

Werk

Titel: Ueber das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenen Pfandrechte

Autor: Löhr

Ort: Heidelberg

Jahr: 1822

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1822_0005|log16

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

Controversen sind richtig entschieden, unnütze Formalitäten sind entfernt, den Richtern sind ihre Pflichten zweckmäßig vorgeschrieben, und wir zweifeln nicht, daß für die Beförderung einer sicheren, gerechten und gründlichen Rechtspflege in Bremen die Gerichtsordnung sehr gut gesorgt hat, wenn nur Richter und Anwälde in den Geist des Gesetzes eindringen, und von der Heiligkeit ihres Berufes durchdrungen, die wohlthätigen Absichten des Gesetzgebers erfüllen.

XII.

Ueber das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenden Pfandrechte.

V o n L ö h r.

Es ist eine sehr bekannte Streitfrage, ob das Privilegium, welches mit dem gesetzlichen, zur Sicherheit der dos eingeführten, Pfandrechte verbunden ist, nur allein zum Vortheile der Frau, ob es zum Vortheil ihrer Kinder, oder ob es sogar zum Vortheil aller ihrer Erben eintrete? Herr v. Kämpf, welcher diese Streitfrage vor längerer Zeit ausführlich erörtert hat ¹⁾, entscheidet sich für die zweite der angeführten Meinungen.

Seine Ansicht ist von allen, mir bekannt gewordenen, späteren Schriftstellern gebilligt worden. Gerade darum scheint es nicht überflüssig, sie einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen. Um dieß zweckmäßig zu thun, wird es jedoch nöthig seyn, etwas weiter auszuholen.

¹⁾ v. Kämpf, Versuch einer Revision der Lehre vom Uebergange des Brautthes - Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berlin, 1811.

I.

Um die Fragen zu beantworten, ob, wem, wann und wie die dos nach getrennter Ehe zurückgegeben werde, war es ehemals sehr wichtig, zu wissen, ob dem Besteller derselben, oder einem Andern mit seiner Erlaubniß, bei der Bestellung die Rückgabe der dos versprochen worden war oder nicht ²⁾. War Jenes durch eine Stipulation geschehen, so wurde die Verbindlichkeit zur Restitution der dos als eine wahre Schuld betrachtet, deren Anfangstermin das Ende der Ehe war. Die dos mußte daher immer zurückgegeben werden, ohne Rücksicht auf die Art, wie die Ehe aufgelöst wurde, ohne Rücksicht darauf, ob sie adventitia war oder profectitia ³⁾ und zwar sogleich nach der Trennung der Ehe ⁴⁾. Der Creditor war der Stipulator oder seine Erben, nie die Gattin als solche ⁵⁾. Daher hatte, wenn das Versprechen zum Vortheile des Vaters geleistet worden war, die Tochter keine Ansprüche auf die dos, wenn sie nicht Erbin desselben geworden war ⁶⁾, deswegen trat hier niemals eine Verbindlichkeit zur Collation ein ⁷⁾; aus diesem Grunde wurde durch die Bestellung einer solchen dos zum Vortheile eines Pflichttheilsberechtigten niemals die querela inofficiosi testamenti gegen das Testament des Bestellers ausgeschlossen ⁸⁾. Gewissermaßen hiervon war es auch Folge, daß hier das edictum de alterutro hinwegfiel ⁹⁾, und daß, wenn die Frau von ihrem

2) fr. 2. §. 1. 2. fr. 3. fr. 22. pr. fr. 29. D. 24, 3. — fr. 82. D. 46, 3. — c. 1. §. 13. C. 5, 13.

3) Ulpian. tit. 6. §. 5. — c. 1. §. 4. 6. C. 5, 13.

4) c. 1. §. 7. C. eod.

5) c. 1. §. 13. 14. C. eod.

6) c. 1. §. 11. C. eod.

7) c. 1. §. 12. C. eod.

8) c. 1. §. 12. C. cit.

9) c. 1. §. 3. C. eod.

Manne zur Erbin eingesetzt war, die dos bei der Berechnung der *falcidia* als Schuld in Anschlag kam ¹⁰⁾.

Die Klage, wodurch die Rückgabe verfolgt wurde, war die *actio ex stipulatu*, welche der Berechtigte immer ohne Zuziehung oder Einwilligung der Frau anstellen konnte ¹¹⁾. Diese Klage war eine *actio stricti juris*, sehr natürlich also, daß sie auf das Ganze ging und nicht durch das *beneficium competentiae*, nicht durch Retentionen gemindert werden konnte ¹²⁾.

War die Rückgabe zwar versprochen, aber keine *Stipulation* abgeschlossen worden, so galten im Wesentlichen dieselben Grundsätze, nur daß jetzt, wo ein *contractus do ut des* vorhanden war, an der Stelle der *actio ex stipulatu* eine *actio praescriptis verbis* angestellt wurde ¹³⁾. — Mit beiden Klagen war kein *privilegium exigendi* verbunden: dagegen konnte hier durch Bestellung eines Pfandrechts, daß in dem Falle, wo kein Vertrag stattgefunden hatte, sich nicht denken ließ, der Zurückfordernde noch besser gesichert werden.

Ganz anders war die Sache, wenn die Restitution der dos nicht besonders versprochen worden war. Wurde die Ehe in diesem Falle durch den Tod der Frau aufgelöst, so behielt der Mann die dos *adventitia* immer ¹⁴⁾, die dos *profectitia* dagegen konnte nur allein von dem Besteller selbst,

10) c. 1. §. 8. C. eod.

11) c. 1. §. 13. 14. C. eod.

12) c. 1. §. 2. 5. 7. C. eod.

13) c. 1. §. 13. C. eod. — c. 6. 24. C. 5, 12.

