Archiv
für die
civilistische Praxis.

Vierter Band. Drittes Heft.

XXIV.

Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Processes.

Von Mittermaier.

§. 1.

Die richtige Bestimmung der Gegenstände des Processes hat schon seit einer Reihe von Jahren die rechtsprechenden und verwaltenden Behörden eben so, wie die Rechtsgelehrten, beschäftigt. In der Ausübung hat man sich zwar, wenn im einzelnen Fall die Frage sich ergab, die Antwort um so leichter gemacht, je mehr die Behörden, welche sich die Entscheidung oft anmaßten, mit einer Gewalt versehen waren, welche jeder Einwirkung der Justizbehörden spottete. Die Frage ist in neuerer Zeit besonders dadurch schwierig geworden, daß durch die allmählig zur Mode gewordene fabrikmäßige Betreibung der Staatsgeschäfte immer mehr Verwaltungsbehörden für jeden möglichen Geschäftszweig oft mit dem ausgedehntesten Ansehen gegründet wurden, von welchen jede ihre Gewalt geltend machen, und immer weiter sich ausbreiten wollte. Nicht selten wurde dies Umsichgreifen verwaltender Behörden in einzelnen Staaten von oben herab um so lieber begünstigt, je mehr die Juristen in den Ruf ängstlicher Pe-

danterei kamen, die nur am starren Gesetze klebe, und in die höheren Principien der Staatsregierung nicht eindringen könne, je mehr es selbst zur Mode gehörte, über die Langsamkeit und Trägheit des streng juristischen Geschäftsganges zu klagen. Unbeugsam und fest wie das Gesetz, ohne menschlich gefällige Rücksichten, nicht hörend auf die Wünsche der Machthaber, in einem bestimmten Falle gerade auf die Art zu entscheiden, nicht bewegt durch die oft launenhaften Ansichten von Staatswohl, von Zweckmäßigkeit, von höherer Politik, entschied der Richter den ihm vorgelegten Fall nach den bestehenden Gesetzen gründlich, aber eben darum freilich nicht mit der oft gerühmten seichten Schnelligkeit. Gefälliger dagegen, nachgiebiger einzelnen Einflüsterungen, konnten freilich die verwaltenden Behörden seyn; hier ließ sich das, was seiner Natur nach ewig unbestimmt ist, die sogenannte Natur der Sache, oder das Staatswohl u. a., wohl so drehen, wie man es im einzelnen Falle gerade brauchte und wünschte, und die gepriesene Schnelligkeit ließ sich hier auch leichter erreichen. So haben freilich manche menschliche Rücksichten auf die Gränzbestimmer und oft auch auf die Gelehrten gewirkt, und doch ist die Gränzbestimmung von höchster Wichtigkeit für die Sicherheit und die Festigkeit des Rechts im Staate, da für den Privatmann, der sein Recht verfolgen will, nicht selten aus der Collision der Behörden eine wahre Rechtslosigkeit, auf jeden Fall doch eine höchst nachtheilige Proceßverzögerung, entsteht. Vergebens sucht der Kläger ein Gericht, das auf seine Klage verfügt, die Justizbehörden erhalten Befehle, die Klage nicht anzunehmen, und bei den Verwaltungsstellen, die ohnehin häufig in eigener Sache urtheilen, fehlt es an Mitteln nicht, dem Kläger die Lust zur Klage zu benehmen. Wohl dürfte daher eine neue Prüfung dieser Lehre, mit einem Versuch der Gränzberichtigung, nicht ohne Werth seyn.

§. 2.

So lange in früherer Zeit die einzelnen Gewalten nicht strenge, doktrinell und praktisch, gesondert waren, so lange

wenige Behörden im Staate bestanden, bekam die Frage über die Gegenstände weniger Bedeutung, und nur bei den Verfügungen der obersten Landesstellen, besonders im Verhältniß deutscher Landesfürsten zu ihren Landständen, wurde der Streit wichtig. Hier aber bot die Ansicht des Verhältnisses der Territorialgewalt zum Kaiser und Reiche ein einfaches Auskunftsmittel dar. Die Landeshoheit der deutschen Regenten war keine unabhängige, sondern eine der höhern Gewalt des Kaisers und Reichs unterworfene, damit, wie Pütter sagt, jeder Reichsstand in seinem Lande zwar Gutes zu thun freie Hände hat, aber, böses zu thun, durch eine höhere Gewalt abgehalten werden kann. Hier war es ein unbezweifelter Grundsatz, daß jeder Reichsstand, wenn ihn nicht besondere Privilegien schützten, von seinen Unterthanen wegen der durch Ausübung der Territorialgewalt verletzten Privatrechte, oder auch nur dann, wenn landesherrliche Beamten eine Verletzung unternahmen, vor den höchsten Reichsgerichten belangt werden konnte [1]). Hier gab die Unterwürfigkeit des Landesherrn unter Kaiser und Reich, und die angebliche Ueberschreitung der Territorialgewalt, den Gesichtspunkt und das Fundament zur Klage. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß auch diese Verpflichtung der Reichsstände, Recht zu nehmen vor den Reichsgerichten, mehr auf dem Papiere, als nach der vollen Strenge im Leben und der Ausübung bestand, die mächtigen Reichsstände wußten allmählig durch verschiedene Wege ihre Unabhängigkeit zu erringen, Oesterreich übte sie rechtlich aus [2]), und genoß eben so, wie Preußen, lange schon vor Auflösung des Reichs der oft beneideten Souverä-

---

1) Pütter, in seinen Beiträgen. 1 Thl. S. 304. Häberlin Handb. des deutschen Staatsr. II. Bd. §. 204. u. 331.

2) Fahnenberg, über die völlige Exemtion des Hauses Oesterreich von der Gerichtsbarkeit des kaiserl. Reichs Kammergerichts. Wien 1796.

netät; selbst in den Wahlkapitulationen [3]) mußte der Kaiser versprechen, nicht zu gestatten, daß den Ständen in ihren Landeshoheits- und Regierungsrechten, besonders in Polizeisachen, von den Reichsgerichten eingegriffen werde; kam es nun zum Streite, so beriefen sich die beklagten Reichsstände auf ihre Regierungsrechte, setzten der Klage die Einrede entgegen, daß die angeblich beschwerende Verfügung um des öffentlichen Wohls wegen nöthig sey, und wußten so klug einer Entscheidung, und noch sicherer einer ohnehin höchst mißlichen Execution [4]), zu entgehen, daß in der Ausführung das weise berechnete Unterwürfigkeitsverhältniß und die Gewalt der Reichsgerichte vernichtet war, und nur zuweilen einem kleinen Reichsstande sich fühlbar machte. Ein anderes Verhältniß ergab sich aber noch dann, wenn von dem Rechte der Territorialgerichte, über Regierungsakte des Regenten zu entscheiden, die Rede war. Wenn noch die Unterwürfigkeit unter Kaiser und Reich den Reichsstand unter die Gewalt der Reichsgerichte stellte, so verschwand dieser Gesichtspunkt in Ansehung der Landesgerichte, welche man vielmehr, als vom Regenten eingerichtet und angestellt, auch ihm unterworfen betrachtete, und es wurde so Grundsatz: daß bei den Landesgerichten keine Klage über Rechtsverletzungen, welche jemanden durch Akte der Territorialregierung zugefügt wurden, gegen den Regenten, oder die in seinem Namen handelnden Beamten, angebracht werden könnte [5]), wobei auch die in der Wahlkapitulation von 1790. Art. 19. §. 6. eingerückte Stelle, daß die Landesgerichte in Sachen der fürstlichen Kam-

---

3) Wahlkapitulation Art. 1. §. 8., s. auch über die Wahlkapitulation §. 15. Struben, gründlicher Unterricht in Regierungs- und Justizsachen. (Hinter dem rechtl. Bedenken, 5r Thl. S. 46.)

4) Häberlin, Handb. des deutschen Staatsrechts §. 308.

5) S. Struben, Nebenstunden, 3. Thl. S. 63. Berg, Handbuch des Polizeirechts, 4. B. S. 377. Eigenbrod, Handbuch der großherz. hessischen Verordnungen, 1. Bd. S. 356.

mern über streitige Gegenstände allein kompetente Richter seyn sollten, offenbar nur zum Vortheil der Reichsstände gegeben war, und aus diesem Gesichtspunkte allein ausgelegt werden muß [6]). Vergebens würde man schon damals ein festes, in ganz Deutschland begründetes, System über die Trennung der Justizsachen von den Regierungsgegenständen suchen; eine flüchtige Durchsicht der Verordnungen und Verhandlungen in den deutschen Staaten, und das bloße Daseyn mehrerer Schriften über die Frage, kann belehren, wie streitig die Lehre war, und wie wenig Gleichförmigkeit darin herrschte.

Noch schlimmer wurde der Zustand, als nach der Auflösung des deutschen Reichs der Mangel eines festen Rechtszustandes in den staatsrechtlichen Verhältnissen, und das Wegfallen vieler Einrichtungen und Vorschriften, eine verderbliche Unbestimmtheit und ein Schwanken aller Gewalten und Rechtsverhältnisse erzeugte, und daher anmaßliche Versuche und Eingriffe begünstigte. Nicht geläugnet darf aber werden, daß die Gerichtshöfe dafür von ihrer Seite nicht weniger ihr Gebiet vertheidigten, und oft, im Eifer für die Ausdehnung der Gränzen der Justiz, Fälle zur Entscheidung sich zueigneten, bei welchen offenbar nur ein Verwaltungsgesichtspunkt vorhanden war. Man darf es auch, wenn die Civilgerichte mit Entscheidung der reinen Verwaltungssachen sich beladen, denjenigen, welche Gelegenheit hatten, das Benehmen der Gerichte in solchen Fällen zu beobachten, nicht übel nehmen, wenn sie kräftig gegen die Juristen sich erklären, und auf die häufig hervorkommenden unpassenden Entscheidungen der Gerichte über administrative Angelegenheiten, und selbst auf den für die Justiz entstehenden Nachtheil, sich berufen. So mag es sich erklären, wenn ein selbst ausgezeichneter Jurist [7]) über

---

6) Häberlin, pragmat. Geschichte der neuesten Wahlkapitulation, S. 277.

7) v. Gönner in den Motiven zu dem Entwurf eines Proceßgesetzbuches, S. 57.

die Juristen ausruft: „wahrhaft die Juristen von Profession sind doch ein eigenes Völklein, angesteckt vom Geiste, eine besondere Kaste zu bilden, und das Monopol über alles, was auf Rechte sich bezieht, an sich zu reißen.“ — Wer hat, wenn die Juristen wirklich so ängstlich über ihre Gränzen wachen, sie dazu gebracht, wer anders wohl als die administrativen Stellen, welche immer nur in die Kreise des Rechts einzugreifen wagen, und zum Mißtrauen gegen ihre Eingriffe reizen?

Vor allem aber sey es erlaubt, darauf aufmerksam zu machen, daß über die ganze Frage über die Gegenstände des Prozesses, zum Heile von Deutschland, eine andere, von der der frühern Zeit der gebundenen Rede abweichende, Sprache in allen Ländern geführt werden kann, welchen das Glück einer landständischen Verfassung geworden ist, und daß die Frage eine viel höhere Bedeutung erhält, als man häufig glaubt. Da, wo ein edler Regent in einer Verfassung keine Schmälerung seiner Souveränetät, wo er vielmehr die Nothwendigkeit eines Schutzes der Rechte des Volks auf Antheil an der Verwaltung erkennt, wo durch verfassungsmäßige Anstalten die Volksrechte geschützt sind, wo die Minister verantwortlich sind, wo die Eigenmacht der Verwaltungsbehörden an der immer regen Wachsamkeit der Volksvertreter sich bricht, wo der oft zur Verhüllung des Beamtendespotismus taugliche Nimbus wegfällt, wo Niemand im Staate ist, der nicht wegen seiner Handlungen Rechenschaft geben muß, wo jede Willkühr verfassungsmäßig zerstört wird — da muß auch das Privatrecht des einzelnen Bürgers gegen jeden Eingriff, er mag von irgend einer Seite kommen, geschützt seyn, und die Frage über das Verhältniß der Justiz- und Verwaltungsbehörden hängt mit den wichtigsten Verfassungsangelegenheiten selbst zusammen. — Es kann auch nicht verkannt werden, daß die Frage über Trennung der Justiz- und Verwaltungssachen noch in einer Verbindung mit dem ganzen Gange der Civilgesetzgebung, und mit dem Begriff des Eigenthums selbst steht.

In einer Zeit, in welcher alle Bestrebungen der Gesetzgebung dahin gehen, die höchste Freiheit des Privateigenthums zu sichern, dasselbe von allen Rücksichten der Verwaltung, der Steuereinrichtung, von allen Beschränkungen loszumachen, wird es vorzüglich auffallend, wenn man nicht diese Freiheit des Verkehrs, in welchem nur der Begriff eines reinen Eigenthums, und blos die consequente Rechtsansicht den Richter bei allen Entscheidungen darüber leiten dürfen, nicht auch durch die höchste Unabhängigkeit der Gerichte anerkennen will, während freilich früher, wo das Privateigenthum häufig nur als ein aus dem landesherrlichen Obereigenthum abgeleiteter Besitz erschien, alle privatrechtlichen Verhandlungen mit Zwecken und Ansichten der Staatsverwaltung und der Staatshaushaltung in steter Berührung standen [8]).

Endlich befremdet es, wenn man gerade in neuester Zeit, in welcher man so laut die Forderung der Oeffentlichkeit der Gerichte hört, noch von einer den Verwaltungsstellen beigelegten Gerichtsbarkeit spricht. Es ist anerkannter Satz, daß der Geschäftsgang in Verwaltungssachen nicht öffentlich seyn kann; will man nun Verwaltungsbehörden zu Gerichten erheben, so muß man ihnen entweder eine ihrer Behandlungsart der Geschäfte fremde Form dann beilegen, wenn sie in richterlicher Qualität handeln, was nicht leicht ohne viele Nachtheile geschehen kann, oder man muß ohne Noth von der allgemeinen öffentlichen Form gerichtlicher Verhandlungen eine Ausnahme machen.

§. 3.

Soll die Gränze zwischen den Justizsachen, als den Gegenständen der richterlichen Gewalt, und zwischen reinen Verwaltungssachen gezogen werden, so dürfte ein leitender Punkt

---

8) S. die Schrift: Ueber die Cassationsinstanz und das Rechtsmittel der Cassation in der Gesetzgebung des Rheinlandes, S. 14. und 109.

vorzüglich in der Aufsuchung der Befugnisse und der Natur der Wirksamkeit der richterlichen Gewalt überhaupt gefunden werden. Jeder, welcher eine Klage über eine erlittene Verletzung vor das Forum der Justizgewalt bringt, und von ihr Schutz verlangt, setzt voraus, daß der aufgeforderte Richter darüber, ob wirklich eine Verletzung im Rechtssinn vorhanden sey, entscheiden könne, und daß er dem Kläger, wenn er als Sieger anerkannt wird, sein Recht gegen den weigernden Gegner selbst mit Zwang unter hoheitlichem Ansehen zuerkennen könne. So oft nun der Richter vermöge der ihm zustehenden Gewalt keine Normen hat, nach welchen er juristisch entscheiden kann, ob der Kläger Recht habe, oder so oft er wegen der Beschaffenheit des Gegenstandes dem Sieger mit dem richterlichen Zwange doch nicht zum Rechte verhelfen kann, war die Verhandlung bei dem Richter überflüssig, und die Klage war mit Unrecht angebracht; es war im juristischen Sinne nicht einmal eine wahre actio gegründet. Wenn z. B. jemand, der in einer Stadt, wo Zunftverfassung besteht, in die Schneiderzunft aufgenommen werden wollte, aber die Erlaubniß zur Gewerbeausübung nicht erhielt, an den Civilrichter sich wendet, oder wenn ein anderer, der durch den eingeführten modus der Steuererhebung beschwert zu seyn glaubt, Civilklage stellt, so fehlt es beiden schon an einer actio, da sie auf kein Gesetz sich berufen können, woraus ein jus quaesitum abgeleitet werden könnte, es fehlt dem Richter an einer Norm, unter welcher er den Fall subsumiren kann, und der Ausspruch zu Gunsten des Klägers könnte sich nur auf seine Meinung stützen, daß die Aufnahme in die Zunft billig, oder der geforderte modus der Steuererhebung unzweckmäßig sey. Die Meinung des Richters aber in solchen Fällen wird um so weniger Gewicht haben, je weniger dem Richter die genaue Kenntniß aller localen Rücksichten, aller bei Beurtheilung der Zweckmäßigkeit einwirkenden Verhältnisse, und selbst gewisse nothwendige technische Einsichten zugetraut werden können, daher auch der Staat um den richterlichen Aus-

spruch in solchen Fällen, wegen der vielfachen Nachtheile, die leicht aus einer solchen einseitigen und unbegründeten Meinung entstehen könnten, sich nicht kümmert. Nur dann, wenn die richterliche Meinung alle Merkmale eines wahren Urtheils an sich trägt, wenn sie bei der Entscheidung eines vorgelegten Falles sich auf eine Norm gründet, die der Staat selbst als eine allgemein geltende, Rechte gewährende, ausgesprochen hat, welcher er sich selbst bei allen Entscheidungen zu unterwerfen erklärt hat, welche er daher auch im einzelnen Fall als für sich verbindlich anerkennen muß, kann derjenige, zu dessen Gunsten das Urtheil entscheidet, erwarten, daß selbst mit Zwang sein Recht werde geschützt werden, und nur in Fällen, wo diese Bedingungen vorhanden, und solche Urtheile zu erwarten sind, kann derjenige, welcher sich verletzt glaubt, an das Gericht sich wenden, und von der richterlichen Gewalt Schutz hoffen.

Gegenstand der Justizgewalt kann darnach nur derjenige seyn, bei welchem die der Natur dieser Gewalt entsprechende Befugnisse zur Anwendung kommen können, wo daher 1) die zum Schutz aufgerufene Gewalt, welche nur nach bestehenden Gesetzen urtheilen kann, auch Normen findet, nach welchen sich der vorgelegte Fall entscheiden läßt, und wo 2) derjenige, welcher den Schutz der Gerichte anruft, sich auf ein bereits für ihn begründetes, und zwar nach den Normen, welche der Staat als Privatrechte begründend anerkannt hat, gehörig entstandenes Recht sich berufen kann, wo daher der richterliche Ausspruch nur auf die Prüfung des Daseyns der behaupteten Thatsachen, und auf die Subsumtion derselben unter die bestehenden Gesetze, sich gründen kann.

Mag der dem Gerichte vorgelegte Fall mit noch so vielen Verwaltungsrücksichten zusammenhangen, noch so großen Einfluß auf das Wohl des Staats haben, und selbst noch so viele technische Kenntnisse oder administrative Instructionen nöthig machen, so findet doch der Richter, so bald nur die obigen Merkmale vorhanden sind, leicht die juristische Entscheidung,

da sie sich nicht auf das Wohl des Staats oder auf Prüfung der Zweckmäßigkeit einläßt, sondern blos darin besteht, daß nach den bestehenden Gesetzen der Kläger in seinen erworbenen Rechten verletzt sey. Es ist dies gerade die Natur der Justiz, daß sie ohne eine Nebenrücksicht, ohne den einzelnen Fall im Zusammenhange mit dem Wohl des Ganzen zu würdigen, nur den einzelnen Fall für sich betrachtet, und, indem sie blos das, was schon Gesetz ist, berücksichtigt, das Gesetz selbst handhabt. Darum mischt sich aber auch die Justiz, so bald die Normen der Subsumtion fehlen, so bald nicht mehr von dem strengen Rechte die Rede ist, nicht in einen Fall, und es würde selbst nachtheilig für die Rechtspflege werden, wenn eine solche Einmischung erfolgte, da sonst zu leicht die Gerichte an dies Erwägen politischer und administrativer Gründe sich gewöhnten, und auch in den rein juristischen Fällen leicht das Recht durch solche Rücksichten zu drehen und zu beugen lernten.

So wenig sie sich aber in Fälle, für die sie keine Rechtsnormen hat, einmischt, eben so wenig darf sie sich ihre Wirksamkeit in Fällen, bei welchen der richterliche Schutz möglich ist, beschränken lassen.

Bei der nähern Beurtheilung kann es

1) nicht darauf ankommen, daß etwa die bestehenden Rechtsnormen, worauf sich der Kläger berufen kann, von der administrativen Gewalt als nicht mehr anwendbar erklärt worden sind. Sind diese Normen gehörig nach den im Staate zur Sanction eines Gesetzes allgemein als nothwendig erklärten Formen, sie mögen, was die Regel seyn sollte, in dem Beirathe der Landstände, oder in dem Vorschlage des Staatsraths bestehen, entstanden, so können sie von der administrativen Gewalt, der keine gesetzgebende Gewalt zukömmt, einseitig nicht aufgehoben werden, da sie nur auf dem allgemeinen verfassungsmäßigen Wege abgeändert werden können; eben so wenig entscheidet die Erklärung der Administration darüber, ob die Normen in concreto anwendbar

seyen, da das Recht, über die Anwendbarkeit bestehender Gesetze auf einzelne Fälle zu entscheiden, überhaupt nur der richterlichen Gewalt zusteht.

2) Auch der Ausspruch des Staatsrathes, daß in einem Falle die Justizgewalt nicht einzuschreiten habe, daß der Fiscus nicht litem contestiren dürfe, oder daß die bestehenden Gesetze in dem Falle nicht anwendbar seyen, raubt der Justiz in Fällen, wo von der Subsumtion behaupteter Rechte unter bestehende Gesetze die Rede ist, nicht ihre Wirksamkeit; denn abgesehen davon, daß sehr häufig ein solcher Ausspruch des Staatsrathes die Ausübung einer Kabinetsjustiz enthalten würde, ist nach den Einrichtungen der meisten Länder der Staatsrath theils das gesetzgebende Corps, theils die oberste administrative Behörde; in der ersten Eigenschaft kann der Staatsrath wohl die Aufhebung eines Gesetzes dem Regenten vorschlagen, wo aber dann nur alle künftigen Fälle nicht mehr nach den alten Gesetzen beurtheilt werden dürfen, während für alle vor der Aufhebung des Gesetzes vorgekommenen Fälle das alte Gesetz die Norm bleibt; in der zweiten Eigenschaft aber hat der Staatsrath keine ausgedehntere Befugniß, die Wirksamkeit der Gesetze zu beschränken, als jeder andern administrativen Behörde zusteht.

3) Selbst die Verträge eines Staates mit einem andern Staate, Friedensschlüsse u. a., können, so bald von dem Ausspruch über erworbene Rechte die Rede ist, einer wahren Justizsache nicht ihren Charakter und dem Verletzten das Recht, an den Civilrichter sich zu wenden, rauben, z. B. wenn der Staat die Forderungen seiner Unterthanen aus Lieferungsverträgen zum besten einer Provinz durch Staatsverträge bei der Abtretung der Provinz an den neuen Staat überweiset. Dies rein privatrechtlich zu beurtheilende Vertragsverhältniß gibt den Unterthanen immer das Recht, sich an ihren ursprünglichen Contrahenten zu wenden, welcher nach bekannten Rechtssätzen seinem Gläubiger ohne dessen Einwilligung keinen neuen Schuldner aufdringen kann.

§. 4.

Dagegen ist

4) ein anderer oft aufgestellter Satz: „daß alle Sachen, wobei es auf Anwendung ergangener Verordnungen ankomme, vor die Civilgerichte gehörten", in seiner Allgemeinheit nicht gegründet; es wird hier vielmehr auf die verschiedene Natur der Gesetze, von deren Anwendung die Rede ist, ankommen. a) Bei Gesetzen, welche den Zweck haben, die Privatrechtsverhältnisse der Bürger unter sich zu reguliren, ist es keinem Zweifel unterworfen, daß jede Frage über die Anwendung dieser Gesetze eine Justizsache ist; eben so b) dann, wenn auch bei Gelegenheit allgemeiner Anordnungen gewissen Ständeclassen oder einzelnen Corporationen Privilegien ertheilt werden. c) Bei Gesetzen, welche sich auf das Verhältniß des Staates und der Unterthanen beziehen, und zwar auf Ausübung von nutzbaren Hoheitsrechten, welche vom Regenten an Privatpersonen als Privatrechte überlassen sind, z. B. Bergordnungen u. a., müssen die Rechtsstreitigkeiten der mit dem Genuß der Rechte beliehenen Personen sowohl mit dem Staate, als mit anderen Privatpersonen, von den Civilgerichten entschieden werden. d) Allgemeine Anordnungen in Bezug auf die Einrichtung von wohlthätigen oder nützlichen Anstalten, welche an sich nur als Privatvereine zu betrachten sind, aber vom Staate zuweilen unter höhere Garantie gestellt, und auf das ganze Land ausgedehnt werden, z. B. Brandassecuranzordnungen, gehören zu den Gesetzen, bei welchen die Frage über ihre Anwendung von der Justizbehörde zu entscheiden sind. e) Wenn Gesetze allgemein über die von den Unterthanen dem Staate zu leistenden Verpflichtungen, mit bestimmter Angabe der einzelnen Leistungen, Vorschriften geben, z. B. bei Steuern, so enthalten diese Anordnungen zugleich die Norm der Beurtheilung des Verhältnisses zwischen Staat und Unterthanen; der erste leitet in jedem einzelnen Fall, wo das Gesetz vollzogen wird, daraus sein Recht ab, die zweiten erhalten dagegen daraus das Recht, zu nicht

mehr als im Gesetze angegeben ist, angehalten werden zu können, und in so fern würde bei einer höhern Forderung von Seiten der vollziehenden Behörden eine Klage bei den Civilgerichten angebracht werden können; allein es wird noch eine andere Rücksicht eintreten. — Bei der Anwendung z. B. der Steuergesetze kömmt es gewöhnlich nicht blos auf die einfache Bestimmung eines Steuerquantums an, sondern es fragt sich, um das Quantum finden zu können, um die Ausmittelung der Verhältnisse, nach welchen die Berechnung gesetzlich geschehen soll, z. B. über die Bestimmung des jährlichen Einkommens, über die Beurtheilung der Fassionen, über die Verfertigung der Guts- oder Rentenanschläge; dergleichen Berechnungen aber fordern besondere administrative Kenntnisse, und machen unumstößliche, für alle Fälle voraus entscheidende, Regeln unmöglich. Wenn daher allerdings aus dem Steuergesetz der Unterthan das Recht, nur ein bestimmtes Quantum zu bezahlen, erwirbt, so wird doch in den meisten Fällen sich dies Recht nicht juristisch darthun lassen, da zur Beurtheilung der Verletzung im einzelnen Falle dem Richter alle diese administrativen Kenntnisse nothwendig wären. Ob darnach Steuerreclamationen wegen zu hoher Ansätze vor die Civilgerichte kommen können, wird sehr von der Steuereinrichtung des Landes abhangen; wo sehr einfache Normen gegeben sind, wo gehörige Kataster, zuverläßige mit Zuziehung aller Interessenten voraus entworfene Rentenfassionen, und Güterbonitätsbestimmungen existiren, könnte wohl der Streit an die Civilgerichte gewiesen werden, während in vielen Fällen das Civilgericht wegen Mangels fester Normen als incompetent sich erklären müßte. f) Bei Gesetzen, welche mit Bestimmungen anderer Unterthanenpflichten die Bedingungen festsetzen, unter welchen die Unterthanen zu solchen Leistungen verpflichtet sind, z. B. Militärconscriptionsgesetze, entscheiden ähnliche Rücksichten. Wenn z. B. das Gesetz entscheidet, daß die einzigen Söhne der Eltern von dem Militärdienste befreit seyn sollen, so ist nicht abzusehen, warum der höchst einfache

Fall, wenn ein Beamter doch einen einzigen Sohn zum Militärdienste zwingen will, nicht von der Civiljustizbehörde entschieden werden soll; oder wenn das Gesetz bestimmt, daß die Söhne, welchen ihre Eltern das Gut übergeben haben, vom Militärdienste befreit seyn sollen, und wenn der Beamte, gegen welchen sich ein Sohn auf den Grund der geschehenen Gutsübergabe beruft, behauptet, daß die Uebergabe nur simuliv geschehen sey, so ist auch kein Grund einzusehen, warum über den Beweis der angeblichen Simulation, der dem Beamten obliegt, nicht das Civilgericht entscheiden kann. Wenn dagegen die Regierung des Kreises die Aushebung von 400 Mann befohlen hat, und nun ein Militärpflichtiger behauptet, daß zu viele Soldaten aus diesem Kreise ausgehoben würden, daß er als der dem Loose nach 400te nicht gezogen werden könne, so wird freilich der Civilrichter keine Norm haben, da ihm die Entscheidung, wie viele Soldaten zum Kriegsdienst nothwendig seyen, nicht zusteht. g) Viele andere Gesetze sind nur Instructionen für die Landesbehörden in Gegenständen, die ihrer Natur nach nicht durch Gesetze für jeden einzelnen Fall bestimmt werden können, wo das Gesetz daher nur die Hauptrücksichten andeutet, Vorsichtsmaßregeln vorschreibt, oder die Gränzen der Befugnisse angibt, bis wie weit die Behörden gehen dürfen, z. B. Anstalten zur Verhütung einer Viehseuche, in Einquartirungsgegenständen u. a. Hier behält es die Regierung sich und ihren Verwaltungsbeamten vor, nach gewissen Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und der Billigkeit, nach Rücksichten des öffentlichen Wohls, zu verfügen; sie betrachtet den einzelnen Fall nicht für sich, sondern im Zusammenhange mit allen übrigen umgebenden Verhältnissen, und modificirt die Normen nach den Bedürfnissen der Localität, und des Augenblicks. Hier hat kein einzelner ein im ganzen Lande auszuübendes bestimmtes Recht aus dem Gesetze abzuleiten, es kann hier wohl jemand factisch verletzt seyn, im juristischen Sinne aber, in einem bestimmten Rechte, ist er nicht verletzt, und die

Justizbehörde, wenn man sie auffordert, hat keine feste Norm, unter die sie den Fall subsumiren kann, indem das Gesetz, worauf sich der angeblich Verletzte bezöge, nicht eine unabänderliche Bestimmung der Rechte und Pflichten der Unterthanen, sondern den Vorbehalt des Anpassens und Abänderns nach Befinden der Umstände enthält. So hat daher völlig richtig die hannöverische Landesregierung in einem Schreiben vom 14. März 1785. und 1790. an das Oberappellationsgericht [9]) vor der unbedingten Anwendung des Satzes gewarnt, nach welchem alle Sachen vor die Civilgerichte gehören sollten, wenn es auf Anwendung ergangener Verordnungen ankäme. h) Daraus erklärt es sich auch, aus welchem Grunde so selten bei Verletzungen in Polizeigegenständen von einer wahren Civilklage gesprochen werden kann, auch wenn von Anwendung bestehender Polizeigesetze die Rede ist. α) Es ist nicht zu bezweifeln, daß da, wo ein bestimmtes Polizeistrafgesetz, das ein absolutes Gebot oder Verbot enthält, übertreten ist, die gerichtliche Behörde allein das Recht der Untersuchung und Bestrafung haben könne, und haben sollte, da es nur darauf ankömmt, herzustellen: ob die Gesetzesübertretung existirt; daher auch Frankreichs Gesetzgebung kein Strafrecht administrativer Polizeibehörden anerkennen [10]), und neuere Schriftsteller mit Recht [11]) die Verweisung des Strafrechts auch in Fällen der Polizeiübertretungen an die gerichtlichen Behörden verlangen. β) Eben so unbestritten ist es, daß in vielen Verhältnissen, bei welchen mehrere polizeiliche Gesichtspunkte entscheiden, ungeachtet das Verhältniß als ein

---

9) Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen, 1. Th. Nr. 46., und Oesterlei, Handbuch des hannöv. Prozesses, 1. Th. 2. Abth. S. 98.

10) Niederrheinisches Archiv für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft, 3. Bd. 2. H. Nr. 75.

11) S. vorzüglich Lotz im neuen Archiv des Criminalrechts 3. B. Nr. 26.

privatrechtliches in Ansehung derjenigen, welche es eingehen, zu betrachten ist, z. B. bei der Lotterie, eine Civilklage, z. B. gegen den Lotterieunternehmer, denkbar ist, wobei die polizeiliche Einrichtung der Anstalt gleichsam als die lex des eingegangenen Vertrags entscheidet; ein ähnliches Verhältniß findet auch bei Leihhäusern statt. γ) Eben so ist das Recht desjenigen, der von der Polizeibehörde eine Befugniß erhalten hat, z. B. Recht, ein Gewerbe auszuüben, wenn nicht ausdrücklich die polizeiliche Erlaubniß eine widerrufliche Concession enthielt, als Privatrecht anzusehen, woraus der von Privatpersonen Verletzte eine Civilklage erwirbt, und wo der Richter bei der Beurtheilung allerdings die polizeilichen Vorschriften anwendet. δ) Dagegen ist die Mehrzahl sogenannter Polizeiverordnungen, welche von den obern Landesbehörden erlassen werden, nicht geeignet, eine Klage über Verletzung, bei welcher man auf bestehende Gesetze sich beruft, zur Civilklage zu machen. Diese Polizeiordnungen sind entweder reine Instructionen für die Beamte, um sie auf ihre vorzüglichsten Pflichten aufmerksam zu machen, oder sie schreiben Rücksichten vor, welche, in sehr allgemeinen Umrissen angegeben, bei gewissen Verhältnissen entscheiden sollen, z. B. über Aufnahme in ein Gewerbe; alle diese Gesetze aber können ihrer Natur nach nicht absolut bestimmt und unabänderlich seyn, sondern müssen nach den Rücksichten auf Localität und Zeitumstände angewendet werden; das Detail wird immer erst durch Localpolizeivorschriften bestimmt. Wer daher von der Polizeibehörde mit Berufung auf allgemeine Gesetze eine Erlaubniß erhalten, z. B. in eine Zunft aufgenommen zu werden, die Befugniß, wilde Thiere vorzuzeigen u. a. gewinnen will, kann, wenn ihm die Erlaubniß verweigert wird, sich nicht an die Civilgerichte wenden, weil das Polizeigesetz nicht von der Art war, daß daraus ein Recht erworben werden konnte.

§. 5.

Mit Unrecht hält man sich bei der Trennung der Justizsachen und Verwaltungsgegenstände an einige blos zufällige

Merkmale, deren Prüfung nicht überflüssig seyn mag. Ein Unterscheidungsmerkmal hat man nicht selten in der Person des Gegners, gegen welchen die Klage gerichtet wird, gefunden, und darnach behauptet, daß die durch Beamte bei Ausübung ihres Amts zugefügten Verletzungen keine Civilklage begründen könnten. So ungerecht es seyn würde, wenn jeder Beamte wegen jeder seiner Amtshandlungen zur Strafe seines Gehorsams von irgend einem Unzufriedenen vor Gericht gezogen werden könnte, so unzweckmäßig selbst eine solche gerichtliche Verantwortlichkeit der Beamten wäre, da der aufgeforderte Richter gar keine Norm für die Beurtheilung administrativer Handlungen hätte, so wenig darf man doch in der Ausdehnung alle Beamten von der Verpflichtung, Rechenschaft wegen ihrer Amtshandlungen zu geben, lossprechen, und dadurch den gefährlichsten Beamtendespotismus begünstigen. Die Mittel des Schutzes gegen Beamtenwillkühr können nicht blos in den Civilklagen, sondern müssen vielmehr in der Verfassung des Staats gesucht werden, wovon unten in §. 9. gesprochen werden soll. Es kömmt nur immer darauf an, ob der Beamte in der Eigenschaft als solcher gehandelt, und blos durch die Erfüllung seiner Amtspflicht verletzt hat, in welchem Fall jede privatrechtliche Qualität wegfällt, und die Klage nur gegen den Staat, oder die vorgesetzte Stelle des Beamten, in deren Namen und Auftrag gehandelt worden ist, gerichtet werden kann. Jeder Civilklage gegen den Beamten steht die Einrede von Seiten des letztern entgegen, daß er innerhalb der Gränzen seines Amtes und Auftrags gehandelt habe, und der Beamte kann nicht weiter als der rechte Beklagte zur Einlassung in den Streit angehalten werden, so bald er darthut, entweder a) daß er zu der einzelnen verletzenden Handlung speziellen Auftrag von der höhern Stelle gehabt habe, oder b) so bald die vorgesetzte administrative Stelle die Zweckmäßigkeit der einzelnen Amtshandlung, wenn auch kein spezieller Auftrag existirte, anerkennt, weil der Beamte durch die allgemein ertheilte Instruc-

tion geschützt ist. Dagegen kann der Beamte der Vertretung seiner Handlungen vor Gericht sich nicht länger entziehen, sobald der Auftrag ihn nicht mehr sicher stellt, sobald daher a) der Beamte ohne Auftrag handelte, und dadurch Rechte verletzte, sobald b) bei allgemeinen Amtshandlungen die vorgesetzte administrative Stelle die Handlung als eine unnöthige und unzweckmäßige anerkennt, sobald c) auch bei vorhandenem Auftrage die Ueberschreitung desselben in der Art bewiesen werden kann, daß der Beamte entweder zu Privatzwecken handelte, oder aus Leidenschaft oder aus Nachläßigkeit schadete. In solchen Fällen ist kein Grund einzusehen, warum die Klage der Entscheidung der gewöhnlichen Gerichte entzogen werden soll, da der Staat kein Interesse haben kann, nachläßige oder leidenschaftliche Beamte in Schutz zu nehmen, da vielmehr die Amtsverwaltung um so treuer und gewissenhafter erfolgt, jemehr der Beamte weiß, daß er für seine Handlungen verantwortlich ist, und da selbst in solchen Fällen der Beamte nicht mehr als solcher, sondern als Privatmann verletzte, und so nur ein Rechtsstreit zwischen zwei Personen in Frage steht.

Im Zusammenhange damit steht die in mehreren deutschen Staaten gesetzlich bestehende Einrichtung, daß keine Klage gegen den Fiskus von den Gerichtshöfen angenommen werden solle, wenn nicht zuvor der Kläger darthun kann, daß er sich an die Oberadministrativstelle gewendet, dort aber keine Abhülfe seiner Beschwerde erhalten habe. Es ist dieser Gegenstand in neuester Zeit in der baierischen Ständeversammlung [12]) in ernste Erwägung gezogen worden, und die Landstände selbst haben eine ähnliche Verfügung, die zum Gesetz dann erhoben worden ist [13]), in Antrag gebracht. Gewiß ist auch, wenn weise Beschränkungen den Mißbräuchen vorbeugen, gegen diese Einrichtung nichts einzuwenden. So wie

---

12) Baierische Landtagsverhandlungen der zweiten Kammer. 4. B. S. 96.

13) Baierisches Gesetz vom 22. July 1819. §. 6.

schon bei Streitigkeiten unter Privatpersonen es Sitte, Billigkeit und Klugheit fordern, zuerst die gütliche Beilegung des Streits außergerichtlich zu versuchen, so ist wohl auch eine solche Forderung bei Klagen gegen den Staat nicht unbillig. In vielen Fällen wird es der obern Behörde leicht seyn, kleine Verletzungen, die übelverstandener Amtseifer, unrichtige Auslegung der Instructionen, von Seite der Unterbeamten zugefügt haben, zu heilen, und dem Verletzten zu helfen. Es kann der Staat auch billigerweise das Vertrauen fordern, daß seine Unterthanen, in Fällen, wo sie verletzt zu seyn glauben, nicht sogleich an die Gerichte, sondern an diejenigen sich wenden, welche dem verletzenden Beamten vorgesetzt sind, und welchen der Wille, zu helfen, so wie die Fähigkeit, den gemachten Fehler einzusehen, zugetraut werden muß. In vielen Fällen wird es selbst nothwendig, sich an die Oberadministrativstellen zu wenden, um durch sie die Vorfrage entscheiden zu lassen, ob sie die vom Unterbeamten getroffene, die angebliche Verletzung enthaltende, Verfügung als eine den Amtsbefugnissen und Aufträgen gemäße anerkenne, oder den Beamten selbst als schuldig betrachte; erst nach dieser Erklärung der Oberadministrativstelle erfährt der Kläger, an wen er sich zu halten, und wie er sich zu benehmen habe. Es ist nur bei dieser Einrichtung dafür zu sorgen, daß nicht durch Verweigerung einer Antwort von Seite der Oberadministrativbehörde der Kläger rechtlos gemacht werde.

§. 6.

Zu unbestimmt, und in der Allgemeinheit unwahr, ist auch der Satz, daß überall, wo der Staat ein Hoheitsrecht ausgeübt habe, und wo der Streit des Privatmannes durch eine solche Ausübung veranlaßt sey, eine Verwaltungssache existire.

