. pag. 196. sq. (Lips. 1825. 8)*

Minores, qui intra viginti quinque annorum aetatem sunt, praedium vel mancipium rusticum sine decreti interpositione alienatum, etiam non petita in integrum restitutione, poterunt vindicare: ita ut, si, hac lege proposita, tale tempus ad metas vicesimi et quinti anni supererit, ut coepta lis intra eiusdem anni finem terminari non possit, inchoata lis possit protendi. Sed et hi, quos eadem lex, exacto vicesimo et quinto anno, intra viginti et sex annos deprehenderit, inchoare petitiones suas non morentur, quoniam usque ad vicesimum et sextum annum ita inchoatae litis tempora concluduntur. Qui igitur post hoc tempus agere tentaverit, expellatur, ut iam certus securusque possessor sit. Dat. xv. Kal. Jan. Serdicae PROBIANO et JULIANO Coss. 322.

Nach Ablauf des sechs und zwanzigsten Jahres sollte also dem Minderjährigen keine Klage mehr zustehen, sondern der Besitzer gegen alle weitere Anfechtung gesichert seyn. Wahrscheinlich erfolgten nachher, da selbst die Restitutionszeit erweitert wurde, fernere Erweiterungen, die aber zuletzt durch Justinians neuere Verordnung beseitigt, nicht auf uns gekommen sind⁵⁰⁾. Diese neuere Verordnung ist die *L. 3. Cod. Si maior factus*. (V. 74.) deren Worte folgende sind:

Imp. JUSTINIANUS A. Mennae P. P. Si quando sine decreto minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum cu-

50) G. Schrader's neu entdeckte Quellen römischer Rechtskunde, in der Söb. kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 1. Bd. 1. Heft. (1826.) S. 165. f.

rem excedentium res alienantur, vel supponuntur, et ad perfectam aetatem iidem minores proveci, longo silentio querelam huiusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio, vel suppositio *diuturno silentio* roboretur: certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus. Ideoque praecipimus, *si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, id est, post viginti quinque annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitima decreto fuisset res alienata vel supposita.* Cum autem *donationes* a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, *excepta propter nuptias donatione*, transcripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos, inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit: ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit⁵¹⁾. Dat. Idib. April. DECIO V. C. CONS. 529.

Justinian will also, daß wenn Güter der Minderjährigen, welche entweder noch unter der Curatel standen,

51) Man sehe über den Sinn dieser letzten Worte die Note 9. S. 53. SPANGENBERG not. 14. ad h. L. Tom II. Corp. iur. civ. pag. 329. versteht sie jedoch mit Cujacius von einem minderjährigen Erben, welcher Erbe eines Minderjährigen geworden ist.

oder veniam aetatis erlangt hatten, ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert oder verpfändet worden sind, und die Veräußerung oder Verpfändung von dem Minderjährigen nicht binnen fünf Jahren, von Zeit der erlangten Volljährigkeit an gerechnet, aus dem Grunde vernachlässigter Form angefochten worden ist; dieselbe durch ein solches fünfjähriges Stillschweigen nun ihre vollkommene Gültigkeit erhalten haben solle, und zwar rückwärts, als wenn die Veräußerung oder Verpfändung gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Form wäre vorgenommen worden⁵²⁾. Bestände hingegen die Veräußerung in einem Verschonen von Grundstücken eines Minderjährigen, welche auch nicht einmal mit obrigkeitlicher Genehmigung gültig hätte vorgenommen werden können, so soll eine solche Schenkung durch Verjährung anders keine Gültigkeit erhalten, als wenn der Minderjährige in zehn Jahren inter praesentes, und in zwanzig Jahren inter absentes die

52) Ueber diesen Gegenstand werden folgende Schriften angeführt: *Jo. Pet. Schmidt* Diss. de vindicatione rerum pupillarum ad quinquennium restricta. *Rostochii* 1741. *Nic. Binder* Diss. de praescriptione quinquennii circa res minorum sine decreto alienatas. *Tubingae* 1808. 8. und *L. W. de Weyhe* Diss. de tempore praescriptionis ex alienatione rerum, quae minorum sunt. *Goetting.* 1810. 4. Ich habe aber keine derselben zu erhalten, und zu benutzen das Glück gehabt. Außerdem aber gehören noch hieher *Günth* *Heinr. von Berg* von der Zurückforderung veräußerter Pupillengüter; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. VII. S. 153—173. und *Gottfr. Phil. von Bülow* Beiträge zu der Lehre von der Veräußerung der Güter pflegbefohlner Personen. L. 3. C. Si maior fact. alienat. in den Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. 1. Th. Nr. X. S. 251—263.

selbe anzufechten unterlassen hat. Da hier eine Beschränkung der gewöhnlichen Verjährungszeit der Klagen Ausnahmsweise festgesetzt ist, folglich eine ausdehnende Erklärung nicht Statt finden kann; so gebietet schon dieser Grund, bey den Worten des Gesetzes stehen zu bleiben, und seine Anwendung in den Grenzen dieser von Justinian hier eingeführten besondern Verjährung zu beschränken. Es ist daher vor allen Dingen

1) zu bemerken, daß das Gesetz sich nur allein auf solche Veräußerungen bezieht, welche von Minderjährigen während der Pubertät geschehen sind. Auf Veräußerungen der Pupillengüter kann es daher nicht angewendet werden. Es erhellet dieß nicht nur daraus, weil von Pupillen in dem ganzen Gesetz gar keine Rede ist, indem es durchaus nur von *minoribus* spricht, daß aber unter diesen bloß *puberes* verstanden werden, beweist unwidersprechlich die bengefügte nähere Beschreibung derselben: *minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum, vel per veniam aetatis eorum curam excedentium*; sondern es geht dieses auch vorzüglich daraus hervor, weil ja von der Veräußerung der Pupillengüter schon die vorhergehende Constitution des Kaisers Gordian handelt, welche Justinian keinesweges hat aufheben wollen. Hier tritt also die gewöhnliche Verjährung ein, welche zur Zeit des Kaisers Gordian keine andere, als eine *longi temporis praescriptio* seyn konnte, und also unter der Bedingung eintrat, *si bona fide possessor fuisset*, wie es in der *L. 2. C. Si maior factus* heißt, weil man zu der Zeit das erst später aufgekommene Institut der dreißigjährigen Verjährung für alle persönliche und dingliche Klagen noch gar nicht kannte⁵³⁾. Diese Verjährung

53) *L. un. C. Th. de action. certo temp. finiend.* (IV. 14.)

zung stieg aber erst von dem Augenblick der erreichten Volljährigkeit zu laufen an, wie aus einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian an den Numidius, Corrector Italiae, erhellet.

L. 3. C. Quib. non obicitur longi tempor. praescript. (VII. 35.) Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari: ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit.

Ganz richtig bemerkt daher Unterholzner⁵⁴⁾, daß in der *L. 3. C. Si quis ignorans rem minoris esse (V. 73.)* bey den Worten: *nisi statutum temporis spatium intercesserit*, hinzugebacht werden müsse: exinde computandum, ubi tu ad legitimam aetatem pervenisti. Nach dem neuern Rechte würde nun die dreyßigjährige Verjährung eintreten, welche zwar während der Unmündigkeit des Pflēgbefohlenen nicht läuft, aber von dem Augenblick der erreichten Mündigkeit an, nicht länger als dreyßig Jahre dauert⁵⁵⁾.

und *L. 3. Cod. Justin. de praescript. XXX. vel XL annor. (VII. 39.)*

54) Ausführl. Entwickl. der gesamt. Verjährungslehre. 1. Band. §. 55. Not. 126. S. 121.

55) *L. 3. C. de praeser. XXX. vel XL. annor.* — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dantaxat, quamdiu sub tutoris defensione consistat, haec eximenda sanctioni: nam cum ad eos annos pervenerint qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessariis eis similiter, ut aliis, annorum triginta intervalla ser-

Ich sage 30 Jahre. Denn die Meinung, daß den Unmündigen nur eine vierzigjährige Verjährung schade, ist ein nun schon gründlich genug widerlegter Irrthum⁵⁶). Justinian verordnete nun zwar, daß in allen den Fällen, in welchen das ältere Recht temporales praescriptiones gegen Minderjährige gestattete, zum Nachtheile derselben keine dergleichen mehr laufen sollte⁵⁷); damit es nicht erst einer in integrum restitutio bedürfe, um die rechtlichen Nachtheile wieder aufzuheben, welche dem Minderjährigen durch den Ablauf der Verjährung erwachsen sind; allein auf die dreißig, und vierzigjährige Verjährung hat dieß keinen Einfluß, in Ansehung derselben soll es beym Alten bleiben, (videlicet exceptionibus XXX. vel XL. annorum in suo statu remanentibus) und zwar pupillaris aetas, aber nicht die Minderjährigkeit (pubertas) derselben im Wege stehen.

Der Ansicht, daß unsere Constitution auf die vom Tutor vorgenommenen Veräußerungen der Pupillengüter

vanda sunt. — L. 7. C. eodem — aut si aetas impubes excipienda monstratur.

56) Man vergleiche hier vorzüglich Unterholzner's angef. Verjährungslehre. 1. Bd. §. 35. S. 123—127. Friß über die Verjährung der Klagen der Minderjährigen und insbesondere der Unmündigen, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgeb. von Carl von Grolman und Egid. von Löhr. IV. Bandes 2. St. Nr. XV. S. 284—297. und B. W. Pfeiffer's pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 1. Bd. (Hannover 1825. 4.) Nr. III. S. 19—22.

57) L. 5. Cod. In quibus causis in integrum restitut. necessaria non est. (II. 42.)

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, etc. 81
nicht anzuwenden sey, stehen zwar die Basiliken⁵⁸⁾ entgegen, in welchen es heißt:

Εἴτε ἀνήβου, εἴτε ἀφῆλικος, ἢ κουρατω-
ρευομένου, ἢ αἰτήσαντος ἤδη συγγνώμην ἡλικίας,
πρᾶγμα ἐξεποιήθη. i. e. Sive pupilli, sive minoris,
vel adhuc sub curatore constituti, vel eius, qui
iam veniam aetatis impetravit, res alienata sit.

Allein die Worte εἴτε ἀνήβου, sind eine Interpolation, wovon die L. 3. C. nichts enthält, und welche vielleicht denselben Irrthum zum Grunde hat, in den auch der große Cujaz verfiel, daß nämlich das longum tempus, oder, wie es eigentlich in der vorhergehenden L. 2. heißt, *statuti temporis excursus*, daß *tempus quinque continuorum annorum* selbst, und also kein Unterschied sey, ob die Veräußerung während der Pubertät oder Impubertät des Pflegbefohlenen geschehen sey. Die Basiliken verdienen daher bey den ihnen entgegenstehenden Gründen hier keine Berücksichtigung. Viele⁵⁹⁾ sind indessen anderer Meinung, und stellen den Satz auf, die fünfjährige Präscription habe auch alsdann Statt, wenn Vormünder im Namen ihrer unmündigen Pflegbefohlenen Grundstücke derselben veräußert haben, ohne Beobachtung der gesetzlichen Form. Es widerlegt sich aber diese Meinung schon

58) Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. 66. pag. 639.

59) Jo. a SANDE de prohib. rer. alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 88. STRUY Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. Aemil. Lud. HOMBERGER zu VACH Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. Marb. 1745. Cap. II. §. 25. und von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. VII. §. 6. a. E. S. 162. Allein man sehe dagegen von Bülow angef. Abhandlungen. 1. Th. S. 256 — 258.

dadurch von selbst, daß das Gesetz von solchen Veräußerungen und Verpfändungen spricht, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat.

2) Die zur vindication veräußerter Güter von Minderjährigen in unserm Gesetz verordnete fünfjährige Verjährung findet nur denn Anwendung, wenn die Veräußerung bloß wegen Mangels der obrigkeitlichen Genehmigung ungültig ist. Das Gesetz sagt ausdrücklich: *Si quando sine decreto minorum — res alienantur vel supponuntur*; und nur *occasione praetermissionis decreti* soll nach Ablauf des quinquennii die Veräußerung nicht mehr angefochten werden können, sondern eine solche Gültigkeit erlangen, *quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita*. Die fünfjährige Verjährung findet daher keine Anwendung a) wenn ein Minderjähriger, während er noch unter der Vormundschaft stand, ohne Zustimmung und Beyrath seines Curators, eine Veräußerung oder Verpfändung vorgenommen hat, weil hier, auch von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung ganz abgesehen, schon der Mangel der vormundschaftlichen Zustimmung die Gültigkeit hindert. Es ist also bey Anwendung unsers Gesetzes vorauszusetzen, daß der Minderjährige mit Zustimmung seines Curators gehandelt, oder *veniam aetatis* erhalten hatte, so daß es nur allein noch an der obrigkeitlichen Genehmigung fehlte, um der Veräußerung Gültigkeit zu verschaffen⁶⁰). b) Wenn

60) *L. 3. C. de in int. rest. minor. (II. 23.)* Dieser Meinung war auch *Accursius ad L. ult. C. Si maior. ad verb. Minorum*, und schon vor ihm *CINUS, Jac. de ARBNA* und *SALICETUS*. Unter den neuern *Dav. MEVIUS Decision. Tom. II. P. VIII. Decis. 372. Car. Christ. HOFACKER Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672.*

zwar ein Veräußerungsdecret ertheilt worden, aber bewiesen werden kann, daß solches durch Angabe falscher Ursachen, oder durch Verschweigung nöthiger Thatumstände erschlichen worden sey ⁶¹⁾. Diesen Vorbehalt des Beweises enthält schon selbst das gesetzliche Veräußerungsverbot des Kaisers Severus, in welchem es heißt: *manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Praetori* ⁶²⁾; und eben dieses bestätigen die Kaiser Valerianus und Gallienus in einem Rescript an den Severus ⁶³⁾ folgenden Inhalts:

Et si Praeses provinciae decreverit, alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium: tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam religionem eius probare possit, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis.

Da nun für diesen Fall vorzüglich eine actio in rem auf Zurückgabe des Veräußerten gegeben wird ⁶⁴⁾; so

not. d. Christph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 166. S. 238. Adolph Diet. Weber Erläuterungen der Pandect. 2. Th. h. t. §. 1589. und Unterholzner in der ausführl. Entwickl. der gesammten Verjährungslehre. 2. B. §. 163. S. 43. f. Anderer Meinung sind jedoch Octav. SIMONCELLUS de decretis. Lib. III. Tit. 8. Insp. II. Cas. II. nr. 25. pag. 619. sq. und Jac. Thad. ZAUNER Introd. in ius Digest. P. 1. Lib. II. Tit. 21. §. 5.

61) S. von Berg angef. Abhandlung §. 8. u. 9. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 1. Th. S. 165. ff.

62) L. 1. §. 2. D. h. t.

63) L. 5. C. de praed. et aliis reb. minor.

64) L. 5. §. 15. D. h. t.

wird dieselbe nur erst durch die in diesem Falle auch bey Vätern der Minderjährigen eintretende Verjährung von dreyßig Jahren erlöschen.

3) Ob das Gesetz auch bey Veräußerungen Statt finde, welche von dem Curator allein, ohne Zuziehung des minderjährigen Pflegbefohlenen, vorgenommen worden sind, ist streitig. Bleibt man bloß bey den Worten stehen, so müßte die Frage verneinend beantwortet werden. Denn das Gesetz spricht bloß von Veräußerungen, welche der Minderjährige selbst vorgenommen hat. Aus diesem Grunde läugnen auch wirklich einige ⁶⁵⁾ die Anwendung des Gesetzes auf jenen Fall. Allein warum sollte nicht eine vom Curator im Namen des Minderjährigen vorgenommene Veräußerung füglich eine von dem Minderjährigen vorgenommene genannt werden können? Der Eingang des Gesetzes beschränkt wenigstens den Fall, welcher der gesetzlichen Bestimmung zum Grunde liegt, keinesweges auf die selbsteigenen Veräußerungen der Minderjährigen, sondern spricht ganz allgemein:

Si quando sine decreto minorum, — res alienantur, vel supponuntur.

Heut zu Tage hat dieß um so weniger Bedenken, da die Vormünder gewöhnlich Alles allein thun, bis die Pflegbefohlenen die Großjährigkeit erreicht haben. Daher lassen Andere ⁶⁶⁾ die fünfjährige Präscription auch

65) *Jo. Balth. L. B. a WERNHER Select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 482. und Schibaut über Besitz und Verjährung. §. 55. a. E. S. 150.*

66) *STRUV Synt. iur. civ. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. J. H. BOENNER Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI. nr. 28. pag. 295. in fin. et sq. und Unterholzner Verjährungslehre. 2. B. §. 163. S. 43.*

hier eintreten. Die mehresten ⁶⁷⁾ schlagen jedoch einen Mittelweg ein, und meinen, es müsse der Minderjährige wenigstens von der Veräußerung unterrichtet gewesen seyn, weil das Gesetz von einem fünfjährigen Stillschweigen spricht, welches eine genaue Wissenschaft von allen Umständen der Veräußerung voraussetze. Allein dann würde ja das Quinquennium nicht von dem Moment der erlangten Volljährigkeit, sondern erst von Zeit der erlangten Kenntniß aller Umstände der Veräußerung zu laufen anfangen. Dieß behaupten auch wirklich diejenigen, welche diesen Mittelweg einschlagen. Sie wollen die fünfjährige Präscription nach den Grundsätzen der Genehmigung beurtheilt wissen. Ignorans autem ratihabere non intelligitur. Es kommt also nun noch

4) auf die Frage an, von welcher Zeit die fünf

67) *Ant.* FABER Cod. definition. forens. Lib. V. Tit. Si maior. factus Def. 2. pag. 577. *Paul.* MONTANUS de iure tutelar. et curation. Cap. XXXIII. nr. 572. *Octav.* SIMONCELLUS Tract. de decretis. Lib. III. Tit. IX. nr. 57. sq. pag. 625. *Ger.* NOONT Comm. ad Dig. h. t. §. ult. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 18. MÜLLER ad *Struvium*. Exerc. XXXI. Th. 86. not. γ. *Huld.* ab EYBEN Diss. de decreto alienandi. Th. 39. et 40. (*Scriptor.* pag. 578.) *Aemil. Lud.* HOMBERGER zu VACH Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. (*Märburgi* 1745.) Cap. II. §. 24. *Jo. Octav.* WEBSTERBERG Princ. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. ult. *Car. Christ.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 672. in fin. *Ge. Lud.* Böhmer auserles. Rechtsfälle. 2. Band. 2. Abth. Nr. 167. Qu. 2. nr. 20. S. 649. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. a. E. und Carl Jul. Meno Valett ausführliches Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Band. §. 908. S. 166.

jährige Präscription zu laufen anfangen? Das Gesetz sagt:

Praecipimus, si per quinque continuos annos, post impletam minorem aetatem, id est, post viginti quinque annos connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione, vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita.

Es kann wohl nichts so klar vor Augen liegen, als hier die gesetzliche Bestimmung, daß die zur Anfechtung der ungültig geschenehen Veräußerung festgesetzten fünf Jahre gleich vom Augenblick der eingetretenen Volljährigkeit an gerechnet werden sollen. Um keinen Zweifel übrig zu lassen, erklärt sogar der Gesetzgeber näher, was sich schon von selbst verstanden hätte, wenn diese Volljährigkeit eintrete, nämlich gleich nach dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre. Von einer auf Seiten des großjährig gewordenen Minderjährigen vorauszusetzenden und nothwendig erforderlichen Kenntniß der wahren Umstände der vorgenommenen Veräußerung, von welcher der Anfang der Berechnung jener fünf Jahre abhängen solle, ist in dem ganzen Gesetz keine Rede. Daß auch darauf keine weitere Rücksicht genommen werden solle, hat der Gesetzgeber durch die Worte: *per quinque CONTINUOS annos* deutlich genug ausgesprochen. Denn ein *tempus continuum* ist ja eine solche Zeit, welche unaufhaltsam vom ersten bis zum letzten Tage fortläuft, und daher nicht nur mit dem ersten Moment der ihr vorgezeichneten Reihe ihren Lauf beginnt, sondern auch von da

an unausgesetzt in einer steten Bewegung zum vorgestell-
ten Ziele hinfließt, so daß keine factische Hindernisse, und
also auch niemals Unkunde der Thatsache, wodurch die
Klage begründet wird, auf einen solchen Zeitraum irgend
einen Einfluß haben können⁶⁸). Ein solches tempus
continuum findet nun besonders bey der Verjährung
Statt⁶⁹), von welcher Justinian *L. ult. in fin. C.
de praescript. longi temp. X. vel XX. annor.
(VII. 33.)* ausdrücklich sagt: *nulla scientia vel igno-
rantia exspectanda, ne altera dubitationis inextri-
cabilis oriatur occasio*, und von deren Ablauf sagen
die Geseze *actiones silentio traditas esse*⁷⁰), gerade
so, wie es in unserer *L. 3.* heißt, ferner *actiones tri-
ginta annorum iugi silentio*, ex quo iure compe-
tere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facul-
tatem⁷¹). Der Ausdruck silentium ist also bey Verjäh-
rungen so gewöhnlich, daß sich daraus schlechterdings keine
stillschweigende Ratihabition folgern läßt. Der unsterblich
verdiente Just. Henn. Böhm er hatte schon dieselbe An-
sicht, und hat solche auch mehrmals in seinen practischen
Arbeiten zur Anwendung gebracht. Er sagt nämlich in seinen
rechtlichen Gutachten und Erkenntnissen⁷²), „daß quinquen-
nium fängt schlechterdings post viginti quinque annos,

68) *L. 8. D. de his, qui notant. infam.* wo Ulpian sagt:
tempus continuum merito et ignorantia cedit. S. den
3. Th. des Commentars. §. 269. a. S. 554. f.

69) S. HAUBOLD *Exerc. iur. civ. de temporis continui et
utilis computatione. Cap. III. in Opusc. Vol. I. pag. 410.*

70) *L. 1. C. de ann. except. (VII. 40.)*

71) *L. 3. C. de praescri. XXX. vel XL. annorum. (VII. 39.)*

72) *Consultation. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. CCXVI.
nr. 27. pag. 295.*

und nicht a tempore scientiae an, wie auß der *L. fin. C. Si maior. factus alienat.* mit mehrern erhellet, zumal was einige Interpretes dabey von der praesumpta ratihabitione, et quod haec scientiam praesupponat, anführen, ganz ohne Grund ist, da nach dem angeführten Gesetz das quinquennium sonst a tempore scientiae anfangen müssen, welches aber dem gedachten Text schnurstracks zuwider, und ein Anders praescriptio, ein Anders approbatio tacita ist, quod haec, non illa, scientiam desideret, widrigenfalls diese exceptio fast durchgehends unbrauchbar seyn würde.“ An einem andern Orte ⁷³⁾ sagt er: „Wenn sofort ex qualicunque ignorantia contra hunc lapsum quinquennii die restitutio in integrum gelten sollte, so würde die dispositio *L. ult. cit.* mere elusoria werden, welche doch mit gutem Bedacht deswegen eingeführt worden, ne temere alienata revocentur.“ Eben so heißt es an einem dritten Orte ⁷⁴⁾: „Endlich ein bloßes figmentum ist, was von der tacita ratihabitione ex lapsu quinquennii angeführt zu werden pflegt, da vielmehr alhier eine wahre Präscription, welche auch, partibus invitis, in poenam negligentiae Statt findet, vorhanden, und nach dessen Natur hiers von geurtheilt werden muß.“ Ohne Zweifel hat Justinian den großjährig gewordenen Minderjährigen, wie von Leyser ⁷⁵⁾, welcher diese Ansicht theilt, ganz richtig bemerkt hat, jenen Zeitraum von fünf Jahren darum gegeben, um binnen

73) Ibid. Resp. DCXVII. Qu. I. nr. 15. pag. 912.

74) Consultat. et Decision. Tom. III. P. III. Decis. CCCXCII. nr. 14. pag. 30.

75) Medit. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLV. medit. 3. et 4. pag. 559.

demselben die nöthigen Erkundigungen einzuziehen, und sich von den wahren Umständen der Veräußerung Kenntniß zu verschaffen⁷⁶). Versäumt der Großjähriggewordene diese Zeit, so ist dieses nicht sowohl als eine stillschweigende Ratihabition anzusehen, sondern es soll nun kein Streit mehr über die Vernachlässigung der gesetzlichen Form Statt finden. Die Veräußerung soll nun für eben so gültig gehalten werden, als wäre sie gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Feyerlichkeit geschehen. Klagt also nach Ablauf der gesetzlichen Zeit der Großjähriggewordene, so wäre es lächerlich, ihm die Einrede der stillschweigenden Ratihabition entgegenzusetzen, denn durch Anstellung der Klage hat er ja schon das Gegentheil erklärt. Nein, die *exceptio praescriptionis* wird ihm entgegengesetzt, und zwar mit Recht, denn er hat es seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben, wenn nun das gesetzliche Präjudiz eintritt, *cum contra desides homines, et sui iuris contemtores odiosae exceptiones oppositae sunt*⁷⁷). Sollte man nach Ablauf der gesetzlichen Frist dem Vorwand der Unwissenheit so leicht Gehör geben, zu wievielen Mißbräuchen würde diese Einschränkung nicht Anlaß geben? Dieß ist es, worüber auch Keyser klagt, wenn er a. a. D. sagt. *Ista vero limitatione quantopere abutantur litigatores, dici non potest. Veniunt nempe, qui iam ante quinque, decem, viginti, triginta, quadraginta annos maiores facti sunt, res in pupillari aetate venditas vindicant, et, quum praescriptio quinquennii obicitur, se nunc demum negotii gesti notitiam*

76) L. 1. D. de usurpat. et usucap. — cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

77) L. 3. in fin. C. de ann. except. (VII. 40.)

accepisse, respondent, ac, si dubitetur, iusiurandum offerunt. Ita vero *Legem ultimam Cod. Si maior alienationem* semper eludunt, inutilemque efficiunt. Quod ne fiat, melius est, hanc limitationem penitus amputari. Die einzige Ausnahme würde Statt finden, wenn der erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist aufgetretene Kläger beweisen könnte, daß er sich alle Mühe gegeben, die erforderliche Kenntniß zu erlangen, aber ohne sein Verschulden früher, als bis jetzt, seinen Zweck nicht habe erreichen können, welche Ausnahme auch Leyser a. a. D. zuläßt. In diesem Falle würde denn auch eine außerordentliche Wiederherstellung des vorigen Zustandes nicht mehr als billig seyn ⁷⁸⁾. Dem Böhmer und Leyser ist auch Herr von Berg ⁷⁹⁾ beigetreten. Es entsteht ferner

5) die Frage, ob der großjähriggewordene Pflegesohn binnen der gesetzlichen Frist von fünf Jahren nothwendig Klage erheben müsse, um sein Zurückforderungsrecht gegen die nachtheiligen Folgen der Verjährung zu schützen, oder ob nicht jede auch außergerichtliche Erklärung dazu hinreiche? Auch diese Frage ist streitig. Viele ⁸⁰⁾

78) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Band. §. 157. S. 494.

79) S. Desselben angef. Abhandlung. §. 7. in den jurist. Beobachtgg. und Rechtsfällen. 1. Bd. S. 163. f. Man vergl. auch Dabelow's Handbuch des Pandect. Rechts. 3. Th. §. 306. S. 579.

80) Azo und Bartolus ad L. ult. C. Si maior factus. Fernet Franc. RAGUILLUS Commentar. ad Constitution. et Decision. Justiniani Lib. V, ad L. ult. Cod. cit. pag. 389. in fin. Jo. a SANDE Tr. de prohib. rerum alienat. P. I. Cap. I. §. 6. nr. 92. Jo. Jac. WISSENBACH Comm.

behaupten das Letztere. Allein die in dem Gesetz gebrauchten Ausdrücke: *conquestus est*, so wie früher: *longo silentio querelam huiusmodi tradiderint*, deuten wohl ohne Zweifel auf eine gerichtliche Klage hin. Die *Bindication* trifft hier mit der *Nichtigkeitsklage* überein, für welche die Benennung *querela* technisch ist. Denn die jetzt so genannte *querela nullitatis* ist nichts anders, als eine so genannte qualificirte *Bindicationsklage* ⁸¹⁾. Die Gesetze ⁸²⁾ gedenken auch nur der Klage, und es ist wohl nichts natürlicher, als daß, wenn die Klagbarkeit eines Rechts, als reine Folge der Unterlassung, durch *Verjährung* verloren gehen soll. Dieser Verlust nur durch die gerichtliche Verfolgung derselben abgewendet werden kann ⁸³⁾. Hierzu kommt, daß eine *aussergerichtliche Denunciation* oder *Protestation* (*denunciatio contrariae voluntatis*) in der Regel nur in *ausserordentlichen Fällen* zugelassen ist, wo derjenige, der durch die *Verjährung* bedroht wird, besonderer Gründe wegen, welche die *Belangung* des Gegners *unthunlich* machen, *ausser Stand* ist, die *nachtheiligen Wirkungen* der *Verjährung* durch die *Anhängigmachung* eines *Rechtsstreits* abzuwenden ⁸⁴⁾. Die

in Cod. ad L. 1. et 3. C. Si maior. factus. pag. 503.
und Octav. SIMONCELLUS Tr. de decretis Lib. III.
Tit. IX. Cas. 2. nr. 49. et 50. pag. 631.

81) L. 4. L. 14. L. 16. C. de praed. et aliis reb. minor.
S. Martin's Rechtsgutachten. 1. Bd. Nr. IV. §. 5.
S. 252.

82) L. 5. §. 15. D. h. t.

83) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 126.
S. 448.

84) L. 2. C. de annali except. (VII. 40.) S. Unterholzner's Verjährungslehre. 1. Bd. §. 129. S. 453. ff.

Ansicht derer, welche eine aufergerichtliche Erklärung oder Denunciation zur Unterbrechung der fünfjährigen Verjährung nicht für hinreichend halten, ist daher unstreitig gegründet⁸⁵⁾.

6) Da die Gesetze dem großjährig gewordenen Pflegbefohlenen nur eine Klage geben, wenn er oder seine Erben die während seiner Minderjährigkeit nichtig veräußerten Sachen vindiciren wollen, welche nur allein die Verjährung zu unterbrechen vermag; so entsteht die Frage, ob mit dem Ablauf von fünf Jahren bloß die Klage erloschen sey, oder ob auch die Zulässigkeit, die Veräußerung per modum exceptionis zu bestreiten, aufhöre? Weber⁸⁶⁾ hält auch diese Frage für streitig. Ich glaube aber, die Entscheidung derselben liege schon in dem Gesetz selbst. Das Gesetz verordnet nämlich, wenn der Minderjährige eine Veräußerung, die während seiner Minderjährigkeit ohne Beobachtung der gesetzlichen Form geschehen ist, nach erlangter Großjährigkeit nicht binnen fünf Jahren angefochten hat, so soll sie nachher aus jenem Grunde nicht weiter bestritten werden können, sondern nun dadurch eine solche Gültigkeit erhalten, als wenn die Veräußerung gleich Anfangs mit aller gesetzlichen Form wäre vorgenommen worden. Unterholzner⁸⁷⁾ nennt dieß ganz richtig Bestärkung eines Rechtsgeschäfts durch Verjährung. Wie kann also nun noch eine

85) Man vergl. vorzüglich von Bülow angeführte Beiträge zu der Lehre von Veräuß. der Güter pflegbefohlner Personen; §. 5. in den Abhandlungen über einz. Materien des röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 260 — 262.)

86) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. §. 1389. S. 208.

87) Verjährungslehre 2. Band §. 162. f. S. 41. f.

Bestreitung derselben per modum exceptionis zulässig seyn? Wie kann von einer Einrede noch die Frage seyn, wenn, wie hier, das Recht, worauf die Einrede sich stützt, durch Verjährung geradezu aufgehoben wird? Daher kann auch namentlich auf ein durch Verjährung verloren gegangenes Eigenthum keine Einrede mehr gegründet werden ⁸⁸⁾.

7) Ganz abgesondert von dem Falle, wo das Quinquennium entscheidet, ist der, wenn die Veräußerung in einer bloßen Schenkung besteht. Eine solche ist, wenn nicht von einer donatio propter nuptias die Rede ist, schon an sich ungültig, auch ganz abgesehen von dem Mangel obrigkeitlicher Genehmigung, weil die Obrigkeit eine solche Veräußerung nicht genehmigen darf. Hier ist daher dem Minderjährigen, nach erreichter Großjährigkeit, eine längere Zeit zur Zurückforderung der verschenkten Sachen gesetzt. Die Schenkung soll anders nicht ihre Gültigkeit erhalten, als wenn von dem zurückgelegten fünf und zwanzigsten Jahre an, zehn Jahre unter Gegenwärtigen und zwanzig Jahre unter Abwesenden verfloßen sind, ohne daß der Donator sie zurückgefordert hat. Es ist merkwürdig, daß der Gesetzgeber den Gegenstand hier näher bezeichnet, als in jenem Falle einer fünfjährigen Präscription. Die Schenkung muß eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben. Bey jener Präscription hingegen kommt es nicht darauf an, ob die ohne Beobachtung der gesetzlichen Form veräußerte Sache eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist, insofern bewegliche Sachen der Minderjährigen nicht ohne obrigkeitliche Genehmigung veräußert werden können. Sollte denn aber das Gesetz, wo

88) L. 57. D. Mandati. S. Unterholzner's Verjährungslehre. 2. Band. S. 158. S. 25. Not. 543.

es von der Zurückforderung der Schenkungen spricht, wirklich so, wie die Worte besagen, bloß auf Grundstücke zu beschränken, oder nicht auch zugleich auf verschenkte bewegliche Sachen anzuwenden seyn? Für das Erste sprechen zwar folgende Gründe. 1) Die zehn- und zwanzigjährige Verjährung findet nur bey unbeweglichen Sachen Statt. 2) Es ist hier zugleich von Minderjährigen die Rede, welche *veniam aetatis* erhalten haben. Diese sind aber nur in Ansehung der unbeweglichen Sachen an die obrigkeitliche Genehmigung bey Veräußerungen gebunden, während ihnen über bewegliche Sachen ein unbeschränktes Verfügungsrecht zusteht⁸⁹⁾. Es konnte daher bey solchen Minderjährigen schon deswegen von einer Zurückforderung verschenkter beweglicher Sachen keine Rede seyn. Wollte man indessen streng bey den Worten stehen bleiben, so würde diese beschränkende Auslegung zu dem Widerspruche führen, daß die Zurückforderung beweglicher Sachen mehr, wie die der unbeweglichen, begünstigt sey. Um also diesem Widerspruche auszuweichen, muß man annehmen, daß wo es zur Veräußerung von beweglichen Sachen eines Decrets bedurft hätte, der Mangel desselben nach erreichter Großjährigkeit des Veräußerers durch ein Stillschweigen von zehn und zwanzig Jahren, gleichwie bey den unbeweglichen Sachen, ergänzt werde, so daß also in Ansehung derselben die Minderjährigen, welche unter der Curatel stehen, denen, welche *veniam aetatis* erhalten haben, rücksichtlich der

89) L. 3. C. de his, qui *veniam aetatis impetrar.* (II. 45.)

Dieses Gesetz ist nur wenige Tage vor der L. 3. C. Si *maior. factus* gegeben worden, nämlich VIII. Id. April. Dacio Cons. 529. Die L. 5. Si *maior. fact.* aber Idib. April. Es kann also nicht auffallend seyn, daß Justinian in jener Constitution die letztere nicht erwähnt hat.

Beräusserung gleichgestellt sind ⁹⁰⁾. Die Basiliken ⁹¹⁾ sprechen zwar hier bloß von einem Minderjährigen, welcher nach erhaltener *venia aetatis* verschenkt hat. Allein die Worte unserer *L. 3. Si minor vel post veniam aetatis* beziehen sich unstreitig auch auf einen minderjährigen Curanden. Man nimmt jedoch bey dieser Präscription an, daß der Besitzer in gutem Glauben seyn müsse, d. h. nicht gewußt haben müsse, daß es eines Minderjährigen Sache war ⁹²⁾, wenn er sich gegen die Ansprüche des vindicirenden Klägers mit der Präscription vertheidigen will. Justinian scheint auch hier wirklich auf frühere Verordnungen Rücksicht genommen zu haben. Denn so rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian an den Alexander.

L. 4. C. Si quis ignorans. (V. 73.) Quoniam adversus emptorem, ad quem ex persona eius, cui contra Senatusconsultum donata res est, iusto titulo interveniente, ea res, de qua lis est, transitum fecit ⁹³⁾: *requirere oportebit, an praesente priore*

90) S. von Bülow angef. Beiträge in den Abhandlungen 1. Th. S. 263.

91) *Tom. I. Lib. X. Tit. 4. Const. ult. pag. 640. εἰν ὁ ἐλάττων συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσας ἤδη, δωρήσεται τινι: i. e. si minor, venia aetatis impetrata, donaverit alicui.*

92) *Jacob. Cujacius in Paratitl. et Recitat. solemn. in Tit. 73. Lib. V. Cod. Si quis ignorans. Pet. Müller ad Stravium. P. II. Exercit. XXXI. Th. 86. not. 3. HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 762. S. 636. der 3. Ausgabe.*

93) Jeder Leser wird bemerken, daß hier etwas fehlt. *Ροτμικη* in *Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIX. not. d.*

domino, et maiore effecto, sine controversia bona fide decennio, vel absente viginti annis, qui quaestionem patitur, possessor fuisse monstretur. Quod si apud gravitatem tuam manifeste constiterit, sine ulla cunctatione, *habita longi temporis praescriptione*, petitozem oportebit excludi. Dat. VI. Id. Jun. Dorostoli. CC. Cons.