14) Ulpian, tit. 6. §. 5. — c. 1. §. 4. 6. C. 5, 13. — fr. 22. §. 1. fr. 23. D. 21, 2. — fr. 20. pr. D. 28, 7. — fr. 5. D. 48, 20. — c. 1. C. 2, 34. — Cujacius, Obs. IX. obs. 4. Die Ausnahme in fr. 10. §. 1. D. 24, 3. ist zu speciell, als daß sie angeführt werden könnte, die c. 11. C. 5, 18. angegebene ist erst von Honorius und Theodosius eingeführt und für die gegenwärtige Untersuchung ganz bedeutungslos.

nicht aber von irgend einem Andern, zurückgefordert werden, und auch diesem konnte der Mann noch für jedes Kind ein Fünftel der dos vorenthalten¹⁵⁾. Erfolgte die Auflösung der Ehe auf eine andere Art, so trat zwar allerdings die Verbindlichkeit, die dos zurückzugeben, regelmäßig ein, allein nur die Frau als solche hatte Ansprüche auf die Restitution, ohne Unterschied, ob die dos eine adventitia oder prolectitia war¹⁶⁾, nicht der Vater¹⁷⁾, nicht ihr Erbe, es sey dann, daß der Mann in mora restituendi sich befunden hätte¹⁸⁾. Nur, wenn die Tochter in der Gewalt des Vaters sich befand, so klagte dieser mit Zustimmung der Tochter¹⁹⁾. Auch wenn die Frau exhereditirt oder emancipirt war, konnte sie die dos verlangen²⁰⁾. Eine Folge hiervon war es, daß diese dos in den Pflichttheil eingerechnet und conferirt wurde²¹⁾. Die auf die Rückgabe gerichtete Klage war die actio rei uxoriae²²⁾. Diese war eine actio b. f.²³⁾ und ging, wegen dem stattfindenden beneficio competentiae und den mancherlei Retentionen gar oft auf viel weniger, als die dos²⁴⁾, ja, sie konnte durch das relegatum dotis wegen dem edictum de alterutro ganz ausgeschlossen werden²⁵⁾. War die Frau

15) *Ulpian*, tit. 6. §. 4. — fr. 17. D. 14, 6. — fr. 71. D. 21, 2. — fr. 6. pr. D. 23, 3. — fr. 5. D. 24, 2. — fr. 10. pr. fr. 59. D. 24, 3. — c. 4. C. 5, 13.

16) *Ulpian* VI. §. 6.

17) fr. 22. §. 5. fr. 59. D. 24, 3. — fr. 71. D. 21, 2.

18) *Ulpian* VI. 7.

19) *Ulpian* VI. 6. — Die genauern Bestimmungen dieses Satzes können wohl, als nicht hieher gehörend, übergangen werden.

20) c. 1. §. 11. C. 5, 13.

21) c. 1. §. 12. C. eod.

22) c. 1. cit.

23) c. 1. §. 2. eod. — §. 29. J. 4, 6.

24) *Ulpian* VI. §. 9—17. — c. 1. §. 5. 7. C. 5, 13.

25) c. 1. §. 3. C. eod.

Erbin ihres Mannes, so konnte sie bei der Berechnung der *falcidia* ihre dos nicht abrechnen ²⁶⁾. Die Restitution der dos geschah zwar auch hier der Regel nach sogleich, jedoch wurden die Dinge, welche *numero, pondere vel mensura constabant*, in drei jährigen Terminen zurückgegeben ²⁷⁾. — Mit dieser *actio rei uxoriae* war ein sehr begünstigtes privilegium *exigendi* verbunden ²⁸⁾, das jedoch im höchsten Grade persönlich war ²⁹⁾.

II.

Bekanntlich sind die *res dotales* im Eigenthum des Mannes ³⁰⁾ und fallen auch nach getrennter Ehe nicht *ipso jure* an Denjenigen zurück, der die dos zurückfordern kann ³¹⁾. Dieß galt sowohl in dem Falle der *actio rei uxoriae*, wie der *actio ex stipulatu*. Sehr begreiflich konnte hiernach die Frau sehr leicht die *res in dotem datas*, ja die ganze dos verlieren, besonders, wenn keine sorgfältigen Eheverordnungen errichtet waren.

Um diese Gefahr zu vermindern, verordnete Justinian im Jahre 528, daß die Frau, wenn ihr Mann in Vermögensverfall komme, die dos und *donatio propter nuptias*

26) c. 1. §. 8. eod.

27) *Ulpian* VI. §. — c. 1. §. 7. C. 5, 13.

28) . . . Nos itaque *ad antiquas leges* respeximus, in personalibus actionibus *rei uxoriae actioni* magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant (die Weiber) privilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores . . . c. 12. pr. C. 8, 18.

29) Scire debes privilegium dotis, quo *mulieres* utuntur in *actione de dote* [die gewöhnliche Bezeichnung der *actio rei uxoriae*] *ad heredem non transire*. c. 1. C. 7, 74.

30) v. Grolman und v. Löhr, *Magazin* Bd. 4. [2.] §. 1. n. V. S. 57 — 77.

31) fr. 1. §. 1. D. 23, 5. — fr. 62. D. 41, 1.

auch vor getrennter Ehe solle einfordern können, um Beide, an seiner Stelle, zum Zwecke der Ehe zu verwalten³²⁾. Noch weiter ging er im Jahre 529, wo er der Frau ein specielles, vor allen andern privilegirtes, Pfandrecht an den res dotales gestattete, ohne Unterschied, ob diese ästimirt oder nicht ästimirt gegeben worden waren³³⁾. Daß die Frau, wenn sie die dos zurückfordert, dieses Pfandrecht habe, dieß wird in der Constitution deutlich gesagt [*Mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, jubemus*]: ob dagegen auch Andere, wenn sie die dos zurückfordern, dieses Pfandrecht zustehen, darüber ist in der Verordnung nichts gesagt. Daß es die Kinder der Frau haben, sagt eine spätere Verordnung ausdrücklich³⁴⁾, auch scheint der Zusammenhang des spätern Rechts darauf hinzuweisen, daß es allen Denjenigen gestattet werden muß, welche mit Justinians neuer *actio ex stipulatu* die dos zurückfordern, nicht aber den Fremden, welche sich bei der Bestellung die Rückgabe der dos haben versprechen lassen. Auf alle Fälle scheint soviel gewiß, daß Jedem, welcher das Pfandrecht hat, auch das *Privilegium* zugestanden werden muß.

32) c. 29. C. 5, 12. Wie aus dieser Verordnung die Verbindlichkeit der Frau, den Mann aus ihrem Paraphernal-Vermögen zu alimentiren, abgeleitet werden kann, dieß ist mir unbegreiflich.

33) c. 30. C. 5, 12. — Daß nach dieser Stelle von keinem Eigenthume der Frau an der dos gesprochen werden kann, und daß die ihr gestattete *utilis vindicatio* nur eine Folge ihres Pfandrechts ist, dieß ist an einem andern Orte erwiesen worden. [v. Grolman und v. Löhr, Magazin IV. S. 70—76.] Zu den dort gebrauchten Gründen mag hier nur noch hinzugefügt werden, daß diese *vindicatio* selbst bei den *res aestimatae* vorkommt, welche dem Manne verkauft sind, und niemals in Natur zurückgefordert werden können. fr. 10. §. 5. ult. fr. 69. §. pen. D. 23, 3.

