

Werk

Titel: Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien

Autor: Thibaut

Ort: Heidelberg

Jahr: 1822

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1822_0005 | log18

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

A r c h i v
für die
civilistische Praxis.

Fünfter Band. Drittes Heft.

I.

Vertheidigung der Praxis gegen manche
neue Theorien.

Vom Geheimen Hofrath Thibaut.

Wenn man das, was in den letzten dreißig Jahren durch genaues Quellen- Studium, wie durch geschichtliche und philosophische Bearbeitung, für das Römische und Deutsche Recht geschehen ist, mit dem vergleicht, was in den, unmittelbar vorhergegangenen fünfzig Jahren für die Rechtswissenschaft geschah: so fällt es von allen Seiten in die Augen, daß diesmal die neuere Zeit der älteren weit vorzuziehen ist, und daß die glücklichsten Fortschritte gemacht sind, welche man vor dreißig Jahren kaum für möglich gehalten haben würde, auch abgesehen von der zufälligen Entdeckung wichtiger Geschichtsquellen. Es hat freilich in jener früheren Periode nicht wenig ausgezeichnete Rechtsgelehrte gegeben, welche, wenn sie sich der schriftstellerischen Thätigkeit ganz hätten ergeben wollen, unfehlbar etwas Classisches würden geliefert haben, wie z. B. G. B. Beckmann, und mein, höchst vielseitig gebildeter Colleague Trendelenburg in Kiel, welcher, ungeachtet seiner ungemeinen practischen Gewandtheit und Regsamkeit, ein eleganter Jurist im besten

Sinne des Wortes war, und das historisch-philologische Rechtsstudium über Alles liebte. Allein es herrschte nun einmal in Betreff der schriftstellerischen Thätigkeit eine eigene Art von Apathie und Negativität, und diese ward nicht wenig unterhalten durch das Ansehen, worin damals noch, zum Theil mit Recht, die kritischen Blätter standen. Ich habe zwei bedeutende Männer gekannt, welche es kaum ertragen hätten, wenn sie in der allgemeinen deutschen Bibliothek, oder den Göttingischen Anzeigen ernstlich getadelt wären, und so lieber sich auf kleine, von den Zeitschriften gewöhnlich nicht beachtete Dissertationen beschränkten. Bei dieser Lage der Dinge war denn die beste Gelegenheit, einer trügen und bequemen Praxis die Herrschaft zu verschaffen. Wären an der Spitze dieser Praxis große Männer gestanden, wie Carjov, Mevius und Wernher, so hätte die Sache hingehen mögen. Allein das fehlerhafte Lehrbuch von J. H. Böhmer (in späteren Jahren selbst von dem Verfasser desselben wenig geachtet), und das noch weit schlechtere Lehrbuch von Hellfeld vertrat die Stelle der alten gewichtigen Auctoritäten; und daran schloß sich sogar noch der Commentar von Höpfner, dem Webers Noten zwar nachgeholfen, aber im Wesentlichen nicht geholfen haben. So war es denn auch bei dem neuen Aufschwunge der wissenschaftlichen Thätigkeit sehr leicht, sich mutzig der Praxis entgegenzusetzen, und diese überall verächtlich und lächerlich zu machen, besonders da es noch dazu Mode geworden war, aus den Sätzen weniger Lieblingschriftsteller sogleich dreist eine communis opinio abzuleiten, und diese als recepta sententia geltend zu machen. Daher sieht man auch schon jetzt ein vielfaches Schwanken der Praxis, und unsre Juristenfacultäten sind, als Spruchcollegien, schon recht oft in dem Bestreben vorangegangen, das Neue gegen das Alte zu vertheidigen.

In der That wäre es auch ein übler Umstand, wenn die neuen theoretischen Erfindungen nicht zur Verbesserung

des Herkömmlichen benutzt werden sollten. Allein dennoch muß man lebhaft wünschen, daß die Praxis nicht zu tief sinke, und ihren eigenthümlichen, wenn auch nicht überwiegenden, Werth gegen die Theorie behaupte. Eine gewisse Opposition ist in der Regel dem bürgerlichen Leben nothwendig. Denn die ungehinderte Kraft überschreitet nur zu leicht ihre Grenzen, oder sie erschlafft, weil sie durch keinen Reiz wach erhalten wird. Die Rechts-Theorie kann aber ohne fleißige Berücksichtigung der Praxis durchaus nicht bestehen. Denn erst im practischen Leben lernt man genau die Rechtsbedürfnisse, und den Erfolg der Rechtsgrundsätze kennen, und ein großer Theil unsrer Rechtsbücher (namentlich das Römische Recht, und insbesondere der beste Theil desselben, die Pandekten) entstand nicht aus philosophisch-historischen Untersuchungen, sondern aus der Betrachtung des Lebens, findet also grade in dem Leben seine beste Erklärung, und die zur vorsichtigen und geschickten Anwendung nöthigen Fingerzeige. Woher sollte es auch sonst gekommen seyn, daß man so oft mit vollem Grunde über das practische Ungeschick bedeutender Theoretiker klagte? Es liegen aber in manchen Eigenthümlichkeiten unsrer Zeit noch besondere Gründe, warum man der Praxis ihre Ehre zu erhalten suchen soll. Vielfache Aufregungen haben nämlich einen Dünkel und eine Selbstsucht hervorgerufen, dergleichen früher wenig vorkam. Welchen schnöden und schneidenden Ton haben sich viele unsrer jüngeren Schriftsteller angewöhnt? Wie sind sie so leicht auf der Stelle über alles Andre erhaben, wenn sie sich in ein paar Puncten klüger glauben, als die, von denen sie den besten Theil ihres Wissens erlernten? und welche Rücksichtslosigkeit und Anmaßung herrscht überall, wo man sonst jugendliche Bescheidenheit und Selbstverleugnung fand? Es läßt sich dies jetzt am wenigsten mit ruhigem Mitleiden ansehen. Denn unsre Gerichte sind leider auch gesunken. Der Depotismus hat sie vielfach mit Halbjuristen angefüllt, denen die vorschnelle Eigenmacht am besten zusagt; auch ist es

da und dort sogar dahin gekommen, daß man die Gerichte gleichsam als Ausleerungsplätze behandelt, wo man sich der Staatsdiener entledigt, welche man an andern Orten als unbequem, oder unbrauchbar gern entfernen möchte. Und auf allen Fall bleibt so viel gewiß, daß man der herkömmlichen Praxis unbedingt das Wort reden soll, wo sie nicht weniger für sich hat, als eine neue Theorie, und wo also der Wechsel den Rechtsfrieden ohne hinreichenden Grund stört. Bei der Dunkelheit und Dürftigkeit unsrer Gesetze treten aber Fälle dieser Art sehr häufig ein; und da ist doch in der That nicht einzusehen, warum man das Angewohnte verlassen, und es leichtsinnig mit den ungenügenden Neuheiten vertauschen soll.

Ich habe mir daher vorgenommen, dann und wann in dieser Zeitschrift dem herkömmlichen Recht gegen neue Theorien das Wort zu reden, wenn mir diese Theorien falsch oder ungenügend scheinen. Niemand wird mir vorwerfen können, daß meine bisherige Laufbahn mich in Ansehung solcher Erörterungen einseitig gemacht habe. Denn wenn ich auch seit dem ersten Jahre meines academischen Lebens in Spruchcollegien thätig arbeitete, so geschah dies nicht eben mit großer Vorliebe für das Practische; vielmehr habe ich immer meine besten Stunden der Theorie gewidmet, und meine Schriften beweisen zur Genüge, daß ich, so gut wie andre Theoretiker, auf Verbesserung herkömmlicher Ansichten eifrig bedacht war. Ich werde übrigens meine Angriffe nicht grade gegen solche Schriftsteller richten, denen ich überhaupt nicht viel vertraue, oder aus irgend einem Grunde abgeneigt bin, sondern es soll mir vielmehr am liebsten seyn, wenn ich es mit Männern zu thun haben kann, welche ich zu unsern ersten Theoretikern, oder zu meinen Freunden zähle, und denen ich gerne nachrühme (wie unserm trefflichen Lühr), daß ich viel von ihnen gelernt habe.

1. Ueber die Ungültigkeit auflösender Bedingungen bei Erbeinsetzungen.

Kein Satz ist bisher von unsern Theoretikern und Praktikern unbedenklicher angenommen, als die Regel, daß ein Erbe unter einer auflösenden Bedingung nicht eingesetzt werden kann. Den Hauptgrund dafür entlehnte man aus der allgemeineren Regel der L. 88. de hered. inst.: non potest efficere, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse. Freilich gab man zu, daß diese Regel durch das, von Justinian in seinem ganzen Umfange wiederhergestellte *Sctum Trebellianum* in Betreff der Universal-Fideicommissen etwas modificirt sey. Allein man leugnete doch, daß damit die alte Regel als solche wegfallt, indem bei Fideicommissen der restituirende Fiduciar doch sofort einen Stellvertreter bekomme, mit der allgemeinen Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung aber auch die Möglichkeit gegeben sey, daß die angetretene Erbschaft auß *Reus vacans et jacens* werde.

Diese alte Theorie ist nun aber jetzt von Wening angefochten ¹⁾. Er behauptet nämlich, man müsse die, einer Erbeinsetzung hinzugefügte auflösende Bedingung in die entgegengesetzte aufschiebende verwandeln, und als solche erhalten. Seine Gründe sind diese: Es sey überall Regel, daß man dem Willen des Erblassers nachkommen müsse. Das Wegwerfen der auflösenden Bedingung sey aber gegen jenen Willen. Im §. 9. 1. de hered. inst. sey auch allgemein eine bedingte Erbeinsetzung zugelassen, und nur der dies *certus a quo et ad quem* verworfen; auch sey in L. un. C. de his quae poenae nomine die Entziehung einer Erbschaft oder eines Legats zur Strafe gestattet. Aus dem Satz der L. 10. de adimend. legatis: *legatum cum sub*

¹⁾ Ueber die auflösende Bedingung bei Erbeinsetzungen; — in diesem Archiv I. Bd. 1. St. nr. IX.

conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset, folge aber von selbst die Zulässigkeit der vorhin erwähnten Verwandlung der auflösenden in eine aufschiebende Bedingung.