Von der Unbestimmtheit dieser Behauptung wird man sich überzeugen, wenn man 1) erwägt, daß zwar häufig das Recht, worüber gestritten wird, ursprünglich, auf den Staat bezogen, ein Hoheitsrecht seyn kann, daß es aber einem Pri-

vatmann verliehen ist, und daß bei der Ausübung desselben durch den Berechtigten ein Streit entsteht, entweder durch Schmälerung des Rechts von Seite des Staats, oder durch eine Privatverletzung. Niemand kann läugnen, daß es hier auf die Entscheidung eines privatrechtlichen Streites ankömmt, worauf der Gesichtspunkt des Hoheitsrechts nicht einwirkt. 2) In andern Fällen übt der Staat unmittelbar ein Hoheitsrecht aus, und verletzt durch die Ausübung ein Privatrecht, z. B. wenn zu nothwendigen öffentlichen Zwecken das Privateigenthum eines Bürgers weggenommen wird. Offenbar entscheiden hier zwei Fragen: a) Hatte der Staat überhaupt das Recht, das Privateigenthum einseitig wegzunehmen? b) unter welchen Bedingungen kann er es, und welche Wirkungen erzeugt die Wegnahme für den Eigenthümer? Die erste Frage ist staatsrechtlich, und die bejahende Beantwortung leitet sich aus den Hoheitsrechten des Staats ab, deren Ausübung in constitutionellen Staaten durch die Verfassung regulirt wird. Bei der Beantwortung der zweiten Frage dagegen entscheidet nur der privatrechtliche Gesichtspunkt; der Staat verpflichtet sich, den Eigenthümer zu entschädigen, und das ganze Verhältniß wird nach den Grundsätzen des Kaufs beurtheilt. Streitigkeiten über das Recht des Staats überhaupt gehören darnach nicht vor die Civilgerichte, wohl aber als Streitigkeiten über die rechtlichen Wirkungen [14]. 3) Auf ähnliche Art kommen Fälle vor, in welchen der Regent vermöge seiner höchsten Gewalt allgemeine Maßregeln trifft, wodurch ein großer Theil der Unterthanen, wenn man blos auf den bisherigen faktischen oder gesetzlich bestehenden Zustand Rücksicht nimmt, verletzt wird, ohne daß die Verletzten

---

14) Code Napoleon art. 545. Baierische Verfassungsurkunde, Tit. 4. §. 8. Baierisches Gesetz vom 14. Aug. 1815. Badische Verfassungsurkunde, Tit. 2. §. 14. Würtemberg. Verfassungsurkunde, Kap. 3. §. 30. Hessische Verfassungsurkunde, §. 27.

eine Civilklage anstellen könnten, während für einige Wenige ein solches Klagerecht daraus erwächst, indem bei ihnen besondere wohl erworbene Rechte vorhanden sind, die durch die allgemeine administrative Maßregel nicht vernichtet werden können, z. B. bei Aufhebung der Steuerfreiheit in einem Lande, z. B. für den Adel, wenn auf einigen Gütern vermöge speziellen titulo oneroso erworbenen Privilegiums die Steuerfreiheit ruht, in welchem Falle die Klage auf Entschädigung unfehlbar vor die Civilgerichte gehört. 4) Ein privatrechtlicher Gesichtspunct kann auch in Fällen vorhanden seyn, wo das ganze zum Grunde liegende Verhältniß in das öffentliche Recht gehört, und wo die Klage durch Ausübung des Hoheitsrechts veranlaßt wird, z. B. bei Quiescirungen der Staatsbeamten, und Entziehung der Pension. Allerdings mag der Regent aus höheren administrativen Rücksichten einen Staatsbeamten in den Ruhestand versetzen, kein Gericht wird die Klage des Beamten wegen Verletzung seiner Rechte, wenn dem Beamten sein Gehalt belassen wird, annehmen können, dagegen wird die Klage, wenn dem Beamten sein Gehalt entzogen, und verfassungswidrig geschmälert ist, sicher vor die gewöhnlichen Civilgerichte gehören [15]), da es nur auf den zum Grunde liegenden, und in dieser Rücksicht völlig privatrechtlichen Gesichtspunct des Vertrags zwischen dem Beamten und dem Staate ankömmt. — Nicht genügend ist auch der Streit durch den von Eigenbrod [16]) aufgestellten Satz entschieden, wenn er in allen Fällen eine Verwaltungssache annimmt, so oft die Rede von Behauptungen oder Verfügungen ist, wozu die Administrativbehörden nur befugt seyn könnten als Verwalter solcher Befugnisse, die blos aus der Staatsgewalt können abgeleitet werden; denn nach dem bisher Aus-

15) Dies ist auch ausgesprochen in dem baierischen Edict vom 26. May 1818 über die Verhältnisse der Staatsdiener. §. 29.

16) Handbuch der großherzogl. hessischen Verordnungen, 1. Thl. S. 307.

geführten kann die Aufhebung der Steuerfreiheit nur aus der Staatsgewalt abgeleitet werden, und doch ist der Entschädigungsproceß wegen entzogenen Privilegiums ein Civilrechtsstreit; eben so kann kein Privatmann das Eigenthum eines andern wegnehmen, oder das Haus seines Nachbars zu öffentlichen Zwecken niederreißen lassen; der Administrativbeamte übt die Befugniß im Namen des Staats aus, und doch zweifelt man nicht, daß ein Civilrechtsstreit entstehe.

§. 7.

Ein Unterscheidungsmerkmal nimmt man zuweilen nach der Beschaffenheit der anzuwendenden Gesetze an. Man unterscheidet daher häufig [17]), ob die Streitfrage in einem Fall nach den Civilgesetzen, oder nach den ergangenen einzelnen Verordnungen, z. B. in Culturgegenständen zu entscheiden wäre. Im ersten Fall soll der Streit vor die Civilgerichte, im zweiten vor die Verwaltungsbehörden gehören. Schwerlich wird man aber ein mehr zufälliges Merkmal finden, das weniger entschiede, als das angegebene. Darnach würde es in jedem Lande nur davon abhängen, ob ein dickleibiges, alle Verhältnisse umfassendes, Gesetzbuch existirt. In Preußen würden darnach die meisten Streitigkeiten, weil dafür eine Norm in dem Gesetzbuche anzutreffen ist, von den Civilgerichten zu entscheiden seyn, während sie in Ländern, in welchen gemeines Recht gilt, wo gar keine, oder nur eine sehr magere Landesordnung existirt, an die Administrativstellen zu weisen wären. Vergebens sucht man ein Prinzip, nach welchem zu entscheiden wäre, über welche Verhältnisse das Civilgesetzbuch, und über welche eine einzelne Verordnung verfügen soll. Nicht dies Zusammenfassen von gesetzlichen Anordnungen in einem gewissen Bande, und die Eintheilung in Titel und Kapitel, kann entscheiden, sondern alle einzelnen Gesetze, sie mögen von der obersten Gewalt unmittelbar ausgegangen seyn, oder auf

17) v. Gönner, Entwurf eines Gesetzbuchs. Motive. S. 61.

Autonomie einer Corporation beruhen, sie mögen den Namen Civilgesetze oder Polizeiordnungen oder Culturs-mandate haben, machen die Civilgesetzgebung des Landes aus, sobald sie Rechte und Verbindlichkeiten unter Privatpersonen, oder einzelner Privatpersonen gegen den Staat reguliren.

Allerdings wird zwar ein Theil von gewissen Anordnungen, z. B. Culturverordnungen, mit dem Privatrechte der Bürger sich gar nicht beschäftigen, sondern blos administrative Rücksichten, oder Instruktionen, z. B. über Vermessung enthalten, während der größte Theil wahre privatrechtliche Streitfragen entscheidet, z. B. über den Maßstab der Theilung, über die Bedingungen derselben. Unbezweifelt erwirbt aus den letztern Bestimmungen der Privatmann ein Recht, worüber den Civilgerichten eine Entscheidung zusteht. — Unnöthig ist es hier auch, einen Unterschied zwischen Privatrecht und Civilrecht festzusetzen [18]). v. Gönner rechnet zu dem ersten die Normen, welche die Regierung z. B. wegen des Einflusses gewisser Verhältnisse auf den Nationalwohlstand, oder auf die öffentliche Ordnung festgesetzt, und wo diese Normen wieder Quellen von Rechten und Verbindlichkeiten werden, z. B. Brandversicherungsanstalten, Vorschriften über Beitragspflichtigkeit der Zehentberechtigten zum Kirchenbau u. a. „Hier sagt Gönner: daraus entstehen zugleich Rechte und Verbindlichkeiten näher bestimmter Individuen, ungeachtet Niemand mißkennen wird, daß diese Normen einem Civilgesetzbuche fremd sind.“

Allein es ist kein Grund zur Trennung des Privatrechts und Civilrechts einzusehen, wenn man nur nicht starr an dem von den Römern uns hinterlassenen Begriff und Umfang des Privatrechts klebt, und blos die auf die Grundformen, Personen, Sachen und Obligationenrecht, reduzirbaren Rechtsverhältnisse Civilrecht nennen will. Es kann nicht genug ge-

---

18) Gönner, in den Motiven a. O. S. 51.

sagt werden, daß sich das deutsche Recht unter andern Elementen, als das römische Recht, ausgebildet hat, daß fast bei jedem deutschen Privatrechtsverhältniß sich ein Zusammenhang mit einem staatsrechtlichen Verhältniß nachweisen, und daß namentlich bei allen auf Sachen bezogenen Rechten ebensowohl ein administrativer, als rein juristischer Gesichtspunct sich auffinden läßt. Das Daseyn solcher staatsrechtlichen Elemente, oder Veranlassungen, oder das Einwirken von Verwaltungsrücksichten, ändert aber nicht die Natur des Privatrechts, und das Gewerberecht einer Person, das Forstrecht, die Theilnahme an der Brandassecuranz, ist ebensowohl ein Privatrecht, als das Eigenthums- oder Pfandrecht, und der Gewerbs- oder Forstberechtigte muß ebensowohl, als bei anderen Rechten, sein Recht durch Klage vor den Civilgerichten verfolgen können. — Nicht befriedigend ist endlich auch die Behauptung Behrs [19]), daß Privatrechte alle solche seyen, deren Bestimmungsquelle die Civilgesetzgebung ausmachte. Schon Eigenbrod [20]) hat dagegen richtige Bemerkungen gemacht.

§. 8.

Faßt man die bisherigen Betrachtungen zusammen, so kann es bei der Gränzbestimmung nur darauf ankommen: ob ein Bürger bei einer Klage, welche er bei den Civilgerichten anstellen will, auf ein gehörig entstandenes, definitiv ihm zustehendes, bestimmtes, von den bestehenden Gesetzen geschütztes, Recht sich berufen kann, welches entweder durch eine Handlung eines Privatmannes oder des Staats verletzt wird, ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gesetzen das Recht entstanden ist, in welchem Zusammenhange es mit administrativen Anstalten steht, und ob die die Klage veranlassende Handlung an und für sich rechtswidrig, oder im allgemeinen recht-

19) Behr, die Verfassung und Verwaltung des Staats, S. 56.

20) Sammlung der hess. Verordnungen, 1. Thl. S. 367.

mäßig war, jedoch für den einzelnen Berechtigten neue Rechte begründete.

Mit Unrecht erhebt man aus der Annahme des Satzes, daß auch der Staat für seine Regierungshandlungen verantwortlich sey vor den Civilgerichten, die Besorgniß, daß dadurch theils die Souvränität des Regenten aufgehoben, oder beschränkt, oder jede Verwaltungsbehörde den Gerichtshöfen unterworfen, oder der Staat dadurch leiden würde, daß er in der Ausübung seiner Hoheitsrechte, in den weisesten, für das Ganze noch so wohlthätigen, Anstalten durch den Widerspruch des Einzelnen gehindert werden könnte.

Es ist zu beklagen, daß man so gerne mit dem so oft mißverstandenen Worte: „Souvränität" schrecken, damit, als mit einem Machtworte, jede wissenschaftliche Untersuchung vernichten, und die Regenten gegen die Juristen, als angebliche Feinde der Souvränität, mißtrauisch machen will. Es hat schon Spaun [21]) mit Recht bemerkt, daß man hier die Souvränität mit der Administration verwechselt. Auch wir behaupten, daß der Regent nicht für die Gesetze verantwortlich seyn kann, welche er vermöge seiner höchsten Gewalt gegeben hat; allein die gesetzgebende Gewalt ist wohl von derjenigen zu unterscheiden, welche ihre Verfügungen in Ausführung bringt. Die Verwaltungsbeamten sind Diener des Gesetzes, ihnen steht nur das Recht der Anwendung der Gesetze zu, und die Administration selbst, sie mag vom niedersten Localbeamten, oder von der obersten Centralstelle, ausgeübt werden, ist nicht Souverän, sie ist für ihre Gesetzesanwendung verantwortlich, und kann, wenn sie wahre Rechte verletzt hat, wie jeder Privatmann vor Gericht gezogen werden; von dieser Verpflichtung, Rede vor Gericht zu stehen, aber kann sie nicht befreit werden, da überhaupt im Staate

---

21) Im niederrheinischen Archiv für Gesetzgebung und Rechtspflege. 3. B. S. 248.

den Gerichtshöfen Verpflichtung und Befugniß gegeben ist, Recht zu sprechen, Streit zu entscheiden, so bald über wahre Rechtsverletzung geklagt werden kann.

Es fällt der Justiz nicht ein, sich zum Souverän zu machen, oder den Regenten einzuschränken; es ergibt sich dies noch mehr, wenn man erwägt, daß 1) die Justiz nie die auf das Allgemeine sich beziehende Verwaltungsmaßregel nach ihrer Zweckmäßigkeit beurtheilt, sondern nur in Bezug auf den einzelnen Verletzten entscheidet, und die aus seinem Rechte abzuleitenden Folgen beurtheilt; z. B. wenn das Eigenthum zu öffentlichen Zwecken weggenommen ist, und der Eigenthümer klagt, so kann es dem Gerichtshofe nicht einfallen, darüber entscheiden zu wollen, ob der Veranlassungsgrund zur Wegnahme des Eigenthums ein gerechter und nothwendiger war, sondern blos darüber entscheidet sie, ob und wie viel Entschädigung der Staat dem Verletzten schuldig sey. 2) Eben so wenig schränkt das Daseyn eines begründeten Rechts, und der im Hintergrunde drohende gerichtliche Schutz desselben, den Regenten in der Anordnung einer als nothwendig erkannten allgemeinen Regierungsmaßregel ein; z. B. die Justiz wehrt dem Regenten nicht, Zwangs- und Bannrechte, oder Steuerfreiheit des Adels, oder die Patrimonialgerichtsbarkeit aufzuheben; allein die Justiz darf voraussetzen, daß der Regent diese Privilegien Einzelner nicht aufheben werde, ohne diejenigen, welche auf ein titulo oneroso erworbenes Privilegium sich berufen können, zu entschädigen, und die Justiz, ohne die Maßregel im Allgemeinen anzutasten, spricht nur auf Anrufen die Entschädigungspflicht aus. 3) Auf ähnliche Art hemmt die Justiz nie die Ausführung allgemeiner Maßregeln, welche ihrer Natur nach schnell und unaufhaltsam vollzogen werden müssen, wenn sie wirken sollen; z. B. Fluß- und Dammbauconcurrenzanstalten; die Justiz erkennt es an, daß in solchen Fällen, wenn auch ein Einzelner in einem Kreise sich widersetzen, und auf Rechte, z. B. auf spezielle Verträge mit seinem Obereigenthümer u. a., sich be-

rufen wollte, die Verwaltungsbehörde unaufhaltsam fortschreite, den Einzelnen zwinge, ihm aber die Verfolgung seines Rechtsanspruchs in separato überlasse. 4) Nicht einmal die Verträge einzelner Verwaltungsbehörden, z. B. Lieferungsverträge, sind in Gefahr, daß die Justiz ihre Zweckmäßigkeit beurtheile, und dadurch ein Oberaufsichtsrecht über administrative Handlungen ausübe; kömmt es zur Klage, so fragt die Justiz nur: welche rechtliche Wirkungen ergeben sich aus diesem Vertrag, so wie er liegt: wie muß der Vertrag ausgelegt werden? 5) Es bescheidet sich auch die Justiz gerne, daß sie durch ihr, vielleicht auf unbegründetes Anrufen erfolgtes Einschreiten nicht die Ausübung der Verwaltungsanordnungen hindere, und muthwillige Klagen begünstige; es läßt sich daher ganz rechtfertigen, daß z. B. bei Zollverordnungen die Zollbehörde von demjenigen, der sich weigert, die verlangte Summe zu bezahlen, oder der über unrichtige Anwendung des Gesetzes sich beschwert (z. B. behauptet, daß seine Waare nicht zollbar sey), die Bezahlung der Summe verlange, und mit Zwang eintreibe, dagegen demjenigen, der sich verletzt glaubt, es überlasse, sich an die gerichtlichen Behörden zu wenden, wenn in solchen Fällen überhaupt das Gericht die Klage wird annehmen können.

Nicht unbemerkt darf es bleiben, daß die bisher deduzirte Befugniß der Gerichtshöfe, auch Recht zu sprechen, wenn wegen Regierungshandlungen Klage gestellt wird, nicht den nämlichen Zustand herbeiführt, wie er bei der frühern deutschen Reichsverfassung bestand. Bei der letztern entschieden die Reichsgerichte über die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit der Regierungshandlungen der deutschen Landesherren selbst, wie noch 1771., z. B. wegen einer Verfügung, eine gewisse Zahl Sperlingsköpfe einzuliefern, von den Unterthanen eines Landes bei dem Kammergerichte Klage gestellt wurde, während unsere Gerichtshöfe das Innere eines Gesetzes oder einer Verwaltungsmaßregel gar nicht beurtheilen, sondern nur das Daseyn der Verordnung voraussetzend, erkennen,

welche rechtliche Wirkungen daraus in Bezug auf ein vorhandenes individuelles Recht hervorgehen.

Darnach paßt es auch nicht mehr, wenn man sich, um die Unzuläßigkeit der Competenz der Civilgerichte wegen Regierungshandlungen zu beweisen, auf Strubens [22]) Aeußerung beruft, welcher besorgt, daß dadurch die höchste Gewalt in die Hände der Richter komme; denn Struben redet ausdrücklich nur davon, was daraus entstände, wenn die Landesgerichte darüber erkennen dürften, ob der Fürst die ihm anvertrauten Hoheitsrechte wohl gebrauche; seine Aeußerung bezieht sich daher nur auf den frühern Zustand; unrichtig ist aber auf jeden Fall der Zusatz Strubens, wenn er behauptet: „Die Landesgerichte haben ihre Gerichtsbarkeit nur von dem Landesherrn empfangen, und üben sie in dessen Namen aus; wer kann aber glauben, daß dieser sich seinem Unterthanen unterworfen haben wolle“?

§. 9.

In ihrem eigenen abgesonderten Kreise bewegt sich selbstständig die verwaltende Gewalt. Mit unmittelbarer Beziehung auf den Staatszweck und das Wohl des ganzen Staats sowohl, als der Gesamtmasse der Bürger, erstreckt sich ihre Thätigkeit auf alle Verhältnisse, die mit der Erreichung des Staatszwecks zusammenhängen. Sie bezieht sich 1) auf alles, was die Sicherung der Existenz des Staats, seine Vertheidigung und Verfassung, im Verhältniß zu anderen Staaten, bezweckt. 2) Auf alles, was das Verhältniß der Gewalt zwischen dem Regenten und dem Volk betrifft, so wie 3) ihre Thätigkeit, die Bestreitung der Staatsbedürfnisse, und 4) die Anordnung und die Wachsamkeit über alle Anstalten umfaßt, welche darauf berechnet sind, den Hindernissen der gemeinsamen Entfaltung der Bürger entgegen zu wirken, oder die erlaubten Privatzwecke der Bürger zu erleichtern.

---

22) Strubens Nebenstunden 3r Th. S. 63.

Die Schranken ihrer Wirksamkeit werden der administrativen Gewalt durch das Verfassungsrecht des Staats vorgezeichnet, die gesetzgebende Gewalt weiset ihr die Richtungen ihrer Thätigkeit an, und gibt durch die einzelnen Gesetze die Instructionen, nach welchen sich die verwaltenden Behörden zu richten haben.

So lange die verfassungsmäßigen Schranken nicht übersprungen, und die Instructionen nicht überschritten werden, äußert sich die Thätigkeit der Verwaltungsstellen unbeschränkt und frei. Es wäre selbst vergeblich, den Verwaltungsbeamten vollständige Gesetze geben zu wollen, da die Fälle zu sehr wechseln, und jede auch oft scheinbar unbedeutende Veränderung oder Nebenrücksicht die Entscheidung, welche zweckmäßig seyn soll, modifizirt; nur Instructionen können es seyn, welche den Verwaltungsbeamten ertheilt werden.

Der verwaltenden Gewalt steht nur die Befugniß zu, in ihrem angewiesenen Kreise 1) allgemeine Verfügungen zur Regulirung der ihr untergeordneten Verhältnisse zu erlassen; 2) die vorhandenen Gesetze, in so fern sie die Verwaltung betreffen, anzuwenden, und im Falle des Streits (wenn nicht von begründeten Rechten die Rede ist,) zu entscheiden; 3) die Bedingungen festzusetzen, unter welchen eine mit dem öffentlichen Wohl zusammenhängende Anstalt gegründet, oder eine gewisse Handlung des Privatmannes vorgenommen werden darf; 4) über die Streitigkeiten der Bürger unter sich, welche auf eine unter dem Schutz der Verwaltung stehende Anstalt sich beziehen, aus dem Gesichtspunkt der Verwaltung zu entscheiden, und 5) ihre Beschlüsse und Verfügungen mit Zwang geltend zu machen, und zu vollziehen.

Bei der Ausübung dieser Befugnisse kann es nicht fehlen, daß sich nicht selten Streitigkeiten ergeben, und zwar 1) entweder der Bürger mit der Verwaltungsbehörde, in wie fern eine gewisse Maßregel zweckmäßig, nothwendig oder gerecht ist, oder 2) einzelner Bürger unter sich in Ansehung einer Verwaltungsanstalt.

Bei solchen Klagen über Verletzungen muß man aber wohl unterscheiden, ob die Klage 1) nur das ergangene allgemeine Gesetz betrifft, welches von der Verwaltungsbehörde nur vollzogen wird, aber die Rechte Einzelner beeinträchtigt, oder 2) ob sie gegen eine einzelne Verfügung einer administrativen Stelle gerichtet ist. Beispiele der ersten Art sind, wenn jemand wegen der ihm entzogenen Patrimonialgerichtsbarkeit, wegen Aufhebung der Bannrechte, wegen eines neuen Zollgesetzes, Klage gestellt hat, wogegen die Klage wegen Nichtertheilung der Erlaubniß, ein Gewerbe ausüben zu dürfen, wegen Beiziehung zur Theilnahme an öffentlichen Anstalten, zu Beispielen der zweiten Art gehören. Zwar wird auch bei Klagen der ersten Art häufig die Klage zunächst gegen die Verwaltungsstelle, welche das Gesetz vollzog, gerichtet werden, allein diese Stelle würde hier wohl die unrechte beklagte seyn, da sie nur zu gehorchen hatte, und sie nicht verpflichtet werden kann, bestehende Gesetze zu verantworten. Die Klage ist also hier nur gegen die gesetzgebende Gewalt des Staats selbst gerichtet, und hier entscheidet nun die Verfassung des Staates über die Frage, ob den Unterthanen eine Beschwerde zustehe, und in welcher Art sie ausgeübt werden könne.

1) Ueber die Frage: ob der Regent zu einem gewissen Gesetz befugt war, ob dasselbe nothwendig oder zweckmäßig war, steht den Gerichten des Landes keine Entscheidung zu; es fehlt an einer rechtlichen Norm, unter welcher das Gericht die Maßregel subsumiren könnte, da nur nach den Grundsätzen des Staatswohls und der höhern Politik, worüber dem Juristen als solchen kein Urtheil zusteht, die Zweckmäßigkeit zu prüfen wäre; es fehlt an einem begründeten Rechte der Unterthanen, daß nur das Alte bleibe, und keine Abänderung getroffen werden könne. Hier ist zugleich ein Unterschied zwischen der ehemaligen Reichsverfassung, und der jetzigen sichtbar, da ehemals die Reichsgerichte bei Streitigkeiten der Unterthanen und des Fürsten auch über die Frage entschieden: ob ein gewisses Landesgesetz gegeben werden könnte, während

eine solche gerichtliche Entscheidung nach der heutigen Verfassung der Souvränität der Fürsten widersprechen würde.

2) Wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt, so steht dem Unterthanen das Recht der Beschwerdeführung bei der Bundesversammlung zu, welche die gerichtliche Hülfe bei der Bundesregierung, die zur Beschwerde Anlaß gegeben, zu bewirken hat [23].

3) Ein ähnliches Recht, selbst mit der Befugniß eine Austrägalinstanz zu veranlassen, steht der Bundesversammlung zu, wenn Forderungen von Privatpersonen deshalb nicht befriedigt werden konnten, weil die Verpflichtung, denselben Genüge zu leisten, zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten ist [24].

4) Findet sich ein Unterthan in seinen Rechten durch Acte der gesetzgebenden Gewalt verletzt, so bietet ihm in constitutionellen Staaten die Verfassung gesetzliche Mittel der Abhülfe dar. a) Durch die Erklärung der Verfassungsurkunden [25], daß ohne Beistimmung der Stände kein Gesetz gegeben, aufgehoben, abgeändert, oder authentisch erläutert werden könne, hat ohnehin jeder Staatsbürger die sicherste Bürgschaft, daß kein Gesetz einseitig und willkührlich werde gegeben werden; entgeht ihm auch durch ein einzelnes Gesetz ein bisheriger Gewinn, (wenn er in seinem Recht gekränkt ist, findet er ohnehin bei den Justizstellen Schutz,) so bringt er freudig dem Vaterland das Opfer, und tröstet sich damit, daß das Gesetz zum Heil des Vaterlandes gereichen müsse, da Regent und Volk vereinigt dasselbe als nothwendig er-

---

23) Schlußacte der über Ausbildung und Befestigung des deutschen Bundes gehaltenen Ministerialconferenzen vom 15. May 1820. §. 19.

24) Schlußacte l. c. §. 30.

25) Z. B. baierische Verfassungsurkunde, Tit. 7. Würtembergische Verfassungsurkunde, Kap. 7. §. 88. Badische Verfassungsurkunde, Tit. 4. §. 65. Hessische Verfassungsurkunde, §. 72.

kannt haben. b) Glaubt der Unterthan, daß durch ein Gesetz, oder einen Act der Staatsgewalt, die Verfassung verletzt sey, so geben die Verfassungsurkunden [26]) ihm das Recht, wegen Verletzung der constitutionellen Rechte sich an die Ständeversammlung zu wenden. c) Noch mehr ist der Unterthan geschützt, da jeder Minister für dasjenige verantwortlich ist, was er für sich verfügt, oder was ihm vermöge des ihm zugewiesenen Geschäftskreises zu thun oder zu verfügen obliegt [27]). d) Durch diese Bestimmungen, nach welchen zwar die Gerichtshöfe nicht entscheiden, wird auch selbst den erworbenen Rechten nichts präzudizirt, da die Verfassungsurkunden [28]) ausdrücklich erkennen, daß keinem Bürger, welcher sich durch einen Act der Staatsgewalt in seinem auf einem besondern Titel beruhenden Privatrecht verletzt glaubt, der Weg zum Richter verschlossen werden könne.

Betrachtet man dagegen die Schutzmittel der Unterthanen gegen Verletzungen, die durch einzelne administrative Stellen zugefügt wurden, so liegt auch bei diesen der Schutz, wenn die übrigen Wege nicht hinreichen, in der Verfassung, und zwar 1) in dem Rechte der Unterthanen, ihre Beschwerden, wenn nicht durch die oberen Stellen abgeholfen wird, an die Stände zu bringen; 2) in der ausdrücklich erklärten Verantwortlichkeit der Minister, und aller übrigen Behörden und Staatsdiener in ihrem Geschäftskreis [29]).

Als der gewöhnliche Weg aber, um Schutz gegen die Willkühr eines Verwaltungsbeamten zu suchen, muß der Weg der Berufung an die höhere, dem Beamten vorgesetzten, Stelle angesehen werden; besonders a) da es auf ein Urtheil

---

26) Baierische Verfassungsurkunde, Tit. 7. §. 21. Würtembergische, Kap. 3. §. 38. Badische Verfassung, Kap. 4. §. 67. Hessische Verfassung, Art. 81.

27) Würtemb. Verfassung, Kap. 4. §. 52. Baierische Verfassung, Tit. 10. §. 4—7. Hessische Verfassungsurk. §. 109.

28) Würtemb. Verfassung, Kap. 7. §. 95.

29) Würtemb. Verf. Kap. 4. §. 53.

über die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit einer Maßregel ankömmt, worüber die Entscheidung nur den mit allen Rücksichten der Verwaltung vertrauten Administrativstellen um so mehr zukömmt, als b) diese Stellen häufig allgemeine Verfügungen und Instructionen erlassen haben, über deren Anwendung Streit entsteht, und wo daher von den vorgesetzten Stellen auch am ersten ein sicherer Ausspruch über die Auslegung der Instruction erwartet werden darf; selbst c) der Umstand, daß die Oberadministrativstelle am ersten in einzelnen Fällen nachhelfen, und Hindernisse beseitigen kann, so wie d) der den Civilstreitigkeiten analoge Instanzenzug, nach welchem man sich bey der Beschwerde gegen den Beamten an die Stelle wendet, welche demselben zu befehlen hat, dortfür spricht.

So oft nun ein Privatmann durch Acte der gesetzgebenden Gewalt, oder durch eine Verfügung der Administrativbehörden, verletzt zu seyn behauptet, oder so oft mehrere Privatpersonen über eine sie betreffende administrative Verfügung streiten, und auf Entscheidung ihres Streits über Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit antragen, ohne daß der angeblich Verletzte auf ein bestimmtes begründetes Recht sich berufen kann, entsteht eine Verwaltungssache; worüber a) nur die Verwaltungsstellen zu erkennen haben, wo b) ein dem civilrechtlichen ähnliches Verfahren in so ferne eintritt, als jede Partei über die Anträge und Behauptungen des Gegners gehört werden muß, und wo c) nur nach bestehenden Instruktionen, nach Rücksichten des öffentlichen Wohls und den Beziehungen der einzelnen Sache auf das Ganze, entschieden werden muß. Bei der näheren Betrachtung aller einzelnen Arten der Verwaltungssachen zeigt sich jedoch, daß die meisten Arten, welche an sich Verwaltungssachen begründen, eben sowohl auch unter gewissen Beziehungen Justiz- und Civilproceßsachen werden können.

Zu diesen Verwaltungssachen gehören

1) insbesondere Regierungssachen. Man bezeichnet

in der Geschäftssprache damit entweder alle Verhältnisse, welche Gegenstände der gesetzgebenden und der aufsehenden Gewalt sind [29]), oder alle Angelegenheiten, welche die Ausübung der verschiedenen in der Staatsgewalt begriffenen Regierungsrechte betreffen, ohne daß es dabei auf Verfolgung des Rechts vor den ordentlichen Gerichtshöfen ankömmt [30]), oder in einem weitern Sinne alle Sachen, welche die Anwendung eines andern Regierungsrechts, als der Justizgewalt von einem Souverän, enthalten [31]); im engern Sinne aber sind Regierungssachen alle durch die von der gesetzgebenden und anordnenden Gewalt erlassenen Verfügungen, oder durch die Ausübung staatsrechtlicher Befugnisse von Seite der obern Verwaltungsstellen veranlaßten Beschwerden. Dahin gehören a) Conscriptionsangelegenheiten; b) Klagen der Beamten wegen Versetzung in den Ruhestand, oder Zurücksetzung; c) Entscheidungen über Gemeindeverwaltung und Verfassungsrecht der Gemeinde; d) Beschwerden über Auswanderung, oder über Schmälerung der Staatsbürgerrechte; e) Streitigkeiten über Ausübung von nutzbaren Hoheitsrechten, die einer Privatperson verliehen sind, z. B. über Mißbrauch des Rechts, über Beobachtung der vorgeschriebenen Verwaltungsnormen; f) Beschwerden über Handlungen der Staatsgewalt, welche von ihr in der Eigenschaft der Oberaufsicht über kirchliche Gegenstände vorgenommen werden; g) alle Gesuche um Dispensationen, Privilegien, oder um authentische Auslegung derselben; h) alle Gesuche um Intercession des Staats in Angelegenheiten eines Unterthans und eines andern Staats.

2) Finanzsachen, wohin alle Angelegenheiten gehören, welche auf die Staatshaushaltung und auf das Staats-

---

29) v. Gaisberg allgem. Vorkenntnisse zur Theorie des bürgerl. Processes S. 182.

30) Oesterlei Handbuch des hannöv. Processes 1. Thl. 2. Abth. S. 93.

31) Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 21.

vermögen sich beziehen. Eine Art derselben sind Kammersachen, wohin im engern Sinne diejenigen gerechnet werden, die sich auf die Verwaltung der Staatsgüter beziehen. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß gerade in Ansehung dieser Güter die Staatsgewalt auch Recht vor den Civilgerichten nehmen muß, so oft sie in Conflict mit einem wahren begründeten Rechte eines Privatmannes kömmt. Kammersachen in einem andern Sinne werden aber oft alle diejenigen genannt, welche nach speciellen Verordnungen zum Wirkungskreise der Kammer, nämlich der ehemals so benannten Oberadministrativstelle gehören. Dahin rechnet man häufig a) die Angelegenheiten wegen Verwaltung und Oeconomiedirection der landesherrlichen Domänen; b) Dienstaufkündigungen und einfache Entlassungen der Beamten; c) alles, was sich auf Besetzung Bemeyerung, Leibzucht, Abmeyerung der Bauernhöfe bezieht, wenn die Kammer die Gutsherrschaft ist [32]). Es bedarf dagegen keiner Erinnerung, daß, wenn in einem Lande nicht ausdrücklich Gegenstände der letzteren Art den Gerichtshöfen entzogen sind, sie vor die gewöhnlichen Gerichte gehören, und zwar in allen Fällen, wo es auf privatrechtliche Fragen ankömmt, z. B. in Ansehung der Erbfolge, Frage über Gültigkeit der Veräußerung ohne Consens der Kammer u. dgl. d) Nicht selten sind auch durch Particulargesetze die Streitigkeiten über die Dienste der Unterthanen als Kamersachen erklärt [33]), ungeachtet sie richtiger, so oft es auf Auslegung und Anwendung vorhandener Dienstregister, Verträge, Vergleiche u. a. ankömmt, zu den Justizsachen gerechnet werden müssen. In einem sehr weiten Sinne werden oft auch Kammersachen alle solche genannt, bei welchen das herrschaftliche Interesse in Frage kömmt [34]). Eine Art der Finanzsachen

---

32) Oesterlei Handb. des hannöver. Processes l. c. S. 118.
33) Oesterlei Handb. l. c. S. 120.
34) Kopp Handbuch der Hessenkassel. Landesverfassung rc. II. Th. S. 252.

Und noch die Steuersachen, als diejenigen Angelegenheiten, welche bei der Regulirung, Erhebung und Verwaltung, der Steuern vorkommen, so lange nicht ein privatrechtlicher Gesichtspunkt des besondern Privilegiums sie zu Justizsachen macht.

§. 10.

Zu dem bestrittensten Punkte gehörte besonders

3) die Trennung der Polizei- und Justizsachen. Die Gründe einer gefährlichen Ausdehnung des Begriffs der Polizeisachen müssen vorerst in der schon von der ersten Ausbildung an unbestimmten und schwankenden Natur der Polizei gesucht werden, bei welcher man 1495 [35]), als zuerst der Ausdruck: Polizei in den Reichsgesetzen vorkam, wohl schwerlich an das dachte, was man bei uns darunter zu verstehen für gut findet. Die Ausdehnung der Polizei und der zu ihrer Wirksamkeit gerechneten Gegenstände hat noch vorzüglich ihren Grund in dem Verhältniß der Reichsstände zum Reiche. Unter dem vielumfassenden Namen: Polizei gelang es bald den Ständen, ihr Streben nach Unabhängigkeit von der Reichsgesetzgebung zu bemänteln, und manches sich zuzueignen, was ihnen sonst nicht gebührte. Selbst die Wahlcapitulation, welche den Ständen versprach, daß ihnen in ihren Landeshoheits- und Regierungsrechten, besonders in Polizeisachen, von den Reichsgerichten nicht eingegriffen werden sollte, lud die Stände im Falle, wenn sich Unterthanen beschwerten, ein, zu entgegnen, daß eine Polizeisache vorliege, wodurch die reichsgerichtliche Gewalt ausgeschlossen wurde, daher häufig der Name: Polizeisache als absoluter und alleiniger Gegensatz der Justizsache gebraucht wurde. Ein anderer Grund der Ausdehnung muß endlich noch in dem mit Unrecht [36]) der Polizei beigelegten Untersuchungs- und Bestrafungsrechte

35) Reichsregimentsordnung v. 1495. §. 40. und Lotz im neuen Archiv des Cr. R. III. Bd. S. 574.

36) S. Lotz im neuen Archiv des Cr. R. III. Bd. Nr. 26.

gesucht werden, unter dessen Begünstigung es der Polizei gelang, manches an sich zu reißen. Die Gesetzgebungen hüteten sich, da die Regenten Vortheil aus der Unbestimmtheit zogen, näher zu bezeichnen, was Polizeisache sei; ungeachtet schon früh zu den eximirten Gegenständen solche Sachen gerechnet wurden [37]. War auch von Polizeisachen die Rede, so sprach man davon zuweilen bei der Regulirung der Competenz der Patrimonialjurisdiction [38], wobei gewöhnlich diese Sachen als zur Civilgerichtsbarkeit gehörig aufgestellt wurden. Auf gleiche Art sprachen die Gerichtsordnungen von Polizeisachen, ohne näher anzugeben, was dazu gehörte, obwohl sich in einigen Staaten aus Präjudizien und einzelnen Reglements Normen ableiten lassen [39]. In einigen Gerichtsordnungen erwähnte man die Polizeisachen, zog sie in den Kreis der Rechtssachen herein, machte aber nur die Ausnahmen, daß man bei ihnen den processus summariissimus eintreten ließ [40], und daß man keine Appellation gestattete [41]. Frühe versuchte schon die baierische Gesetzgebung eine Bestimmung der Gränze. Die Gerichtsordnung von 1753. ließ dann Appellation zu, d. h. sie behandelte Polizeisachen als Justizsachen, wenn sie ein jus reale vel perpetuum betreffen, und bei der Anordnung eines eigenen Polizeirathes in Baiern vom J. 1768. wurde schon bestimmt, daß Polizeisachen, wo ein legitimus contradictor vorhanden seye, den Gegenständen, wo ein jus reale et perpetuum in Frage stehe, gleichgeachtet werden sollen [42],

---

37) Z. B. in Sachsen. Rescript vom 3. Sept. 1698. 24. July 1734. *Biener* system. process. judiciar. p. 33.

38) Z. B. in Hessen, Kopp Handb. zur Kenntniß der ehemaligen kurhess. Landesverfassung VII. Bd. S. 354.

39) S. von Hannover Oesterlei Handbuch des hannöver. Proc. 1r Thl. S. 100.

40) Baierische Gerichtsordnung von 1753. Kap. III. §. 3. Nr. 4.

41) ibid. Kap. XV. §. 3. Nr. 5.

42) Baier. Verordn. v. 11. Jan. 1768. s. Novellen zur Civilgerichtsordn. 1r Thl. S. 85.

wozu später eine Verfügung kam [43]), daß Sachen, wo jura partium et singulorum obwalten, an die Justizbehörde gehörten [44]). Selbst Gesetzgebungen, die sonst durch Vollständigkeit sich auszeichnen, lieferten über die Trennung der Justiz- und Polizeisachen keine festen Bestimmungen [45]), nur in Ansehung der Polizeivergehen und ihrer Bestrafung ergingen besondere Normen [46]). An Bemühungen der Juristen [47]) sowohl als der Schriftsteller über Polizei, die Gränzen festzusetzen, fehlte es zwar nicht, allein den letztern mochte es um so weniger gelingen, je verschiedener die Ansichten eines jeden über den Begriff und Zweck der Polizei waren.

Wir dürfen, um die Gränze abzustecken, auf alles, was bisher über die Trennung der Verwaltungssachen überhaupt von den Justizsachen gesagt worden ist, verweisen; und behaupten, daß es vergebliche Bemühung wäre, einen Catalog aller Gegenstände zu entwerfen, von welchen wir einige den Polizei-, andere den Justizsachen zuwiesen. Jede Sache kann vielmehr Justiz- oder Polizeisache seyn [48]). Polizeisache

---

43) vom 8. April 1796. in den Novellen S. 87.