34) Nov. 91. c. 1.

III.

Noch mehr wurde die Zurückforderung der dos im Jahre 530 durch die berühmte c. 1. C. 5, 13. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita von Justinian gesichert. Hiernach soll, wenn sich der Besteller nicht ausdrücklich bei der Bestellung die Rückgabe gültig hat versprechen lassen ³⁵⁾, die Sache immer so angesehen werden, als wenn die Frau eine gültige Stipulation zu ihrem Vortheile eingegangen habe, auch wenn kein oder ein ungültiges Versprechen statt gefunden hat ³⁶⁾. Nur der männliche väterliche Ascendente, in dessen Potestas die Frau sich befindet, soll gewissermaßen auch als stipulator behandelt werden ³⁷⁾ ob immer, oder nur im Falle

35) Si non specialiter *extraneus* dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: *tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat* . . . c. 1. §. 13. C. 5, 13.

36) „Sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non: *ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta*: eodemque modo et si inutiliter facta est stipulatio: adjuvari enim eam magis, quam evanescere oportet . . . est enim consentaneum nobis, qui censemus, et ubi supposita stipulatio non est, intelligi eam fuisse adhibitam: et multo magis etiam, si inutilis est, validam eam effici. c. 1. pr. C. 5, 13.

37) . . . *Extraneum* intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem et in potestate personam dotatam habentem: parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus. c. 1. §. 13. C. 5, 13. So lesen alle Manuscripte von Muzard und der Cod. G. bei Gebauer, ferner Paris ap. Chevallon 1526. und Palander statt *non* habentem. Die Variante *dotandam* scheint nicht richtig. — Daß hierdurch nur ein Verhältniß, wie bei der actio rei uxoriae, wenn der Vater adjuncta filiae persona flagt, begriffen werden soll, dieß beweist der folgende §. 14.

der *profectitia dos*, ist nicht ganz deutlich³⁸⁾. Eine sehr natürliche Folge hiervon ist es, daß niemals mehr die *actio rei uxoriae* Statt finden kann³⁹⁾, sondern immer nur die *actio ex stipulatu* mit den oben angegebenen Eigenthümlichkeiten: diese werden jedoch, wenn von der Frau, ihrem Vater oder ihren Erben geklagt wird, in dem folgenden modificirt. Erstens soll diese *actio ex stipulatu* seyn eine *actio bonae fidei*⁴⁰⁾, sodann wird bei denwendungen, wegen Wegfallen des Retentions-Rechtes, dem Manne eine eigene Klage gegeben⁴¹⁾, hiernach werden die Fristen der Restitution beweglicher und unförperlicher Sachen auf ein Jahr gesetzt, auch dem Manne das *beneficium competentiae* gegeben⁴²⁾, ferner soll auch die *exhereditate*, *emancipate*, oder mit mehreren zur Erbin eingesetzte, Tochter selbst die *profectitia dos* ganz und allein erhalten⁴³⁾, diese daher auch conferirt und in den Pflichttheil eingerech-

38) Die Worte des Gesetzes machen keinen Unterschied: dagegen ist im §. 13 u. 14 nur davon die Rede, inwiefern der Besteller der *dos* ohne Stipulation die *actio ex stipulatu* habe. Daher würde ich das Gesetz nur von der *profectitia dos* verstehen, wenn nicht die Analogie der *actio rei uxoriae*, auf welche in dem §. 14 verwiesen wird und die Stellen der Pandecten auf etwas Anderes hinweisen. Vielleicht erklärt sich Alles, wenn man annimmt, daß durch §. 13. das Recht des Vaters vor den Erben der Frau die *dos profectitia* zu verlangen, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst worden, eingeführt; dagegen durch §. 14. allgemein das Klagen *adjuncta filiae persona* für jede *dos*, wenn die Tochter in der Gewalt sich befindet, bestätigt worden ist.

39) c. 1. C. 5, 13. — c. 12. C. 8, 18. — §. 29. J. 4, 6.

40) c. 1. §. 2. C. 5, 13.

41) c. 1. §. 5. eod.

42) c. 1. §. 7. eod.

43) c. 1. §. 11. C. eod.

net werden ⁴⁴⁾. Endlich soll der Vater, wie bei der *actio rei uxoriae, adjuncta filiae personae* die *dos* zurückfordern ⁴⁵⁾.

Nicht allein, daß immer eine Stipulation zum Vortheile der Frau oder ihres Vaters angenommen wird, wenn kein Dritter sich die Rückgabe bei der Bestellung gültig hat versprechen lassen; sondern es soll auch immer *causa inveniiri valida ac perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis* ⁴⁶⁾. Daher soll direct zum Vortheile des Mannes, indirect zum Vortheile der Frau, ein generelles, gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen Desjenigen Statt finden, der eine *dos* zu bestellen verpflichtet ist ⁴⁷⁾: daher soll der Frau zur Sicherheit der Restitution der *dos* das ganze Vermögen des Mannes verpfändet seyn.

44) c. 1. §. 12. C. eod.

45) c. 1. §. 14. C. eod.

46) c. 1. §. 1. C. 5, 13.

47) Es ist in neuerer Zeit gewöhnlich geworden, dieses Pfandrecht nur in dem Falle anzunehmen, wenn eine *dos* versprochen worden ist. Dies scheint mir mit Wort und Geist der Verordnung im Widerspruche. Justinian sagt, nach der oben S. 296. Not. 36. angegebenen Einleitung: ... in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, *vel rebus dotalibus evictis: sive ipsae principales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliae pro his personae: et dos sive adventitia, sive profectitia sit, secundum veteris juris nominationem. Ita enim et imperitia hominum et rusticitas nihil eis poterit afferre praejudicii; cum nos illis ignorantibus et nescientibus in hoc casu nostram induxerimus providentiam.* Sicut enim et stipulationes et hypothecae *inesse dotibus* intelliguntur, et inutiles stipulationes emendantur: sic et in posterum causa inveniatur valida et perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis. Et nemo

IV.

