

ENTO DI  
IVATO

dova

DIPARTIMENTO DI  
DIRITTO PRIVATO

ANT

B

22

Università Padova

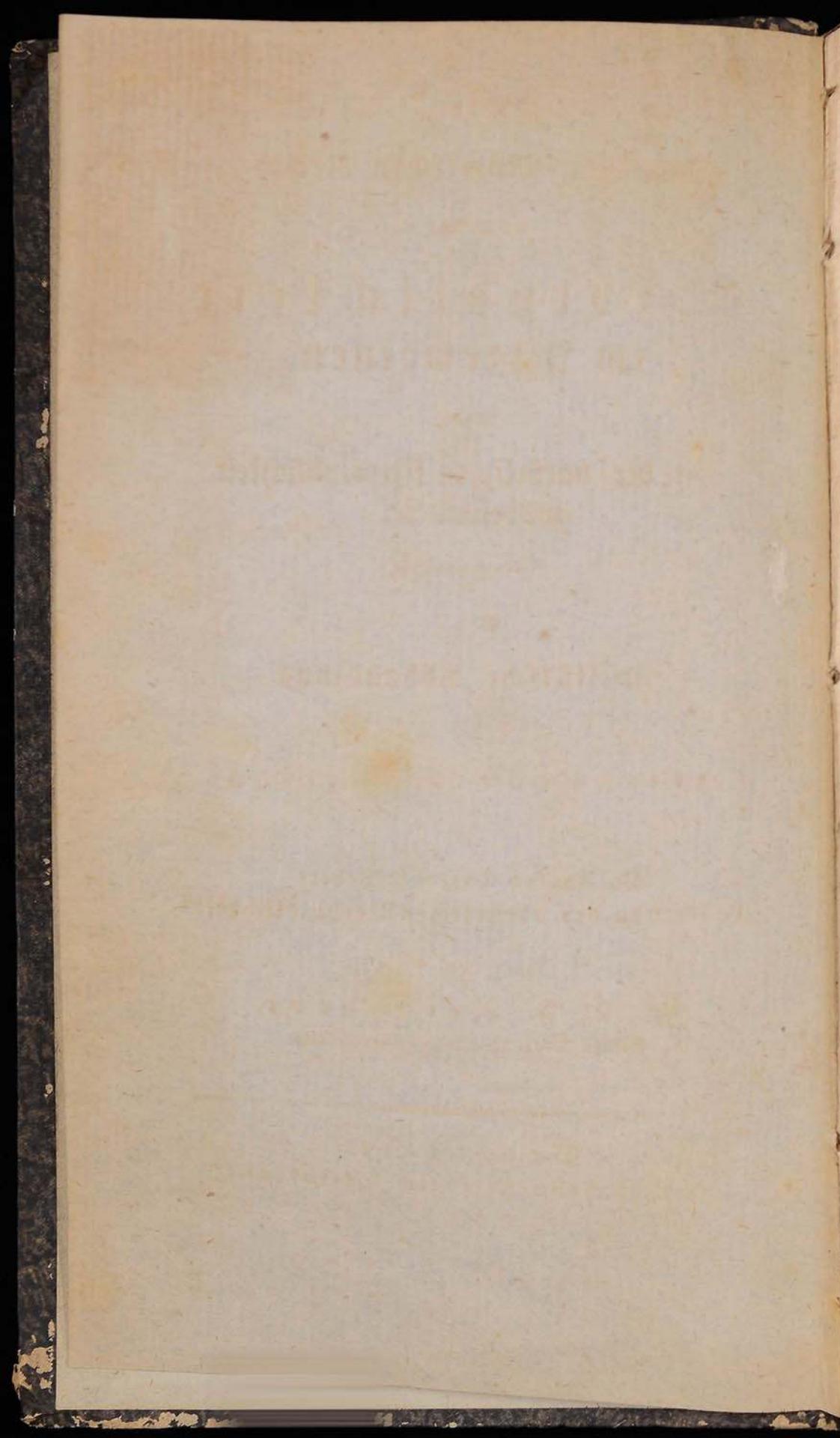
ANT

B. 22

PUNEO 16482

RREC 2313

120



Die  
Lehre des Römischen Rechts  
von der  
Verbindlichkeit  
im Allgemeinen  
und  
von der natürlichen Verbindlichkeit  
insbesondere.

---

Eine  
civilistische Abhandlung  
und  
zeitgemäßer Beitrag  
zu

Dr. Adolph Dietrich Webers  
„Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit“

von  
Dr. C. F. Reinhardt,  
Königl. Würtemb. Ober-Tribunal-Rath.

---

Stuttgart,  
bey Johann Friedrich Steinkopf.  
1827.

10  
etiam nequissimis et inimicis

ad te.

¶ Et quod si dicitur tu  
propositus es tu?

¶ Tunc dicitur tu es propheta et tu es Christus et tu es regis Israhel.

¶ 3

¶ Philippiens 3:12-14

¶ Quia nos non sicut illos

¶ sed nos viximus in carne secundum carnem et mortalem secundum mortalem naturam. Non enim viximus secundum carnem sed secundum spiritum.

¶ 10

¶ Tunc dicitur tu es Christus et tu es regis Israhel.

¶ Tunc dicitur tu es Christus et tu es regis Israhel.

¶ Tunc dicitur tu es Christus et tu es regis Israhel.

Vermischte Aufsätze  
aus dem Gebiete  
der  
reinen und angewandten  
Rechtswissenschaft

von  
Dr. Reinhardt,  
Königl. Württembergischem Ober-Tribunal-Rath.

Drittes Heft.

Stuttgart,  
hey Joh. Fried. Steinkopf.  
1827.





---

## Inhalts-Uebersicht.

---

### Einleitung.

	Seite
§. 1. Begriff des Rechts . . . . .	1
2. Begriff der Pflicht . . . . .	2
3. Ursprung der Pflicht . . . . .	2
4. Begriff des Gesetzes . . . . .	2
5. Eintheilung der Pflichten . . . . .	2
6. Eintheilung des Gesetzes . . . . .	2
7. Eintheilung der Pflichten in vollkommene und un- vollkommene . . . . .	2
8. Eintheilung der vollkommenen Pflichten in unmit- telbare und mittelbare . . . . .	2
9. Begriff der Verbindlichkeit . . . . .	2
10. Eintheilung der Verbindlichkeit . . . . .	3
11. Begriff der Verbindlichkeit im engern Sinn des Worts . . . . .	3
12. Begriff von Forderungen, Schuldigkeiten . . . . .	3
13. Begriff der natürlichen Verbindlichkeit nach biß- heriger Ansicht . . . . .	3
14. Einfluß dieses Begriffs auf die positive, und na- mentlich auf die Wissenschaft des positiven rö- mischen Rechts . . . . .	4
15. Gegenwärtiger Stand der Sache . . . . .	5
16. Zweck dieser Abhandlung . . . . .	6

### I. Abtheilung. Von dem Naturrechte im Sinne des römischen Rechts.

§. 17. Welche Ansichten hatten die römischen Rechtsge- lehrten und das römische Recht von dem Natur- recht . . . . .	7
18. J. v. Müller's Commentar zu Ulpian . . . . .	7
19. Nähtere Beleuchtung dieser Ansicht . . . . .	8
20. Verhältniß des juris naturalis und insbesondere des juris gentium zum jus civile . . . . .	8

	Seite
§. 21. Wahrer Sinn desselben . . . . .	9
22. Schon von J. v. Müller erkannt . . . . .	10
23. Jus gentium in einer andern und engern Bedeutung . . . . .	10
24. 25. Nähtere Beleuchtung des Verhältnisses des juris naturalis und gentium zu dem jus civile . . . . .	11
<b>II. Abtheilung. Von der Verbindlichkeit (obligatio) im Sinne des römischen Rechts überhaupt.</b>	
§. 26. Was heißt obligatio im engern Sinne des römischen Rechts? . . . . .	13
27. Officium, als Bezeichnung einer unmittelbaren Pflicht. Belege:	
a) Cicero . . . . .	14
28. b) Seneca . . . . .	15
29. c) Aulus Gellius . . . . .	15
30. Obligatio im Gegensatz gegen officium . . . . .	16
31. 32. Obligatio in andern Bedeutungen . . . . .	16
33. Obligatio, als besonderes Rechts-Verhältniß . . . . .	25
34. Eintheilung der Verbindlichkeiten im engern Sinne des Wortes (obligationum juris civilis) . . . . .	26
<b>III. Abtheilung. Von der natürlichen Verbindlichkeit (naturalis obligatio) im Sinne des römischen Rechts.</b>	
§. 35. Begriffe des römischen Rechts von der naturalis obligatio:	
a) Paulus . . . . .	27
36. b) Julian . . . . .	27
37. c) Theophilus der Paraphrast . . . . .	28
38. Nähtere Beleuchtung dieser Stellen . . . . .	29
39. Fortsetzung und Erklärung des Fr. 84. §. 1. D. de R. I. (50, 17.) . . . . .	30
40. Fortsetzung und nähtere Beleuchtung des Fr. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46, 1.) der Fr. 10. u. 18. D. de V. S. (50, 16.) . . . . .	31

## Seite

§. 41. Ist eine Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann, eine obligatio civilis? . . . . .	32
42-44. Oder eine obligatio naturalis? . . . . .	33
45-47. Fortsetzung und Erläuterung des §. 7. J. de oblig. quasi ex contra (3, 27.) . . . . .	35
48. Erfund der bisherigen Untersuchung . . . . .	42
49. Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen bloß eine natürliche Verbindlichkeit statt findet . . . . .	43

IV. Abtheilung. Von der Verbindlichkeit der  
Wahnsinnigen und Unmündigen.

§. 50. Hauptgrundsätze hierüber . . . . .	45
51. 52. Erläuterung der betreffenden Stellen des rö- mischen Rechts . . . . .	47
53. 54. Anwendung der allgemeinen Regeln auf be- sondere Fälle: A) in wie weit Wahnsinnige und Unmündige aus Vergehen oder Verbrechen verbindlich werden? . . . . .	49
55. Fortsetzung. Von den Verbindlichkeiten der Wah- nsinnigen und Unmündigen ex quasi delicto, . . . . .	52
56. B) Von der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen in Beziehung auf bestimmte Ver- träge: a) Real-Verträge . . . . .	52
57. b) Consensual-Verträge . . . . .	54
58. c) Stipulationen, verborum obligatio oder litterarum . . . . .	55
59. In Beziehung auf obligationes ex quasi contractu a) negotiorum gestorum . . . . .	55
60. b) Die actio exercitoria und institoria . . . . .	56
61. Nähere Beleuchtung der Verbindlichkeit der Wah- nsinnigen und Unmündigen im Allgemeinen . . . . .	57
62. Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 7. pr. D. de auct. tut. (26, 8.) . . . . .	57
63. Fortsetzung. Erläuterung der Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.) . . . . .	59
64. Fortsetzung. Erläuterung des §. 1. J. quib. mod. re contr. (3, 14.) . . . . .	60