Ich bemerke dagegen Folgendes. Wenn es auch so ungefähr im Ganzen wahr ist, daß man dem Willen des Erblassers nachkommen muß, so ist es doch auf der andern Seite ausgemacht, daß man bei Erbeneinsetzungen den Willen des Testators sehr oft nicht zu achten braucht. Eine ganze Reihe solcher Ausnahmen entsteht daher, daß Testamente ein rein bürgerliches Institut sind, wobei Spielereien nicht geduldet werden können. Daher die vielfachen Bestimmungen über das Wegwerfen unmöglicher, unanständiger, lächerlicher Bedingungen, welche bei den bloß natürlichen Geschäften ihre volle vernichtende Kraft äußern! Noch mehrere Ausnahmen hat der Umstand herbeigeführt, daß es der Erbe mit den Gläubigern zu thun hat, daß die Vererbung grade zum Besten der Gläubiger eingeführt ist, und daß man für sie besonders zu sorgen hat. Daher muß der Erbe alle offen gelassenen Theile annehmen, obgleich sie ihm im Grunde der Testator nicht gab; er kann pendente conditione et die immer gegen Caution die Erbschaft bekommen; kein dies certus a quo et ad quem braucht von ihm geachtet zu werden u. s. w. Zu dem Geiste dieser Bestimmungen paßt nun aber aufs Genaueste das gänzliche Verwerfen der auflösenden Bedingung bei Erbeneinsetzungen. Denn läßt man sie nach dem Willen des Testators, und nach ihrer eigentlichen Natur gehörig wirken, so hat es der Testator in seiner Hand, die Erbschaft nach Gefallen von Zeit zu Zeit wieder zum Aperto zu machen, die Gläubiger von dem Erben zu trennen, und sie in die unangenehme Lage zu bringen, den Erben mit einem schwerfälligen Curator hereditatis iacentis vertauschen zu müssen. Mit dem Legatar verhält sich die Sache ganz anders, weil er mit den Gläubigern nichts zu thun hat, und weil der oneratus sogar noch gewinnt, wenn jener das Legat

nicht bekommt oder behält; daher denn auch der Legatar pendente conditione in der Regel nichts fordern, und an einen dies certus a quo et ad quem gebunden werden kann.

Daß nun jenes Nichtachten der auflösenden Bedingung, insofern die Auflösung den Verlust einer bereits erworbenen Erbschaft zur Folge haben soll (und darauf geht eigentlich die Behauptung der älteren Juristen) aus dem Satz: wer einmal Erbe ward muß immer Erbe bleiben, folgt, kann gar keinen Zweifel leiden. Auch die ganze Lehre von der Vulgar-Substitution, so wie die Geschichte des Scti Trebelliani und Pegasiani kann zur Bestätigung der älteren Lehre unsrer Juristen dienen. Denn wenn man ein successio heredum durch bloßes Hinzufügen einer auflösenden Bedingung herausbringen konnte, wozu war denn das erste Sct. so nöthig, oder warum sprach dasselbe so unbeschränkt, ohne der auflösenden Bedingung zu erwähnen; warum stellte das zweite Sct. für viele Fälle das ältere Recht wieder her, ohne für die auflösenden Bedingungen wieder eine Ausnahme zu machen; und endlich: wie konnte Justinian ²⁾ so ganz allgemein, dem älteren Sct. beitreten, die Uebertragung des metus hereditarius zur Regel machen, ohne entfernt anzudeuten, daß auch ohne jenen Senatsbeschluss die Sache durch Bedingungen habe herausgebracht werden können?

Herr Wenig muß nun zwar einwenden: vom Wechsel der Erben habe nicht geredet werden können, weil bei einer, zum Vortheil eines Andern gesetzten auflösenden Bedingung die Verwandlung derselben in eine aufschiebende die Schwierigkeit jenes Wechsels entfernt habe. Allein es wäre unnatürlich, und gegen des Erblassers Willen gewesen, wenn man jene Conversion angenommen hätte. Denn ihrem Begriffe zufolge geht eine aufschiebende Bedingung dahin: Du sollst noch zur Zeit nicht haben, sondern erst dann; eine auf-

2) §. 7. J. de fideic. hered.

lösende aber dahin: Du sollst gleich haben, aber dann und dann wieder hergeben. Das Umkehren nimmt also dem Berufenen vorläufig das, worauf er sogleich Anspruch hat, und damit ist gegen des Testators Willen zu seinem Nachtheil gehandelt. Die L. 10. pr. de adim. legat. kann nun auch nichts der Art haben sagen wollen, oder es würden hier durch sie die sonderbarsten Schwierigkeiten entstehen. Sie redet nämlich, was wohl zu bemerken ist, von Legaten, wie dies auch andre gleichlautende Fragmente thun ³⁾, wobei die Succession mehrerer auf einander folgender Legatäre keine Schwierigkeit hat, und zwar auf allen Fall in keiner Hinsicht nach einer, den Wandekten vorhergegangenen Constitution Justinians ⁴⁾. Wie ist also bei diesen eine, durch keinen Nothfall veranlaßte Umdrehung zu rechtfertigen? Und was hätte man hier nun gar damit herausgebracht? Offenbar das Aergste! Denn ein Legatar kann ja pendentie conditione suspensiva im Ganzen das Legat nicht verlangen. Was ihm also die Umkehrung hinten retten will, das schneidet sie ihm vorne wieder ab, und das Eine wie das Andre geschieht gegen den klaren Willen des Testators! Dabei läßt sich auch fragen, wie es zusammenhängt, wenn unser corpus iuris sagt: ein Legatar kann unter aufschiebenden und auflösenden Bedingungen gerufen werden; ist jenes der Fall, so muß er bis zum Eintritt der Bedingung warten; ist aber dies, so kann er gleich, gegen cautio de restituendo, von seinem Recht Gebrauch machen. Denn verwandelt man ihm an sich eine jede auflösende Bedingung in eine aufschiebende, so kann eben deswegen der letzte Fall gar nicht eintreten.

Mit der L. 10. cit. kann man auch ziemlich leicht fertig werden, auf allen Fall in Beziehung auf unsre Frage. Es lassen sich nämlich zwei Fälle denken, der eine, daß im

3) L. 107. de cond. et dem. L. 6. pr. quando dies legati.

4) L. 26. C. de legat. (6. 37.) *Goeschen* Observat. iur. Rom. p. 65 — 73, not. k.

Testament gesagt ist: A soll haben, und vorläufig behalten, aber dereinst herausgeben; oder, daß es heißt: was ich dem A gab, das nehme ich ihm hiemit wieder, falls nicht dies oder das geschieht. Im ersten Fall wäre das Annehmen einer aufschiebenden Bedingung nichts als eine, den klaren Worten widerstreitende Verdrehung. Im zweiten Fall hingegen läßt sich dergleichen herausbringen. Wollte man auf Wortklauberei ausgehen, so könnte man nämlich sagen: das pure Gegebene ward nachher an sich unbeschränkt genommen, und bei der nachfolgenden Bedingung nicht wieder aufs Neue positiv gegeben, mithin bekommt der Legatar nichts. Allein dagegen sind nun die, von den Classikern überall angewandten Grundsätze des *argumenti a contrario* 5). Will nämlich Jemand, daß ein Andern von ihm nichts erhalte, oder will er ihm alles Angewiesene wieder entziehen, so braucht er dort nur zu schweigen, oder hier nur einfach zu widerrufen. Soll also ein bedingter Anhang nicht als ein inutiles gelten, so kann er bloß auf ein bedingtes Sehen oder Wiedergeben bezogen werden, wie auch bei uns der gesunde Verstand sagen würde, in der Rede: »A bekommt von mir 100 Thle nicht, wenn er die B heirathet,« liege *implicite*, daß A jene Summe fordern könne, wenn er die B nicht heirathe. Ganz so, wie von einer, durch Interpretation leicht zu findenden, natürlichen Sache sprechen nun L. 10. pr. cit., und die gleichlautenden in der Note 3 angeführten Fragmente; aber nicht entfernt deuten sie an, daß ihre Absicht sey, ein Resultat aufzustellen, welches zur Umgehung der Worte des Testators dienen solle. Und wenn man auch alles leugnen wollte, was eben gesagt ist, so bleibt doch noch immer der entscheidende Umstand übrig, daß für den Fall, wenn der berufene Erbe wirklich Erbe ward, nach der

5) L. 22, de LL. L. 1. pr. de offic. eius cui mand. L. 1. pr. de his qui sui. L. 18. de testib. L. 26. §. 2. de pact. dotal.

Regel, kein wirklicher Erbe könne aufhören Erbe zu seyn, die Verwerflichkeit der auflösenden, als einer hier unmöglichen Bedingung nach strengen Grundsätzen des Civilrechts durchaus angenommen werden durfte.

Der §. 9. I. de hered. instit. sagt, nach dem gewöhnlichen Styl der Institutionen, nichts dawider. Denn überall berühren ja die Institutionen nur die ersten rohen Elemente, und überlassen, in absichtlicher Unbestimmtheit, alle genaueren Entwicklungen, Ampliationen und Limitationen der Pandekten. So konnten sie denn auch leicht die Zulässigkeit der bedingten Erbeneinsetzungen unbestimmt anführen, wie sie das, was über den dies certus unbedingt zu sagen war, leicht bestimmt angeben konnten. Allein was wäre dazu erforderlich gewesen, über bedingte Einsetzungen alles klar zu sagen! Selbst die Lehre von Universal-Fideicommissen hätte mit ein gemischt werden müssen, um nur das Wesentliche ganz aufzuklären. So mußte denn also, nach gewohnter Art, mit einer unbestimmten Andeutung die Sache abgethan werden.

Endlich steht auch die L. un. C. de his quae poenae nomine der gemeinen Lehre nicht entgegen. Denn schon nach ihrer Stellung zwischen Titel von Vermächtnissen kann sie nicht auf Verwirkung des ganzen Erbrechts, sondern nur auf legata poenae nomine relicta bezogen werden. Darauf allein geht nun auch ihr klarer Inhalt, wie dies bewiesen wird durch die Worte: *pecunias dari, pecuniariam poenam inferri, — eas* (welches nur auf pecunias gehen kann) *transferri, — vel aliquid ab eo dari.* Aber auch abgesehen davon, ist das Aeußerste, was sich nach dieser Constitution sagen läßt, daß zur Strafe eine Verwirkung des Erbrechts eintreten kann, welches freilich zu der, von Justinian auch sonst in ähnlichen Fällen ⁶⁾ bewiesenen Heftigkeit ganz gut passen würde, aber auf die, dem Erben nicht

6) L. ult. §. ult. C. de bon. quae lib. Nov. 74. praef. §. 2. c. 2.

zum Vorwurf gereichenden Thatumstände, namentlich auf alle als auflösend gesetzten, bloß zufälligen Bedingungen durchaus keine analogische Anwendung leidet.

2. Ueber die Verjährung der Dienstbarkeiten.

Obgleich die Lehre von der Verjährung der Real- und Personal-Servituten in vieler Hinsicht die größten Streitigkeiten veranlaßt hat, so war doch stets eine gleiche Ansicht über das Hauptsächlichste, nämlich darüber, daß unter Voraussetzung aller nöthigen Erfordernisse, eine Dienstbarkeit in einem bestimmten longo tempore, also in 10, oder in 10 oder 20 Jahren, nach Maßgabe der Gegenwart oder Abwesenheit, durch Verjährung erworben werden könne. Kürzlich ist aber versucht, in einer neuen Darstellung ⁷⁾ eine bloß unbestimmte Verjährungszeit herauszubringen, wobei es von der richterlichen Willkühr abhängen soll, in jedem einzelnen Fall nach den individuellen Umständen zu bestimmen, ob hier so und so viel, oder mehr Jahre erforderlich waren.