Auch mit diesen Begünstigungen war Justinian noch nicht zufrieden. Vielmehr verband er im Jahr 531 mit dem so eben erwähnten generellen Pfandrechte noch ein Privilegium⁴⁸⁾. Da der Umfang dieses Privilegs den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung ausmacht, und da dieser nur aus dem ganzen Zusammenhange mit Sicherheit erkannt werden kann, so muß nothwendig diese Constitution ohne alle Abkürzung hier eingeschaltet werden. Ihre Worte sind die folgenden:

Assiduis additionibus *mulierum* inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum deventas. Nos itaque *ad antiquas leges* respeximus, in personalibus *actionibus rei uxoriae actioni* (quam in praesenti sustulimus) *magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores.* Et hoc, cum in personalibus statuerant actioni-

putet nos hoc sancire in his tantummodo dotibus, quae instrumentis receptae sunt. Nihil enim prohibet, et si sine scriptis dos *vel detur*, vel promittatur, vel suscipiatur, *simili modo intelligi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte*, quasi fuerit scripta. So sehr das Bestreben Alles zu erschöpfen hier deutlich ist, so findet sich keine Spur einer solchen Beschränkung. Im Gegentheile zeigt der Zusammenhang, daß überall eine tacita stipulatio angenommen, überall die imperitia und rustico, unschädlich gemacht werden, überall das Pfandrechte als Begleiter der tacita stipulatio vorkommen soll. Dies soll namentlich Statt finden im Falle der Eviction auch bey der profectitia dos, und namentlich beyder dotis datio, wo doch bekanntlich kein Versprechen vorausgeht.

48) c. 12. C. 8, 18.

bus, si hypothecam respiciebant, illico iustitiae rigorem relaxabant: et senioribus hypothecis, novae mulierum hypothecas, si habebant, actiones expellebant: nec *ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod et corpore, et substantia et omni vita sua maritus fungitur*: cum pene mulieris ⁴⁹⁾ tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio.

§. 1. Ad haec omnia respicientes et remniscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus mulieribus subvenientes, et haec omnia in unum colligentes, *sancimus: ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati*. Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur *res uxoria*: quapropter non in hypotheca *hoc mulieri* etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent: sed quocunque modo vel dissipatae vel consumptae sint, si tamen res ipsae fuerint parti mariti datae? *Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro qua* ⁵⁰⁾ *multa nostris legibus inventa sunt privilegia?*

49) So alle Msste. von Nufard statt „mulieribus.“

50) So alle Msste. von Nufard statt quibus.

Et ideo quod antiquitas quidem dare incoepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus: et sive liberos habeat mulier, sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgemus. Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel ejus creditores: in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.

§. 2. Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori servire disponimus, et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus. §. 3. Quam legem ex praesenti tempore locum habere sancimus, et non retrorsum referimus. Dat. 5. Kalend. Decemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. 531.

Beachtet man unbefangen den ganzen Zusammenhang dieser Verordnung, so scheint vorerst unwidersprechlich daraus hervorzugehen, daß Justinian den Weibern ein Privilegium geben will, weil dieselben mit Klagen bestürmt und weil das persönliche Verhältniß dieser eine Begünstigung erheische.

Zweitens. Daß den Weibern gestattete Vorrecht soll darin bestehen, daß das alte *privilegium dotis* mit der neuen *actio ex stipulatu* verbunden wird. Dieser Satz

kann einen doppelten Sinn haben. Einmal, nur diejenigen Personen, welche auf das alte privilegium dotis Ansprüche hatten, sollen dieses neue Privileg haben. In diesem Falle würde nur allein die Frau auf diesen Vorzug Anspruch machen können. Sodann, alle Diejenigen, welche mit der neuen actio ex stipulatu klagen können, sollen dieses Vorrecht zu genießen berechtigt seyn, also die Frau, der Vater derselben und alle ihre Erben. Eine dritte Erklärung ist weder nach den Worten, noch nach dem Zusammenhange gedenkbar, namentlich keine, bei welcher zwischen den Kindern der Frau und andern Erben unterschieden würde.

Daß bei dieser Alternative nur allein der Frau der Vorzug zugesprochen werden könne, dieß läßt sich leicht erweisen. Dieß geht namentlich hervor aus der Analogie des alten privilegii exigendi, dessen Natur noch aus Justinians Compilation erkannt werden kann ⁵¹⁾, aus der Veranlassung und dem Zwecke des Gesetzes [oder sollen auch die fragilitas, das Gebähren und das sonstige Verhältniß der Kinder und Erben ihnen Vortheile zuwenden?], aus dem Buchstaben desselben, der nur der Weiber gedenkt, aus dem Zusammenhange der Constitution. Wie hätte es dem Kaiser nur einfallen können zu erwähnen, daß die Kinder aus einer frühern Ehe dies Privilegium, wenn sie mit der Stiefmutter concurrirten, ebenfalls haben sollten, wenn es allen Erben, ja selbst, wenn es den Kindern in jedem Falle hätte zustehen sollen? wie hätte er sagen

51) c. 1. C. 7, 74. S. o. S. 294. Not. 29. Daß diese Stelle nicht direct beweise, dies ist freilich wahr, allein sie steht in Justinians Compilation, in der nichts Ueberflüssiges seyn soll und bekommt gerade dadurch große Bedeutung, daß ausdrücklich in unserer Verordnung das alte privilegium exigendi mit der actio hypothecaria verbunden wird, welches nur mit der actio rei uxoriae verbunden war und daher schon mit der c. 1. C. 5, 13. aufgehört hatte.

gekonnt: *in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur*: sed sic maneat eis jus incorruptum, *quasi adhuc vivente matre eorum*? daß die Kinder zu den caeteri creditores gerechnet und ihrer Stiefmutter nachgesetzt würden, dieß war nicht zu fürchten, wenn auch ihnen ein Privilegium zustand, auch war es nicht nöthig ihnen ihr Recht zu erhalten, *quasi adhuc vivente matre eorum*.

Für diese Ansicht entscheidet ferner, daß alle spätere Gesetze bei dem Privilegium immer nur die Frau erwähnen; sodann das ausdrückliche Zeugniß der Institutionen ⁵²⁾