	Seite
§. 65. Fortsetzung. Was heißt locupletiorem factum esse? . . . . .	61
66. Die condictio indebiti nach ihren allgemeinen Umrissen . . . . .	63
67. Vereinigung der Institutionen mit dem Antonini-schen Rescript in Beziehung auf die condictio indebiti gegen Unmündige . . . . .	64
68. Untersuchung der Frage: In wie weit die be-schränkte condictio indebiti auch gegen Wahnsinnige gehe . . . . .	65
69. Erklärung des Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)	66
70. Hauptersund der bisherigen Untersuchung . .	66
71. Nähtere Beleuchtung derjenigen Stellen, welche im Widerspruch mit den bisher angeführten zu be-haupten scheinen, daß der Unmündige auch ohne Auctorität seines Tutors wenigstens na-türlich verbindlich werde:	
a) Fr. 21. D. ad Leg. Falc. (25, 2.) u. Fr. 44. D. de solut. (46, 3.) . . . . .	67
72. b) Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46, 2.) §. 3. J. quib. mod. oblig. (3, 29.) . . . . .	70
73. c) Fr. 64. pr. D. ad SCt. Trebell. (36, 1.) .	74

## V. Abtheilung. Von der Verbindlichkeit der Minderjährigen.

§. 74. Begriff eines Minderjährigen . . . . .	77
75. Geschichte der cura minorum . . . . .	78
76. Unterschied der Minderjährigen nach den Grund-säzen des römischen Rechts . . . . .	81
77. Verschiedene Rechts-Verhältnisse der Minderjäh-riger in Beziehung auf Verbindlichkeiten .	81
78. Fortsetzung. Erläuterung des Frag. 101. D. de V.O. (45, 1.) . . . . .	82
79. Fortsetzung. Erläuterung der Const. 3. C. de in integr. restit. (2, 22.) . . . . .	84
80. Von der Wiedereinführung in den vorigen Stand.	85
81. In welchen Fällen diese Wiedereinführung statt finde, und in welchen nicht? . . . . .	86

## Seite

§. 82. In wie weit Minderjährige auch gegen Verbindlichkeiten ex delicto vel quasi delicto restituit werden können? . . . . .	89
83. Von den Folgen und der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . . .	93
84. Von der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf eine von dem Minderjährigen eingegangene Novation . . . . .	97
85. Ob nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht wenigstens noch eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? . . . . .	100

VI. Abtheilung. Von der Verbindlichkeit der gerichtlich erklärten Verschwender.

§. 86. Begriff eines Verschwenders (prodigus) . . . . .	104
87. Geschichte der cura prodigorum . . . . .	104
88. Untersuchung der Frage: ob der prodigus durch aus dem furiosus gleich zu stellen seye? . . . . .	106
89. Nähtere Untersuchung der Frage: In wie weit Verschwender ex delicto vel quasi delicto verbindlich werden? . . . . .	109

VII. Abtheilung. Von der Verbindlichkeit der Bürgen, namentlich in Beziehung auf eine bloß natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners.

§. 90. Auch für bloß natürliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners kann Bürgschaft geleistet werden . . . . .	110
91. Erläuterung des §. 1. de fidej. (3, 20.) . . . . .	111
92. Fortsetzung. Beweis, daß der Bürge auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit hastet. 113	
93. In wie weit der Bürge eines Fahnsinnigen oder gerichtlich erklärten Verschwenders verbindlich werde? . . . . .	117
94. Von dem Einfluß der Wiedereinsetzung in den vori-	

Seite	
gen Stand der Minderjährigen auf die Verbindlichkeit ihrer Bürgen . . . . .	119
§. 95. Fortsetzung: Erläuterung des Fr. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3.) . . . . .	123
96. Weitere Belege für den Satz: daß der Bürger auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit bürgerlich verbindlich werde:	
a) Scāvola Fr. 60. D. de fidej. (46, 1.) . . . . .	127
97. b) Paulus Fr. 68. D. de J. (50, 17.) . . . . .	128
98. c) Gajus Fr. 7. D. de except. (44, 1.) . . . . .	129
99. d) Die Imperatoren Diocletian und Maximian, Const. 11. C. de except. (8, 36.) . . . . .	135
100. Erklärung des Fr. 24. u. 127. D. de V. O. (45, 1.) . . . . .	135
101. Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner überhaupt, und insbesondere gegen einen Wahnsinnigen, gerichtlich erklärten Verschwender, Unmündigen und Minderjährigen,	159
102. In wie weit dem Bürgen, welches einer dem Hauptschuldner zustehenden zerstörlichen Einrede ungeachtet den Gläubiger befriedigt hat, der Rückgriff gegen erstern zustehe? . . . . .	142
103. Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 47. D. de cond. indeb. (12, 6.) . . . . .	145
104. Anwendung des bisherigen Satzes auf Wahnsinnige, Unmündige, Minderjährige und gerichtlich erklärte Verschwender als Bürgen . . . . .	149
105. Von dem Rückgriff des Bürgen, welcher einer ihm selbst zustehenden zerstörlichen Einrede ungeachtet den Gläubiger befriedigt hat . . . . .	150
106. Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner, welcher den schon vom Hauptschuldner befriedigten Gläubiger befriedigt hat, . . . . .	152
107. Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn letzterer den schon vom Bürgen befriedigten Gläubiger befriedigte . . . . .	153
108. Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wilem der Gläubiger die Bürg-	

	Seite
schafts-Verbindlichkeit schenkungsweise erlassen hat . . . . .	155
§. 109. Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Haupt- schuldner, wenn ein Dritter in der Absicht, ihm zu schenken, den Gläubiger befriedigt hat	156
110. Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Haupt- schuldner, wenn er den von ihm befriedigten Gläu- biger nachher beerbt hat . . . . .	156
111. Von dem Rückgriff dessjenigen Bürgen, welcher durch ein ungerechtes Urtheil in der Hauptsache verurtheilt würde. . . . .	157
112. Von dem Rückgriff des Bürgen gegen denjenigen Hauptschuldner, welchem die Rechts-Wohlthat des nothdürftigen Unterhalts (beneficium com- petentiae) zusteht . . . . .	159
113. Erläuterung des Fr. 71. pr. D. de fidej. (46, 1.)	160

VIII. Abtheilung. Von Verpfändungen, nament-  
lich in Beziehung auf natürliche Verbindlich-  
keiten.

§. 114. Auch für natürliche Verbindlichkeiten kann Ver- pfändung statt finden . . . . .	165
115. Untersuchung der Frage: ob natürliche Verbind- lichkeiten durch Pfandbestellung flagbar werden? 165	
116. Angabe des Grundes: warum sich die Pfand- schaftsklage erst nach der persönlich betreffenden Klage verjähre? . . . . .	171
117. Von dem Rechts-Bestand des Pfand-Rechts in Beziehung auf eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit . . . . .	171

— x —

IX. Abtheilung. Von dem Einflusse der erlöschenden Verjährung auf Verbindlichkeiten.

§. 118. Begriff der Verjährung . . . . .	Seite 173
119. In wie weit nach der erlöschenden Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? . . . . .	174

S ch l u ß.

Erklärung des Fr. 39. pr. D. de cond.  
indeb. (12, 6.)

120. Die Stelle selbst . . . . .	174
121. Erläuterung derselben . . . . .	175

---

## Einleitung.

### §. 1.

#### Begriff des Rechts.

Jede mögliche Aeußerung unserer Willensfreiheit nennen wir Recht. Das Recht ist daher nur auf dem Gebiete der Freiheit denkbar.

### §. 2.

#### Begriff der Pflicht.

Jede nothwendige Beschränkung unserer Willensfreiheit nennen wir Pflicht. Die Pflicht ist daher nur auf dem Gebiete der Nothwendigkeit denkbar.

### §. 3.

#### Ursprung der Pflicht.

Alle Pflichten aber entspringen aus dem Geseze.

### §. 4.

#### Begriff des Gesetzes.

Das Gesez aber ist der Ausdruck der Nothwendigkeit. In so ferne nun das Gesez die Willensfreiheit beschränkt, ist es entweder Sitten- oder Rechts-Gesez.

### §. 5.

#### Eintheilung der Pflichten.

Die Pflichten zerfallen daher auch in Pflichten des Sitten- und in Pflichten des Rechts-Gesetzes.

§. 6.

Eintheilung des Gesetzes.

Die Beschränkung der Freiheit durch das Gesetz kann aber entweder eine innere oder äußere seyn. Die Beschränkung des Sitten-Gesetzes so wie des Rechts-Gesetzes erkennt diesen Unterschied an.

§. 7.

Eintheilung der Pflichten in vollkommene und unvollkommene.

Jede nothwendige innere und äußere Beschränkung unserer Freiheit durch das Sitten- und Rechts-Gesetz oder durch das Rechts-Gesetz allein nennen wir eine vollkommene Pflicht. Jede nothwendige bloß innere Beschränkung unserer Freiheit durch das Sitten- und Rechts-Gesetz, oder durch das Rechts-Gesetz allein nennen wir eine unvollkommene Pflicht. Vollkommene Pflichten sind daher nur auf dem Gebiete des positiven Rechts denkbar.

§. 8.

Eintheilung der vollkommenen Pflichten in unmittelbare und mittelbare.

Die Pflichten aber entspringen entweder unmittelbar oder mittelbar aus dem Gesetze. Unmittelbar, wenn zu ihrer Begründung lediglich nichts, als das Gesetz erforderlich ist. Mittelbar, wo die Pflicht nur unter Voraussetzung einer Gegebenheit, einer That-Handlung oder eines That-Umstands, aus dem Gesetz entspringt.

§. 9.

Begriff der Verbindlichkeit.

Eine mittelbare Pflicht aber nennen wir Verbindlichkeit (*obligatio*.).

§. 10.

Eintheilung der Verbindlichkeiten.