Das Wesentliche dieser neuen Theorie, und ihrer Gründe, geht nun auf Folgendes hinaus. Eine Verjährung der Personal-Servituten sey in keinem Gesetz zugelassen, und dürfe insofern gar nicht angenommen werden. In Betreff der Real-Servituten sey in den Gesetzen auch nirgend von einer praescriptio, oder gar der praescriptio von 10 und 20 Jahren die Rede, sondern es werde nur unbestimmt ein Erwerb derselben durch einen, sehr lange Zeit fortgesetzten Gebrauch gestattet. Dies werde klar ausgedrückt durch das mehrmals vorkommende Wort *vetustas* ⁸⁾, und durch die

7) Meusel und Zimmern Römischrechtl. Untersuchungen I. B., nr. V. VI.

8) L. 2. pr. L. 26. de aqua et aquae pluv. L. 3. §. 4. de aqua quot.

demselben gleichgeltenden, auch ganz unbestimmten Ausdrücke: tempore, diu usus, longa consuetudine, dioturno usu, longa quasi possessione, longi temporis consuetudo, und longi temporis praerogativa ⁹⁾, zu welcher vetustas aber nicht grade eine unvordenkliche Zeit gehöre, obgleich sie zu dem sichersten Beweise führe. Es gebe auch zwei Fragmente, woraus klar hervorgehe, daß hier an keine feste Zeitbestimmung gedacht sey. In L. 10. pr. si servit. vind. sey nämlich gesagt, es könne Jemand das Wasserleitungsbrecht longa quasi possessione erwerben, und dabei heiße es doch: utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se. Eben so entscheidend sey für das Unbestimmte Ulpian's Aeußerung in L. 10. §. 1. de usurp.: Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Denn daß longo tempore capi gehe auf 10 und 20jährige Präscription. Nach vielen andern Fragmenten könne aber doch eine Real-Servitut abge sondert durch Verjährung erworben werden. Eine Vereinigung der Gesetze sey also nur möglich, wenn man Ulpian's Aeußerung auf die bestimmte Verjährung von 10 und 20 Jahren, die übrigen Fragmente aber auf eine unbestimmte Erwerbungszeit beziehe. Zwar habe man sich für die bisherige Ansicht berufen auf das exemplo rerum immobilium in L. 2. de servitut., und auf den Schlußsatz: eadem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, veluti usufructus et ceterae servitutes in L. 12. C. de praeser. longi temporis. Allein das erste Gesetz sage doch nichts von einer völligen Gleichstellung der Zeitfristen, und das zweite könne, insofern es keine praescriptio definita in Rücksicht der Erwerbung der Servituten gebe, bloß auf die erlöschende Verjährung derselben be-

9) L. 28. de S. P. U. L. 10. pr. si servit. vind. L. 1. §. ult. de aqua et aquae pluv. L. 3. §. 3. de itinere. L. 1. C. de servit.

zogen werden, für welche freilich Justinian ¹⁰⁾ eine bestimmte Frist von 10 und 20 Jahren gesetzt habe.

So weit das Neue! Ich will jetzt, abgesehen von vielen kleinen Nebendingen, kurz angeben, warum ich nach wie vor dem alten Glauben ergeben bin. Zuvörderst wird jeder Unparteiische einräumen müssen, daß unsre Gerichte durch jene neue Theorie in eine üble Lage versetzt würden. Das Verweisen auf richterliches Ermessen hat seinen guten Sinn, wenn man dabei dem Richter irgend ein leitendes Princip geben kann, wie z. B. wenn man sagt: ein kleiner, nach Umständen unschädlicher Verzug solle nicht angerechnet werden. Allein sinnlos wird die richterliche Willkühr, wenn sie ganz und gar keine Entscheidungsnorm zum Grunde legen kann. Und so wird sie doch durch jene neue Theorie gestellt. Denn wonach soll sich der Richter, zwischen tempus definitum und immemorabile in der Mitte stehend, eigentlich richten? Soll er sehen auf das Interesse des Verlierenden, oder des Erwerbenden, oder die Wichtigkeit oder Unwichtigkeit der Servitut, oder das gemeine Beste, oder, wie er es in Nothfällen sonst wohl darf, das Loos entscheiden lassen? Mit dieser Frage wird denn auch das Resultat der neuen Theorie historisch unbegreiflich. Die neuere Verjährung der Servituten entstand doch auf allen Fall nach Analogie der Präscription des Eigenthums, das Edict mag sie nun eingeführt haben, oder Interpretation und Gerichtsgebrauch, oder ein Rescript. Wie in aller Welt hätte man nun aber, im Besiz eines guten Vorbildes, und durch die Grundsätze über Analogie in Betreff der genauen Nachahmung vollständig gedeckt, auf die Idee kommen sollen, sich durch eine Abweichung in Betreff der Bestimmtheit die unglücklichste aller Neuerungen zu erlauben? Noch mehr: warum wird nicht ein einziges Mal bestimmt gesagt, daß man hier eine Unbestimmtheit haben wolle? Und vor allen Dingen: wie konn-

10) L. 16. §. 1. C. de usufr. L. 13. C. de serv.

te Justinian bei dieser Gelegenheit sich einer Besserung enthalten? Ueberall war es ja sein Lieblingsgeschäft, der Unbestimmtheit, und den Gefahren der richterlichen Willkür entgegen zu arbeiten ¹¹⁾, und in der Lehre von der Verjährung, worin er überall den Reformator machte, lag ihm die Sache näher als irgendwo, ohne daß er eine schwere Arbeit zu fürchten brauchte. Denn mit den Paar Worten: 10 und 20 Jahre war alles abgethan.

Wir wollen nun aber auch exegetisch der Sache näher gehen. Zuvörderst ist zu bemerken, daß der Ausdruck *vetustas* auf eine längere Zeit, als 10 und 20 Jahre geht ¹²⁾, und zwar in der Sprache der Classiker wirklich auf den unvordentlichen Besitz ¹³⁾. Als Requisit ist nun ein solcher Besitz bei der Servituten-Verjährung im Allgemeinen nicht gefordert ¹⁴⁾, aber in Betreff des natürlichen Abflusses des Regenwassers, und der *actio aquae pluviae arcendae* gibt es doch allerdings eine Ausnahme ¹⁵⁾, und diese begreift sich auch wohl, weil hier von Entfrächtung eines, auf Polizeigründen beruhenden, und auf das allgemeine Beste berechneten Gesetzes die Rede ist. Allein gänzlich muß geleugnet werden, daß die andern, oben erwähnten Ausdrücke: *diu usus*, *dicturno usu*, *longa possessione*, *longi temporis praerogativa* u. s. w. auch auf die *vetustas* in jenem Sinn, oder auf ein *indefinitum* über 20 Jahre hinaus ge-

11) §. 3. L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest. L. ult. C. de novat.

12) L. 14. C. de fund. patrim. vergl. mit L. 7. C. de fund. rei priv.

13) Dies wird bewiesen durch alles, was in L. 2. §. 7 — 9. de aqua et aquae pluv. als Exegese des princ. dieses Fragments vorkommt.

14) In L. 3. §. 4. de aqua quotid. wird nur einmal bei Gelegenheit der Wasserleitungen Gewicht darauf gelegt; aber es ist doch auf nichts Ausschließliches gedeutet.

15) L. 2. pr. de aqua et aquae pluv.

hen. Nirgend steht etwas der Art, aber wohl sind die stärksten Gründe dafür, daß man sie eben auf 10 und 20 Jahre beziehen muß. In der ganzen Lehre von der erwerbenden Verjährung des Eigenthums wird *longum tempus* ausgemacht auf bestimmte Jahre bezogen, ja sogar das unbestimmte: *temporale* geht nur darauf ¹⁶⁾. Warum soll denn bei Gelegenheit der Servituten der Redegebrauch umspringen, und auf mehr, und auf etwas Unbestimmtes gehen? In dem fehlenden Wort *praescriptio* kann der Grund nicht liegen, weil es an sich nicht auf die nöthigen Zeitverhältnisse, sondern auf die Wirkungen geht. Eben so ist es unbestreitbar, daß in der Lehre von der Eigenthumsverjährung die Worte: *diu*, *diutina possessio*, und *diurnitas* jenes *tempus definitum* bezeichnen ¹⁷⁾. Also wieder die Frage: warum sollen diese Ausdrücke bei Gelegenheit der Servituten nicht wieder in dem sonst gewöhnlichen Sinn genommen werden?

Bergebens sind dagegen angeführt die oben erwähnten Worte: *per annos forte tot* in L. 10. pr. si servit. vind. Daß: *tot* geht bei den Römern, wie bei uns daß: so und so viel, nicht auf ein indefinitum, sondern es dient dazu, kurz anzudeuten, was sich entweder von selbst versteht, oder nicht genau angegeben zu werden braucht, weil es zunächst nicht auf die Summe ankommt ¹⁸⁾. Die L. 10. pr. cit. entfernt nun auch durch sich selbst alle Schwierigkeiten Denn im Anfange heißt es ja, *dicturnus usus*, und *longa pos-*

16) Tit. ff. de temporal. praescr. L. 8. C. de praescr. l. t. L. 7. C. de fund. rei priv.

17) L. 1. C. de longi tempor. praescr. quae pro libert. L. 4. 7. C. de longi t. pr.

18) L. 87. §. 4. de legat. II. L. 28. de mort. caus. don. hätte *Cannegieter* de notis (hinter dessen *Ulpiani fragmenta*) p. 295 — 362. das erste Fragment gekannt, so würde er wahrscheinlich in dem zweiten daß: *tot* nicht durch *Critik in: thii* umgewandelt haben.

sessio machten das docere de jure unnöthig, es genüge also der Beweis, per annos tot usum se. Da nun vorher grade die Ausdrücke gebraucht waren, welche gewöhnlich auf 10 und 20 Jahre gehen, so ist das tot nichts, als eine Hindeutung auf jene bestimmten Fristen.