52) Im §. 29 J. 4, 6. erzählt Justinian, wie er die actio rei uxoriae mit der actio ex stipulatu vereinigt habe, und schließt diese Darstellung mit den folgenden Worten: Sed et tacitam ei (der actio ex stipulatu) dedimus hypothecam: praeferrimus autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experietur, cujus solius providentia hoc induximus. Daß der Ausdruck solius nur auf mulier gehen kann, zeigt das Wort ipsa und der ganze §., welcher nur allein von der neuen actio ex stipulatu redet. Daß Theophilus in seiner Erläuterung noch den in der c. 12. §. 2. enthaltenen Satz erwähnt, dies kann uns nicht berechtigen, dieses Wort als den Gegensatz von de dote sua zu betrachten. Wir haben also ein unverwerfliches Zeugniß Justinians über den Sinn seiner, wenigstens zweifelhaften, Verordnung, das wir nicht hintansetzen können. — Wie man hier von einem Vorgehen des Codex, oder von der Erklärung der deutlichen Institutionen-Stelle durch die undeutlichere des Codex ernstlich reden kann, dies begreife ich so wenig, als wie es möglich war die Institutionen durch Zurückweisung auf c. 1. §. 13. C. 5, 13. zu erläutern und zu behaupten, daß unter mulier jeder verstanden werden müsse, der die neue actio ex stipulatu habe. Nur den extraneis werde das Privilegium abgesprochen. Nach der deutlichen Bestimmung des Gesetzes haben die neue actio ex stipulatu 1) die Frau, 2) alle ihre Erben, nicht allein die Descendenten, 3) der Vater der Frau in dessen Potestas sie ist. Extranei heißen die Dritten, welche eine

und das nicht minder deutliche einer Novelle ⁵³⁾, so wie die nicht minder sprechende Erwähnung in einer andern Novelle ⁵⁴⁾, wenn man bei dieser nur die Eigenthümlichkeit des Falles und Das nicht übersieht, daß Kinder und andere Erben nach Wort und Geist der Gesetzgebung in der Regel nicht verschieden behandelt werden können. Von dieser Novelle muß in der Folge noch mehr geredet werden.

Ist es, wie bis hierhin auszuführen gesucht wurde, gegründet, daß Justinian in der c. 12. nur allein die Weiber begünstigen und nur ihnen für ihre Person ein Privilegium geben wollte; so versteht es sich von selbst, daß drit- tens in den Schlussworten des §. 1. wirklich eine Ausnahme zum Vortheile der Kinder erster Ehe für den Fall eingeführt wird, wo sie gemeinschaftlich mit ihrer Stiefmutter die dos zurückfordern. Daß dem so sey, dieß zeigt

dos bestellt haben. Diese haben die neue actio ex stipulatu nicht. Nach eben so deutlicher Bestimmung findet das stillschweigende Pfandrecht nur bey der neuen actio ex stipulatu statt. Ebenso sprechen die Institutionen nur von der neuen actio ex stipulatu. Hiernach würde also geradezu die Ausnahme die ganze Regel enthalten und direct der Nov. 91. pr. wider sprechen. S. u. Not. 59.

53) Omnibus privilegiis jam doti datis a nobis in sua firmitate manentibus, *quando mulier moverit, aliis enim omnibus praeter mulierem, huiusmodi privilegia neque ex antiquo dedimus, neque nunc damus.* Nov. 61. c. 1. §. 4. in fin. „Auf gleiche Weise sagt Julian: „(const. 55. No. 198. a. C.) Haec autem constitutio praerogativis dotium nullum praepjudicium facit: *nam praerogativas datas, integras inesse dotibus constitutio jubet, ita tamen, si de dotibus actiones mulieres moveant: aliis enim personis privilegium in actione dotis nec antea datum est, nec modo datur.*“

54) Nov. 91.

auch noch sonst die ganze Fassung der Worte. Da es nichts Ungewöhnliches ist, daß die Concurrenz eines Dritten mehr Rechte gebe, wie man sonst gehabt haben würde⁵⁵⁾; so ist es wohl unbedenklich anzunehmen, daß die Kinder erster Ehe in diesem Falle auch den Vorzug vor den übrigen Creditoren haben. Es bleibt daher hier nur die Frage, woher diese Ausnahme entstanden sey? die Antwort ist schon oft, und gewiß genügend, gegeben worden, daß der einfache, in dem Geiste des damaligen Rechtes fest begründete, Grund derselben in dem Bestreben zu suchen sey, die zweite Ehe nicht vor der ersten zu begünstigen⁵⁶⁾. Vielleicht hatte sich schon früher ein ähnlicher Satz bei der *actio rei uxoriae* gebildet, und dann ist Sache und Art der Erwähnung noch natürlicher. — Daß Justinian diesen Grund nicht an giebt, dies kann doch nicht wohl ernstlich als Gegen-Argument gemeint seyn.

Das vierte, das sich aus unserer Verordnung ergibt, daß bei der *propter nuptias donatio* ein Pfandrecht, aber kein privilegiertes, statt finde, dies gehört nicht weiter hierher⁵⁷⁾.

55) *J. B. fr. 2. §. 17. 18. 19. fr. 5. §. 2. D. 33, 17.*

56) Sehr gut ist hier die Bemerkung Meißners *S. 171.*, daß Privilegia der Frauen positiv, d. i. daß sie den Creditoren vorgebe, das der Kinder in diesem speciellen Falle nur negativ, d. i. daß sie nicht durch ihre Stiefmutter ausgeschlossen würden.

57) So wenig es hierher gehört, so kann ich doch nicht umhin bey dieser Gelegenheit meine Verwunderung darüber zu äußern, daß man gewöhnlich unter *donatio propter nuptias* Dasjenige versteht, was der Mann, oder Jemand in dessen Namen, der Frau zur Sicherheit ihrer dos und ihres und ihrer Kinder Unterhalt auf den Fall seiner Verarmung aussetzt, und wenn man der Frau während der Ehe, den Fall der Verarmung angenommen, alle Rechte abspriecht. — Welche Sicherheit gab denn diese *donatio ante nuptias* vor der Verordnung Justinians (c. 29. C. 5, 12.)? Wie sollen denn die Eigenthümlichkeiten derselben bey diesem Begriffe bestehen? Wie läßt er sich mit dem so oft wiederkehrenden Zeugnisse, daß sie der Frau eigenthümlich gehöre, vereinigen? — In der Wirklichkeit ist sie ein Vermögen der Frau, das neben der dos von dem Manne verwaltet wird, und bestimmt ist *ad sustinenda matrimonii onera*, wie die dos, mit welcher sie so vielfach übereinstimmt. Die morgenländische Sitte bei dem Verlöbniß ein Geschenk, eine *arra*, eine *donatio ante nuptias*, eine *sponsalitia largitas* zu geben, hat sie veranlaßt. Kam die Ehe nicht zu Stand, so wurde diese, wenn keine besondere Gegengründe da waren, zurückgegeben: kam die Ehe zu Stand, so blieb die Frau vor-erst Eigenthümerin dieser *arra*, allein sie wurde jetzt, wie die dos, zu den Zwecken der Ehe verwendet. Eine Ausführung und Begründung dieser Ansichten kann natürlich hier nicht gegeben werden.

V.