8) Insofern der Vater über seine minderjährigen Kinder, welche seiner väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen sind, die gesetzliche Vormundschaft führt, müssen die in solcher Eigenschaft von ihm vorgenommene Handlungen auch ganz nach dem Vormundschaftsrechte beurtheilt werden. Da nun die Gesetze dem Vater bey Veräußerungen der Güter seiner minderjährigen Kinder der Nothwendigkeit unterwerfen, ein obrigkeitliches Decret einzuholen⁹⁴⁾; so muß auch den Kindern, im Fall einer ohne obrigkeitliche Genehmigung eigenmächtig vom Vater vorgenommenen Veräußerung, das allen Großjährig gewordenen zuständige vindicationsrecht gestattet werden, und es kann daher die Anwendung der *L. 3. C. Si maior factus* auf diesen Fall keinem Zweifel unterworfen seyn⁹⁵⁾.

pag. 165. supplirt nach den Worten: Quoniam adversus emptorem die Worte *actio petitur*; oder vielleicht besser *actio movetur*.

94) *L. 7. §. 2. D. h. t. L. 3. C. de praed. et aliis reb. minor.*

95) S. von Bülow Abh. In welcher Beziehung steht die *L. 3. C. Si maior factus* zu der vom Vater vorgenommenen Veräußerung der Güter seiner Kinder? in Desselben Abhandlungen aus dem Röm. Rechte. 1. Th. S. 264 — 270.

III. Eine ohne richterliches Decret geschehene Veräußerung soll ferner dadurch gültig werden, wenn das Veräußerungsgeschäft vom Landesherrn bestätigt worden ist ⁹⁶). Man sagt, ein solches Decret ergänze den Mangel aller gesetzlichen Feyerlichkeiten ⁹⁷). Nun hat zwar Kr. Aurelian ⁹⁸) allerdings rescribirt, die landesfürstliche Genehmigung gelte soviel, als das richterliche Decret, und es hat daher auch keinen Zweifel, daß es den Mangel desselben ergänze. Allein deswegen läßt sich doch nicht behaupten, daß alles vollkommen gültig sey, was der Regent nach der ihm gemachten Vorstellung gebilligt hat. Denn diese kann ja bloß einseitig und unwahr seyn. Daß auch wirklich die Regenten auf solche Anträge häufig genug Verfügungen erlassen, beweisen die Gesetze selbst, welche verordnen, daß jedes Rescript nur unter der stillschweigenden Clausel: *si preces veritate nitantur*, gelten solle ⁹⁹), ja die *exceptio sub - et obreptionis* gegen landesherrliche Rescripte gestatten ¹⁰⁰). Soll also das landesherrliche Decret den Mangel der richterlichen Genehmigung ergänzen, so wird vorausgesetzt, daß dem Landesherrn die wahren Umstände der Sache, insonderheit die Veräußerungs-Ursachen müssen angegeben, und also das Decret eben so, wie das richterliche, nach vorhergegangener Untersuchung derselben müsse

96) Paul. MONTANUS Tr. de iure tutelar. Cap. XXXIII. nr. 574. Jo. Balth. L. B. a WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 164. Aem. Lud. HOMBERG zu VACH Diss. de convalescentia vitiosae alienation. Cap II. §. 25.

97) L. 19. C. de Testament. (VI. 23.)

98) L. 3. C. Quando decreto opus non est. (V. 72.)

99) Cap. 2. X. de Rescript.

100) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 80.

erlassen worden seyn¹⁾). Nach der heutigen Verfassung wird ohnehin der Landesherr nicht leicht selbst verfügen, sondern den Supplikanten, wie billig, an den ordentlichen Richter verweisen²⁾).

IV. Wenn der Minderjährige, welcher die Mündigkeit bereits erreicht hatte, die Veräußerung mit einem körperlichen Eide bekräftigt hat³⁾).

V. Wenn der Minderjährige den beerbt, welcher das Veräußerte zurückgeben müßte⁴⁾).

VI. Wenn der Mündel den Vormund, oder dieser jenen beerbt. Jedoch convalescirt hier die Veräußerung nur nach Maaßgabe der Größe des Erbtheils des Erben⁵⁾.
Endlich

- 1) S. WERNER c. l. und HOMBERGK zu VACH cit. Diss. Vergl. auch Martin's Rechtsgutachten. 1. Band. Nr. IV. §. 13. S. 265. f.
- 2) S. Claprot's Rechtswissensch. von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 164. und Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 115. d. der 4. Ausgabe.
- 3) L. 1. Cod. Si advers. vendit. (II. 28.) und Authent. Sacramenta puberum C. eod. tit. S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 341. S. 553. ff. und von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. Bd. IV. S. 162—171.
- 4) L. 14. C. de Rei vindicat. (III. 32.) S. Claprot's angef. Rechtswissenschaft. §. 160. Nr. 5. HUFBLAND Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. §. 1577. Anmerk. 1. und Webers Erläuterungen der Pandect. 2. Th. §. 1389. Nr. 4.
- 5) L. 14. C. de Rei vind. (III. 32.) L. 3. C. de rebus alien. non alienand. (IV. 51.) L. 14. C. de Evictionib. (VIII. 45.) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14.

VII. wenn der Mündel vom Vormunde vollkommen entschädiget worden ist ⁶⁾).

HUFELAND Lehrb. a. a. O. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. Bd. §. 526. von Bening-Jungenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 408. S. 99. (der dritten Aufl.) VALERT ausf. Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Bd. §. 908.

- 6) *L. 10. D. h. t. ULPIAN. Libro VI. Opinionum. Illi-
cite post Senatusconsultum pupilli vel adolescentis
praedio venundato, si eo nomine apud iudicem tute-
lae vel utilis actionis aestimatio facta est, eaqua so-
luta, vindicatio praedii exaequitate inhibebitur. S. von
Bening-Jungenheim Lehrb. a. a. O.*

Lib. XXVII. Tit. X.

De curatoribus furioso et aliis extra
minores datis.

§. 1390.

Allgemeine Sätze von der Cura, und deren wesentlicher Unterschied von der Tutel nach dem Röm. Rechte.

Die Cura, von welcher hier zu handeln ist, unterscheidet sich von der Tutel wesentlich darin, daß sie bloß über das Vermögen einer Person bestellt wird, welches dieselbe selbst zu verwalten gehindert ist. Zwar ist auch die Tutel in der Regel mit der Vermögens-Verwaltung des Pupillen verbunden, allein sie ist Erstens kein nothwendiges Merkmal, welches der Tutel ausschließend angehört. Daher kann, wenn auch ein Tutor bereits vorhanden ist, noch ein Curator eintreten, der bloß über das Vermögen, als solches, gesetzt ist. Ja die altrömische Tutel über Weiber hatte mit der Verwaltung des Vermögens gar nichts zu schaffen, der tutor ward bloß für auctoritatis interpositio bestellt. Bey der Pupillens Tutel spricht aber, wenn nicht ein besonderer Curator des Vermögens ernannt ist, im Zweifel die Vermuthung für die mit dem Amte des Tutors stillschweigend verbundene Vermögens-Verwaltung. Daher sagt Ulpian 7):

7) *Fragm. Tit. XI. §. 25.* (in *SOULTING Jurispr. vet. Antejust. pag. 603.*)

Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt, et auctoritatem interponunt: mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

In Betreff dieser Verwaltung steht daher der Tutor dem Curator gleich, beyde sind in Ansehung derselben domini loco ⁸⁾, so weit nicht die Vormundschaft aus Gründen in der gestio beschränkt ist. Der Unterschied besteht nur darin, daß beym Tutor die Verwaltung des Vermögens von der Person ausgeht, der Curator hingegen, ohne Rücksicht der Person, über das Vermögen, als solches, gesetzt ist ⁹⁾. Daher der Tutor bey Schließung der rechtlichen Geschäfte des Pupillen, besonders derjenigen, die derselbe nur in eigner Person vornehmen kann ¹⁰⁾, durch sein Vollwort (auctoritas) die mangelhafte bürgerliche Persönlichkeit des Mündels ergänzt, was der Curator nicht kann ¹¹⁾. Dieß ist es, wenn die Gesetze ¹²⁾ sagen: *Tutor personae, non rei vel causae datur*. Darin unterscheiden sich also die Tutel und Curatel wesentlich von einander, daß nur der Tutor allein das Recht hat, bey den rechtlichen Geschäften des Pupillen Auctorität zu interponiren, weil die Gesetze annehmen, ein Impu-

8) L. 56. §. 4. D. de furt. L. 157. pr. D. de Rog. iur.

9) S. die Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 5. Bandes 2. Heft. S. 284. f.

10) §. 1. J. de auctorit. tutor. L. 19. D. de auctorit. et consensu tutor. et curator.

11) S. *Heinr. Zöffl* Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. Bamberg u. Aschaffenburg 1828. 8. §. 7. und 8.

12) L. 14. D. de testam. tut.

bes habe noch keinen juristisch vollgültigen Willen, deswegen müsse der Tutor, bey Schließung eines rechtlichen Geschäfts seines Mündels, desselben bürgerliche Persönlichkeit durch sein Vollwort ergänzen, welches hingegen der einem Pupillen gegebene Curator nicht kann¹³⁾. Daher muß immer zur Schließung solcher Geschäfte des Pupillen, die derselbe nur in eigener Person vornehmen kann, ein Tutor bestellt werden¹⁴⁾, welches auch jenem Rechtsfag nicht entgegen ist. Denn auch in solchen Fällen, wo Tutoren für einzelne Geschäfte vorkommen¹⁵⁾, wird doch der Tutor gewissermassen für die ganze Persönlichkeit gegeben, nur daß hier die wirkliche Ausübung seiner Thätigkeit auf ein Rechtsgeschäft beschränkt, und er dann wieder entlassen wird¹⁶⁾. Eben so bleibt immer die auctoritatis interpositio ausschließender Charakter der Tutel, wenn gleich dieselbe zuweilen, wie bey der tutela infantis, oder furiosi pupilli, für den der Tutor selbst handeln muß, ihrer Natur nach, oder wegen eines speciellen Verbots, sich in die Geschäftsverwaltung des Mündels einzumischen, wie bey dem tutor honorarius der Fall seyn kann, in Ansehung der Ausübung gehindert ist. Von diesem letztern Falle ist, nach meiner Ueberzeugung, die *L. 4. D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.* zu verstehen, wie ich an einem andern Orte¹⁷⁾ ausführlicher gezeigt habe. Es ist

13) S. den 29. Th. des Commentars §. 1298. a. S. 7. ff.

14) *L. 17. §. 1. D. de appellat (XLIX. 1.)*

15) S. 3. B. GAJUS *Institut. Comm. I. §. 176 — 184.* und ULPIAN. *Fr. Tit. XI. §. 18 — 20.*

16) S. Puchta *Miscellen*, im Rhein. Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrg. Bonn 1828. S. 385. f.

17) S. den 29. Th. des Commentars §. 1304. S. 189. f.

zwar in einer neuern Schrift ¹⁸⁾ dagegen eingewendet worden, daß man die Worte: *tamen si tutor auctoratur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet*, durchgehends ganz unrichtig verstanden habe. Denn Erstens dürfe das Wort *auctorari* hier nicht als gleichbedeutend mit *auctor fieri, auctoritatem interponere* genommen werden. Das Wort *auctorare*, so wie das Deponens *auctorari*, heiße in der römischen Sprache nichts anders, als verkaufen. So Quintilian ¹⁹⁾: *Quidam, ut patrem sepeliret, auctoravit se*. Eben so komme das Deponens *auctorari* auch nur in der Bedeutung von verkaufen vor: z. B. bey Apulejus ²⁰⁾: *Mulier execrando metallo pudicitiam suam protinus auctorata est*. In dieser Bedeutung werde nun also die L. 4. so zu übersetzen seyn:

„Obgleich das Vollwort eines Tutors hinreichend ist, wenn mehrere Tutoren gegeben sind, so darf es doch der Prätor nicht genehmhalten, wenn der Tutor eine Veräußerung vornimmt, dem die Administration der Tutel nicht gestattet ist.“

Durch diese Uebersetzung sey nun aller Widerspruch mit L. 14. §. 1. *D. de solution.* und L. 49. *D. de acquir. vel omitt. hered.* beseitiget, mithin auch die darüber entstandene Controvers verschwunden. Das Fragment verbiete jetzt dem tutor honorarius ganz und gar

18) S. *Heinr. ZOBPFL's* oben Not. 11. angeführte Schrift. §. 12. S. 46. folg.

19) *Arg. Declamat. CCCII.*

20) *Metamorphos. Lib. IX.* (cum commentar. *Phil. Berroaldi* Tom. II. pag. 363. 8.)

nicht mehr die auctoritatis interpositio, sondern nur das Vornehmen von Veräußerungen, die reine Acte der Administration sind, wobey ja oft gar keine auctoritatis interpositio vorkomme, wenn nämlich der Vormund veräußert, ohne den Pupillen mithandeln zu lassen. So ergebe sich also aus der L. 4. das Resultat:

„Der tutor honorarius wird durch dieses Fragment von dem Rechte auctoritatem zu interponiren, nicht ausgeschlossen; denn der Eingang des Fragments: *Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat* — macht gar keinen Unterschied zwischen gerirenden Tutoren und honorariis, sondern spricht ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Bollworts zu. — Durch den Nachsatz, welcher mit der Partikel *tamen* anfängt, werden aber aus der Zahl der plurium tutorum, welche sämmtlich auctoritatem interponiren dürfen, diejenigen ausgeschlossen, welche Veräußerungen vornehmen dürfen. Diese Veräußerungsbefugniß konnte den honorariis sehr gut entzogen seyn, ohne ihrem Rechte auctoritatem zu interponiren zu schaden. Denn eine Veräußerung ist nicht nothwendig ein Act der auctoritatis interpositio, sondern nur der administratio, die jeder Tutor auch vorzunehmen befugt ist, in sofern die Gesetze dem Vormunde überhaupt Veräußerungen gestatten.“

„Da also dem tutor honorarius unbedingt das Recht der interpositio auctoritatis zukommt, so habe man Zweytens auch gar nicht nöthig, die Worte: *cui administratio tutelae concessa non est*, in cui interdicta est abzuändern. Denn *non concessa* — nicht übertragen — heiße die Administration im Gegensatz der decreta. Der Tutor, dem die Administration non con-

cessa = non decreta ist, könne kein anderer seyn, als der honorarius, und so diene diese Stelle zur Unterstützung der aufgestellten Behauptung, daß unter den pluribus tutoribus auch die honorarii mit begriffen seyn. Wollte man das *non concessa* gleichbedeutend mit *interdicta* erklären, so könnte sich dieses Wort auch eben so gut auf einen tutor gerens beziehen, der suspect gemacht worden war, wie auf einen honorarius. Daß ein solcher nicht veräußern durfte, weil ihm überhaupt die Administration verboten war, bedürfe keiner Erörterung. Aber der Widerspruch und die Verwirrung werde bey der bisherigen Uebersetzung des *auctorari* mit „Bollwort einlegen“ nur noch größer, da doch dadurch, daß einem Tutor die *administratio tutelae* untersagt ist, keinesweges auch das Recht und die Pflicht zur *auctoritatis interpositio* zugleich mit entzogen wird²¹⁾. Auch würde kein römischer Jurist den Ausdruck *non concessa* zu brauchen gewagt haben, um ein Verhältniß zu bezeichnen, welches nur aus einer feyerlich ausgesprochenen Formel — *interdictum* — des Prätors hätte hervorgehen können.“

„Endlich Drittens sey aus dem *Frag. 14. D. de solut.* für das Recht des tutor honorarius, *auctoritatem* zu interponiren, nichts abzuleiten. Denn Zahlungen annehmen, sey nur ein Ausfluß der Administration des Vermögens, nicht aber der Ergänzung der Persönlichkeit. Geschäfte für den Mündel könne aber der tutor honorarius eingehen, wie ein jeder Bürger *negotiorum gestor* des Andern werden kann, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens des Andern nicht zusteht, wosfern ihn

21) L. 9. §. 5. *D. de tut. et ration. distrah.* L. 7. *C. de suspect. tutor.* (V. 43.)

nur nicht ein absolutes Verbot — *interdictum* — von der Geschäfts-Besorgung für den Andern ausschließt. Um so mehr müsse er befugt seyn, Zahlungen für den Pupillen anzunehmen, da das *periculum tutelae* gleichfalls auf ihn als tutor lastet. Nur das sey wichtig, daß der *honorarius* keine Geschäfte des Mündels zu besorgen brauche, weil die *administratio* ihm nicht *decreta* ist, sondern sich sein ganzes Verhältniß zur Vermögens-Verwaltung auf Abnahme der Rechnung und *Suspectpostulirung* des verdächtigen gerens beschränkt.“

Allein so wenig auch die sehr sinnreiche Art, wie hier die *L. 4. D. de auctor. et cons. tutor. et curator.* erklärt, und dieselbe mit den beyden andern oben angeführten Gesetzstellen vereinigt worden, zu verkennen ist, indem dadurch der ganze Streit erlediget zu seyn scheint; so gewiß ist es doch, daß bey genauerer Prüfung sich noch manches Bedenken darbietet, was noch erst beseitiget werden muß. Es kommt hier vor allen Dingen darauf an, ob denn Pomponius in der *L. 4. cit.* das Wort *auctorari* wirklich in der ihm untergelegten Bedeutung genommen habe. Nun ist zwar nicht in Abrede zu stellen, daß dieses Wort bey den römischen Classikern in der Bedeutung von verkaufen vorkommt, wie die von dem Verfasser der angeführten Schrift citirten Stellen aus Quintilian und Apulejus beweisen²²⁾; aber nie wird es in der Beziehung gebraucht, in welcher es Pomponius hier genommen haben soll, sondern immer nur in

22) Mehrere Beyspiele würde das *Lexicon totius Latinitatis consilio et cura Jac. Facciolati, opera et studio Aegid. Forcellini, correctum et auct. edit. a God. Hertel et Aug. Voigtlaender Tom. I. (Schneeberg 1829. f.)* voc. *Auctoro*, an die Hand gegeben haben.

Beziehung auf ein bestimmtes Subject, wie in den angeführten Stellen die Redensarten, *se auctorare, auctorari pudicitiam suam*, deutlich andeuten. Es ist nämlich der Ausdruck *se auctorare* eigentlich von den Gladiatoren hergenommen, welche sich für einen bestimmten Preis, *auctoramentum*, zum öffentlichen Spiel verkauften, oder eigentlich sich verbunden oder verpflichteten²³⁾. Ein solcher Verkauf hieß daher *auctoratio*, und wer sich auf solche Art hingab, *auctoratus*. Dann wurde das Wort überhaupt von denen gebraucht, die sich zu einem gewissen Dienst, z. B. zum Soldatendienst, verpflichtet hatten, so wie auch von denen, die sich durch eine schändliche That, oder um eines Gewinnes willen den Tod zugezogen hatten, wie in der bey Vellejus²⁴⁾ vorkommenden Redensart, *mortem sibi auctorare*. Da ein solches Auctoriren nicht ohne den eignen Willen des sich Auctorirenden geschehen konnte, so liegt in allen diesen Redensarten das *auctor fieri* zum Grunde. *Qui enim auctorare se dicuntur, ipsi facti sunt auctores venditionis sui, vel contractus, quo se vendebant, vel obstringebant illi*, wie der große Litterator SALMASIUS²⁵⁾ be-

23) *Mosaicar. et Romanar. Legg. collat. Tit. IV. §. 3. et Tit. IX. §. 2. C. Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejustin. pag. 746. Not. 18. Besonders Claud. SALMASIUS de modo usurarum. Cap. XIX. pag. 864. sqq. Car. Andr. DUCKER Opuscul. de Latinitate Ictor. vet. pag. 279. sqq. und Barn. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. Auctorari.*

24) *Lib. II. Cap. 30.*

25) *Cit. lib. de modo Usurar. pag. 866. Man vergl. auch Ant. SCHULTING ad Tit. IV. Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. not. 18. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 746.)*

merkt hat. Daher werden auch die auctorati selbst *auctores* genannt ²⁶⁾. Ja Hermann Canegeter ²⁷⁾ sagt sehr richtig; *Auctorare* generaliter is dicitur, qui sese *auctorem* profitetur. *Auctoratio* autem haec, sive, ut veteres loquebantur, *auctoritas*, siebat in capitis deminutionibus, siquidem caput deminui nulli civi Romano poterat, nisi illi, qui sui juris esset, *et is auctor fieret*, id est, nisi id ipse iuberet fieri. Quocirca vita, libertas, civitas, familia nemini, qui sui iuris erat, invito, id est, *sine auctoritate istiusmodi*, aut dicam potius, *sine auctoramento* eripi poterat. So stammt also das Wort *auctorare* oder *auctorari* selbst von *auctor fieri* ab, und hat immer nur eine subjective Beziehung. Ohne diese Beziehung, also im absoluten Sinn, und in der Bedeutung eine Sache verkaufen, kommt das Wort *auctorare* selbst bey den römischen Classikern nicht vor, am wenigstens aber bey den römischen Juristen. Das Deponens *auctorari* findet sich überhaupt nur in zwey Stellen unsers römischen Gesetzbuches. Die eine ist unsere L. 4. die andere die L. 9. pr. D. *Quod falso tutore auctore*. In keiner von beyden kann das daselbst vorkommende Wort *auctorari* die Bedeutung von Etwas verkaufen haben. Nicht in der L. 4. Denn es soll hier die Frage entschieden werden, wie es in dem Falle, da mehrere Tutoren, die alle die Tutel verwalten können, berufen sind, mit der *auctoritatis interpositio* zu halten sey? Pomponius setzt es als einen ganz bekannten

26) G. SALMASIUS ad Trebell. Pollion. in *Gallieno*. Cap. 12.

27) Commentar. ad fragmenta vet. Jurisprudentiae, quae exstant in *Collatione Legum Mosaic. et Romanar.* (*Franequerae* 1765. 4.) Cap. XVII. pag. 218.

Grundsatz voraus, daß von denselben schon Eines Tutoris auctoritas genüge. Dieser Satz wird aber auf folgende Art limitirt: tamen si tutor *auctoretur*, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a Praetore haberi non debet. Ich will hier ganz die Frage bey Seite gesetzt seyn lassen, ob überhaupt *auctoretur* die richtige Lesart sey? Denn Haloander, dem auch Bed in seiner neuesten Ausgabe vom Corpus iuris civilis gefolgt ist, liest, si tutor *auctor erit*. Es kann aber schon dem ganzen Zusammenhange nach nicht anders erklärt werden. Denn Erstens ist schon gar nicht glaublich, daß das Wort in einer andern Bedeutung, als in der von *auctorem esse*, gebraucht seyn sollte, weil vom Recht des Tutors, Sachen des Mündels zu veräußern, gar keine Frage war. Erst am Schluß wird zur Erläuterung das Beispiel angeführt, wenn ich *eo tutore auctore*, qui tutelam non gerat, von einem Pupillen eine Sache kaufe; wohl wissend, daß ein Anderer zur Verwaltung der Tutel ausschließlich bestellt sey; hier kann ich nach der richtigern Meinung des Officilius nicht Eigenthümer werden. Eben so wenig, als wenn ich *eo auctore* kaufe; welcher von der Verwaltung der Tutel entfernt worden ist. Auch hier ist der Handel ungültig. Selbst diese zur Erläuterung der entschiedenen Frage angeführten Beispiele geben ja den stärksten Beweis, daß *auctorari* hier nicht heißen könne, verkaufen, sondern eben so viel sey, als *auctorem esse*, *auctorem fieri*, *auctoritatem interponere*. Und wer könnte sich Zweitens wohl im Ernst überreden, daß Pomponius, statt des überall gewöhnlichen Ausdrucks *alienare*, oder *vendere*, ein Wort werde gewählt haben, was in der Bedeutung von Verkaufen

einer Sache im ganzen Corpus iuris civilis gar nicht vorkommt, und von keinem römischen Juristen gebraucht worden ist. Die berühmtesten Lexikographen, ein Brissotius²⁸⁾, ein Basilius Faber²⁹⁾, ein Aegidius Forcellini³⁰⁾, und Johann Matthias Gesner³¹⁾ führen alle die L. 4. an, und erklären das Wort *auctorari* einstimmig durch *auctoritatem commodare. et interponere, auctorem fieri.*

Eben so wenig kann auch das *auctoraretur* in der L. 9. D. *Quod falso tutore auctore* durch veräußern übersetzt werden. Ulpian, aus dessen *libro XII. ad Edictum* diese Stelle genommen ist, sagt daselbst:

Huius actionis exemplo POMPONIUS *libro XXXI.* scribit, dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, *ut alius auctoraretur inscius.*

Es ist hier von einer Ausdehnung der actio in factum die Rede, welche der Prätor in dem Falle geben will, da ein falsus tutor bey Rechts-handlungen, welche der Pupill selbst vornahm, dolo malo seine Auctorität interponirt hatte. Die Worte des Edicts, so wie uns solche Ulpian³²⁾ aufbehalten hat: *In eum, qui, cum tutor non esset, DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE*

28) de V. S. voc. *auctorari.*

29) Thes. erudit. Scholasticae, edit. GRESNERI voc. *Auctoro* Tom. I. pag. 266.

30) Lexic. totius Latinitatis. Tom. I. voc. *Auctoro.*

31) Novus linguae et erudit. Rom. Thesaur. Tom. I. voc. *Auctoror.*

32) L. 7. pr. D. *Quod falso tutore auctore.*

DICETUR, *iudicium dabo*, lassen keinen Zweifel übrig. Nach dem Beispiel dieser Klage soll nun auch gegen denjenigen eine actio, nämlich utilis, Statt finden, welcher nicht selbst Auctorität interponirt, sondern einen Unwissenden dolo malo verleitet hat, *ut auctoraretur*, quasi tutor esset. Da jene actio in factum nur dann vorkommt, wenn der falsche Vormund nicht selbst handelte, sondern bloß auf eine betrügerische Art Auctorität interponirt hatte, während der Pupill selbst contrahirte, wie nicht nur jede Stelle dieses Titels³³⁾, sondern auch schon die Rubrik desselben. *Quod falso tutore AUCTORE gestum esse dicetur*, beweist; so liegt es klar am Tage, daß das *ut alius auctoraretur*, nichts anders heißen könne, als *ut alius auctor fieret*. So verstehen auch die Basiliken³⁴⁾, und der griechische Scholiast³⁵⁾ diese Stelle, wie ich an einem andern Orte³⁶⁾ gezeigt habe. Wollte man das *auctorari* durch verkaufen übersetzen, wie hätte die actio in factum quod falso tutore auctore auf diesen Fall angewendet werden können? ja welcher widriger Sinn würde nicht aus dieser Erklärung hervorgehen? Wozu wäre auch die Einführung jener actio in factum nöthig gewesen, da ja der falsche Tutor, wenn er selbst Sachen des Mündels mala fide verkauft hätte, oder durch einen andern, der von dem Betrüge nichts wußte, hätte verkaufen lassen, schon mit der Contractsklage, und zwar in perpetuum belangt wer-

33) Man sehe besonders die *L. 11. D. eodem*.

34) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 6. Const. 7. pag. 98. edit. Fabroti.

35) Cit. loc. Schol. o. pag. 101.

36) S. den 32. Th. §. 1574. S. 353. f.

den könnte, während die actio in factum nur ein Jahr dauert ³⁷⁾?

So wäre also die Bedeutung von *auctorari* für *auctorem fieri* in beyden Gesetzen gegen die Angriffe der neuen Erklärung hinlänglich geschützt. Daß nun aber ein *tutor honorarius* so gut das Recht habe, *auctoritatem* zu interponiren, als ein *tutor gerens*, ist schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil er *tutor* ist. Es beweist dieses aber auch der Eingang der *L. 4. Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat*, welcher gar keinen Unterschied zwischen *tutores gerentes* und *honorarii* macht, sondern ganz allgemein jedem Tutor das Recht zur Einlegung des Vollworts zuspricht. Da nun zugegeben wird, daß der *tutor honorarius* auch Geschäfte für den Mündel eingehen könne, wenn ihm gleich die Verwaltung des Vermögens nicht übertragen ist, aber auch eben deswegen keine Geschäfte des Mündels selbst zu besorgen brauche ³⁸⁾; so können die Worte: *tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est*, dem ganzen Zusammenhange nach, gar keine andere Bedeutung haben, als die, „wenn aber ein solcher tutor Auctorität interponirt, dem die Verwaltung der Tutel untersagt ist.“ So erklärte diese Worte auch schon die Glosse, in welcher es heißt: *Expone hic, non est concessa, id est, est denegata a iudice, vel a testatore.* Diese Erklärung wird noch mehr durch die zur Erläuterung hinzugefügten Beispiele bestärkt, in welchen das *tutore auctore*

37) S. Franke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1. Abth. S. 87.

38) S. Jöppfl's Vergleichung der röm. Tutel und Cura. §. 12. S. 52.

emere, qui tutelam non gerat, dem eo auctore emere gleichgeachtet wird, qui a tutela fuerit remotus. Freylich drücken dann die Worte: *concessa non est*, weniger aus, als *interdicta*. Allein es ist ja bey den Römischen Juristen gar nicht ungewöhnlich, daß sie mehr gedacht, als durch die Worte ausgedrückt haben. Man nennt diese Figur *Liptotes*, in qua plus cogitur, quam dicitur, wie Servius³⁹⁾ sagt. Mehrere Beispiele davon haben Gerh. Noodt⁴⁰⁾, van Josinga⁴¹⁾, Joh. van Nispen⁴²⁾, und Püttmann⁴³⁾.

Es fragt sich nur noch, ob denn wirklich der Widerspruch und die Verwirrung so groß sey, wenn man *auctorari* in der L. 4. durch „Vortwort einlegen“ erklärt? Sollte einem Vormunde, dem die *administratio tutelae* untersagt ist, darum keinesweges auch das Recht zur *auctoritatis interpositio* zugleich mit entzogen seyn? Habe ich, wie ich glaube hinlänglich dargethan, daß *auctorari* hier durchaus nichts anders heißen könne, als *auctorem fieri*; so beantwortet unser Gesetz schon selbst die Frage. Das Geschäft ist ungültig, welches eo auctore ist vorgenommen worden. *Id ratum a Praetore haberi non debet*, sagt unser Gesetz. Wo ist hier Widerspruch oder Verwirrung? Ja, sagt man, wer nicht Auctorität interponiren kann, ist nicht tutor! Warum nicht? Man denke

39) Ad VIRGILII Aen. X. v. 907.

40) Lib. XXVI. Tit. 8. §. *Sed apparet*.

41) *Varior. iuris civ. Cap. XVII.*

42) *Diss. ad Herennii Modestini IX. libros Differentiar.*
(in OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 68.)

43) *Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 8. pag. 56.*

sich, der Pupill sey verstandlos. Hier kann der Tutor keine Auctorität interponiren, weil der Pupill nicht selbst handeln kann, sondern der Vormund die Geschäfte desselben allein besorgen muß. Er ist also deswegen wohl nur Curator, und kein Tutor. Nichts weniger. Er ist tutor. So belehrt uns Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum* 44). *Qui habent tutorem, pupillus vel pupilla, si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit, et a Juliano probatur: eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare, si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, sive non habent, et furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt, quia Lex XII. Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.* Wenn ferner ein tutor als suspect ist angeklagt worden, so wird ihm während des Processes die administratio tutelae untersagt 45). Er hört darum nicht auf Vormund zu seyn, so lange er nicht removirt worden ist. Kann er aber noch Auctorität interponiren? Ich möchte ein Gesetz kennen, welches ihm dieses Recht in diesem Falle gestatte. Allein die *L. 9. §. 5. D. de tutelae et ration. distrah.* sagt ja; *Si tutori curator sit adiunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelae iudicium tutor suscipere, quia tutor manet.* Ganz richtig, das heißt aber nur, er kann nicht eher mit der actio tutelae belangt werden, als bis er abgesetzt worden, und die Tutel geendiget ist, weil er bis dahin noch Tutor bleibt. Folgt denn

44) *L. 3. pr. D. de tutelis.*45) *L. 7. C. de suspect. tutor. vel curator. (V. 43.)*

aber daraus, daß er bis dahin auch nach wie vor noch Auctorität interponiren könne? Gewiß nicht, weil der Tutor von der Person aus über das Vermögen gesetzt ist. Warum sollte denn auch dem tutor honorarius, wenn er auch gleich in der Regel auctoriren und geriren kann, nicht Beydes untersagt, und desselben Thätigkeit bloß auf die ihm übertragene Obergaufsicht über den tutor gerens, auf Abnahme der Rechnung, und Suspectpostulirung des verdächtigen gerens beschränkt werden können? *Dati sunt enim honorarii quasi observatores et custodes eius, qui gesserit, sagt Ulpian libro XXXV. ad Edictum* ⁴⁶⁾. Der tutor honorarius erscheint doch immer, im Verhältniß zum tutor gerens, als ein solcher, cui administratio tutelae concessa non est. Gleichwohl kann ihm so gut, wie dem gerens, eine Zahlung gültig geschehen, wie ebenfalls Ulpian sagt *libro XXX. ad Sabinum* ⁴⁷⁾. Zahlungen annehmen ist nun, wie zugegeben wird, ein Ausfluß der Administration. Der tutor honorarius kann sich also in die Administration der Tutel einmischen, eben so gut, als er bey den Geschäften, die der Pupill selbst eingeht, Auctorität interponiren kann. Soll er also das, was er als Tutor schon von selbst thun kann, nicht thun dürfen, so muß es ihm besonders untersagt worden seyn. Dieß sagt auch Ulpian in der letzten Stelle ausdrücklich in den Worten: *nisi interdicta iis a Praetore fuerit administratio: nam si interdicta est, non recte solvitur*. Vergleicht man nun diese Stelle mit der *L. 4. D. de auct. tut.* so kann das: *cui administratio tu-*

46) *L. 5. §. 2. D. de adm. et peric. tut. et curat.*

47) *L. 14. §. 1. D. de Solut. (XLVI. 5.)*

tela concessa non est, in Verbindung mit dem Folgenden: *eo tutore auctore, qui tutelam non gerat*, und *sciens alium eius tutelam gerere*, gar nicht anders, als so verstanden werden, daß dem gerens die Administration der Tutel ausschließlich übertragen, dem honorarius aber die Einmischung in die Administration untersagt worden ist. Bey dem allen bleibt der Unterschied feststehen, daß nur der Tutor allein nach den Gesetzen die Gewalt, d. h. das Recht hat, die juristische oder bürgerliche Persönlichkeit des Pupillen durch sein Vollwort zu ergänzen, und also nur er allein Auctorität interponiren kann, der Curator aber diese Befugniß nicht hat, wenn er gleich einem Pupillen gegeben worden ist. Daß sie der Tutor nicht immer in vorkommenden Fällen ausüben kann, thut nichts zur Sache, deswegen ist und bleibt er doch Tutor, wie aus den Gesetzen deutlich genug gezeigt worden ist.

§. 1390. a.

Fortsetzung. *Cura plena. Cura honorum.* Verschiedene Arten der letztern. Erklärung der *L. 5.* und *L. 9. h. t.*

Die Curatel, oder *cura, curatio* ⁴⁸⁾, wird also bloß für das Vermögen, als solches, bestellt, wenn die Person, welcher dasselbe gehört, solches zu verwalten gehindert ist ⁴⁹⁾. Sie kann nun von sehr verschiedener Art

48) *Pr. J. de tutelis. §. 3. J. de curation. L. 1. §. 1. L. 15. D. h. t.*

49) Man vergl. vorzüglich *Hug. DONELLUS Commentarior. Lib. III. Cap. 17 — 23.* (Vol. II. pag. 215 — 263.) *Jos. FINESTRES et de MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros ad L. 48. D. de admin. et peric. tutor. pag. 264 — 269. und ad L. 1. §. 4. D. de muner. et honor. pag. 391 — 394.*

seyn, eine vollständige (*cura plena*) oder unvollständige (*cura minus plena*), je nachdem sie entweder mit dem Verwaltungsrechte verbunden ist, oder bloß die Aufsicht und Bewahrung einer Gütermasse, und allenfalls die Veräußerung von Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, zum Gegenstande hat⁵⁰⁾. Von der erstern Art, welche im eigentlichen Sinn *cura* genannt wird, ist die Curatel über Wahnsinnige, Verschwender, Taube, Stumme, Blinde, Minderjährige und Pupillen; von der letztern aber die *cura bonorum*, von welcher sich in dem Römischen Rechte wieder mehrere Arten finden, nämlich

1) die *cura* über die Güter eines Abwesenden, für welche sonst nicht gesorgt ist, weil der Abwesende keinen Bevollmächtigten hinterlassen hat. Von dieser *cura* §. 1597. ein Mehreres.

2) Die *cura ventris*, welche eintritt, wenn eine Frau sich nach dem Tode ihres Ehemannes schwanger befindet, um die Güter, in deren Besitz sie gesetzt worden ist, dem noch ungeborenen Leibeserben desselben zu erhalten⁵¹⁾. Ulpian⁵²⁾ nennt einen solchen Curator, *bonorum ventris nomine curatorem*. Nach der Regel: *tutor personae datur*, konnte hier kein Tutor bestellt werden, weil von einer Person, als Subject bürgerlicher Rechtsfähigkeit, als *caput liberum* betrachtet, noch keine

50) DONELLUS Lib. III. Cap. 17. §. 2. pag. 216.

51) L. 48. D. de admin. et peric. tut. et curat. L. 1. §. 17
— 24. D. de ventre in possessionem mittendo.
(XXXVII. 9.)

52) L. 8. D. h. t.

Frage seyn kann, so lange das Kind noch ungeboren ist⁵³⁾. Von dieser Curatel kann eigentlich erst in dem Titel *de ventre in possessionem mittendo, et curatore eius* (Lib. XXXVII. Tit. 9.) die Rede seyn.