Auch die L. 10. §. 1. de usurp. steht der gemeinen Theorie keineswegs entgegen, vielmehr dient sie zur Bestärkung derselben. Das Wort praescriptio kommt hier nicht vor, sondern nur von einem longo tempore capere ist die Rede. So wird nun nach dem Obigen auch von der Servituten:Verjährung, wo sie zulässig ist, geredet. Wie gänzlich verkehrt wäre es also gewesen, wenn Ulpian bei seiner Bemerkung, man könne eine Real:Servitut nicht für sich bestehend longo tempore erwerben, heimlich im Sinn gehabt und behalten hätte, in einem andern Sinn könne das longo tempore capere passiren. Es läßt sich hier aber leicht mit ihm auskommen. Es gibt nämlich bei Realservituten zwei Fragen: Kann man eine solche Servitut durch usus schaffen und auflegen; und: kann man sich eine, bereits vorhandene Realservitut translative durch Präscription verschaffen? Nur vom Letzten redet hier Ulpian, wie der Nachsatz, cum praediis potest klar zeigt, und da mußte denn, wegen der allgemeinen Rechtsätze über Unzertrennlichkeit der Realservituten, die isolirte Verjährung ganz geleugnet werden. Der Einwand Ulpian habe so etwas "Triviale" nicht zu sagen, und nicht durch ein hoc iure utimur zu bestärken gebraucht, will nicht einleuchten. Denn jene Rechtsätze sind auch bei andern Gelegenheiten (z. B. in Betreff Hypothek, Pfändung und Veräußerung) von der höchsten practischen Bedeutung, und als ausgemachte alte Sätze des strengen Rechts konnte ihnen mit Fug und Recht das hoc iure utimur nachgesagt werden ¹⁹⁾. Ulpian

19) S. C. P. H. Thierbach de notione et indole formulae: hoc iure utimur. Lips. 1819.

pian schrieb aber nicht bloß für vollendete Juristen, und Justinian hat auch nicht bloß für solche gesammelt.

Hiezu kommen nun noch folgende Gründe, welche der älteren Theorie zur vollständigen Rechtfertigung gereichen. In L. 2. C. de servit. et aqua wird keineswegs nur so obenhin gesagt, daß man Servituten einigermaßen, wie das Eigenthum, durch Verjährung erwerben könne, sondern es heißt: *servitutum exemplo rerum immobilium tempore quaesisti*. Die Gleichstellung geschieht also namentlich in Ansehung der Zeit, und da dies unbestimmt allgemein geschieht, so muß auch diese Gleichstellung als absolut genommen werden²⁰⁾. Aber nicht genug! Gleich nachher, nämlich nach *tempore quaesisti*, wird hinzugefügt: *quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est*. Hätte nun die Servituten-Verjährung eigne Fristen, so wäre hier offenbar ein doppelter Schreibfehler.

Auch die letzten Worte der L. 12. C. de praeser. longi temp. sind, wenn man sie natürlich auslegt, für die Vertheidiger der alten Lehre. Denn Justinian wollte nach der Einleitung dieser Constitution eine alte Streitfrage entscheiden. Diese konnte aber über die erlöschende Verjährung der Servituten nicht Statt finden, weil vor Justinians Verordnungen in L. 16. §. 1. C. de usufruct. L. 13. C. de servit. das Erlöschen derselben in 1 und 2 Jahren erfolgte. Der erste Haupttheil der L. 12. C. cit. redet nun bloß von Erwerbung des Eigenthums, und schließt damit: die Verjährung solle so und so vollendet werden, wenn der Besitzer ein *bonum initium* habe. Gleich darauf folgt der Zusatz: *eodem observari debent non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usufructus, et ceterae servitute*. Wie ist es nun möglich, denselben, nach solchen Vordersätzen, auf etwas Anderes, als

20) I. 23. de S. P. U. L. 5. 6. de testament. tutel. L. 43. pr. de legat. II.

die erwerbende Verjährung zu beziehen? Zu beklagen ist es übrigens, daß der L. 12. C. cit. die Subscription fehlt. Denn ginge aus ihr hervor, daß die Constitution vor L. 16. und L. 13. cit. erlassen sey, so könnte man das, was vorhin gesagt ward, sonnenklar nennen. Indes ist es höchst wahrscheinlich, daß die beiden letzten Verordnungen der L. 12. cit. nachfolgten, da diese, nach Regeln der grammatischen Auslegung behandelt, bloß von der erwerbenden Verjährung redet, und auch die erlöschende hätte berührt werden müssen, wenn es damals schon ein Erlöschen der Servituten, nach Maßgabe der Gegenwart und Abwesenheit, in 10 und 20 Jahren gegeben hätte.

3) Ueber die Befreiung der Ascendenten und Brüder von der Collationspflicht.

Kein Rechtsatz ward bisher unbedenklicher befolgt, als der Satz, daß nur Descendenten gegenseitig zur Collation verpflichtet sind, nicht aber andre Verwandte, also namentlich auch nicht die Ascendenten und Geschwister. Man hatte dafür außer gesetzlichen Vorschriften, von denen gleich weiter die Rede seyn soll, sehr gute philosophische Gründe. Denn die Collation, wie sie sich im späteren Römischen Recht gestaltet hat, beruht auf der Hauptidee, daß von Eltern gleiche Zuneigung zu ihren Kindern vermuthet werden könne, und diese Idee hat nur in jener engen Beziehung Realität. Denn die Treue und Liebe, womit sich Eltern ihren Kindern fast zu opfern pflegen, findet schon selten in dem umgekehrten Verhältniß, besonders in Beziehung auf höhere Ascendenten, Statt; und wie oft erkaltet die Geschwisterliebe ganz schon wegen freundschaftlicher Verhältnisse mit dritten Personen! Das Neu-Französische Recht hat dieß bei Beschränkung der tutela legitima auf die bloßen Ascendenten recht wohl zu sehen, aber freilich bei seiner Collation und seinem Familienrathe nicht zu sehen.

Es ist indes unlängst wirklich die Behauptung aufgestellt, daß Justinian auch die Ascendenten und Brüder, soweit sie die Eigenschaft der Notherben haben, zur Collation verpflichtete ²¹⁾, und zwar deswegen, weil der Kaiser in L. 20. pr. C. de collat. allgemein verordnete, alle Personen sollten conferiren, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur. Da nun Ascendenten, und größtentheils auch Brüder, als Notherben zur Querel berechtigt sind, so soll ihnen jetzt deswegen auch die Collationspflicht obliegen.

Es ist mir unmöglich, dieser neuen Lehre beizupflichten. In den Pandektentiteln de collat. und de dotis collatione ist überall nur von der Collation der Descendenten die Rede. Eben so in dem Tit. C. de collationibus, wo in allen Constitutionen mit größter Bestimmtheit nur Eltern und Kinder genannt werden. Wollte also Justinian das Institut auf Ascendenten und Geschwister ausdehnen, so hätte die darauf gehende Constitution durchaus jene Personen namentlich erwähnen müssen. Allein die L. 20. pr. C. cit. thut dies nicht, ja sie nennt sogar gleich nachher im §. 1. nur die Kinder. Erwägt man nun noch, daß Justinian in den ersten Worten der Constitution keine Neuerung ankündigt, wie er es doch gar zu gern thut, wo er auf eine Aenderung des alten Rechts ausgeht, und daß er vielmehr sagt, er wolle plana sanctione revelare, was sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum sey, so ergibt sich, in Vergleichung mit dem folgenden Inhalt des Gesetzes, ganz klar, daß er keineswegs neue Rechtsätze aufstellen wollte, namentlich nicht in Ansehung der Frage, welchen Personen die Collation obliege, sondern daß seine Entscheidung nur auf die Sachen ging, welche bei der Collation in Anschlag zu bringen sind, wobei man denn natürlich die so ge-

21) K. A. D. Unterholzner histor. iur. Rom. de collationibus. Altorf. 1812. p. 67.

nannten terminos habiles vorauszusetzen muß, d. h. Fälle, wo überhaupt nach bekannten Rechtsgrundsätzen zu conferiren ist.

Wäre aber jene Constitution an sich zweideutig, so werden doch alle Zweifel durch Justinians eigenen späteren Erklärungen gehoben. In Nov. 18. c. 6. führte er auch bei der testamentarischen Erbfolge die Collation ein. Hier wäre nun recht die beste Gelegenheit gewesen, von der Erweiterung des alten Rechtsfages Gebrauch zu machen, weil der Kaiser bei dieser Neuerung völlig freie Hand hatte, etwa wie der Prätor bei seiner Classe unde cognati, für welche er, durch kein älteres Recht gehindert, unbedenklich die successio graduum einführte. Allein die Novelle schweigt von der ganzen Sache, und sagt bloß einfach: parentes. Noch entscheidender ist Nov. 97. c. 6. Justinian beschäftigt sich darin mit der Streitfrage, in wiefern eine empfangene, aber verlorene Brautgabe zu conferiren sey. Nachdem nun die Novelle darüber das Nöthige gesagt hat, schließt sie mit den Worten: necessarium putavimus, praesentem ponere legem. Ut autem non per partes enumeremus personas, in quibus valere eam oportet, generali sermone decidimus. Quapropter in quibus est collationis ratio, in his et constitutionem valere, sive pater, sive avus, sive mater, sive avia, aut ascendentium aliqua sit persona. Schon damit allein könnte die alte Lehre vollständig gerechtfertigt werden.

4) Ueber die gerichtliche Niederlegung als ein Erforderniß bei allen Arten beweglicher Sachen.

Seit der Glosse, und in Uebereinstimmung mit den Theoretikern, hat unsre Praxis immer angenommen, der Schuldner einer beweglichen Sache, dem der Gläubiger die Annahme verweigert, müsse die Sache nach vorgängiger Ver-

versiegelung, so weit diese möglich sey, gerichtlich niederlegen, um von seiner bisherigen Verbindlichkeit frei zu werden. Ich selbst habe mich immer zu dieser Lehre bekannt ²²⁾, aber auch stets mit der Einschränkung, daß die Versiegelung wegfalle, wenn die Sache nicht dazu geartet sey.

Diese Lehre soll nun nach neueren Erörterungen falsch seyn, sofern nicht von bloßen Geldschulden die Rede ist ²³⁾. Allein das Nachdenken über die dagegen gemachten Einwendungen hat mich noch mehr dafür gestimmt.

Die Gründe der neuen Ansicht sind kürzlich diese. Alle Gesetze redeten nur von Versiegelung und Deposition bey Geldschulden, bloß in Beziehung auf die Hemmung des Zinslaufs, und forderten stets versiegelte Deposition. Es würde eben so lächerlich als unthunlich seyn, ein Pferd ins Rathhaus zu reiten, oder Wein in den Rathskeller abzuliefern; auch ließen sich ja solche Dinge nicht versiegeln. In Ansehung aller, nicht auf Geld gehenden Verbindlichkeiten müßte es also bei dem Hauptgrundsatz der L. 105. V. O. L. 9. in fin. L. 72. pr. de solut. bleiben, daß die bloße oblatio den Schuldner befreie. Entledige er sich der Sache nicht, so könne freilich, nach den Grundsätzen von der purgatio morae, die Sache noch immer von ihm gefordert werden; auch dürfe ihm bei der Entledigung keine Unredlichkeit und keine Chikane zur Last fallen.

Bevor ich diese neue Theorie direct angreife, will ich erst folgende aphoristische Bemerkungen vorangehen lassen.

Es ist eine falsche Behauptung, daß die Gesetze immer nur von versiegelter Deposition (Versiegelung und Deposition) reden. Denn mehrmals wird bloß die Deposition ge-

22) Mein Syst. des Pand. N. 1. B. S. 111.