Nach der Publication der so eben erklärten Constitution ist mehrmals von Justinian des privilegirten Pfandrechtes der Weiber Erwähnung geschehen. Die meisten dieser Stellen müssen jedoch hier übergangen werden, theils, weil sie die hier zu erörternde Frage nicht berühren⁵⁸⁾, theils, weil sie schon in dem Bisherigen beachtet worden sind⁵⁹⁾. Nur eine derselben bedarf einer besondern Berücksichtigung, weil gerade durch sie viele Mißverständnisse erzeugt worden sind⁶⁰⁾, indem man häufig nicht die ganze Stelle und ihre Verbindung mit der früheren Legislation berücksichtigte, sondern nur einzelne Aeußerungen derselben, herausgerissen aus dem Zusammenhange.

Die Veranlassung dieses Gesetzes waren Zweifel und Schwierigkeiten, welche bei Gelegenheit eines speciellen Falles entstanden waren, welchen uns Justinian in der Einleitung erzählt⁶¹⁾. Daß die bei dieser Erzählung gebrauchten Worte nur mit Rücksicht auf diesen Fall erklärt und verstanden werden können, dieß ist klar, alsdann entscheiden sie aber sehr viel für die bisher vertheidigte Ansicht. Ein Mann hatte Das, was er in erster Ehe als dos empfangen hatte, verzehrt und starb mit Hinterlassung von Kindern erster Ehe, einer zweiten Ehegattin, und soviel Vermögen, als die dos aus der zweiten Ehe betrug. Daß er noch andere Creditoren gehabt habe, davon findet sich keine Spur. In dem zwischen den Kindern erster Ehe und der zweiten Ehegattin ausgebrochenen Prozesse entstanden nun die Fragen, erstens, ob jenen das den Kindern in der c. 12. für diesen speciellen Fall gestattete Privi-

58) Nov. 97. c. 2. 3. 4. — Nov. 109. c. 1.

59) §. 29. J. 4. 6. — Nov. 61. in fin.

60) Nov. 91.

61) *Dudum judicantibus nobis in dubitationem venit causa multa correctione digna, et legislatione clariori non indigna. Etenim quidam prioris factus uxoris vir, cum eam extulisset, deinde secundae dotem suscipiens, et filios ex priori relinquens, obiit adhuc secunda superstite. Volebat igitur secunda uxor dotem a se datam exigere, privilegio utens a nobis dato: contradicebant autem ex priori inatrimonio filii, et ipsi maternam obijcientes dotem. Et dubium erat, utrum etiam non superstite uxore priori, oporteret suscipi filios contra secundae dotem litigantes. Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium, aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filiis. Plurimae si quidem dubitationes extiterunt in hac*

legium [C. o. C. 304, 5.] noch bestehe, da spätere Gesetze ⁶²⁾ dasselbe nicht mehr erwähnt hatten, zweitens ob den Kindern in concreto dieses Privilegium Etwas nützen könne, da das vorhandene Vermögen die erste dos nicht begreife, im Gegentheil allein aus der zweiten dos bestehe, also der zweiten Ehegattin unbedingt vor Allen nach einer andern Verordnung Justinian's [C. o. 11.] der Vorzug gebühre? — Ob diese Erzählung die früher von mir entwickelten Ansichten bestätige, oder ob sie dieselben widerlege, ob die Worte: et dubium -- sed solis filiis, den Kindern ein Privilegium geben, wenn sie nicht mit ihrer Stiefmutter concurriren? Dies bedarf wohl keiner Erörterung. Das gegen muß noch bemerkt werden, daß gerade die eben hervorgehobenen Worte den bestimmtesten Beweis liefern, daß die c. 12. oben richtig erklärt worden ist, weil, wie oben bewiesen wurde, ein allgemeiner Unterschied zwischen Kindern und andern Erben nach Wort und Zusammenhang der Verordnungen Justinian's nicht gedacht werden kann.

Mit ausdrücklicher Rückweisung auf den so eben erzählten Prozeß und mit bestimmter Erklärung, daß er nur das bestehende Recht erläutern wolle, verordnet nun Justinian ⁶³⁾,

causa, dicente secunda, quoniam expendisset antequam ad ejus venisset matrimonium prioris uxoris dotem: et non esse justum, suam quidem, quod tantum inventus est reliquisse vir, quantum sufficeret soli secundae, dotem ear. perdere: illos autem expensam jam dotem percipere. Sed filii hypothecas proponebant, quoniam omnino rebus existentibus morienti hypothecae seniores potiores, quam secundae essent. Nov. 91. pr.

62) §. 29. J. 4. 6. — Nov. 61. in fin.

63) *His igitur in dubitationem venientibus, illud certum etiam a nobis sancitum est, quia si aliquid appareat rerum prioris aut secundae dotis, hoc necessarium filios prioris aut secundae habere: aut si moriatur etiam illa, filios ejus singulos, quod proprie habendum suum ostenderint. Hinc enim et in rem quae de proprietate est, competit pure, et unumquemque quod suum est habere, nullo privilegio indigens. Si vero nihil appareat utriusque rerum, aut aliqua quidem appareant, aliqua vero desint: sive superstites sint mulieres, repudio forsan priori matrimonio dissoluto: competere mulieri dotem: sive defunctae sint filiis existentibus ambae, aut etiam una harum: in iis quae desunt, superiorem esse priorem, et filios ex ea, antiquiorem dotem praeposcentes, id est dicere nepotes et pronepotes, et deinceps successores, cujuscunque naturae fuerint. Sicut enim si duo debita publica fuissent, necessario antiquum proponeretur posteriori: ita et hic privilegia necessarium pro priori doti dare priora: et ita secundae: et dotem non*

wie es gehalten werden solle, wenn über die Rückgabe zweier Doten unter den Ehefrauen oder ihren Kindern gestritten werde. Von dem Falle, wo diese mit andern Creditoren streiten, ist in dem ganzen Gesetze keine Spur und kann keine seyn, wenn man die Veranlassung, die Absicht und den Zusammenhang bedenkt. In diesem Falle sollen vorerst die res dotales, welche noch vorhanden sind, Demjenigen zufallen, von dessen Seite sie herkommen, in cuius bonis sunt ⁶⁴⁾, welschem durch die c. 30. C. 5, 12. eine utilis vindicatio gestattet worden. Demnächst sollen ferner in Rücksicht auf das Uebrige immer Diejenigen den Vorzug haben, welche die ältere dos zurückfordern. Dies sowohl einmal, wenn beide Gattinnen noch leben, weil beide das Privilegium haben, wie zweitens, wenn beide todt sind, weil keiner der Rückfordernden ein Privilegium hat, eben so drittens, wenn nur die erste lebt, weil diese allein privilegiert ist, auf gleiche Weise viertens, wenn nur noch die zweite vorhanden ist, weil in diesem Falle die c. 12. den Kindern erster Ehe ein besonderes Privilegium gegeben hat.