3) Die cura, welche bey Gelegenheit der *honorum possessio Carboniana* in dem Falle angeordnet wird, da einem unmündigen Kinde des Erblassers sein Erbrecht aus dem Grunde bestritten wird, weil es kein rechtes Kind des Erblassers sey, (*quod inter liberos non sit*)⁵⁴⁾. Davon Lib. XXXVII. Tit. 10. *de Carboniano Edicto* ein Mehreres.

4) Die cura *hereditatis iacentis*, welche in dem Falle verfügt wird, da man noch nicht weiß, wer Erbe ist⁵⁵⁾; oder der Erbe die Erbschaft noch nicht antreten kann, weil er unter einer Bedingung ist instituiert worden, und die *honorum possessio*, wie er könnte, nicht agnosciren, und Caution leisten will⁵⁶⁾; ferner wenn der Erbe noch deliberirt, ob er die Erbschaft an-

53) L. 20. D. de tutorib. et curat. dat. MODESTINUS libro VII. *Differentiarum*. Ventri tutor a Magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo Edicto comprehensum est. G. Ant. FABER Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 8. pag. 781.

54) L. 1. §. 4. D. de Carbon. Edicto. (XXXVII. 10.)

55) L. 1. §. 4. in fin. D. de munerib. et honor. (L. 4.) HERMOGEN. Lib. I. *Epitomar*. His similes sunt bonis dati curatores. — Item custodiendis ab eo relictis bonis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti. — L. 8. D. Quib. ex caus. in possess. eat. (XLII. 4.)

56) L. 25. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.)

nehmen soll, oder nicht ⁵⁷⁾). Ein solcher Curator kann auch auf Verlangen der Gläubiger bestellt werden, welcher dann, wenn diese auf ihre Bezahlung dringen, soviel von den Gütern veräußern kann, als zur Befriedigung derselben nöthig ist ⁵⁸⁾).

Es sind hier besonders folgende zwey Stellen merkwürdig.

L. 48. D. de admin. et peric. tutor. et curator. HERMOGENIANUS *libro I. iuris Epitomarum.* Inter honorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive magna est differentia: quippe cum illis quidem plane ⁵⁹⁾ rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committatur.

L. 1. §. 4. D. de Munerib. et Honorib. IDEM *eodem.* Aequae personale munus est tutela, cura adulti, furiosive, item prodigi, multi, etiam ventri ⁶⁰⁾,

57) *L. 1. D. de curatore bonis dando.* (XLII. 7.) *L. 22.*

§. 1. D. de rebus auctorit. iudicis possid. (XLII. 5.)

58) *L. 25. §. 2. et 3. D. de heredibus instituend.* (XXVIII. 5.)

G. Jo. Bernhard. FRIESE Diss. de cura hereditatis iacentis. Jenae 1717.

59) Einige Ausgaben, z. B. die des BAUDOZA CESTIVS, lesen plena.

60) Die meisten Ausgaben, Merlinus, Baudoza, Saloander, Miräus, und die neueste Ausgabe von Beck lesen *et ventris.* Jos. FINESTRES *et de MONSALVO* in Hermogen. ad h. *L.* pag. 391. bleibt aber bey der florentinischen Lesart, und bezieht das *etiam ventri* auf die nachfolgenden Worte: *curator datus.* Er liest denn aber auch

etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum, et similia: sed et ⁶¹⁾ in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur, ac, ne debitores liberentur, providetur. Item, ex Carboniano Edicto bonorum possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. His similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est, et reverti speratur. Item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Aus dieser letztern Stelle ergiebt sich, daß die cura plena und cura bonorum minus plena darin einander gleich sind, daß die eine, wie die andere, ein munus publicum ist, deren Uebernehmung derjenige, dem sie aufgetragen worden ist, eben so wenig, als eine Tutel, ablehnen kann, wenn er keine rechtmäßige Entschuldigungs-Ursachen anzuführen und zu beweisen vermag. Eine Ausnahme macht jedoch

5) die cura bonorum eines in Concurs gerathenen Schuldners ⁶²⁾. Zu dieser kann Niemand, ohne in dem höchsten Nothfalle, und ohne Genehmigung des Regenten, gezwungen werden ⁶³⁾. Denn da ein solcher Curator ex

in einer Periode, und wie er sich ausdrückt, uno spiritu bis auf die Worte: *His similes*.

61) FINESTRAS will statt: *sed et in* lieber: *sed etiam bonis* lesen.

62) L. 2. pr. et §. 1. D. de curatore bonis dando. (XLII. 7.)

63) L. 2. §. 3. D. eodem. ULPIAN. Lib. LXV. ad Edictum. Quaeritur: an iuventus curator fieri possit? Et CASSIUS scribit: *neminem invitum cogendum fieri bonorum cu-*

consensu maioris partis creditorum privato von der Obrigkeit gesetzt wird; so ist das Amt desselben mehr ein Privatgeschäft. Ueberhaupt handelt sich's hier von einer Sache, die mehr privati, als publici iuris ist ⁶⁴⁾. Von dieser cura bonorum ist eigentlich in der Lehre vom Concurse der Gläubiger ⁶⁵⁾ mit mehreren zu handeln, zu welcher auch der Tit. 7. Libri XLII. *de curatore bonis dando* gehört; es kommen aber doch in unserm Titel zwey dahin gehörige Stellen vor, welche einige Erläuterung bedürfen. Die eine ist *L. 5. h. t.* aus CAIUS *Libro IX. ad Edictum provinciale*, welche folgendermassen lautet.

Curator ex Senatusconsulto constituitur, cum clara persona, veluti Senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant. Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, *curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside.*

Da das Senatusconsultum, von dem hier die Rede ist, das alte strenge Rechtsverfahren bey dem Güterverkaufe eines insolventen Schuldners zu Gunsten der

ratores; quod verius est. Voluntarius itaque quaerendus est, nisi ex magna necessitate, et Imperatoris arbitrio hoc procedat, ut et invitus crearetur.

64) G. DONELLUS Lib. III. Cap. 25. §. 15. pag. 258. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 595. der 2. Aufl.

65) G. DABELLOW Lehre vom Concurse der Gläubiger. (Halle 1801. 4. Kap. 20. S. 579. sqq.) und Schweppe System des Concurses der Gläubiger. §. 98—101.

Standespersonen milberte; so ist es zur Erläuterung nöthig, Etwas aus der Geschichte des alten Concurſsverfahrens, so wie es auch noch in den spätern Quellen sich findet, vorauszuschicken.

Wenn nämlich ein Schuldner bey den Römern sich in dem Falle befand, daß seine Güter wegen Insolvenz verkauft werden mußten; so hatte ehemals folgendes Rechtsverfahren Statt ⁶⁶⁾. Das Erste, was geschehen mußte, war, daß sich die Gläubiger an den Prätor wandten, und bey diesem darum anhielten, daß es ihnen erlaubt werden möchte, die Güter ex Edicto zu besitzen, solche öffentlich feil zu bieten, und zu verkaufen. Der Prätor bewilligte dieses durch ein Decret, wodurch die Gläubiger in die Güter ihres Schuldners eingesetzt wurden, das heißt, die Gläubiger erhielten eine *Possessio bonorum* ⁶⁷⁾, sofern ihnen der Schuldner nicht etwa schon

66) G. GAJUS *Commentar. III.* §. 77—81. und *Lib. IV.* §. 35. THEOPHILUS *Paraphras. graec. Institution.* *Lib. III. Tit. 12. pr.* Besonders aber sind zu vergleichen Aug. Wilh. Heffter *Institutionen des röm. und teutschen Civilprocesses.* (Bonn 1825. 8.) *VI. Buch. 2. Tit. §. 560—564.* Frid. Car. Cust. STIBBER *de bonorum emptione apud veteres Romanos P. I. Lipsiae 1827. 8. Cap. III.* und Puggé *rechtsgeschichtliche Bemerkungen zur Lehre von der Bonorum Venditio,* (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz. 2. Jahrggß 1. Heft. Bonn 1828. S. 87—93.)

67) CICERO *Orat. pro P. Quintio Cap. VI. nr. 25.* (*Opp. Vol. II. P. I. edit. ORELLII. Tarici 1826.*) *Postulat a Burrieno Praetore Naevius, ut ex Edicto bona possidere liceat. Jussit bona proscribi eius.* Diese Bonorum possessio fand ursprünglich in zwey Hauptfällen Statt, nämlich a) gegen iudicatos, wenn sie das iudica-

freywillig sein Vermögen abgetreten hatte, wie ihm ex lege Julia de cessione bonorum unter gewissen Umständen erlaubt war ⁶⁸⁾. Denn ohne ein solches Decret durften die Gläubiger den Schuldner aus seinen Gütern nicht vertreiben ⁶⁹⁾. Auch mußte die missio in das ganze Vermögen geschehen ⁷⁰⁾. Der Prätor mußte jedoch

tum nicht leisteten; b) gegen die fraudationis causa latitantes et indefensos absentes. Hierzu kamen in der Folge noch mehrere Veranlassungen, nämlich c) wenn sich zu einer verschuldeten Erbschaft kein iustus successor, neque heres, neque bonorum possessor, fand, und auch für den Fiscus kein Ueberschuß zu erwarten war, oder wenn d) der heres suspectus war, und die geforderte Satisfaktion nicht aufbrachte. S. GAIUS *Comm. III.* §. 77. et 78. *L. 7.* §. 1. *D. Quib. ex causis in possess. eat.* (XLII. 4.) CICERO *Orat. pro P. Quintio* Cap. XIX. nr. 60. 61. et 62. et Cap. XX. nr. 65. Cap. XXI. nr. 66. et 68. *L. 1.* § 1. *D. de iure fisci* (XLIX.) 14.) *L. 5. C. de bonis auct. iud. possid.* (VII. 72.) *L. 31.* §. 3. *D. de rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) Man vergleiche Heffter's angef. Institutionen S. 561. besonders STRIBBER de honor. emtionis apud. vett. Romanor. Cap. II. §. 9
— 17.

68) S. Lib. XLII. Tit. 3. *D. de cessione bonorum.*

69) In dem Edict des Prätors, so wie uns dasselbe CICERO *pro Quintio* Cap. XXVII. nr. 84. aufbehalten hat, hieß es: *Qui ex Edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere. Quod ibidem recte custodire poterant, id ibidem custodiant: quod non poterant, id auferre et abducere licebit. Dominam invitum detrudere non placet.*

70) CICERO *pro P. Quintio.* Cap. XXIX. nr. 89. *Omnino autem bona possessa non esse constitui: quod bonorum possessio spectetur non in aliqua parte, sed in*

dabey sehr vorsichtig zu Werke gehen, weil ein solches Rechtsverfahren ex Edicto der bürgerlichen Ehre des Schuldners sehr nachtheilig war⁷¹⁾. Cicero⁷²⁾ nennt

universis, quae teneri ac possideri possint. Der hier vom Cicero gebrauchte Ausdruck *bonorum possessio* ist von derjenigen *possessio* zu verstehen, quam creditor in bona missus habet. C. STIEDER cit. lib. Cap. III. §. 18. not. f. pag. 56.

- 71) CICERO *Orat. cit.* Cap. XV. nr. 49 et 50. Cuius vero bona venierunt, cuius non modo illae amplissimae fortunae, sed etiam victus vestitusque necessarius sub praecone cum dedecore subiectus est: is non modo ex numero virorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra etiam mortuos amandatur. Etenim mors honesta saepe vitam quoque turpem exornat: vita turpis ne morti quidem honestae locum relinquit. *Ergo hercule, cuius bona ex Edicto possidentur, huius omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur: de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur, huic ne perire quidem tacite obscureque conceditur: cui magistri fiunt, et domini constituuntur, qui qua lege et qua conditione pereat, pronuntiant: de quo homine praeconis vox praedicat, et pretium conficit: huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur: si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed honorum emtores, ut carnifices, ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas.* — Um den P. Quintius gegen diese Schande zu retten, setzt daher Cicero einen vorzüglichen Vertheidigungsgrund darin: *omnia QUINTII bona possessa non esse.* Cap. XXIX. n. 89. Er legt es dem Iudex Aquilius, der in diesem Proceß darüber zu erkennen hatte, dringend ans Herz, er solle bedenken, wie viel von seinem Richterspruch abhängt. Er sagt Cap. XVI. nr. 51. *Itaque maiores nostri raro id accidere voluerunt: Praetores, ut considerate fieret,*

es mehr als einmal eine *causa capitis*⁷³⁾. Die Gläubiger konnten nun sogleich zur *proscriptio bonorum* schreiten⁷⁴⁾, das heißt zur Feilbietung der im Besitz habenden Güter ihres Schuldners, welche durch einen öffentlichen Anschlag, *tabula proscriptionis, libellus*⁷⁵⁾, *album*⁷⁶⁾, *titulus*⁷⁷⁾, *προγραφή*⁷⁸⁾, geschah⁷⁹⁾.

comparaverunt. — Considerant enim, *quid et quantum sit, alterius bona proscribere*. Besonders Cap. IX. nr. 55. *Judicium esse, C. AQUILLI, non de re pecuniaria, sed de fama fortunisque P. Quintii, vides*. Vergl. auch HEFFTER ad *Gaji Institution. Comment. IV. Cap. XVII. pag. 88. sq.*

72) *Orat. pro P. Quintio. Cap. VIII. nr. 51. Cap. IX. nr. 52. Cap. XIII. nr. 44 et 45. Cap. XXXI. nr. 95.*

73) Man nannte nämlich im gemeinen lateinischen Sprachgebrauche auch eine bloße *causa existimationis*, mit welcher keine wahre *capitis deminutio* verbunden war, sondern welche bloß die bürgerliche Ehre minderte, *causa capitalis. L. 103. D. de Verb. Signif. S. MARZOLI über die bürgerliche Ehre. S. 112. f.* Daher konnte Cicero auch einen Proceß, welcher die bürgerliche Ehre in Gefahr brachte, eine *causa capitis* nennen. S. ERNSTI *Clav. Ciceron. voc. Caput*, und Niebuhr *Röm. Geschichte. 1. Th. S. 642. der 3. Ausg. Berlin 1828.*

74) *CICERO pro Quintio. Cap. VI. nr. 25. S. STIEBER de honor. emione apud vet. Rom. §. 19. pag. 59.*

75) *CICERO pro P. Quint. Cap. XV. nr. 50. und de Officiis Lib. III. Cap. 17.*

76) *Tabula Heracleensis. P. I. (aeris Britann.) v. 15. 18. S. MAZUCHI ad h. l. not. 3. pag. 309. und DIRKSEN civilist. Abhandlungen. 2. Bd. S. 161. und S. 197.*

77) *PLINIUS Lib. VII. Epist. 27.*

78) *Glossae nomicae ex rec. Car. LABBARI voc. ἀλβον.*

Die Proscriptionsformel hat Theophilus⁸⁰⁾ auf folgende Art angegeben: Ὁ δεῖνα χρεωστῆς ἡμέτερος ὑπάρχων εἰς αἰτίαν ἐνέπεσε διαπράσεως· ἡμεῖς κρεδίτωρες ὄντες τὴν τούτου διαπιπράσκομεν περιουσίαν ὠνητῆς ὁ βουλόμενος προσίτω. i. e. *Ille, qui debitor noster est, in causam venditionis bonorum incidit: nos, qui creditores sumus, bona eius vendimus: emtor; qui volet, adesto.* Hatten die Gläubiger die Güter des Schuldners auf solche Art 30 Tage besessen, (handelte sich's von dem Vermögen eines Verstorbenen, so genügten schon 15 Tage;) dann kamen die Gläubiger abermals bey dem Prätor zusammen, um ihn zu bitten, daß er ihnen erlauben möchte, einen magister honorum vendendorum aus ihrer Mitte zu wählen⁸¹⁾. Dieser war es nun, welcher sich mit den Kaufsliebhabern auf gewisse Procente verglich, und dann dem Meistbietenden die Güter, und zwar im Ganzen, überließ. Der Grund, warum man einen solchen Magister wählte, war theils

(in OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. III. pag. 1711.) wo jedoch statt παραγραφᾶς richtiger προγραφᾶς gelesen werden muß. S. Jenaische allgem. Litteratur-Zeitung vom J. 1825. Nr. CXXV.

79) *Barn. BRISSONII Antiquitat. ex iure civ. select. Lib. III. Cap. 8. und Jo. Casp. HAIMBURG Progr. de origine proscriptionis honorum apud Roman. Jenae 1758.*

80) *Paraphr. gr. Institut. Lib. III. Tit. 12. pr.*

81) *GAJUS c. 1. Si quidem vivi bona veneant, iubet ea Praetor per dies continuos XXX. possideri et proscribi: si vero mortui, post dies XV. postea iubet convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est, eum, per quem bona veneant. S. auch CICERO ad Attic. Lib. I. Epist. 1. et Lib. VI. Ep. 1.*

der, welchen Theophilus ⁸²⁾ angiebt, weil das persönliche Zusammenkommen der Gläubiger, besonders für diejenigen, welche sehr entfernt wohnten, mit zu vielen Schwierigkeiten verbunden war, theils weil die Kaufsliebhaber mit einem weit leichter handeln konnten, als mit den sämmtlichen Gläubigern ⁸³⁾. Der Accord mit den Gläubigern, welcher die Kaufsbedingungen enthielt, hieß, wie Theophilus sagt, *Lex bonorum vendendorum*. War man nun auch über die Kaufsbedingungen einig, so konnte doch der Zuschlag der Güter noch nicht gleich erfolgen, es mußte noch erst eine gesetzlich bestimmte Zeit abgewartet werden. Diese bestand, wie uns ebenfalls Gajus belehrt, wenn die Güter eines noch lebenden Schuldners verkauft wurden, in 30, bey einem verstorbenen aber in 20 Tagen. So war also bey der *Bonorum venditio*, zur Schonung des Schuldners, wenn dieser noch lebte, eine Frist von 60 Tagen gesetzt, um dem Schuldner Zeit zu geben, durch Anbieten eines Vergleichs mit den Gläubigern den Güterverkauf, und auf solche Art die bürgerliche Schande abzuwenden, welche desselben Folge war ⁸⁴⁾. Hierauf deutet auch wohl un-

82) Cit. loc. ἐπειδὴ γὰρ δυσχερὲς ἦν, πάντας συνιέναι κατὰ ταυτὸν καὶ ἑκάστιν ἡμέραν ἐχειροτόνον ἐξ αὐτῶν ἵνα, ὅστις ἐλέγετο μάγιστρος, καὶ λοιπὸν αὐτὸς συνεφώνει τοῖς βουλομένοις ἀγοράσαι. i. e. *Nam quia difficile erat, omnes in unum quoque die convenire, unum ex ipsis deligebant, qui MAGISTER dicebatur, et ille deinde contrahebat cum iis, qui emere volebant.*

83) G. STIEBER cit. lib. Cap. III. §. 20. pag. 61.

84) G. Heffter's Institutionen S. 562. und Puggé im Rhein. Museum a. a. D. S. 88.

streitig Gajus hin, wenn er sagt ⁸⁵⁾: *Quare autem tardius viventium bonorum venditionem complere iubeat, illa ratio est, quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur* ⁸⁶⁾. Bey dem Güterverkauf eines Verstorbenen machte man so viel Umstände nicht, um die Gläubiger nicht unnöthiger Weise länger hinzuhalten, weil sich hier nicht leicht ein Defensor fand, und für diesen auch die beschränktere Frist genügte.

Also nur erst, wenn nach Ablauf des letzten Termins der Prator den Befehl zum Verkauf ertheilte, konnten die Güter dem Käufer addicirt, das heißt, dem Käufer im Ganzen übereignet werden. Diese Addiction, oder Bonorum venditio, (denn *addicere* heißt hier nichts anders, als verkaufen, oder den Verkauf vollziehen) geschah von dem Magister, nicht vom Prator, und diese ist es, mit welcher Gajus ⁸⁷⁾ die ignominia in eine unmittelbare Verbindung setzt, während er von einer Person, *cuius bona a creditoribus possessa proscriptave sunt*, nur als einer *persona suspecta* spricht ⁸⁸⁾. Der auf solche Art vollzogene Güterverkauf hatte nun die Folge, daß der bonorum emptor in alle Verbindlichkeiten und Rechte des Gemeinschuldners (in universum ius debitoris) succedirte, und die Gläubiger ex lege venditionis befriedigen mußte, welche daher auch ihre Ansprüche, so weit sie noch bestanden, gegen ihn auszuführen hatten ⁸⁹⁾.

85) *Comm. III. §. 79.*

86) Man vergleiche auch *L. 35. §. 1. D. de reb. auctor. iud. possid.*

87) *Comm. II. §. 154. C. Pugge C. 89.*

88) *Comm. IV. §. 102.*

89) *C. Heffter's Institutionen. C. 562.*

So wie nämlich der Magister vor der Abdiction den Schuldner vertrat, statt seiner handelte, utiliter klagte, und verklagt wurde⁹⁰⁾; so trat nunmehr der Käufer durch den Zuschlag an die Stelle des Schuldners, den er, wie ich nachher ausführlicher zeigen werde, iure praetorio succedirte. Dieser wurde nun von den Gläubigern auf die verabredete rata utiliter belangt⁹¹⁾. Dahingegen standen aber auch dem Bonorum emtor verschiedene Rechtsmittel zu. Gajus giebt, auffer dem Interdictum possessorium, zur Erlangung des schnellen Besizes, ähnlich dem Interdicto quorum bonorum des prätorischen Erben⁹²⁾, dem Käufer namentlich noch zwey Klagen, die *Rutiliana* und *Serviana actio*⁹³⁾. Beyde Klagen waren fictiliae actiones. Waren nämlich die Güter eines verstorbenen Schuldners verkauft worden, so klagte der Käufer, als wenn er dessen Erbe wäre, mit der, vom

90) L. 2. §. 1. et 2. D. de curatore bonis dando. (XLII. 7.)

Daß hier in Ulpian's libro LXV. ad Edictum vom magister die Rede gewesen, an dessen Stelle der hier substituirt Curator bonis distrahendis getreten, beweisen die Worte: neque iudicatum solvi nomine eius, cuius bona veneunt. Daß Räthsel wird sich nachher auflösen.

91) Gajus Instit. Comm. III. 80. et 81. IV. 35.

92) Comm. IV. §. 145.

93) Comm. IV. §. 35. Similiter et bonorum emtor ficto se herede agit, sed interdum et alio modo agere solet: nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur *Rutiliana*, quia a Praetore PUBLIO RUTILIO, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est: superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emtor agit, *Serviana* vocatur.

Prätor Servius benannten, *actio Serviana*; waren aber die Güter eines Lebenden verkauft worden, so ward fingirt, der *honorum emptor* klage, als wäre er des Schuldners Procurator⁹⁴⁾, und gab ihm die vom Prätor Publius Rutilius eingeführte *Rutiliana actio*, welche ganz die Formel der Klage eines Procurators hatte⁹⁵⁾. Der Käufer mußte daher die Proceßcautionen des Procurators leisten, von welchen er als Erbe frey war⁹⁶⁾. Dort wurde aus des Schuldners Person intendirt, und auf den Kläger selbst die Condemnation gestellt; welches in dem Falle, da eines Verstorbenen Güter waren verkauft worden, nicht geschehen konnte⁹⁷⁾. Gajus macht bey dieser Gelegenheit die Bemerkung, man sage, die *Bonorum venditio* sey durch den Prätor Publius Rutilius eingeführt worden. Es war ohne Zweifel der Publius Rutilius Rufus, der im Jahr 649 der St. R. Consul war⁹⁸⁾. Hieraus erklärt sich nun, wenn Gajus⁹⁹⁾ die *emptio honorum* zu den *modis* zählt,

94) Man vergleiche Puggé über die *Bonorum Venditio*, in dem Rhein. Museum. 2. Jahrgg. S. 93. Aug. Guill. HEFFTER ad Gaii Institut. Comm. IV. §. 35. pag. XVIII. und vorzüglich Zimmermann Geschichte des Röm. Privatrechts. 3. B. (Heidelberg 1829.) §. 80. S. 254. fg. wo überhaupt diese Materie am ausführlichsten und gründlichsten ist abgehandelt worden.

95) GAJUS *Comm. IV.* §. 86.

96) S. Schwegge Röm. Rechtsgeschichte. §. 592. S. 860. der 2. Ausg.

97) S. Zimmermann a. a. D. S. 255. und §. 156.

98) S. Jans. ab ALMELOVEEN *fasti Rom. consular.* pag. 95. und Zimmermann Gesch. des Röm. Rechts. 1. B. 1. Abth. §. 75. a. S. 280. ff. bes. Not. 20. u. 3. B. §. 76. S. 257.

99) *Comm. II.* §. 97. et 98.

quibus *per universitatem* res nobis adquirantur. Sie begründete aber keine civilrechtliche, sondern eine prätorische Universalsuccession, welche mit der Bonorum possessio darin eine Aehnlichkeit hatte, daß sie auch, wie diese, ex Edicto gesucht und verfügt ward ¹⁰⁰⁾, nur von solchen Obrigkeiten, penes quos erat imperium ¹⁾ nämlich vom Prätor, und Präses der Provinz, nicht von Municipal, Magisträten, verfügt werden konnte ²⁾, und auch der Käufer durch diese emtio honorum keine andere Rechte erhalten konnte, als der prätorischer Erbe, ehe er usucapirt hatte, denn beyde, sagt Theophilus ³⁾, sind prätorische Successoren. Die Stelle selbst ist merkwürdig, wo er von den Wirkungen der emtio honorum spricht. Die hieher gehörigen Worte lauten folgendermassen: *πάσαι αἱ ἀγωγαί, αἱ τινες ἡρμοζόν τῷ ὑποστάντι τὴν bonorum βενδιτιῶνα, καὶ ὅσαι ἦσαν κατ' αὐτοῦ, αὐταὶ μετεφέροντο ἐπὶ τὸν bonorum ἔμπτωρα, καὶ οὐτιλίως ἐνήγε, καὶ ἐνήγετο, ὡσπερ καὶ ὁ bonorum possessor. ἀμφότεροι γὰρ πραιτωριοὶ διάδοχοι. i. e. omnes actiones, quae subeunti bonorum venditionem compete- bant, et quotquot adversus eum erant, illae in bonorum emtorem transferebantur, atque utiliter et agebat, et conveniebatur, sicuti et bonorum possessor: ambo enim praetorii sunt successores.*

100) CICERO *ad Attic. Lib. VI. Epist. 1.* und *pro Quintio* cap. XXVII. nr. 84.

1) L. 3. et 4. D. de iurisd.

2) L. 4. §. 4. D. de damn. inf. (XXXIX. 2.) L. 26. §. 1. D. ad Municipal. (L. 1.) S. STIEBER. §. 8.

3) *Paraphr. gr. Institut. Lib. III. Tit. 19. pr. Tom. I.* pag. 611. edit. Reitz.

Das Eigenthum, welches der emtor honorum erwarb, konnte also nicht ex iure Quiritium, sondern nur das in bonis seyn, wie Gajus *) lehrt.

- 4) *Comm. III. §. 80. Neque — honorum possess — pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur: — autem ita demum adquiruntur, si usucapiuntur.* Diesem scheint zwar *M. Terent. VARRO de Re Rustica Lib. II. Cap. 10. (Scriptor. Rei Rust. Vol. I. pag. 197. edit. Bipontin.)* zu widersprechen, wenn er sagt: *In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: — tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit.* Nach dieser Stelle sollte man fast glauben, es sey quiritarisches Eigenthum auf den emtor honorum übergegangen. Ja es scheint sich dieses noch mehr dadurch zu bestätigen, daß *S. POMP. FESTUS de Verbor. Signif. voc. Hasta* sagt: *Hastae subiuebantur ea, quae publice venundabant, quia signum praecipuum est hasta;* besonders wenn man erwägt, daß die Hasta gebraucht wurde zur Bezeichnung eines quiritarischen Rechts. Allein *Varro* spricht ja nicht von der venditio honorum, die auf Antrieb der Gläubiger durch einen Magister vollzogen wurde, sondern von der sectorio, wodurch das an den Staat verfallene Vermögen eines proscripti, oder iudicio publico damnati, oder eines Verstorbener, dessen Erbschaft dem Fiscus anheimgefallen war, unter öffentlicher Auctorität des Prätors per universitatem verkauft wurde, wovon der Käufer sector hieß. *CICERO pro Roscio Amerino. Cap. XXXVI. n. 103. pro P. Quintio. Cap. XLIII. n. 126. in Verrem. Lib. I. cap. 20. S. Q. ASCONII PEDIANI Commentat. in III. contra Verrem. Oration. pag. 59. et 63. (edit. Franc. HOROMANI Lugduni 1551. 8.) (Lugd. Batav. 1644. pag. 84. et 88.)* besonders *GAJUS Institution. Comment. IV. §. 146. „Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur sectoriam, quod sectores vocantur, qui publica bona mercantur.“* Diese hatte bona publica zum Gegenstande,

Ein solches strenges, der bürgerlichen Ehre so höchst nachtheiliges Concursverfahren konnte man nicht füglich

welche der Staatskasse zugefallen waren. Die Beschlagnahme des Vermögens geschah hier so, daß der Prätor die Quästoren des öffentlichen Schatzes in die bona einwies. LIVYVIUS Lib. XXXVIII. cap. 60. CICERON in Verrem Lib. I. cap. 20. S. Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts. 3. Abh. S. 202. ff. und Zimmern Gesch. des R. PrivatR. 3. B. §. 76. S. 236. Not. 10. Bey dieser Sectio geschah, wie bey der Auctio, die Feilbietung sub hasta, wie die Stelle des Festus beweist, und durch einen unter diesem Symbol obrigkeitlich vorgenommenen Verkauf erwarb der Käufer quiritarisches Recht. S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte §. 521. S. 752. der 2. Ausg. Puggé rechtsgeschichtl. Bemerkungen, im Rhein. Museum 2. Jahrgg. S. 91. besonders Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 76. S. 237. Not. 11. Bey der honorum venditio eines in Concurs verfallenen Schuldners wird der hasta nie gedacht, so wenig wie das Wort Sectio von einem solchen Privat-Concurs vorkommt. S. STRIBBER de honor. emtione P. I. §. 22. Von einem öffentlichen Verkaufe, welcher von Seiten des Staats vorgenommen ward, dem das subhastirte Vermögen angefallen war, spricht auch nur Festus, wie die Worte, *quae publice venundabant* klar beweisen. Beydes unterscheidet genau GAJUS Instit. Comm. III. §. 154. wenn er sagt: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas.* Jenen ist der Fall, wenn das Vermögen eines Socius confiscirt wird, dieses, wenn er in Concurs verfällt. In solchen Fällen mußte sich freylich die Societät auflösen. § 7. *J. de Societ.* (III. 26.) S. VINNI Comm. ad h. §. et HBINCCIUS ad Eund. Wenn GAJUS in der zu Anfang dieser Note angeführten Stelle noch die Worte beyfügt: *Interdum quidem honorum emtoribus*, welche jedoch ganz lückenhaft sind; so scheint er allerdings Fälle angeführt zu haben, wo die honorum emtio ein dominium civile gab, wie auch Puggé a. a. D.

bey solchen Personen eintreten lassen; welche *claræ* und *illustres personae* waren, z. B. wenn ein Senator, oder dessen Gattin sich in dem Falle befanden, daß ihr Vermögen Schulden halber verkauft werden mußte. Es ward daher, vielleicht unter *Hadrian*, ein *Senatusconsultum* gemacht, vermöge welchen das Vermögen eines solchen insolventen Schuldners, welcher zu den Standespersonen gehörte, nicht im Wege des gewöhnlichen strengen Concursverfahrens durch einen *Magister*, sondern einzeln durch einen *Curator* sollte verkauft werden dürfen. *Meratius Priscus* ⁵⁾ und *Juventius Celsus* ⁶⁾, welche beyde unter *Hadrian* blühten, haben dieses *Senatusconsultum* zuerst gedacht, von dem sich auch wohl aller Wahrscheinlichkeit nach dasselbe herschreibt ⁷⁾. Der *Curator bonorum* kann also wohl nicht, wie *Schweppe* ⁸⁾ behauptet, eben so alt, wie die *Immission* selbst seyn. Um also die *ignominia, quae accedit ex venditione bonorum*, wie *Gaius* ⁹⁾ sagt, von solchen Standespersonen abzuwenden, pflegte der Senat in vorkommenden Fällen zu erlauben, daß

§. 92. mit Recht bemerkt hat. Allein eine prätorische *bonorum venditio* konnte dieses nicht seyn, weil diese nicht *sub hasta* geschähe, also nur eine solche, von welcher *VARRO* spricht. Den Unterschied zwischen *Sectio* und *emptio bonorum* hat übrigens sehr genau auseinandergesetzt *STRIBER* in der angef. Schrift §. 2 — 7. Man vergl. auch *Heffters* Institutionen des röm. und teutsch. Civil-Processes. S. 560. Not. 1.

5) *L. 9. D. h. t.*

6) *L. 5. D. de curatore bonis dand.*

7) *S. STRIBER* angef. Schrift. §. 20, pag. 62.

8) *Röm. Rechtsgeschichte.* §. 595. S. 862.

9) *Comm. II.* §. 154.

das Vermögen des Schuldners, und zwar nicht, wie bey der *venditio honorum*, per universitatem, sondern die Vermögensstücke einzeln durch einen Curator verkauft werden konnten, welcher denn aus ihrem Erlös die Gläubiger befriedigte¹⁰⁾. Da der Verkauf hier im Einzelnen geschah¹¹⁾; so werden nicht, wie bey der *honorum venditio*, die Ausdrücke *bona venire, vendi, proscribi*¹²⁾, sondern *ea distrahi*¹³⁾ oder *alienari*¹⁴⁾ gebraucht. Daher heißt es in unsrer *L. 5. h. t. Curator constituitur distrahendorum bonorum gratia*. Eben deswegen, weil hier keine *proscriptio* und *venditio honorum per universitatem* geschah, ward die Infamie vermieden. Gajus sagt, auf diesen Schimpf hin deutend: *Nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solvatur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside*. Die Kaufgelder wurden von dem Curator Namens der Gläubiger beygetrieben, und pro rata nach dem Vorzug ihrer Forderungen unter

10) G. Heffter Institutionen. §. 563.

11) G. STIEBER de honor. emtione. P. I. §. 20. pag. 62.

12) CICERO pro Quintio. Cap. VI. nr. 25. Cap. XVI. nr. 51. Cap. XXIII. nr. 73. et 75. ad Atticum. Lib. I. Ep. 1. L. 6. §. 1. D. Quib. ex caus. in possess. eat. L. 7. §. 1. D. eodem. Gajus Institut. Comm. II. §. 154. et §. 155. Comm. III. §. 77 — 79.

13) L. 23. §. 2. D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) L. 4. et 5. D. de curator. bonis dand. (XLII. 7.) L. 2. pr. D. eodem. L. 9. D. h. t.

14) L. 7. §. 1. D. h. t. L. 31. §. 4. D. de reb. auct. iud. possid. (XLII. 5.)

ste vertheilt¹⁵⁾. Papius Justus *libro I. de Constitutionibus*¹⁶⁾ führt ein Rescript von den Kaysern Antoninus und Verus an, woraus man sieht, die Wohlthat des Senatusconsultums müsse damals noch ein Vorrecht der Standes, Personen gewesen seyn. Allein späterhin ward der Verkauf durch einen Curator die allgemeinere Form, obwohl den Gläubigern Anfangs noch die

15) S. Schwegle Röm. Rechtsgesch. §. 594. und 595. Von dem Unterschiede zwischen curator und magister haben ausführlich gehandelt Emand. MEILLIUS *Observat. Lib. V. Cap. 37.* und STIEBER *P. I. §. 20. pag. 61. sq.* Man sehe jedoch Zimmern *Gesch. Bd. 3. §. 79. S. 252. Not. 25.*

16) *L. 4. D. de curatore bonis dando.* Imperatores ANTONINUS et VERUS Augusti rescripserunt: bonis per curatorem *ex Senatusconsulto* distractis, nullam actionem *ex ante gesto* fraudatori competere. Der griechische Scholiast in den *Basilic. Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 12. Sch. pag. 180. edit. Fabroti* versteht zwar diese Gesetzstelle ganz richtig von der Veräußerung der Güter eines Senators, worin ihm auch Fabrot Recht giebt; allein unrichtig ist wohl das *ante gesto* durch *ἐκ τετραμέτρον* gegeben. Die Worte: nullam actionem *ex ante gesto* fraudatori competere, deuten vielmehr auf die Folge der Infamie hin, welche mit der *venditio honorum* verbunden war. Der Schuldner wurde als ein *capite deminutus* behandelt, so daß *nulla actio (sc. civilis) ex ante gesto* weder ihm zustand, noch gegen ihn Statt hatte. *L. 40. D. de operis libertorum. (XXXVIII. 1.) L. ult. §. 7. D. Quae in fraud. credit.* S. Christ. Frid. MÜHLENBRUCH *Observation. iuris Rom. Specim. I. Regiom. 1818. 8. Cap. I. pag. 15. sq.* und Zimmern *Gesch. des R. R. 3. Bd. §. 76. u. 77. auch §. 80.* In diese Strafe verfiel der Schuldner, der sich durch Hintergehung der Gläubiger des *beneficii Senatusconsulti* unwürdig gemacht hatte.

Wahl gelassen war, ob sie den Weg der Distraction durch einen Curator, oder den Weg der förmlichen venditio einschlagen wollten. Jedoch scheint dieß wohl nur bey solchen Schuldnern der Fall gewesen zu seyn, welche nicht zu den Standespersonen gehörten ¹⁷⁾. Jenes ward jedoch zuletzt die allein übliche ¹⁸⁾. Das Verfahren durch venditio bonorum kam nämlich sammt den Magister ganz ab, weil die Weitläufigkeit und Schwerfälligkeit dieser Form, welche Theophilus ¹⁹⁾ mit Recht eine *διὰ πολλῶν κύκλων, καὶ πολλῶν περιόδων γενομένη*, d. h. *per multas ambages multosque circuitus facta*, nennt, sich nicht mehr mit der spätern Gerichtsverfassung, oder den *iudiciis extraordinariis* vertrug, wie uns Justinian ²⁰⁾, und so auch sein Paraphrast ²¹⁾ auf eine etwas räthselhafte Art belehren ²²⁾. Der Curator trat also nun

17) G. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 255.