44) Ueber spätere baier. Bestimmungen, insbesondere in Bezug auf Bausachen, s. das Archiv für civil. Praxis III. Bd. S. 368.

45) Z. B. die preußische, s. Bielitz die preuß. Justizverfassung I. Thl. S. 73.

46) Preuß. Reser. vom 28. August 1810. und darüber Lotz im neuen Archiv des Cr. R. III. Thl. Nr. 26.

47) S. Literatur in Martins Lehrbuch des gemeinen Processes §. 22. und dazu Maier über Staat, Rechts- und Justizsachen. Landshut 1808. Behr Verfassung und Verwaltung des Staats. II. Bd. 1s Hft. S. 93.

48) S. von vielen Berg Handb. des Polizeir. 1r Thl. S. 131. Henrici Grundz. einer Theorie der Pol. Wissensch. S. 205. Hök Grundlinien der Polizeywissensch. S. 18. Harl vollst. Handb. der Polizeiwissensch. S. 141. Lips Versuch die Gränzen zwischen Justiz- und Polizeisachen abzustecken. München 1812. Lotz über den Begriff der Polizei. S. 58.

ist vorhanden 1) so oft unter mehreren Bürgern über ein Verhältniß gestritten wird, dessen Regulirung dem Wirkungskreise der Polizeibehörde nach den ihr in dem Lande ertheilten Instructionen angehört, und wo kein Theil sich auf ein erworbenes Recht berufen kann, so daß blos über das Daseyn oder die Auslegung dieses Rechts die Rede wäre, z. B. wenn zwei Gewerbe über ihre Gränzen, über die Arbeiten, die jeder verfertigen darf, streiten. 2) Polizeisache ist gleichfalls begründet, so oft ein Privatmann eine Forderung macht, welche ein dem Wirkungskreise der Polizei anvertrautes Verhältniß betrifft, wo der Fodernde sich nicht auf ein specielles Recht berufen kann, sondern blos die Billigkeit, Zweckmäßigkeit, seiner Forderung behauptet, z. B. wenn jemand in einer Stadt als Gewerbsmann aufgenommen werden will. 3) Wo bereits die Polizeibehörde eine in ihren Wirkungskreis einschlagende Handlung vorgenommen, oder eine Verfügung erlassen hat, durch welche sich der Privatmann beschwert glaubt, z. B. wegen Feuersgefahr hat die Polizei einen Ofen abbrechen lassen. Bei Gelegenheit aller dieser Fälle kann dagegen ein wahrer Civilproceßstreit entstehen, sobald die streitige Frage (sie mag Hauptfrage in der Sache oder Nebenpunct seyn) auf das Daseyn oder die Auslegung eines speziellen, von einem Privatmann behaupteten, Privatrechts sich bezieht. Es kann entweder a) die ganze Sache, welche sonst eine Polizeisache wäre, sich in eine Justizsache verwandeln, z. B. wenn über die Gewerbsgränzen bereits durch Vergleiche oder rechtskräftige Urtheile entschieden ist, worauf sich ein Theil beruft; oder b) es erhebt sich bei der polizeilichen Verhandlung z. B. über Gemeindevertheilung, Forstpurification, ein Präjudizialpunkt über eine Rechtsfrage, z. B. es beruft sich eine Partei darauf, daß ihm ein bestimmter Theil der Gründe, die man jetzt in die zu verurtheilende Masse ziehen will, als Eigenthum zustehe, daß der Theil also nicht zur Masse gehöre; oder c) während der polizeilichen Geschäftsbehandlung geht ein den nämlichen Gegenstand betreffender Streit bei dem Civilgerichte

fort, z. B. es soll bei dringender Gefahr gedämmt, oder ein den Einsturz drohendes Haus reparirt werden, wo die Polizei ihre Anstalten trifft, während die zwei Nachbarn bei Gericht über die Baulast streiten; oder d) aus der polizeilichen Entscheidung entspinnt sich ein Rechtsstreit, insoferne z. B. ein Bürger wegen Entschädigung für den durch polizeiliche Verfügung erlittenen Nachtheil gegen einen Privatmann klagt.

In allen diesen Fällen geht die polizeiliche Behörde und die Justizstelle ihren Gang fort, ohne daß unter ihnen Streit entstehen kann, da es bei genauerer Untersuchung immer andere Fragen sind, welche zur Entscheidung vorliegen, und andere Normen, unter welche subsumirt werden muß.

§. 11.

Wenn man auch die bisher geschilderte Trennung der Justizsachen und der Verwaltungsgegenstände zugab, so glaubte man doch eine Mittelart zu finden, bei welcher wegen ihrer gemischten Natur andere Gesichtspunkte eintreten müßten. Man fand Rechtssachen, von welchen man nicht läugnen konnte, daß sie streitige Rechte und Verbindlichkeiten in Privatrechtsverhältnissen betreffen, bei welchen aber ein besonderer administrativer Gesichtspunkt vorwaltend schien. Man nannte solche Gegenstände Verwaltungsstreitigkeiten oder administrativ-contentiose Sachen [49]. Diese letztere Bezeichnung ist in der französischen Gesetzgebung entstanden. So strenge die Gesetze von 16.—24. August 1790. in Frank-

49) S. darüber besonders *Henrion de Pansey* de l'autorité judiciaire en France (2 édit.) p. 442. chap. XXV. *Macarel* elemens de jurisprudence administrative. Paris 1820. 2 vol. und derselbe in der Zeitschrift: Thémis ou bibliotheque du jurisconsulte t. I. p. 25. und 232. t. II. p. 255. und p. 329. Sirey in der Abhandlung: le conseil d'état und von den deutschen Schriftstellern am besten: Kulencamp Beiträge zu der Lehre von dem Verhältnisse der Rechtspflege zur Verwaltung nach der Verfassung Frankreichs und Westphalens. Göttingen 1813.

reich die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt, und die Trennung derselben von der verwaltenden ausgesprochen hatten, so fing doch schon das Gesetz vom 11. Sept. 1790. an, die Verwaltungsstreitigkeiten zur Entscheidung in letzter Instanz an den Staatsrath zu verweisen, bis erst durch's Gesetz vom 28. Pluviose des Jahres VIII. zur Entscheidung der administrativ-contentiosen-Gegegenstände die jeder Präfektur beigegebenen Präfekturräthe als sogenannte wahre Gerichtshöfe eingerichtet wurden. Als die höhere über administrativ-contentiose Streitigkeiten erkennende Behörde galt der Staatsrath [50]), für welchen in Ansehung dieser Streitigkeiten ein in mancher Hinsicht wichtiges Reglement sur les affaires contentieuses portées au Conseil d'etat vom 22. Jul. 1806. erging, während spätere Gesetze einzelne Fälle zur Competenz des Staatsrathes verwiesen, bis die Ordonanzen vom 27. Juny 1814. und 23. August 1815. das Verhältniß dieser Stelle genauer bestimmten, und eine eigene comité du contentieux anerkannten. Zu den administrativcontentiosen Gegenständen gehören darnach:

1) alle Streitigkeiten unter Privatpersonen über Gegenstände, welche das Gesetz dem Wirkungskreise der administrativen Stellen zugewiesen hat, z. B. die Vertheilung der direkten Steuern, die Erhaltung des öffentlichen Eigenthums, der Forste, Flüsse, Straßen, die Leitung und Verfertigung öffentlicher Arbeiten u. a.

2) Dem conseil de préfecture sind insbesondere zugewiesen die Entscheidung über Klagen der Privatpersonen zum Zwecke der Befreiung oder Verminderung der Steuern, über Streitigkeiten zwischen den Unternehmern öffentlicher Arbeiten und der administrativen Behörde über den Sinn und die Vollziehnng der Bedingungen des abgeschlossenen Vertrags,

---

50) Sirey's classische Abhandlung de conseil d'etat auch von seiner Ausgabe des Code de procedure civile annoté par Sirey, und Cormenin du Conseil d'état. Paris 1818.

über Klagen der Privaten auf Entschädigung wegen widerrechtlicher persönlicher Handlungen der Unternehmer, über Entschädigungsklagen wegen weggenommenen oder abgetretenen Terrains zur Verfertigung von Straßen, Kanälen und öffentlicher Arbeiten, über alle auf den Wegebau sich beziehenden Streitigkeiten, über die Forderungen der Gemeinden wegen Autorisation zum Prozesse, über alle die Nationaldomänen betreffenden Streitigkeiten, selbst über Entschädigungsforderungen der Pächter, oder Gränzberichtigungsklagen.

3) Nach einem allgemeinen Grundsatze [51]) gehören alle Streitigkeiten über die Auslegung administrativer Akte nicht an die Gerichte, sondern an die conseils de préfecture, so wie

4) alle Reclamationen wegen der durch Akte der Administrativgewalt verletzten Privatrechte.

Nicht blos die Präfekturräthe entscheiden Verwaltungsstreitigkeiten, auch der Rechnungshof und die Minister müssen als entscheidende Stellen betrachtet werden, und zwar erkennt der Erste (an die Stelle der 1791. errichteten Commission de coneptabilité nationale getreten vorzüglich durch Decret v. 16. Sept. 1807. organisirt,) über alle Rechnungen, über Einnahmen des Schatzes, über Regie und Verwaltung der direkten Steuern, und die Rechnungen der verschiedenen Beamten. Daß auch die Minister wahre Entscheidungen in Gegenständen, die durchaus vor die Gerichtshöfe gehörten, geben, hat ein neuerer französischer Schriftsteller aus den vorhandenen Gesetzen überzeugend dargethan [52]); so wie der nämliche bewiesen hat, daß auch die Präfekten nach den bestehenden Gesetzen ein wahres Richteramt ausüben [53]). An

---

51) Arret vom 5. Fructidor l'an IX.

52) S. *Macarel* Introduction à la jurisprudence administrative in der Zeitschrift: Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte t. II. livr. 9. p 329 — 340.

53) Macarel in der thémis. t. II. p. 255 — 274.

einem Gesetze über die Ordnung des Verfahrens in Administrativstreitigkeiten fehlt es in Frankreich gänzlich, und nur über das Verfahren bei dem comité du contentieux bei dem Staatsrathe enthält das Decret vom 22. July 1806. einige magere Bestimmungen. Im Zusammenhange mit der französischen Ansicht über die Verwaltungsstreitigkeiten steht auch das sogenannte Erheben der Conflicte (elever des conflits) [54]. So oft ein administrativ-contentioser Streit an die gewöhnlichen Civilgerichte gebracht wird, so soll das Tribunal selbst verordnen, und die Staatsbehörde muß darauf antragen, daß die Sache zurückgewiesen werde. Wenn nun entweder kein Antrag auf Abweisung gestellt war, oder auch gegen den Antrag das Civilgericht doch die Instruction fortsetzt, so muß der Präfekt, entweder von Amtswegen, oder auf Antrag einer Partei, oder der Staatsbehörde, einen Conflict erheben, d. h. durch einen förmlichen Beschluß (arrêté) die Sache von dem Gerichte abrufen. Die französische Praxis unterscheidet hier einen conflit de jurisdiction, wenn zwischen verschiedenen Tribunalen ein Competenzstreit entsteht, und conflit d'attribution, wenn zwischen dem Civiltribunal und der Administrativbehörde Streit darüber entsteht, ob die Sache rein civilrechtlich oder administrativ-contentios sei; ein solcher conflit wird dann positiv genannt, wenn von den zwei Behörden jede die Sache als zu ihrer Competenz gehörig behauptet, negativ, wenn bei einer Sache jede Behörde, der die Sache von einer anderen zugewiesen worden ist, behauptet, daß sie nicht zu ihrer Competenz gehöre. So lange noch kein Conflict erhoben ist, kann das Tribunal noch gültig über seine Competenz sprechen; sobald dagegen Conflict förmlich erhoben ist, gelangt der Streit über die Competenz an den Staatsrath,

---

54) Kulenkamp Beiträge zur Lehre vom Verhältnisse der Rechtspflege u. s. w. S. 99. *Berriot.* St. Prix Cours de proced. civ. t. I. p. 92. *Sirey* de Conseil d'état nr. 84 — 102. Cormenin in der Thémis ou bibliotheque rel. t. I. p. 418.

der auf den Vortrag eines Ministers darüber durch Decret entscheidet.

Als mehrere zu Frankreich gehörige Provinzen wieder an Deutschland zurückfielen, mußte das bisherige System bald eine Aenderung erleiden. In dem Generalgouvernement des Niederrheins wurden die Präfekturräthe durch Verordnungen vom 11. März und 12. April 1814. unter dem Titel: Landesdirectorialräthe beibehalten, während eine Grunerische Verordnung vom 4. Febr. 1814. sie im Generalgouvernement des Mittelrheins aufhob. Die vereinigte österreichisch-baierische Administrationscommission stellte in den ihr unterworfenen Gegenden den Präfekturrath unter dem Namen einer administrativen Justizcommission durch Verordnung vom 29. Sept. 1814. wieder her. Erst durch Verordnung v. 12. Nov. 1817. wurde in Rheinbaiern diese Commission aufgehoben, und mit Ausnahme weniger Gegenstände wurden die bisher als administrativ-contentiose eximirten Sachen an die gewöhnlichen Gerichte gewiesen, was namentlich bei den Streitigkeiten über Forderungen der Grundeigenthümer wegen weggenommener Grundstücke zur Unterhaltung von Straßen, bei Streitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden und den Unternehmern der öffentlichen Arbeiten über den Sinn ihrer Contracte, und über Gültigkeit der Domänenverkäufe der Fall war. Die umfassendste Verordnung über diesen Gegenstand erfolgte in Rheinpreußen vom 20. July 1818. [55]). Die Streitigkeiten, welche bisher den Präfekturräthen übertragen waren, wurden nun unter die Verwaltungsbehörden und unter die Gerichte vertheilt. Den letzteren wurden namentlich zugewiesen alle Klagen wider Privatpersonen wegen Ersatzes vorbezahlter Steuern, Klagen wider eine Gemeinde auf Zahlung der für sie gemachten Lieferungen oder vollführten Arbeiten, Prozesse zwischen der Domänenverwaltung und den Käufern

55) Niederrh. Archiv, herausgeg. von Sandt und zum Bach IV. Bd. S. 274.

der Domäne, es mag über die Gültigkeit des Vertrags oder dessen Auslegung und Wirkungen Streit seyn, ferner Klagen der Verwaltung wider die Uebernehmer einer Lieferung, und der letzteren wider die Verwaltung, Klagen wider Unternehmer öffentlicher Arbeiten auf Ersatz des Schadens. Die Regierungen, also die Verwaltungsbehörden, entscheiden dagegen zwischen Steuerpflichtigen und Steuereinnehmern, wenn über die gegenseitige Berechnung Streit entsteht, zwischen den Gemeinden und Eigenthümern über die Streitigkeiten, wozu die von der Verwaltung gut gefundene Anordnung über die Richtung und Ausdehnung der Gemeindewege Anlaß gegeben hat, insoferne hierbei nicht über das Eigenthum gestritten wird, so wie in Angelegenheiten des Wasserstandes und der dem Eigenthümer einer Mühle zu verschaffenden Vorfluth mit Rücksicht auf das gegenseitige Interesse der Bodenkultur, und des Müllers, oder anderer Stromberechtigten; die Regierungen bestimmen auch die Höhe des Wasserstandes, insoferne dieser Gegenstand nicht durch Vergleiche, Verträge, oder sonst auf eine unwiderrufliche Art entschieden ist. —

Von den deutschen Staaten hat vorzüglich Baiern den Unterschied zwischen reinen Verwaltungssachen, Justizsachen, und administrativ-contentiosen Gegenständen, mit Bestimmtheit gesetzlich durchgeführt. Die über die Scheidung der Polizeisachen ergangenen Verordnungen sind schon oben angeführt worden. Nachdem schon 1799. eine Verordnung v. 11. Januar [56]) den Grundsatz ausgesprochen hatte, daß die in Polizeisachen entstehenden Streitigkeiten zwischen den Handwerkern, und sonst über einen das Publikum vorzüglich interessirenden Gegenstand, nicht mehr vor das forum civile gezogen werden sollen, wurden bald auch andere Gegenstände, bei welchen ein überwiegendes Interesse des öffentlichen Wohls die Anwendung des gewöhnlichen Pro-

56) Mayrische Generaliensammlung VI. Bd. S. 121.

ceßganges bedenklich zu machen schien, unter dem Namen administrativ-contentiose Sachen an die Verwaltungsbehörden, jedoch so, daß ihnen ein richterlicher Charakter beigelegt wurde, für diese Fälle, die förmlich instruirt wurden, gewiesen; dahin gehörten die Landesculturſachen und Processe über Antheil der Gemeindeglieder an Vertheilung der Gemeindegründe [57]), ebenso Forstservitutsstreitigkeiten hinsichtlich der Ablösung derselben [58]), die streitigen Nachsteuerverhältnisse [59]), Rechtsstreitigkeiten über Repartition der Kriegslasten [60]), Gewerbsstreitigkeiten [61]). Als die Behörden zur Entscheidung dieser Gegenstände in zweiter Instanz wurden die Generalkreiskommissariate, und später die, Regierungen genannten, Oberadministrativstellen bestimmt [62]), und in oberster Instanz entschied der geheime Rath [63]), an dessen Stelle seit 1817. eine eigene Staatsrathskommission trat, welche unter dem Vorsitze eines Staatsrathes durch eine aus drei Ministerialräthen und drei Centralräthen des Generalfiskalats zusammengesetzte Commission gebildet wurde [64]).

Auf eine ähnliche Weise waren in den meisten Staaten einzelne Rechtsstreitigkeiten, wenn auch nicht unter dem Namen administrativ-contentiose, doch wegen administrativer Rücksichten, der Competenz der Civilgerichte entzogen, und an andere und zwar Verwaltungsbehörden gewiesen, z. B. bei Gemeinheitstheilungs-Gegenständen, in Lotteriesachen, und in

---

57) Verordn. v. 24. Dec. 1802. 25. Febr. 1803. 24. Oct. 1804. Verordn. v. 13. Febr. 1805. und spätere Verordn. v. 17. Jul. 1808. 30. Jan. und 8. August 1810.

58) Verordn. vom 18. Jan. 1805.

59) Verordn. vom 27. März 1817.

60) Verordn. vom 27. März und 15. April 1817.

61) Verordn. vom 8. Aug. 1810. 2. Oct. 1811. 1. Jul. 1812.

62) Verordn. vom 17. Jul. 1808. u. vom 27. März 1817.

63) Verordn. vom 11. Jun. 1808. u. 8. Aug. 1810.

64) Verordn. vom 3. May 1817.

Streitigkeiten über Besetzung der Bauernhöfe [65]). Ein neueres Gesetz der Republik Bern vom 6. Juny 1818. über Administrativstreitigkeiten hat der Verfasser dieses Aufsatzes bereits in dieser Zeitschrift mitgetheilt [66]). Mehr aber als einzelne legislative Erscheinungen interessirt uns die Art, auf welche ein geistreicher Rechtsgelehrter [67]) in seinem Entwurfe eines Proceßgesetzbuchs diese gemischten, und, wie er sie selbst nennt, administrativ-contentiosen Sachen rechtfertigt, und verlangt, daß man dafür besondere Gerichte, welche mit den Administrativbehörden durch Beilegung des richterlichen Karakters vereinigt sind, anordne. v. Gönner rechnet dahin alle Rechtssachen, welche zwar streitige Rechte und Verbindlichkeiten im Privatrechtsverhältnisse angehen, aber theils die Staatsverwaltung mit berühren, theils nach besonderen administrativen Normen und Verordnungen zu entscheiden, daher gemischter Natur sind. Die Rechtmäßigkeit der Anordnung besonderer Gerichte für solche Sachen kann nach v. Gönner nicht bestritten werden, da zu allen Zeiten und unter allen Legislationen mehrere besondere Gerichte für Gegenstände, deren Beurtheilung besondere Kenntnisse außer dem Rechtsstudium fordert, sich als vortheilhaft bewährt hätten, wie dies sich bei Handels- und Bergwerksstreitigkeiten zeige. Die richtige Anwendung vieler administrativer Normen fordern besondere technische Kenntnisse, eine genaue Uebersicht aller administrativen Verordnungen, und Erfahrung und Uebung in solchen Geschäften. Diese Eigenschaften sollen den Juristen mangeln, und so sei es räthlicher, den administrativen Behörden dafür das Richteramt zu übertragen, besonders da man bei ihrer Bestellung ohnehin auf Männer Rücksicht nehme,

---

65) Z. B. von Hannover s. in Oesterlei Handb. des hannöver. Processes. 1r Thl. 1. Abth. S. 91 — 129.

66) Archiv für die civil. Praxis III. Bd. S. 242.

67) v. Gönner in den Motiven des Entwurfs eines Gesetzbuchs in bürgerl. Rechtssachen S. 54 rc.

welche Rechtskenntnisse besäßen. v. Gönner glaubt, daß man durch solche Administrativgerichte auch den Vortheil gewinne, daß dann dem alten Streite über die Gränze zwischen Justiz- und Regierungssache vorgebeugt wäre. Oft erschienen solche Gegenstände anfangs in rein administrativer Gestalt, würden dann wegen des Widerspruchs contentios, und zuweilen könne durch eine rein administrative Verfügung dem ganzen Streite ein Ende gemacht werden. Eine Hinweisung solcher Gegenstände an die Civilgerichte nütze auch nichts, da in den meisten Fällen die Gerichte aus Mangel an technischen Kenntnissen ein Parere der Sachverständigen einholen müßten, für welche die Regierung doch wohl Niemand als ihre administrativen Behörden gelten lassen könnte. Die Civilgerichte müßten es doch bei diesem Parere lassen, und hätten höchstens die Ehre, die Maschine zur Verkündung desjenigen zu seyn, was jene Behörden geurtheilt hätten. Die administrativen Behörden könnten endlich auf rein administrativem Wege nachhelfen, wo hiezu den Gerichten alle Mittel fehlten; sie könnten durch neue Vergleichungen den Streit heben, dem Betheiligten an einem andern Orte eine Unterkunft verschaffen u. a. Der Verfasser dieses Aufsatzes hat sich seines Wissens wohl zuerst gegen diese administrativ-contentiosen Gerichte erklärt [68]), und bald folgten andere Schriften von Rudhart [69]) und Spaun [70]). Auf eine ähnliche Weise wie v. Gönner rechtfertigt auch Oesterlei [71]) die Entziehung gewisser Rechtssachen von den ordentlichen Civilgerichten, indem a) einige dieser Sachen nicht nach dem langsamen und genau

68) in der Rezension des Gönnerischen Entwurfs in der Hallischen Literaturzeitung 1816. Nr. 184.

69) in der Schrift: über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden. Würzburg 1817.

70) in seinen politischen und literar. Phantasien (Germanien 1817.) Nr. IV.

71) Handbuch des hannöver. Processes 1r Thl. S. 91.

abgemessenen Formen des Processes geleitet werden könnten, ohne dadurch dem öffentlichen Wohle zu schaden, sodann b) nicht solche Gesetze zur Anwendung kämen, welche die persönlichen Verhältnisse einzelner Bürger bestimmten, und den streitigen Fall entschieden, sondern sehr oft allgemeine Grundsätze, persönliche oder Zeit- und Ortsverhältnisse, und allgemeine Instructionen, berücksichtigt werden müßten, ferner c) auch bey einigen Sachen, die an und für sich Justizsachen wären, Gegenstände in Frage kämen, welche andere Rechte der obersten Gewalt, als die zu der rechtsprechenden gehörten, betreffen, und die, ihres höhern oder ausgedehnteren Interesses wegen, es nöthig machten, die Sache nicht processualisch von den ordentlichen Gerichtshöfen behandeln zu lassen. In dem Vorberichte zu dem bernischen Entwurfe einer Proceßform [72]) wird bemerkt, daß es Privatrechte und Verhältnisse der Staatsbürger gebe, die mit der allgemeinen Staatsorganisation, oder mit der Staatsverwaltung überhaupt, oder einzelnen Zweigen derselben, in so unmittelbarer Verbindung ständen, daß sie, ohne den größten Nachtheil für den Staat, unmöglich außer aller Beziehung auf die allgemeinen Verhältnisse blos nach den Regeln des strengen Privatrechts entschieden werden könnten, daß aber der ordentliche Richter, dem jeder andere Gesichtspunkt, als der des strengsten Rechts, fremd bleiben müsse, darüber nicht entscheiden könne, daß vielmehr diese Gegenstände einer solchen Behörde übertragen werden müßten, welche dabey auch die Harmonie des Ganzen und den ungestörten Gang der Staatsverwaltung überhaupt berücksichtigen könne; bei solchen Gegenständen könnten auch die Regeln der Verhandlungsmaxime nicht unbedingt angewendet werden, indem außer den streitenden Partheien auch eine dritte, der Staat, dabei interessirt sey.

Wo nun ein Recht oder Verhältniß streitig ist, über

72) S. den Abdruck der Stelle in diesem Archiv Bd. III. S. 375.

welches der Staatsbürger durchaus frei verfügen kann, ohne daß diese Verfügung auf den Organismus des Staats, oder auf den Gang seiner Verwaltung einwirkt, da ist nach der Ansicht des bernischen Entwurfs ein Civilfall vorhanden; wo dagegen das streitige Verhältniß oder Recht mit einer allgemeinen Staatseinrichtung, oder mit einem Zweige der Staatsverwaltung, in unmittelbarer Verbindung steht, da ist ein administrativ-contentioser Fall vorhanden. Nach anderen Schriftstellern [73]) ist eine Verwaltungsstreitigkeit dann anzunehmen, wann eine Streitigkeit da ist, welche durch einen Akt der öffentlichen Verwaltung veranlaßt wird, und deren Entscheidung von der Beurtheilung dieses Akts abhängig ist.

Wenn man alle diese Rechtfertigungsgründe erwägt, so entstehen immer noch die Fragen: ist die Aufstellung einer von reinen Verwaltungs- und von Justizsachen getrennten Mittelart der administrativ-contentiosen Sachen nothwendig? Sind durch Verweisung derselben an eigene Behörden die Forderungen des Rechts nicht verletzt? Unverkennbar sind unter den administrativ-contentiosen Streitigkeiten mehrere, welche, bei genauerer Betrachtung, reine Verwaltungssachen sind, und wo dem Civilrichter es an positiven Normen zur Entscheidung ebenso fehlen würde, als dem Kläger die Berufung auf ein begründetes Recht mangelt, z. B. in Gewerbsstreitigkeiten, in den meisten Forstprocessen, in Steuersachen u. s. w.; allein es kommen andere Sachen vor, bei welchen die Vertheidiger der neuen Abtheilung selbst gestehen, daß sie eigentlich Justizsachen wären, daß es auf wahre Privatrechte ankomme — wo sie aber höhere Rücksichten für die Nothwendigkeit der Abrufung von den ordentlichen Gerichten finden. Nur von solchen Gegenständen kann hier die Rede seyn. Jeder, welcher ein nach den bestehenden Gesetzen geschütztes Recht erworben hat, und in der Ausübung desselben verletzt wird,

---

73) Z. B. Kulenkamp in der Schrift über das Verhältniß der Rechtspflege ꝛc. S. 75.

muß die Befugniß haben, dasselbe verfolgen und dafür den richterlichen Schutz anrufen zu können; er kann fodern, daß unabhängige, selbstständige, zum Richteramte ausschließend bestimmte, Personen über das von ihm behauptete Daseyn des Rechts und der Verletzung durch Prüfung der vom Kläger geführten Beweise entscheiden, und den Fall unter das Gesetz subsumiren. Wer der Gegner desjenigen ist, der einmal auf ein Privatrecht sich berufen kann, ist völlig gleichgültig. Die Fragen können nun blos seyn: 1) Wird in der Natur der Privatrechte dadurch, daß das Recht mit allgemeinen Staatseinrichtungen zusammenhängt, überhaupt etwas verändert? 2) Kann dem gewöhnlichen Civilrichter die Entscheidung darüber nicht anvertraut werden? 3) Sind die Richter, welche den Partheien statt der gewöhnlichen Richter angewiesen werden sollen, ebenso beschaffen, als jede Pravatparthei es von dem Richter, dem sie trauen soll, verlangen kann?

Die erste Frage muß durchaus verneint werden — unter Voraussetzung, daß nicht etwa Gegenstände hieher gerechnet werden, welche wir nach den oben angegebenen Merkmalen selbst zu den Verwaltungssachen rechneten. Bei wahren Rechtssachen aber, die man nur aus sogenannten höheren Gründen zu den administrativ-contentiosen Gegenständen zählt, ist es nur eine Täuschung und Verwechslung der Gesichtspunkte, wenn man die Rechtsansicht bei ihnen verändert findet. Allerdings bieten diese Fälle eine zweite Betrachtungsweise dar, insoferne a) der Staat den einzelnen Fall in seinem Zusammenhange mit allen Fällen dieser Art würdigt, und, vielleicht belehrt durch die Nachtheile des einzelnen Falles, für die Zukunft durch Gesetze vorbeugt; oder b) insoferne der Streit mit einer ausgedehnten, auf das öffentliche Wohl berechneten, Einrichtung des Staates zusammenhängt, und es auf eine Anwendung der allgemeinen Verwaltungsnormen ankäme, wenn nicht durch das in der Mitte liegende Recht der Streit ein Rechtsstreit würde, z. B. in Steuersachen; oder insoferne c) der ganze Streit nur ein Verwaltungsstreit ist, in

welchem blos als Incident oder Präjudicialpunkt ein Rechtsstreit durch eine einzelne Rechtsfrage veranlaßt wird, z. B. in Culturstreitigkeiten; oder d) insoferne der Staat den einzelnen Verwaltungsakt der Behörde, welche dadurch ein bestehendes Recht eines Privatmannes verletzt hat, unabhängig von der juristischen Entscheidung insoferne würdigt, als der Beamte nach seiner Pflicht und Instruction gehandelt hat. In allen diesen Fällen schadet der rechtliche Streit, wenn er rein juristisch entschieden wird, dem öffentlichen Wohle durchaus nicht. Es ist dieses die Natur des Rechts, daß sich der Richter bei der Entscheidung darüber um Rücksichten der Billigkeit oder Zweckmäßigkeit gar nicht kümmert, sondern nur den einzelnen Fall unter die bestehenden Gesetze subsumirt; der Richter stört dagegen auch den Staat in seinen größeren, auf das Ganze berechneten, Einrichtungen nicht; er fragt nicht, wenn derjenige, dessen Eigenthum vom Staate zu öffentlichen Zwecken weggenommen ist, wegen Entschädigung Klage erhebt, „ob der Staat befugt war, das Eigenthum wegzunehmen?“ sondern er bestimmt nur den Maaßstab und die Größe der Entschädigung. Wenn der Staat die Steuerfreiheit aller Adelichen aufhebt, und nun der Einzelne ein titulo oneroso erworbenes Privilegium der Freiheit producirt, so bleibt das allgemeine Steueredict aufrecht stehen, und dem Einzelnen Berechtigten wird Entschädigung geleistet. — Wenn in einer Gewerbsstreitigkeit die an sich polizeilich ist, der Kläger sich auf einen speciellen Titel der Uebergabe eines Realgewerbes berufen kann, so kann die Polizei allerdings prüfen, ob der Kläger die allgemeinen Erfordernisse habe, welche nach den Gewerbspolizeigesetzen zur Ausübung eines Gewerbs gehören. Man begreift nicht, wie die rechtliche Entscheidung, wenn sie das Gericht fällt, dem Staate nachtheilig werden soll — der Standpunkt des Richters ist ein anderer, als der der administrativen Stelle, welche in ihren Operationen, die sich immer auf das Ganze beziehen, fortschreitet. Fast sollte man glauben, daß man Lust hätte, solche Streitigkeiten nicht juristisch,

das Recht also nicht als solches beurtheilen lassen. Man will, wie man sich ausdrückt, eine Behörde dafür aufstellen, welche auch die Harmonie des Ganzen, und den ungestörten Gang der Staatsverwaltung berücksichtigen könne. Gerade darin aber liegt eine Zerstörung der heiligen unbestechlichen Natur des Rechts — unter schönen Vorwänden geht das Recht unter, aus Rücksichten der Politik, angeblicher Zweckmäßigkeit u. s. w., und wird gedreht, wie man es braucht. Will man aber überall einen administrativ-contentiosen Fall annehmen, wo das streitige Recht mit einer allgemeinen Staatseinrichtung, oder einem Zweige der Staatsverwaltung, in unmittelbarer Verbindung steht, so wird man die Zahl nach Belieben vermehren können; jede Mühlenstreitigkeit, jeder Streit über Bezahlung alter Gemeindeschulden, über Vertreibung eines Bauers vom Hofe, jeder Forst- und Bergproceß, kann dann auch administrativ-contentios genannt werden.

Fragt man um die Gründe, aus welchen den Civilgerichten die Entscheidung nicht anvertraut werden kann, so befriedigt das von den Vertheidigern dafür Angeführte durchaus nicht. Auch hier liegt die zuvor angedeutete Verwechslung der Gesichtspuncte zum Grunde. Man will überreden, daß in solchen Streitigkeiten der Richter administrative Handlungen nach administrativen Normen zu beurtheilen habe — was gar nicht der Fall ist. Unter der Voraussetzung, daß ein wahres Privatrecht in Frage stehet, beschränkt sich die richterliche Thätigkeit nur auf die Beantwortung der Fragen: a) ob das vom Kläger behauptete Recht wirklich vorhanden ist? b) welche Ansprüche vermöge dieses Rechts nach den bestehenden Gesetzen dem Kläger rechtlich zustehen? Um das Erste zu beantworten, bedarf der Richter nur einer Prüfung der vorhandenen Beweise, und bei der zweiten Frage leitet ihn die Kunst der richtigen Auslegung der Gesetze, und der Subsumtion bewiesener Thatsachen unter das Gesetz. Beide Eigenschaften müssen jedem Richter zugetraut werden können — andere Kenntnisse braucht er eben so wenig, als er administra-

tive Normen nach ihrer Zweckmäßigkeit beurtheilt. Wenn derjenige, der auf ein Privilegium der Steuerfreiheit sich beruft, bei Gericht klagt, so entscheidet der Richter: ob das Privilegium vorhanden ist; wenn jemand, der ein Gewerbe an einen Andern verkaufte, auf das dem Vertrage beigefügte pactum reservati dominii sich beruft [72]), so legt der Richter dies pactum aus, und setzt die rechtlichen Wirkungen desselben fest; wenn über einen zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Unternehmer abgeschlossenen Vertrag wegen Lieferungen Streit darüber entsteht, wie der Vertrag auszulegen ist, so legt das Gericht diesen Vertrag, wie jeden Privatvertrag, nach den allgemeinen Regeln des Civilrechts aus, ohne in die Untersuchung sich einzulassen: ob der Vertrag zweckmäßig abgefaßt war. Die Frage, welche daher auch in administrativ-contentiosen Sachen das Gericht angeht, ist höchst einfach, und ihre Beantwortung erfordert keine anderen Kenntnisse, als sie bei reinen Justizsachen nothwendig werden. Allerdings kommen bei der Auslegung der Verträge, Subsumtion unter das Gesetz, und der Prüfung der Beweise, Fragen vor, die eine technische Beurtheilung erfordern, wo daher der Richter von Sachverständigen die nothwendigen Aufklärungen einholt, und auf dem abgegebenen Gutachten weiter fortbaut; dies ist in vielen Civilprocessen der Fall, z. B. in Mühlenstreitigkeiten, bei heraldischen Fragen, in Bergwerkssachen u. dgl. Der Richter stellt in diesen Fällen die bestimmten Fragen zur technischen Beurtheilung, ohne daß er deswegen die Ehre des Richteramtes den Sachverständigen überläßt. Will man von verwickelten Gegenständen sprechen, so können gewiß Mühlenprocesse und Streitigkeiten über Wasserlauf und handelsrechtliche Sachen vorzüglich dahin gerechnet werden; zum Glück aber werden doch von den Gerichtshöfen dergleichen Prozesse eben so gründlich entschieden, als es irgend ein Mühlengericht thun könnte. Der Richter macht sich nur

72) Ein Fall dieser Art in den Jahrbüchern.

klar, welcher der rechtliche Gesichtspunkt ist, überläßt es, wenn die Partheien gewisse Thatsachen behaupten, deren Beweis ohne kunstmäßige Bildung nicht geliefert werden kann, den Partheien, sich an die geeigneten Personen zu wenden, und durch sie die Aufklärung geben zu lassen, z. B. über Pferdekrankheit [73]), oder das Gericht wendet sich von Amtswegen wegen der Beantwortung vorkommender Mittel-Fragen an Sachverständige. Es ist nicht einzusehen, warum dies Verfahren nicht eben so gut in den Fällen, wenn bei administrativ-contentiosen Sachen technische Fragen vorkommen, beobachtet werden soll. Behauptet die Verwaltungsbehörde, daß nach gewissen administrativen Normen eine bestimmte technische Handlungsweise vorkomme, und daß von der Kenntniß dieser Normen die Beurtheilung des in Frage stehenden Aktes abhange, so producirt die Verwaltungsbehörde diese Normen, und der Richter stellt, wenn ihm Zweifel bleiben, bestimmte Fragen über den angeblichen technischen Zusammenhang, und man wird ihm noch soviel gesunden Verstand, und soviel Kenntniß zutrauen, daß er die Antworten auf seine Fragen mit den Gesetzen vergleichen könne. Um z. B. die Handlungsweise eines der Unterschlagung angeklagten Postbeamten beurtheilen zu können, muß der Criminalrichter allerdings Manches über die gewöhnlichen Postmanipulationen und den Postgeschäftsgang kennen, um nur manche Indicien beurtheilen zu können; allein man findet hier keine Schwierigkeit, und gesellt entweder zur Sitzung einen Postbeamten zu, der einzelne Fragen beantwortet, oder man fordert von der Postbehörde über einzelne Zweifel Aufklärung. — Es ist aber, wenn man selbst die Fälle der administrativ-contentiosen Processe durchgeht, nicht einmal so häufig, daß technische Fragen vorkommen, und die bloße Rechtskenntniß genügt zur Entscheidung der Rechtsfrage, wenn der Richter nur nicht über seine natürlichen Gränzen ausschweift. Wenn v. Gönner meint,

73) Archiv für die civil. Praxis II. Bd. S. 121.

„daß, wenn ein Parere von Sachverständigen nothwendig wäre, die Regierung doch wohl nur ihre administrativen Behörden als Sachverständige gelten lassen könne", so können wir diese Behauptung mit den Grundsätzen, die über den Beweis durch Sachverständige gelten, nicht vereinigen. Verwaltungsbehörden sind in den meisten administrativ-contentiosen Prozessen Partheien, entweder weil sie ein Recht nicht anerkennen wollen, oder weil einer ihrer Akte beurtheilt werden soll. Schwerlich kann man aber der Privatparthei zumuthen, und dem nupartheiischen Richter zutrauen, daß die erste solche Behörden als Sachverständige benennen, oder der zweite sie aufrufen werde, welche als verdächtig und untüchtig verworfen werden müßten. Wenn v. Gönner behauptet, „daß auch im Falle, wenn man die Behörden als Sachverständige beiziehen wollte, der Richter doch an ihr Parere gebunden wäre, und nur Maschine zur Verkündung desjenigen seyn würde, was jene Behörden geurtheilt haben", so könnte man eben so gut dies in allen Fällen sagen, wenn Sachverständige beigezogen werden, wo die Rechtsfrage, z. B. bei Pferdewandlungsklage oft höchst einfach ist, so bald die Thatfrage durch die Sachverständigen beantwortet wurde — ohne daß es hier jemanden beifällt, zu behaupten, daß der Richter nur die Maschine der Roßgeschwornen sei. Wenn endlich daraus, „daß die administrativen Behörden Sachverständige wären", gefolgert wird, daß man sie lieber sogleich zu Richtern machen könne, so scheint dieser Schluß sehr gewagt. Zum Richteramte gehören Eigenschaften, welche demjenigen, der noch so trefflicher Verwaltungsbeamter ist, nicht nothwendig zugetraut werden können; um in einem Rechtsstreite das Urtheil fällen zu können, muß man im Stande seyn, die Rechtsfrage richtig zu beantworten, die technische Frage ist nur eine Vorfrage, die von dem, der sie beantworten soll, eigenthümliche Kenntnisse fordert. — Soll es nun nicht ein Sprung seyn, von dem Besitze der Eigenschaften zur Beantwortung einer Vorfrage des Urtheils, auch auf

den Besitz aller Eigenschaften zu schließen, die zur Urtheilsfällung überhaupt gehören? Wenn man deswegen, weil die administrativ-contentiosen Fälle nicht nach den langsamen und abgemessenen Formen des Proceßganges instruirt werden könnten, die Verwaltungsbehörden zu Richtern machen will, so scheint man vergessen zu haben, daß es überhaupt mit dieser Klage über die langsamen Proceßformen nicht so schlimm steht, daß dieser wohl bedachte, alles Tumultuarische entfernende, stäte Gang [74]), und diese Formen, Bedingungen der Gründlichkeit sind, die man leider so gerne der gerühmten Schnelligkeit, der Cardinalstugend der Verwaltungsbehörden, opfern möchte; man scheint nicht zu bedenken, daß da, wo es an bestimmten Formen im Verfahren fehlt, Willkühr ihren Deckmantel findet und das Vertrauen der Partheien geschwächt wird, und daß gerade in der Hinweisung der administrativ-contentiosen Sachen an die Verwaltungsgerichte ein wichtiger Grund der Besorgniß in dem formlosen, höchst willkührlichen, durch nichts zu controlirenden, für jeden einzelnen Fall zu schaffenden, Verfahren liegt [75]). Besorgt man wirklich Nachtheile, wenn die Formen des ordentlichen Proceßganges auf solche Gegenstände angewendet würden, so kann man ja einen summarischen Proceß bei den ordentlichen Gerichten ebensowohl, wie in Handels-, Wechselsachen u. s. w., eintreten lassen [76]), ohne daß man deswegen auf das Extrem springt, und den Gerichten diese Fälle ganz abnimmt.