Die Richtigkeit der bisher gegebenen Erklärung der Nov. 91. pr. c. 1. wird noch mehr bestätigt durch die Art, wie Iulian ⁶⁵⁾, ein Zeitgenosse Justinians, den Inhalt dieser Verordnung referirt.

praepondere doti, nec hypothecam hypothecis: sed quod antiquius est tempore, amplius manere proprium robur habens et privilegium. Tempora namque hypothecarum permutare, aut interimere vel minuire, nullo modo patimur. Et hoc dicimus non ignorantes, quoniam iam et in alia quadam nostra legislatione hoc decrevimus, sed quoniam omnino motum est apud nos, et quaedam habuit diversas causa quaestiones: et propterea ad praesentis legis opus accessimus: ut non nunc aliquid prius sanciremus, sed ut clariorem eam omnibus constitueremus. Nov. 91. C. 1.

64) *S. v. Grolman u. v. Löhr Magazin B. 4. (2). S. 1. S. 62 — 76.* Dafi aus den in der Novelle gebrauchten Ausdrücken kein wahres Eigenthum gefolgert werden kann, ergibt sich, wenn man auf den Zusammenhang der Gesetzgebung und den Zweck dieser Constitution achtet.

65) *„Quaedam Mulier, Titia nomine, Maevio copulata est, et dotem dedit, et liberos ab eo procreavit. Postea, mortua Titia, Maevius secundam uxorem duxit Semproniam et mortuus est. Quaeritur utrum liberi prioris uxoris dotem matris suae prius recipere debeant, an magis secunda uxor in dote sua validiora iura praetenderit, et ita distinguimus, ut siquidem res dotales extant, sive prioris sive, posterioris sint, omnimodo eas dominus vindicare potest: sin autem vel con-*

VI.

Ist in dem Bisherigen der Zustand des alten Rechtes richtig angegeben, der Inhalt und Sinn der Verordnungen Justinians richtig aufgefaßt worden; so ist im neuesten Rechte das Verhältniß der Sache das folgende. Es kommt bei der Rückgabe der des Alles darauf an, ob ein Dritter [extraneus] sich bei der Bestellung die Rückgabe der des hat gültig versprechen lassen, oder nicht. Ist jenes der Fall, so steht ihm und seinen Erben eine Klage aus diesem Versprechen zu, diese Klage hat jedoch keine der Eigenthümlichkeiten, welche die von Justinian eingeführte actio ex stipulatu auszeichnen. Weder ein besonderes noch ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht findet zur Sicherheit der Zurückgabe Statt, ein vertragsmäßiges ist nicht privilegiert.

Hat kein Versprechen der Zurückgabe an einen extraneus Statt gefunden, so wird fingirt, daß dieses zum Vortheile der Frau und gewissermaßen ihres Vaters geleistet worden sey. Hieraus findet eine eigens gestaltete actio ex stipulatu Statt, mit welcher ein speciell, gesetzliches, vor allen privilegiertes, Pfandrecht an den res dotales und eine generelle, gesetzliche Hypothek an dem gesamten Vermögen des Empfängers verbunden ist. Auf diese Klage und diese Rechte haben die Frau, ihr Vater und alle ihre Erben, nicht allein die Descendenten, Ansprüche. Mit der generellen gesetzlichen Hypothek ist ebenfalls ein Privilegium verbunden, wenn die Frau selbst klagt, nicht aber, wenn der Vater oder die Erben klagen, auch nicht, wenn diese Descendenten seyn sollten. Nur in einem Falle ist auch den Descendenten der Frau das Privilegium gestattet.

Ob schon ich glaube, daß dieses Resultat aus dem Bisherigen mit Nothwendigkeit und unwiderlegbar hervorgeht, so mag doch noch eine kurze Prüfung der Gründe, aus welchen man den Kindern immer dasselbe Privilegium giebt, welches die Mutter hat, der großen Verbreitung dieser An-

„sumtae sunt, vel deminutae, praeferantur secundae
 „mulieri liberi ex priore matrimonio nati, vel etiam
 „ipsa prima uxor, si forte repudio primae nuptiae solu-
 „tae sunt. Idem dicimus, si liberi secundae mulieris
 „cum priore uxore vel liberis ejus litigent. In summa
 „enim dicimus, priori matrimonio hypothecarum privi-
 „legia validiora praestamus, ubi ipsa mulier agit vel
 „liberi ejus ex eo matrimonio nati (liberorum autem
 „appellatione omnes descendentes personas complecti-
 „mur) quod non per in novationem a nobis introdu-
 „ctum est, sed magis per interpretationem priorum con-
 „stitutionum. *Juliani epit. Novell. const. 84. No. 332.*

nicht wegen, hinzugefügt werden. Diese Gründe sind vorzüglich die folgenden:

- 1) Die Gründe, welche die Einführung dieses Privilegii herbeigeführt hätten ⁶⁶⁾, beschränkten sich nicht auf die Person der Ehefrau, sondern ergriffen die Eigenschaft des Brautshafts selbst, darum werde auch nicht ihr, sondern der das Privilegium gegeben ⁶⁷⁾, daher sey es ein dingliches und müsse also — auch den Descendenten der Frau zustehen.