23) Simmern in wiefern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt; in diesem Archiv 3. B. 1. Hft. nr. IX.

nannt ²⁴⁾. Selbst die Stellen aus Cicero, welche zur Vertheidigung der neuen Theorie angeführt sind, reden nur von deponere. Auch steht nirgend, daß die gerichtliche Niederlegung nur wegen Hemmung des Zinslaufs eingeführt sey, sondern überall bloß, daß sie den Zinslauf hemme.

Lächerlich kann alles werden, wenn man es lächerlich ausführt. Aber warum soll man nicht, wie bisher, in aller Ehrbarkeit einen Gaul in einen öffentlichen Pfandstall einziehen, oder, wenn man reiten kann, einreiten, und eine Tonne in die, gewöhnlich unter den Rathhäusern befindlichen Lagergewölbe ablegen können? Fehlt er der Obrigkeit an Raum, so kann sie ja, wie es oft geschieht, dem Gläubiger einen Stabularius oder Inhaber eines horrei anweisen.

Hätten wir auch Fragmente, worin von der Tilgung der Schuld durch bloße oblatio absolut geredet würde, so müßten diese doch wieder beschränkt werden, wenn andere Fragmente die nähere Bestimmung enthielten, daß noch die depositio hinzuzufügen sey. Schon nach einfachen Regeln der grammatischen Auslegung könnte man einer solchen Combination nicht ausweichen, und mit Rücksicht auf die Pandekten am allerwenigsten, da die Classiker die verschränkten Regeln nicht lieben, sehr oft die Hauptsache roh in einem absoluten Satz hinstellen, dann aber immer bei der Entwicklung die feineren Beschränkungen und Zusätze folgen lassen ²⁵⁾. Grade für unsre Hauptfrage haben wir hierüber ein wichtiges Fragment in L. 25. §. 1. de administr. tutor., entlehnt aus Marcelli Digestis, wozu Ulpian Noten

24) §. B. L. 36. in fin. depos. L. 9. C. de usur. L. 2. C. de bitorem venditorem pignoris.

25) Ich habe dies genauer erörtert in meinen civilist. Abhandl. S. 185 — 190. Die hier aufgestellten Ideen sind auch gebilligt in Neustetel und Zimmermanns Römischrechtl. Unters. 1. B. S. 271.

geschrieben hatte. In diesem Fragment heißt es nun: Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quominus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarium non compelli. Ulpianus notat, non sufficit obtulisse, nisi et deposuit ob signatam tuto in loco. Was nun noch die oben erwähnten Gesetze betrifft, worin die Tilgung der Verbindlichkeit durch bloße Oblation absolut ausgesprochen seyn soll, so ist wohl zu beachten, daß sie nicht so absolut sind, sondern das Aufhören der Verbindlichkeit bloß in Rücksicht des periculi aussprechen, wogegen auch die ältere Theorie nichts einzuwenden hatte. Soll aber die Allgemeinheit jener Gesetze als etwas ganz Unbeschränktes genommen werden, so ist damit auch die neue Theorie geschlagen. Denn was allgemein mit Rücksicht auf Sklaven in L. 105. de V. O. L. 9. in fin. de solut. steht, das ist mit Rücksicht auf Geldschulden eben so allgemein in L. 72. pr. de solut. gesagt.

Wir wollen nun aber durch folgende Bemerkungen noch näher auf die Sache eingehen.

1) Wenn es wahr ist, daß der Schuldner, Geldschulden abgerechnet, durch bloße Oblation gänzlich befreit wird, so kann auch kein einziges positives Factum zum Besten des Gläubigers von ihm verlangt werden, weil man außer dem Contract nichts Positives zu thun hat. Er kann also die Sache wegwerfen, bloß weil er sie nicht behalten mag, und so könnte hier im Ganzen von «Unredlichkeit und Chikane,» schwerlich die Rede seyn. Warum soll aber bloß das Geld gegen dieses Wegwerfen gesichert, ein Edelstein aber demselben unterworfen seyn? In den Zinsen kann der Grund nicht liegen. Denn von ungeheurer und einziger Wichtigkeit sind sie doch nicht; auch gibt es viele Geldschulden, namentlich ex mutuo, wobei nach Römischem Recht gar keine Zinsen gefordert werden können, während doch die Deposition

ganz allgemein verlangt wird, um Geldschulden zu tilgen. Weit natürlicher ist es also, hier eine, sich über alle Mobilien aus gleichen Gründen erstreckende humane Ansicht der Römer vorauszusetzen, als anzunehmen, daß sie bloß des lieben baaren Thalers wegen sich zu einer Singularität verstanden.

2) Ist es als Regel wahr, daß die bloße Oblation die ganze Verbindlichkeit aufhebt, und daß der Schuldner die Sache derelinquieren kann, so ist er, wenn er sie behält, ein wahrer freiwilliger negotiorum gestor, und noch mehr, nämlich ein Uebernehmer fremder Geschäfte, denen man sonst gern zu entgehen pflegt. Denn wer bewacht oder bewahrt gern die Sache eines Andern? Er müßte also, wenn er die zurückgewiesene Sache behält, als gestor, und wegen seiner, zum Festhalten bewiesenen Lust, nach der oblatio den höchsten Fleiß prästiren ²⁶⁾ Allein die Gesetze sagen umgekehrt, daß der Schuldner gegen einen säumigen Gläubiger nur dolus und culpa lata zu verantworten brauche ²⁷⁾. Nach der neuen Theorie ist dies ein böses Problem, nach der alten aber kann es ganz leicht erklärt werden. Denn darf er die Sache nicht wegwerfen, so kann man ihm seine Freiheit und seine Zudringlichkeit nicht vorwerfen, und da ist es eben so natürlich daß man ihn wegen einer gesetzlichen Last schon, als daß man den, auch unter einer höheren Nothwendigkeit stehenden Tutor in Ansehung des Fleißes mit Milde behandelt.

3) In Nov. 91. cap. 2. ist schlechthin von einer *dos mobilis*, und nicht bloß von Geld die Rede. Dennoch heißt es allgemein: *secundum leges* recondat. Hiemit kann nun nicht ein zufälliges Factum angedeutet seyn. Denn gibt es bei Mobilien, mit Ausnahme des Geldes, keine rechtlich

26) §. 1. I. de obl. quae quasi ex contr. L. 6. §. ult. de negot. gest. L. 1. §. 35. depos.

27) §. 17. de peric. L. 9. solut. matr. L. 8. §. 3. L. 9. §. 5. de rebus in iudic. poss.

notwendige Deposition, so kann auch nicht von einem: *secundum leges* gesprochen werden. Es würde nicht einmal rechten Sinn gehabt haben, wenn Justinian hier die Deposition gerathen hätte. Denn die Gerichte werden sich wohl hüten, ein *depositum* zu übernehmen, wenn der Schuldner nicht zu *deponieren* versucht, und dabei bloß seiner Neigung nachgeht.

4) Wir haben in den Pandekten ein Fragment, worin mit dürren Worten die Deposition als Pflicht bei allen Arten der Mobilien angenommen wird, nämlich L. 1. §. 36. *depositi*. In diesem Fragment wird erst geredet von Geldsummen, deren Versiegelung und Deponirung. Darauf wird weiter gehandelt von andern Mobilien, welche untheilbar sind, und hierüber wird für den Fall, daß der Gläubiger nicht leistet, was er leisten soll, ausdrücklich gesagt: *satisfactione non interveniente, rem deponi, et omni actione depositarium liberari*. Bei solchen Gründen kann denn unsre Praxis gewiß unbesorgt ihren bisherigen Grundsätzen getreu bleiben.

5) Ueber den Zweck und die Fortdauer der Quasi-Pupillar-Substitution.

Die Praxis war bisher mit der Theorie ganz darin einverstanden, daß die *Substitutio quasi pupillaris* oder *exemplaris* der wahnsinnigen Kinder, wie sie Justinian in L. 9. C. de *impub. et al. subst.* angeordnet habe, im Ganzen eine Nachbildung der *pupillaris* sey, also wie diese nicht bloß auf die, vom Testator ererbten Güter, sondern auf das gesammte eigne Vermögen der Kinder gehe, und daß Justinian später an jener Constitution im Wesentlichen nichts geändert habe.

Beides ist jetzt geleugnet. Zuerst trat Unterholzner²⁸⁾

28) in diesem Archiv 2. Bd. 1. St. nr. V

mit der Behauptung auf: die substitutio quasi pupillaris sey keineswegs im Ganzen eine Nachbildung der pupillaris, und gehe bloß auf die, vom Testator ererbten Güter. Dieser Idee beitreten behauptete Löhner²⁹⁾ sodann weiter, und an sich sehr consequent: von der substitutio exemplaris, wie dieselbe in L. 9. C. cit. angeordnet ward, sey später nichts übrig geblieben, als das Recht des Hausvaters, seinem wahnsinnigen *suis* einen Substituten zu ernennen. Denn bald nachher habe Justinian in L. 7. §. 3. 4. C. de curatore furiosi vorgeschrieben, ein Wahnsinniger, welcher kein *suis* sey, könne nicht Erbe werden, sondern man dürfe für denselben höchstens nur eine provisorische Immissio suchen. Es höre also damit die Möglichkeit auf, für Kinder, welche keine *sui* sind, die L. 9. C. cit. zur Anwendung zu bringen. Die L. 7. C. cit. deute dies auch gewissermaßen selbst an. Denn im pr. werde bloß von Hausvätern geredet. Nur in Beziehung auf dieselben bestätige der §. 1. *ibid.* die Vorschrift der L. 9. C. cit., aber nachher, wo von *liberis sui iuris* die Rede sey, werde der eben erwähnten Constitution nicht weiter gedacht.

Ich argumentire dagegen: eben diese Folgesätze hätten gleich darauf führen sollen, daß es mit den Prämissen nicht gut stehe, und man sollte jene mit diesen wieder aufgeben. Erwäge man doch: Justinian gibt sich im J. 528. recht ernstlich Mühe, ein neues Institut zu schaffen, und dessen Eigenheiten genau zu bestimmen. Und doch soll er den größten Theil desselben schon im J. 530. durch L. 7. C. cit. wieder vernichtet haben, und noch dazu ohne es ausdrücklich zu sagen! Das ist wahrlich nicht nach der gewöhnlichen Art des Kaisers, welcher immer am liebsten seinen *prioribus* inhärrte, und deren Umfang zu erweitern suchte, oder bei Aenderungen doch wenigstens klar aussprach, daß reiferes Nachdenken ihn auf eine bessere Idee geführt habe. Nicht

— Aliq.