---

74) *Berenger* de la justice criminelle sagt S. 355. „on objectera la longeur des instances; mais si l'on veut être vrai, croit-on, qu'elles soient plus abrégees devant des conseils de préfecture, et ne sait-on pas, que ce n'est quelque fois qu' apres une année de sollicitations, qu'on parvient à y obtenir un arrêté?"

75) S. die Klagen der französ. Schriftsteller, *Macarel* l. c. in Themis t. I. p. 248.

76) Archiv für civil. Praxis III. Bd. S. 383.

Glaubt man endlich, wie der Vorbericht des bernischen Entwurfs es thut, „daß bei solchen Streitigkeiten die reine Verhandlungsmaxime nicht anwendbar sey, daß sie vielmehr durch Beisätze der Untersuchungsmaxime insoweit gemischt werden müsse, als es nöthig ist, auch das Gemeininteresse zu handhaben", so ist theils hier eine ungegründete und zu scharfe Trennung der beiden Maximen gemacht, theils ist wieder nicht einzusehen, warum nicht das ordentliche Civilgericht auch diesen angeblich nothwendigen Untersuchungsproceß durchführen könnte — theils läuft alles nur auf die Einführung des mündlichen Verfahrens statt des schriftlichen hinaus, wo sehr wohl auch das ordentliche Gericht diesen mündlichen Proceß leiten könnte [77]). Es wird der vielvermögenden Verwaltungsbehörde, die als Gegner auftritt, nicht schwer fallen, durch die große Masse ihrer Beweise und Gründe die Gerechtigkeit ihrer Behauptungen bei Gericht darzuthun, und so wäre höchstens für die Privatparthei, nicht aber für die Verwaltung oder den Staat, etwas zu besorgen.

Wenn aber wegen mancher Eigenthümlichkeiten dieser Gegenstände der Staat doch die Anordnung besonderer Gerichte dafür als nothwendig erkennt, sollte man gegen diese Gerichte etwas einwenden können, wenn man erwägt, daß schon lange für Gegenstände, deren Beurtheilung besondere Kenntnisse außer dem Rechtsstudium fordert, besondere Gerichte bestanden, z. B. Handels-, Berggerichte u. a.? Schwerlich möchte aber diese Berufung den vorgeschlagenen administrativ-contentiosen Gerichten günstig seyn. Alle Handels-, Berg- und andere ähnliche Gerichte sind wahre Gerichte, in welchen die mit dem Geschäftsgange dieser Art vertrauten, unabhängigen und unpartheiischen, Personen Recht sprechen; während man bei den sogenannten Administrativgerichten die Verwaltungsbehörden, also diejenigen, die bisher in der

77) S. auch Archiv für civ. Praxis III. Bd. S. 384.

Sache verfügten, daher partheiische, mit dem Richteramte gar nicht vertraute, Personen in Richter verwandeln will. Auch hat man in neuerer Zeit mit Recht an der Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit der Wechsel- und Berggerichte gezweifelt; man weiß, daß sie ihren Ursprung der alten Autonomie, dem ehemaligen Grundcharakter, nach welchem jede Corporation auch ihre eigenen Gerichte hatte, und ähnlichen politischen Gründen, verdanken, und was v. Leibnitz [78]) gegen diese fora causarum privilegiata bemerkt, verdient alle Beachtung. Wohl kann das, was er gegen diese fora sagt, auch auf unsere Administrativgerichte angewendet werden. Mit Recht findet er, daß durch Beiziehung der Kunstverständigen bei den ordentlichen Gerichten viel mehr, als durch Anordnung eigener Gerichtshöfe, gewonnen werde. Schon hat man mit Glück in manchen Staaten, z. B. in Baiern [79]), die Bergwerkssachen den gewöhnlichen Gerichten überlassen, nur so, daß in erster Instanz der Bergbeamte, in zweiter und dritter aber Bergräthe, zu den Gerichten adjungirt werden.

Vor allem aber verdient die Frage eine Betrachtung: ob die Richter, welche den Partheien statt der gewöhnlichen Richter angewiesen werden sollen, von der Art sind, wie jede Parthei es von dem Richter, dem sie trauen soll, erwarten kann? Die Bürger sind rechtsbefugt, zu verlangen, daß die ihnen angewiesenen Richter mit so viel Umsicht, Rechtskenntniß, Selbstständigkeit und Unabhängigkeit, dastehen, daß die Partheien, indem sie sich an diese Richter wenden müssen, für den Verlust ihrer Freiheit, sich beliebig Richter zu wählen, hinreichend entschädigt sind [80]).

---

78) Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung 1r Thl. S. 67.

79) Baierische Verordn. vom 14. Sept. 1809.

80) Meine Schrift: Der gemeine deutsche Proceß in Vergleichung mit dem preuß. und franz. Civilverfahren S. 9.

Betrachten wir darnach die Verwaltungsrichter von Seite ihrer Rechtskenntnisse, und ihrer äußern Stellung, so möchten ihre Eigenschaften nicht diejenigen seyn, welche den Partheien Vertrauen einflößten. Wenn *Berenger* [81]) von den conseils de prefecture sagt: „ces conseils n'ont une *physionomie judiciaire*, wenn er weiter fortfährt: „ce sont de veritables commissions.— les membres qui les composent ne sont point des juges; ils n'ent ont ni les moeurs, ni le caractère, ni la dignité: ils sont privés d'indépendance, et leurs institutions violent la charte qui veut, que la justice soient rendue par des juges inamovibles," so paßt diese Bemerkung wohl auf alle Verwaltungsgerichte. Wie kann erwartet werden, daß der Bürger Vertrauen zu dem Richter haben werde, wenn derjenige, welcher seit Jahren in administrativer Eigenschaft Rechte bedrohte, oder verletzte, da, wo der Bürger endlich einen gerechten Ausspruch über sein Recht erwartet, wieder als Richter auftritt, und nur den Namen ändert. Unsere Gesetze gestatten (und daß sie liberaler sind, als manche unsrer Praktiker gerne deduciren möchten, ist neuerlich überzeugend bewiesen worden,) [82]) jeder Parthei, den Richter, wenn sie auf irgend eine Art ihr Mißtrauen gegen seine Unpartheilichkeit wahrscheinlich machen kann, zu perhorresziren, und hier erhebt man ein ganzes Collegium zum Gerichte, welches als Verwaltungsbehörde im besten Falle die Rechte des Staats zu schützen hat, die Handlungen der Unterbeamten nicht gerne dem Tadel Preis gibt, oder selbst bisher das Geschäft geleitet, oder den Vertrag eingegangen hat, über welches jetzt entschieden werden soll. Wer kann hier bei jedem Kläger Zweifel und Besorgnisse unterdrücken? Welches Vertrauen soll das Publikum haben, wenn es den Chef der

---

81) de la justice criminelle en France p. 349.

82) Lotz, civil. Abhandlungen zur Berichtigung einzelner Punkte der Proceßtheorie Nr. II.

Regierung, der bisher die verletzenden administrativen Verfügungen unterzeichnete, unter dem sogenannten Urtheile als Richter unterzeichnet findet? wer weiß nicht, daß die Kunst der Verwaltung ein von dem Richteramte durchaus verschiedenes Talent, andere Kenntnisse und Eigenschaften, fordere? wem ist es unbekannt, daß jeder Verwaltungsbeamte bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle überall nach Rücksichten des Augenblicks und des Lokals verfügen muß, daß das, was man Zweckmäßigkeit, höhere Politik, Natur der Sache, oder Forderung des Staatswohls nennt, unbestimmte, schön klingende, Worte sind, in die man hineinlegen kann, was man will, die man anwenden kann, wie man sie braucht? Wem entgeht die Erfahrung, daß durch lange und ununterbrochene Beschäftigung mit gewissen Gegenständen, und durch eine gewisse Geschäftsbehandlung, eine solche eingewurzelte Gewohnheit entsteht, daß man sie schwer ablegen kann? Soll man nicht besorgen, daß dem immer mit Rücksichten der wechselnden Zweckmäßigkeit vertrauten, und an das Anpassen nach dem Bedürfnisse des Augenblicks Gewöhnten, das Richteramt, dessen Natur durchaus dem Charakter der Verwaltung widerstrebt, schwer falle, und daß er das Richten als sein Nebengeschäft, nach dem Muster des Hauptgeschäfts, betreibe? — Gebt der Verwaltung, was der Verwaltung ist — laßt der Justiz, was ihr gebührt! Laßt uns gestehen, daß der mit regsamem Eifer thätige, umsichtige, in jedem Momente und auf alles gefaßte, kluge Verwaltungsbeamte Achtung verdient, daß aber auch der Jurist fordern könne, daß man seine Wissenschaft nicht als Nebensache betrachte, die nur in Nebenstunden geübt werden kann! Denke da jeder des Spruches: ars longa, vita brevis! — Soll wirklich diese Kunst, die verwickeltsten Thatsachen zu entwirren, die Gesetze nach ihrem wahren Geiste mit allen Schlüsseln auszulegen, welche lange Vorbereitungen, viele Hülfswissenschaften, und ununterbrochene Uebung verlangen, soll diese Kunst des Richters, gepaart mit richtiger Auffassung des Rechtspunkts, ohne durch

Nebenrücksichten der Zweckmäßigkeit sich irre machen zu lassen, nicht auch achtungswürdig seyn? Soll sie so leicht seyn, daß man sehr gut sie jedem Verwaltungsbeamten zutrauen darf? Man tröstet uns zwar, daß der Staat bei der Besetzung der Administrativstellen ohnehin auf Männer Rücksicht nimmt, welche Rechtskenntnisse besitzen. Welche ungerechte Forderung wäre es vom Staate, wenn er wirklich im Ernste an seine Verwaltungsbeamten die Forderung machte, daß sie eben so treffliche Juristen seyn sollen, als sie mit allen Theilen der Kameralistik, mit Polizei, Staatswirthschaft, Finanz, mit Baukunst, Landwirthschaft, Bergbau, Forstwissenschaft u. a. vertraut seyn müssen? Wie soll neben diesen Studien, die allein ein Menschenalter fordern, noch die Jurisprudenz getrieben werden? Allein es ist mit dieser Forderung nicht so ernstlich gemeint, und die deutschen Professoren, nebst den in einigen Staaten ergangenen Studienplanen für Kameralisten, können darüber das beste Zeugniß geben. Es kömmt, wie man sich bald überzeugt, nur darauf an, daß der Kameralist mit den Haupttheilen der Jurisprudenz bekannt werde, und eine allgemeine Uebersicht derselben gewinne — und doch sollen die Partheien an solche Personen, die eine oberflächliche Rechtskenntniß haben, gewiesen werden? Kann man hier im Ernste glauben, daß der Kläger sich einem solchen Richter mit Vertrauen nahen werde? besonders wenn diesem auch noch andere, zum Richteramte nothwendige, Eigenschaften fehlen? Alle Gesetzgebungen erkennen, daß nur ein unabhängiges, von jedem fremden Einflusse freies, Gericht den Forderungen, die an das Richteramt gemacht werden können, entspreche; aber weder die Behörde als solche, die das Gericht in administrativ-contentiosen Sachen bilden soll, hat diese Selbstständigkeit, noch genießen die einzelnen Personen die nöthige Unabhängigkeit. Nach der Natur der Verwaltung ist jede Unterbehörde der ununterbrochenen Aufsicht oberer Verwaltungsbehörden unterworfen, und die Befehle der letzteren müssen unbedingt befolgt werden; genöthigt, auf Zweck-

mäßigkeit Rücksicht zu nehmen, verhandeln die Verwaltungsbehörden jedes Geschäft wieder nach den oft für dasselbe ihnen zukommenden Instruktionen; und leicht finden die auch in administrativ-contentiosen Sachen ergangenen höheren Weisungen den gehorsamen Vollstrecker an den unteren Behörden; die Partheien erhalten ein auf geheimen Wegen gefälltes angebliches Urtheil, bei welchem man nicht weiß, wie es entstanden ist, und was Berenger [83]) von Frankreich sagt: „la législation administrative, si toutefois on peut appeler legislation, un amas de dispositions, qui n'ont aucun lien entre elles, est d'ailleurs si tenebreuse, que, semblable aux libres sibyllins, les seuls initiés peuvent se flatter de la connaître", paßt wohlauch auf die deutsche Behandlung der administrativ-contentiosen Sachen. Es ist wesentliches Erforderniß, daß jeder Richter von seinem Amte nur nach gehöriger Entscheidung des competenten Tribunals wegen Verbrechen entfernt werden könne, und inamovibel angestellt sei, damit er ohne Menschenfurcht, ohne Besorgniß für seine Zukunft, mit desto größerer Festigkeit das Recht handhaben, und versuchte Eingriffe kräftig abwehren könne. Vergeblich würde man bei den Verwaltungsrichtern diese nothwendige Eigenschaft suchen; sie sind als Verwaltungsbeamte nicht inamovibel, und, Preis gegeben allen Neckereien der Oberbehörden, sind sie nicht so gestellt, um, wie es dem Richter geziemt, energisch Recht zu sprechen, besonders da selbst ihre Stellung zu ihrem Vorstande, und die mit Verantwortlichkeit verbundene Natur ihres Geschäfts, so wie die Unbestimmtheit der Verwaltungsnormen (welche so leicht gestatten, unter scheinbaren Vorwänden durch eine andere Auslegung der Instruction etwas zu mißbilligen und den Unterbeamten dafür zur Rechenschaft zu ziehen,) die Verwaltungsbeamten in eine ängstliche besorgliche Lage zwängt, und sie in eine leicht gefährliche Abhängigkeit von ihrem Chef

83) de la justice criminelle p. 350.

versetzt, während den Richter, der auf sein Gesetz sich beruft, keine Verantwortlichkeit schreckt, und keine zu fürchtende Mißbilligung von Oben ängstlich macht. Wer kann besonders noch zu solchen Verwaltungsrichtern Vertrauen haben, wenn, wie in Frankreich bei den conseils de prefecture, die Präfecten selbst Präsidenten des conseil sind, und im Falle der Stimmengleichheit durch ihre Stimme den Ausschlag geben [84]? Mit Recht besorgen daher die Franzosen [85], daß dadurch der Charakter des Richteramts untergehe. —

Vertrauend hört man zwar, daß diese Verwaltungsbehörden nicht in höchster Instanz entscheiden, sondern daß in höchster Instanz der Rekurs an eine neue Behörde, an den Staatsrath offen steht. „Nouvelle espèce de tribunal également irregulier", ruft Berenger [86] aus, nachdem er oben den Staatsrath als richtende Behörde geschildert, und dann hinzugefügt hat: „telle est et elle sera toujours la marche lente et incertaine de ces corps qui, placès aupres du trone sans jurisdiction regulière et légale, ne parviennent à s'en créer une que par des coups d'autorité, qui, séparés des parties par de grandes distances, ne sont accessibles que pour le riche, qui, composés d' hommes de cour et formant en quelque sorte une fraction de ministére, sont susceptibles de la source même du pouvoir de dangereuses préventions".

Zum Glücke paßt diese Schilderung nicht auf den in unseren deutschen verfassungsmäßigen Staaten gebildeten Staatsrath, der, ein heiliges Collegium von Räthen bildend, den Monarchen umgibt, und, die oberaufsehende Gewalt ausübend, als berathende Stelle ihm zur Seite steht [87].

---

84) Gesetz v. 28. pluviose l'an VIII. art. 5.

85) Z. B. *Macarel* in Thémis l. c. t. I. p. 241. *Berenger* de la justice criminelle p. 349.

86) de la justice Crim. p. 350. u. p. 77.

87) Würtemb. Verfassungsurkunde §. 54. Baier. Instruction für den Staatsrath vom 9. Jan. 1821.

Wird diesem Staatsrathe auch die letzte Entscheidung in administrativ-contentiosen Angelegenheiten übertragen, so sind die Besorgnisse nicht in dem Maaße gegründet, wie wir bisher andeuteten. Die Würde der Personen, welche hoch genug gestellt sind, um über Menschenfurcht erhaben zu seyn, die geprüften Rechtskenntnisse, welche den Mitgliedern des Staatsraths zugetraut werden müssen, und das Ansehen der Stelle selbst, entfernen die Besorgnisse; allein wir müssen deswegen doch behaupten, daß es nicht passend ist, wenn dem Staatsrathe das Richteramt in administrativ-contentiosen Sachen beigelegt wird. Der Staatsrath darf in constitutionellen Monarchieen nur eine berathende Stelle seyn, wenn nicht die Stellung der Landstände zum Regenten erschüttert werden soll. Mit dem Charakter der Berathung aber ist ein demselben fremdartiges Element, das Richten über streitige Verhältnisse, ganz unverträglich, um so mehr als in einer verfassungsmäßigen Monarchie die Gewalten streng geschieden, und das Richteramt völlig unabhängig seyn muß. Die Größe der dem Staatsrathe anvertrauten Interessen, die Wichtigkeit seiner Geschäfte, geben nicht zu, daß sich diese Stelle mit einem fremden Amte befasse, bei welchem zu leicht in den Partheien die Besorgniß entsteht, daß das Richteramt nur als Nebensache geübt werde. Selbst die dem Staatsrathe beigelegte Stellung [88]), nach welcher er Competenzstreitigkeiten der Verwaltungs- und Justizstellen zu entscheiden hat, verträgt sich nicht damit, daß der Staatsrath selbst wieder richte, vorzüglich, da er doch als Hauptmitglieder die verschiedenen Minister vereinigt, die, wenn nicht neue Besorgnisse entstehen sollen, nicht wohl Richter seyn können, und worüber schon *Montesquieu* [89]) ein eigenes Kapitel liefert: dans la monarchie les ministres ne doivent pas juger. Auf jeden Fall ist der Staatsrath, oder die Abtheilung, wel-

88) Würtemberg. Verfassungsurkunde. 59.

89) Esprit des loix. liv. VI. chap. VI.

cher dies Richteramt übertragen wäre, doch nur als eine Commission zu betrachten, und es widerstreitet den verfassungsmäßigen Monarchieen, Commissionen zur Entscheidung einzelner Justizgegenstände aufzustellen.

Allen Nachtheilen und Besorgnissen ist vorgebeugt, wenn denjenigen, welchen das Richteramt anvertraut ist, dies Amt auch in allen Fällen, wo das Merkmal des streitigen Rechts vorhanden ist, anvertraut wird, damit nicht der vielfach schädliche Glaube bei dem Volke entstehe, daß man gewisse Sachen dem Richteramte deswegen entziehe, weil man nicht wünscht, daß das Recht gehandhabt werde.

Ein erhebendes Beispiel, eine wohlthätige Frucht der neuen Verfassung und landständischer Vertretung, liefert uns schon Baiern, wo nach einem Gesetze vom 22. July 1819. [90]) die Untersuchung und Entscheidung der Zolldefraudationsfälle den gewöhnlichen Untergerichten, mit der Appellation an die Appellations-, und bei einer Summe von 400 fl. mit Berufung an das Oberappellationsgericht, übertragen ist.

XXV.

Beitrag zu der Lehre vom testamentum parentum inter liberos.

Von dem
Oberappellationsrathe und Professor der Rechte
Dr. Andreä zu Jena.

Es ist eine bekannte Streitfrage, ob die versio vulgata der Novellen, wenn sie von dem griechischen Texte abweicht, diesem in der Praxis vorzuziehen sey. Meine Absicht ist nicht,

90) §. 73 rc.

hier diese Frage zu erörtern, da dieß schon von Andern hinreichend geschehen ist [1]). Nur müssen, wie ich glaube, die Vertheidiger des Vorzugs der versio vulgata zu dem Beweise ihrer Meinung eine geeignetere Stelle wählen, als die von Höpfner [2]) dafür angeführte.

Er sagt: — „Weicht also die versio vulgata von dem Texte ab, so folgt man nicht dem Texte, sondern der Uebersetzung. Z. E. In der 107. Novelle sagt die vulgata: die Aeltern sollen im Testamente unter Kindern das Datum, und zwar mit eigener Hand beisetzen. Das Original sagt nur: wenn die Aeltern das Datum beisetzen wollen, so sollen sie es mit eigner Hand thun; und wiederholt dasselbe in der Lehre von Testamenten [3]). Weber hat zwar Höpfners Meinung widerlegt [4]), aber über das gewählte Beispiel nichts gesagt.

Da nun allerdings der Vorzug nicht der Uebersetzung, sondern dem Original zugegeben ist, so ist die Wichtigkeit der Sache bei dem angeführten Beispiele nicht zu verkennen. Es ist um die Gültigkeit eines durchaus an eine bestimmte Form [5]) gebundenen Testaments zu thun, und es kommt daher darauf an, ob es den Aeltern frei stehe, ihrem Testamente unter

---

1) Man vergl. Glück Erläut. der Pandekten nach Hellfeld §. 54. und Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts §. 62. Erlangen 1812. S. 249.

2) Theoret. prakt. Commentar über die Heineccischen Institutionen 8te Aufl. von Weber. Frankf. a. M. 1818. §. 11. S. 19.

3) §. 460. S. 352.

4) zu Höpfner S. 20.

5) Irrig behauptet Hommel Rhaps. Obs. 354., die Vorschriften der 107ten Novelle über dieses Testament seyen heutzutage nicht so streng zu beobachten. Man muß sich wundern, daß Weber zu Höpfner S. 353. fg., und in den Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld 2r Thl. Leipzig 1820. S. 258., Hommel'n beigetreten ist.

den Kindern nach Willkür die Zeit, wann es errichtet worden sey, beyzufügen, oder nicht.

Die hieher gehörigen Worte sind Nov. 107. Cap. 1. folgende:

Ἡμεῖς τοίνυν πάντα σαφῆ τε καὶ ἀναπεπταμένα καθεστάναι βουλόμενοι (οὐδὲν γὰρ οὕτως ἴδιον νόμων, ὡς σαφήνεια, μάλιστα ἐπὶ ταῖς τῶν τελευτῶντων διατυπώσεσι) βουλόμεθα, ἔι τις γράμματα ἐπιστάμενος μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσασθαι διατύπωσιν, πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν τὸν χρόνον, εἶτα καὶ τὰ τῶν παίδων ὀνόματα οἰκείᾳ χειρὶ· καὶ πρός γε τοὺς οὐγκιασμοὺς, ἐις οὓς γράφει κληρονόμους αὐτοὺς, μὴ τοῖς σύμβόλοις τῶν ἀριθμῶν σημαινομένους ἀλλὰ δι' ὅλων γραμμάτων δηλουμένους, ὥστε πανταχόθεν σαφεῖς τε καὶ ἀναμφισβητήτους καθεστάναι [6]).

Der *vulgatus interpres* übersetzt: Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes (quid enim sic

---

6) Edit. Scrimgeri 1558. p. 273. Eben so in den Ausgaben des Corpus iuris ciuilis von Charondas Antu. 1574. van Leeuwen Amst. 1663. und Gebauer. In der Ausgabe des Haloander Norembergae 1531. S. 281 b sind folgende Varianten: ἡμεῖς δὲ statt ἡμεῖς τοίνυν; ἀυτοῦ statt αὐτοῦ; γράφειν statt προγράφειν; χειρὶ, statt χειρί·; σαφεῖς καὶ statt σαφεῖς τε καὶ. Auch schließt in der Pariser Ausgabe die Parenthese nicht mit διατυπώσεσι, sondern mit βουλόμεθα. Sollte dieß Letztere nicht ein Fehler des Abschreibers oder des Setzers seyn, so dürfte dieß zu der Bemerkung Spangenbergs Einleitung in das römisch-justinianische Rechtsbuch S. 777. gehören. Der vollständige Titel dieser, wie es scheint, seltenen Ausgabe, ist von Spangenberg nicht genau angegeben. Er ist folgender: Νεαρῶν Ἰουστινιανοῦ Βασιλέως τῶν ἐν τῷ νῦν ἐυρισκομένων καὶ ὡς εὑρίσκονται βιβλίον, τοῦ Γρηγορίου Ἀλοάνδρου ἐξηγήτου· Οἱ κανόνες τῶν ἁγίων Ἀποστόλων διὰ Κλήμεντος ἀθροισθέντες· Ἡ ἀπορία καὶ πολύπλοκος ἀνάγνωσις τῶν ἑλληνικῶν διατάξεων. Parisiis. Ex officina Carolae Guillard sub sole aureo, Via ad diuum Jacobum 1542. 8.

proprium est legum, sicut claritas maxime super defunctorum dispositionibus?) volumus, si quis literas sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem ejus subscriptione tempus declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu: ad hoc uncias in quabus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas sed per totas literas declarandas, vt vndique clarae et indubitatae consistant [7]).

Hasoander: Nos autem omnia perspicua et aperta volentes exsistere (nihil enim tam proprium est legum, quam perspicuitas, praesertim in extremis defunctorum voluntatibus) decernimus, vt, si quis literarum peritus inter filios nouissimam velit conficere voluntatem: primum quidem, quo tempore ea conficiatur adscribat: deinde etiam manu propria filiorum nomina et insuper vnciarum quantitatem, in quas ipsos scribat heredes, non notis numerorum designatas, sed integris declaratas literis, vt ex omni parte perspicuae et extra controuersiam sint positae [8]).

Hombergk zu Vach: Quare, quum omnia clara et aperta esse velimus (nihil enim adeo proprium est legibus, quam claritas, maxime in defunctorum voluntatibus) volumus, vt, si quis literarum peritus inter liberos suos testari velit, ille primum quidem tempus, deinde etiam nomina liberorum propria manu scribat: deinde vncias, in quibus eos heredes scribit, non signis numerorum indicatas, sed integris literis declaratas, vt omnino manifestae et indubitatae sint [9]).

---

7) nach der Gebauerischen Ausgabe.

8) nach d. Ausgabe von 1531. S. 176. Ebenso in der Russardischen Ausgabe des Corpus iuris ciuilis. Antw. 1567. 8.

9) nach d. Homberg'schen Ausgabe d. Novellen. Marburg. 1717. S. 720. und nach Gebauer.

Höpfner nennt denjenigen nicht, der zuerst diese Abweichung der versio vulgata von dem griechischen Texte bemerkt habe [10]). Seine Behauptung muß um so mehr auffallen, da die beiden andern Uebersetzer gerade diese Stelle so übersetzt haben, daß sie als unmittelbare Vorschrift Justinians erscheint. Aber noch auffallender ist es, daß Höpfners Behauptung bey einigen Neuern so unbedingten Glauben gefunden hat, daß sie dieselbe ohne alle weitere Prüfung sogleich unterschrieben haben [11]). Der Erste, der gerade diese

---

10) Er nennt S. 353. blos Pufendorf Tom. 3. Obs. 5., der sich hierbei auf Heraldus beruft.

11) Von Pufendorf a. a. O. und Hellfeld Jurisprud. forensis §. 1482., welche dem Heraldus beipflichten, kann natürlich nicht die Rede seyn. Wohl aber ist Schweppe hier zu nennen, der in seinem röm. Privatrecht 2te Ausg. Altona 1819. §. 870., wozu er Höpfner §. 460. anführt, sagt: — „eigenhändige Angabe des Datums, zwar nach dem griechischen Grundtext der Novelle nur dann, wenn der Testator es hinzufügen will, nach der Vulgate aber unbedingt.“ Bucher im System der Pandekten. Halle 1811. §. 410. macht zwar in der Note ***) aufmerksam auf die „Abweichung der versio vulgata von der richtigen Uebersetzung des Textes in Hinsicht des auszudrückenden Datums;“ doch dieses kann sich auch auf die Uebersetzung von προγράφειν durch subscriptione declarare beziehen, auch ist Höpfner nicht dabei angeführt. Die meisten ältern und neuern Rechtslehrer führen die Angabe der Zeit als Vorschrift Justinians an, bald blos auf die Novelle, bald auf die versio vulgata sich berufend. Z. B. *Rittershusius* Nouellar. Exposit. P. 6. Cap. 2. *Vinnius* Sell. Quaest. 2, 17. *Gudelinus* de iure nouissimo 2, 4. *Sonnemann* vsus modernus Nouellarum Francof. ad V. 1727. p. 652. *Pagenstecher* Irner. iniuria vapulans. Groningae 1701. p. 12. *Faber* de erroribus pragmaticorum. Dec. 35. Error. 1. §. 4. Dec. 36. Err. 9. §. 2. *Walch* Introductio in Controu. iur. ciu. Jenae 1791. p. 326. *Kind* Quaestt. forr. Tom. 1. c. 47. edit. 2. Lips. 1807. p. 342. *Lauterbach* Colleg. L. 29. T. 1. §. 33. *Voet* ad P. L. 28. T. 1. §. 15.

Behauptung aufgestellt hat, ist *Desiderius Heraldus* [12]). Er sagt, um diejenigen zu widerlegen, welche meinen, die Bemerkung der Zeit, wann ein Testament errichtet worden sey, und zwar im Testamente selbst, sey erst von Justinian,

---

17. *Böhmer* Doctr. Pand. 29, 1, 18. *Heineccius* Elemm. iuris ciulis sec. Pandectas Parte 5. §. 83. *Madihn* principia iur. Rom. §. 490. Konopack Institutionen §. 375. *Warnkönig* Institt. iur. Rom. priu. Leodii 1819. p. 175. *Pagenstecher* disputatt. testamentariae §. 67. Colon. 1702. p. 110. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 818. Claproth Abhandl. vom Testamente. Göttingen 1782. S. 131. Lobethan Abhandl. der Lehre von der Erbfolge. Halle 1776. §. 74. S. 103. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelehrsamkeit 1. B. S. 122 f. Selbst von denjenigen, die besonders von den letztwilligen Verfügungen der Aeltern unter den Kindern handeln, haben Mehrere diese angebliche Verschiedenheit zwischen der versio vulgata und dem griechischen Originaltexte nicht berührt, z. B. *Stryk* de iure testandi inter liberos Opp. T. 2. pag. 486. *Mencken* de testamento parentum inter libb. priuil. iure ciuili sine scriptura inualido ad Nouellam CVII. cap. I. in Eius Opuscc. Halae 1770. p. 648. *Monchy* de testam. parr. inter libb. Trai. ad Rh. p. 14. *Schröder* de priuilegiatis parentum inter liberos dispositionibus Jenae 1819. p. 21. *Niethammer* Praecepta de testam. et diuisione parr. inter libb. Monachii 1820. p. 37. Wohl aber hat *Haubold* ad Bergeri Oeconomiam iuris Lib. 2. tit. 4. th. 6. nota y dieses bemerkt, und ist der Meinung Schultings gegen Heraldus beigetreten. Eben so *Günther* principia iuris Rom. §. 781. nota k. Mehrere zu vergleichen, hat mir die Gelegenheit gefehlt. Die Schrift Wiesands ad Nou. 167. c. 1., welche Schott zu Lipenii Bibl. v. testam. parr. inter liberos anführt, habe ich eben so wenig benutzen können, als *Schweibold a Schlegel* de testam. parr. inter liberos. Lipsiae 1800., allein von letzterer Abhandlung vermuthe ich aus Hübners und Tittmanns Bibliothek kleiner juristischer Schriften 2r Th. S. 418., daß sie diesen Punkt nicht berührt.

12) Obss. et Emendatt. c. 50. in Otton. Thes. T. 2. p. 1385

und zwar in dem Testamente der Aeltern unter den Kindern, durch die 107te Novelle für nöthig erklärt worden, unter Anderm Folgendes: Quae habentur autem initio constitutionis male adcepta pragmaticos in fraudem induxerunt. Βουλόμεθα, ἔι τις γράμματα ἐπιστάμενος μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσασθαι διατύπωσιν, πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν τὸν χρόνον: εἶτα καὶ τὰ τῶν παίδων ὀνόματα οἰκείᾳ χειρί. Quae non bene reddita sunt a vetere Nouellarum interprete: *Volumus, vt si quis literas sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret; deinde quoque filiorum nomina propria manu.* Peccauit interpres, quod ea separauit, quae sunt vno tenore adcipienda. Constituebat igitur Justinianus non diem quidem adscribi, sed quum adscriberetur, illud propria manu testatoris inter liberos testantis eorumdemque liberorum nomina perscribi. Mir ist Schulting als der Einzige bekannt, der diese Erklärung des Heraldus einigermaßen ausführlich widerlegt hat. Bei der Erklärung der Worte Modestins: Quum in testamento dies et consules adiecti non sunt, non nocet, quominus valeat testamentum, sagt er: Nec in iure nostro vsquam praecise requiritur diei et consulis expressio in testamento, nisi quando parens inter liberos disponit. Is enim praemittere debet tempus, προγράφειν τὸν χρόνον Nouella CVII. cap. 1. quod non recte ita adcepit *Heraldus* Obss. cap. vlt., quasi id quidem non foret necessarium: sed quando quis tempus vult adponere, illum id sua manu debere praemittere [13]. — Hier ist also das einzige non recte adcepit die Widerlegung. Sie ist eben so kurz, als die Worte des Heraldus: Peccauit interpres etc., die als einziger Grund für non bene reddita sunt aufgestellt sind.

---

13) Jurisp. Antejustin. ex edit. Ayreri p. 801.

Offenbar hat Heraldus sich durch eine falsche Construction und Interpunction zu jenem Tadel verleiten lassen, und man darf wohl gerade von ihm umgekehrt sagen: Peccauit, quod ea vno tenore adcepit, quae sunt separanda. Die richtige Wortverbindung ist: Βουλόμεθα — πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν (oder γράφειν) τὸν χρόνον. εἶτα καὶ u. s. w. bis δηλουμένους. Nach Heraldus sind die Worte πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν τὸν χρόνον nicht mit βουλόμεθα und εἶτα καὶ u. s. w., sondern mit βούλοιτο zu verbinden. Man muß dies annehmen, da er nach χρόνον ein Kolon setzt [14]), und so diesen Satz ganz von den folgenden Sätzen trennt. Allein er hat hier offenbar übersehen, daß es dann den folgenden Sätzen εἶτα καὶ u. s. w. ganz an einem Schlußworte fehlt, und daß προγράφειν oder γράφειν nicht blos auf χρόνον, sondern auch auf τὰ τῶν παίδων ὀνόματα und auf τοὺς οὐγκιασμοὺς bezogen werden muß.

Ich will zuerst die ganze Stelle übersetzen, und dann das Einzelne erläutern. Justinian erwähnt in der Einleitung, was Constantin und Theodosius über die Aufrechthaltung der älterlichen letztwilligen Verfügungen verordnet haben, und bemerkt, daß man die in diesen Verordnungen gegebene Freiheit oft gemißbraucht habe, und daher ganz unbestimmte, nicht durch Auslegung, sondern nur durch Errathen erklärbare älterliche Verfügungen gemacht worden seyen [15]). Er fährt dann im 1. Capitel so fort: Da wir nun wollen, daß durchaus Alles deutlich und klar bestimmt sey (denn Nichts ist so sehr Eigenthümlichkeit der Gesetze, als Deutlichkeit, be-

---

14) Die falsche Form des Kolons ist Fehler des Setzers. Weder Scrimger noch Haloander haben so interpungirt.

15) In Ansehung dieser Einleitung und der historischen Unrichtigkeiten derselben vergl. man Jac. Gothofr. ad tit. C. Th. de familia erciscunda 2, 4.

sonders über letztwillige Verfügungen); so verordnen wir: daß, wenn Jemand, der des Schreibens kundig ist, unter seinen Kindern eine Verfügung machen will, derselbe zuerst die Zeit der Verfügung, und dann die Namen der Kinder mit eigner Hand schreibe, hierauf die Theile, in welche er sie zu Erben einsetzt, doch nicht mit Zahlzeichen bezeichnet, sondern mit Worten ausgeschrieben, damit sie durchaus als deutlich und unzweifelhaft bestehen.

Indem ich nun zu dem Einzelen übergehe, bemerke ich sogleich, ohne mich in die Streitfragen einzulassen, welche die Praxis hier großen Theils ohne Noth veranlaßt hat [16], daß ich überzeugt bin, Justinians Vorschriften seyen streng zu beobachten, und jedes älterliche schriftliche Testament sey nur dann als privilegirt anzusehen, wenn der Testator sich genau an diese Vorschriften der 107ten Novelle gehalten habe.

Ἡμεῖς τοίνυν πάντα σαφῆ τε καὶ ἀναπεπταμένα καθεστάναι βουλόμενοι.] Ich würde unbedingt die Lesart ἡμεῖς δὲ vorziehen, wenn nicht schon die Vulgate durch igitur die Lesart τοίνυν rechtfertigte [17]. Denn Justinian hebt gar zu gern seine Verdienste heraus, die er vor seinen Vorgängern zu haben glaubt, oder auch wirklich hat. Daß ich ἀναπεπταμένα durch klar übersetzt habe, geschah aus dem einfachen Grunde, weil das Teutsche offen dieser Bedeutung des ἀναπεπταμένα nicht zu entsprechen scheint [18].

---

16) Ich verweise hier theils auf mehrere in der Note 11. angeführte Schriftsteller, theils auf *Faber* Errores pragmaticor. Decus 35. 36. *Cocceji* Jus Controu. 29, 1. Qu. 5. sqq. *Müller* ad Struu. Exerc. 32. §. 18.

17) Ueber τοίνυν vergl. man außer *Budaei* Commentarii L. Graecae Colon. 1530. p. 432., vorzüglich *Hoogeveen* doctrina particular. Linguae Graecae in epit. reducta a Schütz. Lips. 1806. p. 570 seq.

18) Ich überlasse es den Philologen, zu entscheiden, ob dieser

Eben so habe ich geglaubt, καθεστάναι durch bestimmt sey übersetzen zu müssen, da consistere, existere, esse, der Uebersetzer den Sinn des Worts nicht umfassend ausdrücken [19]. Uebrigens ist βουλόμενοι in dieser Verbindung dem Wollen in der Bedeutung: die Absicht haben, entsprechend, wie es auch sonst von Justinian gebraucht wird [20].

Οὐδὲν γὰρ οὕτως ἴδιον νόμων, ὡς σαφήνεια, μάλιστα ἐπὶ ταῖς τῶν τελευτώντων διατυπώσεσι.] Es ist wohl nur eine beliebige Einkleidung des negativen Satzes in eine Frage bei der Vulgate, oder stand vielleicht statt οὐδὲν γάρ: τί γὰρ, welches eine spätere Hand durch οὐδὲν erläuterte? [21]. Warum Hombergk, ἴδιον νόμων durch proprium est *legibus* übersetzend, von seinen Vorgängern abgewichen ist, weiß ich keinen Grund aufzufinden, da hier auch die lateinische Sprache die Verbindung mit dem Genitiv erlaubt [22]. Ἐπὶ ταῖς τῶν τελευτώντων διατυπώσεσι — eigentlich über die Verfügungen der Sterbenden; allein der gewöhnliche Sprachgebrauch, welcher dasselbe durch: letztwillige Verfügungen bezeichnet, wird diese Uebersetzung rechtfertigen [23].

---

figürliche Gebrauch des ἀναπεπταμένος nicht vielleicht im spätern Zeitalter dem apertus nachgebildet sey, da es eigentlich: ausgebreitet, entfaltet, geöffnet heißt. Henr. Stephani thes. L. G. unter dem Worte πετάω.