Je nachdem nun die mittelbare Pflicht selbst eine vollkommene oder unvollkommene ist, kann man auch die Verbindlichkeiten in vollkommene oder unvollkommene eintheilen. Es gibt somit nicht bloß Verbindlichkeiten des inneren und äusseren Rechts-Gesetzes, sondern auch des bloß inneren Rechts- und des Sitten-Gesetzes.

§. 11.

Begriff der Verbindlichkeit im engern Sinne des Worts.

Im engern Sinne des Worts aber nennen wir nur mittelbare vollkommene Pflichten — Verbindlichkeiten.

§. 12.

Begriff von Forderungen, Schuldigkeiten.

Eine besondere Art der letztern bilden nach dem Sprach-Gebrauche, die Forderungen im activen — Schuldigkeiten im passiven Sinne des Worts, d. h. die durch Vertrag — freye Uebereinkunft mehrerer über ein bestimmtes Rechts-Verhältniß — begründeten Verbindlichkeiten.

§. 13.

Begriff der natürlichen Verbindlichkeiten nach bisheriger Ansicht.

Wenn man von Allem, was das positive Recht bietet, das Geschichtliche, das Dertliche, das Persönliche, wo immer möglich die Form, und was sonst an demselben Individuelles seyn mag, abzieht, so gewinnt man offenbar eine Menge abstracter Formeln. Diese abstracten Formeln nannte man bisher Natur-

Recht (inneres Recht). Eine Verbindlichkeit des Natur-Rechts, sie möchte nun auch eine Verbindlichkeit des positiven Rechts seyn oder nicht, nannte man eine natürliche Verbindlichkeit im weiteren Sinne des Worts. Eine Verbindlichkeit dagegen, welche lediglich sich auf das Natur-Recht gründete und im positiven Recht nicht aufzufinden war, eine natürliche Verbindlichkeit im engeren Sinne des Worts. Letzterer steht eine Verbindlichkeit, welche bloß das positive Recht kennt, zunächst als Gegensatz gegenüber.

#### §. 14.

Einfluß dieses Begriffs auf die positive und namentlich auf die Wissenschaft des positiven römischen Rechts.

Auch das römische Recht kennt obligationes naturales, und man unterlegte diesem Ausdruck die Ansicht des neueren Natur-Rechts. Hierüber entstanden nun eine Menge Schwierigkeiten und Streitigkeiten, welche lediglich nur dem mißlichen Umstände zuzuschreiben sind, daß man neuere Ansichten dem römischen Rechte, welchem sie doch ganz fremd waren, aufdringen wollte, und daß man mit Hülfe jenes Natur-Rechts, als eines vermeintlich gründlichen Behelfs, in dem römischen Recht aufzuräumen hoffte. Hierdurch aber wurde offenbar weder für die Philosophie noch für die Rechts-Wissenschaft etwas gewonnen, denn was

Schelling, über die Methode des academischen Studiums. Tüb. 1802. S. 233.

schon äußerte, hat sich in den neuesten Zeiten bewährt, und so mag seine Bemerkung hier, als eine sehr richtige, eine Stelle finden: „Fast am hartnäckigsten hat sich in der bisherigen Behandlung des Natur-

„Rechts das analytische Wesen und der Formalismus  
„erhalten. Die ersten Begriffe wurden entweder aus  
„dem römischen Rechte, oder von irgend einer eben  
„gangbaren Form hergenommen, so daß das Natur-  
„Recht nicht nur alle möglichen Triebe der menschli-  
„chen Natur, die ganze Psychologie, sondern auch alle  
„erdenkliche Formen nach und nach durchgewandert  
„ist. Durch Analyse derselben wurde eine Reihe for-  
„maler Sätze gefunden, mit deren Hülfe man nach-  
„her in der positiven Jurisprudenz aufzuräumen hoffte.  
„Besonders haben Kantische Juristen diese Philoso-  
„phie als Magd ihrer Scienz zu brauchen fleißig an-  
„gefangen, und zu diesem Behuf das Natur-Recht  
„auch immer richtig reformirt. Diese Art des Phi-  
„losophirens äußert sich als ein Schnapphen nach Be-  
„griffen, gleichviel, welcher Art sie sind, nur, daß sie  
„eine Einzelheit seyen, damit derjenige, welcher sie auf-  
„gefangen, durch die Mühe, die er sich gibt, die  
„übrige Masse nach ihr zu verziehen, sich das Anse-  
„hen eines eigenen Systems geben könne, das aber in  
„kurzer Zeit wieder durch ein anderes verdrängt wird“ —  
Doch

Fichte's Grundlage des Natur-Rechts. Jena u.  
Leipzig 1796.

und

Kant's metaphysische Anfangsgründe der Rechts-  
Lehre. Königsberg 1797.

muß ich hier als ehrenvoller Ausnahmen erwähnen.

### §. 15.

Gegenwärtiger Stand der Sache.

In den neuesten Zeiten ist man jedoch wieder hie-  
von zurückgekommen, man hat wieder und mit mehr

und vielem Glücke angefangen, das römische Recht geschichtlich aufzufassen, und der Rath

Schelling's, a. a. D. S. 232.

„daß das erste Streben eines Jeden, der die positive Wissenschaft des Rechts als ein Freyer begreifen will, seyn müsse, sich durch Philosophie und Geschichte „die lebendige Anschauung der früheren Welt und der „in ihr nothwendigen Formen des öffentlichen Lebens „zu verschaffen, und, daß die reichhaltigste Quelle der „Bildung in dieser Wissenschaft eröffnet werden könnte, „wenn sie mit unabhängigem Geiste, frey von der „Beziehung auf den Gebrauch und an sich behan- „delt würde!“ — wird wenigstens in den neuesten Zeiten befolgt.

### §. 16.

Zweck dieser Abhandlung.

Der Zweck der vorliegenden Abhandlung ist daher auch kein anderer als der, den dem römischen Rechte fremdartigen und erst in späteren Zeiten aufgedrungenen Stoff von demselben zu sondern, und seine Lehren in Beziehung auf Verbindlichkeiten im Allgemeinen, so wie auf natürliche Verbindlichkeiten insbesondere rein und unvermischt zu geben. Nur von diesem Standpunkte aus bitte ich die gegenwärtige Abhandlung zu betrachten.

## Erste Abtheilung.

### Von dem Natur-Rechte im Sinne des römischen Rechts.

§. 17.

Welche Ansichten hatten die römischen Rechts-Gelhrten und das römische Recht von dem Natur-Recht?

Hören wir vorerst Ulpian,

Fr. 1. §. 3. et 4. D. de just. et jure (1, 1.)

„*Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est etc.* §. 4. *Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur: quod a naturali recedere facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se communne est.*“

§. 18.

J. v. Müllers Commentar zu dieser Stelle.

Der beste Ausleger dieser Ulpian'schen Stelle ist

Johannes v. Müller, 24 Bücher allgemeiner Weltgeschichte, 1. Thl. S. 12. u. 13.

„Das Natur-Recht ist das Resultat unserer Verhältnisse zu der sichtbaren Welt, und besonders aller mit Empfindung begabten Wesen. Freilich begreifen die meisten Menschen (in dem Wahn, daß sie bloß gegen ihres gleichen Verbindlichkeit haben) unter diesem Namen allein das, was nach Abzug aller persönlichen und localen Beziehungen jeder

„Mensch dem Andern überhaupt schuldig ist. Dieser Theil des Natur-Rechts ist aber nicht sein ganzer Umfang, obwohl natürlicher Weise für uns das Interessanteste.“

§. 19.

Nähere Beleuchtung dieser Ansicht.

Die römischen Rechts-Gelehrten erkannten daher ein Rechts-Verhältniß aller lebenden Wesen zu einander, und dies nannten sie *jus naturale*, ein Theil desselben war das Rechts-Verhältniß aller vernünftigen lebenden Wesen zu einander, das *jus gentium*. Das heutige, nur die lebenden vernünftigen Wesen berücksichtigende Natur-Recht ist nur ein Theil dessen, was die römischen Rechts-Gelehrten *jus naturale* nannten, nämlich das von ihnen sogenannte *jus gentium*, oder das *jus, quo omnes homines utuntur*.

§. 20.

Verhältniß des *juris naturalis* und insbesondere des *juris gentium* zum *jus civile*.

Hierüber *Gaius*,

Comment. L. 1. (Ed. II. Göschen, p. 1.) vergl. §. 1.  
J. de J. N. (1, 2.)

auch in dem

Fr. 9. D. de justit. et jur. (1, 1.)

abgedruckt: „*Omnis populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communium omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium jus civitatis est, vocaturque jus civile. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium,*

„quasi quo jure omnes gentes utuntur.“ Wenn nun aber hier Gajus sich des Ausdrucks bedient, daß alle Völker theils ihr ihnen eigenthümliches, theils das allgemeine Recht anerkennen, so ist diesem Ausdruck nicht die Deutung zu geben, als ob neben dem *jus civile* noch das *jus gentium* als zwey verschiedene neben einander bestehende Rechts-Normen anzusehen seyen, somit neben dem *jus civile* auch noch das *jus gentium* in Anwendung zu bringen seye.

§. 21.

Wahrer Sinn dieser Stelle.

Er wollte vielmehr damit gar nichts anders sagen, als was Ulpian,

Fr. 1. §. 1. D. de just. et jur. (1, 1.)

„Privatum *jus tripertitum* est: collectum est et „enim ex naturalibus praceptoris, aut gentium aut „civilibus.“ — und:

Fr. 6. D. ej. t.

„*Jus civile* est, quod neque in totum a *naturali* „vel *gentium* recedit, nec per omnia ei servit: „itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri „communi, *jus proprium*, id est *civile* efficimus.“ Dass nämlich das *jus naturale* und *gentium* zunächst die Quelle des *juris civilis* und dieses nichts anderes, als das *jus naturale* und *gentium* angewandt auf die örtlichen und persönlichen Beziehungen und Bedürfnisse jedes einzelnen Volks seye. Die einzelnen Modalitäten der Anwendung aber bilden nun das *jus civile* im besondern Sinne des Worts.



## §. 22.

Schon von J. v. Müller erkannt.