29) Auch in diesem Archiv 5. B. 1. Hft. nr. VI.

einmal implicite deutet er in L. 7. C. cit. eine Aenderung an, und bestätigt, genau gesehen, keineswegs die L. 9. C. cit. bloß in Ansehung der suorum. Denn er kommt in der L. 7. C. cit. von dem Einen auf das Andre, und das Capitel über Erwerbung der Erbschaften wird sogar zerrissen durch eine, in die Mitte geschobene Erörterung über curatores. Die Bestätigung im §. 1. lautet auch ganz allgemein in dem Wort parentes, wie die L. 9. C. cit. sich ausdrückt hatte, und erst hinterher erfolgen in §. 2. 3. Unterscheidungen in Betreff der hörigen und nichthörigen Kinder. Auf allen Fall ist aber die L. 7. C. cit. nicht deutlich für eine Aenderung der wesentlichsten Punkte der L. 9. C. cit., und dawider ist nun offenbar zweierlei, dem ich ganz entscheidendes Gericht beilegen muß. Hatte nämlich Justinian die Idee, daß durch L. 7. C. cit. der größte Theil der L. 9. C. cit. weg falle, so konnte er bei Publication jener Verordnung, weil er damals nur zu Nichtern sprach, allenfalls der richterlichen Beurtheilung die Sache anheim geben, wie er es auch sonst wohl in allerhöchster Bequemlichkeit that, wenn etwas auseinander zu pflücken war, z. B. bei Gleichstellung der Legate und Fideicommissa. Allein die Anfänger durften nicht falsch berichtet werden. Und dennoch verweist er sie nachher in §. 1. l. de pup. subst. ganz überschränkt auf seine, in L. 9. C. cit. enthaltene neue Vorschrift. Ebenso wird in der neuen Ausgabe des Codex die L. 9. C. cit. in ihrer alten Fassung wörtlich wiederholt, und hier wäre doch die beste Gelegenheit gewesen, durch eine kleine Correction den Uebelstand zu entfernen.

Dringendes Bedürfnis ist es also, die erwähnte Prämissa, daß die substitutio quasi pupillaris nur auf die, vom Testator ererbten Güter gehe, zu entfernen. Ich halte dies auch für leicht, obgleich Folgendes zur Rechtfertigung derselben angeführt ist. Nirgend sey allgemein ausgesprochen, daß die substitutio quasi pupillaris ein Analogon der pupillaris sey. Daß ad exemplum in L. 9. C.

cit. gehe nur auf den Einen Punkt der Anschließung der Querel. Auch in den Institutionen stehe nichts von einer allgemeinen Gleichstellung, und auf allen Fall müsse man sie nach dem Inhalt ihrer Quelle, der L. 9. C. cit., auslegen. Das Hauptsächlichste für die neue Idee sey aber freilich dies: 1) die alte substitutio pupillaris habe einen guten Rechtsboden gehabt, nämlich die angenommene Fortdauer der väterlichen Gewalt auch noch nach des Vaters Tode bis zur Mündigkeit des Kindes. Bei der Quasi pupillaris aber sey eine fingirte Fortdauer der Gewalt unmöglich, also das Testiren über die eigenen Güter des Kindes ganz beispiellos. 2) Wenn die Eltern bloß auf ihre Güter den Substituten rufen könnten, so sey bei der Mehrheit elterlicher Testamente keine Schwierigkeit; im andern Fall aber komme man zu der beispiellosen Erscheinung, daß Jemand aus mehreren Testamenten, und noch dazu verschiedener Personen beerbt werde. 3) Es sey unerhört, daß Jemand über ein schlecht hin fremdes Vermögen testire. Auch bekämen 4) die Eltern nach der gemeinen Theorie das ungeheure Recht, wenn keine der, in L. 9. C. cit. erwähnten Notherben vorhanden seyen, mit Uebergehung der nahen Verwandten des Wahnsinnigen dessen Vermögen ganz fremden Personen zuzuwenden.

Dagegen können aber die Vertheidiger der gemeinen Theorie mit vollem Grunde dies erwidern.

1) Wenn hier von einem, durch Interpretation herauszubringenden Institut die Rede wäre, so könnte man das Unerhörte und Singulair e wohl dagegen anführen. Allein die Frage betrifft ja eine Constitution eben des Kaisers, welcher grade im Schaffen des Neuen seine größte Freude hatte, und mehrfach selbst durch die widernatürlichsten Singularitäten nicht geschreckt ward ³⁰⁾. Ohnehin machte hier ein weiser Zweck die Singularität eben so rich-

30) S. B. die Fälle der neuen Civität ohne patria ^{adus}, und adoptio ^{adus plena} ohne Rechte des ad ^{adus}ans.

wendig, als entschuldbar. Denn soll der Vater ein Mittel erhalten, sein hilfloses Kind, gegen Verfolgungen und Lebensnachsstellungen der Intestaterben zu decken, so kann nur in seiner freien testamentifactio das Mittel gefunden werden. Justinian führt daher auch offen an, daß er bei seiner neuen Substitution die humanitas habe geltend machen wollen.

2) Auch darin liegt kein Gegengrund gegen die gemeine Theorie, daß ihr zufolge die Eltern zu offenbaren Unbilligkeiten die volle Freiheit haben. Denn ohne diese Freiheit ist ja der Hauptzweck nicht erreichbar, indem das nöthige Dunkel, oder Helldunkel nicht herausgebracht werden kann, wenn sich nach gesetzlichen Regeln doch am Ende herausbringen läßt, wer im Testament des Vaters als Substitut geschrieben seyn muß. Auch bei der substitutio pupillaris ließ sich ein hartes, und unbilliges Verfahren des Vaters als möglich denken; aber dennoch ward ihm volle Freiheit gestattet, und mit doppelter Consequenz. Denn das Römische Recht hat von jeher der elterlichen Liebe vor Allem getrauet. Die Hauptsätze der tutela testamentaria beruhen darauf, und Ähnliches kommt überall vor ³¹⁾ Selbst in der, vorhin mehrmals angeführten L. 7. pr. C. de curat. furios. ruft Justinian aus: Quis enim talis adfectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum? vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas, parentibus derelictis? Gegen kleinliche Beschränkungen aus Aengstlichkeit bewahrte hier auch die Römer recht gut ihr männlicher Satz: iura generaliter constituuntur.

3) Aus dem Fall, wenn mehrere Ascendenten testiren, entsteht juristisch gar keine Schwierigkeit. Wenn z. B. die Mutter den A, und der Vater den B zum Substituten seines wahnsinnigen Kindes ernennt, so lassen sich die Zweifel

31) S. B. L. 16. §. 1. 3. de curat. furios. L. 2. C. si et ad-vers. quos. So auch die Tutel der Muti und Großmutter.

über den Erfolg der Vielheit eben so leicht entfernen, als wenn eine einzelne Person in demselben Testament 4 verschiedene Erben als Universalserben einsetzte. Denn nach den Grundsätzen über Collision ist mit der Beschränkung pro rata sofort alles abgethan. Auch ist das Succediren aus mehreren Testamenten kein monstrum in iure, da es sich zuweilen schon vor Justinian findet ³²⁾. Das ist freilich bei der substitutio exemplaris neu, daß hier aus mehreren Testamenten mehrerer Personen geerbt werden kann. Allein wenn man alles Neue verwerfen dürfte, weil man dafür in der Vergangenheit keine Belege findet, so würde am Ende nichts Neues zu Stande kommen können.

4) Die gemeine Theorie hat nach bloßen Regeln der grammatischen Auslegung ganz entscheidende Gründe für sich. Zuerst gehören dahin die einfachen Worte: liceat eis (liberis) substituere in L. 9. C. de impub et al. subst. Denn nach dem, überall in der Lehre von der substitutio pupillaris vorkommenden Redegebrauch heißt das: liberis substituere nicht so viel, als: ich ernenne mir einen Nachfolger im zweiten Grade, sondern: ich errichte meinem Kinde ein Testament, und da geht dann, auch nach der Regel, daß es keine Testamente bloß über Theile des Vermögens gibt, das Pupillar-Testament auf das gesammte Gut des Kindes. Es kann in dieser Hinsicht ein recht classisches Muster zur Vertheidigung unsrer Praxis angeführt werden. In L. 43. pr. de vulg. et pup. subst. kommt nämlich ein Fall vor, daß der Kaiser dem Vater eines Stummen durch ein Privilegium die besondre Erlaubniß gegeben hatte: ut muto substituere ei liceret. Paulus interpretirt dies nun, aber er nimmt die Sache unbedenklich als Nachbildung der substitutio pupillaris, und namentlich in Beziehung auf das ganze Vermögen des Kindes. Hätte Justinian etwas

32) L. 19. pr. §. 1. de testam. milit. L. 1. §. 6. de bon. poss. sec. tab.

Anderes beabsichtigt, so würde er es gewiß durch ein Paar Worte angedeutet haben, daß seine Verordnung nur auf das ererbte Gut gehen solle. Aber er schweigt darüber ganz, wie in dem Codex, so auch in den Institutionen. Dazu kommt nun noch das, was L. 9. C. cit. über das Wegfallen der Querel sagt. Denn eine Querela inofficiosi testamenti gibt es gar nicht, wenn der Erblasser ohne Testament starb, und doch muß das wahnsinnige Kind als intestatus sterben, wenn die Eltern nicht ihm ein Testament errichten, sondern im Grunde nur sich selbst einen Fideicommissar ernennen können. Endlich sind nun aber die Institutionen ganz klar für die Theorie, deren Vertheidigung ich hier unternehme. Das erste: ad exemplum pupillaris substitutionis im §. 1. I. de pupill. subst. ist ganz unbeschränkt ausgesprochen, und das: qua ratione im Anfange dieses Paragraphen macht auch den kleinsten Zweifel unmöglich, da es sich unmittelbar an die vorhergehenden Worte: moribus institutum est, ut quum eius actatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, anschließt. Die Auctorität der Institutionen läßt sich auch nicht in diesem Fall perhorresciren. Das ist wahr, daß sie aus dem Codex, als ihrer Quelle zu ergänzen sind, wenn sie nur unbestimmt angeben, was im Codex mit voller Genauigkeit gesagt ist ³³⁾. Allein warum sollen sie nachstehen, wenn der Kaiser in ihnen sich noch klarer über seine Ideen äußert, als er es im Codex gethan hatte? Schon nach den bekanntesten Grundsätzen über Parallelismus muß man sich hier für das Ergänzen aus den Institutionen erklären, aber auch noch besonders deswegen, weil die Institutionen, als Lehrbuch für Anfänger, recht eigentlich den Zweck hatten, die Hauptbegriffe mit voller Klarheit zu entwickeln.

33) §. B. das: ex patris occasione im §. 1. I. per quas personas cuique acquir.