19) Nach der bekannten vorzüglich spätern Form für καθεστηκέναι und der Bedeutung des constitutum, definitum esse.

20) Z. B. Βουλόμενοι τοίνυν — ἐλευθερῶσαι, συνείδομεν. Nou. 85. cap. 1.

21) Ueber eine solche Erklärung des τί durch οὐδὲν verweise ich auf *Hoogeveen* ad Vigerum de praecipuis Graecae dictionis Idiotismis, ex edit. Hermanni Lips. 1813. p. 147.

22) Z. B. Cic. de off. 1, 1.

23) so wird auch in den Glossis Nomicis v. διαθήκη, θνησκόντων διάταξις gesagt in Ottonis Thes. T. 3. p. 1725. Da διατύπωσις descriptio z. B. Nou. 31. epilog. dem Worte dispositio mehr entspricht als voluntas, auch letzteres L. 26. C. fa-

Βουλόμεθα, εἴ τις γράμματα επιστάμενος μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσασθαι διατύπωσιν, πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν τὸν χρόνον,] Da dieses die Hauptstelle ist, zu deren Erläuterung ich Etwas beizutragen wünsche, so muß ich länger dabei verweilen. Mit Recht hat Haloander βουλόμεθα durch decernimus übersetzt; denn durch dieses Wort wird die gesetzliche Verordnung angedeutet. Eine bey Justinian auch sonst gewöhnliche Andeutung [24]). Als Verbesserung der Vulgate ist literarum peritus der andern Uebersetzer bei γράμματα ἐπιστάμενος nicht anzusehen [25]). Der Gebrauch der Partikel μεταξὺ als unter, zwischen, ist vielleicht nur den spätern Griechen eigen [26]). Daß die Lesart αὐτοῦ bei Scrimger der Haloandrischen αὐτοῦ vorzuziehen sey, wird nicht nur durch den Sprachgebrauch [27]), sondern auch durch die weiter unten anzuführende Stelle des Harmenopul bestätigt [28]). Πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν τὸν χρόνον. — Die von

---

miliae erc. 3, 36. gerade so gebraucht wird, so ist die Uebersetzung voluntas keine Verbesserung der Vulgate.

24) S. B. Nou. 85. c. 2. Nou. 1. c. 1. Gewöhnlicher ist freylich: θεσπίζομεν, κελεύομεν Nou. 1. c. 1. Nou. 76. c. 3. 4. 5. und Nou. 128.

25) Wenigstens sagt Justinian: L. 31. C. de testam. 6, 23. ebenfalls scientes literas und literati. Die Basiliken Lib. 35. tit. 2. c. 31. übersetzten literatus γράμματα ἐπιστάμενος, ἔμπειρος γραμμάτων.

26) So findet man es z. B. bei Herodian III, 1. Paeanius Mephe VII, 9, 9. VIII, 9, 13. Etymol. M. p. 222. v. 8. p. 123. v. 41. nach d. Sylburg. Seitenzahl in der Leipz. Ausg. 1816. Ueber den Gebrauch dieses Worts bei den Classikern s. *Hoogeveen* Vigerum p. 418.

27) Denn es ist offenbar die gewöhnliche Form für ἑαυτοῦ, welche der Zusammenhang fordert, da es auf den Testirer, der unter seinen Kindern verfügen will, sich bezieht.

28) Promt. iur. lib. 5. tit. 1. §. 37. edit. Gothofr. (Genevae) 1587. p. 358. Leider war es mir nicht möglich, die Reitzische Ausgabe in Meerm. Thes. Suppl. zu benutzen.

Haloander vorgeschlagene Lesart αὐτῆς würde ich unbedenklich an die Stelle der Lesart αὐτοῖς setzen, da das Wort nicht durch παιοὶ, sondern durch διατυπώσεως zu ergänzen ist, aber die Stelle des Harmenopul ist dieser Berichtigung entgegen [29]. Vielleicht ließ sich Heraldus dadurch täuschen, daß wenn man den Satz πρῶτον μὲν προγράφειν τὸν χρόνον mit βουλόμεθα verbindet, ein Subject für προγράφειν zu fehlen scheint, und er deshalb dieses Wort mit βούλοιτο verband. Allein ohne hier eine Conjectur zu wagen [30], so ist es ja nicht selten, daß in einem solchen Zusammenhange τοῦτον weggelassen wird, wo es sich sofort von selbst versteht [31]. Ich habe schon oben bemerkt, daß προγράφειν auf alle folgende Sätze bezogen werden müsse, und es bedarf dieses keines Beweises, da sogleich der ganze Zusammenhang und die Verbindung der Sätze εἶτα καὶ und καὶ πρός γε, welche von diesem ersten durchaus nicht getrennt werden können, uns davon überzeugen. Ist die Scrimiger'sche Lesart προγράφειν richtig, so kann freilich das προγράφειν, durch voraus schreiben, zuerst schreiben, übersetzt, zu den nachherigen Sätzen nicht passen. Allein da προγράφειν auch schlechthin schreiben bedeutet, und da auch Harmenopul in der weiter unten anzuführenden Stelle προγράφειν hat, so muß man sie wohl der außerdem empfehlenswerthen γράφειν vorziehen [32]. Bei den Uebereinstimmungen

29) a. a. O. Auch wird die Lesart αὐτῆς durch die Uebersetzung der Vulgate *eius* subscriptione wahrscheinlich. Und vielleicht corrigirte eine spätere Hand den Harmenopul aus der Novelle nach der Lesart αὐτοῖς.

30) Dürfte man vielleicht statt πρῶτον, τοῦτον lesen? Doch auch Harmenopul hat πρῶτον, auch wird es durch das folgende εἶτα gerechtfertigt.

31) Besonders findet man dieses häufig in den griechischen Gesetzen, z. B. bei Prattius in Otton. Thes. T. 4. p. 394. 405., bei Petitus in Heinecci Jurisp. R. et A. T. 3. p. 37. 38.

32) Wie, wenn πρῶτον γράφειν τὸν χρόνον ursprünglich stand, und eine spätere Hand als Marginalbemerkung schrieb προγρά-

stimmungen der Lesarten in πρῶτον, und der Reihenfolge der übrigen Sätze, ist der vulgatus interpres mit Recht getadelt, daß er *primum ejus subscriptione tempus declaret* übersetzt hat [33]. Doch vielleicht hat er nicht aus Unkunde der Sprache, sondern mit Bedacht, die Justinianische Verordnung dahin verändert, daß die Zeit in der Unterschrift bemerkt werden solle [34].

Die noch übrigen Worte der Novelle bedürfen nur einer kurzen Erläuterung. Wegen der nothwendigen Verbindung mit dem Folgenden war nach χειρὶ kein Kolon, sondern ein Komma zu setzen. Das Wort οὐγκιασμὸς ist hier in einer sonst nicht gewöhnlichen Bedeutung für οὐγκία gebraucht [35]. Σύμβολα τῶν ἀριθμῶν sind Zahlzeichen [36]. Eine ähnliche

---

φειν τὸν χρόνον, die dann in den Text überging? In der Pariser Ausgabe von 1542. sind S. 444 b. mehrere Varianten bemerkt, und ganze Novellen, wie sie bei Scrimger stehen, aus einem Codex vetus inserirt, z. B. in der Nov. 117. das Cap. 6. z. Theil und der Anfang der Nov. 123.; allein die Variante προγράφειν ist nicht angegeben. Daß προγράφειν aber auch nur conscribere bedeute, bezeugt Henr. Steph. v. γράφω.

33) Vgl. Heraldus, Meneken a. O. Niethammer l. l. p. 37. Wernher lectiss. Coumentatt. ad Pandectas Lib. 29. tit. 1. §. 17. 13. Part. 2. p. 697.

34) Vielleicht glaubte der vulgatus interpres die Form der Testamente von der Form der Constitutionen, wo die Zeit am Ende bemerkt wird, entlehnen zu müssen. Ob man heutzutage die Zeit bei der Unterschrift bemerken müsse, wie Mackeldey Lehrbuch des heut. röm. Rechts 2te Ausg. Gießen 1818. S. 439. oder im Anfange, 3te Ausg. 1820. S. 441. erfordert, hängt davon ab, ob man der Vulgate den Vorzug vor dem Texte zugesteht, oder nicht.

35) Οὐγκιασμὸς heißt eigentlich Theilung in Unzen. *Theoph.* ad §. 2. J. de vulgari substitut. 2, 15.

36) Man vergleiche hierüber *Cujacius* Obss. 3, 3., und über die Zeichen der Theile des As *Nicolai* de siglis veterum c. 24. L. B. 1703. p. 165 sqq. Uebrigens war dieses vielleicht auch

Verordnung, daß man besonders zur Bezeichnung intellectueller Theile nicht Zahlzeichen, sondern ganze Wörter gebrauche, hat Basilius Macedo erlassen [37].

Sollte es mir nicht gelungen seyn, durch das Bisherige den vulgatus interpres gegen die Beschuldigung des Heraldus zu veetheidigen, so dürfte vielleicht noch ein anderer, so viel ich weiß noch gar nicht berücksichter, Grund die Behauptung rechtfertigen: Justinian habe die Bemerkung der Zeit beim Testamente der Aeltern unter den Kindern der Willkühr des Testators nicht überlassen, sondern sie ausdrücklich vorgeschrieben. Julian hat unsere Stelle so epitomirt: Si quis inter liberos suos vltimam voluntatem componere maluerit *in primis tempus conscribat:* postea autem nomina liberorum suorum sua manu, et vnciarum quantitates, e quibus eos heredes instituit, non per numerorum notas, sed ita, vt per literas numerus exprimatur [38]. Harmenopul hat sogleich die ganze Stelle unmittelbar aufgenommen: Εἴ τις γράμματα ἐπιστάμενος μεταξὺ τῶν ἑαυτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσαι διατύπωσιν, πρῶτον μὲν αὐτοῖς προγράφειν τὸν χρόνον. εἶτα καὶ τὰ τῶν παίδων ὀνόματα οἰκείᾳ χειρὶ, — ἀναμφισβητήτους καθεστάναι [39]. Er fängt sogleich den Titel περὶ μυστικῆς διαθήκης mit diesen Worten an, ohne den Eingang mit βουλόμεθα zu machen, wodurch er zugleich dem Ganzen die gewöhnliche Form eines Gesetzes gegeben hat [40]. Leider verlassen uns hier die Basilica [41]. Doch

---

schon früher im prätorischen Testamente verboten L. 6. §. 2. D. de bonn. possess. 37, 1.

37) Nouella Basilii 2.

38) Const. 100. (361.) edit. Pithoei Basil. 1776. p. 124.

39) Promtuar. iur. lib. 5. tit. 1. §. 37. edit. Gothofr.

40) Es ist die bekannte Art der Abfassung der Gesetze mit dem Infinitiv, der die Stelle des Imperativs vertritt.

41) Vergl. *Haubold* Manuale Basilicor. Lips. 1819. p. 318.

schon diese Auctorität des Julian und Harmenopul wird hinreichen, das peccauit interpres des Heraldus als ungegründet darzustellen.

Man muß daher die Angabe der Zeit, bey welcher jedoch Zahlzeichen nicht verboten zu seyn scheinen [42]), als ein durchaus unerläßliches Erforderniß ansehen, eben so, daß sie gleich am Anfange des Testaments bemerkt werde. Ueberhaupt sind alle Vorschriften der Novelle bei diesem Testamente genau zu befolgen, auch daß die speciell bestimmten Punkte von dem Testator mit eigener Hand geschrieben seyen; denn die spätere Verordnung der Novelle 119. Cap. 9. hat hierin nichts geändert [43]).

XXVI.

Findet die querela inofficiosi testamenti, oder richtiger: die querela nullitatis *ex Novella* 115, zu Gunsten des Vaters gegen eine letztwillige Verfügung seines Adoptivkindes statt?

Von dem
D. jur. Krondal, zu Frankfurth am Main.

Diese sowohl in theoretischer als praktischer Hinsicht nicht unwichtige Rechtsfrage scheint, obgleich deren Lösung keiner eigentlichen Schwierigkeit unterworfen seyn möchte, doch einer genaueren Prüfung um so mehr zu bedürfen, als bisher die meisten Rechtslehrer entweder dieselbe mit Stillschweigen übergangen, oder doch, auf eine oder die andere Seite tretend, sich mit dem nackten Grundsatz begnügt haben.

42) Thibaut System des Pandektenrechts §. 708.

43) Nach dem bekannten Grundsatze, daß ein späteres allgemeines Gesetz ein früheres specielles nicht aufhebt.

Es liegt nicht in des Verfassers Absicht, hier die Frage zu erörtern: was und wieviel die Novelle 115. an dem ältern Rechte geändert habe? und ob die querela inofficiosi testamenti durch dieses neuere Gesetz für Ascendenten und Descendenten unnütz geworden, und die querela nullitatis ex Nov. 115. an ihre Stelle getreten sey? sondern es handeln die folgenden Sätze allein davon: „ob der Vater in den Fall kommen könne, die letzte Willensordnung seines Adoptivkindes wegen Verletzung des Pflichttheils, oder Mangels der väterlichen Erbeinsetzung, anzufechten?“ —

Gar häufig findet man in Compendien und Handbüchern bei der Lehre vom Notherbenrecht, und insbesondere von dem Pflichttheile, ganz allgemein die Ascendenten unter den Pflichttheilsberechtigten aufgezählt, oft ohne alle weitere Bemerkung [1]), zuweilen mit dem zwar richtigen, allein im Grunde immer noch ziemlich unbestimmten Beifügen: „insofern diese Ascendenten den Erblasser ab intestato beerbt haben würden“ [2]).

Dieses unbedingte Aufzählen der Ascendenten unter den zum Pflichttheil Berechtigten auf der einen Seite, und die Unbestimmtheit auf der andern, ward zur Quelle des häufigen Irrthums über diesen Gegenstand, und ist in jedem Fall von der zu wünschenden Gründlichkeit weit entfernt.

Einige Rechtslehrer räumen zwar dem pater adoptans v. arrogans ein gleiches Recht auf den Pflichttheil, wie dem legitimen natürlichen Vater ausdrücklich ein [3]); allein eine

---

1) Selbst Höpfner in seinem leider oft allzubreiten Commentar läßt es bei dem allgemeinen Ausspruch bewenden: „Sind keine Kinder vorhanden, so gebührt der Pflichttheil den Aeltern, Großältern u. s. w.“

2) Z. B. Thibaut im System des Pandektenrechts §. 810.

3) S. unter Andern Schweppe, das röm. Privatrecht u. s. w. als Leitfaden zu den Vorlesungen über die Pandekten §. 887.

sorgfältigere Prüfung des rechtlichen Verhältnisses führt offenbar zu dem gegentheiligen Resultate.

Entweder stand der *filius adoptivus vel arrogatus* zur Zeit seines Todes noch in der väterlichen Gewalt seines Adoptivvaters, oder er war bereits aus derselben entlassen.

In dem ersten Fall ist unsere Frage ganz ohne Bedeutung, indem von der querela inofficiosi testamenti überhaupt nur dann die Rede seyn kann, wenn der Erblasser testatus verstorben ist [4], nach dem bekannten Grundsatz der XII Tafeln aber allen, die nicht sui juris sind, die testamenti factio (activa) gänzlich mangelt, sie mithin immer nur ab intestato beerbt werden — wobei höchstens die querela *inofficiosae donationis* zur Sprache kommen könnte.

Einwenden ließe sich zwar, daß der Adoptirte wenigstens von seinem *peculio militari* dem Adoptivvater den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig sey; allein dem stehet entgegen, daß der filius fam., obgleich ihm die Gesetze über dieses Separatvermögen zu testiren erlauben, hierbei doch nicht an die Vorschriften in Ansehung des Pflichttheils gebunden ist, die querela inofficiosi testamenti daher gegen ihn nie statt findet.

Wenn man die eben erwähnte Testirfreiheit auch auf das peculium adventitium irregulare ausdehnen zu können geglaubt hat, so ist man offenbar zu weit gegangen. Die Stelle, worauf diese irrige Behauptung gestützt zu werden pflegt [5], redet höchstens nur von einem speciellen Fall des adventitii irregularis, nämlich: wenn dem Kinde von irgend Jemand Etwas hinterlassen wurde, unter der ausdrücklichen Bedingung, „daß derjenige, in dessen potestate es sich be-

---

4) Dieser technische Ausdruck ist auch von bloßen Codicillardispositionen zu verstehen.

5) Nov. 117. Cap. 1.

findet, den Nießbrauch daran nicht erhalte.“ Ueber diese einzige Art des adv. extraord. gibt die Novelle dem filio familias Dispositionsbefugnisse, wenn er volljährig ist.

Das Höchste, was man daher vielleicht zugeben könnte, wäre, daß man demselben in Rücksicht dieser einzigen speciell genannten Gattung die Testirfähigkeit einräumte; denn daß sie ihm in allen übrigen Fällen abgesprochen werden müsse, erhellet sehr deutlich aus der Const. 11. C. qui testam. facere possint. 6. 22.

Diese Cardinalstelle redet nicht nur allgemein von allen Arten des peculii adventitii, sondern sie erwähnet auch ausdrücklich eines Falles des adven. *irregularis*, nämlich desjenigen, wo der Sohn gegen den Willen seines Vaters Etwas erworben hat. Auch hier wird dem Ersteren die Befugniß, zu testiren, ausdrücklich verweigert [6].

Eine etwaige Analogie aus der oben erwähnten Novelle gegen die klaren Worte des Codex würde aber mit den ersten Regeln derselben, daß sie nur bei Fällen, welche durch kein ausdrückliches Gesetz entschieden sind, angewendet werden darf, in direktem Widerspruch stehen.

Abgesehen hiervon, so kann der vorhin einstweilen unterstellte Sinn jener Novelle unmöglich der richtige seyn, wenn

6) Die Worte der Constitution sind folgende: Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus, in rebus, quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum, aut permissum esse filiisfamilias cujuscunque gradus vel sexus testamenta facere, sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittitimus; sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiisfamilias, nisi in certis casibus, testamenta facere nullo modo concedit, et in his personis, quae hujusmodi facultatem habere jam concessae sunt. Jene lex nuper promulgata ist die Const. 6. Cod. de bonis quae liberis. 6. 61.

man das römische Recht nicht der gröbsten Inconsequenz beschuldigen will; Inconsequenz aber ist gewiß kein Fehler dieser Gesetzgebung.

Daß nur der *pater* familias über das Seinige auf den Todesfall verfügen könne, ist einer der durchgreifendsten Grundsätze des römischen Rechts, welchen man bei dem peculio militari selbst durch die Fiction, „als sey der fil. fam. hier wirklich pater fam.", aufrecht erhalten zu müssen geglaubt hat. Nirgends wird uns aber gesagt, daß auch in Ansehung des adven. irregularis eine gleiche oder ähnliche Fiction eintrete, wohl aber das Entgegengesetzte; — denn nicht das Recht des Vaters, sondern die Unfähigkeit des Sohnes, raubt diesem die Befugniß, letztwillige Verfügungen zu treffen — eine Befugniß, die ihm selbst des Vaters Einwilligung nicht verschaffen kann.

Die oftgedachte Novelle läßt sich überdieß recht gut erklären, ohne daß man zu Inconsequenzen seine Zuflucht nehmen müsse. Sie erfordert zu der verstatteten Dispositionsfähigkeit, daß der filius fam. seine Volljährigkeit erlangt habe; diese letztere zeigt aber im ganzen Justinianeischen Rechte ihren Einfluß nur bei negotiis *inter vivos*, nie bei Dispositionen auf den Todesfall. Da nun Verfügungen der Art, wie diese Novelle, die noch dazu so unbestimmt redet, mit den früheren Gesetzen, vorzüglich mit denen, die ex professo von der Sache reden, wie die Const. 11. C. cit., soviel wie möglich in Einklang gebracht werden sollen, so können wir die Dispositionsbefugniß, deren die Novelle 117. erwähnet, einzig und allein auf Handlungen unter den Lebenden beziehen, und dürfen sie auf letztwillige Verfügungen nicht ausdehnen [7].

---

7) Es hat die Novelle 177. Cap. 1. pr. den besondern, in ihr legalisirten, Fall zum Gegenstand, wenn filio vel filiae familias durch eine letztwillige Verordnung oder Schenkung Etwas unter der Bestimmung zugefallen ist: „ut pater, aut qui omnino

Aus dem Allen folgt, daß dem Vater zwar ein Erbrecht ab intestato an dem Vermögen seines als filius fam. verstorbenen Adoptivkindes in der Regel zustehet, daß aber hierbei die actio inofficiosi testamenti nie in Frage kommen kann.

Sehr am unrechten Ort wäre der Einwand, »daß hier die Ursache, warum diese Klage nicht vorkommen könne, blos in der factischen, zufälligen Unmöglichkeit der Realisirung liege, die Berechtigung des Adoptivvaters zum Pflichttheil bleibe die nämliche«. Rechte und Verbindlichkeiten, bei denen es von Anfang an gewiß ist, daß die Möglichkeit ihrer Geltendmachung nie eintreten kann, sind leere Namen, Worte ohne Sinn und Begriff.

---

eos (filium vel filiam familias) habent in potestate, in his rebus neque *usum fructum*, neque quodlibet penitus habeant *participium*." Wird nun hierauf §. 1. gesagt: „über einen solchen Erwerb könne das volljährige Hauskind quo velit modo disponiren, sey dieses aber noch minderjährig, so trete eine Verwaltung bis zur Volljährigkeit ein, mit welcher das Hauskind obiges Dispositionsrecht erhalte," und will man solches nicht blos von dem Ususfructus, sondern auch, wie es wohl geschehen muß, selbst von der Substanz verstehen, so läßt sich dennoch nicht annehmen, Justinian habe so zur kurzen Hand den Hauskindern das, in Ansehung dieser exorbitante, Recht zu testiren geben, und damit so nebenbei ein großes Loch in seine eigene, mit besonderm Ernst ausgesprochene, Const. 11. Cod. all. machen wollen. Eine solche Kürze ist der Sprache der Novellen fremd, und Justinian selbst warnt in den Const. 35. Cod. de inofficioso testamento gegen Interprätationen, welche sogleich eine Derogation unbesonnen annehmen. Auch die Schlußworte der Novelle 117. verb.: „In illis enim casibus legem, quae usum parentibus praebet, volumus custodiri, quibus non inest specialiter hujusmodi conditio", deuten auf eine beschränkte Erklärung. Die testamenti factio ist ein Zustandsrecht, welches aus dem bloßen Dispositionsrecht über eine Sache noch keineswegs hervorgeht.

Auch der zweite Fall, — wenn der filius adoptivus v. arrogatus vor seinem Tode aus der väterlichen Gewalt bereits entlassen war, — führt zu keinem andern Resultate.

Mit der Emancipation hören alle Bande, welche den Vater an das Adoptivkind knüpfen, und alle rechtlichen Verhältnisse [8]) zu dem letztern auf [9]); es kann mithin von einem Erbrechte unter diesen Personen [10]) überhaupt nicht, noch weniger aber von einem Pflichttheil dann noch die Rede seyn.

Ehedem konnte freilich der Adoptivvater, zwar nicht in dieser Eigenschaft, aber doch als pater emancipator, gleichsam als Patron, die für diesen besonders bestimmte legitima in Anspruch nehmen [11]); allein auch dieses hat in unserm neuesten Rechte — wenigstens seine Realität verloren.

Das Institut des Patronats ist mit so vielen andern, in der römischen Verfassung gegründeten Eigenthümlichkeiten längst zu Grabe gegangen, und mit ihm müssen auch die daraus hergeleiteten Rechte, in specie das Recht auf einen Pflichttheil, (wenigstens factisch) verschwinden, um so eher, als schon in den römischen Zeiten dieser Pflichttheil des Patrons eigentlich als bloße Billigkeit des Prätors angesehen wurde, welcher denselben für die Nachtheile der Emancipation einigermaßen entschädigen zu müssen glaubte. Auch wurde die Entlassung aus der väterlichen Gewalt als eine vorzügliche Begünstigung betrachtet, — eine Ansicht, welche sich in unserm neuesten Rechte in gar mancherlei Rücksichten anders gestaltet hat.

Die eigentliche römische patria potestas hat von ihrem ursprünglichen Ansehen so viel verloren, und deren Vorzüge vor unserer heutigen älterlichen Gewalt sind in der That

---

8) Mit Ausnahme einiger die Ehe betreffender Bestimmungen.

9) L. 13. D. de adopt. et emancip. (1, 7.)

10) Insofern man nämlich nur das ehemalige Adoptionsverhältniß im Auge hat.

11) Lib. 1. J. Tit. 8. Lib. 37. D. Tit. 12.

nicht bedeutend genug, daß die Befreiung davon für die Kinder so wünschenswerth seyn könnte, wie sie es ehemals gewesen.

Der eigene Erwerb ist denselben nicht nur größten Theils freigegeben, sondern es wird auch die väterliche Einwilligung zur Emancipation, wenn der fil. fam. dabei wirklich ein Interesse haben sollte, keineswegs mit der römischen Strenge erfordert, ja sie kann nöthigen Falls erzwungen werden, wo dann der Vater ohnehin allen Anspruch an das Vermögen des Kindes zur Strafe verliert [12].

Nach diesen Grundsätzen war die aufgeworfene Frage zu erörtern, und ihnen gemäß ist die querela in officiosi testamenti oder nullitatis ex Nov. 115. nie, und nur ausnahmsweise ein Recht auf den Pflichttheil für den Adoptivvater in jure communi begründet.

XXVII.

Ueber die Priorität des Todes.

Vom
Prof. Dr. Mühlenbruch in Halle.

Die Bestimmung der Erstigkeit des Todes von Mehreren, deren Tod gewiß ist, wobei aber eine Ungewißheit in Ansehung der Zeit des Todes eintritt, kann hauptsächlich in folgenden Beziehungen wichtig seyn:

1) für die Frage: wer von beiden des Anderen Intestat-Erbe geworden sey? — wenn nämlich Beide einander beerben, sonst aber Jeder wieder verschiedene Erben hat [1];

---

12) R. s. z. B. L. ult. D. si a parente quis man. sit. (37, 12.).

1) Diese Anwendung ist die gewöhnlichste, und darum pflegt sie von

II) Wenn von dem Ueberleben des Einen die Gültigkeit und Wirksamkeit gewisser, vertragsmäßiger oder letztwilliger Verfügungen abhängt —, z. B. die Gültigkeit des väterlichen Testaments von der Frage: ob der präterirte Posthumus vor dem Vater gestorben ist?) — oder ausdrücklich abhängig gemacht ist.

Hier, wie in unzählig anderen Lebensverhältnissen, tritt der Fall ein, daß die positive Gesetzgebung sich ins Mittel legen muß, um Festigkeit und Bestimmtheit da zu schaffen, wo die Anwendung blos doctrineller Gründe die Sache einem unbestimmten und schwankenden Ungefähr Preis geben würde. Der Zweck dieser Bestimmungen kann zunächst nur darin bestehen, daß es nicht an festen Entscheidungsnormen für die von einem solchen Todesfalle abhängigen Rechtsverhältnisse fehle, und dieser Zweck kann entweder unmittelbar, durch Aufstellung von Rechtsnormen, welche es unentschieden lassen, wer von mehreren Verstorbenen der Ueberlebende sey, erreicht werden, oder mittelbar, durch Festsetzung von Vermuthungsgründen für das frühere oder spätere Ableben eines der Gestorbenen. In beiden Fällen sind — soferne nicht etwa schon der erwiesene Tod Mehrerer ein hinreichender Grund ist, um für Jemanden ein Recht eintreten zu lassen [2]) — Beweise für das Ueberleben oder für das frühere Absterben eines bestimmten Individuums noch zuläßig, und hier ist es, wo die Anwendung ärztlicher Kenntnisse (wenn es an anderen sicheren Zeugnissen fehlt,) von Nutzen seyn kann; zu einem festen Resultat wird sie wohl selten führen. Denn nicht zu gedenken, daß so sehr oft die Todesart ganz unbekannt ist, noch öfter aber die Körper der Verstorbenen fehlen, oder doch nicht mehr

---

Aerzten auch wohl für die einzige gehalten zu werden. S. Mendes ausführl. Handbuch der gerichtlichen Medicin. 1. Thl. (Leipz. 1819.) S. 436. fg.

2) So in den Fällen der L. 9. pr. und §. 3. D. de reb. dub. L. 34. pr. und L. 42. de V. et P. Subst.

in einem solchen Zustande vorhanden sind, daß die Untersuchung mit Erfolg begonnen werden kann, — so läßt sich doch das Daseyn der tausend kleinen Zufälligkeiten, welche hier einzuwirken pflegen, durch Regeln irgend einer Kunst oder Wissenschaft in den wenigsten Fällen erforschen, noch deren Einfluß auf die Individuen gehörig würdigen. Möchte indessen auch hierin die Geschicklichkeit unserer Aerzte weiter gehen, als der Vf. annimmt, immer müssen wir bloßen Möglichkeiten den Eingang verwehren, wodurch der Zweck der Gesetzgebung: durch feste Bestimmung dessen, was nur Gegenstand einer zweifelhaften Wahrnehmung seyn kann, zu verhüten, daß nicht nach ungewissen und schwankenden Wahrscheinlichkeitsgründen entschieden werde —, so leicht ganz vereitelt werden könnte. Dieß aber gilt insonderheit von den allgemeinen Vermuthungen, die man aus physischen Gründen den gesetzlichen entgegenzustellen von Zeit zu Zeit versucht hat. So soll bei Verstorbenen verschiedenen Geschlechts das Ueberleben des Mannes angenommen werden, mit Ausnahme von Erstickungsfällen, wo wegen der erweiterten weiblichen Brusthöhle eine gerade umgekehrte Vermuthung statt finde [3]). Ferner soll bei der vom positiven Recht aufgestellten Präsumtion für das frühere Ableben der Unmündigen ein gleicher Termin der Pubertät für beide Geschlechter angenommen werden, ja man ist so weit gegangen, zu behaupten, daß eine nur geringe Ueberschreitung des Pubertätstermins jene Vermuthung noch nicht eintreten lasse, sondern eine Weile noch das Ueberleben des Aelteren anzunehmen sey [4]). Dann hätte ja aber das

---

3) S. Paul Zachiae quaest. med. legal. Lib. V. Tit. II. Qu. 12. N. 21 — 27. Eine Anwendung davon auf den Fall, wo Mutter und Sohn ihr Leben zu gleicher Zeit am Galgen geendigt hatten, s. bei Stryk in der weiter unten anzuführenden Dissert. c. 2. §. 19.

4) Ueber den Grund dieser gesetzlichen Vermuthung s. das Nähere unten Nr. I. S. 399.

Gesetz den Termin nur gleich Anfangs weiter hinausrücken sollen; oder, wäre dies geschehen oder geschähe es in der Folge noch, — so würde ja stets wieder ein gleicher Grund zur Einschränkung eintreten, indem, wenn hier doch einmal physische Gründe entscheiden sollen, doch soviel außer Zweifel ist, daß die physische Ausbildung des Menschen langsam und unmerklich fortschreitet, und wer heute noch zu den Schwachen gehörte, Morgen nicht mit einem Male den Starken beigezählt werden kann. Durch diese und ähnliche [5]) willkührliche Annahmen, welche ein falsches Streben nach Geweisheit in Dingen, die man nicht wissen kann, erzeugt hat, zerstört man muthwillig die Sicherheit, welche uns das Gesetz gibt. Da, wo die Heilkunde vollständige Gewißheit gewährt, wird uns ihre Hülfe hier, wie in anderen Fällen, willkommen seyn; wo sie hingegen bloße Wahrscheinlichkeiten gegen gesetzliche Vermuthungen geltend zu machen sucht, muß man sich ihren Anmaßungen mit Ernst widersetzen, wie dies in Ansehung anderer Gegenstände, z. B. des, auch bei Aerzten zum Gespötte gewordenen, Heisterschen partus tridecimestris längst schon geschehen ist.

Eine der Ursachen, welche unsere Juristen für die Annahme des Unbestimmten und Willkührlichen gegen das Feste und Bestimmte nur allzu empfänglich machten, ist wohl darin zu suchen, daß die Lehren des römischen Rechts über den hier abzuhandelnden Gegenstand so wenig gekannt waren, oder doch in einem viel zu eingeschränkten Sinne verstanden wurden; und eben dieser Ursache ist es denn auch zuzuschreiben, wenn man

---

5) So soll z. B. überhaupt für den früheren Tod des Schwächern die Vermuthung streiten, ferner, wenn mehrere ihr Grab in den Wellen finden, das Ueberleben des Schwimmers vor dem in der Schwimmkunst Unerfahrenen angenommen werden u. dgl. m. S. Stryk l. c. cap. 3. §. 9. cap. 4. §. 3—10. cap. 6. §. 10. Vgl. auch Albr. Meckels Lehrb. der gerichtlichen Medizin, (Halle 1821.) §. 237. a. E.

neuere Gesetzgebungen auf Unkosten jenes Rechts vermeintlich größerer Vollständigkeit und Bestimmtheit halber gepriesen findet. Ich glaube dagegen, es lasse sich leicht zeigen, daß dem römischen Rechte, was die Vollständigkeit und Zweckmäßigkeit der Entscheidungsnormen für die hier in Betracht kommenden einzelnen Rechtsfragen anbelangt, ein ganz vorzügliches Lob gebühre. Zwar stellt dieses Recht nirgends allgemeine Regeln über diese Verhältnisse auf, sondern es finden sich in demselben nur einzelne Fälle entschieden. Wenn man indessen in diesen Bestimmungen, auch, wie meistens geschieht, nur singuläre Entscheidungen erblicken könnte, wodurch das gemeine Recht für einzelne Verhältnisse erweitert werde, (was denn doch am Ende wohl auf einer Verwechslung zwischen positivem Recht und jus singulare beruhen dürfte,) so muß doch allemal, wenn von Beschränkungen die Rede ist, welchen die Auslegung und Anwendung der jura singularia unterworfen seyn kann, erst die eigenthümliche Beschaffenheit des in Justinians Sammlung enthaltenen römischen Rechts in Betracht gezogen werden. Ein großer Theil dieses Rechts besteht bekanntlich aus Untersuchungen und Entscheidungen über einzelne Fälle, nicht aber aus eigentlichen Gesetzen; als solche lassen sich nur die ausdrücklich ausgesprochenen, oder erst durch Abstraction zu gewinnenden Regeln ansehen, welche in den besonderen Entscheidungen zur Anwendung gekommen sind [6]. Zwar kann die Interpretation das Resultat ergeben, daß nur der entschiedene Fall als Recht zu betrachten —, also Rechtsregel und concrete Entscheidung identisch seyen —, allein nicht schon durch Singularität des Rechtsgrundsatzes, sondern nur durch Singularität der einzelnen Entscheidung selbst, kann dieses Resultat begründet werden, d. h. wenn entweder ganz offenbar die be-

6) Man vgl. hier die vortrefflichen Bemerkungen Thibauts über den Unterschied zwischen ratio legis und ratio decidendi, in der Theorie der log. Auslegung. §. 16. u. 33.

sonderen Merkmale des concreten Falls den Grund, gerade einer solchen Entscheidung, enthalten, oder wenn für andere Fälle, welche sonst nach dem, aus dem jus singulare zu abstrahirenden, Grundsatze zu beurtheilen seyn würden, ausgemacht eine ganz entgegengesetzte Regel gilt [7]). Man hat diese Ansicht, ohne welche es kein nur einigermaßen vollständiges System von Regeln und Grundsätzen des römischen Rechts geben könnte, im Ganzen auch von jeher befolgt; in unserer Materie dagegen glaubte man den Gesichtspunkt nicht enge genug fassen zu können. Allenthalben nur Forschungen über den concreten Inhalt einzelner Stellen —, Untersuchungen über die Fragen: was hier für Dotalfälle, für donationes inter conjuges, für Fideicommisse, Rechtens sey, nicht aber auch über die durch diese Bestimmungen ausgesprochenen Entscheidungsgrundsätze. Die für einzelne Fragen hie und da angenommenen Ausdehnungen [8]) erscheinen im Grunde nur als Inconsequenzen ihrer Vertheidiger, welche sich bei andern ohne hinreichende Gründe auf buchstäbliche Erklärung und Anwendung der sie betreffenden Stellen beschränkten.

Der Zweck der gegenwärtigen Abhandlung nun ist eine kurze und klare Entwickelung der Grundsätze, welche nach des Vfs. Ansicht in dem röm. Rechte über diesen Gegenstand ausgesprochen sind. Eine gelehrte Exegese der einschlagenden Stellen liegt außer dem Kreise dieses Zweckes; auch ist in

---

7) Aus diesem Grunde kann z. B. aus den Privilegien der Frauen in Ansehung der Rechtsunwissenheit eine allgemeine Regel nicht abstrahirt werden, wohl aber aus manchen, den Soldaten in dieser Hinsicht zugestandenen Vorrechten. M. s. meine Abh. über juris und facti ignorantia, in dem II. Bde. dieses Archivs Nr. 35. §. 9. B. und C. a. b. vgl. ebendaselbst S. 435.

8) Wie z. B. von van Voorst (cap. 1. init.) und dessen Gewährsmann Menochius in Ansehung der gleich weiter im Texte zu berührenden Frage: ob die Bestimmungen des römischen Rechts sich auf die in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr Umgekommenen einschränken? (a. a. O. cap. 1. init.)

dieser Beziehung für die meisten Stellen so vieles schon geschehen, daß für den, welcher nicht so glücklich ist, Handschriften und alte Ausgaben vergleichen zu können, nur eine höchst unbedeutende Nachlese übrig bleiben dürfte [9].

Vor allen Dingen entsteht hierbei die Frage: in welchem Umfange diese Lehrsätze des römischen Rechts gelten können? Bekanntlich pflegt man sie nur auf eigentliche commorientes zu beziehen, und zwar auf solche, die durch ein außerordentliches Uebel, als: Erdbeben, Feuersgefahr, Wassersnoth, Schiffbruch, Einsturz, Pestkrankheit u. dgl. m., zusammen dahin gerafft werden [10]. In der That aber begreift

---

9) Von Schriftstellern, die das Ganze umfassen, habe ich folgende vergleichen können. *Hugo Donellus* in comment. ad Tit. Dig. de reb. dub. (in ejusd. comment. jur. civ. ed. Hanov. p. 418 — 437). Joh. Ferd. de *Retes* ad Claudii Tryphonini disput. ex Lib. 21. desunt. quae exstet in lege 9. de reb. dub. comment. p. 365 — 378. *Sam. Stryk* Tr. de Succ. ab int. D. X. (in ejusdem oper. praestant. Vol. IV. p. 1048 — 1070.) Ed. Amisf. *van Voorst.* D. de jure quod oritur ex commorientib. Traj. ed. Rhen. 1757. (Oelrichs thes. nov. diss. in acad. belg. habit. Vol. II. T. II. Nr. IX. S. 359 — 82.) Glücks Intestaterbfolge, §. 3.

10) Recht merkwürdig, allein seines Urhebers ganz unwürdig, ist der von *H. Donellus* dafür versuchte Beweis: „die Präsumtion, daß der Vater sein unmündiges Kind überlebt habe, setze voraus, daß beide in durchaus gleicher Gefahr, gewissermaßen durch einen Streich, getödtet seyen, indem der von seinem Kinde entfernte Vater ja härter und wirksamer getroffen, also früher dahin gerafft werden könne, bei gleicher Gefahr aber stets unmittelbares Beieinanderseyn beider anzunehmen sey, da das Kind sich zum Vater flüchten, und dieser es zu schützen suchen werde, folglich nur in diesem Falle, wo beide einer völlig gleichen äußern Einwirkung ausgesetzt seyen (?), die gesetzliche Präsumtion zur Anwendung kommen könne.“ (in comment. ad L. 9. §. 1. de rebus dubiis p. m. 426. B.). Daß aus Donells Vordersatze: der Vater wird sein Kind gegen die Gefahr zu schützen suchen, eher das Gegentheil folge, ist längst von Anderen be-

man nicht, was hier gerade die Todesart zur Sache thun soll, da doch der Zweck aller dieser Bestimmungen nur seyn kann, Zweifel, die aus der Ungewißheit des früheren Todes in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse entstehen können, zu entfernen, jene Zweifel aber stets auf gleiche Weise entstehen müssen, es mag ein außerordentlicher Zufall die Ursache des Todes, oder ein natürlicher Tod erfolgt seyn, — mögen die Verstorbenen eigentliche Commorientes, oder in großer Entfernung von einander gestorben seyn. So läßt es sich z. B. sehr wohl gedenken, daß der Tod von Vater und Sohn, wovon der eine in Europa, der andere in Amerika lebte, ausgemacht ist, selbst allenfalls, daß beide eines natürlichen Todes gestorben sind, ohne daß die Priorität des Todes ausgemittelt werden kann. Daß die im römischen Recht angeführten Beispiele meistens nur solche Fälle betreffen, wenn mehrere in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr umgekommen sind, ist sehr erklärbar, da diese Fälle wohl am häufigsten die Veranlassung zur Erörterung der hier eintretenden rechtlichen Zweifel geben werden; ein bündiges argumentum a contrario würde man darauf nie gründen können, zum Ueberfluß läßt sich aber das Gegentheil auch noch direct erweisen, indem die L. 11. pr. D. de B. P. sec. tab. den Fall ganz allgemein so stellt: duobus *peregre* defunctis etc., so daß also schon, was den äußern Umfang der Gültigkeit an-

---

merkt; so von Stryk in der D. cit. c. 2. §. 6., welcher indessen meint, wenn auch nicht gerade Zusammenseyn der Commorienten erfordert werden dürfe, so müsse doch die Gefahr im Ganzen die nämliche seyn; z. B. der nämliche Sturm, wenn die im Schiffbruche Umgekommenen sich auch auf verschiedenen Schiffen befinden —, dieselbe Feuersbrunst, wodurch die, wenn gleich in verschiedenen Häusern sich aufhaltenden Commorienten getödtet worden, u. dgl. m. Gründe dafür beizubringen hält er aber für unnöthig.

betrifft, das röm. Recht weiter geht, und vollständiger ist, als das preußische und das französische Gesetzbuch [11].