18) G. Heffter's Institutionen. S. 563.

19) *Paraphr. graec. Institut. Lib. III. Tit. 12. pr.* (Tom. I. pag. 609. edit. Reitz.)

20) *Pr. J. de succession. sublat. (III. 12.) Sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usu est: ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere.*

21) *Cit. loc. σημερον δὲ τῶν δικαστηρίων ἐξτραορδιναρίων ὄντων, — εἰκότως αἱ bonorum venditiones εἰσὶν ἐν ἀχρηστίᾳ: d. h. Hodie autem, quum iudicia sint extraordinaria, — consequenter bonorum venditiones non sunt in usu.*

22) G. Jac. CUVACII Commentar. ad tit. Dig. de Verbor. Signif. ad L. 57. et 58. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte §. 590. der 2. Ausg. und Zimmern Gesch. 3. B. §. 80. a. G.

an die Stelle des Magisters, und es wurden alle mit dem Begriff der Universalsuccession nicht im Widerspruch stehende Grundsätze vom magister auf den curator bezogen²³⁾. Wo daher in den Schriften der Röm. Juristen von dem Magister die Rede war, da wurde das Wort curator substituirt²⁴⁾. Deswegen ist aber doch nicht anzunehmen, daß überall, wo es jetzt curator heißt, in den ältern Rechtsquellen magister gestanden habe, wie von mehreren²⁵⁾ behauptet worden ist. Cornel. van Bynkershöf²⁶⁾ hat diesen Irrthum schon zur Genüge widerlegt, wiewohl sich auch nicht mit ihm behaupten läßt, daß schon zur Zeit der Pandectisten überall nur von Curatoren die Rede gewesen wäre. Es scheint vielmehr die *honorum venditio* noch zu Diocletian's Zeiten vorgekommen zu seyn²⁷⁾. Ob durch Interpolation für *magister* das Wort *curator* gesetzt worden ist, erkennt man aus den gebrauchten Ausdrücken, ob nämlich die Ausdrücke *bona vendere*, *bona venire*, oder *bona distrahere* gebraucht worden sind. Ist das Erstere, so stand gewiß in den ächten Quellen der Pandecten das Wort *magi-*

23) L. 9. §. 3. D. de reb. auct. iad. possid. S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 256.

24) G. POTHIER Pandect. Justin. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 7. Nr. III. Not. c. pag. 190.

25) G. CUVACIUS Paratitl. ad Lib. L. Dig. Tit. 8. und WISENBACH Emblem. Tribon. Cap. VI. ad L. ult. D. de curat. bonis dand. pag. 127. sq. (edit. Heinecc. Halae 1736. 8.)

26) Observat. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 14.

27) L. 6. L. 9. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis, seu venundandis. (VII. 72.) S. Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257.

ster. In dem letzten Falle hingegen hat es auch ohne Zweifel schon ursprünglich curator geheißen; wie z. B. in unserer L. 5. auch L. 9. h. t. Hier, wo so genau zwischen bona venire, bona vendere, und bona distrahere unterschieden wird, ist eben so wenig eine Interpolation anzunehmen, als in L. 22. D. de minorib. und L. 9. §. 3. D. de reb. auct. iud. possid.²⁸⁾ Indessen ist denn auch freylich oft durch Interpolation für vendere oder venire bona ein distrahere substituirt worden²⁹⁾.

Das andere Gesetz dieses Titels ist die L. 9. aus NERATII libro I. Membranarum, folgenden Inhalts:

Cuius bonis distrahendis curatores facere Senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent. Sicut enim integra re potestas ipsis est, utrum velint, eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent. Multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit. Nam

28) Man vergl. hier vorzüglich STIEBER P. I. §. 20. pag. 63. sq. und §. 9. pag. 26. auch Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 79. S. 252.

29) Man vergleiche z. B. §. 1. I. de hered. qualit. et different. (ll. 19.) mit GAJUS Comm. II. §. 154. wo dieser sagt: ut si creditoribus satis non fiat, potius heredis, quam ipsius testatoris bona veneant; statt dessen die Institutionen §. 1. cit. haben: potius eius heredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. S. STIEBER P. I. §. 3. pag. 12. und Zimmern Gesch. 3. Bd. §. 80. S. 257. Not. 10.

et tunc ex integro alius curator faciendus est: neque heres prioris curatoris onerandus, cum accedere possit, ut negotio vel propter sexus, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam ³⁰⁾ in priore curatore spectata erat, habilis non sit, possint etiam plures heredes ei existere, neque aut per omnes id negotium administrari expediat, aut quicumque dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.

Auch dieses Fragment von Neratius bezieht sich auf jenes Senatusconsultum, wovon die vorige L. 5. sprach, welches eigentlich nur eine Wohlthat für Standespersonen war. Den Gläubigern war daher nicht erlaubt, bona sc. cum Senator, vel eius ordinis debitor esset, vendere, zu deren Distraction der Senat auf Verlangen der Gläubiger einmal einen Curator gegeben hatte. Denn der Weg der Distraction war ein beneficium debitorum Senatorii ordinis, wie es in diesem Gesetz ausdrücklich genennet wird. Nur in andern Fällen scheint der Senat den Creditoren die Wahl gelassen zu haben, ob sie die bona ihres Schuldners durch einen Magister wollten im Ganzen verkaufen, (vendere), oder einen Curator honorum distrahendorum causa bestellen lassen. Diese Wahl wird nun in diesem Gesetz anerkannt, und zugleich vom Neratius bemerkt, daß eine solche Wahl unabänderlich sey, zumal wenn sich der Curator

30) Statt *quam*, wie die Florentine liest, substituirt Beck mit Haloander *quaa*. Allein die florentinische Lesart, welche einen vollkommenen richtigen Sinn hat, bestärken die *Scholias Basilicor.* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. X. p. 171. Sch. u. Die Stelle selbst wird noch vor kommen.

einmal dem Geschäft der *distractio honorum* unterzogen hatte, weil hierbey auch der Schuldner gewann, denn eine solche *Distractio*, d. i. ein Verkauf im Einzelnen, hatte die Folge, daß ein etwaiger Ueberschuß dem Schuldner zurückgegeben werden mußte³¹⁾. Aber wie nun, wenn der Curator starb, ehe er die *Distractio* vollendet hatte? wer sollte nun das Geschäft vollenden? Etwa desselben Erbe? Der könnte ja aber entweder wegen Geschlechts, Eigenschaft, oder wegen Alters, Schwäche zu diesem Geschäft ganz untüchtig seyn. Er könnte auch eine höhere oder geringere Würde bekleiden, als bey dem verstorbenen Curator war berücksichtigt worden. Und wie wenn der Erben mehrere seyn sollten? Das Geschäft durch alle vollenden zu lassen, wäre weder rathsam noch zweckmäßig; Einen aber allein damit zu belästigen? mit welchem Grunde hätte man dieses rechtfertigen können? Neratius giebt daher den Gläubigern den Rath, sie sollen einen neuen Curator bestellen. Eine Cautel, deren Neratius in seinen *libris Membranarum* mehrere gegeben hat³²⁾. Der griechische Scholiast versteht jedoch dieses Fragment so, als ob auch in dem Falle, da der Schuldner ein Senator ist, der Senat den Creditoren die Wahl zwischen *vendere* und *distrahere* gelassen habe. Er sagt nämlich:

"Όταν συγκλητικός κατάχρεως είναι, ἐκέλευσεν ἡ σύγκλητος, ὡς καὶ πρὸ μικροῦ εἴρηται, κουράτωρα δίδοσθαι ἐπὶ τῇ διαπράσει τῆς οὐσίας αὐτοῦ,

31) S. Schwegge Röm. Rechtsgesch. S. 590. S. 858. und Jimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 5. Bd. S. 80.

32) S. Jo. Conr. SICKEL Exercitat. de Neratio Prisco, praes. Crist. Gottl. RICHTERO def. Lipsiae 1788. Cap. IV. besonders pag. 50 — 52.

ἐξ αἰτήσεως τῶν δανειστῶν αὐτοῦ. Ἐὰν δὲ ἀπαξ προβληθῇ ὁ κουράτωρ, οὐκέτι ἔξεστι τοῖς δανεισταῖς δι' ἑαυτῶν πωλεῖν τὴν τοῦ συγκλητικῆς οὐσίαν ὡσπερ γὰρ ἐν ἀρχῇ τοῦ πράγματος ἐξουσίαν εἶχον ἀπαιτῆσαι δοθῆναι τὸν κουράτωρα, ἢ μὴ ἀπαιτῆσαι τὸν κουράτωρα, ἀλλ' αὐτοὶ γενέσθαι ἐπὶ νημῆ τῆς οὐσίας, καὶ δι' ἑαυτῶν πωλῆσαι αὐτὴν, ἢ ἄλλως πῶς τὰ περὶ αὐτὴν διοικῆσαι· οὕτως ἐπιλεξάμενοι τὸ ἔν, ὀφείλουσιν ἀπέχεσθαι τοῦ ἑτέρου· πολλῶ δὲ μᾶλλον εἰ καὶ γέγονε κουράτωρ, καὶ ἤρξατο πωλεῖν τὰ τοῦ συγκλητικῆς πράγματα. Εἰ καὶ ἐτελεύτησε μὴ πληρώσας τὴν πράσιν πάσης τῆς οὐσίας τοῦ συγκλητικῆς, ἀλλ' ἀνώθεν ἕτερον κουράτωρα αἰτεῖν οὐδὲ γὰρ δεῖ τὸν κληρονόμον τοῦ πρώτου κουράτωρος βαρύνεσθαι τῇ κουρατωρείᾳ· ἔστι γὰρ ἢ διὰ φύσιν συνούσαν ὁ κληρονόμος, ἢ διὰ τὴν τῆς ἡλικίας ἀσθενειαν, ἢ διὰ τὸ εἶναι πολλῶ μείζονα ἀξίαν ὑπὲρ τὸν κουράτωρα, ἢ πολλῶ καταδεέστερον αὐτὸν εἶναι (τὸν προκουράτωρα) ἀνεπιτήδειος πρὸς τὴν κουρατωρείαν· εἰκὸς δὲ καὶ πολλοὺς γενέσθαι κληρονόμου τοῦ κουράτωρος· καὶ οὐ συμφέρει διὰ πάντων πωλεῖσθαι τὰ τοῦ συγκλητικῆς πράγματα· οὐ γὰρ δυνατόμεθα λέγειν ἓνα τῶν κληρονόμων βαρύνεσθαι μόνον, τοὺς δὲ λοιποὺς ἀπαλλάττεσθαι· καλῶς οὖν εἴρηται τὸ ἄλλον ἀνώθεν αἰτεῖσθαι κουράτωρα.

Cum Senator debitor est, Senatus iubet, ut paulo ante dictum est, distrahendis bonis eius curatorem dari ex postulatione creditorum eius. Quodsi semel constitutus sit curator, iam non licet creditoribus Senatoris bona per se vendere: nam sicut in initio rei in eorum arbitrio est, utrum velint curatorem dari, an non velint curatorem,

sed se in possessionem bonorum mitti, eaque per se distrahi, vel quovis alio modo administrari, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent: et multo magis, si iam factus curator, coepit vendere Senatoris bona. Sed si decesserit, non perfecta venditione omnium bonorum Senatoris, rursus alius curator petendus est, nec enim curatione onerari oportet heredem prioris curatoris. Potest enim heres vel propter sexum muliebrem, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam fuerit in priore curatore, non esse idoneus ad curationem. Forte et plures ei heredes existunt, et per omnes vendi bona Senatoris non expedit, nec potest dici, unum eorum tantum potius onerandum esse, quam ceteros. Itaque rectius est, alium curatorem peti.

In diesem Titel ist nur eigentlich von der cura plena die Rede, jedoch mit Ausschluß der Curatel der Minderjährigen, von der schon oben gehandelt worden ist. Für die cura sind nun folgende allgemeine Sätze vorauszuschicken.

1) Die Art der Bestellung derselben weicht von der Tutel darin ab, daß sie nicht, wie diese, unmittelbar durch Testament, d. h. auf eine solche Art bestellt werden kann, daß der Berufene ipso iure Curator würde. Hat der Vater dennoch einem nicht unmündigen Kinde z. B. wegen Wahnsinns, oder wegen Hangs zur Verschwendung einen Curator im Testamente gesetzt, so ist die Bestellung anders nicht gültig, als wenn der Curator von der Obrigkeit bestätigt worden ist³³⁾. Die Confirmation

33) §. 1. in fin. J. de Curator. L. 1. §. 5. D. de confirm.

geschieht aber, wie bey einem ungültig vom Vater bestellten Tutor, *citra inquisitionem*³⁴⁾. Die Obrigkeit ist verbunden, den Willen des Vaters zu befolgen, auch wenn er einen Sohn, der über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, als einen Wahnsinnigen oder Verschwender unter die Curatel gesetzt hat. Auch in diesen Fällen ist die Obrigkeit von den Gesetzen angewiesen, den im Testament verordneten Curator ohne Weiteres zu bestätigen. Man möchte zwar glauben, es komme in solchen Fällen doch immer noch erst darauf an, ob denn der Sohn auch wirklich wahnsinnig, oder Verschwender, und ihn also als einen solchen unter Curatel zu setzen nöthig sey. Allein die Gesetze erfordern deswegen keine weitere Untersuchung. Hat der Vater den Sohn einmal für einen Wahnsinnigen, oder für einen Verschwender im Testament erklärt, und es nicht etwa für rathsamer gehalten, demselben wegen Blödsinns oder wegen seiner Neigung zur Verschwendung *bona mente* zu enterben, die Kinder, die er etwa hat, statt seiner zu bedenken, und ihm bloß den hinreichenden Lebensunterhalt auszusetzen³⁵⁾;

tut. vel curat. L. 7. in fin. Cod. de testam tut. §. den 29. Th. des Commentars §. 1321. S. 468—470. Man vergleiche aber noch besonders *Jac. COJACIUS Observation. Lib. VII. Cap. 6. Ant. FABER Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XXIII. Princ. II. pag 1083—1085. und Hug. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 4—6. pag. 233. sq. (Vol. II. edit. noviss. Koenig. Bucher. Norimb. 1805. 8.)*

34) *L. 6. D. de confirm. tut. vel curat. L. 7. §. 5. Cod. de curat. furiosi vel prodigi. §. Ant. FABER Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. IV. Illat. 21. pag. 778.*

35) *§. den 7. Th. des Commentars §. 551. S. 255.*

(wodurch jedoch der Vater, wie wir nachher sehen werden, nicht immer seinen Zweck erreichen wird) so muß ihn auch die Obrigkeit als einen solchen behandeln, und den im Testament bestellten Curator, dem Willen des Vaters gemäß, bestätigen. Ueber alles dieses hat uns Trypho- ninus in einer aus desselben *Lib. XIII. Disputatio- num* ³⁶⁾ genommenen Stelle ausführlich belehrt. Er sagt daselbst:

Si furioso puberi, quamquam maiori annis vi-
ginti quinque, curatorem pater testamento dederit:
eum Praetor dare debet, secutus patris voluntatem;
manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut
rescripto *Divi MARCI* continetur. §. 1. His conse-
quens est, ut, et si prodigo curatorem dederit pa-
ter, voluntatem eius sequi debeat Praetor, eumque
dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si
futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento
cavisset, Praetor ei bonis interdicturus esset? et
maxime si filios habeat iste prodigus? §. 2. Potuit
tamen pater et alias providere nepotibus suis, si
eos iussisset heredes esse, et exheredasset filium,
eique, quod sufficeret alimentorum nomine, ab eis
certum legasset, addita causa necessitateque iudicii
sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quo-
niam emancipato iam filio nati fuissent, sub con-
ditione eos heredes instituere, ut emanciparentur
a patre prodigo. §. 3. Sed quid, si nec ad hoc con-
sensurus esset prodigus? *Sed per omnia iudicium
testatoris sequendum est, ne, quem pater vero con-
silio prodigum credidit, eum magistratus propter
aliquod forte suum vitium idoneum putaverit.*

36) L. 16. D. h. t.

§. 1390. b.

Erklärung der L. 16. D. h. t. Besonders gegen Anton Faber.

Anton Faber ³⁷⁾, welcher diese Gesetzstelle einer strengen Critik unterworfen hat, hält die ganze Frage, nebst ihrer Entscheidung für ein Werk des Tribonianus, woran Tryphoninus keinen Theil habe. Alles, die ungebildete Schreibart, und die darin vorkommenden vermeintlichen Ungereimtheiten verräthen den Geist des Tribonianus deutlich genug. Da jedoch Anton Faber, so wie alle übrige Rechtsgelehrten, welche ich verglichen habe, dieses Gesetz unrichtig verstanden haben; so wird es nicht unzweckmäßig seyn, dasselbe etwas genauer zu erklären ³⁸⁾. Tryphonin spricht hier zunächst von einem *filius furiosus*, der schon über die Jahre der Minderjährigkeit hinaus ist, und dem der Vater in seinem Testament einen Curator gesetzt hat. Er sagt, der Prätor müsse hier den Willen des Vaters befolgen, und den von ihm bestellten Curator bestätigen. Denn wenn gleich das Gesetz der 12 Tafeln befiehlt, daß *furiosi* in der *curatio* der *Agnaten* seyn sollen, und diesem Gesetz der Wille des Vaters entgegenstreitet, weil das Gesetz dem Vater nicht eben so den Kindern, die nicht mehr unmündig sind, einen Curator zu bestellen erlaubt, als er seinen unmündigen Kindern

37) *Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 13. pag. 771 — 775.*

38) In einer neuern Abhandlung über die *cura prodigi*, so wie sie Gesterding in der Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. Greifswald 1826. 8. liefern wollte, hätte man billig eine Erklärung dieses schwierigen Gesetzes erwartet. Es ist darin S. 49. bloß wörtlich abgedruckt.

einen Tutor im Testament bestellen kann; so schien doch auch hier die Absicht der Gesetze erreicht zu seyn. Denn ohne Zweifel haben die Gesetze aus keinem andern Grunde den nächsten Agnaten die Curatel übertragen, als weil sie geglaubt haben, bey ihnen sey für die Person und das Vermögen des Furiosus am besten gesorgt. Könnte nun also der Prätor wohl sicherer gehen, als wenn er den vom Vater bestellten Curator bestätigt, da dem Vater das Wohl des Kindes gewiß mehr am Herzen liegt, als den Agnaten? Daher heißt es in dem von Tryphonin angeführten Rescript des Kaisers Marcus: *manet ea datio curatoris apud Praetorem*, d. h. a Praetore tuenda est, licet a lege haud adprobetur. Da der Verschwender in Rücksicht auf Vermögensverwaltung dem Wahnsinnigen pflegt gleichgesetzt zu werden; so war es ganz consequent, wenn Tryphonin das Rescript des Divus Marcus auch auf den Fall anwandte, da der Vater seinem verschwenderischen Sohne einen Curator gesetzt hat. Er sagt mit Recht, daß auch hier der Prätor den Willen des Vaters befolgen, und den Curator bestätigen müsse. Denn man muß annehmen, der Vater sey in dem einem, wie in dem andern Falle, für das Wohl seines Sohnes besorgt gewesen. Soweit läßt nun Anton Faber den Tryphonin passiren. Allein von den Worten: *Sed. utrum omnimodo an*, findet er nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen. Denn wozu Erstens die hier aufgeworfene Frage? Man muß es dem Vater schon zutrauen, daß er dem Sohne aus keinem andern Grunde einen Curator werde gesetzt haben, als aus welchem ihn auch der Prätor unter die Curatel zu setzen sich würde bewogen gefunden haben, wenn der Vater deshalb auch keine Verfügung getroffen hätte. Allein wie

könnte man eine Frage unnütz nennen, die ihr Absehen darauf hatte, ob die Bestätigung des Curators cum oder sine inquisitione geschehen müsse? Eben deswegen, weil die Obrigkeit es dem Vater glauben muß, daß er seinen Sohn anders nicht, als *vero consilio*, wie es am Ende unserer Befehlsstelle heißt, d. i. aus einem mit Ueberzeugung gefaßten Entschluß und nach reiflicher Ueberlegung für einen Verschwender werde gehalten haben, soll sie den Curator ohne weitere Untersuchung bestätigen. Weil also hier die Bestätigung des Curators *citra inquisitionem* erfolgt, so steht ein solcher Curator einem bestätigten Tutor gleich, den der Vater zwar nicht auf eine gültige Art bestellt hat, den aber doch die Obrigkeit in Folge väterlicher Willensverordnung bestätigen muß, und so wie dieser, der Bestätigung ungeachtet, *tutor testamentarius* genannt wird, so kann auch der vom Vater bestellte Curator ein *testamentarius* genannt werden, wie ihn auch Modestinus *libro VI. Regularum* ³⁹⁾ wirklich so nennt. Aber was soll denn nun der Zusatz heißen: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* Was liegt denn daran, ob der verschwenderische Sohn Kinder hat, oder nicht? deswegen muß er ja doch den Curator annehmen. Auch hierin findet Anton Faber eine Ungereimtheit. Allein ist denn nicht der Grund zur *cura prodigi*, besonders wenn sie der Vater im Testament anordnet, stärker, wenn der zur Verschwendung geneigte Sohn Kinder hat, welchen er sein Vermögen durch Vergeudung entzieht, und sie der Gefahr aussetzt,

39) L. 7. D. Rem pupilli vel adolesc. salvam fore. (XLVI. 6.) S. Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XXIII. Princ. 2. pag. 1084. in fin. und DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 5.

zu darben, als wenn Er durch Verarmung bloß dem Staate zur Last fällt, welcher freylich selbst dabey interessiert ist, daß Niemand von seinem Vermögen zum Nachtheil desselben Mißbrauch mache⁴⁰⁾? Oder betrachtet man auch nur die Verschwendung und Schwelgeren mit den Alten auf Seiten des Unrechts gegen diejenigen, denen das Vermögen dadurch entzogen wird, oder sonst ein Nachtheil daraus erwächst, welches sich darin ausdrückt, wenn man sein Vermögen auf eine unvernünftige Art durchbringt, und es der Familie entzieht, oder sich durch Verarmung unfähig oder unwürdig macht, dem Staate, dem man angehört, ferner zu dienen, worin schon das Alterthum etwas Unsittliches, Liebloses und Verwerfliches fand⁴¹⁾; so verräth gewiß die Lebensart des Verschwenders eine größere Ungerechtigkeit und Lieblosigkeit, wenn derselbe Kinder hat, als wenn keine Kinder vorhanden sind. Der Zusatz: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* erscheint also gewiß nicht als überflüssig. Zwar könnte freylich der Großvater, wie auch Tryphoninus hier bemerkt, für seine Enkel auch noch auf eine andere Art sorgen, als gerade auf die, daß er ihren Vater unter die Curatel setzen läßt. Er dürfte nur die Enkel zu Erben einsetzen, und den Sohn gegen Aussetzung eines hinlänglichen Lebensun-

40) §. 2. *J. de his, qui sui vel alieni iur. sunt.* (l. 8.) l. 12. §. 2. *D. de tutor. et curat. dat.* S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Bd. Erört. XLVIII. §. 4. S. 272 f. und die Tübing. kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. 4. Bd. S. 412 f.

41) S. Cicero *de Officiis* Lib. I. Cap. 15. nr. 14, und Gesterding *Cura prodigi*, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Th. Nr. II. §. 3. S. 64. ff.

terhalts bona mente enterben. Hier müßte denn aber der Vater freylich die Ursache seines Entschlusses beyfügen, dann könnte sich der Sohn nicht über Unrecht beschweren. Allein dann müßte man auch annehmen, der Sohn sey emancipirt, die Enkel von demselben aber in der väterlichen Gewalt des Großvaters geblieben. Denn wären beyde Sohn und Enkel noch in der väterlichen Gewalt; so würde der Vater durch die Enterbung des Sohns seinen Zweck nicht erreichen. Nach dem Ausspruche *Ulpian's libro VI. ad Sabinum* ⁴²⁾ würde der enterbte Sohn doch die väterliche Erbschaft bekommen, der Enkel selbst würde ohne Addition seinen Vater zum Erben machen. Wie aber, wenn die Enkel selbst auch nicht einmahl in seiner väterlichen Gewalt wären, weil sie erst nach der Emancipation des Sohns geboren worden sind? Hier sagt *Tryphonin*, der Großvater solle sie unter der Bedingung zum Erben einsetzen, daß sie von ihrem verschwenderischen Vater emancipirt werden. Allein wie kann es denn aber der Vater dem Sohne zur Bedingung machen, daß er seine Kinder emancipire, da er ihn enterbt hat? Kann man sich denn

42) *L. 6. §. 5. D. de acquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.)* Interdum filii familias et sine aditione acquirunt hereditatem his, in quorum sunt potestate: ut puta si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. *S. Jos. FINESTRAS et de MONSALVO Praelection. Cervar. s. Commentar. ad tit. Pand. de liberis et postum. P. IV. Cap. IV. §. 7. pag. 138. EJUSD. Diatr. de postumis hered. instit. vel exher. Cap. V. §. 25. pag. 220. Besonders EJUSD. Commentar. de acquir. vel omitt. heredit. P. II. Cap. 5. §. 46. et 47. pag. 332. et 333. und Ernst. Christ. Westphals 19st. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente §. 71.*

wohl etwas Abgeschmackteres denken, sagt Anton Faber? Es ist wahr, der Vater kann, wenn er will, die Kinder emancipiren. Die Emancipation ist gültig, weil hier der Vater den Sohn nicht für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat. Aber wie, wenn der Vater die Bedingung nicht erfüllen will, wie kann er denn dazu gezwungen werden, wenn ihm unter dieser Bedingung nicht Etwas hinterlassen worden ist? welche Ungereimtheit? Allein sagt es denn nicht auch Tryphoninus selbst? *Sed quid*, so heißt es ja §. 3. *si nec ad hoc consensurus esset prodigus?* Wollte er denn aber damit sagen, der Vater könnte im Ernst zur Emancipation genöthiget werden? Für Tryphonin hatte wohl der gelehrte Anton Faber zu viel Achtung, um ihn einer solchen Ungereimtheit zu beschuldigen. Nein, es soll ja Tribonian hier sprechen! Allein Tribonian verdient gewiß diese Beschuldigung so wenig, als Tryphoninus. Es wird ja die aufgeworfene Frage nicht beantwortet. Warum nicht? weil sich jeder Rechtsverständiger die Frage selbst beantworten kann. Niemand kann den Vater zwingen, seine Kinder zu emancipiren. *Potestas enim patria inestimabilis res est*, sagt Marcianus *libro VIII. Institutionum* ⁴³⁾, auch selbst dann nicht einmal, wenn ihm unter der Bedingung der Emancipation ein Legat wäre hinterlassen worden, wöfern er es nicht agnoscirt, wie Ulpian *libro V. Fideicommissorum* ⁴⁴⁾ sich noch bestimmter ausspricht. Tryphonin überläßt es uns also, aus dieser Digression die Folge zu ziehen, daß der Vater durch das Mittel einer *exhereditio bona mente* bey

43) L. 114. §. 8. D. de legat. XXX.

44) L. 92. D. de condit. et demonstrat. (XXXV. 1.)

einem verschwenderischen Sohne nicht immer seinen Zweck erreichen werde, besonders wenn derselbe Kinder hat. Die ganze Digression sollte demnach gleichsam als ein zu beseitigender Zweifelsgrund dienen, um recht begreiflich zu machen, daß der Großvater in diesem Falle die Enkel anders nicht vollkommen sichern könne, als wenn er den verschwenderischen Vater derselben unter die Curatel setzt. Der griechische Scholiast ⁴⁵⁾ deutet selbst darauf hin, wenn er sagt: Ταῦτα δὲ πάντα ὡς ἐν ζητήσῃ εἰπὼν. *Et haec omnia quasi quaerendo dixit.* Und nun wird man sich vollends überzeugt haben, daß die Worte: *et maxime si filios habeat iste prodigus?* keine unnütze Frage enthalten ⁴⁶⁾.

§. 1390. c.

Fortsetzung.

Nach dieser Digression, welche also eigentlich bloß zum Beweise dienen sollte, daß wenn der verschwenderische Sohn Kinder hat, durch eine *exhereditatio bona mente facta* für die Enkel nicht hinlänglich gesorgt seyn würde, kommt nun Tryphoninus zur Entscheidung der oben aufgeworfenen Frage selbst zurück, nämlich ob die Obrigkeit schlechterdings verpflichtet sey, den Curator des vom Vater für einen Verschwender erklärten Sohns zu bestätigen, oder nur dann, wenn ihn der Prätor, wofern auch der Vater wegen der Curatel nichts verfügt hätte, selbst für einen Verschwender erklärt haben würde, also *praevia inquisitione*? Die Beantwortung der Frage ist in den

45) Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Sch. d. pag. 172.

46) S. FORNIA Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. i. pag. 166

letzten Worten unserer Gesetzstelle enthalten, welche noch
malß hier vor Augen gestellt werden müssen, weil die
Lesart streitig ist. Sie lauten in der florentinischen Aus-
gabe folgendermassen.

Sed per omnia iudicium testatoris sequendum
est: ne, quem pater vero consilio prodigum cre-
didit, eum Magistratus, propter aliquid forte suum
vitium, idoneum putaverit.

Daß hier das *Sed* in einigen Ausgaben ⁴⁷⁾ fehlt,
und vielleicht dafür besser *et* gelesen werden könne, wie
Johann Wilhelm Hoffmann ⁴⁸⁾ meint, ist gerade
das Unbedeutendste in dieser Stelle. Ich sehe wenigstens
nicht ein, warum nicht das *sed* folgt, wie das *et* stehen
könnte. Aber die größte Schwierigkeit machen die letztern
Worte: *propter aliquid forte suum vitium*. Darin
sind wohl alle einverstanden, daß statt *aliquid* richtiger
aliquod gelesen werden müsse. Brenkman bemerkt auch
in der Gebauerischen Ausgabe, daß Haloander, und
alle übrige *propter aliquod* lesen. Allein worauf geht
nun das *suum vitium*? Nicolaus Catharinus ⁴⁹⁾
bezieht die Worte auf den Sohn, erlaubt sich aber fol-
gende Versehung. *Neque vero quem pater consulto
prodigum credidit, propter aliquod forte suum vi-
tium, eum Magistratus idoneum putaverit. Allein
das vim fieri veto* hat dagegen schon Johann Can-
negieter ⁵⁰⁾ mit Recht ausgesprochen. Ob aber Er die

47) J. B. bey Haloander und Bandoza.

48) Observation. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXIV.
§. 5. in fin.

49) Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 56. (in *Theo-
Meerman*. Tom. VI. pag. 788.)

50) Ad Collation. Legum Mosaicar. et Romanar. Tit. IV.

Sache besser getroffen hat, ist sehr zu bezweifeln. Er selbst will auch die Lesart für fehlerhaft halten, und vertauscht das *forte* mit *fortunae*. Er liest nun *propter aliquod fortunae suum*, (oder welches eben soviel seyn soll, *suae, hoc est, filii eius*) *vitium*. Er bezieht also, wie Catharinus, das *suum vitium* auch auf den Sohn. Daß aber das *forte* eine ganz richtige Lesart sey, und das *suum vitium* nicht auf den Sohn, sondern auf den Magistrat gehe, sagt uns der bey dieser Stelle noch von Niesmanden benutzte Scholiast der Basiliken⁵¹⁾. Seine Worte sind:

“Οτι χρὴ κατὰ πάντα ἀκολουθεῖν τὸν πραιτωρα τῇ κρίσει τοῦ πατρὸς, καὶ ὃν ὁ πατὴρ τὰ ἀληθῆ βουλευσάμενον ἄσωτον ἀπεκάλεσεν, οὐ δύναται ὁ ἀρχῶν ἴσως δι’ οἰκεῖον ἐλάττωμα, ἀξιόπιστον νομίζειν πρὸς διοίκησιν.

Per omnia Praetorem sequi debere iudicium patris, et quem pater vero consilio prodigum appellavit, Magistratum non posse PROPTER ALIQUOD FORTE SUUM VITIUM, idoneum existimare ad administrationem.

Hier ist das Wort *ἴσως* gebraucht, welches nichts anders als *forte* heißt⁵²⁾. Durch den Scholiasten erhält nun auch zugleich Hermann Canegieter⁵³⁾ seine Zurechtweisung. Dieser will nämlich *nec* für *ne* lesen, eine Ver-

§. 9. not. c. pag. 207. (Adject. DOMIT. ULPIANI fragmentis libri singular. Regular. Lugd. Batavor. 1774. 4.)

51) Loc. not. 45. cit.

52) S. Passow Handwörterbuch der griech. Sprache h. v.

53) Observation. iuris Rom. Lib. II. Cap. 7. pag. 167.

wechselung, die, wie er sagt, in den alten Handschriften nicht ungewöhnlich sey, und das Wort *vitium*, will er, *levi litterarum mutatione facta*, wie er sich ausdrückt, in *iudicium* verwandeln. *Aliquod forte iudicium suum* heiße nun soviel, als: *cum aliud quid magistratus iudicaverit*. Denn *aliquod* für *aliud quid* komme häufig in den Gutachten der Röm. Rechtsgelehrten vor⁵⁴⁾, und sey auch den besten lateinischen Classikern⁵⁵⁾ nicht fremd. Auf diese Art werde sehr treffend das *iudicium magistratus* dem *iudicio patris testatoris* gegenübergestellt. Diese Lesart sollen nun aber auch noch die *Basiliken*⁵⁶⁾ bestärken. Da heiße es:

Ὁ δὲ δύναται δὲ κρίνειν ἰκανὸν πραιτωρ, ὃν πατὴρ ἄσωτον εἶπεν.

Non potest autem idoneum iudicare Praetor, quem prodigum dixit pater.

Allein diese Stelle beweist für jene Lesart gar nichts. Denn der Grund, den Tryphoninus anführt, ist ja

54) CANNegieter beruft sich auf *Pet. FABER* Comm. ad Tit. Pand. de Regul. iuris pag. 13. und *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. Tit. *Quod metus causa*. Ich habe bey keinem von Beyden etwas über die angegebene Bedeutung von *aliquod* gefunden. Wohl aber bey *Guil. PAUW* in *Observation. iuris civ. Rom. lib. sing. (Hagae Comit. 1743. 3) Cap. XV. pag. 94. sq.* und *Jo. Guil. MARCKART* Interpretation. receptar. iuris civ. Lektion. Lib. II. Cap. 13. pag. 253. (*Trajecti ad Rhen. 1747. 8.*) Es kommt aber auf diese Bedeutung hier gar nichts an.

55) ERNESTI ad Taciti *Annal. Lib. I. Cap. 4. pag. 12. et 13.* soll sie anführen. Es gehört aber hierher nur *Not. 5. pag. 12.*

56) *Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 16. Tom. V. FABROTI pag. 164.*

hier gar nicht ausgedrückt, sondern es wird nur gesagt, der Prätor könne den Sohn nicht für tüchtig erklären. Das *κρίνειν ικανόν* ist also nicht mehr und nicht weniger, als was Tryphoninus durch *idoneum putare* ausdrückt. Die Lesart *vitium* ist demnach wohl unstreitig die richtige, wie auch schon Johann Wilhelm Hoffmann⁵⁷⁾ bemerkt hat, welcher ebenfalls in der angeführten Stelle der Basiliken keinen Grund zu einer solchen Emendation des Textes finden konnte. Daher ändert auch Heinr. Joh. Arntzenius⁵⁸⁾ nichts, sondern erklärt bloß die Worte *vero consilio* für *iusto, aequo consilio*, weil der Vater dadurch, daß er den Sohn unter die Curatel setzte, auch für das Wohl seiner Enkel gesorgt hat. Anton Faber⁵⁹⁾ findet nun aber gerade in der richtigern Lesart einen Hauptgrund, die ganze Stelle dem Tribonian zuzueignen. Denn die Schreibart sey viel zu ungebildet, und die Entscheidung nebst dem angeführten Grunde viel zu abgeschmackt und lächerlich, als daß man sie einem so geistvollen Röm. Juristen zuschreiben könnte. Der Prätor soll nämlich den Curator schlechterdings bestätigen, den der Vater seinem vermeintlich verschwenderischen Sohne gesetzt hat; also auch wenn der Sohn in der That kein Verschwender wäre. Denn das sey ja der Sinn der Worte: *omnimodo, per omnia iudicium testatoris sequendum est*. Kann man sich, sagt Faber, etwas Thörichteres gedenken? Zwar sey allerdings zu vermuthen, daß der Sohn ein Verschwender seyn müsse; den der Vater in seinem Testamente dafür erklärt, und unter die Curatel gesetzt hat;

57) Loc. cit. S. Not. 48.

58) Observation. syllog. Cap. 4. (in *Actis Societat. Trajectin.* Tom. I. pag. 141.)