5) Zuletzt will ich mich nun noch auf einen Vernunftgrund berufen, und ich meyne, auf einen recht tüchtigen. Nach Unterholzner wird nämlich durch die ganze substitutio exemplaris im Wesentlichen nichts herausgebracht, als ein Fideicommiss, wobei der Testator auch über das eine Viertel, worüber er sonst nicht schalten dürfte, freie Gewalt bekommt. Und warum? Nicht um das Kind gegen Verfolgungen gieriger Intestaterben zu decken, — denn das Kind muß ja in Ansehung seiner, vor und nach dem Tode des Testators erworbenen Güter als intestatus sterben, — sondern im Grunde bloß, damit der Testator nach seinem Kopf auch auf jenes Viertel einen Nacherben bekomme, wie er ihn nun grade haben will. Und für diese Kleinigkeit sollte Justinian einen Bruch des Rechts gewagt, und sich hinter sein: *humanitatis ratione* versteckt haben! Dazu kommt, daß dieser Grund vollkommen auf alle Kinder paßt, welche nicht testiren können, z. B. Verschwender, und Stumme, welche nicht schreiben können. Und dennoch schweigt der Kaiser von ihnen. Nach der Theorie der Praxis ist dagegen alles einfach erklärt. Unmündige und Wahnsinnige sind hülfloser, als alle andern, der testamentifactio beraubten Kinder. Ihre Sicherheit erfordert es mithin vorzüglich daß man den Eltern das Recht gibt, durch ein verdecktes Testament eine volle Ungewißheit über die Frage zu schaffen, wer Erbe des Kindes seyn wird, wenn es im Zustande der Schwäche stirbt. Dazu ist nun aber durchaus erforderlich, daß das ganze Vermögen des Kindes ein Gegenstand der elterlichen Verfügung werde, weil sonst nur theilweise, aber nicht ganz geholfen ist, wie doch geholfen werden muß, wo es auf Leben und Gesundheit ankommt.

6) Ueber die Unzulässigkeit aller Klagen aus:
geschlossener Notherben gegen ein Pupillar-Testament.

Die herrschende Idee über die Verhältnisse der Notherben in Beziehung auf die Pupillar-Substitution war bisher, daß sie gar keine Klage wegen Ausschließung gegen das Testament des Kindes haben, und daß es also ganz von der Willkühr des Vaters abhängt, in den *secundis tabulis* einzusetzen, wen er will. Neuerlich ist nun aber der Versuch gemacht, auch hier aufzuräumen, und der Sache eine ganz andre Gestalt zu geben ³⁴⁾.

Die Grundlage jener älteren, wie dieser neuen Theorie, ist L. 9. §. 5. de *inoffic. test.*, wo Ulpian sagt: *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit, nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi pro parte patris (testamentum) rescissum est; tunc enim pupillare valet.* Dies Fragment ist nun jetzt so paraphrasirt: Das Testament des Kindes bleibe stets stehen, wenn der Beschwerdeführer nur Notherbe des Vaters, aber nicht des Kindes, oder umgekehrt, wenn er nur Notherbe des letzten, aber nicht des ersten sey. Sey er aber Notherbe beider, so müsse man unterscheiden, ob er das väterliche Testament ganz umwerfe, oder nicht. Im ersten Fall gehe natürlich das Testament des Kindes, als Nebentheil, auch mit zu Grunde. Im letzten Fall aber bleibe es stehen, sofern nicht zugleich gegen das zweite Testament die Klage gerichtet und d. h. gesetzt sey. Das Alles soll aber nur nach dem *quod iudicatum est* Recht gelten, wonach hier an keine Nullität

³⁴⁾ *Neufotel und Simmern Römisches Recht.* Unters. 1. B. S. 83 — 88.

tät's Querel gegen das Testament des Kindes zu denken gewesen sey, weil ein impubes keine Kinder haben könne, und weil nur im Fall der Präterition den Kindern die Nullität's Querel zugestanden habe. Allein nach Nov. 115. stehe nun auch der, nicht ex causa legitima ausgeschlossenen Mutter eine solche Nullität's Querel zu, und da sey nicht der entfernteste Grund, dem Vater die rücksichtlose Ausschließung zu gestatten. Der Grund der älteren Freiheit des Vaters passe auch gar nicht auf solche formelle Notherben, „weil sie doch immer in der Ungewissheit lebten, ob sie nicht ex hereditate seyen.“ Uebrigens ist dabei noch bemerkt, daß sich aus jener Ansicht leicht erkläre, warum dem Testator nur zur Pflicht gemacht sey, bei der substitutio quasi pupillaris die Nachkommen und Geschwister des wahnsinnigen Kindes, sofern sie zu seinen Kindern gehörten, einzusetzen. Denn diese seyen zugleich seine und des Kindes Notherben; die Ascendenten der andern Linie aber in Rücksicht seiner nur Alines.

Ich habe über alle jene Punkte immer andre Ansichten gehabt, und muß nach wie vor bei denselben beharren. Meine Paraphrase der L. 8. § 5. de inoffic. test. ist folgende: Wenn man einmal die gute, und in dem verdorbenen Rom doppelt natürliche ³⁵⁾ Idee annahm, daß man dem Vater das Recht zu Pupillar-Substitutionen geben müsse, damit er ein Mittel habe, die, zum Testiren unfähigen Kinder in die Lage zu bringen, daß Niemand mit Bestimmtheit wisse, wer des Kindes Erbe seyn werde, wenn dasselbe in der Unmündigkeit sterbe, so erforderte auch die Consequenz das Recht der völlig freien testamentifictio, wie es schon im vorigen Aufsatz mehrmals angegeben ist. Es hätte an sich genügen können, wenn man offen jenen politischen Zweck der Pupillar-Substitution angekündigt hätte. Allein bei einer

35) Denn wo findet sich in der Geschichte eine Nation mit mehr Habicht und rohem Geiz!

Sache, welche sich nur durch die Praxis machen konnte, waren doch rein politische Maßregeln, als Werk der juristischen Willkühr, in einem republikanischen Staat gar nicht ad hominem, und so mußte man denn der Sache einen juristischen Anstrich zu geben suchen, wie man es auch sonst in ähnlichen Fällen gethan hatte, und überhaupt gern that³⁶⁾. Dazu ließ sich hier nun auch billig Rath schaffen. War nämlich der Ausgeschlossene ein bloßer Notherbe des Vaters, so konnten die Vertheidiger des Pupillar-Testaments sagen: in Beziehung auf das Kind bist du kein Notherbe, also darfst du nicht gegen des Kindes Testament auftreten. War er dagegen bloßer Notherbe des Kindes, so hieß es: das Kind verfuhr nicht lieblos gegen dich, weil ein Dritter für dasselbe testirte. War er endlich Notherbe des Vaters und des Kindes (z. B. ein frater germanus) so trafen ihn beide Gründe, der erste, wenn er die erste, und der zweite, wenn er die zweite Eigenschaft geltend machte, welches ganz nothwendig war, da in einem, aus 2 verschiedenartigen Bestandtheilen zusammengesetzten Mixto nicht mehr seyn kann, als in jenen Bestandtheilen. Dies sagt nun auch L. 8. §. 5. cit. Denn sie bringt den Bruder nicht in einen Gegensatz, sondern stellt ihn ausdrücklich mit ihrem: *ergo* unter das vorher Gesagte. So ist denn auch ganz undenkbar, daß der Bruder, wenn er wegen seiner Ausschließung im väterlichen Testament dieses Testament nicht ganz unwirkt, bei einer bloßen rescissio pro parte doch noch einen Angriff auf das Pupillar-Testament machen kann. Denn zufolge der obigen Gründe sind ihm die directen Angriffe auf das Testament des Kindes ganz abgeschnitten; auch sagt ja L. 8. §. 5. cit. für den Fall einer, bloß zum Theil durchgesetzten Rescission des

36) Man denke nur z. B. an das Herausdrehen der *querela nulli et rupti testamenti* aus den Ideen von *restitutum*; an den *color insaniae* bei der *querela inofficiosi testamenti*, und an *Quasi-Contracte* und *Quasi-Delicta*.

väterlichen Testaments über das Testament des Kindes ausdrücklich und unbeschränkt: *tunc pupillare valet*.

Die Nov. 115. ändert hierin ganz und gar nichts, wenn sie auch mehrere Fälle des Ungültigseyns herbeigeführt hat. Denn sie redet ja bloß von den Pflichten, welche Der und Ascendenten in ihrem Testament gegen ihre Notherben zu beobachten haben, nicht aber von den Verhältnissen, welche eintreten, wenn Jemand für einen dritten testiren darf. Der Grund, warum der Vater bei dem Pupillar-Testament volle Freiheit haben muß, bleibt auch immer derselbe, der ausgeschlossene Notherbe mag nun eine *querela inofficiosi* oder *nullitatis* haben. Denn das hilft ja nichts, um eine Ungewißheit über die Person des Erben herauszubringen, wenn damit eine Nothwendigkeit der Einsetzung verbunden ist. Freilich kann ein formeller (und ja auch ein nicht-formeller) Notherbe denken: ich bin vielleicht *exheredit*. Allein was hilft das? Ich glaube im Ganzen nichts! Denn wenn er sich bewußt ist, die *Exheredation* nicht verdient zu haben, oder wenn er weiß, daß ihm seine Unwürdigkeit nicht erwiesen werden kann, so ist die *Exheredation* nichts für ihn, sobald er *queruliren* will; und damit ist denn die heilsame *incertitudo voluntatis* zerstört. Den besten Beweis für meine Ansicht gibt L. 9. C. de *impub. et al. subst.* Justinian trug hier, so zu sagen, den Baum auf beiden Achseln. Daß die Aeltern bei der *substitutio quasi pupillaris* der Consequenz wegen die gebührende Freiheit in Betreff der Notherben haben müssen, fühlte er wohl; aber er wollte doch auch in seiner Billigkeit den Notherben möglichst helfen. So kam er denn auf sein: *vel unum, vel certos, vel omnes*, damit keiner wisse, ob er es grade sey, aber auch, damit nicht eine Ausschließung aller erfolge. Bei dieser Gelegenheit sind nun die Kinder des Wahnsinnigen zuerst genannt, in Ansehung deren doch schon zur Zeit jener Verordnung zwischen *querela inofficiosi* und *nullitatis* unterschieden werden konnte. Allein Justinian legt darauf gar kein

Gewicht, und spricht dann in Ansehung der Brüder, welche doch nur die querela inofficiosi haben, ganz eben so, wie er vorher in Ansehung der Kinder geredet hatt:

Endlich halte ich mich ganz überzeugt, daß es, auch wenn man die vorhin erwähnte neue Auslegung der L. 8. § 5. de inoffic. test. als richtig gelten läßt, aus diesem Fragment gar nicht erklärbar wird, warum Justinian in L. 9. C. cit. über die Ascendenten des wahnsinnigen Kindes in Betreff ihrer Einsetzung schwieg, aber zum Theil eine Einsetzung der Kinder und Brüder desselben anordnete. Denn so lange mein Sohn lebt, ist meines Sohnes Sohn nicht mein Notherbe, also nicht zugleich mein und meines Sohnes Notherbe; und doch soll er nach L. 9. C. cit. von mir be-
 dacht werden. Will man aber in Gedanken das wahnsinnige Kind weglassen, damit aus dessen Kinde ein Notherbe des Großvaters werde, so frage ich: warum nun nicht auch in Gedanken der testirende Vater zu entfernen ist, damit sein Vater als Notherbe des wahnsinnigen Großsohns feste Ansprüche bekomme? Ferner: nach L. 8. §. 5. cit. haben übergangene Brüder keine Beschwerde gegen das Pupillar-Testament; aber nach L. 9. C. cit. muß der Vater einen von ihnen einsetzen. Endlich auch noch ein Drittes! Nach L. 9. C. cit. muß die Mutter die Brüder des Wahnsinnigen, wenn sie ihre leiblichen Kinder sind, wenigstens zum Theil einsetzen, also auch die fratres uterinos desselben. Nun aber sind fratres uterini im Verhältniß zu einander keine Noth-
 erben; mithin hätte hier Justinian mehrfach nichts als Fehlschlüsse gemacht, wenn er von dem Princip ausgegangen wäre: der Vater muß die, aber auch nur die Personen, welche seine und der Kinder Notherven sind, in dem, für das Kind errichteten Testament, einsetzen.