Was nun den Inhalt dieser Rechtssätze selbst anbetrifft, so wird hier zuvörderst von den beiden bekannten Präsumtionen des röm. Rechts zu handeln seyn.

1) Die erste Vermuthung glaube ich so ausdrücken zu müssen: Im Zweifel ist der Tod des Unmündigen vor dem des Mündigen zu vermuthen. Anwendungen davon finden sich folgende: L. 9. §. 4. in. f. D. de reb. dub. (Tryphonin): — „si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi contrarium approbetur." — Ein gleiches findet statt, wenn die Mutter mit ihrem unmündigen Kinde in einer gemeinschaftlichen Gefahr umkommt. — L. 23. eodem (Gajus lib. V. ad leg. Jul. et Pap. [12]).

Ferner in L. 26. pr. D. *de reb. dotalib.* (Papinian.) Zwischen dem Schwiegervater und dem Tochtermann wird verabredet, daß dem Letzteren das Heirathsgut anfallen soll, wenn seine Frau vor ihm, und zwar mit Hinterlassung eines (wenigstens) einjährigen Kindes, mit Tod abgehe; sterbe das Kind vor der Mutter, diese aber vor ihrem Ehemanne, so solle der Mann einen Theil der dos behalten. Die Mutter

---

11) Beide Gesetzbücher (Pr. LR. Th. 1. Tit. 1. §. 39. und C. N. §§. 720—22.) beschränken ihre Vorschriften auf das Umkommen Mehrerer in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr. Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch f. die d. Erbländer der österr. Mon. (1. Thl. 1. Hptst. §. 25.) enthält freilich diese Beschränkung nicht; dafür ist aber auch hier die Sache so gut als ganz unbestimmt gelassen. — Uebrigens haben, wie man deutlich sieht, die Verfasser aller drei Gesetzbücher das röm. Recht vor Augen gehabt, und allenfalls nur noch einen Schritt weiter zu thun geglaubt, wie dieses.

12) Es bedarf übrigens des von *Heineccius* ad leg. Jul. et Pap. Popp. p. 320. fingirten Falls nicht, da diese Stelle sich auch auf das Sct. Tertyll. beziehen konnte. Für das praktische Recht hat sie ohnehin eine ganz allgemeine Bedeutung.

kam mit ihrem jährigen Sohne im Schiffbruch um, es konnte daher, wegen der Vermuthung für das frühere Ableben des Kindes, der Mann nur auf einen Theil des Heirathguts Anspruch machen" [13]). Als Grund dieser Vermuthung nun wird fast allgemein die größere physische Kraft mündiger und erwachsener Menschen vor unmündigen angegeben, wodurch es jenen möglich werde, länger gegen die gemeinschaftliche Gefahr anzukämpfen. Wäre dies wirklich der Grund, so würden dennoch die vielen, zum Theil ganz abgeschmackten, und auf blos individuellen Gründen beruhenden, Einschränkungen dieser Präsumtion sowohl, als der zweiten, (für die Fälle, wenn mündige Kinder zugleich mit ihren Eltern sterben,) schlechthin zurückgewiesen werden müssen. Denn wenn das Gesetz auf die größere physische Reife der Mündigen vor den Unmündigen rechtliche Verschiedenheiten gründet, so kann damit begreiflich nicht gemeint seyn, daß der Mensch in dem Moment des Uebergangs von der einen Periode zur anderen plötzlich die Fähigkeiten und Kräfte erhalte, die ihm bis dahin mangelten, wohl aber muß dieser Mangel bis dahin als vorhanden angenommen werden, indem widrigenfalls dasjenige, was durch das Gesetz seine feste Norm erhalten sollte, dennoch stets ein Gegenstand zweifelhafter Wahrnehmungen und Untersuchungen bleiben würde. Hier hat ein positives Recht genug gethan, wenn seine Regeln nach einer gewissen Durchschnittsberechnung als wahr erfunden werden, und es ist eben so lächerlich, zu verlangen, daß diese Regeln in allen Fällen genau mit der Natur harmoniren müssen, als es anmaßend ist, sie in der Anwendung aus individuellen Gründen Einschränkungen zu unterwerfen, was denn eben so viel seyn würde, als sie überhaupt vernichten. — Wäre also in der That der Grund der Präsumtion gewöhnlich dafür angenommen, so dürfte man sich doch nicht für ermächtigt halten,

---

13) cf. Cujacii comment. ad lib. IV. Resp. Papin. ad leg. cit.

die gesetzlichen Bestimmungen aus bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen hintanzusetzen. Es sprechen überdieß aber auch erhebliche Gründe wider die Richtigkeit dieses Grundes. Die Römer führen ihn nirgends an, deuten selbst nicht einmal durch irgend etwas darauf hin; es leidet derselbe auch auf manche Todesarten, und zwar auf solche, die den Römern sehr oft vor Augen schweben mußten, überall keine Anwendung. Wenn z. B. Vater und Kind bei einer Belagerung von dem nämlichen schweren Wurfgeschütz tödtlich getroffen wurden — und überhaupt, wenn Vater und Sohn im Treffen umkommen — läßt sich da wohl ohne Verletzung aller Verstandesregeln noch annehmen: das unmündige Kind sey vor dem Vater gestorben, weil auf dessen Seite das Uebergewicht physischer Kräfte statt gefunden, — oder umgekehrt? Und man denke vollends an die Fälle, wo überall nicht einmal ein außerordentlicher Zufall als die Ursache des Todes anzusehen ist. Warum will man doch nicht lieber geradezu annehmen, was so nahe liegt, und durch so lange Erfahrungen sich bewährt hat: weil von einer gewissen Anzahl von Geborenen die Meisten innerhalb der Jahre der Unmündigkeit wieder sterben, so bezog man diesen Fingerzeig, den die Natur gibt, auch auf einen über Priorität des Todes statt findenden Zweifel! Zwar offenbart sich diese Erscheinung besonders auffallend in der allerfrühesten Lebensperiode des Menschen; — sie zeigt sich bald in merklicher Abnahme, und verschwindet gegen den Schluß der Periode der Impubertät so gut wie ganz. Indessen ist dies ja durchaus auf gleiche Weise der Fall bei allen übrigen Verhältnissen, wo Rechte von dem, mit Rücksicht auf physische Erscheinungen im Menschen bestimmten, Eintritt einer gewissen Zeitperiode abhängig gemacht sind. So wenig also die Römer zu tadeln waren, wenn sie ohne alle Rücksicht auf frühere individuelle Reife erst mit dem 14ten und 12ten Jahre die Heirathsfähigkeit eintreten ließen, eben so wenig kann es auffallen, wenn auch hier die römische Jurisprudenz auf die Anwendung einer Regel verfiel, welche, wenn man

absieht von dem Momente, wo beide Perioden sich einander nähern, und sich gewissermaßen in einander verlieren, sich ebenfalls auf richtigen Beobachtungen und Erfahrungen gründete. Direkte Beweise für die Annahme dieser Voraussetzung gibt es nun zwar nicht; allein da es für die gewöhnlich angenommenen an allem Beweise fehlt, und überdies das Unpassende derselben für eine Menge von Fällen gleichsam in die Augen springt, so darf man wohl diese indirekten Argumente als vollkommen genügend ansehen [14].

Wichtiger noch ist die Frage: ob diese Rechtsvermuthung auf Eltern und Kinder zu beschränken, oder ob sie auch auf andere Personen zu beziehen ist, in Ansehung deren ein Zweifel über die Erstigkeit des Todes entstehen kann? Wenn der Vf. letzteres bejaht, so darf er auch wohl hier wieder nach den Beweisen für die gemeine Lehre, welche eine Beschränkung auf Eltern und Kinder behauptet, fragen. Sieht man nun ab von den Gründen, nach welchen sich dies gewissermaßen von selbst verstehen, und die Folge eines natürlichen Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern seyn soll [15], so bleiben nur die aus dem wörtlichen Inhalte der Stellen hergenommenen übrig; diese aber sind äußerst schwach, da jene Vermuthung so wenig in den Stellen selbst als ausschließliche Regel nur für Eltern und Kinder ausgesprochen ist, noch eine solche Beschränkung sich aus anderen Bestimmungen ergibt. (Man vgl. die obigen Bemerkungen über Anwendung eines jus singulare auf nicht namentlich entschiedene Fälle.) Uebrigens ist es sehr begreiflich, daß Fälle der Anwendung, welche erbschaftliche Verhältnisse und ein Zusammentreffen Unmündiger und Erwachsener zum Gegenstande haben, viel häufiger

---

14) Diese nämliche Ansicht trägt auch *Voorst* c. l. p. 354. vor. Die Gründe aber, aus denen sich die Unanwendbarkeit dieser Präsumtion auf Andere als auf Eltern und Kinder ergeben soll, werden schwerlich eines Lesers Beifall erhalten.

15) S. *H. Donellus* l. c. p. 426. *v. Voorst* p. 355.

in Beziehung auf Eltern und Kinder zur Sprache kamen, als in Beziehung auf Dritte; es spricht mithin für die gewöhnlich angenommene Beschränkung einer auf so natürlichen und allgemein anwendbaren Voraussetzungen gegründeten Vermuthung kein nur einigermaßen erheblicher Grund, und dies ist genug, um derselben auch eine allgemeinere Anwendung zu sichern, ohne daß man zur Unterstützung dieser Ansicht das, freilich sehr unbedeutende, Argument aus L. 9. pr. de reb. dub. herbeiziehen darf. (Denn es ist wohl anzunehmen, daß Tryphonin eher darum von zwei unmündigen Brüdern spricht, weil beiden pupillarisch substituirt wurde, als, um dadurch anzudeuten, daß sich der Fall aus der bekannten Vermuthung nicht entscheiden lasse).

Ausnahmen von dieser Präsumtion gibt es gar nicht. Denn die L. 9. §. 1. D. de reb. dub., worin Tryphonin eine Entscheidung Hadrians anführt, in Folge deren angenommen werden soll, es habe ein im Kriege mit seinem Vater umgekommener Sohn den Vater überlebt, wird auch von Anderen ganz richtig von dem Fall verstanden, daß Beide Soldaten waren — wobei sich dann das mündige Alter des Sohns von selbst versteht [16]). Es enthält auch die L. 11. §. 1. D. de captiv. et postlim. („Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat: sufficiat lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset.") keine Ausnahme, vielmehr eine consequente Anwendung unserer Vermuthung auf den Fall, wenn das Ableben von Vater und Sohn in Folge der fictio legis Corneliae angenommen wird: nur wenn der Sohn zurückkehrt, und im Vaterlande vor erlangter Pubertät stirbt, kann die Pupillarsubstitution bestehen; stirbt auch er in der Kriegsgefangenschaft, so kommt

---

16) *H. Donellus* l. c. (p. m. 426. Col. B.) — *de Retes* p. 374. Nr. 36. *Stryk* l. c. c. 2. §. 10. *Voonda* l. c. c. 2. (p. m. 361. 62.

auf sein späteres Ableben nichts an, indem alsdann auf den Zeitpunkt der Gefangennehmung gesehen wird, mithin die Bedingung, von welcher die Wirksamkeit aller Pupillarsubstitution abhängt, nämlich der frühere Tod des Vaters, nicht eingetreten ist [17]).

---

17) Eine kurze Zusammenstellung der, in den sehr schwierigen und viel besprochenen Stellen: L. 10. und 11. de captiv. et de postlim. L. 28. 29. de V. et P. S. enthaltenen Rechtssätze über den Einfluß der fictio legis Corneliae auf Pupillarsubstitutionen, dürfte hier nicht ganz am unrechten Orte seyn; doch kann dabei auf kritische Schwierigkeiten keine eigentliche Rücksicht genommen werden. — 1) Gerieth nur der Vater in feindliche Gefangenschaft, und kehrte nicht wieder zurück, so wollen Einige die Substitution aus dem Grunde nicht bestehen lassen, weil ja der Sohn noch beim Leben des Vaters sui juris geworden sey. Diese Meinung wird aber mit Recht verworfen, da ja der Vater von dem Augenblicke seiner Gefangenschaft an nicht mehr als Lebender betrachtet werden kann. L. 10 pr. de captiv. L. 28. de vulg. et pup. subst. verb. Quapropter etc. Stirbt nun auch das Kind vor dem gefangenen Vater, so kann die Sache wegen der Gültigkeit der secundae tabulae doch immer keine Schwierigkeit haben. Denn entweder kehrt der Vater zurück, — dann muß angenommen werden, das Kind sey bei seinem Absterben der väterlichen Gewalt unterworfen gewesen, also die Substitution erlischt, — oder der Vater stirbt als Gefangener —, dann besteht die Substitution, da das Kind in Folge der fictio legis Corneliae jetzt den Vater allemal überlebt hat. L. 11. pr. de captiv. „Quodsi filius ante moriatur in civitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit: sive quoniam vivo patre filius familias mori intelligitur, sive quoniam, non reverso eo, exinde sui juris videtur fuisse, ex quo pater hostium potitus est.“ — 2) Fällt der Sohn vor dem Tode des Vaters in Feindes Hände, und stirbt daselbst, so kann von der Pupillarsubstitution nicht weiter die Rede seyn; L. 28. de V. et P. S. verb. „quia non efficitur per eam (legem), ut is qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat.“ — 3) Wenn das Kind nach des Vaters Tode in feindliche Gefangenschaft gerieth, und

II) Die zweite Rechtsvermuthung: so oft es gewiß ist, daß ein Kind bei seinem Tode die Jahre der Mündigkeit bereits erreicht hatte, wird im Zweifel allemal das frühere

---

in Feindes Lande stirbt, so ist zwar nach den Buchstaben des Gesetzes nicht für den Bestand der Substitution zu entscheiden, L. 10. §. 1. de captiv. („in promptu est dicere, legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam, ejus dumtaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset"), weil indessen doch die legitima hereditas auch eines Gefangenen Unmündigen dessen Intestaterben deferirt, (vrgl. Pauli recept. sent. Lib. III. Pit. IV. A. §. 8.) mithin der Unmündige als ein solcher, welcher einen Erben haben kann, anerkannt wird, — allein ausgemacht über sein Vermögen nicht selbst testamentarisch verfügen darf, so ist es billig, daß der Prätor hier den väterlichen Willen, so gut wie dort das Gesetz respektire. („Plane etiam impuberis captivi hereditatem per legem Corneliam deferri: quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse, et ideo non esse alienum, praetorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem, et utiles actiones in hereditatem substituto dare. S. auch L. 28. D. de V. et P. S. verb." sed si pater etc. vgl. ed. *Gebauer Sp.* not. 97.) — 4) Der im Texte vorgetragene Fall: Vater und Sohn kommen Beide zu gleicher Zeit in Feindes Gewalt, — dessen Entscheidung nach der Consequenz ganz entgegengesetzt ausfallen muß, wenn 5) beide zu verschiedenen Zeiten, und zwar zuerst der Vater, in feindliche Gefangenschaft gerathen; doch stimmt hiermit die L. 29. D. de V. et P. S. („Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant, quamvis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, nisi reversus in civitate impubes decedat: quoniam et si ambo in civitate decessissent, veniret substitutus") nicht überein, und schwerlich kann hier das mox die Bedeutung von simul haben; die Stellen bei *Brisson* (*v. Mok*), worauf man sich wohl beruft, um dies zu beweisen, gehören überall nicht hieher. — Vgl. übrigens mit dieser Darstellung *Cujacius* in Lib. 29. *Qu. Papin.* ad L. 10. 11. de captiv. und *Voorst* l. c. S. 364 — 369.

Ableben eines Ascendenten angenommen —, beruht nicht auf einem so allgemein durchgreifenden Grunde wie jene erstere; die römischen Juristen bringen bei Anwendungen, die sie davon machen, auch meistens noch einen unterstützenden Nebengrund bei, entweder eine Berufung auf kaiserliche Auctorität (D. Hadrianus credidit, patrem prius mortuum), oder auf das, was der Billigkeit und der gewöhnlichen Vorstellungsweise gemäß sey (humanius est credere filium diutius vixisse.). Ohne Zweifel dachte man sich hier den vollkräftigen Jüngling neben seinen, in vorgerückten Jahren stehenden Eltern, — jenen in der Lebensperiode, wo die Sterblichkeit am wenigsten groß zu seyn pflegt, diese, meistens beträchtlich älter, bereits in der Zeit der wieder zunehmenden Sterblichkeit —; dadurch ist aber die Anwendung auf die Fälle, wenn ein so eben erst mündig gewordenes Kind neben der noch jugendlichen Mutter, neben dem noch unter der Mittagslinie des Lebens stehenden Vater, stirbt, keineswegs ausgeschlossen. — Dies, so wie, daß diese Rechtsvermuthung, obgleich nur ausgesprochen für Eltern des ersten Grades, auf alle Ascendenten anzuwenden ist, nicht aber auch auf Dritte, indem es hier an allem Maßstabe, wie er sich in Beziehung auf Eltern und Kinder findet, fehlt, — wird eines besondern Beweises nicht bedürfen. Die Regel selbst nun findet sich angewandt in L. 9. §. fin. L. 16. pr. L. 22. D. de reb. dub. Einer besondern Erwähnung verdient der in L. 16. pr. enthaltene Fall: es hatte die Schwiegermutter sich die Zurückgabe der dos auf den Fall stipulirt, daß ihre Tochter vor Auflösung der Ehe sterben würde, die Wirksamkeit dieser Stipulation hing davon ab, daß sie selbst ihre Tochter überlebte [18]); da nun Mutter und Tochter in gleicher Todesge-

18) Ueber den Grund dieser Bedingung sehe man die Glosse ad h. l. Nr. 2. *Donellus* ad h. l. p. m. 433., und besonders *de Retes* l. c. p. 373. Vgl. auch die unten folgende Erklärung von L. 16. §. 1. eodem. Ferner von L. 8. eodem. L. 32. §. 14. de don. int. V. et ux. L. 26. de mort. c. donat.

fahr umkamen, und nicht auszumitteln war, welche von beiden zuerst gestorben sey, also das frühere Ableben der verheiratheten, mithin mündigen, Tochter angenommen werden mußte, so konnte diese letztere Bedingung nicht für eingetreten angesehen, folglich dem Erben der Mutter die Klage aus der Stipulation ihrer Erblasserin nicht gegeben werden. — Als Ausnahme von dieser Regel aber kündigt sich ganz deutlich die L. 9. §. 2. de reb. dub. an. Zum Vortheil des Patrons soll im Zweifel allemal angenommen werden, es habe ein Freigelassener sein Kind überlebt. „Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius. *Hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.*“ Als eine zweite Ausnahme muß man denn auch wohl die in der L. 17. §. 7. ad. Sct. Trebell enthaltene Entscheidung gelten lassen. („Si quis autem susceperit quidem filium, verum vivus amiserit: videbitur sine liberis decessisse. Sed si naufragio, vel ruina, vel adgressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit: an condicio defecerit, videamus? Et magis non deficisse arbitror, quia non est verum, filium ejus supervixisse. Aut igitur filius supervixit patri, et extinxit condicionem fideicommissi: aut non supervixit, et exstitit condicio: cum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse condicionem fideicommissi magis dicendum est.“) Die Bedingung des Fideicommisses war hier: „ut, si sine liberis decessisset, restitueret hereditatem fratri suo.“ (§. 5. ibid.) Wollte man aus dem Ausdrucke: „si quis susceperit quidem filium“ — schließen, es sey hier von einem unmündigen Kinde die Rede, so würde die Entscheidung eine consequente Anwendung der gesetzlichen Vermuthung für das Ueberleben des Mündigen enthalten, diese Erklärung selbst aber gewänne eine nicht unbedeutende Stütze dadurch, wenn man mit der Vulg. statt, quia non est *ve-*

rum, lesen wollte: „quia non est *verisimile* filium ejus supervixisse“, indem der Jurist bei dieser Zurückführung der Entscheidung auf eine Regel der Wahrscheinlichkeit wohl nur unsere Rechtsvermuthung vor Augen gehabt haben könnte. Immer aber ist diese Interpretation sehr unsicher, und schwerlich bleibt etwas anderes übrig, als hier eine Ausnahme zu Gunsten der Fideicommisse anzunehmen [19]), welche ihren Grund in einer noch etwas erweiterten Anwendung des Princips hat, unter dem die am Schlusse dieser Abhandlung zu erklärenden Stellen stehen.

Weiter nun geht das röm. Recht in seinen Präsumtionen nicht, und wird hierin allerdings durch das französische Civilgesetzbuch übertroffen, welches anordnet: wenn von Zweien in gleicher Gefahr Umgekommenen der Eine älter als 60 Jahre, der Andere unter diesem Alter sey, so werde das Ueberleben des Letzteren angenommen, sonst aber das Ueberleben des Aelteren vor dem, welcher noch nicht 15 Jahre alt sey; seyen beide noch unter 15 Jahren, so werde der frühere Tod des Jüngsten, über dies Alter hinaus aber der des Aeltesten vermuthet, außer daß von mehreren, die in dem Alter zwischen 15 bis 60 Jahren stehen, bei gleichem Alter, oder einer Verschiedenheit von nur Einem Jahre, das Ueberleben der Personen männlichen Geschlechts anzunehmen. (C. N. art. 720—722.) — Uebrigens kennt dies Gesetzbuch keine andere Anwendung dieser ganzen Lehre, als für die Frage; wer von den Mehreren des Anderen Erbe geworden? und bestimmt überall nicht, wie es zu halten sey, wenn die aufgestellten Vermuthungen zu keinem Resultate führen. Es läßt sich also nur annehmen, daß alsdann Keiner des Anderen Erbe geworden sey. Dies bestimmt auch das österreichische Gesetzbuch ausdrücklich (§. 25.), welches übrigens, eben so wie das preußische Landrecht, von Vermuthungen gar nichts

19) Wie dies auch gewöhnlich angenommen wird. *v. Stryk* c. l. cap. V. §. 17. sqq. Glück Intestaterbfolge, S. 10.

weiß. Das römische Recht nun ist vollständiger, wie diese neueren Legislationen, indem es für alle Fälle der Anwendung sorgt, und zwar nicht etwa durch eine allgemeine Negation, sondern mit steter Rücksicht auf wesentliche Verschiedenheiten der Fälle, wobei aber als Grundregel hervortritt: daß im Zweifel, und so weit es irgend geschehen kann, eher allemal die Gültigkeit als die Ungültigkeit einer rechtlichen Disposition anzunehmen sey. Wenn nämlich mehrere, die nicht in dem Verhältnisse der Ascendenten und Descendenten zu einander stehen, sterben, ohne daß die Zeit des Todes sich ausmitteln läßt, so tritt ein blos negativer Erfolg alsdann ein, wenn aus juristischen oder natürlichen Gründen, der Beweis: wer von den Commorienten der Ueberlebende sey? schlechthin erfordert wird; es tritt also nicht ein, was durch Anordnung des Gesetzes oder durch Privatdisposition von dem Ueberleben des Einen für den Andern, dessen Erben, oder auch für dritte Personen, abhängig gemacht ist.

So in folgenden Fällen [20]), aus denen man sich die Regel für ähnliche leicht abstrahiren kann: L. 16. §. 1. (Marc. Lib. 3. Reg.) L. 17. (Paul. Lib. 12. ad Plaut.) L. 18. (Marc. lib. 3. Regul.) D. de reb. dub.“ Item quaeritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit, vel cum ea, propter quam stipulatus esset: an ad heredem suum actionem transmittat? (Es wird dies Beispiel, so wie die beiden folgenden, unmittelbar an

20) Auch auf den Fall, wenn lebendige Sachen in gleicher Gefahr mit ihrem Herrn umkommen, wird dies Princip angewandt, um nämlich die Größe des Vermögens zur Zeit des Todes zum Zwecke der Berechnung der Falcidischen Quart zu bestimmen —, ebenfalls aus dem Grunde, weil es gewiß seyn muß, daß die Sachen, von welchen die Quart abgezogen werden soll, zur Zeit des Todes des Erblassers noch existirt haben.“ L. 18. §. 1. de reb. dub. „sed et circa legem Falcidiam, si dominus cum servis simul vita functus sit, servi, quasi in bonis ejus mortis tempore fuerint, non computantur.“

den oben vorgetragenen Fall angeknüpft, wo dem Erben der Mutter die Klage auf Zurückforderung der dos abgesprochen wurde, weil die Mutter zugleich mit ihrer mündigen Tochter umgekommen, folglich anzunehmen war, die letztere habe sie überlebt; also wenn ein extraneus, welcher eine dos adventitia bestellte, und sich deren Zurückgabe stipulirte, zugleich mit dem Manne, oder aber zugleich mit der Frau stirbt, kann sein Erbe alsdann die Klage anstellen?) L. 17. „Idem est, si dos uxori praelegata sit, et simul cum marito perierit." L. 18. „Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius (wegen dieses Ausdrucks ist zu vergleichen L. 10. §. 1. de V. et P. subst.) decesserit, an frater fratri exsistat heres, an contra? vel, si duo invicem necessarii substituti sunt, et una perierint, an heres exstitisse videantur, vel alter alteri, [sc. restituisse] hoc est, si invicem hereditatem rogati fuerint restituere? In quibus casibus, si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum amisit, non videtur alter alteri supervixisse."

Keiner kann also in diesen drei Fällen als der Ueberlebende angesehen werden, woraus denn von selbst hervorgeht, daß die Verfügungen, welche sämmtlich voraussetzen, daß der, welcher dadurch ein Recht erhalten soll, den anderen überlebt haben müsse, nicht wirksam werden können; denn der auf die Zurückgabe der dos adventitia gestellte Vertrag besteht nur als Personalvertrag [21]; — der Legatar muß den Erblasser überlebt haben, und eben so der Substitut denjenigen, welchem er direkt oder fideicommissarisch substituirt ist.

Aber auch wenn die Disposition Rechte dritter Personen bestimmt, besteht sie nicht, so bald es eine unerläßliche Bedingung ihrer Wirksamkeit ist, daß einer der Commorienten den anderen überlebt haben müsse, also namentlich, wenn

21) S. oben Note 18.

sich nicht bestimmen läßt, wieviel ein Dritter erhalten soll, ohne daß man weiß, wer von den Gestorbenen den anderen überlebt hat. Von einem solchen Falle handelt die L. 34. D. ad. Sct. Treb. (Marc. Lib. 2. reg.) „Si ejus qui novissimus ex filiis mortuus est, partem hereditatis propinquo voluit pater restitui, et simul fratres diem suum obiissent: propinquum, si non ostenderit, quis novissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti: sed matrem ex Tertylliano Scto. ad utriusque hereditatem admitti constat.« Da hier der Fideicommissar so wenig auf das Ganze, als auf einen schlechthin bestimmten Theil des Ganzen angewiesen ist, sondern nur den Theil des Zuletzt verstorbenen erhalten soll, die Quantität des Fideicommisses sich also nicht ausmitteln läßt, wenn es ungewiß ist, wer der Ueberlebende gewesen, so konnte das Fideicommiß nicht wirksam seyn [22]). Dagegen besteht die Disposition in Fällen, wo entweder nur von der Verwandlung eines bereits erfolgten, aber widerruflichen, Erwerbs in einem unwiderruflichen die Rede ist, oder wo zwar der Buchstabe der Disposition ihrer Gültigkeit hinderlich seyn würde, ihr Sinn aber, aller verständigen Auslegung zufolge, kein anderer ist, als daß derjenige, dessen Vortheil sie bezweckt, auf jeden Fall etwas erhalten soll, sobald nur Er der Ueberlebende ist.

Zur Erläuterung des ersten Satzes dienen die Beispiele von Schenkungen, welche erst durch den Tod des Schenkers ihre volle und unwiderrufliche Wirkung erhalten; so namentlich die Schenkung unter Ehegatten. Zwar machen die Worte des Gesetzes den Bestand solcher Schenkungen von dem Ueberleben des Beschenkten abhängig; allein da sie im Grunde nur durch ein an die Person des Schenkers geknüpftes Reu- und Rückfallsrecht eingeschränkt wurden (L. 32. § 2. de donat. int. V. et U.), so ist es gewiß eine der Absicht des Gesetzgebers vollkommen gemäße Interpretation der röm. Juristen,

22) S. v. Voorst S. 377.

daß eine Schenkung dieser Art stets convalescirt, wenn nicht das Ueberleben des schenkenden Ehegatten erwiesen werden kann. (L. 32. §. 14. all. verb. „puto donationem valuisse: — ait enim oratio, si prior vita decesserit, qui donatum accepit; non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, cum simul decesserint. Proinde rectissime dicetur, utrasque donationes valere, si forte, invicem donationibus factis, simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit. — Nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere, neutri datam condictionem.“ Hiervon wird nun auch eine consequente Anwendung auf den Fall gemacht, wenn beide Ehegatten zu gleicher Zeit in Feindes Gewalt gerathen sind: „Secundum haec, si ambo ab hostibus simul capti sint, amboque ibi decesserint, non simul: utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint, an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium: an spectamus, uter prius decesserit, ut in ejus persona non valeat donatio, an uter rediit, ut ejus valeat?“ (Also: ist die Schenkung unbedingt gültig, oder unbedingt ungültig, oder kommt es auch jetzt noch auf die Zeit des erfolgten natürlichen Todes an, oder muß man sagen, daß nur die Schenkung für den bestehe, welcher allein aus der Gefangenschaft zurückkehrt!) „Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tunc defecerint (decesserint): quod si alter redierit, eum videri supervixisse, quia rediit.“ Mit dieser Entscheidung stimmen auch überein L. 8. D. de reb. dub. (verb. „quaestionis decidendae gratia magis placuit valere donationem: *eo maxime, quod donator non supervivat*, qui rem condicere possit“), und eine Anwendung dieses Grundsatzes auch auf andere Fälle, wo durch den Tod des Schenkers die Schenkung convalescirt, hat Marcian in der

L. 26. D. de mort. c. donat. „Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetat: quia neuter alteri supervixit.“

Der zweite Satz aber, daß der bloße Buchstabe einer Disposition ihrer Wirksamkeit nicht hinderlich sey, sobald ihrer Ausführbarkeit nur keine sonstigen Gründe im Wege stehen, wird durch folgende Anwendungen außer Zweifel gesetzt: Wenn Jemand sich die Zurückforderung der dos auf den Fall, daß die Frau in der Ehe sterben würde, ausbedungen hat, so ist der Sinn dieser Vereinbarung offenbar kein anderer, als: die Frau soll die dos lucriren, wenn die Ehe bei ihren Lebzeiten aufgelöst wird; kann sie selbst aber sie nicht bekommen, so behält sich der Geber das Rückfallsrecht vor, welches mithin allemal wirksam werden muß, wenn die Frau, noch ehe ihr ein unbedingtes Recht erworben war, vor dem Stipulator stirbt. L. 9. §. 3. D. de reb. dub. „Si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo, si in matrimonio mulier decessisset, habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse.“

Eine andere Anwendung enthält die viel besprochene L. 9. pr. D. de reb. dub. [23]). Sie lautet nach der Geb. Sp.

---

23) Vgl. die Glosse ad h. l. *H. Donellus* p. 424. sq. (Er glaubt übrigens dabei noch voraussetzen zu müssen, daß auch die Mutter der Unmündigen nicht mehr am Leben gewesen sey, weil diese sonst jure legitimae hereditatis den Substituten ausgeschlossen haben müßte, arg. §. 6. J. de pup. subst.) *Ant. Faber* conjectur. lib. XIII. c. 14. (*F.* nimmt an, daß, in Folge des väterlichen Willens, der eine Bruder als heres necessarius des Anderen anzusehen sey, wie wenn sie ausdrücklich einander pupillarisch substituirt wären.) *F. F. de Retes* pr. 365. sq. (die Disposition bestehe als fideicommissarische Substitution, arg. l. 87. §. 2. de leg. 2.) *Averanius* interp. jur. lib. V. c. 31. (Titius sey Substitut jedes Einzelnen von beiden Unmündigen. Man brauche also so wenig anzunehmen, daß diese unter sich einander substituirt seyen, noch auch, daß der Substitut in Folge

Ausgabe also: (Tryphoninus lib. XXI. Disp.) „Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moritur, Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quaesitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestate heres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit: nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse: et proximus adgnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt. Der Sinn dieses Fragments ist klar; der Substitut erhält die Verlassenschaften beider, weil er allemal das Ganze bekommen sollte, so bald Keiner der beiden Brüder mehr am Leben seyn würde; denn hier, wo nicht einmal eine Verhältnißbestimmung von dem Beweise: wer den anderen überlebt habe? abhängt, kommt gar nichts darauf an, wer zuletzt gestorben ist, eben so wenig, als in einem solchen Falle die Substitution ungültig seyn würde, wenn der Erblasser überhaupt nur einen Sohn gehabt hätte. Auf gleiche Weise wird die Sache in L. 34. pr. und L. 42. de vulg. et pup. subst. und in L. 11.

---

einer in integrum restitutio, oder auch einer Fiktion, wodurch der Eine der Verstorbenen als des Anderen heres necessarius erscheine, die Jedem derselben angefallene legitima hereditas des Anderen erhalte). — v. Voorst S. 369. f. (vertheidigt die richtige Ansicht des Averanius).

pr. de B. P. sic. tab. [24]) entschieden. — Die grammatische Schwierigkeit unseres Fragments nun, welche hauptsächlich in den Worten: „in ea tamen hereditate“ bis: ex facto prioris mortui sumitur —, liegt, ist von den mir bekannt gewordenen Auslegern so gut wie gar nicht berücksichtigt worden. Daß das Fragment corrumpirt sey, kann keinem Zweifel unterworfen seyn. Nachdem ich lange darüber nachgedacht, wie durch eine möglichst gelinde Emendation die Stelle wiederherzustellen sey, und vergebliche Versuche gemacht hatte, das quia cum durch Contraction, und mit einer leichten Veränderung der Endsilbe in eine passende Fragepartikel zu verwandeln, (quia nam, quia ne, sind hier nicht passend), blieb ich dabei stehen, daß quia als bloßes Glossum zu cum sich in den Text eingeschlossen, statt des letztern Wortes aber ursprünglich num im Texte gestanden habe, so daß mithin die Stelle im Zusammenhange so lauten müsse: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt: num neutri frater superstes fuit, quasi (als Grund des vorhergehenden Satzes, wie das folgende quia) utrique ultimi u. s. w. bis sumitur. Hiernach würde also Tryphonin den Satz als ausgemacht zum Grunde legen, daß der Eine den Anderen nicht überlebt habe, die Entscheidung selbst aber von dem Grunde jenes Satzes abhängig machen. Hat also (so würde er fragen,) Keiner den anderen überlebt, weil sich gewissermaßen Beide als die Zuletztgestorbenen ansehen lassen? oder: weil Niemand für den Zuletztgestorbenen zu halten ist, indem von einem Ueberlebenden überhaupt nur in Beziehung auf einen früher Gestorbenen die Rede seyn kann? Billigt man den letzteren Grund, also: Niemand hat den Anderen überlebt — denn es ist logisch gar nicht möglich, hier von dem

---

24) *Cujacii Papinianus*, ad lib. 13. Quaest. Pap. ad leg. cit. — Anders interpretirt die Stelle *de Retes* (p. 369.) wegen der Worte: si *substitutus* ignoret.“

Ueberleben des Einen oder des Anderen zu sprechen — es ist mithin Keiner der Letzte, — so fehlt die Voraussetzung ganz, von welcher die Wirksamkeit der Substitution abhängt. Nimmt man dagegen an: Beide waren die Letzten, so tritt auch der Substitut an die Stelle von Beiden. Diesen Grund nun billigt Tr. „Sed superior sententia magis admittenda est, ut (so daß also) utrique heres sit.“ Hierzu passen denn auch sehr gut die weiter folgenden Erläuterungen durch den supremus und proximus, wobei überall nicht eine Collision mit Anderen vorausgesetzt werde, sondern nur, daß man durch Niemand ausgeschlossen sey, ferner die Wiederholung des hier nur etwas anders gestellten Entscheidungsgrundes am Schlusse: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt.“

Doch ist allerdings nicht zu läugnen, daß nach dieser Erklärung des Tr. Deduction mehr Spitzfindigkeit als logische Schärfe verräth; und dieser Umstand insbesondere scheint einer Erklärung meines Collegen Schilling sehr zur Empfehlung zu gereichen, wenn ich gleich die Nothwendigkeit der von ihm vorgeschlagenen Emendation nicht einsehe, sobald man nur die Worte: num neutri etc. und an neutri etc., nicht für die eigentliche Frage, sondern für den durch die Frage näher zu bestimmenden Satz hält, die Worte: ut utrique heres sit aber (— und dagegen werden Grammatik und Logik noch weniger etwas zu erinnern haben) ebenfalls nicht für den Fragesatz selbst, sondern für einen bloßen Folgesatz aus diesem erklärt. Die Interpretation des Hrn. Prof. Schilling nun, die ich hier mittheile, lautet also:

„In der L. 9. pr. D. de reb. dub., und zwar in dem Satze: in proposita autem quaestione etc., scheinen mir zwischen den Worten: ubi simul perierunt, utrum, (welches letztere Wort in den Gothofredischen Ausgaben und bei Haloander steht,) — und den: *quia*, cum neutri etc. folgende drei Worte ausgefallen zu seyn: *utrique* (oder auch utrisque) heres est, so daß der Satz vollständig so lautet:

In proposita autem quaestione ubi simul perierunt, utrum utrique heres est, (oder vielleicht auch des Wohlklangs wegen: num utrique heres est, so daß jenes utrum aus dem utrique entstanden ist,) quia, cum neutri frater superstes fuit etc.? an vero neutri, quia comparatio etc.? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit. — Die Annahme jener ausgefallenen Worte scheint mir aus einem doppelten Grunde nothwendig: 1) wegen der Frage: an vero neutri, welcher offenbar eine entgegengesetzte Frage vorausgegangen seyn muß; 2) wegen der Entscheidung: sed superior sententia etc., worin der Inhalt der obigen Frage bestimmt angedeutet wird. Ohne die Annahme jener Worte würde die zweite Frage: an vero neutri, auch grammatisch betrachtet, keinen bestimmten Gegensatz haben; statt des Dativs neutri müßte man vielmehr den Nominativ neuter erwarten, damit die zweite Frage mehr correspondire den Worten der ersten Frage: quasi utrique ultimi decessisse videantur. (Denn diese Worte muß man nach der gewöhnlichen Lesart für Worte der Frage selbst halten, während ich sie, in Verbindung mit quia, für den vom Juristen angeführten Grund, warum die erste Frage bejahend beantwortet werden kann, ansehe [25]). Ferner würde ohne die Annahme jener ausgefallenen Worte das Mißverhältniß entstehen, daß blos der zweiten Frage, nicht auch der ersten, ein Grund, der für sie spricht, beigefügt wäre. Endlich müßte man auch bei der vom Juristen gegebenen Entscheidung beider Fragen erwarten, daß sie den Worten der ersten Frage, für die sie ausfällt, mehr angepaßt, und statt: ut utrique heres sit, vielmehr so gestellt worden wäre: ut quasi utrique ultimi decessisse videantur [26]. Alle

25) So auch ich; allein ich beziehe in der mir eigenthümlichen Erklärung die Frage selbst eben auf diesen Grund. M.