Auch hier erscheint

Johannes v. Müller, a. a. D. S. 13.

als der beste Ausleger des Gaius und Ulpian:  
 „Da weder alle Menschen die Geschicklichkeit und  
 „den Fleiß haben, diese ersten Verhältnisse zu ergrün-  
 „den, noch von der Gewalt ihrer Leidenschaften sich  
 „erwarten läßt, daß sie unter verschiedenen Gesichts-  
 „punkten, deren jede Sache fähig ist, den gemeinnü-  
 „digsten zur stäten Richtschnur ihres Verhaltens  
 „machen wird, so sind positive Gesetze erforderlich ge-  
 „wesen, um den natürlichen durch wirksame Mittel  
 „bey Zeiten gegen die Unwissenheit und den Eigen-  
 „nuß die nöthige Stärke zu ertheilen. Die unend-  
 „liche Verschiedenheit der Umstände vervielfältigte in  
 „kurzem diese Gesetze, und gab ihnen eine ungemeine  
 „Mannichfaltigkeit.“

## §. 23.

Jus gentium in einer anderen und engeren Bedeutung.

Allein jus gentium kommt auch noch in einer an-  
 deren und engeren Bedeutung als der des allgemei-  
 nen Rechts-Verhältnisses aller lebenden vernünftigen  
 Wesen unter sich vor. So

§. 2. J. de J. N. (1, 2.)

mit welchem auch Hermogenian's

Fr. 5. D. de just. et jur. (1, 1.)

zu vergleichen ist. „Jus autem gentium omni hu-  
 „mano generi commune est. Nam usu exigente,  
 „et humanis necessitatibus, gentes humanae quae-  
 „dam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt,  
 „et captivitates secutae, et servitutes, quae sunt  
 „naturali jure contrariae. Jure enim naturali om-

,nes homines ab initio liberi nascebantur.“ — Aber auch diese Bedeutung von jus gentium lässt sich wohl leicht auffassen, wenn wir bedenken, daß wo positive Gesetze wie bey einem einzelnen Volke zum Rechts-Schutz nicht hinreichten, und nicht anwendbar waren, unter allen Völkern durch gleiche Mittel der gleiche Zweck erreicht werden sollte. Durch die Rechtlosigkeit des Kriegs-Gefangenens als Sklaven sollte dem rechtlosen Zustande des Krieges vorgebogen werden. So heißtt also jus gentium dasjenige, was unter allen Völkern als Rechts-Schutz gegen einen von den übrigen Völkern ihnen angedrohten rechtlosen Zustand galt. In diesem Sinne ist nun das jus gentium etwas aus dem jure gentium im weiteren Sinne des Worts Abgeleitetes. Letzteres bestimmte den Rechts-Zustand vernünftiger lebender Wesen überhaupt; ersteres den, in so weit sie sich in Stämme und Völker abgesondert hatten. Letzteres bestimmte den Rechts-Zustand als solchen an und für sich. Erstes die Schutzmittel einzelner Völker in Beziehung auf den Rechts-Schutz gegen die übrigen. Wie sich daher das jus gentium im weiteren Sinne des Worts gegen das jus civile in Beziehung auf die in Ein Volk vereinigten verhält, so verhält sich dasselbe zum jus gentium im engern Sinne in Beziehung auf die verschiedenen Völker-Stämme, aber auch dieses ist Quelle des juris civilis.

§. 24.

Nähere Beleuchtung des Verhältnisses des juris naturalis und gentium zu dem jus civile.

Kein römischer Rechts-Gelehrter dachte je daran, etwas, was dem positiven römischen Rechte fremd war, etwa deswegen als gültig anzuerkennen, weil

es dem jus naturale oder gentium gemäß sehe. Aber die römische Rechts-Wissenschaft (im Sinne der französischen Jurisprudence) und das öffentliche Organ derselben, der Prätor, suchten wo möglich das jus naturale und das jus gentium mit dem jure civili auszugleichen. Denn im Gegensatz gegen erstere umfasste das jus civile auch das jus praetorium und die responsa prudentum, welche nur wieder Unterarten des juris civilis im Gegensatz gegen das jus naturale und gentium bildeten.

§. 3. J. de J. N. (1, 2.)

### §. 25.

#### Fortsetzung.

So wurde, wo die strenge buchstäbliche Anwendung des reinen positiven Rechts auf Ungereimtheiten, ja auf völlige Widersprüche mit dem jus naturale oder gentium geführt hätte, durch die aequitas naturalis — natürliche Billigkeit abgeholfen, d. h. das rein positive Recht wurde mit dem jus naturale oder gentium in Uebereinstimmung gesetzt. — Beispiele: die bonorum possessio, die actiones utiles, und die actiones in factum. Denn wie Billigkeit im heutigen Sinne des Worts nichts anderes als die Uebereinstimmung des Rechts mit dem Sitten-Gesetze bezeichnet, so die aequitas naturalis der Römer nichts anderes als die Uebereinstimmung des juris civilis mit dem juri naturali und gentium. Belege hiefür liegen unzählige vor. Viele führt Brisson

De verb. Signif. sub voce „aequitas“ u. „aequum“ an, noch weit mehrere aber ließen sich anführen, es mag aber an diesen wenigstens für den vorliegenden Zweck genügen. So verfuhren also die römischen Rechts-Gelehrten synthetisch, während die späteren

philosophirenden Juristen analytisch. Welche Methode übrigens der andern vorzuziehen sey? ist eine Frage: deren Beantwortung hier zu weit führen würde. — Nur eine Andeutung sei mir erlaubt: Was hat dem römischen Rechte durch alle späteren Jahrhunderte theils als Hülfrecht, theils als raison écrite, denn übersehbar ist dieser Ausdruck nicht, die Bahn gebrochen? Ich möchte antworten — die streng folgerechte Synthesis wenigstens in seinen früheren blühenden Zeiten. Der Schluß von der Synthesis auf die Analysis aber liegt nahe.

---

## Zweite Abtheilung.

---

Von der Verbindlichkeit (*obligatio*)  
im Sinne des römischen Rechts  
überhaupt.

§. 26.

Was heißt *obligatio* im Sinne des römischen Rechts?

Dass es unmittelbare und mittelbare Pflichten gebe, und dass eine mittelbare Pflicht — Verbindlichkeit, Verbindlichkeit im engern Sinne des Worts aber eine mittelbare vollkommene Pflicht sey, haben wir bereits oben (§§. 8. 9. u. 11.) gesehen. Nun ist aber zu untersuchen: ob schon dem römischen Recht diese Eintheilung bekannt war? Dass nun die Römer eine aus dem Gesetz unmittelbar entspringende Verbindlichkeit eine *obligatio* genannt hätten, lässt sich nicht erweisen. Dass z. B. der Vater seine Kinder ernähre, die-

sen einen Pflichttheil hinterlässe, wird nirgends als obligatio des Vaters bezeichnet, sondern die Römer bedienten sich hier meistens der Zeitwörter „debet,“ „cogendus est,“ „necesse habet.“

§. 27.

Officium — als Bezeichnung einer unmittelbaren Pflicht.  
Belege.

a) Cicero.

Doch gebrach es auch ihrer Sprache nicht an einem einzelnen, die unmittelbare Pflicht bezeichnenden Ausdruck. Ein solcher ist nämlich „officium.“ Ich führe als Belege an

a) Cicero, de officiis, L. I. cap. 3.

„Omnis de officio duplex est quaestio. Unum „genus est, quod pertinet ad finem bonorum: al- „terum, quod positum est in praeceptis, quibus in „omnes partes usus vitae confirmari possit. Su- „perioris generis hujusmodi exempla sunt: om- „niane officia perfecta sint? num quod officium „aliud alio majus sit, et quae sunt generis ejus- „dem? Quorum autem officiorum pracepta tra- „duntur, ea quamquam pertinent ad finem bono- „rum, tamen id minus apparet, quia magis ad in- „stitutionem vitae communis spectare videntur, de „quibus nobis his libris explicandum. Atque „etiam alia divisio est officii: nam et medium „quoddam officium dicitur et perfectum. Perfec- „tum officium rectum, opinor, vocemus, quod „Graeci *κατόρθωμα*, hoc autem commune *καθῆκον* „vocant. Atque ea sic definiunt, ut, rectum quod „sit, id perfectum officium esse definiant, medium „autem officium id esse dicant, quod, cur factum „sit, ratio probabilis redi possit.“

§. 28.

b) **S e n e c a .**

b) Seneca, de Beneficiis, L. III. cap. 18.

belehrt uns, daß schon seine Vorgänger zwischen beneficium, officium und ministerium auf folgende Weise unterschieden haben „ut *beneficium* esse differerent, quod alienus det, qui potuerit sine reprehensione cessare: *officium* filii, uxorius et aliarum personarum, quas necessitudo suscitet, et ferre opem jubeat: *ministerium* servi, quem conditio sua eo loco posuerit, ut nihil eorum, quae praestet, imputet superiori.“ Denselben Unterschied zwischen beneficium und officium stellt er denn selbst

Controv. L. II. cap. 5.

auf: „Non est *beneficium* sed *officium*, facere quod debeas, ut si filius patri dicat, se *beneficium dare*.“

§. 29.

c) **A u l u s G e l l i u s .**

c) Endlich noch

Aulus Gellius, Noct. Att. L. V. cap. 13.

„Seniorum hominum et Romae nobilium, atque in morum disciplinarumque veterum doctrina memoriaque praestantium, disceptatio quaedam fuit, praesente et audiente me, de gradu atque ordine officiorum; quumque quaereretur, quibus nos ex prioribus potioribusque facere oporteret, si necesse esset in opera danda faciendoque officio alias aliis anteferre, non constabat etc.“ — Doch es mag an diesen Stellen genügen, um zu beweisen, daß die Sprache der Römer einen einzelnen,

den Begriff einer unmittelbaren Verbindlichkeit bezeichnenden Ausdruck kannte.

### §. 30.

Obligatio — im Gegensatz gegen officium.

Dagegen wurde, unerachtet wir eine Erklärung von „obligatio“ wenigstens aus den blühenderen Zeiten der römischen Rechts-Wissenschaft vermissen, und die Erklärung des Justinianischen Rechts

pr. J. de oblig. (3, 13.)

der sehr gerechte Tadel trifft, daß sie gerade das wesentliche Merkmal, wodurch sich die obligatio von dem officium unterscheidet, nicht angibt, das Wort „obligatio“ immer nur von einer solchen Pflicht gebraucht, welche nicht unmittelbar, sondern nur mittelst einer äußeren Gegebenheit — einer That-Handlung oder eines That-Umstandes — also mittelbar aus dem Gesetze entspringt. Die Belege hiefür bietet

tot. tit. D. de V. O. et A. (44, 5.); tot. tit. J. de oblig. (3, 13.); quib. mod. re (3, 14.); de V. O. (3, 15.); de litt. oblig. (3, 21.); de cons. oblig. (3, 22.); de oblig. quasi ex contr. (3, 27.); de oblig. quae ex del. (4, 1.); de oblig. quae quasi ex del. (4, 5.).