7) Ueber den Umfang und die Grenzen der Pflicht zur Gewähr der Mängel und versprochenen Eigenschaften.

Schon die Glossatoren, und nach ihnen alle Theoretiker und Praktiker nahmen an, daß dasjenige, was das ädilische Edict über heimliche Mängel und angelobte Eigenschaften bloß in Beziehung auf Sklaven und Lastthiere vorgeschrieben habe, analogisch auf alle andern Arten beweglicher, so wie auf unbewegliche Sachen auszudehnen sey, einmal der Vernunft und Analogie wegen, und zweitens, weil es in L. 1. de aedil. edict. so geschrieben stehe.

Auch diese Lehre hat nun vor einiger Zeit einen harten Angriff leiden müssen, und grade in dieser Zeitschrift³⁷⁾, worin freilich, weil sie der Freiheit der Meinungen gern so viel als möglich die volle Wirksamkeit läßt, nicht jeder Artikel als eigne Ueberzeugung der Herausgeber zu behandeln ist, sofern sie nicht selbst ihre eignen Ideen geltend machen. Hart nenne ich jenen Angriff wenigstens insofern, als dabei über die frühere Lehre unverhohlen ausgesprochen ist: „nur eine geringe historische Forschung reiche hin, um darzuthun, wie völlig verwerflich diese oberflächliche Ansicht an sich sey. Dennoch scheint mir die alte Lehre aus ganz überwiegenden Gründen der neuen vorgezogen werden zu müssen.“

Folgendes sind im Wesentlichen die Gründe der versuchten Neuerung. Grade im Titel P. de aedil. edict. werde von einer Ausdehnung des ädilischen Edicts gar nicht geredet. Zwar sey noch wohl da und dort in Beziehung auf Immobilien von einer actio redhibitoria etwas gesagt³⁸⁾.

37) E. Gans: das ädilische Edict leidet keine Ausdehnung, und geht nicht auf alle verkaufbaren Dinge, in diesem Archiv 2. B. 1. Hft. nr. 1X. — Einiges dagegen ist schon gesagt in Neustetel und Simmern Römisch-rechtl. Unters. 1. B. S. 209 — 216.

38) Nämlich in L. 49. de aedil. edict. L. 4. C. cod.,

Allein dieß sey nur ein Anschließen des Edicts an die folgende Praxis, wonach der Verkäufer einer Immobilie mit der Strafe des Doppelten belegt sey, wenn er, arglistig verführend, etwas lügenhaft in Uebrede gestellt, oder wissentlich verschwiegen habe. Von den Classikern sey auch immer die Gränze des Edicts genau bewahrt, und namentlich werde in L. 1. §. 9. 10. L. 4. pr. de aedil. edicto bei Gelegenheiten, wo der Wortverstand des Edicts nicht zutreffe, bloß die actio ex empto für zulässig erklärt. Wenn daher von Labeo in L. 1. eod. gesagt werde: edictum aedilium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sunt, quam earum, quae mobiles aut se moventes, so deute jenes nur auf ein Anreihen an die älteren Vorschriften der 12 Tafeln, dieses aber bloß auf diejenigen Immobilien, wovon im Edict die Rede gewesen sey. Für die jetzige Rechtsanwendung ergebe sich mithin dieß bedeutende Resultat: die actio redhibitoria, wovon im ädilischen Edict die Rede war, geht nur auf Sklaven, Thiere und Landgüter nebst deren Zubehörungen. Wegen aller andern Dinge findet kein Zurückgeben, sondern nur eine Klage auf Entschädigung Statt.

Erfreulich für die Anwendung ist diese neue Theorie gewiß nicht, insofern sie zu Halbheiten führt, welche dem gesunden Verstande nicht zusagen können. Zum Glück läßt sie sich nun auch durch folgende Gegenbemerkungen gewiß in aller Hinsicht entkräften.

1) Das ädilische Edict war kein jus singulare oder exorbitans sondern wird von den Classikern als etwas angesehen, was sich aus der reinen Billigkeit ergebe ³⁹⁾. Daß die Fassung des ädilischen Edicts sehr eng war, läßt sich freilich wegen der, im Ganzen nur auf das Polizeylische beschränkten Amtsgewalt der Aedilen begreifen, und war aus diesem Grunde selbst nothwendig ⁴⁰⁾. Allein das wäre ganz

39) L. 1. §. 2. de aedil. edict.

40) L. 63. eod.

unbegreiflich, wie die Interpretation, besonders unter den Kaisern, nicht darauf sollte gekommen seyn, den billigen Vorschriften der Aedilen durch Analogie den gehörigen Umfang zu geben. Denn eben das ist es ja, was wir überall im Römischen Recht finden, daß die Classiker gute, billige Rechtsätze durch die, jetzt sogenannte logische Ausdehnung auf gleiche Fälle anwandten. Schon die bekanntesten Lehren können dies beweisen, wie z. B. die Tit. ff. si quadrupes und ad L. Aquil. Selbst da, wo bei einem billigen Rechtsatz noch allenfalls an ein singulare hätte gedacht werden können, wird dennoch von den Classikern die Billigkeit als vorgehend, behandelt, und zur freien analogischen Ausdehnung benützt ⁴¹⁾. Denkt man nun noch an die, in L. 3. D. de legib. enthaltene Vorschrift: quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri, und an den absoluten Satz in L. 90. de R. J.: in omnibus, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est so verdient die ältere Lehre unsrer Juristen gewiß nicht den Vorwurf, daß sie an sich oberflächlich sey, sondern man muß vielmehr von der neuen Lehre sagen: sie ist in sich unbegreiflich.

2) Die Ausdehnung des Edikts durch Interpretation auf alle Arten der Sachen ist ganz gewiß geschehen, und wir haben hierüber die bestimmtesten Gesetze. In L. 1. pr. de aedil. edict. wird die ganze Lehre gleich mit der allgemeinen Aeußerung eröffnet: Labeo scribit, edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sunt, quam quae *mobiles* aut *se moventes*. Das Edict hatte aber nur von *Moventien* geredet, und auch von diesen nicht einmal allgemein, sondern nur von *Sclaven* und *Lastthieren*. Eben so unbeschränkt sagt Ulpian in L. 63. pr. eod. sciendum est, ad venditiones solas hoc

⁴¹⁾ L. 9. §. 2. de edendo. L. 20. de re iudic. (C. 7.52) 42.1

edictum pertinere, non tantum mancipiorum verum *ceterarum quoque rerum*. Die Ausdehnung auf alle Arten der Thiere findet sich auch in L. 48. §. 6. eod. und auf unbewegliche Sachen in L. 49. eod., L. 4. C. de aedil. act. §. 18.

3) Die Classifier haben zwar die Gränzen des Edicts in einem gewissen Sinne sorgfältig zu bewahren gesucht, aber keineswegs so, und in dem Sinne, wie es der Vertheidiger der neuen Theorie genommen hat, sondern bloß mit Rücksicht auf ihre in L. 12. 13. D. de legib. ausgesprochene Hauptregel, daß die Interpretation nur wegen wirklicher Gleichheit der Gründe die Gesetze erweitern, also dafür sorgen soll, daß nichts gegen den Geist derselben geschehe. Das Edict hatte nämlich in Beziehung auf Sklaven bloß von körperlichen Fehlern geredet, und reden wollen, weil bei der Freiheit des menschlichen Willens die geistigen Fehler etwas rein Zufälliges sind. Im Fall des dolus ließ sich hier freilich noch durch die Contracts-Klage nachhelfen. Darauf allein beziehen sich nun L. 1. §. 7. 9. 10. L. 4. pr. §. 4. de aedil. edict., und so drücken sie denn keineswegs aus, daß man das Edict überhaupt nicht analogisch anwenden, sondern nur, daß man es nicht auf Fehler erstrecken soll, welche die Aedilen selbst, aus sehr guten Gründen, ausgenommen hatten. Auf diese Art verwerfen die Classifier auch sonst noch andere unpassende Anwendungen des Edicts ⁴²⁾. Daraus folgt denn aber augenscheinlich nicht, daß eine passende Erweiterung des Edicts als unerlaubt betrachtet ward.

4) Die Vorschriften der 12 Tafeln, und die Sätze, welche die alte Praxis hinzuthat, gingen bloß auf positives und negatives Lügen, also auf Wortbrüchigkeit und Arglist. Viel weiter gingen die Aedilen, indem sie unbedingt wegen des bloßen Daseyns eines heimlichen bedeutenden Mangels eine Klage gestatteten. Auch auf Immobilien angewandt war

42) L. 33. §. 7. eod.

also das Edict eine bedeutende Neuerung, und so wäre es höchst unpassend, wenn Labeo von einer in der Hauptsache schon den 12 Tafeln zuzuschreibenden Verordnung gesagt hätte, wie er in L. 1. p. D. eod. wirklich sagt: Das Edict geht auf Immobilien. Nimmt man dagegen an, daß das Edict in seiner eigenthümlichen, neuen Vorschrift, d. h. da, wo es den dolus nicht betraf, auf Immobilien logisch ausgedehnt ward, so ist alles ganz in der Ordnung, zufolge der Aeußerung von Ulpian in L. 6. §. 1. de V. S. verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex legum verbis. Auch ist es nach der neuen Theorie völlig unerklärbar, wie Labeo die Accessionen, welche sich immer von selbst verstehen, und als kleine Art der Mobilien unmöglich schlechthin durch das Wort Mobiles bezeichnet werden können, dennoch durch ein in die Mitte hineingeworfenes, unbestimmtes: Mobiles andeuten mochte, und wie Ulpian in L. 63. pr. eod. im Stande war, ganz allgemein sein: ceterarum quoque rerum auszusprechen.