59) Jurispr. Papin. Scient. c. I. pag. 774.

allein ein solches Gewicht könne doch unmöglich auf diese Vermuthung gelegt werden, daß nicht die Wahrheit das Uebergewicht behalte. Selbst dem Staate könne es nicht gleichgültig seyn, wenn einem freyen Bürger wider seinen Willen die eigene Verwaltung seines Vermögens entzogen werde, welcher erweislich kein prodigus ist. Noch unbilliger aber erscheine diese Entscheidung von der Seite, daß dadurch dem für einen prodigus erklärten Sohne auch zugleich das Recht ein Testament zu machen genommen werde. Warum glaube man denn dem Vater nicht auf sein Wort, wenn er ein Kind aus einer gesetzmäßigen Ursache enterbt, sofern sich das Kind dagegen beschwert? warum erwartet man hier den Beweis der Wahrheit von dem Erben? Kann nicht dort eben so, wie hier, der Sohn vielleicht beym Vater angeschwärzt worden seyn? Aber noch lächerlicher sey der beygefügte Grund: *ne quem pater vero consilio prodigum credidit, eum Magistratus propter aliquod forte vitium suum idoneum putaverit.* Hat das Gesetz eine so gute Meinung vom Vater, daß nicht leicht zu glauben sey, er werde seinen Sohn für einen Verschwender erklären, der kein Verschwender ist; warum denke das Gesetz dagegen so übel von dem Prätor, der lebendigen Stimme der Gesetze, daß wenn er nach sorgfältiger Untersuchung sich überzeugt hat, der Sohn sey kein Verschwender, und ihn für tüchtig zur eignen Verwaltung seines Vermögens erklärt hat, sein Urtheil einem vitio, das heißt, wie es Faber erklärt, einer Bestechung, oder Partheylichkeit zugeschrieben werden soll? Spricht nicht die Obrigkeit im Namen und an der Stelle des Regenten Recht? Und der Richter soll nicht einmal zur Rettung seiner Ehre mit einem Gegenbeweise gehört werden? Welch eine unerhörte Härte!

Allein wer erkennt nicht gleich auf den ersten Blick die schiefe Ansicht des großen Fabers? Das Gesetz sagt ja: *quem pater VERO CONSILIO prodigum credidit.* Es setzt also voraus, der Entschluß und die Verfügung des Vaters gründe sich auf Wahrheit, weil der Vater seinen Sohn besser kennen muß, als der Magistrat. Wenn ferner das Gesetz vom Magistrate sagt: *propter aliquod forte suum vitium*, so wird dadurch deutlich genug zu erkennen gegeben, daß das Gegentheil nicht bewiesen werden kann. Denn der Gegenbeweis ist ja kein vitium. Beruht nun die Verfügung des Vaters auf Wahrheit, die durch einen etwaigen Gegenbeweis nicht wankend gemacht werden kann; so könnte freylich der Richter, der den Curator zu bestätigen hat, vielleicht wegen irgend eines eigenen vitium, (Tryphoninus hat sich darüber nicht näher erklärt, man denke sich also darunter, was man will, entweder einen eigenen Fehler des Richters, vielleicht eine schwache Seite, Begünstigung, oder vielleicht gar eigene verschwenderische Haushaltung, denn der griechische Scholiast braucht den Ausdruck οἰκεῖον ἐλάττωμα, domesticum vitium *) oder vielleicht einen ihm selbst aus der Prodigalitätserklärung entstehenden Nachtheil,) den Sohn für einen zur eigenen Verwaltung seines Vermögens tüchtigen Menschen erklären. Denn das griechische Wort ἐλάττωμα, welches der Scholiast gebraucht hat, bedeutet eigentlich nach dem griechischen Lexikon soviel als Verkleinerung, Verringerung, Verlust ⁶⁰), von ἐλαττώω *deminuo, facio aliquem inferiorem.* Man könnte

*) S. J. B. VALER. MAXIMUS Lib. III. cap. 5. §. 1. u. HEINCCII Opusc. minor. pag 57.

60) S. Schneiders Handwörterbuch der griech. Sprache, bearbeitet von Passow 1. Bd. h. v.

also die Worte: *propter aliquod forte suum vitium* vielleicht auch so erklären, der Prätor möchte etwa den Sohn, wegen irgend eines vielleicht für ihn selbst daraus entstehenden Verlusts, oder Verkleinerung, oder Tadel, (denn auch das Wort *vitium* hat diese Bedeutung bey den Classikern ⁶¹⁾ die Bestätigung versagen, und den Sohn, um seiner eigenen Ehre willen, für idoneus halten. Allein das Wort *ελάττωμα* kommt bey den Griechen auch selbst in der Bedeutung von *vitium* vor ⁶²⁾, und bezeichnet nicht nur einen physischen, sondern auch einen moralischen oder juristischen Fehler, wie z. B. die mala fides eines Besitzers, als Hinderniß der Usucapion. Man erkläre nun aber die Worte, wie man will, genug der Satz steht fest, die Obrigkeit muß den testamentarischen Curator des Vaters bestätigen, wenn der Sohn *vero patris consilio*

61) S. SCHELLEB Lexic. voc. *Vitium*, und ERNESTI in Clavi Ciceron. voc. *Vitium* sagt: *VITIMUM dicitur, quicquid in aliquo reprehendi potest, aut reprehenditur, sive iure, sive iniuria.*

62) So braucht DIONYSIUS HALICARN. *Antiquit. Rom. Lib. V. pag. 295.* (edit. SYLBERG. *Lipsiae 1691. f.*) den Ausdruck *ελάττωμα κατά την όψιν, vitium oculi.* und THEOPHILUS *Paraphr. gr. Inst. Lib. I. Tit. 11. pr.* sagt *τò εκ της φύσεως ελάττωμα, naturae vitium.* Besonders wichtig aber ist die Stelle in CONSTANT. HARMENOPOLI *Προχειρον νομων s. Promptuar. iuris. Lib. II. Tit. I. §. 59.* (in *Supplem. Thesaur. Meerman. pag. 108.*), wo es heißt: *Τὰ ελάττωματα τοῦ τελευτήσαντος διαβαίνουσιν ἐπὶ τὸν κληρονόμον. i. e. VITIA defuncti ad heredem transeunt,* nämlich in Beziehung auf Usucapion. Vergl. damit *L. 11. §. 2. D. de public. in rem act. L. 11. D. de div. tempor. praescript. L. 11. C. de acquir. et retin. possess. (VII. 32.)*

für einen Verschwender erklärt worden ist, ohne daß es einer weitem Interdiction bedarf⁶³⁾.

Uebrigens findet bey der Confirmation eines testamentarischen Curators eben der Unterschied zwischen Vater und Mutter Statt, wie bey der Bestätigung eines Tutors. Hat die Mutter ihren Kindern einen Curator im Testament bestellt, so wird dieser, eben so, wie ein von ihr bestellter Tutor, anders nicht, als nach vorhergegangener Untersuchung, bestätigt. So lehrt *Meratius libro III. Regularum*⁶⁴⁾.

Sed et si curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.

Die Bestätigung des Curators ist aber in jedem Falle so nothwendig, daß wenn ein Vater auch seinem noch unmündigen Kinde einen Curator im Testament gegeben hätte, derselbe doch durch ein Decret der Obrigkeit bestätigt werden muß, wenn gleich der Vater Soldat seyn sollte⁶⁵⁾. So lange die obrigkeitliche Bestätigung nicht erfolgt ist, darf auch der Curator weder wegen Ungehorsams, noch wegen Nachlässigkeit verantwortlich werden, wenn er sich etwa der Verwaltung nicht unterzogen hätte⁶⁶⁾.

63) Vergl. noch *L. 7. §. 5. C. de curat. furiosi vel prodigi. (V. 70.) L. 27. pr. C. de episcop. audient. (I. 4.)* und *Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889.*

64) *L. 2. §. 1. D. de confirm. tut.*

65) *L. 40. D. de admin. et peric. tutor. S. den 29. Th. §. 1310. a. S. 275.*

66) *S. DONELLUS Comm. Lib. III. Cap. 19. §. 6.*

§. 1390. d.

Cura legitima.

Hat der Vater keinen Curator im Testament gesetzt; so tritt

2) die *cura legitima* ein, jedoch nur bey furiosis und prodigis ⁶⁷⁾. Daß schon die XII Tafeln einen furiosus unter die Curatel seiner Agnaten und Gentilen gestellt haben, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn Cicero ⁶⁸⁾ hat uns das Gesetz selbst aufbehalten.

Si furiosus escit ⁶⁹⁾, *agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.*

67) *L. 13. D. h. t. L. ult. §. 6. C. de curat. furiosi vel prodigi. (V. 70.) L. 27. §. Sin autem. C. de episcop. audient. (I. 4.)*

68) *De invention. rhetor. Lib. II. cap. 50. ad Herennium. Lib. I. cap. 13.* Man verbinde damit Cicero *Tusculan. Disputation. Lib. III. Cap. 5. und de Republica Lib. III. Cap. 53. in fin. (edit. Moser. Francof. ad Moen. 1826. 8. pag. 402.) VARRO de Re. Rust. Lib. I. cap. 2. auch PAULUS L. 53. D. de Verb. Sign. S. Dirksen Zwölf-Tafel-Fragmente S. 369. ff.*

69) Die Anfangsworte dieses Fragments der XII Tafeln werden zwar von Cicero in den angeführten Stellen etwas abweichend bezeichnet. In der ersten Stelle *de inventione* heißt es: *SI FURIOSUS EST*, in der andern *ad Herennium*: *SI FURIOSUS EXISTIT*; und in der dritten aus den *Tuscul. Disputat. SI FURIOSUS ESSE INCIPIT*. Die Lesart *Si furiosus escit* wird jedoch für die ursprünglich richtige gehalten. Vergl. Schütz *Opera rhetor. Ciceronis. ORNELIUS Oper. Ciceron. Vol. I. (Turici 1826.) pag. 190. Not. 16. und Heinr. Ed. Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. 11. Tab. V. Fr. 7. S. 374.*

Ob aber auch die 12 Tafeln zugleich vom prodigus gesprochen, und ob darin von der cura prodigi in Einer Verbindung mit der cura furiosi die Rede gewesen, oder ob über die erstere eine eigne Vorschrift vorhanden gewesen, oder dieselbe bloß die Prodigaklärung betroffen habe, ist zweifelhaft. Diejenigen, welche das Gesetz der zwölf Tafeln allein auf die cura furiosi beschränken, haben freylich die angeführten Stellen des Cicero für sich ⁷⁰). Allein für die Verbindung beyder Curatelen in einem Gesetz streiten nicht unbedeutende Gründe. Sie wird nicht nur durch das überall sichtbare Bestreben der Decemviren nach Kürze im Ausdruck und Fassung sehr unterstützt, sondern auch die juristischen Classiker setzen immer bey Anführung des Zwölf-Tafel-Gesetzes beyde Arten der Curatel mit einander in die engste Verbindung ⁷¹). Es sind besonders folgende Stellen hier merkwürdig.

ULPIANUS *Fragm. Tit. XII. §. 2.* Lex duodecim Tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum ⁷²).

70) Schwegge Röm. Rechtsgesch. §. 239. schreibt deswegen die cura prodigi einer interpretativen Erweiterung Dessen zu, was in den XII Tafeln über die cura furiosi bestimmt war. Man vergleiche jedoch §. 432. Not. 4.

71) G. Jac. GOTHOFREDI Notae breves ad XII. Tab. Tab. V. (in *Theo. Jur. Rom. Ottonian.* Tom. III. pag. 170.) Jo. Th. SEGER brevis curarum Historia §. 3. et 4. (*Opusculor.* Vol. I. pag. 112. sq.) Dirksen XII Tafel-Fragmente S. 379. und Jimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Bd. 2. Abth. §. 236. S. 887.

72) G. Ant. SCHULTING *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 605. Schon das Wort iubet beweist, daß in den XII Tafeln

§. 3. *Inst. de Curationib.* (I. 23.) Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum *ex Lege duodecim Tabularum.*

L. 13. *D. h. t. GAJUS libro III. ad Edictum provinciale.* Saepe ad alium *e lege duodecim tabularum* curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Praetor administrationem dat, scilicet cum ille *legitimus* inhabilis ad eam rem videatur.

Dahingegen ist kein genügender Grund vorhanden, den XII Tafeln eine eigene Vorschrift über Prodigialitäts-erklärung selbst zuzuschreiben. Ulpian sagt zwar *libro I. ad Sabinum*⁷³⁾:

Lege duodecim Tabularum prodigo interdicatur honorum suorum administratio: quod moribus quidem ab initio introductum est.

Allein indem Ulpian das Recht, einem Verschwend-der die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen, aus den moribus herleitet, deutet er ja damit an, daß dieses Recht älter, als die XII Tafeln sey. Denn so verschiedene Bedeutungen auch das *ius moribus* constitutum hat, so sind doch darin die Rechtsgelehrten einig, daß wenn ein Rechtsinstitut den moribus zugeschrieben wird, welches auch in den XII Tafeln seinen Platz hatte, unter *mores* ein solches Recht verstanden werde, welches schon

von der cura prodigi die Rede gewesen seyn müsse. S. Jac. GOTHOFREDI *Notae breves ad fragm. XII. Tabb. Tab. V. in fin.* (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 171.)

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

unter den Königen galt ⁷⁴⁾. Auch Paulus ⁷⁵⁾ gedenkt der *morum*, wenn er sagt:

Moribus per Praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis: ob eam rem tibi ea re ⁷⁶⁾ commercioque interdico.

Ob nun also wohl nicht zu läugnen ist, daß die *cura prodigi*, cui bonis interdictum est, schon vor den XII Tafeln bekannt war; so scheint doch die vom Paulus uns aufbehaltene Formel so alt nicht zu seyn, sondern ist vielleicht erst nach den XII Tafeln durch die Römischen Rechtsgelehrten in dieser Gestalt ausgebildet worden, wie

74) *Ant.* SCHULTING ad *Pauli Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7. Not. 15.* (in *Jurisprud. vet. Antejust. pag. 341.*) hat dieses gegen *Janus a Costa*, und *Jo. Gottl. HEINECCIUS* in *Opuscul. minorib. (Amstelod. 1738. 8.) pag. 59.* gegen *PAGENSTECHE*R klar bewiesen. Man vergleiche auch *Ant. FABER* *Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. 3. pag. 753.* und *Jo. Hier. HETZER* *Diss. ad Legem Laetoriam. §. III. Not. a. et b.* (in *Dan. FELLENBURG* *Jurispr. antiqua. Tom. II. pag. 595.*)

75) *Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 4. A. §. 7.*

76) Einige wollen *aere* lesen, wie auch wirklich einige *Codices* haben sollen. S. *Hugo iur. civ. Antejustin. Tom I. pag. 134.* und Desselben *Gesch. des Röm. Rechts. S. 124.* der 8. Aufl. Allein man vergleiche, was *Ant. SCHULTING* in *Jurisprud. vet. Antejust. pag. 342. Not. 24.* sehr gründlich erinnert hat, welcher mit *BYNKERSHOEK* *Observat. Lib. III. cap. 21.* die Worte *ea re* im Pluralis durch *ius rebus*, oder *ius bonis* erklärt.

auch Anton Schulting⁷⁷⁾ behauptet. Die Vorschrift der XII Tafeln ging also nicht auf die Prodigalitätserklärung selbst, sondern nur dahin, daß diejenigen, welche von der Obrigkeit für Verschwender erklärt worden sind, in der Curatel ihrer Agnaten und Gentilen seyn sollen, und mehr hat auch wohl Ulpian nicht sagen wollen. Denn eine Interdiction, quae ipso iure s. a lege fit, läßt sich gar nicht denken, sie ist immer eine Jurisdictionshandlung. Denn ob Jemand wirklich ein Verschwender sey, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt werden müsse, muß erst untersucht werden, weil dieses mehr in facto, als in iure beruht. Nur erst dann, wenn die Prodigalitätserklärung geschehen ist, können die Agnaten sich der Curatel unterziehen⁷⁸⁾. In Verbindung der darüber vorhandenen Quellen scheint also das hierher gehörige Gesetz der XII Tafeln nach seinem ganzen Umfange folgenden Inhalts gewesen zu seyn:

Si furiosus escit⁷⁹⁾, aut prodigus⁸⁰⁾, cui bonis interdictum est⁸¹⁾, ast ei custos nec escit⁸²⁾,

77) Jurispr. Antejust. pag. 341. Not. 15.

78) G. Ant. FABER Jurisprud. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. 3. pag. 753. Besonders Reinh. BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Disp. VI. Th. V. Lit. D. pag. 236. sq. und Arn. VINNIUS Comm. ad §. 3. J. de Curat. nr. 1.

79) Nach ORBELLII Lesart bey CICERO Tusculanar. Disputation. III. 5. (Oper. Vol. IV. P. I. pag. 297. Turici 1828.) Man sehe auch oben Not. 69.

80) §. 3. J. de curationib. L. 1. L. 13. h. t.

81) ULPIANUS Fragm. Tit. XII. §. 2.

82) Diese Worte führt SEXT. POMPEJ. FESTUS Fragm. de Verbor. Signif. voc. NEC an, um damit zu beweisen,

*agnatorum gentiliumque*⁸³⁾ *in eo pecuniave eius*⁸⁴⁾ *potestas esto*⁸⁵⁾.

coniunctionem *Nec positam esse ab antiquis pro Non*, ut et in XII. est: *AST EI CUSTOS NEC ESCIT*. Daß nicht, wie *Ant. Augustinus* glaubt, *nec esit*, sondern richtiger *nec escit* gelesen werden müsse, hat *Falv. Ursinus* in *Notis in S. Pomp. Festi fragm. pag. 11. edit. 1583.* 8 gezeigt. Diese Lesart wird noch mehr durch die bey *Cujacius* *Observation. Lib. VII. cap. 18.* vorkommenden Beispiele dieses alten Redegebrauchs bestärkt. Daß aber die vom *Festus* referirten *verba legitima* dem Inhalt des XII Tafel: Fragments über die Curatel angehören, hat *Jac. Gothofredus* ad legis XII. Tabular. fragmenta in *notis brevib. ad Tab. V. (Tom. III. Thes. Otton. pag. 172.)* gezeigt, und sie so erklärt, daß diese Curatel wegfallt, wenn ein *custos*, d. h. ein Tutor für solche Personen da ist. Denn daß man diese Worte so verstanden habe, beweist eine Stelle aus *Ulpian's libro XXXVII. ad Sabinam*, in welcher es *L. 3. pr. D. de tutelis* heißt: *Lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*. Es ist auch bekannt, daß das Wort *custos* von den Alten für tutor gebraucht worden ist. *S. Horatius de arte poetic. v. 161.* *Plautus Mercat. Act. I. Sc. 1. v. 91.* Dagegen kommen die Benennungen von *cura* und *curator* bey den ältesten Röm. Gesetzgebern gar nicht vor, sondern sind eine spätere Erfindung der Röm. Juristen. *S. Hatzbar Diss. cit. §. III. not. g.* Man vergleiche auch *Schweppes Röm. Rechtsgesch. §. 432. Not. 4. S. 625.* und *Dirksen Zwölf: Tafel: Fragmente. S. 376.*

83) Wenn *Paulus L. 53. pr. D. de Verb. Signif.* sagt, daß *que* bey den Worten: *AGNATORUM GENTILIUMQUE* sey pro *separatione* zu nehmen, d. h. sey getrennt zu verstehen; so deutet diese Erklärung wohl unstreitig auf unser XII Tafel: Fragment hin, wie *Dirksen S. 370.* gezeigt hat.

Nach den 12 Tafeln gieng jedoch die cura legitima nur auf solche prodigi, und warum nicht auch furiosi,

Nicht unbemerkt kann ich jedoch hierbey lassen, daß gerade das *Que*, welches Paulus hier erklären wollte, in mehreren Ausgaben z. B. bey Merlinus, Hugo a Porta, und mehreren andern, selbst in der Gebauerischen, und der neuesten Beckischen Ausgabe fehlt. Allein man hat, wie CRAMER de Verbor. Significat. ad h. L. 55. pag. 27. not. 7. sehr richtig bemerkt hat, in dem Worte GENTILIUMQUE die Gemination des *Que* nicht beachtet. Man sehe auch Hugo Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 123. Not. 1. 3. 25. (der 8. Aufl.) und POTHIER Pand. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 16. Nr. II. Not. b. pag. 637. Der *Gentilium* hat übrigens schon Ulpian in seinen Fragmenten Tit. XII. §. 2. nicht mehr gedacht, weil zu seinen Zeiten das Gentilitätsrecht schon nicht mehr im Gebrauche war. S. Collat. LL. Mosaicar. et Roman. Tit. XVI. §. 2. et 4. (in SCHULTING Jurispr. Antejast. pag. 794. et 798.) und GAJUS Instit. Comm. III. §. 17. Daher erwähnt auch Justinian der Gentilen nicht.

84) In den aus CICERO angeführten Stellen heißt es zwar IN EO PECUNIAQUE EJUS, allein sie sprechen alle bloß von der cura furiosi. Daß den Agnaten eine potestas über den furiosus und dessen Güter beygelegt war, wird schon von Cicero de Republica Lib. III. cap. 53. als etwas Merkwürdiges hervorgehoben. Noch auffallender aber scheint es, wenn Cicero Tusculanar. Disputation. Lib. III. cap. 5. sagt: Qui ita sit adfectus, eum DOMINUM esse REBUM SUARUM vetant XII Tabulae. Daher sagt ULPIANUS L. 7. §. 11. D. Quib. ex causis in possess. eat. (XLIII. 4.) furiosi status et habitus a pupilli conditione non multum abhorret. Desto weniger aber konnte dem Curator prodigi eine potestas in eo gegeben werden, da dessen potestas sich bloß auf das Vermögen (pecunia) beschränkt. S. FABER Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. 3. pag. 754. sq. No 6-

wenn gleich Ulpian ⁸⁶⁾ ausdrücklich nur der erstern gedenkt? welche ihren Vater und zwar ab intestato beerbt hatten ⁸⁷⁾. Denn bey Freygelassenen, da sie keine Agnaten hatten, oder wo bey den ingenuis die Agnaten nicht tüchtig waren, oder wo sonst das Gesetz nicht für die Curatel gesorgt hatte, wie z. B. im Falle eines Testaments, bestellte der Prätor den Curator ⁸⁸⁾.

hört Grundlinien des Röm. Rechts. §. 47. und den 4. Th. dieses Commentars §. 288. S. 56. f. Darum kann es wohl nicht, wie bey dem furiosus, *in eo pecuniaque eius*, sondern es muß in dem Fragment, wie GOTHOFREDUS hat, *IN EO PECUNIAVE EIUS* heißen.

85) Dem GOTHOFREDUS stimmen auch HEINECCIUS in *Opuscul. minorib.* pag. 69. und *Antiquitat. Roman.* Lib. I. Tit. 23. §. 2. und SEGER c. I. in *Opusc.* Vol. I. pag. 113. bey.

86) *Fragm. Tit. XII. §. 3.* (in *Ant. SCHULTING Jurispr. Antejust.* pag. 606.) *A. Praetore constituitur curator, quem ipse Praetor voluerit, libertinis PRODIGIS, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti, male dissipant bona: his enim ex LEGE curator dari non poterat: cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri: libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.* *Jac. GOTHOFREDUS ad LL. XII. Tabb.* bey OTTO Tom. III. *Thes.* pag. 106. behauptet auch, daß dieses ebenfalls bey den furiosis so gewesen sey.

87) Daher meint *Jac. GOTHOFREDUS ad Legg. XII. Tabb.* in *Probationib.* ad Tab. V. (*Th. Otton.* Tom. III. pag. 106.) nicht ohne Grund, daß das XII. Tafel-Fragment, welches von der Cura handelt, ein Theil von dem Fragment gewesen sey, welches von der Intestaterbfolge der Agnaten handelte. Man sehe übrigens den 29. Th. des Commentars §. 1321. S. 570. f.

88) Denn im Falle des Testaments war, gleich der legitima

§. 1390. e.

Ist die legitima cura in eine dativa verwandelt worden?

Man will behaupten, daß die cura legitima in der Folge in eine cura dativa sey verwandelt worden, und daß nach dem neuern Römischen Rechte die Curatel bloß auf obrigkeitlicher Anordnung beruhe, obwohl die Obrigkeit bey Ernennung des Curators die nächsten Verwandten zu berücksichtigen habe, wenn sie zur Curatel tüchtig sind⁸⁹⁾. So will man die Worte Ulpian's deuten, wenn er *L. 1. pr. h. t.* sagt:

tutela, auch die cura legitima ausgeschlossen. Erst durch die Interpretatio Prudentum ward eingeführt, daß der tutor ex lege eintreten sollte, wenn der Vater zwar ein Testament gemacht, aber in Absicht auf Tutel ohne Testament verstorben war. §. 2. *J. de legit. agnat. tut.* Bey Kindern, deren Vater testirt hatte, so wie bey Freigelassenen, die auf keine Weise ihren Vater beerbten, galt aber die cura erst, als das Recht des Magistrats zur Ernennung von Dativoormündern anerkannt wurde. *S. Jo. CANNIGIERER ad DOMIT. ULPIANI Fragmenta libri sing. Regular. Tit. 12. §. 3. de Curator. pag. 65. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 239. und §. 432. der 2. Aufl.* Sollten aber vielleicht unter den ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti sunt, emancipirte Kinder zu verstehen seyn? Denn diese hatten so wenig, wie Freigelassene, Agnaten. Dieß ist Höpfners Ansicht im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 223. II. §. 224.

- 89) *S. Jac. CUSACIUS in Notis ad Institut. Tit. de Curator. vv. Sed Solent.* Besonders Desselben Recitation. solenn. ad Tit. 70. Libri V. Cod. de curat. fur. vel prodigi. *Hab. GIPHANIUS Comm. in Institut. ad §. 3. de Curator. Ulr. HUBER Praelection. ad Institut. h. t. §. 6. Herm. VULTIUS Comm. in Institut. ad §. Sed solent. h. t. Ev. ORTO Comm. ad §. 3. J. h. t. nr. 4.*

Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi.

Eben so die Stelle Justinian's §. 3. *J. de curat.* wo es heißt: Sed solent Romae Praefectus urbi, vel Praetor, et in provinciis Praesides ex inquisitione eis curatores dare.

Allein Ulpian⁹⁰⁾ sagt ja ausdrücklich: Curatores aut legitimi sunt: id est, qui *ex lege duodecim Tabularum* dantur: aut *honorarii*, id est, qui a *Praetore* constituuntur. Soll also Ulpian nicht mit sich selbst im Widerspruche stehen, so müßte man ein Emblem *Triboniani* annehmen, welches jedoch Jacob. Gothofredus⁹¹⁾ mit Recht verwirft. Denn auch Gajus unterscheidet ja eben so, wie Ulpian, in der schon oben aus *libro III. ad Edictum provinciale*⁹²⁾ angeführten Stelle zwischen einem solchen, dem *e lege duodecim Tabularum* die *curatio furiosi* oder *prodigi*

Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen. §. 225. Mackelden Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. §. 591. (der 8. Ausg.) Albr. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 431. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. IV. Buch. §. 416. der 3. Aufl. und Zöpfl. Vergleichung der Röm. Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft. §. 15.

90) *Fragm. Tit. XII. de Curator. §. 1.*

91) *Ad fragmenta XII. Tabular. in Probat. ad Tab. V. Verb. Prodigios. (Thes. Otton. Tom. III pag. 106.)*

92) *L. 13. D. h. t.* Eben so unterscheidet Marcellus *L. 12. eod.* zwischen *agnatus* und *alius curator.*

gebührt, und dem, welchem der Prätor die Curatel überträgt. Gajus bemerkt aber auch zugleich, daß die cura dativa nur in dem Falle eintrete: *scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*. Hierzu kommt, daß noch Kaiser Anastasius den emancipirten Geschwistern, nachdem er ihnen ein Intestaterbrecht gegeben hatte, die cura furiosorum fratrum et sororum, und zwar, wie er selbst sagt, *pro duodecim tabularum lege* übertragen hat: *ne lucrum quidem antea indubitae successionis emancipato vel emancipatis deputasse, nihil vero de oneribus tutelae prospexisse videretur* 93). Ja, was noch das stärkste Argument ist, Justinian selbst hat nicht allein die Confirmation des testamentarischen Curators, sondern in dessen Ermangelung auch den Vorzug des legitimi curatoris, quem lex utpote agnatum vocaverit, ausdrücklich sanctionirt, so daß nur eo cessante, aut non idoneo forsitan existente, ein Curator ex iudiciali electione gegeben werden soll 94). Ganz übereinstimmend mit dem, was oben Gajus sagte. Es scheint nun aber freylich durch die von Ulpian *L. 1. h. t.* gebrauchte particula adversativa *sed hodie solent*, das heutige Recht der Lex duodecim tabularum gegenübergestellt zu seyn, welches der Hauptgrund der entgegengesetzten Ansicht ist. Allein man sieht es nun aus der authentischen Interpretation des Kaisers Justinian recht deutlich, daß dieses nur von dem Falle verstanden werden kann, wenn die legitima cura nicht eintritt, wo denn freylich die Bestellung der

93) *L. 5. C. de curatore furiosi vel prodigi (V. 70.)*

94) *L. 7. §. 6. C. eodem. L. 27. C. de episcopali audient. (I. 4.)*

Curatel immer ex inquisitione geschieht, wie es in der Stelle der Institutionen heißt. Theophilus in seiner griechischen Paraphrase bestärkt uns noch mehr in dieser Ansicht, wenn er sagt:

'Αλλ' ἐν τῇ Ρώμῃ ὁ τῆς πόλεως ἑπαρχος ἢ ὁ πραιτωρ, ἐν δὲ ταῖς ἑπαρχίαις οἱ ἄρχοντες διδῶσιν τοῖς μαινομένοις καὶ ἀσώτοις, ex inquisitione, ἥτα ἐκ συζητήσεως, κουράτῳρας ἢ νῖκα μὴ ὕπεστιν ἀδύνατος, ἢ ὑπὸν ἀνεπιτήδειος ἐστὶ πρὸς διοίκησιν.

Wo also die letzten Worte, welche Reitz übersetzt hat, *quando nullus est agnatus, aut qui est, administrationi non est idoneus*, das näher bestimmen, was Justinian hier nicht, aber in der L. 7. §. 6. C. h. t. deutlich ausgesprochen hat. Die Nothwendigkeit einer Untersuchung bey der cura furiosi aut prodigi führt nun besonders Ulpian *libro I. de omnibus Tribunalibus* 95) dem Prätor zu Gemüthe, wenn er daselbst sagt: *Observare Praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det, quoniam plerique vel furorem, vel dementiam fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent.* Eine solche Untersuchung war nöthig, auch selbst wenn die cura legitima eintreten sollte. Denn ehe sich die Agnaten der Curatel unterziehen konnten, mußte doch gewiß seyn, ob der, welcher nach dem Gesetz unter ihre Curatel gestellt werden sollte, wirklich prodigus oder furiosus sey. Die Agnaten könnten ihn ja nur dafür ausgeben, um ihn zu hindern ein Testament

zu machen ⁹⁶). Man mußte auch wissen, ob Agnaten vorhanden, und diese auch zur Führung der Curatel tüchtig waren, denn nur in deren Ermangelung bestellte die Obrigkeit den Curator. Dieser Untersuchung ungeachtet, blieb dennoch der nächste dazu geeigenschaftete Agnat der legitimus curator ⁹⁷). Nachdem Justinian bey der Intestaterbfolge den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben hat; so ist nun die cura legitima, eben so, wie die legitima tutela, auch auf die Cognaten zu erstrecken. Die Curatel über den furiosus oder prodigus gebührt nun dem nächsten zur Uebernehmung derselben tüchtigen Verwandten, ohne Unterschied, er sey Agnat, oder bloß Cognat ⁹⁸). Als nächster Erbe muß er

96) Ein solches Beispiel hat PLAUTUS in *Menaechmo* Act. V. Sc. 2. v. 75 — 90.

97) *S. Hag.* DONELLUS *Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 8 — 10.* Theod. MARCILUS ad §. 3. J. de Curat. bey *Jan. a COSTA Comm. ad Institut. pag. 120.* (edit. Jo. VAN DE WATER *Lugduni Batav. 1719. 4.*) Jo. Jac. WISSENBACH *Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 21. pag. 555 sq.* Arn. VINNIUS *Comm. ad §. 3. J. de Curat. ad vv. Sed solent.* Jo. Hieron. HETZBR *Diss. ad Legem Laetoriam. §. III. Not. i.* (in FELLEBERG *Jurispr. antiq. Tom. II. pag. 597. sq.*) THIBAUT *Syst. des Pand. Rechts. I. Bd. §. 509.* Chr. Frid. MÜHLENBRUCH *Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 540.* Siegm. Wilh. Zimmermann *Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justin. 1. B. 2. Abth. §. 236. S. 889. f.*

98) *S. DONELLUS cit. loc. §. 10. Vol. II. pag. 257.* In der *Nov. CXVIII. Cap. 5.* ist zwar nur von der ἐπιτροπή die Rede, welche, wie auch Zimmermann a. a. D. §. 236. a. E. S. 890. bemerkt hat, von der κηδεμονία unterschieden wird *Nov. LXXII. cap. 3.* Allein daß diese Ausdrücke, wo nicht gerade von der tutela und cura zugleich die Rede

aber auch die Curatel übernehmen. Denn die Regel: *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*, findet auch bey der cura legitima Statt⁹⁹⁾, obwohl freylich der Grund, daß weder ein furiosus noch prodigus testiren kann¹⁰⁰⁾, nicht immer Platz greift¹⁾.

§. 1390. f.

Cura dativa s. honoraria.

Ist kein legitimus curator vorhanden, oder dieser ist, von Justinian willkürlich und als gleichbedeutend gebraucht werden, ist schon an einem andern Orte, (Eb. 50. §. 1529. S. 160.) von mir bemerkt worden. Da nun das Intestaterbrecht mit der cura legitima eben so genau, wie mit der legitima tutela, zusammenhängt, und aller Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Ansehung derselben (*Nov. CXVIII. cap. 4.*) aufgehoben seyn solle; so wäre es ja sonderbar, wenn derselbe gerade bey der cura legitima noch Statt finden solle, und räthselhaft, warum gerade die Agnaten die Last der Curatel tragen, die Cognaten aber, wenn sie gleich die nächsten Erben des Curanden wären, von dieser Last frey seyn sollten. Man denke an die Verordnung des K. Anastasius *L. 5. C. de Curat. far.* Auch schon Ulpian rechnet es ja *L. 4. h. t.* zur pietas parentibus debita, daß der Sohn furiosae matris curationem übernehme, der doch gewiß kein Agnat seiner Mutter ist, wohl aber derselben nach dem damaligen Erbfolgerecht ex Senatusconsulto Orphitiano succedirte.

99) *L. 5. C. h. t.* S. HERTZBA Diss. ad *L. Laetor.* §. III.

100) §. 1. et 2. *J. Quib. non est permissum fac. testam.* (II. 12.) *L. 18. D. Qui testam. fac. poss.* (XXVIII. 1.)

1) Wie wenn der furiosus, ehe er in diesen Gemüthszustand verfiel, oder der prodigus vor der Interdictio honorum testirt hätte? S. §§. 1. et 2. *J. citt.* oder der furiosus während eines lichten Zwischenraums testirt? oder der eine, oder der andere Kinder hat?

zur Verwaltung unfähig, so wird, besonders auch in solchen Fällen, von welchen das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach,

3) ein Curator von der Obrigkeit aus eigener freyer Wahl (quem ipse Praetor voluerit) bestellt²⁾. Ein solcher Curator wird von Ulpian³⁾ *honorarius*, von Modestin⁴⁾ aber *dativus curator* genannt, und es ist wohl mehr der Sitte und dem Prätor, als einer lex zuzuschreiben, daß dem wirklichen furiosus und prodigus, in den Fällen, wovon das Gesetz der XII Tafeln nicht sprach⁵⁾, und, ohne Rücksicht auf einen curator legitimus, jedem, in welchem die causae cognitio solche physische oder geistige Mängel gefunden hatte, welche ihn zur eignen Verwaltung seines Vermögens unfähig machten, wenn er gleich schon über 25 Jahre alt wäre, ein Curator vom Prätor in Rom, und den Statthaltern in den Provinzen nach vorgängiger Untersuchung gegeben werden sollte⁶⁾. Daher heißt es §. 4. *J. h. t.* nachdem Justinian in dem vorhergehenden Paragraphen von der cura legitima gehandelt hatte, und nun die Fälle anführt, wo ein curator dativus zu bestellen ist.

2) G. den 29. Th. dieses Commentars. §. 1321. G. 471. ff.

3) *Fragm. Tit. XII. §. 1.*

4) *L. 7. D. Rem pupilli. (XLVI. 6.)*

5) So sagt z. B. CICERO *Tuscul. Disputat. Lib. III. cap. 5.* Non est scriptum (in XII. Tabulis): Si insanus, sed: Si FURIOSUS. Daher trat im ersten Falle die cura honoraria ein.

6) *L. 8. §. 3. L. 12. pr. D. de tutor. et curator. dat. L. 1. 2. 6. 15. pr. h. t. L. 1. C. h. t. G. den 29. Th. des Commentars a. a. D. G. 471.*

Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.

In Rücksicht der zur Bestellung der Curatoren competenten Behörden hatten ganz dieselben Grundsätze Statt, welche bey der Tutel oben Lib. XXVI. Tit. 5. 7) vorgekommen sind. Justinian sagt es selbst §. 1. *J. h. t.*

Dantur autem curatores ab iisdem Magistratibus, a quibus et tutores.

Er nennt §. 3. den Praefectus urbi und den Prätor für Rom, für die Provinzen die Praesides, jedoch, wie er in einem andern Gesetz 8) noch hinzufügt, mit Zuziehung des Bischofs und 3 Primaten.

Es giebt also wirklich drey Arten der Cura eine *testamentaria*, *legitima*, und *honoraria* oder *dativa*. Merkwürdig ist es, daß es nach der *Nov. CXVII. c. 1. §. 1.* einem Jeden erlaubt ist, in seinem Testamente einen Curator für das Vermögen zu bestellen, welches er einer minderjährigen, und also auch wohl einer andern Person hinterlassen hat, welche es nicht selbst verwalten kann 9).

§. 1390. g.