26) Gewiß ist es eben so sehr im Geiste der römischen Juristen anzunehmen, daß Tr. hier, ohne den vermittelnden Vordersatz zu

diese Schwierigkeiten fallen weg, wenn man die von mir vorgeschlagenen drei Worte als den Inhalt der ersten Frage annimmt, und alles hängt dann, däucht mir, wohl zusammen. Die zweite Frage correspondirt der ersten; (denn hinter den Worten: an vero neutri, ist in Gedanken zu suppliren: heres est.) jeder Frage ist ein Grund beigefügt, und die Entscheidung entspricht in den Worten eben so, wie im Gedanken, ganz der ersten Frage. — Daß übrigens in den Handschriften oft Worte ausgefallen sind, bedarf für Sachkundige keines weiteren Beweises."

XXVIII.

Nachtrag zu dem Aufsatz über L. 34. T. 2. D. de pignoribus. (Bd. IV. H. 1. Nr. VII. S. 31.)

Vom
Professor Dr. Baumbach, in Jena.

I. Schon bei einer andern Gelegenheit habe ich die Nachweisung gegeben, welche jedoch passender hier steht, daß sich die richtige Ansicht der L. 34. §. 2. bereits in zwei sehr alltäglichen Büchern findet, in D. Gothofreds Noten zum Corp. jur. civ. und in Westphal's Pfandrecht, dritte Aufl. S. 92. Note 58. Daß sie da nicht früher von mir bemerkt worden, wird man mir um so weniger zur Last legen, da selbst einem Glück jene Vorgänger gänzlich unbemerkt geblieben waren. Jetzt sehe ich nun freilich aus *Mudaci* commentar. de pignorib. Cap. quae res obligatae

wiederholen, auf den die Untersuchung zunächst gerichtet war, sogleich das aus demselben sich ergebende Resultat habe folgen lassen. M.

intelligantur, §. 9. pag. 56. und aus *Bachov.* tract. de pign. lib. 1. cap. 6. §. 13. [1]), daß unsere Stelle von den Interpreten schon zu gar mancherlei verwendet worden ist: vollends aus *Negusant.* Part. II. membr. 2. §. 11. 12. und membr. 4. §. 166. Indessen kann ich noch einen literärischen Nachtrag zu meinem Aufsatze S. 36. Note 9. geben, welcher wenigstens beweist, wie ein bedeutender Civilist so ganz und gar keinen Anstoß an der L. 34. genommen, also ohne Zweifel meine einfache Erklärung umfaßt hat. Peter Pithöus bemerkt gelegentlich, an einem Orte, wo man es schwerlich gesucht hätte, zur Mosaic. et Rom. leg. collatio, tit. 4. §. 7. [2]) folgendes:

> „est Muciani ingenii, de jure *aperto* praecise ad propositum respondere, ut in *L.* 34. *P. ult. D. de pignorib.* si modo Florentina scriptura retineatur.«

Hierbei wird man zwar den kleinen Irrthum, der auch den heutigen Schriftstellern nicht ganz fremd ist [3]), gern übersehen, daß unser Cervidius, aus der Antoninenzeit, den Namen eines Zeitgenossen Cicero's erhält, zumal da dieses sogar die Auctorität von Cujacius für sich hat [4]). Dagegen gestehe ich, daß ich über die letzten Worte: „si modo Florentina scriptura retineatur" lange nachgedacht habe, ohne ihre Bedeutung zu errathen: auch das gab keine Aushülfe, daß der Grammatiker in Duker's Sammlung der opuscula de latinitate ICC. veterum, p. 344. [5])

---

1) edit. 1627. pag. 24.

2) in *Schulting.* Ipd. Antejust. p. 794. not. 46.

3) Man sehe z. B. Dabelow's Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1801. 4. S. 204.

4) Vergl. *Bertrandi* βιοι νομικῶν, lib. 1. cap. 18. T. 2. edit. Hal. 1718. (in *Frank.* vit. tripart. ICC. veter. Part. II.) pag. 101. und *Stockmann.* ad *Bach.* hist. jpd. Rom. edit. 5. 1796. pag. 463.

5) *Heinecc.* ad *Brisson.* de V. S. voc. *mutare.*

einen, von dem Herausgeber schon widerlegten, Unterschied zwischen *mutuare* und *mutuari* macht, und ersteres blos von „*mutuum dare*“ verstanden wissen will; denn gerade gegen diese Unterscheidung würde auch unsere Stelle nach Haloander's Lesart „*mutuavit*“ einen unübersteiglichen Beweis abgeben, indem diese, in jener Bedeutung genommen, auf keine Weise in den Zusammenhang paßt, mithin, da sie hier der Florentinischen Lesart „*mutuum accepit*“ völlig gleichsteht, derselben auch von Pithöus unmöglich entgegengesetzt worden. Offenbar sollen daher jene Worte nur andeuten, daß Pithöus die Zahl der Stelle nach Taurellus, nicht nach Haloander anführt, bei welchem letztere den Anhang zu einer [6]) L. 35. bildet, wie auch schon a. a. O. S. 33. 34. bemerkt worden ist. Aber freilich würde er seinen Lesern dieses Verständniß gar sehr erleichtert haben, wenn er, wie jetzt von Hugo mit so gutem Grunde geschieht, die abweichende Zahl neben der florentinischen in Klammern angeführt, und durch diese kurze Andeutung den längern und dennoch unverständlichen Zusatz ganz und gar entbehrlich gemacht hätte. Auch Kleinigkeiten solcher Art nehmen die Aufmerksamkeit des für Dritte Schreibenden in Anspruch!

II. Ein anderer literärischer Nachtrag mag hier zur Vervollständigung der, S. 36. Note 9. aufgezählten und verbürgten Abdrücke der seltenen Schrift des *Donellus*, de pignoribus et hypothecis, stehen. Ich bin jetzt im Stande, noch zwei, bisher (wie ich glaube,) unbekannt gebliebene hinzuzusetzen, wovon ich den ersten vor Kurzem aus einer Erfurter Auction erhalten habe, der zweite hingegen von Herrn Oberappellationsrath Andreä [7]), gleichfalls vor nicht langer Zeit, angekauft und mir gefälligst mitgetheilt worden ist.

---

6) NB. ersten; denn die L. 35. bei Taurellus führt auch bei Haloander dieselbe Zahl!

7) Demselben Gelehrten verdanke ich die Mittheilung eines ältern

Der letztere, worüber nichts zu bemerken, befindet sich in der Sammlung:

Selecti tractatus juris varii . . . in . . . materia assecurationis et cautionis . . . : jura pignorum et h., fidejussionum, excussionum, arrestationum, repressaliarum, assecurationum, sequestrationum, cessionum . . . complectentes . . . Coloniae ap. G. Calenium . . . 1569. fol.

und steht hinter Negusantius, womit die Sammlung eröffnet wird, S. 193., worauf S. 221. Balduin und viele Andere folgen.

Der erste ist merkwürdiger in seiner Beziehung zu dem a. a. O. unter a. nach Haubold ohne Angabe des Druckorts erwähnten ältesten von 1558., indem mein trefflicher Gewährsmann gegenwärtig [8]) das Vorhandenseyn dieses ältesten Druckes dadurch zu bezweifeln scheint, daß er an dessen Stelle einen andern setzt: „Lugd. 1562." Gerade dieser letztere ist nun in meinem Besitze, jedoch nicht mit dem Gepräge eines ersten (Einzeln-) Drucks, sondern vielmehr als ein Gesammt- (Nach-) Druck mit andern, das Pfandrecht betreffenden Schriften. Die Sammlung hat den Titel:

Tractatus de pignoribus et h., autore Dn. Ant. *Negusantio*, Franc. *Balduino* et Hug. *Danello*

Drucks von *Negusantius*, welcher sich auf dem Titel als „*nuperrime* ... quam *hactenus* fuerit *emendatior* redditus" ankündigt, also Vorläufer hat, Lugd. ap. haer. Jac. Giuntae. 1549. 8. Schon dadurch würde die im ersten Buche meiner Ansichten des classischen Pandektenrechts, S. 15. Note 7., geäußerte Bedenklichkeit über das Verhältniß zu Cujacius gehoben worden seyn, wenn es auch nicht zuvor schon aus inneren Gründen geschehen wäre: *Negus.* bezeichnet sich selbst Part. VI. membr. 1. P. 43 a. als Zeitgenossen von Carl Ruinus († 1530.) und Philipp Decius († 1535.).

8) Doctrinae *Pandectarum* lineamenta. Lips. 1820. pag. 491. unter den addend. zu p. 192.

ICC. Quibus Dn. P. *Vanderani* tractatum de privilegiis creditorum, uti symbolizantem *nove* adjecimus . . . Lugduni ap. haer. Jac. Juntac. 1562. octav. [9]),

und enthält Donellus zwischen Regusant und Balduin (nicht in der Reihenfolge des Titels!) S. 560—652. So würde es denn wohl noch einen ältern, und zwar theils Einzeln-Druck, theils sogar (wie das, blos bei Vanderanus gebrauchte „*nove adjecimus*" zu beweisen scheint) Gesammt-Druck geben: was ich um so eher glauben möchte, wenn hier Einmal auch der gewissenhafteste Literator, dessen Blick keine Notiz dieser Art zu entgehen pflegt, durch das Verzeichniß der obengenannten Versteigerung getäuscht worden wäre; denn dieses enthielt allerdings die (absichtlich?) irreführende Bezeichnung: „Donell. de pignor. Lugd. 1562." Ja! Donellus nennt Duaren (außer welchem er nur noch Baro, † 1550. und Connanus, †. 1551. anführt) „*noster*": woraus zu schließen, daß Duaren, der 1559. starb, wohl noch lebender College von Donellus zu der Zeit war, als dieser sein Werk de pignoribus schrieb [10]). Daß der letztere von Balduin's Schrift, welche, von Heidelberg aus, schon 1775. zu Basel erschien, schweigt, beweist freilich in keiner Hinsicht etwas; denn wie leicht vermochte hierauf, bei Donell's Bleiben in Bourges, die Feindschaft zwischen Duaren und Balduin einzuwirken! Balduin's Lehre, Mudäus († 1561.), dessen Commen-

9) In dem Auctionsverzeichniß der König'schen Bücher (Halle 1821.) S. 49. Nr. 347. bemerke ich in diesem Augenblicke einen ähnlichen Titel: Tractatus de p. et h. Lugd. 1584. fol. — wahrscheinlich auch eine solche Sammlung!

10) Dieses würde denn allerdings für die von Haubold in den *Institt.* j. R. priv. lineam. pag. 231. aufgeführte Ausg. des letztern von 1558. sprechen. Wer aber besitzt sie? oder nur, wer hat sie gesehen?

tarien erst 1563. gedruckt wurden, konnte er jedoch noch nicht erwähnen, wenn gleich auch in dessen Schrift de pignoribus, als ein postumum, zwar von Zasius, Budäus, Alciat, nicht aber von andern berühmten Civilisten dieser Zeit die Rede ist.

III. Der im Eingange des §. 1. S. 31. erwähnte Rechtssatz ist, soweit die angeführten zwei Beweisstellen denselben unmittelbar begründen, durch das Ausfallen [11]) der Worte: „auf fremde Sachen", nach der Zeile: „Bei zwei zu verschiedener Zeit entstandenen Hypotheken," einigermaßen entstellt worden. Sonst ist es freilich eine, dem denkenden Rechtsgelehrten sich unabweisbar aufdringende Frage, inwiefern jener Rechtssatz, organisch entwickelt, auch andere Fälle umfaßt: namentlich auch den, wo zwei besondere Pfandrechte auf fremde Sachen zusammentreffen? Hierüber verbreitet sich in der genannten Umgebung (auch mit Rücksicht auf die Stelle von *Africanus*, L. 9. P. 3. D. qui potiores in pign, sowie die von *Paulus*, L. 14. D. cod. und andere) meine noch ungedruckte Abhandlung „vom Vorzug der Pfandrechte in Betreff späterer Erwerbungen des Schuldners," welche ich demnächst mitzutheilen gedenke.

XXIX.

Ist der deferirte oder der vom Richter auferlegte Eid für geleistet zu halten, wenn derjenige, welcher sich zur Ableistung bereit erklärt hat, vor der Ableistung stirbt?

Von

Dr. v. Lindelof, Canzlei-Assessor zu Oldenburg.

---

§. 1.

Bestimmte Gesetze über die Frage: *juramentum acceptatum an post mortem habeatur praestitum?* besitzen

11) Auch S. 33. Note 8. letzte Zeile, hinter „Cod." ist beizufügen: „von 1527." Außerdem l. S. 36. Z. 1. „d. i." — S. 39. Note 12. „Westenberg". — S. 40. Note 13. „factae."

wir nicht, und welche allgemeine Grundsätze enscheiden sollen, ist unter den Rechtsgelehrten vielfach bestritten. Viele, besonders ältere, Juristen stellen unbedingt den Satz auf: *nemo moriens immemor censetur salutis aeternae*, beziehen sich dabei auf L. 6. C. ad Leg. Jul. repet. (9. 27.), und folgern daraus allgemein: *mortem esse loco jurisjurandi.* Andere zucken mit Baldus die Achseln, und sagen: *non omnis moriens est Evangelista Joannes!* und je nachdem diese einiges oder gar kein Gewicht auf die singuläre Natur des Eides legen, zerfallen sie wieder in zwei Parteien; daher sich die verschiedenen über jene Frage existirenden Meinungen in drei Hauptklassen bringen lassen.

§. 2.

1. Schon Bartolus mit andern Rechtsgelehrten des Mittelalters folgte dem religös-mistischen Geiste seiner Zeit, den damaligen Ansichten des Clerus, und entschied unbedingt, „der Tod müsse der wirklichen Ableistung des Eides gleich geachtet werden.“ Gleicher Meinung waren später viele durch Ruhm ausgezeichnete Männer wie Alciat, Zasius, Stryk, Gail [1]) u. a. m. Bei deren Autorität konnte es nicht fehlen, daß eine dem Zeitgeiste entsprechende Meinung in manchen Ländern gesetzlich sanctionirt wurde; so z. B. durch die Nürnberger Reformation. T. VII. L. 9. §. 4., die sächsische Gerichtsordnung P. I. Const. 24., die Cellesche Oberappellationsgerichts-Ordnung Thl. II. Tit. 8. Sec. 3. §. 11. 12. Im Sächsischen und im Hannöverschen, wo viele praktische Juristen lebten und schrieben, suchten manche Autoren den Satz schon nach gemeinem Rechte

1) *Gail* sagt (Lib. II. Obs. 43.): mit *Alciat*: omnia jura quae volunt credi juramento damnum passi, vel alterius querulantis, aut accusatoris, procedere, quando ... mortuus sit actor ... ante praestationem juramenti, quia mors ejus pro juramento in omnibus, ubi requiritur juramentum, habetur. — Cf. *Cocceji*, jus controv. Tit. de jurej. Qu. 40.

zu vertheidigen, oder entschieden blos die neben jener gesetzlichen Bestimmung übrig gebliebenen Zweifel; dagegen bei der Anwendung dieser Entscheidungen in andern Ländern nicht immer genugsam berücksichtigt wurde, daß sie sich auf sächsische oder hannöversche Gesetze bezogen.

§. 3.

2. Diese Meinung bestritt später *Leyser*, Med. Sp. 144. med. 2., der nur mit Einschränkungen jenen Satz annehmen wollte. Er drückt seine Meinung so aus:

„Ego certe illam opinionem admitto, non tamen aliter, quam si tria haec concurrant, ut appareat:

1) offerentem virum integrum probumque, nec de levitate suspectum esse,
2) oblationem non tantum per procuratorem, sed ab ipso et serio quidem factam fuisse,
3) praestationem jurisjurandi non mero casu, sed facto quodam adversarii, i. e. tergiversatione in jurando de calumnia vel protestatione, impeditam esse, ut adeo culpa aliqua adversario imputari possit.“

Diese Theorie hat viele Anhänger gefunden, namentlich Claproth[2], Bülow und Hagemann[3]. Malblanc[4] unterscheidet noch auf andre Weise.

§. 4.

3. Dagegen fehlte es schon zu Leysers Zeit nicht an Juristen, die jenen Grundsatz nach gemeinem Recht verwarfen, und nur dann den Eid als abgeschworen betrachteten, wenn der Verstorbene durch wirkliche Schuld des Geg-

2) Ordentl. Proceß. Thl. I. §. 327.

3) Praktische Erört. B. III. Erört. 20.

4) Doctrina de jurej. §. 56.

ners verhindert war [5]). Dieser Meinung sind auch die meisten neuern Rechtsgelehrten gefolgt [6]).

Dabei erhebt sich der Hauptzweifel: „ob zu den Verzögerungen des Processes, welche jenen Nachtheil zur Folge haben sollen, auch der Gebrauch unbegründeter Appellationen und Rechtsmittel gehört", weil gerade für diesen Fall die L. 12. C. *de reb. cred.* (4. 1.) ein Vorbeugungsmittel zuläßt, nämlich die wirkliche Ableistung des Eides in perpetuam rei memoriam. (§. 10.)

Pufendorf a. a. O. unterscheidet, ohne der L. 12. cit. zu erwähnen, zwischen dem zugeschobenen und dem vom Richter auferlegten Eide; nur bei ersterm, als auf einem Vertrage beruhend, lasse sich, sagt er, ein Verhindern durch Schuld füglich denken, nicht wohl bei letzterm; daher der nothwendige Eid fast nie des Todes wegen für wirklich abgeleistet angenommen werden könne; sondern hier müsse der Richter in der Regel untersuchen, ob die Erben des Verstorbenen, oder ob der Gegner nach Lage der Sache zum Eide zugelassen werden solle. Aus diesem Unterschiede folgert er, daß die Cellesche OAGOrdnung, welche nur vom deferirten Eide spricht [7]), auf den nothwendigen Eid nicht ausgedehnt werden könne; dagegen Struben, so wie Bülow und Hagemann a. a. O. jene Ordnung auch auf den nothwendigen Eid beziehen.

---

5) *Lauterbach* Comp. jur. p. 185. — *Pufendorf* Obs. jur. univ. T. I. Obs. 56. — Struben, rechtl. Bed. B. IV. Bed. 2. — M. s. a. *Müller*, promt. jur. voce: juramentum.

6) Gönner, Handbuch des bürg. Proc. B. II. S. 312. Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. §. 95. Thibaut, Pand. Syst. B. III. §. 1164. Note x. Martin, bürgerl. Proc. §. 219. Note b.

7) Thl. II. Tit. 8. Sect. 3. §. 12. und Hagemanns Anmerk. (Nr. 2.)

§. 5.

Nach dieser kurzen Darstellung der über die obige Rechtsfrage aufgestellten Hauptmeinungen gehe ich zu einer ausführlichern Entwickelung meiner Ansicht über.

Sowohl bey dem zugeschobenen, als bey dem vom Richter auferlegten Eide, ist das künftige Rechtsverhältniß von der wirklichen Ableistung desselben, also von einer Suspensiv-Bedingung, abhängig. Wird die Erfüllung dieser auf eine bestimmte Person gerichteten Bedingung durch den Tod derselben unmöglich, so kann die Bedingung in der Regel nicht von den Erben erfüllt werden [8]); vielmehr ist, wie bei jedem von einer Bedingung abhängigen Rechtsverhältniß, zu unterscheiden: ob die Ableistung des Eides durch Zufall unterblieben ist, oder durch ein Verschulden dessen, gegen den der Eid gerichtet war.

§. 6.

I. Wenn kein Verschulden des letztern, sondern ein reiner Zufall die Nichtableistung des Eides veranlaßt hat, so kann auf das wesentlich veränderte Verhältniß nicht das übertragen werden, was früher bestimmt war. „Casus fortuiti a nemine praestantur" ist eine in der Natur der Sache begründete Rechtsregel [9]), die wir in den mannigfaltigsten Beziehungen ausgesprochen finden, und deren Anwendung auch hier nichts im Wege steht.

Es haben zwar viele ältere Rechtsgelehrte (§. 2.) selbst dann, wenn die Ableistung des angenommenen Eides durch einen Zufall unterblieben war, den Tod als Surrogat des Eides ansehen wollen; ein Sterbender, so dachten sie, dem

---

8) L. 51. §. 1. L. 69. L. 94. D. *de condit. et demont.* (35. 1.) — L. 122. §. 4. D. de V. O. (45. 1.) Geigers u. Glücks Rechtsfälle B. III. Nr. 35.

9) L. 23. in fin. D. de R. J. (50. 17.) — L. ult. D. *de condict. caus. dat. caus. non secut.* (12. 4.). — L. 15. §. 6. D. *locati.* (12, 2.).

sein zeitliches Gut nichts mehr nütze, dem die Verantwortlichkeit des Unrechts vor dem Throne des Ewigen so nahe bevorstehe, befinde sich mit dem Schwörenden wenigstens auf einer Linie. Dagegen läßt sich nicht blos der Zweifel erheben, ob denn jeder Sünder sich im Augenblick des Todes zum guten Christen bekehre [10]), (non omnis moriens est Evangelista Joannes.) sondern auch die Betrachtung anführen, daß nicht jeder Sterbende eigentlich auf den Eid stirbt, wie dies von einem zum Tode verurtheilten Verbrecher gilt, der schon bereit zum Tode sein Bekenntniß gegen den Mitschuldigen wiederholt, und in der That seine Aussage mit dem Tode besiegelt. Viele Menschen, bemerkt Gönner [11]) sehr richtig, werden durch den Tod übereilt, die wenigsten denken in ihren letzten Lebenstagen an ihre Processe und an die Eide, zu deren Leistung sie sich oft vor langer Zeit erboten haben; oft wird der Sterbende aus Schonung von jenen Personen, welche ihn in den letzten Lebensstunden umgeben, von der widrigen Erinnerung an seine Processe abgehalten. Erwägt man noch, wie oft selbst der unbescholtenste Mann im Augenblick vor der Leistung des mit gutem Vorbedacht angenommenen Eides davon zurücktritt, so wird man sehr geneigt seyn, den unbedingten Satz „*mors loco jurisjurandi*“ ganz aufzugeben, und lediglich nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen von bedingten Rechtsgeschäften zu verfahren. Also darf der Eid wegen des eingetretenen Zufalls zwar nicht als geleistet angesehen, aber eben so wenig aus diesem Grunde für desert erklärt werden; sondern, da der Annahme des Eides stillschweigend der Vorbehalt zum Grunde liegt: „falls die wirkliche Ableistung nicht durch den

---

10) Leyser a. a. O. führt das Beispiel vom Cardinal Richelieu an, der selbst auf seinem Sterbebette, ungeachtet des Zuredens seiner Beichtväter, keine christliche Gesinnungen annehmen wollte.

11) Gönner, Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. B. II. Abth. 2. S. 507.

Tod unmöglich werde", so ist zwischen beiden Extremen ein Mittelweg einzuschlagen. Der frühere Bescheid, wodurch auf den deferirten oder nothwendigen Eid erkannt wurde, ist zu rescindiren, und ein neues, den veränderten Verhältnissen entsprechendes, Erkenntniß zu substituiren.

§. 7.

1. Was das juramentum *delatum* betrifft, so können die Erben jetzt nicht verlangen, zu diesem Eide zugelassen zu werden, selbst dann nicht, wenn sie, wie ihr acceptirender Erblasser, de veritate zu schwören sich erbieten. Denn die Uebereinkunft mit dem Verstorbenen beruhte leichtmöglich und der Regel nach auf persönlichem Vertrauen, oder auf der Ueberzeugung, daß jener die beste, unmittelbar aufgefaßte, Kenntniß von der affirmativ oder negativ zu beschwörenden Thatsache habe; und es ist ein durchgreifendes Princip, daß im Fall ein Beweismittel in Folge eines Zufalls seinen Zweck in der Art verfehlt hat, daß dasselbe ohne Schuld des Beweisführers verloren geht, ehe der Beweisgrund hervorgebracht wurde, dem Beweisführer, hier dem Deferenten, freystehen muß, sich aller der Beweismittel zu bedienen, deren er sich vor der Beweisantretung, hier vor der Eidesdelation, hätte bedienen können; er darf jetzt zu Zeugen, Urkunden, oder auch zur Eidesdelation gegen die Erben (nach dem Grade ihrer Wissenschaft), seine Zuflucht nehmen [12]). Wenigstens aber würde ihm die Restitution gegen den Ablauf der etwan abgelaufenen Beweisfrist nicht versagt werden können [13]).

§. 8.

2. Beim juramentum *necessarium* hat das Gericht (und zwar wenn das letzte Erkenntniß in einer höhern Instanz erfolgt ist, dasjenige, bei dem der Eid geschworen werden soll, bei dem also die Sache jetzt anhängig ist), aufs

---

12) Gönner, in dem Handb. Thl. 2. Abh. 39. §. 6.

13) Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 95.

neue zu beurtheilen [14]), ob es unter den wesentlich veränderten Umständen angemessener ist, „den Erfüllungseid in einen Reinigungseid, oder, wenn auf den Reinigungseid erkannt war, diesen in einen Erfüllungseid des Gegners zu verwandeln, oder endlich, ob die Erben des Verstorbenen zum Eide zuzulassen.« Wenn z. B. einer stuprata der Erfüllungseid zuerkannt wäre, und diese stürbe, ohne daß der angebliche stuprator durch seine Schuld die Ableistung des Eides verhindert hätte, so würde jetzt in der Regel letzterm der Reinigungseid aufzulegen seyn, da er de veritate schwören kann, und der Eid der Erben de ignorantia hier sehr wenig bedeuten würde. — Wäre umgekehrt dem angeblichen Schwängerer der Reinigungseid auferlegt, und dieser ginge mit Tod ab; so würde die Geschwängerte zum Erfüllungseide zugelassen werden können, falls bei halbem Beweise in den persönlichen Verhältnissen des Verstorbenen der Grund lag, weshalb ihm der Reinigungseid zuerkannt wurde [15]).

---

14) Nach den allgemeinen Principien in einer solchen Collision. Martin in dem Lehrb. des bürgerl. Proc. §. 179. und dieses Archiv f. d. civ. Pr. B. 4. Abth. 21. S. 276. f.

15) In einer Sache, wo dieses der Fall war, wo man bei der Wahl zwischen dem Erfüllungs- und Reinigungs-Eide sehr geschwankt, wo das Landgericht auf erstern, die Justizkanzlei auf letztern erkannt hatte, verlangte die Geschwängerte, nachdem der angebliche Schwängerer vor Ableistung des Reinigungs-Eides gestorben war, zum Erfüllungs-Eide zugelassen zu werden. Die Vormünder der Kinder des Verstorbenen, zur Erklärung aufgefordert, verlangten im Gegentheil, daß nunmehr die Wittwe des Verstorbenen (die, weil sie wieder geheirathet hatte, zwar nicht Vormünderin ihrer Kinder, aber doch mit in lite war,) zum Glaubens-Eide zugelassen werde, zu dessen Abstattung sie um so mehr bereit sey, da ihr verstorbener Ehemann bis zu seinem Tode beständig versichert habe, daß er den Eid ableisten könne. — Das Landgericht schlug das Gesuch der Geschwängerten ab, und hielte die Vormünder zur Abstattung des Reinigungs-Eides de credulitate für zuläßig. Die stuprata appellirte gegen die-

§. 9.

II. Wenn der Verstorbene durch die Schuld seines Gegners von der Ableistung des bereits angenommenen Eides abgehalten ist, so kommen auch hier die von der Erfüllung der Bedingungen geltenden Rechtsregeln zur Anwendung.

L. 161. D. de R. J. (50. 17.) und L. 24. D. de *condit. et demonst.* (35. 1.)

Quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.

L. 172. 52. D. de R. J.

Unicuique sua mora nocet.

L. 39. D. de R. J.

In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quo minus fiat.

Pufendorf a. a. O. hält diese Grundsätze freilich nur beim zugeschobenen Eide für anwendbar, weil dieser einen Vergleich, der nothwendige Eid hingegen ein Ueberzeugungsmittel des Richters enthalte. (§. 4.). Aber wenn man auch den zugeschobenen Eid einzig und allein aus

---

sen Bescheid; die Appellaten adhärirten in der Folge dieser Appellation, und erklärten: daß die mitappelatische Wittwe, da sie die beste Wissenschaft von der Sache habe, zum Eide zugelassen werden müsse, dagegen die mitappellatischen Vormünder mit dem ihnen nachgelassenen Eide ihr Gewissen nicht beschweren wollten, noch könnten. Die herzogl. Oldenburgische Justizkanzlei fand die Beschwerde der Appellation begründet, und erkannte nach den oben ausgeführten Grundsätzen folgendermaßen:

nunmehr aus den Akten so viel zu befinden, daß nach dem Absterben des Beklagten der demselben durch das Erkenntniß vom 4. Okt. 1817. auferlegte Reinigungs-Eid von seiner Kinder Vormünder de credulitate nicht abzustatten, sondern, mit Rescision dieses Erkenntnisses und Aufhebung des Decr. a quo vom 18. Dec. 1818., die Appellantin zum Erfüllungs-Eide zuzulassen sey.

dem Gesichtspunkte eines Vergleichs betrachten könnte — was übrigens nicht der Fall ist [16]), — so muß doch der, welcher seinen Gegner des Mittels, den Richter zu überzeugen, beraubt, den beabsichtigten Vortheil einbüßen. Die Lehre von dolus und culpa läßt sich demnach auf beide Beweismittel anwenden, und es bleibt nur noch die Frage zu untersuchen übrig: was unter mora des Gegners zu verstehen sey, und welche Nachtheile aus dem Verschulden hervorgehen? —

§. 10.

Wenn es gleich in den meisten Fällen schwierig seyn mag, zu entscheiden, ob die Gegenpartei sich im Verzuge befinde, so schließt diese Schwierigkeit doch den Begriff der mora und deren Beweis nicht aus. Was insbesondere den Gebrauch von Rechtsmitteln betrifft, wodurch die Ableistung des Eides am häufigsten verhindert wird, so enthält derselbe zwar an sich nichts unerlaubtes;

L. 63. de R. J.

Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

aber in eben dieser Stelle heißt es: „*sine dolo malo*"; daher, wenn sich aus der ganzen Verhandlung ergibt, daß die Appellation frivol, nur zum Verschleif der Sache, eingewandt war, der Appellant als in Schuld und im Verzuge befindlich anzusehen ist [17]).

Das stärkste Argument für die Meinung derer, welche hier die Nachtheile des Verzugs nicht eintreten lassen wollen, ist die L. 12. C. *de rebus creditis et de jurejur.* (4. 1.) [18]),

---

16) *Malblanc*, doctr. de jurejurando. §. 41. 46. (pag. 203.) J. H. *Böhmer*, de probat. per delat. juramenti. Exerc. ad Pand. T. III. Nro. 47. S. a. dieses Archiv, B. 2. Abh. 2. §. 3. S. 32. Note 15.

17) Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 95.

18) L. 12. pr. cit. *Generaliter de omnibus juramentis, quae in litibus offeruntur, vel a judice vel a partibus, defi-*

wodurch verordnet ist, daß der Appellation unerachtet mit der Abnahme des Eides verfahren werden solle [19]). Danach scheint es freilich, als wenn der Gegner, da er den Eid nicht mehr zu verhindern im Stande ist, rücksichtlich des Eides sich nie im Verzuge befinden könne, indem entweder der, welcher schwören soll, sich zu melden unterlassen, oder daß das Gericht den Eid abzunehmen widerrechtlich verweigert haben müsse. Aber schon im canonischen Rechte finden wir den Grundsatz, der in vielen Ländern durch Particulargesetze [20]) genauer bestimmt und weiter ausgeführt ist: „daß man unnütze Eide, weil sie der Religiosität und der Heiligkeit dieser Handlung schaden, zu verhindern sucht.“ Daher darf der Richter nicht wohl Eide abnehmen, die sehr bald nicht blos überflüssig werden, sondern sogar zu einem scandalösen Conflict Anlaß geben können. Ueberflüssig wird der Eid, wenn in den höhern Instanzen anders erkannt — höchst anstößig, wenn hier der andere zum Eide zugelassen, und von diesem nun das Gegentheil beschworen wird. Diese Möglichkeit zu

---

niendum est. Cum enim jam increbuit, judices in plenissima definitione sacramentum imponere: evenit, ut, provocatione lite suspensa, hi quidem, qui jusjurandum praestare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant: cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali juramento. . . . Omne igitur juramentum . . . sub ipso judice detur, non expectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

19) Coccejus (Jus controv. Tit. de jurej. Qu. 40.) Versuch, die Stelle anders zu erklären, ist vergeblich.

20) Z. B. in den Herzogthümern Oldenburg und Holstein durch die wohlthätige königliche Verordnung wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide, d. d. 11. Dec. 1758., und deren Extension auf den vormals großfürstl. Antheil des Herzogthums Holstein, d. d. Glückstadt 24. Oct. 1775. Corp. Const. Oldenb. Supp. III. P. 3. Nr. 42.

eröffnen, mag der Richter mit Recht Bedenken tragen, und so ist (wofür auch unser Gerichtsgebrauch streitet) die L. 12. cit. nur noch so weit bei uns anwendbar, daß die Parthei sich vor Gericht zur Ableistung des ihr obliegenden Eides erbieten kann. Veranlaßt alsdann die Gegenparthei durch ihr absichtliches Verziehen des Processes in die Länge die Nichtableistung des Eides, so hat sie die daraus entspringenden Nachtheile zu tragen. Da es aber immer möglich bleibt, daß auch ohnehin der Eid nicht abgeschworen worden wäre, so ist selbst unter vorliegenden Umständen bedenklich, dem bloßen Erbieten zum Eide die volle Wirkung des abgeleisteten Eides beizulegen.

Diese Möglichkeit und die Betrachtung, daß der durch den Verzug des Gegners verursachte Nachtheil nicht leicht völlig im Klaren seyn wird, macht ein Auskunftsmittel rathsam, welches der Lage der Sache vollkommen angemessen zu seyn scheint. Wollen nämlich die Erben aus dem nicht wirklich abgeleisteten Eide ein Recht herleiten, so mögen sie schwören, die doch wenigstens über das Nichtwissen den Eid leisten können. Die Erben können sich nicht gegen diese Maßregel auflehnen, da sie, die Repräsentanten des Verstorbenen, nur nach dem Grade ihrer Wissenschaft schwören sollen [21]), da es überdies, wollten sie diesen Eid nicht leisten, wahrscheinlich wird, daß der Erblasser auch nicht de veritate hätte schwören können. Der Gegner kann sich nicht beschweren, weil er es selbst dahin gebracht hat, daß nicht der Erblasser, sondern nur seine Repräsentanten zum Eide gelangen, und es durch ihren Eid noch wahrscheinlicher und juristisch gewisser wird, daß die Sache sich wirklich so verhalte, wie der Erblasser fortdauernd behauptet hat und beschwören wollte.

---

21) ein juramentum *hereditarium*. L. 12. cit. zu §. 10. n. 18. pag. 433. d. h. sein jur. *ignorantiae*, vel resp. *scientiae*. S. dieses Archiv, B. 2. Abh. 2. §. 4.

§. 11.

Diese Grundsätze gelten sowohl beim nothwendigen, als beim deferirten Eide, und es kann zweckmäßig seyn, auch ein Nichtglauben oder resp. Glauben der Erben in deren Eidesformel mit aufzunehmen [22]). In Rücksicht auf den angetragenen Eid muß den Erben auch noch die Zurückschiebung oder die Gewissensvertretung freistehen [23]), und sie werden von dem Gebrauch dieses Gegenbeeweises selbst dann nicht ausgeschlossen werden können, wenn auch der Verstorbene schon den Eid angenommen hatte; denn im Eide liegt zu viel individuelles, als daß man jetzt, da der Verstorbene ihn nicht abschwören kann, seinen Erben nicht alle durch die Eidesdelation ursprünglich begründeten Rechte einräumen sollte.

§. 12.

Nach dieser Ausführung läßt sich folgendes als Resultat aufstellen:

Wenn der Grund der Nichtableistung des Eides liegt:

1) in einem reinen Zufall, so ist der frühere Bescheid, wodurch auf den deferirten oder nothwendigen Eid erkannt wurde, zu rescindiren, und ein neues, den veränderten Verhältnissen entsprechendes, Erkenntniß zu substituiren. (§. 7 — 9.);

2) in einem absichtlichen in die Länge Ziehen des Processes von Seiten des Gegentheils — so können die Erben des Verstorbenen verlangen, nach dem Grade ihrer Wissenschaft zum Eide zugelassen zu werden.

§. 13.

Legislativ möchte folgendes bestimmt werden können:

---

22) S. dieses Archiv, B. 2. Abh. 2. §. 4. S. 34.

23) Entscheidungen des OAGer. zu Cassel, herausgeg. von B. W. Pfeiffer. B. 1. Nr. 12.

Weder der deferirte noch der vom Richter auferlegte Eid wird für geleistet gehalten, wenn derjenige, welcher den Eid angenommen, oder sich zu dessen Leistung erboten hatte, vor dessen Abschwörung gestorben ist, sondern jede Parthei kann mit bloßer Submission auf die vorigen Akten um Rescission des vorigen, und um ein neues Erkenntniß bitten. Wenn aber die Gegenparthei durch absichtliches in die Länge Ziehen des Processes die Nichtableistung des Eides veranlaßt hat, so können die Erben des Verstorbenen verlangen, nach dem Grade ihrer Wissenschaft zum Eide zugelassen zu werden.

XXX.

Interpretation der L. 86. *Titia* D. *ad Leg. Falcid.* (35. 2). L. 24. *Filium* C. *fam. errisc.* (3. 36.) und der L. 91. *In quartam* D. *ad Leg. Falcid.* (35. 2.), oder Erörterung der Controverse: „ob die s. g. Quarta Trebellianica etwas anders ist, als die Falcidia, angewandt auf Universal-Fideicommisse"?

Ebenfalls von dem
Dr. v. Lindelof, Canzlei-Assessor zu Oldenburg.

Die Interpretation jener schwierigen, mannigfaltigen Stoff zu Untersuchungen darbietenden Gesetze, und die Erörterung der davon abhängigen Rechtsfrage, beruhet wesentlich auf einer klaren und richtigen Ansicht vom Senatusconsultum Trebellianum und Pegasianum; daher über deren Inhalt und Verhältniß zum ältern Rechtssystem einige Bemerkungen vorauszuschicken sind.

§. 1.

Im ältern römischen Rechte gab es als Art, in das ganze Vermögen des Verstorbenen einzutreten, nur die hereditas, über welche der Erblasser in seinem Testament verfügen konnte; das ältere Civilrecht kannte aber kein Mittel, wodurch er seinem Erben auflegen konnte, die Erbschaft an einen Dritten wiederum herauszugeben, denn hier trat der Grundsatz ein: „semel heres, semper heres.“ Indeß halfen sich die Römer schon in früher Zeit dadurch, daß sie den Erben um die weitere Herausgabe baten, und es nun seiner Gewissenhaftigkeit überließen, den Auftrag zu erfüllen (testator *fidei* heredis commisit.) Ein juristisches Band war hierin nicht enthalten, wenngleich die Sitte den in eine solche Bitte gefaßten Willen des Tetastors heiligte. Als sich aber bei der Depravation der Sitten auffallende Beispiele zeigten, wo der Erbe sich über den Wunsch des Verstorbenen hinaussetzte, da erklärte August das Verhältniß für juristisch, und gestattete eine Klage daraus [1]).

§. 2.

Die Anordnung von Fideicommissen wurde immer häufiger, und die Erben, welche den Wunsch des Testators von nun an erfüllen mußten, sahen sich oft so sehr mit ihnen beschwert, daß durch Gesetze, wie bei übermäßigen Legaten durch die lex Falcidia, für die Aufrechthaltung des letzten Willens gesorgt werden mußte. Damals blieb nämlich der Erbe in juristischer Beziehung, dem Princip: „semel heres, semper heres“ gemäß, auch nach der Restitution Erbe; und weil Obligations-Verhältnisse nur durch eine successio universalis übergingen, so konnte nur er klagen, und nur gegen ihn konnte geklagt werden. Selbst wenn ihm noch etwas vom Nachlaß übrig blieb, war dieß nicht immer ein

1) §. 1. J. *de fid. hered.* (2. 23.) — L. 2. §. 32. D. *de origin. jur.*

hinreichendes Aquivalent für jene Unannehmlichkeiten; er zog es oft vor, auszuschlagen — und das ganze Testament fiel über den Haufen. Um diesem Uebel vorzubeugen, wurde zu des Kaisers Nero Zeit das Sct. *Trebellianum* erlassen, welches bestimmte: „wenn der Erbe die Erbschaft restituirt habe, so solle der Fideicommissar pro rata als Erbe betrachtet werden, active und passive Obligationsverhältnisse sollten also nach Maßgabe des Theils der Erbschaft, welcher ihm restituirt wurde, grade so übergehen, als wäre er zum Erben eingesetzt."