Und somit entspricht also der Ausdruck „obligatio“ dem deutschen „Verbindlichkeit“ als einer mittelbaren Pflicht.

### §. 31.

Obligatio in anderen Bedeutungen.

In welch verschiedenen Bedeutungen aber noch weiter das Wort „obligatio“ in den römischen Rechts-Büchern vorkomme, hat wohl am vollständigsten der Universitäts-Actuar Riedel in Göttingen gezeigt,

zeigt, und es sey mir erlaubt, seinen Erfund, wie er in  
v. Hugo, civil. Magazin, 5r Bd. S. 102—116.  
eingerückt ist, hier abdrucken zu lassen.

§. 32.

Ausbeute der Forschung Niedels.

*Obligatio.*

„Im körperlichen, eigentlichen Sinne braucht das Corpus Juris unser Wort nicht. Bey Justin, 13, 7. und bey Firmicus Maternus findet sich linguae obligatio für den Zustand des Gebundenseyns, des Nichtgeldstseyns der Junge.“

„Hingegen in dem uneigentlichen oder figürlichen Sinne gibt es sechs verschiedene Hauptbedeutungen dieses Worts, da es in diesem Sinne nicht nur 1) die Gegebenheit des Obligirens und 2) das daraus entstehende Verhältniß, sondern auch 3) die jene Gegebenheit enthaltene Schrift bezeichnet, und dann in diesen drey Bedeutungen theils a) bey dem Obligiren einer Person, theils b) bey dem einer Sache gebraucht wird.“

„I. Obligatio, für die obligatorische Gegebenheit, für die Handlung des Obligirens genommen, heißt:

A. Das Obligiren einer Person, namentlich als Kunstwort, diejenige Gegebenheit, woraus eine Forderung entsteht, z. B. ein Contract.“

„Est autem gravior et difficilior animi et sententiae.... pro altero, quam pecuniae oo, Cic. ad Brut. 18. — Labeo definit, .... esse ... contractum ultro citroque oonem fr. 19. D. 50, 16. — Omnem oonem pro contractu habendam existimandum est fr. 20. D. 5, 1. — Ab emtione, venditione, locatione, conductione, ceterisque similibus oonibus fr. 58. D. 2, 14. — In his autem promissionibus, vel legatis, vel aliis oonibus const. 7. §. 6 C. 7, 39. — Nullum esse contractum, nullam oonem, quae non habeat in se conventionem fr. 1. §. 3. D. 2, 14.“

„Nemo est, qui nesciat, alienas operas promitti posse,  
et fidejussorem adhiberi in ea oone fr. 5. D. 45, 2. —  
Adjicere aliquid ooni §. 11. I. 3, 19. (20.) — fr. 1. §. 3.  
D. 45, 1. — Licet significes, adjectum esse in oone c. 3.  
C. 8, 41. — Ex testamento potius agere, quam ex  
pristica oone fr. 11. D. 34, 3. — Ex hujusmodi oonibus  
actionem denegari fr. 27. pr. D. 45, 1. — Nudi consen-  
sus oo fr. 35. D. 50, 17. — Consilii non fraudulentii nulla  
oo est fr. 47. pr. D. 50, 17. — Ex oone conveniri PAUL. S.  
R. 2, 13, 9. — In qua oone . . . . convenit fr. 21. pr.  
D. 20, 4. — Ex oone deberi §. 1. I. 3, 16. (17.) — fr.  
48. pr. D. 25, 3. — Deducere aliquid in oonem §. 2. I.  
3, 19. (20.) — fr. 17. D. 8, 1. — fr. 1. §. 8. D. 44, 7. —  
fr. 56. §. 6. D. 45, 1. — fr. 75. §. 1. 3. 6. et 8. et fr. 109.  
D. eod. — fr. 14. pr. D. 46, 2. — fr. 95. pr. D. 46, 3. —  
Oo, quae duos reos fecit fr. 9. §. 1. D. 45, 2. — Oonem,  
pactionem fecerunt fr. 20. D. 48, 10. — Infirmare oonem  
fr. 136. pr. D. 45, 1. — Societatem coire ad oonem in-  
nocentium fr. 1. §. 1. D. 48, 10. — Inventae sunt hujus-  
modi oones ad hoc §. 19. I. 3, 19. (20.) et fr. 38. §. 17. D.  
45, 1. — Judicati velut oo fr. 3. §. 11. D. 15, 1. — Juris  
oo fr. 34. §. 1. D. 34, 2. — Oonis jure const. 3. C. 2, 4.  
Lex oonis fr. 108. D. 46, 3. — De literarum oonibus Rubr.  
I. 3, 21. (22.) — Debitum in literarum oonem transferre  
const. 6. C. Th. 2, 4. — Eodem genere oonis obligari  
fr. 8. §. 14. D. 16, 1. — Post oonem fr. 28. D. 42, 5. —  
Posterior oo fr. 125. D. 50, 16. — Nudus consensus suf-  
ficit ooni fr. 52. §. 9. D. 44, 7. — Ante tempus pactio-  
nis vel oonis §. 9. (10.) I. 4, 13. — Tenet oo §. 20. I.  
3, 19. (20.) — fr. 9. §. 1. D. 24, 1. — Teneri te ex ea  
oone c. 8. C. 4, 26. — In oonem venire fr. 21. D. 45, 1. —  
Nisi proprie quid in persona eorum verbis oonis expres-  
sum est fr. 2. §. 12. D. 50, 8. — In verborum oonibus  
alius stipulatur, aliis promittit. §. 3. I. 3, 22. (23.) —  
Cessante verborum oone I. 3, 21. (22.) — Verborum  
oonem concipere §. 12. I. 3, 19. (20.) — Verborum oo  
constat. fr. 3. §. 2. D. 44, 7. — Ut omnis sermo conti-  
neat verborum oonem fr. 1. §. 6. D. 45, 1. — Verborum  
oonem contrahere. PAUL S. R. 5, 7, 2. — const. 3. C. 8,  
59. — c. 12. C. 8, 41. — Ex verborum oone deberi §. 1,

I. 3, 29. (30.) — Verborum oonem extinguere c. 7. C. 7, 45. — Verborum oo intercedit c. 6. C. 5, 12. — c. 4. C. 5, 14. — Cod. Hermog. 4, 1. et Consultatio 4. — Si omissa verborum oo est c. 6. C. 2, 4. — Mutum nihil pertinere ad verborum oonem fr. 1. §. 14. D. 44, 7. — Ex verborum oone quaerere actionem c. 3. C. 4, 64. — Verborum oo resolvitur fr. 107. D. 46, 3. — Verborum oonem tollere fr. 8. §. 3. D. 46, 4. — fr. 55. D. 50, 17. — Transire in verborum oonem ex quacumque oone fr. 2. D. 46, 2. — Species vel quantitas, quae in oone versatur fr. 6. D. 12, 1. — In utraque tamen oone una res vertitur §. 1. I. 3, 16. (17.) — Vim oonis non habere fr. ult. D. 22, 3. — Nisi .... vim acceperit oo fr. 141. §. 7. D. 45, 1. — Vitiare oonem fr. 1. §. 1. et 3. et fr. 65. pr. D. 45, 1.“

„B. Die Obligirung einer Sache, oder die Verpfändung.“

„Adsentire venditioni vel ooni fr. 5. §. 11. D. 27, 9. — Antecedens oo c. 22. C. 8, 45. — Bonorum oo c. 2. C. 7, 73. — Oonem pignorum cessare fr. 34. §. 1. D. 20, 1. — Consensum ooni dare fr. 26. §. 1. D. 20, 1. — Consentire ooni c. 5. C. 4, 29. — Oo consistit c. 7. C. 3, 38. — Oonem pignoris non consistere c. 6. C. 8, 17. — Desiderata est alienatio vel oo fr. 5. §. 13. D. 27, 9. — Dis simulata oone fr. 3. §. 1. D. 47, 20. — Oo generalis fr. 6. et 8. D. 20, 1. c. 6. C. 8, 18. — Non solum hujusmodi oone, sed etiam .... alio quolibet modo rebus alienatis c. 12. C. 5, 16. — Oo insecuta est c. 13. C. 5, 16. — Interdicere alienationem vel oonem pr. I. 2, 8. — Oonem interponere fr. 12. §. 1. D. 20, 5. — Si pignoris oo aut venditio ab herede intervenerit c. 3. C. 6, 54. — Justa oo c. 1. C. 8, 23. — Nec pignoris oonem locum habere fr. 3. D. 15, 4. — Oone rite perfecta c. 4. C. 9, 34. — In oone pignoris sibi prospexit c. 2. C. 11, 29. — Cum sine oone pignoris pecuniam mutuo dedisset c. 9. C. 7, 32. — Generalem conventionem sufficere ad oonem pignorum fr. 29. pr. D. 20, 1. — Posterior oo c. 1. C. 9, 34. — Praecedente emtionem oone c. 10. C. 4, 31. — Prior oo fr. 21. pr. D. 20, 4. — Sub oonibus pecuniam

eredere c. 2. C. 6, 31. — Sub oone fundi fr. 28. §. 1. D. 16, 1. — fr. 5. §. 10. D. 27, 9. — Tempore oonis c. 7. C. 4, 24. — Valet oo fr. 7. §. 5. et 6. D. 27, 9.“

„II. Obligatio, für den aus der Obligirung entstandenen Zustand genommen, ist also:

A. Der aus der Obligirung einer Person entstandene Zustand, oder das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner (die obligatio personalis, wie sie fr. 11. D. 20, 6. im Gegensätze von der obligatio pignoris genannt wird), und zwar von beiden Seiten.“

„1. Von Seiten des Gläubigers, oder das Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner.“