Wenn man diese Argumente auch als noch so bedeutend betrachten will, so beweisen sie dennoch nichts, weil sie zu viel beweisen. Vor erst kann sich jeder Creditor auf die in der Note 66. angeführten Gründe gegen jeden Pfandgläubiger mit demselben Rechte berufen, wie die Creditoren, welche die das zurückfordern. Sodann entscheiden dieselben Gründe für Jeden, welcher eine das zurückfordert, auch für den extraneus bei der das receptitia, für den Vater und für die Erben der Frau, die keine Descendenten sind, eben soviel, wie für die Descendenten, bei welchen allen, auch nach dieser Meinung, kein privilegium dotis Statt findet. — Zudem ist der wahre Grund der Verordnung eine Begünstigung der Weiber, wie die c. 12. sehr deutlich ausspricht. Der Ausdruck privilegium dotis ist unbedeutend, da er sogar bei dem alten privilegio exigendi vorkommt,

66) *Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semet ipsa datam, vel pro ea ab alio. c. 12. pr. C. 8. 18. . . . Privilegium enim dedimus dotibus, ut contra antiquiores hypothecas habeant honorabilia jura, ut pote cum contrahentes cum viris eorum credant substantiis, et non mulierum: et quae forte tunc neque competebant iis, qui prius contraxerunt. Nov. 97. c. 2.*

67) *De dote sua experiatur . . §. 29. J. 4, 6. C. 8. Not. 52. Duabus enim dotibus ex eadem substantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus. c. 12. §. 1. C. 8, 18. . . . Sicut enim, si duo debita publica fuissent, necessario antiquum praeponeretur posteriori; ita et hic privilegia necessarium est priori doti dare priora: et ita secundae: et dotem non praeponere doti, nec hypothecam hypothecis: sed quod antiquius est tempore amplius manere, proprium robur habens et privilegium . . . Nov. 91. c. 1. — Eine aus Novelle 91. c. 2. angeführte Stelle findet sich nicht — Nov. 97. c. 2. C. die vorige Note. . . . Quia enim dedimus privilegium mulieribus dotium, ut etiam prioribus creditoribus praepo-
nantur, et meliorem ordinem eas habere et nec a tempore superatas. . . Nov. 109. c. 1.*

recht wohl auch bei meiner Ansicht bestehen kann und sogar in den meisten der angeführten Stellen durch den Zusammenhang selbst allen Schein verliert. Da die Gegner selbst, wenn ich so sagen darf, nur eine halbe Dinglichkeit des Privilegii annehmen, es auch gerade die Streitfrage ist, ob es dinglich sey oder persönlich, so kann aus diesem Grunde nichts gefolgert werden.

2. Das Privilegium sey mit Justinian's neuer actio ex stipulatu verbunden, also — müsse es auch den Descendenten der Frau zustehen.

Unter allgemeiner Rückweisung auf das oben [IV. zweitens] Ausgeführte, bemerke ich nur, daß auch dieses Argument Nichts beweist, weil es zu viel beweisen würde, da auch der Vater der Frau und ihre Erben, welche keine Descendenten sind, diese neue actio ex stipulatu haben.

3. Die in der c. 12. geäußerte Bedenklichkeit würde unerklärbar seyn, wenn den Kindern als solchen dieses Privileg nicht zustünde, auch werde es mit dürren Worten in der Nov. 91. pr. ⁶⁸⁾ und der Auth. Si quid C. 8, 18. denselben zugesprochen.

Auch hier bedarf es nur einer Zurückweisung auf das Obige. Ohnehin fällt aller Schein der Novelle hinweg, wenn man beachtet, daß Justinian in der Einleitung nur erzählt, und die ganze Erzählung im Zusammenhange liest. Ja es bedarf nur eines Rückblickes auf die vor non vorhergehenden, in der Note mit abgedruckten, Worte, um die Nichtigkeit dieses Arguments einzusehen. Daß die Auth., die ohnehin nicht einmal entscheidend spricht, keinen Beweis abgeben könne, dies versteht sich wohl von selbst.

4) Daß das Privileg der Kinder auf den Fall der Concurrenz mit der Stiefmutter beschränkt sey, dies sey unmöglich a) weil ihnen dieses Recht in eigenem Namen zustünde ⁶⁹⁾, b) weil es ihnen auch gestattet werde, wenn die zweite Ehefrau todt sey ⁷⁰⁾, c) weil es alsdann von äußern Zufälligkeiten abhängen würde, ob die Kinder ein privilegirtes oder nicht privilegirtes Pfandrecht hätten, endlich d) weil, wenn ihnen kein

68) *Et dubium erat, utrum etiam non superstite uxore priori, oporteret suscipi filios contra secundae dotem litigantes. Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium aut hereditus, aut creditoribus, sed solis filiis.*

69) Similem — — matre. c. 12. §. 1. C. 8, 18. Sicut enim ... privilegium. Nov. 91. c. 1.

70) ... Sive defunctae sint filiis existentibus ambae... Nov. 91. c. 1.

Privileg gegen die Creditoren zustehe, nach dem Grund, sage: Si vinco vincentem te, vinco te ipsum, im Falle, wo andere Creditoren vorhanden sind, ein unauflösbarer Cirkel entstehen müßte.

Indem ich auf das oben unter IV und V Ausgeführte zurückweise, will ich nur erwähnen, daß die c. 12. gerade ausdrücklich sagt, sie wolle, wenn eine Stiefmutter da sey, den Kindern das Privileg erhalten, als wenn ihre Mutter noch lebe, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus. Die Novelle 91. spricht nur von dem Falle, wo die zwei Dotalforderungen die einzigen sind. Daß die Existenz eines Dritten auf die Rechte eines Andern Einfluß habe, dieß ist nichts Ungewöhnliches. Da Niemand den Kindern, wenn sie mit ihrer Stiefmutter und Andern concurriren, das Privilegium abspriecht, so ist kein Cirkel zu fürchten. Uebrigens würde auch dieser nicht viel beweisen, da wir Aehnliches sonst finden ⁷¹⁾, wo denn doch am Ende durch Ausübung des jus offerendi et succedendi geholfen werden kann.

5) Es werde uns ausdrücklich gesagt: *heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur* ⁷²⁾; also müßten die Kinder das selbe Privilegium haben, wie die Mutter.

Vorerst steht auch dieser Stelle entgegen, daß sie zu viel beweist, da den heredes das Privilegium ausdrücklich abgesprochen wird. Außerdem spricht sie von einem ganz andern Falle und sagt nur, daß auch der Erbe das ungiltig veräußerte Dotal-Grundstück revociren könne.

6) Auf alle Fälle sey die Sache zweifelhaft. Da nun der Grundsatz gelte, daß im Zweifel zum Vortheile der dos entschieden werden müsse, so müsse den Kindern dieß Vorrecht zugestanden werden.

Auf diese Weise könnte es wohl Jeder, welcher eine dos zurückfordert, verlangen. Da ich übrigens die Sache nicht als zweifelhaft ansehe, so glaube ich mich hier aller weiteren Bemerkungen enthalten zu können.

Das Resultat auch dieser Untersuchung scheint zu seyn, daß keiner der gegentheiligen Gründe geeignet ist, die hier bestrittene Ansicht zu begründen oder die Meinung, welche ich bisher aus den Quellen zu entwickeln versucht habe, zu entkräften.

⁷¹⁾ fr. 16. D. 20, 4.

⁷²⁾ fr. 13. §. 3. D. 23, 5.