Wer bekommt einen Curator?

Wenn unter der tutela aetatis nur Impuberes stehen können, welche sui iuris sind, so kommt es dagegen

4) bey der Cura auf die Persönlichkeit des Curanden gar nicht an, sondern dieser können, ohne Unter-

7) C. den 29. Th. C. 400 ff.

8) L. ult. §. 5. C. de curat. fur. vel prodigi.

9) C. Vogt Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

schied des Alters, sie mögen impuberes, puberes, oder maiores seyn, auch ohne Rücksicht auf patria potestas, alle unterworfen seyn, welche zur eigenen Verwaltung ihrer Angelegenheiten unfähig, oder daran gehindert sind. Die Curatel kann daher in Ansehung der Personen, welche derselben unterworfen sind, von sehr verschiedener Art seyn.

I. Die *cura* über Unmündige. Es kann nämlich nicht nur einem Unmündigen, der schon einen Tutor hat, in gewissen Fällen, welche an einem andern Orte ¹⁰⁾ angeführt worden sind, ein Curator gegeben werden; sondern auch einem solchen Unmündigen, der noch keinen Tutor hat, obwohl freylich in solchen Fällen, wo der Pupill wegen der *solemnitas iuris* selbst handeln muß, die Unvollständigkeit seiner Person nicht schon durch den nur ein Hinderniß beseitigenden Consens des Curators ergänzt werden kann, sondern ein Tutor ernannt werden muß, in dessen Begleitung ein Selbsthandeln des Pupillen nur durch die ergänzende Kraft der stärkern Auctoritas eines Tutors möglich ist. Dieß ist es, wenn Paulus *libro IX. Responsorum* ¹¹⁾ sagt:

Curatorem etiam *impueri* dari posse: sed ad ea, quae *solemnitatem iuris* desiderant, explicanda, *tutore auctore* opus est.

Von einem solchen Curator, dem von Anfange an die Administration des Vermögens eines Unmündigen übertragen worden, ist auch Ulpian zu verstehen, wenn er *libro XXXVI. ad Edictum* ¹²⁾ sagt:

10) C. den 29. Th. des Commentars §. 1502. C. 125—155.

11) L. 19. *D. de auctoritate et cons. tutor. et curat.* Vergl. auch L. 17. §. 1. *D. de appellat.* (XLIX. 1.)

12) L. 9. §. 9. *D. de admin. et peric. tutor. et curat.*

Qui datus est simpliciter tutor *pupillo* vel *curator*, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur: quamvis soleat ad augmentum dari curator.

Hiermit stimmt denn auch die Vergleichung überein, welche Hermogenian *libro I. iuris Epitomarum*¹³⁾ zwischen einem *curator furiosi*, itemque *prodigi*, *pupillive* mit einem bloßen *Curator honorum ventrisque* anstellt, wenn er jenen eine plena rerum administratio, den beyden letztern aber eine sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, *venditio* zuschreibt¹⁴⁾.

II. Die Cura über Minderjährige. Da von dieser schon an mehreren Orten gehandelt worden ist, so bleibt sie hier, wie auch schon die Rubrik dieses Titels andeutet, ausgeschlossen.

III. Die Cura über Rasende und Wahnsinnige. *Cura furiosorum* und *mentecaptorum* s. *insanorum*. Beyde waren darin unterschieden, daß jene in der Regel eine legitima, diese aber eine dativa war. Diese Curatel setzt jedoch immer eine vorgängige genaue, mit Zuziehung von zwey verpflichteten Aerzten anzustellende Untersuchung über den Gemüthszustand des für wahn- oder blödsinnig angesprochenen Subjects, welche auf den entweder von Seiten der Verwandten desselben, oder von Seiten der Policy geschehenen, und durch bestimmte und hinlänglich bescheinigte Angaben von Thatsachen begründet

13) L. 48. D. eodem. S. Jos. FINESTRES et DE MONSALVO Hermogenian. ad h. L. pag. 264 — 269.

14) S. von Löhr von der Cura über Unmündige; (im Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgebung. 3. B. 4. Heft. Nr. XIII. S. 433 — 454. und Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 431. S. 623. f. (der 2. Ausg.)

ten Antrag veranlaßt worden, und eine auf den Grund dieser Untersuchung ausgesprochene Wahn, oder Blödsinnigkeitserklärung des competenten, d. h. des ordentlichen persönlichen Richters voraus¹⁵⁾. Solange jedoch der Curand noch seines Alters wegen einen Vormund hat, kann keine von beyden eintreten, denn es kann eigentlich nur dann erst davon die Rede seyn, wenn der Wahnsinnige über 25 Jahre alt ist. An einen Unterschied, ob der Wahnsinnige minor oder maior XXV. annis sey, dachten wohl freylich die Zwölf-Tafel-Gesetze noch nicht¹⁶⁾; allein durch eine Verordnung des Kaisers Antoninus Caracalla, nicht Marcus Antoninus¹⁷⁾, ward sanctionirt, was vermuthlich schon durch die Interpretation eingeführt war, daß bey einem verstandlosen Minderjährigen, eben so wie bey einem solchen Pupillen, mehr das Alter, als der Wahnsinn berücksichtigt, und also der Curator dem Minderjährigen non ut furioso, sondern ut adolescenti gegeben werden solle. So belehrt uns hierüber Ulpian *libro XXXVII. ad Sabinum*¹⁸⁾:

15) S. Loß civilistische Abhandlungen. (Eoburg und Leipzig 1820. 8.) S. 217 ff.

16) S. Hugo Rechtsgesch. S. 123. der 8. Aufl. und Jac. Osielius ad Gaji Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. not. 7. (in SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 67.)

17) S. Ant. SCHULTING ad Gaji Epit. Institution. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. pag. 67.

18) L. 5. §. 1. *D. de tutelis.* Ant. FABER in *Jurisprud. Papin. Scient.* Tit. XII. Princ. I. Illat. 6. pag. 685. sqq. hat hier nichts als Ungereimtheiten und Tribonianismen finden wollen. Allein *Franc. de AMAYA Observation. iuris* Lib. I. Cap. 8. pag. 51 — 55. (*Genevae* 1655. 4.) hat mir die Mühe erspart, diese Grille des großen Fabers

Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, *curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum*: et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subiicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem: et ita Imperator ANTONINUS Augustus rescripsit: *cum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.*

Die vom Ulpian hier angeführte Constitution des Kaisers Antoninus ist vielleicht die nämliche, welche im Codex L. 1. h. t. (V. 70.) folgendermassen lautet:

Curatores impleta legitima aetate prodigis vel furiosis solent tribui. PP. IV. Kal. August. MES-
SALA et SABINO *Conss.* 215.

Daß bey einem minderjährigen Wahnsinnigen das Alter entscheiden mußte, war auch ganz consequent, nachdem die cura minorum einmal eingeführt war, und da diese cura erst nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen eingeführt wurde; so ist auch begreiflich, warum nach denselben es nicht darauf ankommen konnte, ob der furiosus minor, oder maior XXV. annis sey. Es ist aber auch der Unterschied nicht unbedeutend, indem die cura minorum sich erst mit dem 25sten Jahre, die cura furiosi aber sich endiget, sobald der furiosus den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat. Ist ihm nun der Curator seines minderjährigen Alters wegen gegeben, so dauert die Curatel fort, bis der Pflēgbefohlene die Großjährigkeit erreicht

zu widerlegen, die auch schon Osw. HILLIGER in *Donello enucleato* Lib. 111. Cap. 18. Lit. C. pag. 164. gerügt, aber nicht so, wie AMAYA, widerlegt hatte.

hat, wenn ihn auch der Wahnsinn schon früher verlassen hätte; sie hört aber auch auf mit dem Eintritt der Großjährigkeit, wenn gleich der Großjähriggewordene noch fortwährend wahnsinnig bliebe. Es tritt nun die cura furiosi oder mente capti ein¹⁹⁾. Bey der cura aetatis bedarf es auch keiner weitem Untersuchung des Gemüthszustandes, welche hingegen bey der cura furiosi erfordert wird²⁰⁾.

IV. Die Cura über Verschwender. Daß darunter diejenigen verstanden werden, welchen wegen ihrer verschwenderischen Lebensart die eigene Verwaltung ihres Vermögens von der Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung untersagt worden ist, leidet keinen Zweifel. Nur von diesen ist auch hier die Rede²¹⁾. Wenn nun aber die

19) *S. Hug. DONELLUS* Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 18 §. 12. (Vol. II. pag. 226. edit. Norimb. 1805. 8.) Eine ganz verkehrte Ansicht hat *Ant. FABER* in Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 14. pag. 775.

20) *L. 6. D. h. t. G. VOST* Comm. h. t. §. 2. (propius a fine.)

21) *S. Aug. a LERSER* de prodigis, in *Meditat. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCXLIX. pag. 575 — 576. *Ern. Christ. WESTPHAL* Resp. Quid requiratur, ut pro prodigo quis declarari possit? in Desselben Rechtsgutachten Nr. 2. S. 226 — 255. *Fried. Hoppe* Lehre von juridischen Verschwendern. Gießen und Darmstadt 1803. 8. *R. J. U. de WAEL* Diss. de prodigis. Groning. 1806. 4. *G. Th. J. WICKERLINK* Diss. de cura prodigorum secund. princip. iur. Rom. et hod. Lugd. Batavor. 1821. 4. und *F. C. Gesterding* Cara prodigi, in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über versch. Rechtsmaterien. 1. Th. (Greifswald 1826. 8.) Nr. II. S. 47 — 70.

Frage entsteht: Wer wegen seiner unwirthschaftlichen Lebensart gerichtlich für einen Verschwender erklärt werden könne? so beantwortet Ulpian ²²⁾ dieselbe auf folgende Art:

Si Praetores vel Praesides talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit.

So verschieden nun auch diese Worte Ulpian's erklärt werden, so ist doch so viel gewiß, daß nicht jeder schlechter Haushalter, auch nicht jeder, der sich dem Spiele, oder Trunke ergeben hat, sogleich für einen Verschwender erklärt, und unter die Curatel gesetzt werden könne. Denn auf diese alle paßt der Begriff Ulpian's nicht. Dieser geht auf übermäßigen Aufwand, der mit der Größe des Vermögens und dem Einkommen dessen, der ihn macht, in keinem Verhältniß steht, und daher, wenn ihm nicht Einhalt gethan wird, zur Verarmung führen muß ²³⁾, oder, wie Westphal ²⁴⁾ sich ganz richtig ausdrückt, wenn Jemand mehr ausgiebt und verthut, als er nach seiner Einnahme thun kann, so ist er für einen Verschwender zu halten, der unter die Curatel zu setzen ist. Die Prodigalitäts-Erklärung geschieht von dem ordentlichen Richter des Verschwenders ²⁵⁾, und auch diese darf eben so wenig, als eine Wahn, oder Blödsinnigkeitserklärung, von richterlichen Amts wegen ohne vorgängigen Antrag der nächsten

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

23) Gesterding angef. Abhandl. §. 2. S. 55. ff.

24) Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 1. S. 146.

25) S. Hoppe angef. Versuch. §. 7.

Berwandten des angeblich verschwenderischen Hauswirths, oder von Seiten der Policen geschehen, welcher durch eine bestimmte Angabe von speciellen Thatsachen einer verschwenderischen Wirthschaftsführung begründet seyn muß. Nur erst dann, wenn bey einer sorgfältigen Untersuchung die angegebenen Thatsachen als wahr befunden worden, und der als Verschwender angegebene bey seiner Vernehmung, welche hier schlechterdings nöthig ist, zur Rechtfertigung der ihm zur Last gelegten Thatsachen etwas Erhebliches anzuführen nicht im Stande gewesen, kann er in einem sofort zu ertheilenden Erkenntnisse für einen Verschwender erklärt, und ihm ein Vormund bestellt werden²⁶⁾, ohne Unterschied, das Individuum sey eine Manns- oder Frauensperson²⁷⁾. Denn Paulus sagt *libro III. Sententiarum* ²⁸⁾:

Et mulieri, quae luxuriose²⁹⁾ vivit, bonis interdici potest.

26) S. Loß civilistische Abhandlungen. Nr. VI. §. 10. ff. S. 222. ff. Auch bey Prodigalitäts-erklärungen findet jedoch das Rechtsmittel der Appellation Statt. S. Loß §. 17. S. 227. ff. Man vergleiche noch vorzüglich die allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten. Tit. 38.

27) Vort Comm. h. t. §. 12. und Jo. a SANDE de prohib. rerum alienat. P. II. Cap. 2.

28) L. 15. D. h. t.

29) Das Wort *luxuriose* will zwar Jac. CUVACIUS ad *Julii Pauli Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. §. 6.* durch *libidinose et turpiter* erklären, und also dieses Gesetz von einer meretrix verstehen. Allein das Wort *luxuria* wird von den Classikern im recht eigentlichen Sinne von der prodigalitas gebraucht, wie Gail. FORNERIUS Selection.

So lange nun die Prodigalitätsklärung nicht erfolgt ist, sind noch alle die von dem Verschwender sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall vorgenommene Rechts- handlungen gültig, und können nicht angefochten werden³⁰⁾, während die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind,

Lib. II. Cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 51.) und *Eman. Soares a RIBEIRA* Observation. iuris Lib. I. Cap. 5. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 568.) aus vielen Stellen der Alten bewiesen haben. *Mulier, quae LUXURIOSA* vivit, ist also keine Hure, sondern eine solche Frauensperson, quae *profuse* vivit, quae vitam prodigam agit, foemina patrimonii decoctrix, eine Verschwenderin, wie *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. *Sed praeter furiosos* (*Opp.* Tom. II. pag. 589.) *Ant. SCHULTING* ad dict. locum *Pauli* Not. 14. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 340.) *POTHIER* Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. 1. Not. d. und *Bav. VOORDA* *Thes. controvers.* Decad. XXVIII. Th. 7. dieses Gesetz richtiger erklärt haben.

- 30) §. 2. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* (II. 12.) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten der Meinung, daß dem Verschwender, als solchem, gegen die Contracte, die er vor der Prodigalitätsklärung geschlossen hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht versagt werden könne, weil der Verschwender in den Gesetzen einem Minderjährigen gleichgeachtet werde. *L. 19. in fin. D. de rebus auctor. iud. possid.* *L. 3. C. de in int. restitu. minor.* S. *FACHINAEUS* Controv. Op. Lib. II. cap. 68. Allein diese Meinung ist ungegründet. Die angeführten Gesetze reden von einem Verschwender, dem die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt ist. Sie wird daher mit Recht verworfen. S. *Ant. MERENDA* Controversiar. iuris Lib. I. Cap. 29. §. 4. sqq. *Jo. Jac. WISSENBACH* Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 29. Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 5. S. 49 f.

wenn ihm auch gleich noch kein Curator gegeben worden ist³¹⁾. Anderer Meinung ist zwar freylich Hugo Donnellus³²⁾. Er will in Hinsicht auf die Fähigkeit zur Verwaltung des Vermögens keinen Unterschied zwischen einem Verschwender und Wahnsinnigen Statt finden lassen. So wie also die Handlungen eines Wahnsinnigen nichtig sind, auch ehe demselben ein Curator gesetzt worden ist, eben so auch die Handlungen eines Verschwenders, weil ihm schon deswegen allein, weil er Verschwender ist, das Gesetz die eigene Verwaltung seines Vermögens untersage, ohne erst durch ein obrigkeitliches Decret für einen Verschwender erklärt zu seyn. Ulpian sage dieses ganz bestimmt *L. 1. pr. D. h. t. LEGE duodecim Tabularum prodigo interdicitur honorum suorum administratione*; und in einer aus eben dem *Libro I. ULPIANI ad Sabinum* genommenen Stelle, nämlich *L. 18. pr. D. Qui testam. facere poss.* heiße es in Beziehung auf die Testamentification: *Is, cui LEGE bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, ipso iure non valet.* In beyden Stellen werde ex professo von der Interdiction gehandelt, und diese nicht der Obrigkeit, sondern ausdrücklich dem Gesetz allein zugeschrieben. Denn *lege interdici* könne nicht anders verstanden werden, als *lege sola interdici, nec Praetoris interdictionem desiderari.* Wenn also Justinian §. 2. *J. Quibus non est permiss. facere testam.* sage: *Item prodigus, cui honorum suorum administratio inter-*

31) G. VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und Jo. a SANDA de prohibita Rer. alienat. P. II. Cap. 1. §. 3. et 15.

32) Comment. ad Tit. Dig. de Verbor. Obligat. ad L. 6. h. t. pag. 55. sqq. (Francof. 1599. f.)

dicta est, testamentum facere non potest: sed id, quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est; so sey der Versatz: *cui bonis interdictum est*, nicht zum Unterschiede beygefügt, als ob es einige Verschwender gebe, denen die Verwaltung ihres Vermögens untersagt ist, und andere, denen sie nicht untersagt ist, sondern die angeführten Worte seyen nur zur Erläuterung und gleichsam als ein Grund beygefügt, warum der Verschwender nicht testiren könne. Der Sinn sey also nur der: *prodigus, ut cui bonorum suorum administratio interdicta est, oder quandoquidem ei bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest*; und die folgenden Worte: *Sed id, quod ante fecerit, etc.* seyen nun so zu erklären: *Sed id, quod ante fecit prodigus, id est, is, qui nunc prodigus est, et cui ob id est bonis interdictum, id, inquam, quod ante fecit, quam ei fieret bonorum interdictio, id est, quam vere esset prodigus, ratum est.* Das Resultat seiner Meinung geht also dahin: jeder natürliche Verschwender, auf den der Begriff eines Verschwenders paßt, sey auch eo ipso, in Absicht auf die rechtlichen Wirkungen, nach dem Geist der Gesetze schon ein juridischer Verschwender, wenn er auch gleich noch durch kein obrigkeitliches Decret dafür erklärt worden ist. Ich übergehe gern die Gründe, die Donellus noch für die Billigkeit seiner Meinung mit einer unnöthigen Ausführlichkeit hinzugefügt hat, denn es scheint mir ganz auf sie zu passen, was Virgil sagt:

— — *animum pictura pascit inani.*

Hat denn der große Rechtsgelehrte nicht eingesehen, daß ein bloß natürlicher Verschwender, dem die eigene Ver-

waltung seines Vermögens nicht von der Obrigkeit untersagt, und unter die Curatel gesetzt worden, ein juristisches Urding ist? Und die Gesetze selbst sollten ein solches Urding geschaffen haben? Der Begriff von Verschwendung ist ja bekanntlich ein sehr relativer; für den Einen ist diese Ausgabe eine Verschwendung, für den Andern ist sie nach der Größe seines Vermögens ein gewöhnlicher Luxusartikel. Es kommt also alles auf den Vermögens-Grad des Individuums an, welches der Verschwendung verdächtig ist. Die Beurtheilung aber, ob dieses Individuum juristisch für einen Verschwender zu erklären sey, kann ja kein Act der gesetzlichen, sondern nur der richterlichen Reflexion seyn. Also nicht das Gesetz selbst kann einen Menschen für einen Verschwender erklären, sondern nur den Richter berechtigen, denjenigen, auf den nach der bisherigen Führung seines Haushalts der Begriff eines Verschwenders paßt, die eigene Verwaltung seines Vermögens zu untersagen. Und welche Behutsamkeit hat nicht auch hier der Richter zu beobachten nöthig, um nicht durch ein vorschnelles Verfahren einem Menschen an seiner Ehre und Credit zu schaden? Denn Jemandem aufs Geräthwohl die Verwaltung seines Vermögens zu entziehen, ist ein gewaltsamer Eingriff in die Freyheit und das Eigenthumsrecht des Staatsbürgers. Der Richter, der hier, ohne sich genau informirt zu haben, verfährt, würde sich offenbar einer Injurienklage aussetzen. Man lasse sich doch ja nicht täuschen, als ob die Gesetze gegen diese vernünftige Ansicht Etwas sanctionirt hätten. Nein, wenn das Gesetz dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens untersagt, wie es in den oben angeführten Stellen heißt; so will es ja auch natürlich, daß die Verwaltung desselben einem Andern übertragen werde, das heißt, es

muß ihm ein Curator gesetzt werden. Diesen hat nun entweder das Gesetz selbst berufen, wie z. B. die Agnaten und nächsten Verwandten, wenn sie dazu tüchtig sind, welche denn auch zuerst für die Prodigalitäts-Erklärung zu sorgen haben; oder der Richter setzt den Curator, nach vorgängiger genauer Untersuchung der Sache, selbst. *LEGE prodigo interdicitur honorum suorum administratione*, heißt also nicht, *lege ipsa*; *lege sola prodigo bonis interdicitur*, *auctoritate iudicis vel non accedente*; denn alsdann behielte ja der Verschwen- der nach wie vor die Verwaltung seines Vermögens, und könnte so, wie bisher, fortwirthschaften, bis er sich zum Bettelstabe herabgewirthschaftet hätte; wer möchte dem Gesetz einen solchen Unsinn beylegen? sondern es heißt *lege permittente prodigo interdicitur a magistratu honorum suorum administratione*. Daß dieses aber auch der wahre Sinn der Gesetze sey, erscheint ganz klar aus folgenden Gesetzstellen.

L. 12. §. 2. D. de tutoribus et curat. dat. ULPIANUS libro III. de officio Proconsulis. DIVUS PIUS matris querelam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba: *Non est novum, quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat; nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.*

L. 10. D. h. t. ULPIANUS libro XVI. ad Edictum. JULIANUS scribit, eos, quibus per Praeto-

rem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant ³³⁾, *cum eis deminutio sit interdicta.*

Die Gesetze halten es also für billig, für diejenigen zu sorgen, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. Würden sie aber wohl ihren Zweck erreichen, wenn man sie so verstehen wollte, daß ihre Interdiction allein hinreichend sey, ohne dem Verschwender einen Curator zu setzen, der durch Verwaltung des Vermögens der Verschwendung desselben Einhalt thut? Und setzt denn nicht Julian den Grund,

- 33) Vielleicht ist das eben so zu verstehen, als wenn CICERO *Tuscul. Disputation. Lib. III. cap. 5.* vom furiosus sagt: Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant duodecim Tabulae; welches nicht so viel heißt, als ob der furiosus aufhöre Eigenthümer seiner Güter zu seyn, sondern er könne nur, so lange er in diesem Zustande der Raserey sich befindet, sein Eigenthum nicht selbst ausüben. Daher glaubt Ger. Noorr Comm. ad Dig. h. t. §. *Eius vero* (Opp. Tom II. pag. 590.) es müsse vielleicht richtiger heißen: quia ius in bonis non habeant. Ein Fehler, der vielleicht ex Siglis, quia J. in bonis non habent, welches von dem Abschreiber übersehen worden, entstanden seyn könne. Noch leichter aber hat vielleicht das ius übersehen werden können, wenn man mit Bynkershöf in der Gebauerischen Ausgabe liest: quia in bonis ius non habeant. Doch meint auch Bynkershöf, es ließe sich gewissermassen sagen, prodigum nihil habere in bonis, nämlich in Rücksicht der Dispositions-Fähigkeit, weil ein Verschwender nicht veräußern kann, welches doch eine vorzügliche Eigenschaft des Eigenthums ist. So versteht diese Stelle auch ПОТНИВЪ Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. I. Not. b. pag. 166. Daher lesen auch mehrere Ausgaben z. B. Baudouin, und Merlinus: quia in bonis nihil habent.

warum ein Verschwender nicht veräußern kann, ausdrücklich darin, weil ihm die Verminderung seines Vermögens vom Prätor untersagt worden ist? Nun denke man sich noch, Welch einer zahllosen Menge von Processen, ja welchen Betrügereyen der Weg gebahnt werden würde, wenn man die Meinung des großen Donellus in der Praxis geltend machen wollte. Ja könnte nicht auch Habsucht, Neid, und Bosheit hier eine reiche Quelle entdecken und benutzen, dem Credit eines ehrlichen Mannes zu schaden? Gründe genug, daß Niemand, der *sui iuris* ist, in der freyen Disposition über sein Vermögen gestört werden dürfe, so lang ihn nicht der Richter nach reiflicher Ueberslegung förmlich für einen Verschwender erklärt hat. Es ist nun auch fast nicht mehr zu bemerken nöthig, daß in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten häufig dem Gesetz zugeschrieben wird, was doch nothwendig einen Richterspruch erfordert ³⁴⁾. Sehr richtig urtheilte schon Einer unserer angesehensten Practiker, David Mevius ³⁵⁾, wenn er sich hierüber folgendermassen erklärt hat.

Lex in genere administrationem bonorum prodigis adimit, et, ut singulis auferatur, sua vi effecit, unde ei, tanquam primae et mediatae causae, tribuitur. Cum autem, quis prodigus sit, in individuo Lex demonstrare non valeat, sed pro variis personarum, temporum, rerum, eventuum locorumque circumstantiis id varie definiendum, et indignum, pri-

34) *L. ult. D. ad L. Corn. de falso. L. 4. §. 5. D. ad L. Jul. peculat. L. 6. §. 1. L. 7. §. 3. D. ad L. Jul. repetundar. L. 2. §. 3. D. de his, qui not. inf.*

35) *Commentar. in ius Lubecense. Lib. I. Tit. X. Artic. V. nr. 2. et 3. pag. 264.*

vato permittere famosum prodigalitatıs iudicium, aut quod cum profusionis non manifesto contraxerit, imputare, declaratio Magistratus, qua prodigum pronunciet, requiritur, cuius respectu a Praetore interdicti dicitur.

Der Fehlschluß, den man hier von einem Wahnsinnigen auf den Verschwender gemacht hat, ist auch, so wie der Unterschied zwischen beyden, selbst in Beziehung auf das Vermögen, so einleuchtend, daß hierüber auch nur ein Wort zu verlieren Zeitverschwendung seyn würde, da dieß von Andern ³⁶⁾ schon zur Genüge gezeigt worden ist. Dennoch hat die Meinung des Donellus bey mehreren, besonders bey Andreas Fachineus ³⁷⁾ und Helfr. Utr. Hunnius ³⁸⁾ Beyfall gefunden; allein von den meisten Rechtsgelehrten ³⁹⁾ ist sie mit Recht verworfen worden.

Daß die richterliche Prodigalitätsbeklärung öffentlich

36) G. VOLT Comm. ad Pand. h. t. §. 5. et §. 7 — 9. Darbelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Theil §. 301.

37) Controvers. Op. Lib. II. Cap. 63.

38) Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 20. pag. 231 — 235.

39) Paul. MONTANUS Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. XXVIII. nr. 43 — 47. Ever. BRONCHORST ΕΥΑΥΤΙΟΦΑΝΩΝ. Cent. I. Assert. 34. Jo. GOEDDARUS de contrah. et committ. stipulat. Cap. VII. nr. 134. sqq. Jo. Jac. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIII. Th. 22. pag. 556. besonders Ant. MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. Cap. 27. (Bruxellis 1745. f. Tom. I. pag. 34. sqq.) und Sam. de COCCERII Jur. civ. contr. P. II. Lib. XXVII. Tit. 10. Qu. 3. pag. 242.

bekannt gemacht werde, darin sind alle Rechtsgelehrten ⁴⁰⁾ einverstanden. Zwar paßt die Gesetzstelle, *L. 11. §. 2. D. de institor. act.* welche man gewöhnlich dafür anzuführen pflegt, eigentlich nicht. Denn sie spricht von einem Handlungsfactor, zwischen welchem und einem gerichtlich erklärten Verschwender noch ein großer Unterschied ist ⁴¹⁾. Es erfordert vielmehr die Sicherheit des Publikums eine solche öffentliche Bekanntmachung zur Warnung desselben. Daher muß die Bekanntmachung nicht nur an dem Orte geschehen, wo der pro prodigo Erklärte seinen eigentlichen Wohnsitz hat, sondern auch da, wohin der vorzüglichste Wirkungskreis des Verschwenders ging. Sie ist denn auch ausserhalb Landes von Wirkung ⁴²⁾. Während der Untersuchung über die Prodigalität eines Individuums sind zwar dem Richter zweckmäßige Vorbeugungsmittel gegen ferneren Vermögensverfall allerdings erlaubt ⁴³⁾; allein eine dem guten Namen und Credit eines Menschen, der sich gegen den wider ihn streitenden Schein doch vielleicht noch rechtfertigen könnte, nachtheilige Bekanntmachung findet nicht Statt. Auch kann sich eine bloß provisorische Verfügung, da doch der Ausgang der Untersuchung immer noch zweifelhaft ist, nicht bis zur gänzlichen Entziehung der Administration und des Genus

40) VOBT Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Jo. a SANDE de prohibita rer. alienat. P. II. Cap. I. §. 8. Hoppe von jurid. Verschwendern. §. 5. S. 45. u. 48.

41) S. Ant. MERENDA Controvers. iuris Lib. I. cap. 28. §. 15.

42) VOBT h. t. §. 11. Hoppe angef. Schrift. S. 48. S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts S. 97. f.

43) S. Gönner's Handbuch des deutsch. gemeinen Proccesses. 4. Bd. Nr. LXXIX. §. 58. S. 562. (Der 2. Aufl. Erlangen 1805.)

ses seines Vermögens erstrecken. Diese kann erst mit der Prodigalitätsberklärung erfolgen. Wohl aber können in einzelnen Fällen diejenigen, von denen bekannt wird, daß sie mit ihm sich in Contracte einlassen wollen, wegen der wider ihn obwaltenden auf Prodigalitätsberklärung gerichteten Untersuchung gewarnt werden. Wie nun aber wenn ein solcher Mensch, der wegen angezeigter Verschwendung in gerichtliche Untersuchung gerathen ist, der provisorischen Vorkehrungen ungeachtet, Etwas von seinem Vermögen veräußert haben sollte, ist diese Veräußerung bey nachher erfolgter Prodigalitätsberklärung für nichtig zu achten? Die Annullirung einer solchen Veräußerung scheint an sich kein Bedenken zu haben. Denn eine Vergleichung zwischen dem Vermögen eines der Prodigalität wegen gerichtlich Angeklagten, und einer *res litigiosa*, über welche während des Processes nicht disponirt werden kann⁴⁴⁾, läßt sich wohl vertheidigen. Es kommt denn auch nichts darauf an, ob der Dritte von der Lage des Veräußernden Wissenschaft gehabt hat, oder nicht⁴⁵⁾. *Qui enim cum alio contrahit, sagt Ulpian libro XXIV. ad Sabinum*⁴⁶⁾, *vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius*⁴⁷⁾. Wären aber während der Untersuchung

44) L. 2. L. 4. C. de litigiosis. (VIII. 37.) S. Schweppe Römisches Privatrecht. 1. Th. S. 162. a. der 4. Aufl.

45) L. 4. pr. et §. 1. Cod. de litig.

46) L. 19. pr. D. de div. Reg. iuris.

47) Loß in den civilist. Abhandlungen. S. 226. nimmt jedoch den Fall aus, wenn das Geschäft auf Seiten des Verschwenders auf keiner Freygebigkeit beruht, und der Dritte, welcher sich mit ihm auf den Grund eines lästigen Vertrags einließ, eidlich erhärten kann, daß er nicht gewußt habe, daß der Verschwender seiner Prodigalität wegen bereits gerichtlich angeklagt gewesen sey.

gar keine interimistische Vorkehrungen von Seiten des Gerichts getroffen worden; so kann der Angeschuldigte, so lange der Proceß noch schwebt, nicht als positiv gesetzlich erwiesener Verschwender betrachtet werden. Er würde aber so behandelt, wenn die mit ihm geschlossenen Contracte annullirt werden sollten⁴⁸⁾. Die Prodigalitätserklärung kann aber keine zurückwirkende Kraft haben, auch dann nicht, wenn der Verschwender notorisch, als solcher, bekannt seyn sollte⁴⁹⁾.

V. Die Curatel über Personen, welche an einem körperlichen Gebrechen leiden, nämlich Taube, Stumme, Blinde, und andere gebrechliche, oder beständig kranke Personen, die dadurch gehindert werden, ihren Angelegenheiten selbst vorzustehen⁵⁰⁾. Diese ist eine bloße Dativ-Curatel, welche in der Regel nur auf deren Verlangen angeordnet zu werden pflegt⁵¹⁾. Sie ist denn auch bloße Beyhülfe, und beschränkt den Curanden nicht, so weit er derselben nicht bedarf⁵²⁾. Nur Taubstumme, die sich durch verständliche Zeichen nicht auszudrücken vermö-

48) S. Ernst. Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten. 13. Bd. S. 304. ff.

49) S. Hoppe angef. Schrift. S. 49. f. MERENDA Controv. iuris Lib. I. cap. 27. §. 9. und Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Simile est*, in fin. pag. 589.

50) §. 4. *J. de Curat. L. 12. pr. D. de tutor. et curat. dat. L. 2. D. h. t.*

51) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 14 — 18. (Vol. II. pag. 227. sqq. edit. noviss. Norimberg. 1805. 8.)

52) VORST Comm. h. t. §. 13. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 746.

gen, kann auch wohl auf den Antrag der Verwandten ein Curator von der Obrigkeit bestellt werden⁵³⁾.

VI. Die Cura über Kinder, die noch in väterlicher Gewalt sind. So lange Kinder in väterlicher Gewalt sind, kann eigentlich von keiner Vormundschaft über dieselben die Rede seyn⁵⁴⁾. Allein wenn Jemand einer Person, die noch unter väterlicher Gewalt ist, ein Vermögen zuwendet, z. B. sie zum Erben einsetzt, oder beschenkt, und zwar so, daß der Vater den Nießbrauch und die Verwaltung desselben nicht haben soll; so kann er, wenn diese Person noch nicht das Alter erreicht hat, daß sie ihr Vermögen selbst verwalten kann, in seinem Testamente einen Curator bestellen, und dieser kann denn auch sogar der Mutter oder Großmutter die Verwaltung überlassen, wenn sie dieselbe übernehmen wollen. In Ermangelung desselben kann die competente Obrigkeit einen Curator ernennen. Es gehört hierher die *Nov. CXVII. Cap. 1. §. 1.* welche nach *Hombert's* Uebersetzung folgenden Inhalts ist.

Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictæ vel donatæ sunt, (sc. *ut pater in his rebus neque usumfructum, nec ullam plane partem habeat*) si quidem perfectæ ætatis sint, licet sub potestate constituti, quo velint modo administrandi facultatem habeant. Si vero imperfectæ ætatis sint, ab eo administrantur, qui testatori vel donatori placuerit, donec illi, quibus donatum vel relictum est, ad perfectam ætatem vé-

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

54) *L. 6. §. 4. D. de tutelis. L. 7. pr. Cod. de curat. furiosi vel prodigi.*

niant: licentiam habente testatore, vel donatore, earum administrationem matri, vel aviae eorum, in quos res collatae sunt, si velint, credere, quamvis dictae mulieres maritos habeant: ita tamen, si illae administrationem suscipere velint, Quod si is, qui relinquit, vel donat, nullum forte administratorem iis constituerit, vel qui ab eo datus est, administrationem hanc suscipere aut noluerit, aut non potuerit, vel antequam illi perfectae aetatis fiant, moriatur: tum iubemus, ut competens iudex curatorem fide dignum cum legitima fideiussione illis rebus constituat, qui substantiam illis personis relictam administret et custodiat, donec illi, ut dictum est, ad perfectam aetatem venerint.

Eben so kann auch ein minderjähriger Haussohn, der eine ihm angefallene Erbschaft gegen den Willen des Vaters angetreten hat, zur Verwaltung derselben, um einen Curator bey der Obrigkeit bitten.

L. 8. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis. (VI. 61.)
 Sin autem in secunda aetate adhuc filius est, et hereditate ei delata, pater consentire adeunti hereditatem noluerit, — patre autem recusante filius adire maluerit, damus quidem licentiam ei hoc facere. Nolente autem patre res filii gubernare propter causae necessitatem: habeat facultatem filius adire competentem iudicem, et ab eo petere curatorem hereditati dari, per quem gubernatio rerum ad eum delatarum procedat.

§. 1390. h.

Wer kann Curator seyn?

Soviel 5) die Person der Curatoren betrifft; so kön

nen alle diejenigen auch Curatoren seyn, welche eine Tutel zu führen fähig sind, sofern ihnen nicht ein besonderes gesetzliches Verbot entgegensteht⁵⁵⁾. Wer also nicht tutor seyn kann, kann auch nicht zum Curator bestellt werden. Jedoch ist in Rücksicht der Fähigkeit zur Curatel das Besondere, daß nach dem Röm. Rechte der Mann nicht Curator seiner Frau, und auch der Bräutigam nicht Curator seiner Braut seyn kann⁵⁶⁾. Der Grund ist nicht sowohl, weil man besorgt, der Frau möchte, wenn der Mann die Curatel schlecht verwaltet hat, demselben die Nachlässigkeit verzeihen, und ihm die Entschädigungsverbindlichkeit erlassen; denn das wäre eine Schenkung, welche ohnehin unter den Ehegatten nicht gilt; sondern weil es einen Unfrieden unter den Ehegatten verursachen würde, wenn die Frau Rechnungsablegung von ihrem Manne verlangen wollte, welchen doch die Gesetze auf alle mögliche Art unter den Ehegatten verhütet wissen wollen⁵⁷⁾. Der Hauptgrund scheint aber besonders der zu seyn, weil ja diese Curatel in Widerstreit mit dem Verbote der Ehe zwischen dem Curator und seiner Pflegbefohlenen gerathen würde⁵⁸⁾. Denn auf dieses Eheverbot ist ja jenes Verbot der Curatel

55) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 2. pag. 252. (Vol. II. edit. noviss. Norimberg.) und Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Quaerentibus.

56) L. 14. D. h. t. L. 2. C. Qui dare tutor. (V. 34.) L. 1. §. 5. D. de Excusat. S. den 29. Th. §. 1501. S. 110 ff. und Th. 31. S. 191. Vergl. auch Reinh. WALCHOVIUS ad Treutlerum Vol. II. P. I. Disp. IX. Corollar. pag. 502.