„Adquirere oonem pr. (§. 1.) I. 3, 10. (11.) — §. 4. I. 3, 19. (20.) — I. 3, 28. (29.) in der Rubrik. — fr. 9. §. 8. D. 12, 1. — fr. 5. §. ult. D. 13, 5. — fr. 11. §. 1. D. 22, 1. — fr. 46. pr. D. 25, 3. — fr. 56. §. 2. et fr. 95. D. 45, 1. — fr. 126. §. 2. eod. zweimal. — fr. 141. §. 3. eod. — fr. 1. §. 2. fr. 2. et fr. 28. pr. D. 45, 3. — fr. 22. D. 46, 3. — fr. 5. D. 46, 6. — const. 1. C. 5, 52. — const. 1. C. 4, 27. — Oo adversus aliquem fr. 9. §. 3. D. 12, 2. — fr. 21. §. 2. D. 46, 1. zweimal. — fr. 8. §. 4. D. 46, 4. — Oonis capax fr. 12. D. 45, 3. — fr. 98. §. 7. D. 46, 3. — Oo communis fr. 34. §. 1. D. 46, 3. — Oonem comparare fr. 2. §. 5. D. 12, 2. — Oo alicui competit c. 30. C. 4, 65. — alicui et adversus aliquem fr. 31. §. 3. D. 21, 2. — Oones concedere fr. 21. D. 50, 16. — Non est novum, ut duae oones in ejusdem persona de eadem re concurrant fr. 10. D. 19, 1. — In den folgenden Wörtern dieser Stelle werden obligatio und actio gleichbedeutend gebraucht. — Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur oo? fr. 93. pr. D. 46, 3. — Oones, quas adeundo confudit, non restituuntur. fr. 29. §. 1. D. 49, 14. — oones confusas non resuscitari fr. 29. §. 2. eod. — Oo contra aliquem fr. 47. pr. D. 46, 1. — Redire in oonem creditorum fr. 30. D. 44, 7. — oo cum aliquo fr. 21. §. 2. D. 46, 1. — Filius

paciscedendo aut debitum accipiendo, nihil detrahit patris  
ooni c. 23. C. 2, 3. — In Lege Falcidia hoc esse ser-  
vandum, Julianus ait, ut, si . . . duo rei stipulandi fue-  
rint, . . . dividi inter eos debere oonem fr. 62. pr. D.  
35, 2. — Oonem habere fr. 5. in f. D. 46, 1. — Oo in  
aliquem fr. 21. §. 3. et fr. 72. D. 46, 1. — A persona  
heredis oo incipere non potest. CAJI Inst. II, 9, 7. —  
ut incipiat quidem contra morientem oo, immineat au-  
tem heredibus ejus c. ult. pr. C. 8, 38. — Jus oonis  
incorporale est. §. 2. I. 2, 2. et fr. 1. §. 1. D. 1, 8. —  
jus oonis sibi quaerere c. 2. C. 4, 2. — in alium trans-  
ferre c. un. C. 8, 27. et c. 5. C. 8, 43. — vendere fr. 5.  
§. 2. D. 20, 6. — Oo legata fr. 34. pr. D. 32. — suam  
oonem novare fr. 3. fr. 4. et fr. 16. D. 46, 2. — Paratam  
oonem exercere c. 2. C. 8, 38. — tollere c. 17. C. 8,  
43, — Quia in causam dotis particeps et quasi socia  
oonis patri filia esset fr. 34. §. 6. D. 46, 3. — Alter de-  
bitum accipiendo, . . . omnium perimit oonem §. 1. I.  
3, 16. (17.) — unius acceptilatione perimi utriusque oo-  
nem. fr 31. §. 1. D. 46, 2. — Non solum hereditarias  
actiones, sed etiam eas oones, quas ipse heres constituit,  
dicendum erit, praestari emtori debere fr. 2. §. 8. D. 18,  
4. — adversus ipsum oonem debet praestare. fr. 64. §. 4.  
D. 24, 3. — Quaerere alicui oonem fr. 126. §. 2. D. 45,  
1. — c. un. C. 4, 36. — e. 19. C. 5, 12. — c. 3. C. 7,  
60. — Restituere alicui oonem fr. 8. §. 11. D. 16, 1. —  
alicui u. adversus aliquem fr. 8. §. 2. eod. — ex hac  
actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum,  
sive res fuerunt, sive oones fr. 10. §. 22. D. 42, 8. —  
Petitione, acceptilatione unius, tota solvitur oo fr. 2. D.  
45, 2. — Non alterius nomine ei solvitur, sed suae oonis  
fr. 128. D. 45, 1. — Si reus stipulandi, exstiterit heres rei  
stipulandi duas species oonis sustinebit fr. 5. in f. D. 46, 1. §.  
auch fr. 13. in f. D. 45, 2. — In heredes transit oo fr. 76. pr.  
D. 45, 1. — Imo et causa naturalium oonum transit fr. 40.  
pr. D. 36, 1. — Multum interest, sub conditione aliqua oo  
veneat, an, cum ipsa oo sub conditione sit, pure veneat fr. 19.  
D. 18, 4. — quanti ea spes oonis venire possit fr. 73.  
§. 1. D. 35, 2. — Eodem modo vinculum oonum solvi-  
tur, quo quaeri adsolet fr. 46. D. 41, 2.“

„2. Von Seiten des Schuldners, oder die Pflicht des Schuldners gegen den Gläubiger.“

„Oo tua adversus me fr. 36. D. 12, 1. — Dare quis hypothecam potest, sive pro sua oone, sive pro aliena. fr. 5. §. 2. D. 20, 1. — Pro aliena oone se illigare c. 22. C. 4, 29. — Alienam oonem recipere fr. 8. §. 1. D. 16, 1. — resolvere c. 1. C. 5, 75. — suscipere fr. 2. §. 5. et fr. 13. pr. D. 16, 1. — c. 1. c. 16. et c. 18. C. 4, 29. — Oo coheredis fr. 49. §. 1. D. 46, 1. — Confunditur oo fr. 21. §. 4. D. 46, 1. — fr. 39. §. 1. 2. et 3. D. 46, 3. — Oo debitoris fr. 18. §. 1. et fr. 31. §. 3. D. 39, 6. — Oo fidejussoris fr. 21. D. 46, 1. — Oonis onus fr. 67. D. 3, 3. — fr. 48. §. 1. D. 46, 1. — Cum ex duobus ... ejusdem oonis participibus uni accepto fertur fr. 16. pr. D. 46, 4. — Oo rei (d. h. debitoris) fr. 5. D. 46, 1. — fr. 95. §. 3. D. 46, 3. — Oonem suscipere fr. 5. D. 12, 7. — fr. 50. §. 2. D. 15, 1. — fr. 19. §. 2. D. 16, 1. — fr. 45. §. 2. D. 17, 1. — fr. 9. §. 1. D. 45, 2. — c. 5. C. 4, 2. — c. 10. C. 4, 35.“

„3. In den allermeisten Stellen, in welchen obligatio das Rechts-Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner heißt, wird es nicht ausschließend bloß von der einen Seite des Verhältnisses genommen, z. B.

„Aditione hereditatis confunditur oo fr. 59. pr. et fr. 80. D. 36, 1. — fr. 71. pr. D. 46, 1. — fr. 95. §. 2. D. 46, 3. — Oones aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. §. 2. I. 3, 13. (14). — Oones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut ... ex variis causarum figuris. fr. 1. pr. D. 44, 7. — Si quis tutelam . . . vel quid aliud, unde oo oritur, ... administravit fr. 19. §. 1. D. 5, 1. — Verba, ex quibus oo oritur fr. 126. §. 2. D. 45, 1.“

„In sehr vielen Stellen fließen die beiden Bedeutungen, der Obligirung und des daraus entstandenen Verhältnisses, wegen der wesentlichen Beziehung, in welcher diese beiden Begriffe zu einander stehen, und da auch selbst das Verhältniß obligirend ist, so in einander, daß

sie beide gleich gut oder zusammen angenommen werden können. Z. B.

*Oo est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae pr. I. 3, 13. (14.) — Oonum substantia . . . in eo consistit, . . . ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid etc. fr. 3. pr. D. 44, 7. — Oonem contrahere §. 2. I. 2, 8. — pr. I. 3, 14. (15.) — pr. et §. 1. I. 3, 15. (16.) — §. 1. I. 3, 21. (22.) — §. 18. et 23. I. 3, 19. (20.) — §. 1. I. 3, 20. (21.) — §. 1. I. 3, 22. (23.) — §. 4. I. 3, 29. (30.) — Ab oone discedere fr. 30. D. 46, 2. — Dissolvere oonem §. 1. I. 3, 29. (30.) — §. 3. I. 4, 13. — fr. 89. pr. D. 46, 3. — Evanescit oo c. 5. C. 8, 45. — Exstinguitur oo fr. 82. pr. D. 30. — fr. 21. §. 1. D. 34, 3. — fr. 9. §. 2. D. 40, 7. — fr. 3. pr. D. 42, 6. — fr. 140. §. 2. D. 45, 1. — Solvitur oo §. 1. I. 3, 29. (30.) — fr. 6. §. 1. D. 18, 1. — fr. 28. §. 6. et fr. 31. §. 4. D. 34, 3. — fr. 80. D. 46, 3. — Solutio oonis fr. 54. §. 1. D. 45, 1. — Libertus oone solvitur fr. 23. D. 38, 1. — PAULI S. R. II. 32, 1."*

„Zu bemerken sind auch die Ausdrücke: acceptam facere oonem fr. 12. §. 2. D. 23, 4. et accepto ferre oonem fr. 43. §. 1. D. 23, 3. — c. 15. D. 8, 41. Acceptum oder accepto facere u. ferre wird nämlich sonst gewöhnlich von der Sache, die man zu fordern hat, gebraucht. In-dessen kommt doch auch accepto ferre stipulationem vor, und wir sagen ja auch im Deutschen: Forderungen einztreiben, Schulden bezahlen u. s. w.“

„Endlich ist besonders auch der Sprachgebrauch merkwürdig, wornach man glauben könnte, auch die Sache, die jemand schuldig ist, sey obligirt. Hierher gehörten folgende Stellen:

In oone consistere fr. 9. §. 2. D. 40, 7. — Dos in oone constituta c. 1. Cod. Greg. II. 5. — Residua centum durabunt in oonem fr. 82. D. 35, 2. — In oone esse fr. 10. D. 15, 4. — fr. 112. pr. D. 45, 1. — fr. 14. pr. D. 46, 2. — In oone manere fr. 11. §. 1. D. 51. — fr. 24. D. 34, 3. — fr. 13. §. 6. D. 46, 4. — In oone remanere fr. 34. §. 2. D. 34, 2. — fr. 9. §. 1. et fr. 98. §. 5. D. 46, 3. — In oonem revocare fr. 83. §. 5. D. 45, 1. — Hierher gehörten auch die Ausdrücke: obligatio debiti im

fr. 15. D. 49, 15. — dotis fr. 66. §. 5. D. 24, 3. — legati fr. 82. D. 30. — nominis fr. 34. pr. D. 32. — operarum fr. 15. §. 1. fr. 34. fr. 41. D. 38, 1. et fr. 15. pr. D. 46, 4. — pecuniae fr. 126. §. 2. D. 45, 1. CICERO ad Brutum. 18. — poenae c. 2. C. Th. 2, 33. et fr. 56. pr. D. 47, 2. — solidi fr. 1. §. 20. D. 14, 1. — sortis fr. 18. §. 3. D. 13, 5. ususfructus fr. 5. D. 7, 1. — usurarum fr. 40. D. 12, 1. et fr. 8. D. 13, 4. ic. Damit hängt noch zusammen, daß auch die Ausdrücke solvere, solutio etc. nicht bloß von der obligatio selbst und von den Personen bey derselben (auch vom Gläubiger s. z. B. fr. 31. pr. D. 12, 1.), sondern auch von diesem entfernten oder mittelbaren Gegenstande der obligatio gebraucht werden.“