§. 3.

So war der eingesetzte Erbe oder Fiduciar freilich gegen Schaden geschützt, aber auch nach dieser Bestimmung konnte es leicht vorkommen, daß er gar keinen oder wenig Vortheil aus der Antretung zog, daß er also demungeachtet vorzog, die Erbschaft auszuschlagen. Diesem ward unter Vespasian durch das Senatusconsultum Pegasianum gänzlich vorgebeugt 2). Der Inhalt desselben war der: „wenn dem Erben nach der Restitution des Fideicommisses noch ein Viertel übrig bliebe, so sollte es nach dem Sto. Trebellianum gehen; bliebe ihm aber nach der Restitution entweder gar nichts, oder kein Viertel, so solle das Fideicommiß nicht als Fideicommiß, sondern als legatum partitionis behandelt werden."

Aus dieser wichtigen Bestimmung folgte, daß hier, wie bei jedem Legat, die lex Falcidia Anwendung fand, der Erbe also immer wenigstens ein Viertel von der Erbschaft für sich behielt. — Dagegen blieben freilich aus demselben Grunde, weil der Fideicommissar als Legatar betrachtet wurde, alle Obligationsverhältnisse, also auch die Klagen, activ und passiv, auf Seiten des Erben; — um aber diesen gegen den

2) *Cramer*, de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani. p. 101. sqq.

daraus hervorgehenden Schaden zu sichern, gingen der Fiduciar und der Fideicommissar stipulationes partis et pro parte ein, wonach beide versprachen: „pro rata die Schulden zu tragen, und an den ausstehenden Forderungen, wenn sie eingingen, sich pro rata participiren zu lassen;" — ganz so wie bei einem andern legatum partitionis."

Nachdem man so für das Interesse des Fiduciars gesorgt hatte, ward im Senatusconsult noch die ganz angemessene Bestimmung hinzugefügt: „daß wenn der Fiduciar auch auf diese Art die Erbschaft nicht antreten wollte, er vom Fideicommissar dazu sollte gezwungen werden können, wogegen dann aber der Fideicommissar tanquam heres in alle Rechtsverhältnisse des Nachlasses eintreten sollte, grade als wenn er ex Scto Trebelliano succedirte."

Aus diesem doppelten Inhalte des Scti Pegasiani, aus den Vorschriften theils über den freiwilligen, theils über den erzwungenen Antritt der Erbschaft, erklärt es sich, warum die römischen Juristen an zwei verschiedenen Stellen von demselben handeln: 1) im Titel ad legem Falcidiam, weil im Fall des freiwilligen Antretens der Erbschaft das Fideicommiß ganz wie ein Legat behandelt wurde, daher die lex Falcidia zur Anwendung kam; 2) ad Sct. Trebellianum, wegen der Antretung durch Zwang [3]).

Dies sind die Bestimmungen der beiden Senatusconsulte, des Trebelliani und Pegasiani, wie sie deutlich aus den Schriften der römischen Juristen, und aus dem Corpus juris hervorgehen [4]).

§. 4.

Justinian hat beide Senatusconsulte vereinigt, durch

---

3) *Cujacii* observ. Lib. VII. C. 5

4) *Gaji*, Instit. Comment. Lib. II. §. 254 257. 258. *Pauli*, sentent. L. IV. tit. 3. §. 3. *Ulpiani*, fragm. Tit. 25. §. 14. 15. J. de fid. hered. (2. 23.)

eine Verordnung, die verloren gegangen ist, deren Inhalt wir aber kennen aus §. 7. J. *de fideic. heredit.*

Dabei hat man Justinian vorgeworfen, daß er unrichtig sage: das Sct. Pegasianum sey aufgehoben, da doch nur nach diesem die Quarta abgezogen werden könne. Diesen Vorwurf verdient aber der Kaiser nicht, denn der Abzug des Viertels war nur Nebensache in dem pegasianischen Senatusconsult, nur eine Folge von der Hauptbestimmung über die Form, unter welcher die fideicommissarische Erbschaft gestellt war. Justinians Aenderung besteht darin, daß die fideicommissaria hereditas nie mehr als legatum partitionis, sondern immer als Erbrecht, (nämlich mit den Folgen des Scti Trebelliani) betrachtet werden solle; alle andern Sätze jenes Senatusconsults hat er stehen lassen. Daher fängt er mit der Schwierigkeit und Weitläufigkeit der stipulationes partis et pro parte an, und sagt dann weiter: placuit, exploso Scto Pegasiano, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto praestare, ut *ex eo* fideicommisariae hereditates restituantur; — nun werden alle verschiedenen Fälle, die beim Scto Trebelliano und Pegasiano vorkommen konnten, aufgeführt, und in Bezug auf die Fälle, wo sonst letzteres zur Anwendung kam, (tunc quando vel nihil, vel minus quarta apud heredem remanet) wird verordnet: ut liceat ei (heredi) ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum quasi ex Trebelliano Scto, pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Für den Fall des Abzugs der Quart ist also das Rechtsverhältniß in das Trebellianische umgeformt, jedoch ohne daß an dieser Quart selbst das mindeste geändert ist. Hier von einer Quarta Trebelliania, deren Namen die Römer nicht einmal kennen [5]), als von einem besondern und neuen Institut zu

---

5) *Brissonius*, de Verb. Signif. *Voc.* Falcidia. Nro. 3.

sprechen, wie zuerst die Glossatoren gethan haben, ist durchaus unrichtig [6]).

Wenn nun gleich die s. g. Quarta Tribellianica nichts anders ist, als die Falcidia, so hat doch jene insofern einen etwas weitern Umfang, als die Falcidia bei Legaten, also bei einzelnen Sachen, die der Erbe herausgiebt, während er die universitas behält, Anwendung findet, jene hingegen bei der Restitution der universitas, der Erbschaft selbst, vorkömmt. Aus diesem Grunde kann bei der Falcidia nie vom retinere, vom besondern Vorbehalte einzelner Sachen, die Rede seyn, wohl aber beim Universal-Fideicommiß, wenn hier der Erbe die Erbschaft herausgeben, jedoch bestimmte einzelne Sachen behalten soll. Ein solches retinere hat aber nicht eigentlich titulo singulari, sondern titulo universali statt. Unter diesem letzten Titel war die Erbschaft angefallen; nun wird zwar das Recht auf die universitas einem andern übertragen, aber die einzelnen retinirten Sachen bleiben in dem alten nexus zurück. Daraus erklärt es sich, (wovon unten mehr die Rede seyn wird,) warum dieses vorbehaltene in die Quarta eingerechnet werden muß; grade so, wie auch der Theil vom Prälegat inferirt wird, welchen der Erbe sich selbst entrichten müßte, der mithin als Legat ungültig ist, und titulo hereditario an den Erben fällt. Bei jenem Vorbehalte kann übrigens nicht zwischen dem, was seine Miterben ihm entrichten, und was er sich selbst leistet, unterschieden werden, indem der Fiduciar seinen Vorbehalt ganz titulo hereditario hat.

Diese historische Darstellung bahnt den Weg zur Interpretation der drei oben aufgestellten Gesetze.

I) Interpretation der drei zu erklärenden Gesetze.

§. 5.

a) Interpretation der L 86. *Titia* D. *ad Leg. Falcid.* (35. 2.).

Der Fall, welcher in diesem Gesetz vorgetragen wird, ist folgender:

Der Titius ist im Testament auf ⅓ zum Erben eingesetzt, die andern ⅔ haben gewiß die Secunda und Procula erhalten, die gleich darauf vorkommen, von denen dies aber nicht ausdrücklich gesagt wird. Darauf kömmt es auch nicht

6) *Cujacii*, Observ. Lib. 8. Cap. 4. in fin. — Quartam Pegasianam aut Trebellianam dici nolo, sed Falcidiam, quandoquidem post Pegasianum Lex Falcidia in omnibus fideicommissis locum habet.

weiter an — genug, Titius ist nur auf ⅓ eingesetzt, und hat noch Erben neben sich.

Titia testamento sua *Titium* fratrem suum *ex parte tertia* heredem instituit.

Zugleich ist dem Titius das Fideicommiß auferlegt, daß er von diesem Theil der Erbschaft ¾ (also vom Ganzen 3/12) an die Secunda und Procula herausgeben solle.

Verb. „fideique" bis „restituat."

Daneben hat Titius gewisse Landgüter als Prälegat erhalten, und es entsteht die Frage:

1) ob er diese in natura behalten darf? — und dies leidet kein Bedenken.

Verb. „eidem" bis „debere."

2) in wie weit er sie in die Quarta sich muß einrechnen lassen?

Bei dieser zweiten Frage konnte vor Justinian (zu des Juristen Julian Zeiten, von dem die Stelle ist,) ein doppelter Fall sich ereignen, so, daß in dem einen das Sct. Tribellianum, in dem andern das Sct. Pegasianum Anwendung fand.

a) Hatte die Testirerin ausdrücklich gesagt: der Titius solle die Quarta zurückbehalten (wie in L. 86. cit. Verb. „retenta quarta parte" geschehen ist), so war hier offenbar ein Fall für das Sct. Tribellianum. Nach diesem Senatusconsult werden die Fideicommissare für den Theil, welchen sie empfangen, als Erben angesehen; also bleibt Titius nach der Restitution von ¾ seines Theils nur noch Erbe in Bezug auf ¼ von ⅓ = 1/12. Da nun die Prälegate so weit in die Quarta eingerechnet werden, als der Erbe sie sich selbst entrichten müßte, d. h. pro parte hereditaria, so muß Titius sich 1/12 von den Landgütern in die reservirte Quarta einrechnen lassen.

Respondi, Titium legata integra retinere debere: sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praeditorum.

b) Hatte die Testirerin nicht hinzugefügt, daß die Restitution mit Vorbehalt von ¼ des zu restituirenden geschehen solle, so entschied *contra* sententiam testatricis das Sct. Pegasianum, wonach die Secunda und Procula in Bezug auf die 3/12, welche Titius ihnen restituirte, blos als legatariae partiariae betrachtet wurden, Titius also auch nach der Restitution Erbe von ⅓ blieb, was die stipulationes partis et pro parte ihm erträglich machten. In die Quarta, welche er den Legatarinnen (Fideicommissarin-

nen) abzog, mußte ihm also ⅓ von den Landgütern, welches ihm titulo hereditario zufiel, eingerechnet werden:

> Sed si non esset adjectum, ut pars quarta deduceretur: totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur.

Da nun aber nach Justinians Vorschrift bei der Restitution immer, also auch dann, wenn der Vorbehalt von ¼ nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, die Wirkung des Scti Trebelliani eintreten soll, so muß jetzt immer so entschieden werden, als wenn nach diesem Senatusconsult restituirt würde. Tribonian, welcher in vielen andern aus den Schriften der römischen Juristen entlehnten Fragmenten Aenderungen vorgenommen hat, hätte, um sich consequent zu bleiben, eine auf veraltetem Rechte beruhende Entscheidung, mithin die zuletzt (ad 2.) angeführten, auf das Sct. Pegasianum sich beziehenden, Worte „sed si non esset adjectum etc." weglassen müssen; — da nun dies unterblieben ist, können wir, auf die frühere Lage des Rechts zurückgehend, jenen Zusatz nur als eine rechtshistorische Aeußerung ansehen. —

In der L. 86. D. ad Leg. Falcid. spricht sich also (wie auch Thibaut, P. Syst. Thl. II. §. 778. [C. b.] als Resultat aufstellt,) die mit der Lex Falcidia bei Legaten übereinstimmende Regel aus: daß die dem Fiduciar von seinen Miterben gezahlten Prälegate auch nicht in die s. g. Quarta Trebellianica eingerechnet werden [7]).

§. 6.

b) Interpretation der L. 24. *Filium* C. *fam. ercisc.* (3. 36.)

Was das Grammatische in dieser Stelle, die zu den damnatis gehört, und von Cujaz für die schwierigste im ganzen Codex erklärt wird, anbetrifft, so ist es schlechtes Latein, eine Syllepsis, zu sagen: testator sanxit, filium quem restituere, anstatt: sanxit, ut filius restitueret [8]).

Die Construction des ersten Satzes ist diese: „Testator sanxit verbis precariis, ut filius, qui haberet fundum, restitueret sub conditione portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis.

---

7) Ueber die verschiedenen Meinungen Anderer s. Höpfners Commentar §. 614. Note 1. *Faber* conject. Lib. 6. Cap 4. *Vallius* ad L. 91. D. ad leg. Falcid. in thes. Ott. tom. 1. pag. 437 sqq. Bolley Vers. über L. 91. cit. 77. im juridischen Archiv. Tübingen 1803. B. 3. H. 1.

8) In der Gebauerschen Ausgabe vom Corpus juris, not. 76. ad h. leg.

Die Construction des zweiten Satzes würde nach dem Sinn, den ich mit den Worten verbinde, folgende seyn:

post ejus conditionis eventum ita reddere compellitur, ut retineat etc.; ut compenset quod ... percepit; ut ... deducat, et ut quod a ceteris in eo fundo solvatur, supra quartam habeat.

Es ist viel über den Titel gestritten, unter welchem das Grundstück, dessen in der Stelle Erwähnung geschieht, auf den Sohn gekommen seyn soll. Faber [9]) behauptet, es sey nicht prälegirt worden, sondern habe zum peculium des Sohns gehört, hätte also, wenn der Vater hier nicht das Gegentheil vorgeschrieben, conferirt werden müssen. Bei dieser Behauptung mit Beziehung auf L. 23. C. *fam. erc.* kann Faber auf allen Fall nur an das peculium profectitium gedacht haben, indem das peculium adventitium der Collation nicht immer unterworfen seyn würde. Eine Sache aber, die zum peculium profectitium gehört, ist bekanntlich im Eigenthum des Vaters, und kann so gut, wie eine andere dem Vater gehörige Sache, Gegenstand eines Prälegats seyn. Mag also auch in der L. 24. cit. das Grundstück peculium profectitium gewesen seyn, so ist doch kein Grund vorhanden, deshalb die Existenz eines Prälegats zu leugnen. Dies läßt sich um so weniger verkennen, da in der angeführten Stelle vorausgesetzt wird, daß der Sohn den fundus theils jure hereditario von sich selbst, theils jure legati von den Miterben erhalten habe, und da hierin grade das charakteristische des Prälegats besteht.

Der Fall, welcher in diesem Gesetz vorgetragen wird, kann mit Cujaz [10]) so gedacht werden. Es setzt jemand sieben Erben ein (drei Söhne und vier Fremde). Das ganze Vermögen betrage z. B. 700, so daß jeder 100 bekömmt. Einer seiner Söhne soll seinen Erbtheil seinen beiden Brüdern und zwei andern von den Erben restituiren. Dieser als Fiduciar hat noch ein Grundstück als Prälegat etwa 28 an Werth erhalten, wovon also jeder seiner Miterben 4, und er selbst auch 4 entrichtet. Diese letzten 4, die ihm jure hereditario zufallen, muß er in die Quarta, welche 25 beträgt, imputiren, kann mithin nur 21 abziehen; dagegen er die 4, welche ihm jeder seiner Miterben entrichtet, da er sie jure legati empfängt, nicht einzurechnen braucht. Aber hier tritt der vom Einrechnen ganz verschiedene Fall des

9) *Fabri* conject. L. 6. Cap. 5.

10) *Cujacii* Resp. Papin. Lib. 2. ad L. 41. *de mort. caus. donat.* — Lib. 6. ad L. 78. *de hered. instit.*

Compensirens ein, indem der Sohn mit seinem Anspruch auf die Quarta das, was er durch das Prälegat schon von seinen 4 Miterben in Händen hat, zum Besten von diesen vier compensiren muß [1]).

Wenn nämlich mehrere Erben eingesetzt sind, und einer von diesen (x) von den übrigen Vermächtnisse zu fordern hat, die jedoch nicht so stark sind, daß die Quarta dieser Erben angegriffen ist, dagegen aber jener (x) entweder blos an seine Miterben, oder zum Theil auch an Fremde (im Gegensatz von den Miterben) so viele Legate zu entrichten hat, daß seine Quarta nicht frei bleibt, — so kann er seinen Miterben die Quarta nicht abziehen, vorausgesetzt, daß die Legate, welche er von diesen erhält, so viel als das, was ihnen sonst abgezogen würde, betragen. Wenn derselbe (x) auch an Fremde Vermächtnisse auszukehren hat, so kann er diesen, — da die Compensation nur zu Gunsten der Miterben, die selbst an x zahlen, eintritt — abziehen, jedoch nur verhältnißmäßig, d. h. nur so viel, als wenn auch gegen die andern der Abzug statthaft gewesen wäre. — Die Hauptstelle hiefür, die von den Legaten spricht, ist die:

L. 22. pr. (Nesennius) D. ad *Leg. Falcid.* ·]
Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus ejus, quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. (Die eine (x) hat die Quarta nicht frey).

Quaero:

1) an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia? et
2) si non possit, vel doli exceptione summovenda est, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit?

Respondi:

ad 2) id quidem quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quo minus Falcidiam patiantur. (Den Fremden, die nichts zu compensiren haben, kann auch jetzt abgezogen werden.)

ad 1) Sed cum is, qui legatum praestaturus est (die x welcher Legate auferlegt sind, namentlich in Bezug auf

---

11) *Cujacii* Obs. L. 8. Cap. 3. in fin. Notanda est differentia inter imputare et compensare, quam auctores nostri confundunt. Quae non imputantur, ne dixeris etiam non compensari; ratio utriusque et modus idem non est.

die Miterben) ab eodem (vom Miterben) aliquid ex testamento petit, non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio — si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat quod deducere desiderat.

Plane ceteris legatariis non universum, quod heredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. (also x steht zu den Fremden in demselben Verhältniß, als wenn von einer Compensation auf Seiten der Miterben nicht die Rede wäre.)

Diese Compensation kömmt nicht blos bei den Legaten, sondern eben so bei den Fideicommissen zur Anwendung, wovon grade die hier zu erörternde L 24. C. fam. ercisc. ein Beispiel darbietet. In dieser Stelle beträgt nämlich nach den oben angenommenen Zahlen das, was der heres fiduciarius sich selbst vom Prälegate entrichtet 4; — das, was auf die 4 Miterben, welche Fideicommissare sind, fällt, 16; — also kann der eine Sohn, welcher die Quarta = 25 haben soll, da er die 4 imputiren, die 16 compensiren muß, nur noch 5 begehren. — Die 8 (28 — 30), welche vom Prälegat auf die übrigen zwei Miterben fallen, die nicht Fideicommissare sind, hat er überher. (supra quartam) [12]).

So erklären sich die einzelnen in der angeführten L. 24. enthaltenen Sätze:

Post ejus conditionis eventum, hereditaria parte praedii in quartae ratione *retenta* (4) — *compensato* praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit (16); — si quid deest, *in supplementum deducto* (5) —

quod a ceteris (scil. coheredibus) in eo fundo solvitur, supra quartam habens (8) —

reddere compellitur.

Vallius ad Leg. 24. cit. [13]) glaubt den dieser Stelle zum Grunde liegenden Fall vollkommen darzustellen, indem er außer den 3 Brüdern nur noch überhaupt zwei Fremde, also in allem 5 zu Erben eingesetzt annimmt, und supponirt, daß der Erbschaftstheil des Primus allen übrigen restituirt werden solle. Aber auf diese Weise bleiben die Worte: „quod a *ceteris* in eo fundo solvitur" unerklärt; denn diese Worte setzen voraus, daß außer jenen Miterben, denen der Primus

12) Daß *supra* in dieser Bedeutung gebraucht wird, ergibt sich aus den von *Brissonius* Voc. Supra angeführten Gesetzen.

13) In thesaur. Otton. tom. 1. p. 437. sqq.

seinen Erbtheil herausgeben soll, noch einige extranei zu Miterben eingesetzt sind, welche in dieser Eigenschaft zum Prälegat des Primus mitcontribuiren müssen, ohne als Fideicommissare zu dessen Erbtheil berufen zu seyn.

Demnach ist es unnöthig, (wie die meisten Interpreten gethan haben, um einen, wenn gleich unpassenden, Gegenstand für das vice mutua compensare zu erhalten [14]); noch neue factische Verhältnisse zu supponiren, namentlich anzunehmen, daß das prälegirte Landgut mit Schulden belastet, daß den Miterben bei dem Fideicommiß zur Bedingung gemacht sey, diese abzubezahlen. Bei dieser Interpretation ist auch kein genügender Grund ersichtlich, weshalb das an Schulden des prälegirten Landguts von jedem Einzelnen bezahlte, von denen, welche keine coheredes, sondern nur Fideicommißerben sind, nicht in die Quarta eingerechnet werden soll. Im Gegentheil widerspricht dies, wenn gleich bei Miterben der Grundsatz gilt, „quod a coherede accipitur, extra quartam," bestimmten Gesetzen. Das zu Gunsten des Fiduciars von seinen bloßen Fideicommissaren (nicht Miterben) bezahlte würde eine pro restitutione fideicommissi accepta pecunia seyn, und müßte nach L. 91. D. ad Leg. Falcid. in die Quarta eingerechnet werden. (§. 7. Nr. II. III.)

§. 7.

c) Interpretation der L. 91. D. ad *Leg. Falcid.* (*Marcianus* libro 13. Instit.)

Dieses Gesetz zerfällt in mehrere Abschnitte, deren Auslegung vielen Schwierigkeiten unterworfen ist. Bei den einzelnen Sätzen ist die Art, wie sie mit einander verbunden sind, von besonderer Wichtigkeit.

A) Im Anfange des Gesetzes bis imputantur ist der allgemeine Grundsatz von dem, was in der Regel in die Quarta Falcidia eingerechnet wird, und was davon ausgeschlossen ist, aufgestellt.

> In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, *imputantur res, quas jure hereditario capit*, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur.

---

14) Höpfners Commentar, §. 614. Note 1.

Hiernach soll also nur das inferirt werden, was der Erbe jure hereditario erhält; hingegen nicht: 1) was er jure legati vel fideicommissi erwirbt; (darauf folgt, wie die Prälegate zu behandeln sind); 2) was er implendae conditionis causa empfängt.

B) Jetzt folgt das, was bei den Universal-Fideicommissen wegen der Natur des Objects (§. 4.) anders ist:

> Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive *praecipere*, vel *deducere*, vel *retinere* jussus est: in quartam id ei imputatur.

Dem heres fiduciarius kann neben dem Gebote der Restitution aufgegeben werden, etwas vorauszunehmen oder vorauszubehalten. Weil dies so angesehen wird, als falle es dem Fiduciar titulo *hereditario* zu, so muß er es sich bei der Restitution anrechnen lassen, und insofern gibt es einen Unterschied zwischen der Prästation von Legaten und der Herausgabe eines Universal-Fideicommisses. Daraus ergeben sich aber gar keine zwei wesentlich verschiedene Quarten; vielmehr entscheidet immer die reine lex Falcidia, welche nur insofern zu verschiedenen Resultaten führt, als sie entweder, ihrer ursprünglichen Bestimmung gemäß, blos auf eine res singularis, oder, nach der später erfolgten Ausdehnung, auf eine universitas angewandt wird. (§. 4.)

Hieraus erklärt sich das „Sed", womit jener Satz in der L. 91. anfängt; ein Wort, worauf die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung großes Gewicht legen; denn wenn gleich jene Differenz aus der Natur des Verhältnisses fließt, so enthält sie doch einen scheinbaren Gegensatz gegen die bei dem Einrechnen der Legate geltende Regel.

Einen Fall gibt es, wo auch hier wieder die Universal-Fideicommisse mit den Legaten übereinkommen; wenn nämlich der eine Erbe etwas von seinen Miterben erhält. Dies braucht nicht mit in die Quarta eingerechnet zu werden; daher der Jurist (Marcianus) in der L. 91. cit. so fortfährt:

> pro ea vero parte, quam accepit a coherede, *extra quartam*, i. e. quod a coherede accipitur.

Was der heres fiduciarius von seinen Miterben erhält, bekömmt er titulo singulari, braucht dies also in die Quarta nicht einrechnen zu lassen. Uebrigens geht diese letzte Modification nicht auf das im Hauptsatze enthaltene deducere et

retinere, denn bei diesem sind die Miterben unwirksam, geben nicht; sondern nur auf das zugleich erwähnte „praecipere," denn nur hier geben die Miterben von ihrer Seite etwas. Freilich ist bei Universal-Fideicommissen, (anders als bei Legaten,) das praecipere möglich, ohne die Concurrenz von Miterben, indem der Fiduciar bei der Restitution die Sache vorausnehmen kann; offenbar muß aber der Erbe sich hier das Ganze selbst entrichten, oder auch, man kann in diesem Fall das praecipere als identisch mit deducere und retinere betrachten; also vollkommen consequent ist es, daß der Jurist in den allegirten Worten: „quam accepit a coherede" erklärt, dieses müsse in die Quarta eingerechnet werden.

Diese Modification, die zweierlei voraussetzt:

1) daß Miterben da sind: 2) daß von einem praecipere die Rede ist, hat also keinen großen Umfang. Der Jurist konnte daher mit Recht für die Universal-Fideicommisse im Gegensatz von den Legaten als allgemeine Regel aufstellen, daß der Fiduciar das, was er durch ein praecipere, deducere, retinere erhalte, in die Quarta sich müsse anrechnen lassen; und als Ausnahme von der Regel den außerordentlichen Fall hinzufügen, wenn ihm diese Verbindlichkeit nicht obliege.

C) Jetzt folgt ein Zusatz, der sich aber nicht auf die zuletzt gedachte Modification, sondern auf den ersten Hauptsatz von den Fideicommissen bezieht — der, weil in den nächstvorhergehenden Worten von etwas, was nicht imputirt würde, die Rede gewesen war, mit „Sed etsi" angeknüpft ist.

> Sed etsi *accepta pecunia* hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit, in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit.

Hier ist nicht mehr vom Miterben, sondern vom Verhältniß des bloßen Fideicommissars zum Fiduciar die Rede. Wenn nämlich der Fideicommissar an den Fiduciar etwas geben soll, damit dieser die Erbschaft restituire, so soll das so hingegebene ebenso angesehen werden, als wenn der Fiduciar dies aus der Erbschaft zurückbehalten sollte — was im wesentlichen auch auf dasselbe hinauskömmt. Daß dies der richtige Sinn ist, ergibt sich auch aus der Vergleichung mit L. 93. D. *ad leg. Falcid.*

1) Wird hier ausdrücklich gesagt, wenn nichts dabei bestimmt sey, wer das Geld geben solle, so müsse man

dies wie ein *retinere* oder *praecipere* betrachten, d. h. der Fiduciar behält das Geld aus der Erbschaft zurück.

2) Wenn hingegen die Person, welche die Summe geben solle, genannt sey, so müsse man unterscheiden: der Erblasser habe verfügt:

a) entweder daß, (wie in *L.* 91. cit. geschehen) der Fiduciar die Summe behalten solle, so müsse sie in die Quarta eingerechnet werden; (satisfacit ea quantitas, cum apud heredem remanet.)

b) oder daß er die Summe weiter restituiren solle, so werde sie nicht in die Quarta imputirt. (Propter fideicommissum sequens quartae retentioni locus erit.)

D) Nun kommen Worte, die, wenn sie ächt wären, einen wesentlichen Unterschied zwischen dem, was in die Quarta Falcidia und in die s. g. Trebellanica eingerechnet wird, begründen würden:

Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur: in eadem causa esse admittendum, sciendum est.

Dieser Absatz steht im direkten Widerspruch mit: L. 30. §. 7. D. *ad Leg. Falcid.* (*Maecianus* Libro 8. Fideicommissorum.) Denn daß auch diese Stelle von Universal-Fideicommissen handelt, beweisen die Worte: „ab eo, cui *hereditatem* restituere rogatus est" — „fideicommissarius" — „recipere *hereditatem*, quasi et ipsius fideicommissum esset." Höchst willkührlich ist die Art, wie Faber in seinen Conjecturen [15]) diese Worte für Fehler der Abschreiber erklärt, und andere an deren Stelle setzt, die seinen Ansichten von der Quarta Falcidia und Trebellianica, und von der L. 91. cit. entsprechen.

Manche Rechtsgelehrte, wie z. B. *Vallius* [16]), die zwei verschiedene Quarten annehmen, beschäftigen sich vorzüglich mit der Erklärung, was eigentlich ein fideicommissum conditionis implendae causa sey; — einige andere, welche nicht verkennen, daß die dem Fiduciar zustehende Quarta nichts als die Falcidia angewandt auf Fideicommisse sey, suchen sich dadurch zu helfen, daß sie die L. 91.

---

15) *Fabri*, conject. Lib. 6. C. 3.

16) *Vallius*, ad Leg. 91. D. ad Leg. Falcid. in thes. Ott. tom. 1. pag. 437. sqq.

(verb. *accepta pecunia*) und die L. 93. cit auf den Fall, wenn der Fiduciar Geld aus der Erbschaftsmasse empfangen soll, auf *accepta* pecunia (sc. *ex hereditate*), beschränken; und dann den zuletzt angeführten Absatz der L. 91. (sed et quod etc.), die Vorschrift über das fideicommissum implendae conditionis causa, auf accepta pecunia *a fideicommissario* beziehen [17]). Aber diesen Vereinigungs-Versuch halte ich für eben so unhaltbar als gezwungen, da die L. 93. und die beiden aus der L. 91. zuletzt angeführten Sätze zu allgemein lauten, und da auch der Widerspruch zwischen der L. 91. und L. 30. §. 7. auf diese Art nicht gehoben wird.

Die Worte der L. 91. „Sed et" bis „sciendum est" sind vielmehr gewiß, wie auch die vorzüglichsten Interpreten annehmen, ein Glossem, welches sich in den Text eingeschlichen hat. Außer den Wahrscheinlichkeitsgründen, die aus der ursprünglichen Natur der Quarta Falcidia und aus dem Widerspruch der L. 30. §. 7. cit. hervorgehen, spricht hierfür augenscheinlich sowohl das florentinische Manuscript, wo jene Worte von einer spätern Hand an den Rand geschrieben sind, als auch die Basiliken, wo die Worte ganz fehlen. — Cujaz [18]) behauptet, daß auch in dem florentinischen Manuscript jener Satz gänzlich fehle; dies beruht aber auf einem Mißverständniß, welches wohl durch die Taurellische Ausgabe, die diese Stelle mit Sternchen bezeichnet, veranlaßt ist; Sternchen nämlich bedeuten hier blos, daß von einer spätern Hand etwas an den Rand geschrieben ist [19]).

E) Wenn man solchemnach jene Worte als ein Glossem betrachtet, so folgt auf den Satz: „accepta pecunia" sogleich:

> Si quid vero *implendae conditionis causa heres* accipiat a *legatariis*, in Falcidiae computationem non prodesse; et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit: centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur.

Auf den ersten Anblick scheint vielleicht dieser Satz grade, der von den Legataren handelt, dafür zu seyn, daß der

---

17) Vergl. Schweppe, Röm. Privatrecht. B. III. §. 868. (1ste Ausgabe).

18) *Cujacii*, Obs. Lib. 8. Cap. 4. init.

19) Gebauers Corpus juris civilis. not. 48. ad Leg. 91. cit.

vorhergehende kein Glossem sey. Aber auch an den Satz mit „accepta pecunia," welcher jetzt als der vorhergehende zu betrachten ist, schließt sich diese Stelle recht gut an. Es läßt sich nämlich nicht leugnen, daß das „pecuniam accipere" sehr nahe an das fideicommissum conditionis implendae causa gränzt; daß in jenem gewissermaßen der Satz liege: der Fideicommissar solle nur unter der Bedingung die Restitution der Erbschaft verlangen können, daß er dem Fiduciar eine gewisse Summe gebe. Es war also natürlich, daß der Jurist, nach jener Bestimmung über die pecunia accepta, rücksichtlich der zur Erfüllung einer Bedingung hinterlassenen Vermächtnisse ausdrücklich festsetzte, diese sollten, da sie unter den Gesichtspunkt des Vorbehalts (retinere) nicht gebracht werden könnten, nie imputirt werden. Mit einem solchen Gegensatz stimmt auch das Wort: „vero" überein; so wie für dies ganze Resultat die klare Bestimmung in L. 30. §. 7. D. *ad leg. Falcid.* spricht.

II) Beantwortung der aufgestellten Rechtsfrage.

§. 8.

Nachdem nunmehr die schwierigen Hauptstellen interpretirt sind, beantwortet sich leicht die anfangs aufgeworfene Rechtsfrage:

„ob die s. g. Quarta Trebellianica etwas anders ist, „als die Falcidia, angewandt auf die Universal-Fidei„commisse?"

Soviel ist gewiß, daß alles, was in die Quarta Falcidia bei Legaten eingerechnet wird, der Fiduciar auch in die s. g. Quarta Trebellianica einrechnen muß; vier Punkte sind aber, bei denen vielfältig darüber gestritten ist, ob der Erbe sie weiter bei der Herausgabe von Universal-Fideicommissen, als bei der Entrichtung von Legaten sich muß einrechnen lassen. Diese vier Gegenstände, welche wir besonders herausheben müssen, sind:

1) Prälegate; 2) Legate, die der Fiduciar vom Dritten erhielt; 3) das, was er conditionis implendae causa empfing; 4) die Früchte.

1) Was die Prälegate betrifft, so leidet es keinen Zweifel, daß der Theil imputirt wird, welchen der Fiduciar an sich selbst zahlt, der also insofern portio hereditaria bleibt; hingegen nicht der Theil, den er

von seinen Miterben erhält. Hierfür entscheiden auch nach der obigen Interpretation L. 86. und L. 91. D. *ad leg. Falcid.* und L. 24. C. *fam. ercisc.*

II) Die Einrechnung der Legate, die von dritten Personen (von Miterben oder von Vermächtnißnehmern) an den Fiduciar entrichtet werden sollen, würde gradezu gegen die Regel anstoßen, daß er nur das einzurechnen habe, was er jure hereditario erhalte. Indeß stützt man sich für die Imputation auf die L. 91. D. *ad leg. Falcid. Verb.* „Sed in fideicommissaria etc.“ bis zu imputatur — und allerdings haben diese Worte (sive praecipere, vel deducere, vel retinere) vielen Schein für sich. Aber oben (§. 7. lit. B.) ist ausgeführt, daß diese Worte sich auf ein Vorbehalten beziehen; daß der Fiduciar es nur inne behält, anstatt daß er es sonst mit restituiren müßte, daß er dies also im Grunde titulo hereditario erwirbt. — Als ein solcher Vorbehalt wird es auch angesehen, wenn die Restitution accepta pecunia auferlegt ist. L. 91. D. cit. (§. 7. lit. C.)

III) Daß das, was conditionis implendae causa gegeben ist, nicht in die s. g. Quarta Trebelliamca eingerechnet werden solle, entscheidet klar die L. 30. §. 7. D. ad leg. Falcid. Sie macht einen bestimmten Unterschied zwischen dem, was der Fideicommissar an den Fiduciar, um so die Bedingung zu erfüllen, und zwischen dem, was er als Preis für die Sache entrichten soll. Letzteres soll auch hier, grade wie bei der Quarta Falcidia, ersteres nicht in Anschlag gebracht werden. Für die entgegengesetzte Meinung stützt man sich wieder auf die: L. 91. D. cit. *Verb.* Sed et si accepta pecunia bis sciendum est. Aber von den zwei hierin enthaltenen Sätzen handelt der erste von etwas, was als ein Vorbehalt angesehen wird; — der zweite, „Sed et quod“ bis „sciendum est“ enthält offenbar ein blosses Glossem. (§. 7. lit. C. u. D.)

§. 9.

IV) Was endlich die Früchte anlangt, so stützen sich viele Juristen, um in dieser Rücksicht einen Unterschied zwischen den beiden Quarten zu deduciren, auf L. 18. §. . D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.) und L. 8. §. 11. D. *de inoff. test.* (5. 2.) verglichen mit L. 30. D.

ad leg. Falcid. Aber bei genauerer Prüfung findet sich auch hier kein Unterschied. Man unterscheide:

1) Vor Antretung der Erbschaft können die Früchte offenbar nicht in die Quarta eingerechnet werden, weil sie Theil der Erbschaft werden, und mithin vom Fiduciar nachher restituirt werden müssen.

2) Bei den nach der Erbschafts-Antretung gezogenen Früchten ist wieder so viel gewiß, daß die Früchte von der Quart selbst dem Fiduciar zukommen, und keiner Imputation unterworfen sind.

Also bleiben nur die vom Gegenstande der Restitution selbst nach der Erbschafts-Antretung gezogenen Früchte übrig. Zieht der Erbe diese durch Zögerung des Fideicommissars, so braucht er sie natürlich nicht einzurechnen. L. 22. §. 2. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.). — Oder der Erbe hat sie erhoben, weil das Fideicommiß bedingt oder betagt war; so muß er diese freilich imputiren; L. 22. § 2. cit.; aber sie werden auch in die Quarta Falcidia bei Legaten eingerechnet [20]. Vom betagten Fideicommiß spricht denn auch: L. 8. § 11. D. *de inoff. test.*; — und auch die L. 18. §. 1. D. *ad Sct. Trebell.* ist dem Zusammenhange nach nur auf diesen Fall zu beziehen, da dem Vordersatze, wo von der fideicommissaria hereditatis petitio die Rede ist, stillschweigend eine Bedingung oder Zeitbestimmung zum Grunde liegt. — Dem entspricht vollkommen das beim Abzuge der Quart vorherrschende Princip, daß alles eingerechnet werden soll, was der Erbe jure hereditario erhält; denn wenn der Fiduciar durch des Testators Bestimmung die Erbschaft oder einzelne Sachen noch eine Zeitlang in Händen behält, so zieht er hiervon die Früchte, wenn es gleich keine Erbschaft mehr nach der Erbschaftsantretung gibt, weil er Erbe geworden ist. Dem steht keineswegs die L. 30. pr. D. *ad Leg. Falcid.* entgegen; diese Stelle enthält nur den bekannten Grundsatz, daß die Quarta Falcidia nach dem Todestage des

---

20) L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. L. 45. pr. §. 1. L. 73. §. 2. 4. D. *ad Leg. Falcid.* — Thibaut, Pand. Syst. B. II. §. 767. Schweppe, Röm. Privatrecht. §. 840.

Erblassers zu berechnen sey, daß commoda und incommoda, von der Zeit an, den Erben treffen. Eine hievon gänzlich verschiedene Frage ist die: welche Gegenstände in die so herausgebrachte Quart einzurechnen sind? und hier müssen, wie auch die L. 45. pr. D. *ad leg. Falcid.* [21]) ausdrücklich bestimmt, die in jener Zwischenzeit gezogenen Früchte eingerechnet werden.

Demnach kommen bei allen sowohl Singular- als Universal-Vermächtnissen, wo der Zahlungstag hinausgesetzt ist, die Früchte der Zwischenzeit in computum, oder werden, was dasselbe ist, mit der Quart compensirt [22]). Um aber von allem Abzuge ausgeschlossen zu seyn, muß der Erbe so viel gewonnen haben, als die Quart und die Früchte derselben betragen.

§. 10.

Die historische Verfolgung des Instituts und die Interpretation der schwierigen, die aufgestellte Rechtsfrage betreffenden, Gesetze führt also zu einem und demselben Resultat. Wenn ich nun gleich der Meinung des Cujaz [23]) nicht beitreten kann, daß die Justinianische Bestimmung in L. 2. C. *com. de leg. et fideic.* (6. 43.), wodurch Legate und Fideicommisse einander gleichgestellt sind, auch auf Universal-Fideicommisse zu beziehen sey, so geht doch aus allem bisher ausgeführten so viel hervor: daß vor dieser Verordnung lediglich die Grundsätze von der lex Falcidia, welche durch das Sct. Pegasianum auf sämtliche Fideicommisse ausgedehnt wurden, sowohl bei diesen, als bei Legaten zur Anwendung kamen, daß es also der L. 2. C. cit. nicht bedarf, um zu beweisen, daß die von den Neuern erdachte Quarta Trebellianica nicht anders sey, als die Falcidia, angewandt auf Universal-Fideicommisse.

---

21) In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem relictum est; medii enim temporis commodum computatur.

22) Bei Kindern hat eine Ausnahme statt; bei diesen fällt durch eine Verordnung des Kaisers Zeno alle Einrechnung der bei ihren Lebzeiten gezogenen Früchte weg, wenn die Eltern einem Kinde auflegen, seine Erbportion seinem Descendenten oder in Ermanglung deren seinen Geschwistern zu restituiren. L. 6. pr. §. 3. C. *ad Sct. Trebell.*

23) *Cujacii* Obs. 8. Cap. 4.