57) S. Ant. FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 5. pag. 763.

58) S. POTIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. b. pag. 167.

gegründet⁵⁹⁾, und es läßt sich daher der heutige Gebrauch dieses Verbots mit Grund nicht bezweifeln⁶⁰⁾. Es kann jedoch auch der Schwiegervater nicht Curator seiner Schwiegertochter seyn. In der Oration des Kaisers Marcus vom Verbote der Ehe zwischen dem Vormund und seiner Pfliegbefohlenen war zwar von diesem Falle wörtlich nichts enthalten; allein man wendete sie doch auch auf diesen Fall an, weil man besorgte, die Schwiegertochter möchte sich eben so scheuen, von ihrem Schwiegervater, so wie die Frau von ihrem Manne, Ablegung der Rechnung zu verlangen. Daher rescribiren die Kaiser Gallienus und Valerianus *L. 17. C. de excusatione tutor.*

59) *G. Fragm. Vatican. de Excusatione §. 201.* Erit haec etiam excusatio, si quis uxori suae curator datur. Nam sicuti Senatus censuit, ne quis eam ducat, cuius tutor vel curator fuit, ita uxoris suae non debere curam administrare, divus SEVERUS Flavio Severiano rescripsit. Und §. 202. Item. Proinde, si cui fuerit pupilla a patre desponsa, non debet ei tutor dari, ne nuptiae impediatur, et datus excusabitur; et si sponsae suae curator fuerit datus, debebit excusari, nisi forte a patre tutor vel curator fuerit destinatus. *G. de BOCHHOLTZ Commentar. in Vatic. Fragmenta pag. 155.*

60) *G.* besonders *Jos. Lud. Ern PÜTTMANN* Progr. ad orationem D. MARCI de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. *Lipsiae 1783. 4.* Das Gegentheil behaupten zwar *Jo. Ortwin WESTENBERG* in D. Marco. Diss. XLV. §. 33. pag. 394. und *Christ. Henr. BRUNING* Diss. de tutore sponso pupillae. *Lips. 1769.* Allein Püttmann hat diese Meinung in der angef. Schrift pag. 17 — 20. ausführlich widerlegt. Man sehe jedoch auch *Ge. Steph. WISSAND* Opuscula (*Lipsiae 1782.*) Specim. VI, pag. 74. sqq.

Licet orationis sub *divo* MARCO habitae verba deficiant: *is tamen, qui post contractas nuptias nurui suae curator datur, excusare se debet, ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat* ⁶¹⁾.

Es fragt sich aber, ob der Sohn zum Curator seiner blödsinnigen oder verschwenderischen Eltern bestellt werden könne ⁶²⁾? Daß ein Sohn Curator seines Vaters seyn könne, wenn der Vater seinen Geschäften nicht mehr selbst vorstehen kann, hat an sich keinen Zweifel, wie Ulpian *libro III. de officio Proconsulis* ⁶³⁾ sagt. Celsus hielt zwar dieß mit mehreren andern für unanständig. Allein der Kaiser Divus Pius rescribirte an den Justius Celer, und eben so rescribirten auch die *Divi Fratres*, es sey besser und naturgemäßer, daß der Sohn, wenn er ein rechtlicher Mann und

61) Diese labes pudoris bezieht sich auf die angedrohte Strafe der Infamie. *L. 4. Cod. de excusat. tutor. et curat.* C. den 29. Th. des Commentarß. §. 1301. C. 110.

62) *S. Christ. Lud. CRELL Observaciones de filio patris aut matris curatore: ad L. 1. §. 1. D. de curat. far. Vütembergae 1754. 4.*

63) *L. 19. pr. et §. 1. D. de tutor. et curator. dat.* His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit. — Neo dubitabit, filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud CELSUM, et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit, patrem a filio regi, attamen divus Pius *Justio Celeri*, item *divi Fratres* rescripserunt: filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. *Jac. CUJACIUS Lib. X. Observat. cap. 57.* hat aus alten Inschriften erwiesen, daß statt *Justio*, *Instia Celeri* gelesen werden müsse.

guter Hauswirth ist, als daß ein Fremder dem Vater zum Curator bestellt werde. Denn deswegen zeugen wir ja Söhne, sagt Plato ⁶⁴⁾, daß sie in unserm hilflosen Alter für uns sorgen, und uns mit ihrem Rath und Hülfe unterstützen sollen, und Quinctilian ⁶⁵⁾ bemerkt sehr richtig: quod omnium sit votum parentum, ut honestiores, quam sint ipsi, liberos habeant. Man kann auch zu dem Sohne das Vertrauen haben, daß er für seinen Vater besser sorgen werde, als ein Fremder. Mit Ulpian stimmt Paulus vollkommen überein, wenn er *libro I. de officio Proconsulis* ⁶⁶⁾ sagt:

Sed et aliis dabit Proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit: *nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare.*

Soviel nun aber insbesondere die aufgeworfene Frage betrifft; so theilen sich hier die Meinungen der Rechtsgelehrten. Einige ⁶⁷⁾ behaupten, der Sohn könne zwar die Curatel über den wahnsinnigen Vater führen, aber nie dürfe demselben die Curatel über den Vater überlassen werden, wenn dieser pro prodigo erklärt worden ist.

64) *Gorgias*, Oper. a Frid. Astio editor. Tom. I. pag. 293. in fin.

65) *Instit. orator. Lib. XI. Cap. 1. pag. 980. (edit. Burman.)*

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

67) *DOMAT les loix civil. dans leur ordre natur. Tom. II. Liv. II. Tit. II. Sect. I. §. 11. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 746. von Wening Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. IV. Buch. §. 416. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 301. Hufeland Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1651. Not. c. Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 887. S. 141.*

Anderer ⁶⁸⁾ hingegen machen keinen Unterschied, sondern behaupten, daß dem Sohne, wenn er nur sonst zur Führung der Curatel tüchtig ist, sowohl die cura furiosi als prodigi über die Eltern überlassen werden könne. Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen würde wohl freylich die cura furiosi weniger Schwierigkeit finden, als die cura prodigi parentis. Denn wir haben in diesem Titel einige Stellen, welche gar keinen Zweifel übrig lassen, daß die curatio in patre furioso sowohl, als die furiosae matris curatio dem Sohne überlassen werden könne. Hierher gehört

1) die Stelle aus *ULPIANI libro I. ad Sabinum* ⁶⁹⁾, welche folgendermassen lautet: Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda. *Sed exstat Divi Pii rescriptum, filio potius curatio-nem permittendam in patre furioso, si tam* ⁷⁰⁾ *probus sit.*

68) DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 3. (Vol. II. edit. noviss. Norimberg. pag. 253.) *Ulr. HUBER* Praelection. ad Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 6. in fin. *Hieron. ALBANDER* ad Gaji Epit. Institut. Lib. I. Tit. 8. Not. 7. (in *Ant. SCHULTING* Jurispr. vet. *Ante-justin.* pag. 67.) *Ant. FABER* Jurispr. Papin. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 3 pag. 762. *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. *Quaerentibus* pag. 590. *CRULL* cit. Diss. Obs. VII. und *Lhibaut* System des Pandect. Rechts. 1. Bd. §. 509.

69) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

70) Einige Ausgaben, z. B. die des Robert Stephanus und des Petrus ab Area Baudouza Cestius, lesen: *si tamen*, und dieß hält *Jo. van de WATER* *Observation. iuris Rom.* Lib. III. Cap. 12. pag. 349. für die richtige Lesart. *Ger. NOODT* Comm. ad Dig. h. t. §. *Quae-*

2) Die Stelle aus Ulpianus *libro XXXVIII. ad Sabinum* ⁷¹⁾: *Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequalis* ⁷²⁾ debetur.

rentibus (*Opp.* Tom. II. pag. 590.) meint hingegen, daß das *tam* hier für *valde* genommen werde, so wie es auch *L. 24. §. 1. D. de minorib.* in dieser Bedeutung vorkommt. Daß diese Bedeutung auch den Röm. Classikern nicht fremd sey, habe, nach *AUSONIUS POPMA de usu antiquar. locution. Lib. II. cap. 1. Frid. TAUBMANN ad Plauti Mostellar. Act. IV. Sc. II. v. 9. pag. 566. lit. C. (Vitebergae 1612. 4.)* aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Allein es ist kein hinreichender Grund vorhanden, von der florentinischen Lesart, und dem gemeinen Sprachgebrauche abzuweichen. Unter den Worten: *si tam probus sit*, muß man sich nur, wie sich von selbst versteht, denken, *ut sc. curatio patris ei tuto permitti possit*, wie auch *SMALLENBURG ad Ant. SCHULTINGII Notas ad Digesta s. Pand. Tom. IV. (Lugd. Batav. 1823. 8.) ad h. L. §. 1. pag. 506.* sehr richtig bemerkt hat. Diese Erklärung stimmt auch mit den *Basilic. Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 1. pag. 162.* überein, wo es heißt: *οι παίδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἰκανοί*, i. e. *si filii eorum idonei sint.* Denn *ἰκανός* heißt so viel, als tüchtig, fähig, geschickt, im Stande. *S. Passow griech. Lexikon. h. v.*

71) *L. 4. D. h. t.*

72) Mehrere Rechtsgelehrten haben in diesen Worten die bekannte Redefigur finden wollen, welche man *Liptotes* nennt, wo mehr gesagt worden, als verstanden werden soll. Denn es sey bekannt, daß die Mutter gar keine potestas in liberos habe. *L. 5. C. de adopt. (VIII. 48.) ULPIAN. Fragm. Tit. VIII. §. 3.* Es könne also auch Ulpianus Meinung nicht seyn, ihr wenigstens einige potestas in liberos einzuräumen. *S. Ger. Noone Observation. Lib. II.*

Zweifelhafter ist die *curatio parentis prodigi*. Nun sagt zwar freylich Ulpian in der angeführten ersten Stelle:

Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda.

Allein dieß kann doch wohl nur soviel heißen, ehemals habe man Bedenken getragen, dem Sohne die Curatel über seinen für einen Verschwender erklärten Vater zu überlassen. Warum? Ulpian sagt uns dieses selbst in der oben vorgekommenen *L. 12. §. 1. D. de tutor. et curator dat.* Celsus und mehrere Andere hätten es für unschicklich gehalten, *patrem a filio regi*. Dieß konnte doch wohl nur hauptsächlich auf den Fall sich beziehen, wenn der Vater für einen Verschwender erklärt worden ist. Denn wer hätte sonst darin etwas Unanständiges finden können, wenn der Vater wegen Altersschwäche, oder wegen Blindheit, oder wegen Blödsinn, eines Curators benöthigt ist, und die Obrigkeit für rathamer hält, die Curatel dem Sohne, als einem Fremden, zu übertragen? War hingegen der Vater *pro prodigo* erklärt worden; so gab es größern Anstoß, dem Sohne die Curatel über den Vater zu überlassen. Hier widersprach Celsus,

Cap. 15. und Desselben Julius Paulus cap. 7. auch *Jovan de WATER* *Observat. iur. Rom. Lib. III. Cap. 12. pag. 542.* und *L. A. HAMBROGER* *Opusc. iurid. pag. 185.* Allein daß das neuere Römische Recht der Mutter allerdings einige Gewalt über die Kinder einräumt, z. B. in Ansehung der Bestellung eines testamentarischen Vormundes, und in andern Fällen, hat *PÜRSMANN* *Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 10.* gezeigt. Ich bemerke nur noch, daß statt *aequalis debetur*, wie *Halander*, und die meisten Ausgaben lesen, die florentinische Ausgabe *aequa debetur* hat.

und mehrere stimmten ihm bey, *quasi indecorum sit, patrem a filio regi*. Schon dieser Grund zeigt, daß ein solcher Fall gemeint sey, wo der Vater seiner bewußt ist, und weiß, was mit ihm vorgeht. Daher sagte auch Fabianus beym Seneca⁷³⁾. *In hoc enim latam esse legem, ut pater a filio sanari deberet, non ut regi*. Und wie wenn sich auch der Sohn selbst, durch das Beyspiel des Vaters verführt, eine verschwenderische Lebensart angewöhnt haben sollte? Wir finden ja ein solches Beyspiel bey Seneca⁷⁴⁾, wo der Vater, wie der Sohn, Verschwender waren. Dennoch, sagt Ulpian, hätten die *divi Fratres*, so wie *divus Pius* an den Justius Celer rescribirt:

filium, si SOBRIE vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.

Der Ausdruck *sobrie vivere* ist hier nicht ohne Bedeutung. Er wird dem *luxuriose vivere* entgegengesetzt, welcher Ausdruck L. 15. h. t. vorkommt. Eine Stelle aus Cicero⁷⁵⁾ setzt diesen Gegensatz ausser Zweifel. Er sagt: *Intelligemus, quam sit turpe diffluere LUXURIA, et delicate ac molliter vivere, quamque honestum — parce, continenter, severe, SOBRIE*. Sollte also nicht schon die Voraussetzung auf Seiten des Sohns, *si SOBRIE vivat*, wosern er zum Curator seines Vaters bestellt werden soll, auf den Fall hindeuten, wenn der Vater ein verschwenderisches Leben führt? Es wird sogar für besser gehalten, dem Sohne die Curatel zu übertragen, als einem Fremden. Unstreitig weil er besser für

73) *Controvers. Lib. II. Controv. 11. in Divis.*

74) *Controvers. XIV.*

75) *De Officiis Lib. I. Cap. 50. nr. 106.*

die Erhaltung des Vermögens sorgen wird, als ein Fremder. Dieß ist auch gewiß dem Wunsche der Eltern gemäß, qui malunt curatione filiorum defendi, sagt Trell⁷⁶), quam extraneis se committere, et illorum iniuriam cum gemitu ac dolore exspectare. Ab extraneis enim metuunt, ne vel divitias suas invidiae exponant, vel paupertatem detegant, atque ita augeant molestias effoetae senectutis. Quare gaudent senes illi, si a filiis administrentur bona sua, quae filiorum causa ab illis comparata sunt, et quorum hereditatem, filiis in primis, destinaverunt⁷⁷). Da also auch dieser Fall nicht ausgenommen ist, so konnte Ulpian mit Recht ganz allgemein sagen: *Nec dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare.* Und dieser besonnene Ulpian sollte sich selbst widersprochen haben, wenn er *L. 1. §. 1. D. h. t.* sagt: *Curatio autem eius, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda?* Wie konnte man denn so ganz übersehen, daß Ulpian davon spricht, was man ehemals für bedenklich hielt? *Filio NEGABATUR permittenda*, sagt er ja ausdrücklich, und deutet damit gewiß auf die Meinung des Celsus und vieler andern hin, welche es für unschicklich hielten, patrem a filio regi, wie er sich in der andern Stelle darüber ausführlicher geäußert hat. Spräche Ulpian vom noch bestehenden Rechte, warum sagte er nicht: *filio NEGATUR permittenda?* Daß aber Ulpian wirklich nur sagen wollte, was ehemals vielen bedenklich geschienen, jetzt aber nicht mehr so sey, erhellet nun noch vollends aus dem Nachsage.

76) Diss. cit. Observ. VI. S. auch Obs. VII.

77) *L. 15. D. de inoff. testam.*

SED extat Divi Pii rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit.

Diesß ist ja das nämliche Rescript, welches Ulpian in der andern Stelle noch bestimmter angeführt hat, ein Rescript an den Justius Celer, wodurch *Divus Pius*, sich über die Meinung der Alten hinwegsetzend, welche das Wort *regi* gewiß in dem ganz unschicklichen Sinne für *imperare* genommen hatten, eine Bedeutung, welche dem Begriff der Curatel offenbar widerspricht, ganz allgemein sanctionirte:

filium, si SOBRIE vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.

Freylich hat man sich durch die Worte: *filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit*, täuschen lassen. Diese Worte hat man nun sicher so verstanden, eher könne man dem Sohne die Curatel über seinen wahnsinnigen Vater überlassen, als über einen solchen Vater, welcher von der Obrigkeit für einen Verschwenker erklärt worden ist. Allein wenn das Rescript des *Divus Pius*, so wie der *divorum fratrum*, wirklich nur auf die *cura furiosi* beschränkt seyn sollte, warum sagte denn Ulpian dort kein Wörtchen davon, wo er die Frage, ob der Sohn zum Curator seines Vaters bestellt werden könne, hauptsächlich erörtern wollte? Warum stellte er dort den ganz allgemeinen Satz auf:

Non dubitabit Proconsul, filium quoque patri curatorem dare;

ohne zu unterscheiden, ob der Vater *furiosus* oder *prodigus* sey? Daß also Ulpian gerade hier sagt, *in*

patre furioso, kann den Fall der *cura prodigi* nicht ausschließen. Denn Ulpian hatte ja kurz vorher gesagt, *prodigo, cui bonis interdicitur, curatorem dari exemplo furiosi*; und Seneca⁷⁸⁾ sagt mit Recht: *luxuriosus adolescens peccat: senex luxuriosus insanit*. Daß *potius curationem permittendam*, geht auch gar nicht auf die *cura furiosi*, sondern soll nur das ausdrücken, was Ulpian in dem andern Fragment bestimmter sagte: *filium patri curatorem dandum magis, quam extraneum*. Also das *filio potius curationem permittendam*, heißt nichts anders, als es sey besser, dem Sohne die Curatel über seinen Vater zu übertragen, als einem Fremden. Meine Ansicht bestätigen endlich auch die Basiliken⁷⁹⁾, in welchen der Sinn der *L. 1. h. t.* so ausgedrückt worden ist:

Τῶ ἀσώτῳ μήτε μέτρον, μήτε καιρὸν, ἐπιστάμενῳ δαπάνης, δίδοται πρὸς μίμησιν τοῦ μαυρομένου κουράτωρ — Οἱ παῖδες δὲ αὐτῶν ὄντες ἱκανοὶ, κηδεμονεύειν αὐτῶν ὀφείλουσιν.

Prodigo, qui neque modum, neque tempus expensarum novit, ad exemplum furiosi curator datur. — Filii autem eorum, si idonei sint, curationem eorum suscipere debent.

Ob übrigens der Sohn noch in väterlicher Gewalt ist, oder nicht, darauf kommt nichts an, wenn er nur sonst brav ist⁸⁰⁾. Denn die Gesetze betrachten eine solche

78) *Lib. II. Controvers. XIV. alt. pars.*

79) *Tom V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 1. pag. 162.*

80) *G. Ant. FABER Jurispr. Papinian. Tit. VIII. Princ. VII. Illat. 12. pag. 329.*

Curatel mehr aus dem Gesichtspunct einer kindlichen Liebespflicht, als einer potestas⁸¹⁾). Daher sagt Crell⁸²⁾, der Sohn sey sogar zur Uebernehmung der Curatel über seine Eltern verbunden, und könne im Verweigerungsfalle mit dem Verlust der Erbschaft derselben bestraft werden. Sein Grund ist, weil der Sohn schuldig sey, seine Eltern zu ernähren⁸³⁾; er müsse also auch dafür sorgen, daß sie nicht verarmen, sondern das Vermögen erhalten werde, welches ihnen den Unterhalt gewährt. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß. Denn die *L. 1. h. t.* spricht bloß von einer Erlaubniß: *permittendam esse filio curationem patris*. Die *L. 3. C. de curat. furiosi* aber redet nur von der Erbitung eines Curators für den Vater. Kaiser Gordian rescribirt daselbst:

Si pater tuus mentis compos non est, pete ei curatores, per quos, si quid gestum est, quod revocari oporteat, causa cognita in pristinum statum restitui possit.

Die *Nov. CXV. Cap. 3. §. 12.* sieht es nun zwar als eine grobe Undankbarkeit an, wenn sich die Kinder ihrer in Wahnsinn verfallenen Eltern nicht annehmen, weshalb sie mit dem Verlust der elterlichen Erbschaft bestraft werden können. Allein daß sie die Curatel über sie selbst übernehmen sollen, befehlt das Gesetz nicht; genug also wenn sie für ihre Pflege und Wartung sorgen, so daß es ihnen an nichts gebricht, und wofern sie selbst die

81) S. CRELL Diss. cit. Obs. VI. et VII.

82) Diss. cit. Obs. VI. et VII. pag. 29.

83) *L. 5. pr. D. de agnosc. et alend. liber. L. 1. C. de alend. liber. et parent. (V. 25.) L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis (VI. 60.) Nov. CXVII. cap. 7. in fin.*

Verwaltung des Vermögens nicht übernehmen können, oder wollen, um die Ernennung eines Curators bitten.

§. 1390. i.

Erbittung der Curatoren. Wenn ist sie nöthig?

Noch entsteht 5) die Frage, ob es auch bey der Curatel der Mündigen, so wie bey der Tutel oder Curatel der Unmündigen ⁸⁴⁾, Fälle gebe, wo Jemand verpflichtet seyn könne, den Richter aufzufordern, daß er demjenigen, welcher desselben bedürftig ist, einen Curator bestelle? Hugo Donellus ⁸⁵⁾ hat diese Frage mit Recht verneinet. Die Verbindlichkeit zur *petitio* fällt also in der Regel hier weg ⁸⁶⁾. Denn es giebt kein Gesetz, welches hier so, wie bey der verachlässigten Pflicht der Erbittung von Tutoren oder Curatoren für Unmündige, eine Strafe gedrohet hätte. Das Gegentheil lehren viel mehr die Gesetze ⁸⁷⁾ ausdrücklich. Nur bey der Mutter machen die Gesetze eine Ausnahme, welche auch einem wahnsinnigen Kinde einen Curator zu erbitten nicht versäumen darf, wenn es auch nicht mehr unmündig ist, wofern sie nicht in die Strafe des Gesetzes verfallen will ⁸⁸⁾. Daß hingegen Verwandte, und Freunde, oder auch Fremde,

84) S. den 30. Th. des Commentars §. 1323. S. 87 ff.

85) Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 19. §. 15. p. 239. 89. (Vol. II. edit. noviss. Norimberg.)

86) Voss Comm. h. t. §. 2. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 743. Vergl. auch den 30. Th. des Commentars. §. 1323. S. 87.

87) L. 1. D. Qui pet. tutor. vel curator. L. 2. §. 29. et 30. D. ad Sctum Tertull. L. 6. Cod. Qui petant. tutor vel curator. (V. 31.)

88) L. 2. §. 31. D. ad Sctum Tertull.

welche dabey interessirt sind, bey der competenten Obrigkeit auf die Bestellung eines Curators in einem benötigten Falle antragen können, ist schon oben bey der cura furiosorum und prodigorum bemerkt worden. Es entsteht aber hier wieder die Frage, ob der Sohn selbst dazu berechtigt sey? Sind die Eltern in Wahnsinn verfallen, so leidet die Erbittung keinen Zweifel. Denn dafür spricht die oben angeführte Constitution des Kaisers Gordianus⁸⁹⁾, man lese nun in der Inscription derselben *Aureliae*, oder *Aurelio*, oder *Aureliano*. Sofern jedoch der Sohn die Curatel nicht selbst übernehmen will, oder kann, so würde er wenigstens auf die Bestellung eines Curators bey der Obrigkeit antragen müssen, wie ich bereits bemerkt habe. Kann aber auch der Sohn den Antrag machen, daß dem Vater, als einem Verschwender, die eigene Verwaltung seines Vermögens untersagt, und derselbe unter Curatel gesetzt werde? Daß der Prätor einem solchen Antrage Gehör gegeben, lehrt ein merkwürdiges Beispiel bey Valerius Maximus⁹⁰⁾. Seine Worte sind:

C. LICINIUS cognomine Hoplomachus, a Praetore postulavit, ut patri suo bonis, tanquam ea dissipanti, interdiceretur. Et quidem, quod petierat, impetravit.

Auch Fabius Quinctilianus⁹¹⁾ tadelt dieses an sich nicht, empfiehlt nur dem Sohne Mäßigung und Ver-

89) *L. 3. C. de curat. furios. vel prod.*

90) *Exemplor. memorabil. Lib. VIII. Cap. 6. Ex. 1.*

91) *Institut. orator. Lib. XI. Cap. 1. (Tom. I. pag. 974. edit. Burmann. et Volum. IV. pag. 262. nr. 58. edit. Spalding)*

scheidenheit, welche die Ehrfurcht gegen den Vater nicht verlegt. Der Sohn soll sein Bedauern über den Zustand des Vaters bezeigen, und die traurige Nothwendigkeit seiner Pflicht vorstellen, und dieses alles zwar nur mit wenig Worten, aber doch auf eine Art aussprechen, welche zeigt, daß ihm die Sache zu Herzen gehe, möge ihm der Vater deswegen auch noch so harte Vorwürfe machen. Praeter hoc tamen, sagt der treffliche Lehrer der Beredsamkeit, quod est commune, propriam moderationem quaedam causae desiderant. Quapropter et qui curationem bonorum patris postulabit, doleat eius valetudine: et quamlibet gravia filio pater obiecturus, miserrimam sibi ostendat esse hanc ipsam necessitatem: nec hoc paucis modo verbis, sed toto colore actionis, ut id eum non dicere modo, sed etiam vere dicere appareat. Diesen Fall berührt auch Seneca in seinen Controversen⁹²⁾. Er läßt den Sohn durch Seleucius ermahnen, nur ja nicht die Schattenseite des Vaters zu grell zu berühren, sondern den Fehler des Alten lieber von der Seite einer Gemüthskrankheit darzustellen, als ihn geradezu Verschwendung zu nennen. Minime solere patri objici luxuriam, sagt daselbst Seleucius, non magis, quam avaritiam, quam iracundiam. Non vitia patris accusari solere, sed morbum: et, si possit aliquid praeter dementiam objici patri, luxuriam non posse. Es darf auch der Sohn selbst kein Verschwender seyn. An, si ob hoc pater accusari potest, possit a tali filio? so läßt Seneca den Seleucius weiter sprechen. Hic vitiorum exprobratio. Si ebrietatem objicere solet

92) Lib. II. Controv. 14. (Oper. Tom. III. pag. 209. edit. Gronov.)

ebrius: si petulantiam, iniuriae damnatus: et iam, si ob hoc accusari potest, etiam a tali filio⁹³⁾? Es ist also, hier anzuwenden, was Labeo bey Ulpian⁹⁴⁾ gebeut, *in factum verbis temperandam esse actionem*, ne dolus malus ac nequitia patri facile obii-
ciatur. Die Formel: *Quando tibi bona NEQUITIA tua disperdis*, welche sonst bey der Prodigalitäts-Erklärung gebräuchlich war, würde also hier gar nicht passen. Doch hat Crell⁹⁵⁾ wohl Recht, wenn er sagt: *Triste igitur officium obibit filius, qui patri luxurioso vult curator dari*. Dieser traurigen Pflicht überhebt aber das musterhafte allgemeine Preussische Landrecht⁹⁶⁾ den Sohn, wenn es verordnet:

„Kinder können ihren Eltern nur, wenn dieselben wegen Wahn, oder Blödsinnes; nicht aber, wenn sie wegen Verschwendung unter Vormundschaft genommen werden müssen, zu Vormündern bestellt werden.“

§. 1390. k.

Was haben Tutel und Curatel mit einander gemein?

Im übrigen folgt die Curatel den Grundsätzen der Tutel⁹⁷⁾, nämlich was die Pflichten bey Uebernehmung des Amtes, besonders der Satisfaktion⁹⁸⁾, ferner bey der

93) Ich bin hier Gronov's Emendation gefolgt, weil die gemeine Lesart keinen richtigen Sinn giebt.

94) L. 11. §. 1. in fin. D. de dolo malo.

95) Cit. Diss. Obs. VII. pag. 50.

96) Vergl. den 2. Th. Tit. 18. §. 196.

97) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

98) Princ. J. de satisfat. tutor. et curat. L. 1. Cod. de

Verwaltung desselben⁹⁹⁾ betrifft, auch wenn mehrere Curatoren zugleich bestellt worden sind¹⁰⁰⁾, nicht minder bey der Veräußerung der Güter des Curanden¹⁾, und eben so gelten auch hinsichtlich der Excusation von der Curatel, wenige Abweichungen ausgenommen²⁾, die schon oben vorgekommen sind, so wie der Absetzung der Curatoren ganz dieselben Grundsätze, die wir schon bey der Tutel kennen gelernt haben, wie auch die Rubriken der in den Institutionen, Pandecten und Codex davon handelnden Titel beweisen. Endlich ist auch in Ansehung der Bestätigung, zumal nach deutschen Rechten, kein Unterschied mehr zwischen Tutoren und Curatoren, indem jetzt alle

tutore, vel curatore, qui satis non dedit. (V. 42.) Bey einer ex inquisitione geschehenen Bestellung des Curators fällt sie jedoch weg. *L. 8. D. h. t.* Man sehe übrigens *DONELLUS Comm. de iure civ. Lib. III. Cap. 20. §. 7.* (Vol. II. pag. 243.) und den 30. Th. des Commentars §. 1529. a. S. 161. ff.

99) *L. 4. §. 24. et 25. D. de doli mali et met. except.* (XLIV. 4.) *L. 22. C. de pact.* S. *DONELLUS* Commentar. c. 1. Cap. 21. pag. 244. sqq. und den 30. Th. Lib. XXVI. Tit. 7. S. 148. ff.

100) *L. 3. pr. D. de admin. et peric. tutor. et curator.* *L. 7. §. 3. D. h. t.*

1) *L. 8. §. 1. L. 11. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.* *L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. L. 17. D. h. t.* *L. 2. C. de curat. furiosi vel prodigi.* S. *Ant. FABER* Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 9. et 10. pag. 764—767. und den 32. Th. des Commentars. Lib. XXVII. Tit. 9. S. 444 ff.

2) §. 18. et §. 19. *J. de Excusat.* *L. 1. C. Quando tutores vel curat. esse desin.* (V. 60.) S. *DONELLUS* Lib. III. Cap. 20. §. 3. et 4.

Vormünder, ohne Unterschied, von der Obrigkeit bestätigt werden müssen ³⁾).

§. 1390. I.

Erklärung der L. 7. §. 1. 2. et 3. D. h. t.

Einige hierher gehörige Stellen dieses Titels verdienen jedoch noch eine nähere Betrachtung. Merkwürdig ist

1) L. 7. §. 1. D. h. t. JULIANUS libro XXI. Digestorum. Curator dementi datus, decreto interposito, ut satisdaret, non cavit, et tamen quasdam 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.* Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, *triplicatio doli*, tutos possessores praestabit.

Julian handelt hier von den Folgen einer nicht geleisteten Satisfaction (rem salvam fore) hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß. Der dem Blödsinnigen gegebene Curator hatte nämlich die ihm durch ein Decret auferlegte Caution nicht geleistet, dennoch aber Sachen von dem Vermögen seines Curanden verkauft, und zwar *legitimo modo*, d. h. mit Beobachtung der gesetzlichen Form. Der griechische Scholiast ⁴⁾ erklärt es μετὰ δεκρέτου. Die Veräußerung war aber demungeachtet ungültig, weil sie von einem Curator geschehen war, der keine Satisfaction geleistet hatte. Denn ohne diese Caution ist kein Vormund

3) C. den 29. Eb. §. 1312. C. 305. ff.

4) Basilic. Tom. V. pag. 169. Schol. g.

zu einer Veräußerung berechtigt⁵⁾. Er kann gar nicht als legitimus administrator betrachtet werden, seine Handlungen sind daher ipso iure nichtig⁶⁾. Die Erben des Blödsinnigen konnten also mit Recht die veräußerten Sachen vindiciren. Setzen ihnen die Besizer derselben die Einrede entgegen, der Curator habe ihnen die Sachen auf gesetzliche Art verkauft; (*si non curator legitimo modo eas res vendidit*) so können sie repliciren, der Curator habe nicht dem Decret gemäß Caution geleistet, die Veräußerung sey daher nichtig; (*aut si satisfactione interposita secundum decretum vendiderit*⁷⁾. Hätte jedoch der Curator mit

5) L. ult. C. de tutore vel curat. qui satis non ded. (V. 42.)

6) L. 4. C. In quib. causis in integr. restitut. necess. non est. (II. 41.)

7) Jac. CUSACIUS Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 148.*) behauptet, es müsse: *at si non satisfactione interposita secundum decretum vendiderit*, gelesen werden. So hat auch der griechische Scholiast loc. cit. pag. 169. die Replik gefaßt: *ἀλλ' εἰ μὴ οὐκ ἔδωκε τὰ ἰκανὰ κατὰ τὴν διαλαλίαν ὁ πεπρακὼς σοι τὸ πρᾶγμα: i. e. At si non satisdedit secundam decretum is, qui vendidit tibi rem.* Nochmals heißt es Sch. I. pag. 170. *ἀλλ' εἰ μὴ ἰκανὰ οὐκ ἔδωκεν: i. e. At si non satisdedit.* Non liest auch die Glosse, und eben so mehrere Ausgaben, als die des Robert Stephanus, und Baudouza Cestius. In der Ausgabe des Merlinus ist das non eingeklammert. Die affirmative Fassung der Replik mit der einleitenden Formel *aut si*, so wie sie in der florentinischen und den meisten andern Ausgaben ausgedrückt ist, vertheidigt jedoch Aug. Guil. HEFFTER ad Gaii Institution. Commentar. IV. s. de Actionibus. §. 126. p. XLIX. sq.

dem von den Käufern der Sachen erhaltenen Gelde die Gläubiger des Blödsinnigen befriediget; so sind die Besizer derselben geborgen. Denn nun steht den Erben die *triplicatio* oder eigentlich die *duplicatio doli mali* ⁸⁾ entgegen, weil der Blödsinnige dadurch von seinen Schulden befreyt worden ist. *Si non pretio ex venditione redacto, quod curatori numeratum, aes alienum furiosi exsolutum est* ⁹⁾.

2) *L. 7. §. 2. h. t. Cum dementis curatorem, quia satis non dederat, et res male administraret* ¹⁰⁾, *Proconsul* ¹¹⁾ *removerit a bonis, aliumque loco eius*

Man sehe auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 3. B. (od. Desselben Röm. Civilproceß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian. Heidelb. 1829) §. 95.

8) §. 1. *J. de Replicationib.* (IV. 14.) *L. 2. §. 3. D. de Exception.* (XLIV. 1.)

9) Der griechische Scholiast sagt a. a. D. Sch. g. pag. 169. *ἐὰν δὲ λαβὼν τὸ τίμημα οὗτος ὁ κούρατωρ, δανεισταῖς τοῦ μαινομένου κατέβαλεν αὐτὸ, τριπλασιαστικὰ ἀπο δόλον δίδεται τῷ ἀγοραστῇ καὶ ἀσφαλίζεται αὐτὸν νεμόμενον τὸ πεπραμένον αὐτῷ πράγμα:* i. e. *Quodsi pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli dabitur emtori, quae possessorem tuebatur.*

10) *Administraret* ist die florentinische Lesart. Viele Ausgaben aber, z. B. die des Haloanders, Miräus, Hugo a Porta, Merlinus, Baudoza Cestius u. a. lesen *administrat*, und diese Lesart entspricht auch der Uebersetzung des griechischen Scholiasten, wie sich nachher ergeben wird, besser. Uebrigens sind die Worte: *quia satis non dederat*: — *administrat* bey Haloander, Baudoza und Merlinus in einer Parenthese eingeschlossen.

11) Haloander und Baudoza haben, *ideo Proconsul.*

substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse *satisdedit* ¹²⁾ egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agent, et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur, heredibus replicatio danda erit: *aut si is, qui egit, satisdederat* ¹³⁾. Sed an replicatio ¹⁴⁾ curatori profutura esset ¹⁵⁾, iudex aestimabit. Nam si curator sequens

- 12) Die Worte: *cum nec ipse satisdedit*, sind bey Haloander, Miräus, Baudoza, und Merlinus eine Parenthese.
- 13) So, wie die florentinische Ausgabe, lesen auch Haloander, Miräus, Hugo a Porta, Roberger, De Tortis u. m. a. Allein Jac. Cujacius Comm. ad h. L. dem auch Ant. Scholtze in Notis ad Dig. s. Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 507. bestimmet, glaubt, daß *non satisdederat* gelesen werden müsse. So lesen auch Rob. Stephanus und Baudoza. Bey Merlinus ist *non* eingeklammert. Davon nachher bey der Erklärung ein Mehreres.
- 14) Statt replicatio lesen mehrere Handschriften und Ausgaben, z. B. Bapt. de Tortis, Ant. Roberger, Guil. Merlinus, Pet. ab Area Baudoza Cestius, u. a. *triplicatio*.
- 15) Haloander, Miräus und andere lesen profutura sit. Rückstchtlich der Lesart *curatori profutura* stimmen aber alle Ausgaben überein. Jedoch halten viele diese Lesart für unrichtig. So will Jac. Cujacius Observat Lib XXV. Cap. 37. daß *curatori* mit *heredibus* vertauschen, und dieser Emendation giebt auch Pothier Pand. Justin. Tom II. h. t. Nr. X. Not. c. pag. 167. Beyfall. Hingegen Ant. Faber Jurispr. Papin. Scient. Tit XII. Princ. III. Illat. 7. pag 760. will entweder: *Sed an replicatio profutura esset*, mit Hinweglassung des Wortes *curatori*, oder *obfutura*, statt profutura lesen. Die les-

pecuniam, quam ex condemnatione consecutus fuerat, in rem furiosi ¹⁶⁾ vertisset, *doli triplicatio* obstat.

Ueber diese Stelle haben wir, ausser Cujaz ¹⁷⁾, einen trefflichen Commentar vom H. Prof. Keller in Zürich ¹⁸⁾ erhalten. Schon, um dieses zu bemerken, konnte ich dieses Fragment nicht übergeben. Wir haben von dieser Stelle auch in den Scholien der Basiliken zu diesem Titel *) eine wörtliche griechische Uebersetzung, welche zur Beurtheilung der richtigen Lesart, und zur Erklärung dieses Fragments von Interesse ist. Sie lautet folgendermassen.