„B. Der aus der Verpfändung entstandene Zustand, oder das Verhältniß zwischen dem Pfand-Gläubiger und der verpfändeten Sache; und zwar auch wieder:

„1. Von Seiten des Pfand-Gläubigers, das Recht des Pfand-Gläubigers an der verpfändeten Sache, das Pfand-Recht.“

„Adquirere pignoris oonem u. oonem schlechtweg. fr. 31. §. 6. D. 13, 7. — Oonem pignoris amittere c. 6. C. 8, 26. — Pignoris oonem habere fr. 3. pr. D. 27, 9. et fr. 35. §. 1. D. 39, 5. — Oonem habere fr. 12. §. 12. D. 49, 15. — De jure oonis pignorum agere c. 9. C. 8, 41. — Exequi jus oonis pignorum c. 8. C. 4, 35. — Pignoris oonem quaerere c. 16. C. 8, 14. — Oonem quaerere c. 1. C. 8, 21. — Oo tua c. 4. C. 8, 17.“

„2. Von Seiten der verpfändeten Sache, oder der Zustand des Verpfändetseyns.“

„Fundum in oonem dare u. deducere fr. 30. §. 1. D. 44, 2. — Pignora in oonem deducta c. 2. C. 4, 35. — Item liberatur pignus, . . . . si qua ratione oo ejus finita est fr. 6. pr. D. 20, 6. — Oo inhaesit fr. 2. D. 27, 9. — Cum . . . pignus ab oone liberatum sit c. 1. C. 8, 28. — In veterem oonem reverti fr. 12. §. 12. D. 49, 15. — Bona . . . in oonem venire c. 4. C. Th. 3, 17. et c. 2. C. 5, 35.“

### „3. Von beiden Seiten.“

„Oonem pignoris constituere c. 4. C. 8, 26. — Oonem pignoris contrahere fr. 4. D. 20, 3. — c. 2 C. 8, 26. — Dissolvere oonem c. 10. C. 8, 26. — pignoris oonem c. 2. C. eod. et fr. 69. D. 46, 3. — Pignoris oonem durare fr. 7. §. 6. D. 24, 1. — Oo semel extincta instaurari non potest c. 9. C. 8, 26. — Videtur finita esse pignoris oo fr. 24. pr. D. 13, 7. — Manent omnes oones integrae fr. 5. §. 2. D. 20, 6. — Pignoris oo obligatur fr. 23. §. 1. D. 20, 1. — Pignoris atque fiduciae oo perseveret c. 9. C. Th. 15, 14. — Pignoris oonem remittere fr. 11. D. 20, 6. c. 1. C. 8, 26. In den meisten von diesen Stellen kann obligatio auch die Verpfändung heißen.“

„III. Obligatio heißt auch die Schrift, worin die obligatorische Gegebenheit enthalten ist, und zwar

A. die die Obligirung einer Person enthaltende Schrift.“

„Sin vero suam manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac oone causetur c. 1. §. 3. C. Th. 2, 27. — Oonem repetere c. 7. C. 4, 30. — Man könnte etwa auch das condicere obligationem im fr. 1. pr. D. 12, 7. hieher rechnen. Indessen will dieser Ausdruck wohl dasselbe sagen, was agere oder condicere, ut obligatio accepto fiat, oder ut liberer per acceptilationem und ähnliche s. z. B. fr. 3. D. 12, 7. — fr. 46. pr. D. 23, 3. — fr. 3. §. 3. D. 34, 3. — c. un.. C. 2, 5. — c. 15. C. 8, 41. Tabulae oonis c. 6. C. 8, 41.

B. Der Pfandbrief.

Oo praediorum. Vielleicht gehört hieher auch fr. 28. D. 48, 10. Si a debitore, praelato die pignoris, oo mentiatur, falsi crimini locus est.“

### §. 33.

Obligatio als besonderes Rechts-Verhältniß.

Da aber, wo von dem Rechte der Verbindlichkeiten, d. h. von dem besondern aus Verbindlichkeiten entstehenden Rechts-Verhältniß die Rede ist, bezeichnet „obligatio“ immer nur das auf eine Gege-

benheit gegründete Verhältniß zwischen mehreren Personen, wonach einer dem andern oder jeder dem andern etwas bestimmtes zu leisten, zu geben, oder zu thun verpflichtet ist.

### §. 34.

Eintheilung der Verbindlichkeiten im engeren Sinne des Worts (*obligationum juris civilis*).

Ueber die Eintheilung der Verbindlichkeiten des positiven Rechts scheinen sich die römischen Rechts-Gelehrten nicht vereinigt zu haben. Noch Gajus

Fr. 1. pr. D. de O. et A. (44, 7.)

kennt nur „*obligationes ex contractu aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris,*“ unter welchen er also alle andern begreift. Modestins

Fr. 42. D. ej. tit.

unlogischer Eintheilung will ich nur kurz erwähnen. Doch scheint Gajus

Fr. 5. D. ej. tit.

zu der nachherigen Eintheilung des Justinianischen Rechts,

§. 2. J. de O. (3, 13.)

in a) *obligationes ex contractu*, Verbindlichkeiten aus Verträgen, d. h. einer freyen Uebereinkunft Mehrerer über ein bestimmtes Rechts-Verhältniß;

b) *obligationes ex quasi contractu* — Verbindlichkeiten aus einseitigen, übrigens in der Absicht des Verbindlichmachens oder des Verbindlichwerdens unternommenen Thathandlungen;

c) *obligationes ex delicto* — Verbindlichkeit aus unerlaubten Thathandlungen, welche als Verbrechen oder Vergehen erscheinen; und

d) obligationes ex quasi delicto — Verbindlichkeit aus einseitigen an und für sich nicht unerlaubten, und nicht in der Absicht des Verbindlichmachens oder Verbindlichwerdens unternommenen Thatenhandlungen, — den Grund gelegt zu haben.

### Dritte Abtheilung.

Von der natürlichen Verbindlichkeit (*naturalis obligatio*) im Sinne des römischen Rechts.

#### §. 35.

Begriff des römischen Rechts von der *naturalis obligatio*.

##### a) Paulus.

Über *naturalis obligatio* finden wir mehrere Erklärungen, nämlich a) von Paulus

Fr. 10. D. de O. et A. (44, 7.)

,*Naturales obligationes non eo solo aestimantur,*  
,*si actio aliqua earum nomine competit: verum*  
,*etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit:*"

#### §. 36.

##### b) Julian.

##### b) Von Julian

Fr. 16. §. 4. D. de fidej. et mand. (46, 1.)

,*Naturales obligationes non eo solo aestimantur,*  
,*si actio aliqua earum nomine competit: verum*  
,*etiam cum soluta pecunia repeti non potest.*  
,*Nam licet minus proprie debere dicantur natura-*

„les debitores: per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitorum sibi recepisse.“

§. 37.

c) Theophilus der Paraphrast.

e) Von dem Paraphrasten und sehr wahrscheinlichen Mitarbeiter an der Justinianischen Gesetzgebung  
Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 20. §. 1. Ed. Reitz, Tom. II.  
p. 663.

„Τῶν ἐπερωτήσεων αἱ μέν  
,,ἐίσι πολιτικαὶ, αἱ δὲ Φυσι-  
,,καὶ, πολιτικὰ μὲν, ἐξ ὧν  
,,τίτουται αἱ ἀγωγαὶ, αἱ πι-  
,,νούμεναὶ πατὰ τοῦ ἐνόχου  
,,γενομένου, παταδικάζεσθαι  
,,ἀυτὸν παραπιενάζουσι· καὶ  
,,παταβολὴ γνομένη· δε  
,,ἀυτῶν ὅντις ἐπιδέχεται ρε-  
,,πετιτῶνα· εἰ γὰρ ἄνων ὁ  
,,γενόμενος ὑπένθυνος ἀπαι-  
,,τεῖται, παταβολὴν ὃν δυ-  
,,νήσεται ρεπετιτεύειν· Φυ-  
,,σικαὶ δέ ἐισιν, ἀιτινες ὅν-  
,,δε ἀγωγὴν τίτουταιν, ὃνδε  
,,παταδικην ἐπάγουσι· δύο  
,,μέντοι γνωρίσματά ἔσιν ἔν-  
,,ρεῖν ἐν ἀυταῖς τὸ τὴν πατα-  
,,βολὴν γνομένην μῆδεπιδέ-  
,,χεσθαι ρεπετιτῶνα etc.“  
(Die Fortsetzung beim §. 91.)

„Stipulationum aliae  
,,sunt civiles, aliae na-  
,,turales: civiles qui-  
,,dem, ex quibus actio-  
,,nes nascuntur, quae  
,,adversus obligatum  
,,motae efficiunt, ut con-  
,,demnetur: ac solutio  
,,ex iis facta repetitio-  
,,nem haud recipit: nam  
,,si a reo invito quid ex-  
,,igitur, is solvens repe-  
,,tere non poterit. Natu-  
,,rales autem sunt, quae  
,,neque actionem pari-  
,,unt, neque condemna-  
,,tionem inferunt. Duo  
,,tamen insignia in his  
,,invenire licet, sc. quod  
,,solutio facta repetitio-  
,,nem non recipiat.“

Befremdend scheint zwar, daß Theophilus in dieser Stelle sich des Ausdrucks *ἐπερώτης* „stipulatio“ statt *ἔνοχη* „obligatio“ bedient hat. Allein daß er sich des Worts *ἔνοχη* bedienen wollte, ist schon aus dem ganzen Zusammenhange, sodann aber auch noch aus dem Verfolge dieser Stelle (vergl. unten §. 91.), wo er sich des Ausdrucks *ἔνοχη* wirklich bedient, klar. Auch ist die Verwechslung beider Ausdrücke und der hieraus entstandene Schreibfehler sehr erklärtlich und verzeihlich, wenn man erwägt, daß Theophilus kaum vorher den Titel *de inutilibus stipulationibus* paraphrasirt hatte, ihm somit das Wort *ἐπερώτης* sehr geläufig war.