Μεμνηότος κουράτωρα καὶ ὡς μὴ δεδωκότα τὰ ἱκανά, καὶ ὡς κακῶς διοικοῦντα ἀπεκίνησεν ὁ ἀνθύπατος, καὶ ἄλλον ἀπεκατέστησε κουράτωρα εἰς τόπον αὐτοῦ καὶ οὗτος ὁ δεύτερος κουράτωρ μὴ δεδωκὼς τὰ ἱκανά, ἐκίνησε κατὰ τοῦ ἀποκινήθεντος κουράτωρος τὴν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ καὶ μετὰ ταῦτα τελεύτησαντος τοῦ μεμνηότος, οἱ κληρονόμοι αὐτοῦ ἐνήγον κατὰ τοῦ προκουράτωρος. ὁ δὲ ἐκέχρητο τῇ ρείῃ ἰουδικάταε, λέγων ὡς ἐκρίθη μετὰ αὐτοῦ καὶ τοῦ δευτέρου κουράτωρος τὸ πρᾶγμα καὶ

tere Emendation billiget auch, als die wahrscheinlichere und gelindere, *Bav. Voorda Thes. controvers. Decad. XXVIII. §. 9.* Davon bey der Erklärung.

16) *BAUDOZA in rem furiosi vel dementis.*

17) *Comment. in Lib. XXI. Digest. Salvii Juliani ad L. 7. §. 2. h. t. (Opp. postum. a FABROTO editorum Tom. I. pag. 148. sq.)*

18) *Ueber Titis Contestation und Urtheil. (Zürch 1827. 8.) §. 42. S. 335—345.*

*) *Tom. V. pag. 169. sq. Sch. k.*

λέγει Ιουλιανὸς κατὰ τῆς ῥεῖ ἰουδικάτης παραγραφῆν δίδοσθαι ῥεπλικατίονα. ἀλλ' εἰ μὴ ὁ ἐναγαγὼν σοι κουράτωρ οὐ δεδώκει τὰ ἱκανὰ, ἐξεταζέτω δὲ ὁ δικαστὴς μὴ ποτε φυλάττειν ὀφείλει ἀζημιον τὸν ἐναχθέντα κουράτωρα· εἰ γὰρ ὁ δευτερος κουράτωρ τὰ χρήματα ἀπῆτησε τὸν πρῶτον, ἀναλώσει δὲ περὶ τὴν οὐσίαν τοῦ μεμνηνότες, δυνατόν ἔχειν παραγραφῆν ἐναγόμενος παρὰ τῶν κληρονόμων τοῦ μεμνηνότες.

Dementis curatorem, qui satis non dederat, et male administrarat, Proconsul removit, et alium loco eius curatorem constituit: et hic secundus curator, cum nec ipse satisfacisset, egit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque mortuo demente heredes eius egerunt adversus priorem curatorem, et is utitur rei iudicatae exceptione, dicens rem iudicatam fuisse inter se et posteriorem curatorem. JULIANUS ait adversus rei iudicatae exceptionem replicationem dari: AT SI CURATOR IS, QUI TECUM EGIT, NON SATISDEDIT. Iudex autem aestimabit, an indemnem servare debeat curatorem, unde petitur: nam si posterior curator pecuniam exactam a priore in rem furiosi verterit, exceptione se tueri potest is, unde petitur ab heredibus furiosi.

Ἡier ist von zwey Curatoren eines Wahnsinnigen nach einander die Rede, von denen keiner die gebührende Satisfaction geleistet hatte. Deswegen wurde der erste abgesetzt, welcher überdem schlecht verwaltet hatte ¹⁹⁾.

19) *Pr. J. de satisfac. tutor. et curator. (I. 24.) L. 6. §. 1. D. de tutelis. L. 1. Cod. de tutore vel curatore, qui satis non dedit. (V. 42.)*

Der andere Curator, welcher in des ersten Stelle trat, hatte ebenfalls jene Cautionsleistung unterlassen, gleichwohl belangt er seinen Vorgänger wegen der Verwaltung mit der *actio negotiorum gestorum*, und dieser wurde auch zum Ersatz des Schadens verurtheilt. Nach dem Tode des Pflegbefohlenen erheben nun desselben Erben gegen den ersten Curator dieselbe Klage von neuem, welche der zweite Curator schon gegen ihn angestellt hatte, und aus welcher er demselben war condemnirt worden. Deswegen setzte ihnen der Beklagte die *exceptio rei iudicatae*, gestützt auf das frühere Urtheil, entgegen. Diese Einrede, sagt Julian, können die Kläger mit der Replik entkräften, es habe der zweite Curator die *Satisfactio rem salvam fore* nicht geleistet; ihm habe also gültig keine Zahlung geschehen können. Hier entsteht nun ein kritischer Zweifel über die Fassung der hier wörtlich angeführten *replicatio*. In der florentinischen, und in mehreren andern Ausgaben²⁰⁾ ist sie affirmativ gefaßt: *aut si is, qui egit, satisfecerat*. In andern aber negativ: *non satisfecerat*²¹⁾. Diese negative Fassung könnte vielleicht wohl die richtigere zu seyn scheinen²²⁾, so wie sie auch in zwey Scholien der Basiliken²³⁾ ausgedrückt ist. In dem einem so: ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς διδώκασι τῷ μὴ παρασχόντι τὰ ἰκανὰ: *at si non male dedit ei, qui non satisfecerat*. In dem andern folgendermassen: ἀλλ' εἰ μὴ ὁ ἐναγαγὼν σοι κουράτωρ

20) G. Keller a. a. D. Note 3. S. 336.

21) G. die Note 15.

22) G. Keller a. a. D. Not. 9. S. 340.

23) Tom. V. FABROTI pag. 169, Sch. h. und pag. 170. Sch. k.

οὐ δεδώκει τὰ ἔκτανα. i. e. at si curator is, qui tecum egit, NON satisdedit. Wenn indessen die Replik mit der Partikel *aut*, so wie hier, eingeleitet wird, so ist sie insgemein affirmativ ausgedrückt, wie die Beyspiele ²⁴⁾ bey Brissonius ²⁵⁾ beweisen. Ob sich der Beklagte nicht mit einer Duplik dagegen schützen könne, ist eine zur Beurtheilung des Juxer gehörige factische Frage. Könnte nämlich der Beklagte darthun, daß er in Folge des frühern Urtheils bezahlt habe, und daß auch das Geld von dem zweyten Curator in das Vermögen des verstorbenen Pflegbefohlnen verwendet worden sey, so würde jene Replik der Erben durch eine auf diese Thatsache gestützte *duplicatio doli* billig aufgehoben werden ²⁶⁾. Denn so kann mit Recht die Einwendung, welche der Beklagte gegen die Replik der Kläger haben soll, genannt werden ²⁷⁾. Und so läßt sich denn diese Stelle, ohne jene gewaltsame Emendationen eines Jacobus Cujacius, und Anton Fabers ²⁸⁾, ganz wohl erklären, welche ohnehin die oben angeführte griechische Uebersetzung dieser Stelle in den Scholien der Basiliken verbietet. Wäre wirklich in dieser Stelle eine Corruption vorhanden, die eine Emendation erforderte, so möchte sie eher darin liegen, daß die Einrede des Beklagten gegen die Replik der Kläger zuerst *replicatio*, dann *triplicatio* genannt wird.

24) L. 48. D. de procurat. L. ult. §. 2. D. ad SCtum Vellejan. L. 154. D. de Regul. iuris.

25) De Formulis Lib. V. Cap. 80.

26) L. 2. §. 5. D. de doli mali et met. except. (XLIV. 4.)

27) GAJUS Instit. Comm. IV. §. 127. §. 1. J. de Replication. (IV. 14.)

28) S. die Note 15.

Da, wie bereits oben ²⁹⁾ bemerkt worden, sowohl mehrere Handschriften, als Ausgaben auch das erste Mal *triplicatio*, statt *replicatio*, lesen, so würde man, wenn man auf die Auctorität derselben hin, beyde Male *triplicatio* läse, wohl um so weniger irren, da nicht nur §. 1. unserer *L. 7. triplicatio* für *duplicatio* gebraucht worden, sondern auch Ulpian *libro LXXIV. ad Edictum* ³⁰⁾ ausdrücklich sagt: Sed et contra replicationem solet dari *triplicatio*, wie die florentinische Ausgabe der Pandecten liest. Es kann auch, wie Everard Otto ³¹⁾ richtig bemerkt, die Duplik gar wohl *triplicatio* genennt werden, weil sie, seit Anstellung der Klage, das dritte Vorbringen (*tertia allegatio*) oder Bertheidigungsmittel der Partbeyen in der Proceßführung ist, während die Duplik in Beziehung auf den Beklagten das zweyte Bertheidigungsmittel desselben ist. Ja Theod. Marcilius ³²⁾ sagt: Et nomen ipsum *replicationis* arguit non *duplicacionem* ei, sed *triplicationem* opponendam esse. *Replicatio* enim nihil aliud est, quam rursus, sive secunda *plicatio* ³³⁾. Id autem est *duplicatio*. Peccant itaque, qui cum *L. 2. §. 3. D. de except. Pandectae Pisanae recte triplicationis* nomen haberent, tentarunt reponere nomen *duplicacionis*, UL-

29) G. die Not. 14. und Keller a. a. D. Not. 4. G. 336.

30) *L. 2. §. 3. D. de Exception. (XLIV. 1.)*

31) Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 585. edit. Trajectin. 1729.)

32) In Jan. a COSTA Comment. ad §. 1. J. de replicat. pag. 591. (edit. van de WATER.)

33) Ev. Otto c. 1. sagt: *Replicatio* est quasi *plicarum*, quas reus contexuit, resolutio.

PIANO invito. Ueberhaupt hätte es des Umschweifs mit der *exceptio rei iudicatae*, und der *replicatio satisfactionis non praestitae* gar nicht bedurft. Der Prätor hätte die *exceptio doli*, ohne Weiteres, der *formulae iudicii* sogleich inseriren können. Der Beurtheilung des Jurer wäre alsdann zu überlassen gewesen, ob in der Wiederanstellung der Klage unter so bewandten Umständen ein Dolus liege. Hiermit hätte denn auch den Auslegern die Mühe erspart werden können, eine hier in den Weg tretende Schwierigkeit zu beseitigen, wie nämlich Julian dem Beklagten aus einem Urtheile, welches in der früheren Proceßführung mit dem zweyten Curator des Blödsinnigen gegen ihn war gesprochen worden, die *exceptio rei iudicatae* gegen die Erben des verstorbenen Pflegesohnen habe gestatten können, von denen er nachher aufs neue belangt worden, da noch zu Gajus Zeiten, welcher doch jünger, als Julian ist, Vormünder so wenig, als Procuratoren, die Sache in *iudicium* deducirten, so daß die Klage dadurch consumirt wurde, und dem dominus, oder dessen Erben, die *exceptio rei iudicatae* entgegenstand. Noch zur Zeit des Gajus deducirte bloß der Cognitor in *iudicium*, nicht aber der Procurator. Die *exceptio rei iudicatae* konnte also nur dann Statt finden, wenn die Klage das erste Mal vom Dominus selbst, oder von einem Cognitor in seinem Namen war angestellt worden. Tutoren und Curatoren aber standen in dieser Beziehung den Procuratoren gleich. Sie mußten daher, wie die Procuratoren, der Gegenpartbey Satisfaction dafür leisten, daß der Dominus die Proceßführung des Stellvertreters eben so anerkennen werde, als wenn er selbst den Proceß geführt hätte; Er aber in Ermangelung erfolgreicher Ratihabition dem Beklagten allen

dadurch erlittenen Schaden ersetzen werde. Dieß ist die *Satisfatio, ratam rem dominum habiturum*. Nur der *Cognitor* war von dieser *Cautio* frey, weil hier der Beklagte von einer nochmaligen Klage des *Dominus* nichts zu befürchten hatte. Denn der *Dominus* bestellte den *Cognitor* selbst in Gegenwart der andern Partbey vor Gericht durch mündlich ausgesprochene feyerliche Worte als seinen Stellvertreter. Er war also an seine Handlungen gebunden, und mußte sie ratihabiren. Denn durch die feyerliche Art der Bestellung des *Cognitors* hatte sich der *Dominus*, wie durch einen förmlichen Vertrag, dem Gegner verpflichtet, die Handlungen seines *Cognitors*, als seine eigene, gelten zu lassen. Er war also nicht durch eine fremde, sondern durch seine eigene Handlung obligirt, und die *Litiscontestation*, so wie die ganze Proceßführung des *Cognitors* war nur die Veranlassung, daß diese Verbindlichkeit wirksam wurde³⁴⁾. Alles dieses lehrt uns *Gajus* in seinen *Institutionen Comment. IV. §§. 96—99.* wo es folgendermaßen lautet:

*Ipse autem, qui in rem agit*³⁵⁾, *si suo nomine agit, satis non dat. Ac nec si per cognitorem quidem agatur, ulla satisfatio vel ab ipso, vel a domino desideratur. Cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituaturn cognitorem, merito domini loco habetur. Procu-*

34) Man vergl. die treffliche Abhandlung von Bethmann-Hollweg über Repräsentation im Proceß, in Desselben Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilproceßes. (Berlin und Stettin 1827. 8.) Nr. III. besonders S. 165—194.

35) Daß dasselbe auch bey der *actio in personam* galt, sagt *Gajus* nachher selbst *Comm. IV. §. 100.*

rator vero si agat, satisfacere iubetur, *ratam rem dominum habiturum*, periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur: quod periculum non intervenit, si *per cognitorem* actum fuit, *quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.* Tutores et curatores eo modo, quo et procuratores, *satisfacere debere, verba Edicti*³⁶⁾ *faciunt: sed aliquando illis satisfactio remittitur.*

Erst nach den Zeiten des Gajus ward durch das neuere Recht eingeführt, daß dasjenige, was ursprünglich bloß von Cognitoren galt, in der Folge auch bey Procuratoren, vorausgesetzt, daß ihnen wirklich Auftrag ertheilt worden, (*veri procuratores*) so wie bey Tutoren und Curatoren Statt finden sollte. Diese deduciren nun so gut, als die Cognitoren, die Sache in *iudicium*, so daß der Dominus die Proceßführung dieser Repräsentanten eben so gelten lassen muß, wie früher die Handlungen des förmlich bestellten Cognitors, dessen Andenken von den Verfassern der Pandecten aus den Fragmenten derselben ausgetilgt, und der *verus procurator* substituirt worden ist³⁷⁾. Es war nun auch nicht mehr

36) Die Worte dieses prätorischen Edict's hat Ulpian L. 53. §. 3: *D. de procurat.* S. auch Bethmann-Hollweg S. 180. Not. 69.

37) Beispiele finden sich in L. 1. §. 3. L. 2. pr. L. 8. §. 3. L. 15. pr. L. 28. L. 29. L. 30. L. 31. pr. L. 45. §. 1. L. 61. *D. de procurator.* L. 6. §. 3. *D. Quod cuiusq. universit. nomine* L. 4. pr. et §. 1. et 2. *D. de re iudic.* (XLII. 1.) L. 86. *D. de solut.* (XLVI. 3.) L. 9. *D. de deli. mali et met. except.* L. 10. *D. Judicat. solvi.* S. Keller über Litiscontestation. §. 41. S. 325. ff.

nöthig, sie mit einer Caution weiter zu belästigen, es mußte nur der Procurator durch den Beweis seines Mandats, so wie der Vormund durch den Beweis seiner Bestellung, sich gehörig legitimiren können. Der nochmaligen Klage stand jetzt die *exceptio rei in iudicium deductae*, oder *rei iudicatae* für immer entgegen, weil nun der Dominus, mithin auch der Pfliegbefohlne, an die Litiscontestation und *res iudicata* gebunden ist³⁸⁾. Der Beklagte konnte nun nicht bloß excipiren: *at si ea res iudicata non sit inter me et te*, sondern auch so: *at si ea res iudicata non sit inter me et procuratorem, seu tutorem, seu curatorem tuum*³⁹⁾. Dieses neuere Recht bestätigen besonders die Fragmente aus den Schriften des Ulpianus und Paulus, von denen folgende vorzüglich merkwürdig sind.

L. 11. §. 7. *D. de except. rei iudicat.* (XLIV. 2.)
 ULPIANUS *Libro LXXV. ad Edictum.* Hoc iure utimur; ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt. Inter hos erunt *procurator*, cui mandatum est, *tutor*, *curator furiosi vel pupilli*, *actor municipum*. Ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.

L. 56. *D. de iudiciis* (V. 1.) ULPIANUS *libro XXX. ad Sabinum.* Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si

38) S. Bethmann-Hollweg's angef. Versuche. S. 184. ff. und S. 193.

39) L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. *D. de except. rei iudic.* S. Bethmann-Hollweg S. 189.

quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, *videtur retro res in iudicium recte deducta.*

L. 27. pr. D. de procurat. (III. 3.) ULPIAN. libro IX. ad Edictum. Sed haec ita, si mandato domini procurator egit, ceterum si mandatum non est, *cum neque in iudicium quidquam deduxerit, nec tu ea comprobasti, quae invito te acta sunt, tibi non praeiudicant.*

L. 17. §. 2. D. de iureiur. (XII. 2.) PAULUS libro XVIII. ad Edictum. Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet, nam et alienare res, et solvi eis potest, *et agendo rem in iudicium deducunt.*

L. 23. D. de admin. et peric. tutor. et curat. ULPIANUS libro IX. ad Edictum. Vulgo observatur, *ne tutor caveat*, ratam rem pupillum habiturum, *quia rem in iudicium deducit.* Quid tamen si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? *Aequum est adversarium non decipi.* Idem et in curatore est.

So war also nun bey Ulpian und Paulus zur Regel geworden, was Gajus in der oben angeführten Stelle (IV. §. 99.) auch selbst bey Tutoren und Curatoren, nur als selten eintretende Begünstigung erwähnt, (*aliquando illis satisdatio remittitur.*)

Soll man also, um nun zu unsern Julian wieder zurückzukehren, vielleicht annehmen, daß jene Stelle aus dem spätern Rechte wesentlich interpolirt seyn könnte?

Allein dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden, ob wohl nicht zu läugnen ist, daß in den Pandecten allerdings Stellen vorkommen, die theils aus Julian's Digesten ⁴⁰⁾ selbst sind, theils wo sich auf Julian's Digesten berufen wird, um die Meinung zu bestärken, daß wenn auch nur ein verus procurator für den Dominus vor Gericht gehandelt hätte, derselbe dennoch, wenn er aufs neue klagen wollte, eben so mit der *exceptio rei iudicatae* zurückgewiesen werden könne, als wenn er *ipse praesens causam suam egisset* ⁴¹⁾. Eine solche Berufung auf Julian macht es doch gewiß höchst wahrscheinlich, daß die Stelle zu den interpolirten gehört ⁴²⁾. Allein da ist doch nur ein verus procurator dem Cognitor substituirt. In unserer Stelle hatte aber ein Curator für den Pflegbefohlenen gehandelt, der nicht einmal die ihm noch dazu auferlegte Satisfaktion, *rem furiosam salvam fore*, geleistet hatte, und doch wird dem Beklagten gegen die neue Klage die *exceptio rei iudicatae* gestattet. Vielleicht hatte also wohl Julian eine ihm eigenthümliche Ansicht, und in dieser Lehre eine ganz verschiedene Theorie aufgestellt? Dieß ist jedoch eben so wenig zu glauben. Sollte denn aber auch unser Fragment, wie die Inscription nach der Florentine angiebt, wirklich vom Julian herrühren? Ein kritischer Zweifel möchte allerdings daher entstehen, daß Haloander und mehrere alte Ausgaben nicht den Julian, sondern den Cajus, als ursprünglichen Verfasser unsers Fragments nennen, wie

40) L. 23. §. 8 D. *Ratam rem haberi*. S. Keller über *Litiscontestation*. §. 42. S. 346.

41) J. B. L. 40. §. 2. D. *de procurat.*

42) S. Bethmann-Hollweg's Versuche S. 191. Not. 95.

auch Baubozza bey diesem Gesetz bemerkt hat. Dieser Zweifel erhält dadurch noch mehr Gewicht, daß auch die *L. 22. D. Ratam rem haberi*, welche ebenfalls JULIANUS libro *LVI. Digestorum* inscribirt ist, und §. 8. gerade denselben Satz des neuern Rechts ausspricht, daß die Proceßführung durch einen verus procurator die Klage dergestalt consumire, daß dem Dominus die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden könne⁴³⁾, in der Rehdigerischen Handschrift, nicht dem Julian, sondern vielmehr dem Ulpian zugeschrieben wird, wie auch in der Gebauerischen Ausgabe bemerkt worden ist. Allein bey dem allen ist doch wohl mit Gewisheit zu behaupten, daß Julian der wahre Verfasser unsers Fragments sey. Denn dafür erkennt ihn die Inscription in den florentinischen Pandecten. Dafür erkennen ihn auch die Basiliken⁴⁴⁾. Sodann aber gehören ja Julians Digesten zur Sabinianischen Fragmenten-Masse dieses Titels⁴⁵⁾, welche von L. 1—9. sich erstreckt⁴⁶⁾, dahingegen die Schriften des Gajus theils zur Edictis

43) Es heißt nämlich *L. 22. §. 8. D. Rat. rem haberi. Stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si verus procurator fuisset, exceptio rei iudicatae dominum summoveret. Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si verus procurator egisset, domino aut ipso iure, aut propter exceptionem actio inutilis esset.*

44) Tom. V. pag. 162. in fin.

45) S. Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten, in von Savigny Zeitschrift Bd. IV. Nr. VI. 1. Tab. S. 266. und S. 455.

46) S. Bluhme angef. Schrift 2. Tabelle. S. 461. a. E.

theils Papinianischen Abtheilung gehören 47), unter denen außerdem gar keine Digesten befindlich sind. Denn richtigsten Aufschluß über diese schwierige Stelle giebt uns wohl Keller in der oben angeführten klassischen Schrift 48), daß nämlich Julian nur für einen einzelnen Fall dem von einem Curator Belangten gegen den dominus, und jetzt dessen Erben, die exceptio rei iudicatae gestattet habe, und zwar so, daß sie gar nicht unbedingt, sondern nur unter der bestimmten Voraussetzung, daß das Resultat des frühern Urtheils dem Pflēgbefohlenen factisch zu gute gekommen sey, wirksam seyn solle 49). Die L. 22. aber

47) S. Blühme Ordnung der Fragmente in den Pandecten. Tabelle I. S. 266.

48) Ueber Litiscontestation und Urtheil. S. 342.

49) Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. V. pag. 170. Sch. m. findet jedoch noch einen Anstand darin, daß hier die exceptio rei iudicatae gegen die Parthey gestattet werde, welche in dem früheren Proceß abgestreift hat. Dieß streite gegen die L. 16. D. de except. rei iudicatae, wo derselbe Julian libro LI. Digestorum sagt: Evidenter iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est. Allein dieser Ausspruch Julians findet hier keine Anwendung. Denn im Falle der L. 7. hatte der Beklagte demjenigen, von welchem er zuerst war belangt worden, die Schuld bezahlt. Allein die L. 16. spricht von einem solchen Falle, wo bey einer Reivindication gegen den Kläger erkannt worden, daß ihm die in Anspruch genommene Sache nicht gehöre. Hier kommt ihm die exceptio rei iudicatae nicht zu statten, wenn er etwa nachher den Besitz der Sache durch Zufall wieder erlangt haben sollte, und deswegen aufs neue belangt wird. S. Jac. COJACII Comment. ad Lib. LI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. I.

gehört ohne Zweifel zu den Fragmenten, in denen von den Compilatoren der *Cognitor* gestrichen, und an seinen Platz der *verus procurator* substituirt worden ist.

3) *L. 7. §. 3. D. h. t.* Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvetur, vel an unus rem furiosi alienare possit? Respondi, recte solvi. Eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi *legitime*⁵⁰⁾ mercaretur, usucapturum: quia solutio, venditio, traditio, facti magis, quam iuris sunt. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire: denique si praesens sit, et vetet solvi, vetet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emptor usucapiet.

Noch erörtert Julian die Frage, ob in dem Falle, da zwey oder mehrere Curatoren einem furiosus gegeben sind, Einem von denselben allein eine Schuld dergestalt bezahlt werden könne, daß dadurch der Schuldner befreit werde, und ob Einer von den Curatoren allein eine Sache des Pflegbefohlenen dergestalt verkaufen könne, daß wenn die Veräußerung auf eine gesetzliche Art, d. h. decreto

pag. 369.) und *Ant. SCHULTING* Notae ad Dig. s. Pand. a celeberr. *SMALLENBURG* edit. et animadvers. suis locupletat. Tom. VI. (*Lugd. Bat.* 1828. 8.) ad h. L. pag. 629.

50) Da Julian lang vor der Dration des Kaisers *Septimius Severus* de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, *sine decreto* non alienandis lebte; so hält *POTHIER* Pandect. Justin. T. II. h. t. Nr. XIV. Not. c. pag. 168. das Wort *legitime* hier nicht ohne Grund für interpolirt.

interposito, geschieht, der Käufer dadurch in den Stand der Usucapion versetzt werde⁵¹⁾? Julian entscheidet beyde Fragen bejahend. Sein Grund ist, weil Zahlung, Verkauf und Uebergabe mehr etwas Factisches, als Rechtliches sind, d. h. weil diese Handlungen keine solennitatem iuris erfordern. Denn actus legitimi erfordern die Einstimmung aller Curatoren, wie Cujacius⁵²⁾ und Pothier⁵³⁾ diese Stelle erklärt haben. Der griechische Scholiast in den Basiliken⁵⁴⁾ hat jedoch hierbey ganz richtig bemerkt, daß dieses nur von einer ungetheilten Vormundschaft zu verstehen sey. Hier wird das Stillschweigen der übrigen, welche nicht widersprochen haben, für Beystimmung erklärt. Hätte hingegen auch nur Einer widersprochen, so wäre die ganze Handlung nichtig. Das Stillschweigen der Andern setzt jedoch nothwendig ein Mitwissen der Handlung voraus. Quomodo

51) S. Jac. Cujacii Comment. in Libr. XXI. Digest. Salvii Juliani ad h. §. 3. L. 7. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 149.) und Ant. Faber Jurisprud. Papi- nian. Scient. Tit. XII. Princ. III. Illat. 2. pag. 760. sqq.

52) Cit. loc.

53) Cit. loc. not. d.

54) Tom. V. pag. 170. Sch. n. Εἶγε μία ἦν ὑπὸ πάντων χειριζομένη διοίκησις. εἰ γὰρ ἐμεμέριστο, οὐκ ἠδύ- νατο ὁ ἐκ τῆς δε τῆς ἐπαρχίας τῶ ἐν ἑτέρᾳ ἐπαρχίᾳ κηδεμονεύοντι καταβαλλεῖν i. e. Si una erat omniam administratio. Nam si divisa fuit, non potuit, qui erat ex hac provincia, in altera administranti solvere S. auch den 30. Th. §. 1336. S. 358.

55) S. Faber c. l. pag. 761. in fin. und den 4. B. des Com- mentars §. 280.

enim tacite consensisse videri potest is, qui ignoravit⁵⁵⁾? Es konnte aber auch der Prätor von den mehreren Curatoren des furiosus Einem allein die Verwaltung übertragen, wo dann desselben Handlungen, wosfern sie nur pflichtgemäß, wenn gleich ohne Concurrentz der übrigen, vorgenommen worden, als gültig anerkannt werden müssen, wie Ulpianus *libro XXXV. ad Edictum*⁵⁶⁾ aus Pomponius Commentar referirt, wo er sagt:

Si plures curatores dati sunt, POMPONIUS *libro sexagesimo octavo ad Edictum* scripsit, *ratum haberi debere etiam, quod per unum gestum est*: nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediatur, Praetor uni eorum curationem decernet, ratumque habebit, quod per eum *sine dolo malo* gestum est.

Daß auch bey der cura honorum, wenn mehrere Curatoren bestellt worden sind, einer für alle handeln kann, wenn ihnen die cura ungetheilt übertragen worden ist, lehrt ebenfalls Ulpian nach Celsus *libro LXV. ad Edictum*⁵⁷⁾. Er sagt daselbst:

Si plures autem constituuntur curatores, CELSUS ait, *in solidum* eos et agere et conveniri, non pro portionibus. Quod si per regiones fuerint constituti curatores, unus forte rei Italicae, alius

56) L. 3. pr. D. de administr. et peric. tut. et curator. G. DONELLUS Comm. Lib. III. Cap. 21. §. 5. und Jac. GORHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theodos. de denuntiatione. Tom. I. Cod. Theod. pag. 112. edit. Ritter.

57) L. 2. §. 2. D. de curatore bonis dando. (XLIII. 2.)

in provincia, puto regiones eos suas conservare debere.

§. 1391.

Verschiedene Eintheilungen der Curatel.

Aus dem, was bisher ausgeführt worden, ergeben sich nun die hier vom Hellfeld angegebenen Eintheilungen der Curatel von selbst. Die Curatel kann nämlich 1) in Ansehung des Gegenstandes, entweder zugleich mit einer Vorsorge für die Person des Curanden verbunden seyn, oder sie berücksichtigt bloß das Vermögen, und ist zur Geschäftsführung bestellt. In jenem Falle pflegt sie eine *cura personarum*, oder *personalis*, oder, wie Hellfeld sagt, *cura mixta* genannt zu werden. Das Wort *persona* wird aber hier freylich nicht in der Bedeutung von bürgerlicher Persönlichkeit genommen, für deren Erhaltung der Tutor zu sorgen hat, und deren Ergänzung in den bürgerlichen Geschäften des Mündels durch auctoritatis interpositio den Tutor wesentlich vom Curator unterscheidet; sondern es bezeichnet hier die physische Persönlichkeit des Pflegbefohlenen, in welcher Bedeutung das Wort *persona* als gleichbedeutend mit *corpus* gebraucht wird, so wie das Wort *caput* im engerm Sinne die bürgerliche Persönlichkeit oder rechtsfähige Subjectivität bezeichnet⁵⁸⁾. Diese *cura personalis* hat es also nicht bloß mit der Verwaltung des Vermögens des Pflege-

58) L. 3. §. 1. D. de tutelis. S. ZOEPFL Vergleichung der römischen Tutel und cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. (Bamberg: 1828. 8.) §. 2. und 4.

befohlen, sondern auch mit der Sorge für den Schutz der physischen Person desselben, und sein leibliches Wohl zu thun. Unser Pandecten-Titel giebt die *cura furiosi* als Beyspiel an. Von dieser sagt Julian *libro XXI. Digestorum* ⁵⁹⁾:

Consilio et opera curatoris tueri ⁶⁰⁾ debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.

Die *Cura* hingegen, die sich bloß auf das Vermögen und die Besorgung der Geschäfte einer Person bezieht, welche denselben selbst vorzustehen sich außer Stande befindet, wird *cura bonorum* überhaupt, oder eigentlich *cura realis* ⁶¹⁾ genannt.

59) L. 7. pr. D. h. t.

60) Daß das *Tueri* hier als ein Passivum gebraucht worden, wie Ger. Noode Comm. ad Dig. h. t. §. ult. bemerkt hat, ist in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten gar nichts Ungewöhnliches. So hat dieses Wort nicht nur Julian L. 50. D. de liberali caus. (XL. 12.) sondern auch Ulpian L. 5. §. 7. D. de legat. praest. (XXXVII. 5.) und Papinian L. 17. D. de iustissimo rupto et irr. testam. (XXVIII. 5.) gebraucht. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Tueri* vertheidiget diese Irregularität sogar aus Stellen der Röm. Classifier. Man vergleiche noch Gilb. REGIUS *Ερμηνειων* iuris. civ. Lib. II. Cap. 20. pag. 84. (Hanoviae 1598. 8.) Ge. CASP. RIRCHMAIER *Opuscula de Latinitate Digestor. et Institution. Justinian.* Nr. III. pag. 152. (edit. Ge. SAM. MADIEN Halae 1772. 8.) und Car. ANDR. DUKER *Opuscula var. de Latinitate Ictorum vett.* (Lugd. Batav. 1711. 8.) pag. 528. 555. 549. et 581.

61) S. von Wening-Jungenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. B. IV. Buch §. 404.

2) In Ansehung des Entstehungsgrundes kann sie entweder eine freywillige oder nothwendige seyn, je nachdem sie auf Verlangen des Curanden, oder gegen dessen Willen bestellt wird.

§. 1392.

Cura furiosorum et prodigorum.

Unter einer nothwendigen Curatel stehen Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender. Da von der Cura über Beyde, sowohl insofern sie eine legitima als dativa ist, schon oben §. 1390. d. e. f. und g. S. 178. ff. insonderheit auch von der Frage, welche Hellsfeld hier erst zur Sprache bringt, nämlich ob der Sohn Curator seines für einen Verschwender erklärten Vaters seyn könne? §. 1390. h. S. 199. ff. und §. 1390. i. S. 210. ff. ausführlich gehandelt worden ist; so bleibt hier nur Weniges noch zu bemerken übrig ⁶²⁾.

Soviel I. die Cura der Geisteskranken betrifft, so nennen zwar die Gesetze der XII Tafeln nur die furiosi, wenn sie den Agnaten und Gentilen diese Curatel übertragen. Da aber die furiosi in den Gesetzen ⁶³⁾ von denjenigen genau unterschieden werden, welche dementes und mente capti sind, so entsteht die Frage, warum

62) Man vergleiche Guntz. Heinr. von Berg über die mit der Vormundschaft über Gemüthsranke verbundenen Rechte und Obliegenheiten; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. (Hannover 1806. 8.) Nr. XIX. S. 219. ff. und Dabelow Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. (Halle 1818. 8.) §. 500. u. 501. S. 551. ff.

63) §. 3. et 4. *J. de Curat. L. 2. D. de inoff. testam. L. 27. §. 5. D. de recept. L. 8. §. 1. D. de tutor. et curat. dat. L. 6. D. h. t. L. 25. C. de nupt. L. 28.*

nicht auch über diese den Agnaten die cura übertragen worden ist, sondern solchen Geisteskranken, wie Justinian ⁶⁴⁾ sagt, ein Curator von der Obrigkeit gegeben werden soll? Glaubt man freylich, daß in den römischen Gesetzen unter dem Ausdruck *furiosus* schlechterdings nur ein solcher verstanden werde, der bey gänzlicher Verstandesverwirrung, in Reden und Handlungen eine übermäßige Heftigkeit zeigt; der Ausdruck *demens* aber einen solchen bezeichne, welcher bey seiner Vernunftlosigkeit sich ruhig verhält ⁶⁵⁾; so ist freylich schwer zu erklären, warum nur gerade die Rasenden, und nicht auch die Wahnsinnigen unter der Curatel der Agnaten stehen sollten? Allein haben denn auch die Gesetze der XII Tafeln die *furiosi* und *dementes* oder *mente capti* wirklich eben so unterschieden? Nach der Erklärung, die uns Cicero ⁶⁶⁾ vom *furor* in Beziehung auf die zwölf Tafeln giebt, hat Ulrich Huber ⁶⁷⁾ wohl Recht, wenn er dieses verneinet. Cicero ⁶⁸⁾ sagt nämlich:

Nomen *insaniae* significat mentis aegrotationem et morbum, id est, insanitatem et aegrotum

§. 1. C. de admin. tut. C. den 2. Th. des Commentars §. 117. b. C. 129. ff.

64) §. 4. J. h. t.

65) S. Günth. Heint. von Berg von lichten Augenblicken bey Geisteskranken, in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Th. Nr. XXII. S. 245—258. besonders §. 7. u. 8.

66) *Tusculanar. Disputation. Lib. III. Cap. 4. nr. 8. et 9. und Cap. 5.*

67) *Digression. Justinian. P. I. Lib. III. Cap. 18. §. 2. et 3. pag. 226. sp. und Eiusd. Praelection. ad Institution. h. t. §. 7.*

68) *cit. loc. Lib. III. cap. 4. nr. 8. t. 9.*

animum, quam appellarunt *insaniam*. Omnes autem perturbationes animi morbos Philosophi appellant: negantque stultum quemquam his morbis vacare. — *Sanitatem enim animorum* positam in tranquillitate quadam constantiaque censebant: his rebus mentem vacuum appellarunt *insaniam*, propterea quod in perturbato animo, sicut in corpore, *sanitas* esse non possit ⁶⁹⁾. — Nec minus illud acute, quod animi adfectionem, lumine mentis carentem, nominaverunt *amentiam*, eandemque *dementiam*. — Graeci autem *μανίαν* unde appellant, non facile dixerim: eam tamen ipsam distinguimus nos melius, quam illi. Hanc enim *insaniam*, quae iuncta stultitiae patet latius, a *furore* disiungimus. Graeci volunt illi quidem: sed parum valent verbo: quem nos *furorem*, *μελαγχολίαν* illi vocant. Quasi vero atra bili solum mens, ac non saepe vel iracundia graviore, vel timore, vel dolore moveatur: quo genere *Athamantem*, *Alcmaeonem*, *Ajacem*, *Orestem* furere dicimus. Qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant *duodecim tabulae*. Itaque non est scriptum, SI INSANUS, sed, SI FURIOSUS ESCIT ⁷⁰⁾, *Insaniam* enim censuerunt, constantia, id est, sanitate vacantem, posse tamen tueri mediocritatem officiorum, et vitae communem cultum atque usitatum: *furorem* autem esse rati sunt mentis ad omnia caecitatem. Quod cum maius esse videatur, quam *ipsania*; tamen eiusmodi est, ut *furor* in sapientem cadere possit, non possit *ipsania*.

69) Lib. III. cap. 5.

70) Nach der Lesart des Drelli Opp. Cicero. Tom. IV. p. 296.