## §. 38.

Nähtere Beleuchtung dieser Stellen.

Schon Paulus und Julian belehren uns nun, daß die römischen Rechts - Gelehrten eine obligacionem nur dann naturalem nannten, wenn sie irgend eine Wirkung in Beziehung auf das positive Recht hatte, sei es nun, daß diese Wirkung die volle, daß der Abtrag der Verbindlichkeit auch mittels einer Klage gefordert, oder nur eine beschränkte seye, wonach nur der freiwillig geleistete Abtrag nicht mehr zurückgefördert werden kann. Schon aus diesen Stellen aber können wir uns die wichtige Lehre entnehmen, daß das römische Recht eine richtige Verbindlichkeit d. h. eine solche, welche lediglich keine rechtlichen Folgen hatte, mit dem Ausdruck „naturalis obligatio“ nicht beehrte, sondern daß die — wenn auch beschränkte — positiv rechtliche Wirksamkeit ein wesentliches Merkmal der naturalis obligatio im Sinne des römischen Rechts ist.

§. 39.

Fortsetzung und Erklärung des Fr. 84. §. 1. D. de R. J.  
(50, 17.)

Damit stimmt nun auch der, die verschiedenen Arten der naturalis obligatio nach folgendem Schema

Naturalis obligatio sensu latiori

est

aut aut

civilis naturalis sensu strictiori

logisch classifizirende Theophilus überein: Er nennt nämlich diejenige Art der naturalis obligatio im Sinne Paulus und Julians, welcher die volle Wirksamkeit zukommt, obligatio civilis, diejenige aber, welcher nur die beschränkte — obligatio naturalis sensu strictiori, in specie, oder *κατ' εξοχήν*. Wesentliches Merkmal der obligatio civilis ist ihre Klagbarkeit und die hierdurch herbeizuführende Nöthigung des Verbindlichen zu Leistung des Abtrags. Wesentliches Merkmal der obligatio naturalis in specie ist, daß der freiwillig geleistete Abtrag nimmer zurückgesfordert werden kann. Klar wird uns nun auch die Stelle Ulpian's

Fr. 84. §. 1. D. de R. J. (50, 17.)

„*Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus,*“ denn daß Ulpian hier die obligatio naturalis in specie (welche ich künftig immer nur obligatio naturalis nennen werde) im Auge hatte, unterliegt wohl keinem Zweifel, und in Beziehung auf diese behauptet er, daß, wenn gleich der Verbindliche nach positivem Recht zu Leistung des Abtrags nicht angehalten werden könne, dennoch in Beziehung auf den allgemeinen Rechts-

Begriff und das allgemeine Rechts-Gefühl eine innere  
Nöthigung vorliege.

§. 40.

Fortsetzung und nähere Beleuchtung des Fr. 16. §. 4. D. de  
fidej. et mand. (46, 1.) der Fr. 10. und 118. D. de V. S.  
(50, 16.)

Ganz richtig bemerkt daher auch Julian (§. 36.):  
daß man die naturales debitores, d. h. die debitores  
ex naturali obligatione (das Wort debtor natürliche  
hier im allgemeinsten Sinne des Worts — als je-  
den Verbindlichen bezeichnend, wie dessen Gegensatz,  
creditor von Gaius

Fr. 11. D. de V. S. (50, 16.)

„Creditorum appellatione non *hi tantum accipiuntur*,  
*qui pecuniam crediderunt: sed omnes,*  
„*quibus ex qualibet causa debetur*“ genommen)  
den debtoribus im engern und strengern Sinne des  
Worts, in welchem es z. B. Modestin gebraucht

Fr. 108. D. de V. S. (50, 16.)

„Debitor intelligitur *is, a quo invito exigi pecu-*  
„*nia potest*“ nicht bezahlen können, sondern daß  
solche nur debitores im weiteren Sinne des Worts  
(abusive) genannt werden können; und das Gleiche  
behauptet im Gegensatz Ulpian

Fr. 10. D. ej. t.

„Quodsi *natura* debeatur, non sunt *credidores*“  
nämlich im engern und strengern Sinne des Worts,  
welcher hier offenbar aus Julians obiger Stelle (§. 36.)  
zu erläutern ist.

## §. 41.

Ist eine Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann, eine obligatio civilis?

Eine besondere Untersuchung verdient nun die Frage: ob eine Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann, als obligatio civilis angesehen werden könne? darüber Paulus

Fr. 112. D. de R. J. (50, 17.)

„Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem summoveatur“ mit welchem auch Ulpian

Fr. 10. D. de V. S. (50, 16.)

„Creditores accipiendoſ  
„esse conſtat eos, qui  
„bus debetur ex quacum-  
„que actione, vel per-  
„secutione vel jure civili,  
„ſine ulla exceptionis  
„perpetuae remotione  
„vel honorario vel ex-  
„traordinario“ — und  
Paulus

Fr. 55. D. de V. S. (50, 16.)  
„Creditor autem est is,  
„qui exceptione perpe-  
„tua summoveri non  
„potest“ —

Fr. 42. §. 1. de O. et A.  
(44, 7.)

„Creditores (nämlich im  
„engern und strengern  
„Sinne des Worts §. 40.)  
„eos accipere debemus,  
„qui aliquam actionem  
„vel civilem habent, (sic  
„tamen, ne exceptione  
„summoveantur, vel ho-  
„norariam (actionem)  
„vel in factum.“ Julian

Fr. 66. D. de R. J. (50, 17.)  
„Marcellus: desinit de-  
„bitor esse is, qui nactus  
„est exceptionem ju-  
„stam, nec ab aequitate  
„naturali abhorrentem.“

übereinstimmen. Allein auf der andern Seite ist auch wieder wohl zu erwägen, daß eine solche Verbindlichkeit, wenn der debitor seiner Einrede sich nicht bedient, eine obligatio civilis werden könne, was somit ganz in die Willkür des Schuldners (auch dieses Wort hier im allgemeinsten

gemeinsten Sinne als jeden Verbindlichen bezeichnend genommen) gestellt ist. Nur von diesem hängt es ab, ob sie obligatio civilis seyn, oder vielmehr, ob sie es durch Unterdrückung der Einrede werden solle?

§. 42.

Oder eine obligatio naturalis?

Ob aber eine obligatio naturalis? davon

Marcian, Fr. 60. pr. D.  
de cond. indeb. (12, 16.)

„Qui exceptionem per-  
petuam habet, solutum  
„per errorem repetere  
„potest.“ Pomponius  
Fr. 50. D. ej. tit.

„Quod quis sciens in-  
debitum dedit hac  
„mente, ut postea re-  
„peteret, repetere non  
„potest.“

Ulpian, Fr. 1. §. 1. D.  
de cond. ind. (12, 6.)

„Si quis indebitum ig-  
norans solvit, per hanc  
„actionem condicere  
„potest: sed si sciens  
„se non debere solvit,  
„cessat repetitio.“

Fr. 26. §. 7. D. ej. tit.  
„Indebitum autem solu-  
„tum accipimus, non  
„solum, si omnino non  
„debeatur, sed et si per

„aliquam exceptionem perpetuam peti non pote-  
„rat, quare hoc quoque repeti potest, nisi sciens  
„se tutum exceptione solvit.“ Sämtlich diese  
Stellen drücken nämlich die Regel aus, daß derjenige,  
welchem eine zerstörliche Einrede zustehe, wenn er  
wissenschaftlich dieselbe nicht beachtend den Abtrag der  
Verbindlichkeit geleistet habe, denselben nicht mehr  
zurückfordern könne; daß aber, wenn er nur aus Irr-  
thum oder Unwissenheit, und zwar gleichviel, ob der Irr-  
thum oder Unwissenheit ein thatächlicher oder Rechts-  
Irrthum — Unkenntniß des Rechts — war, nach Pa-  
pinian

Fr. 7. D. de jur. et facti ign. (22, 6.)

„Juris ignorantia non prodest adquirere volenti-  
„bus, suum vero petentibus non nocet.“ und

Fr. 8. D. ej. tit.

„Error facti ne maribus quidem in damnis vel  
„compendiis obest: juris autem error nec faeminis  
„in compendiis prodest: *Caeterum omnibus juris*  
„*error in damnis amittendae rei suae non nocet*“  
— den Abtrag geleistet, ihm noch Zurückforderungs-  
Recht zustehe!

§. 43.

Fortsetzung.

Aber diese Regel hat auch ihre Ausnahmen. Es  
belehrte uns nämlich

a) Pomponius und Marcius

Fr. 19. pr. D. de cond.  
indeb. (12, 6.)

„Si poenae causa ejus,  
„cui debetur debitor li-  
„beratus est, naturalis  
„obligatio manet: et  
„ideo solutum repeti non  
„potest.“

Fr. 40. D. de cond. ind.  
(12, 6.)

„Sed hoc non est perpe-  
„tuum: nam si quidem  
„ejus causa exceptio da-  
„tur, cum quo agitur,  
„solutum repetere pot-  
„est: ut accidit in SCto  
„de intercessionibus: ubi

„vero in odium ejus, cui debetur, exceptio  
„datur, perperam solutum non repetitur; veluti  
„si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam  
„pecuniam acceperit, et paterfamilias factus sol-  
„verit, non repetit.“ und als positiven Grund dieser  
Ausnahme führt Ulpian

Fr. 9. §. 4. D. de SCto Maced. (14, 6.)

den an: „quia ob poenam creditorum actione li-  
„berantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.“  
Diese Ausnahme findet nun aber, wie ich freilich hier  
nur im Vorübergehen bemerken kann, bloß bey dem  
SCto Macedonianum statt.

§. 44.

Fortsetzung.

Eine weitere Ausnahme aber bietet

b) der

§. 7. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

„Ex quibusdam tamen causis repeti non potest,  
„quod per errorem non debitum solutum sit. Sic  
„namque definierunt veteres, *ex quibus causis insi-  
ficiando lis crescit, ex iis causis non debitum  
solutum* repeti non posse: veluti ex lege Aquilia,  
„item ex legato. Quod veteres quidem in iis le-  
„gatis locum habere voluerunt, quae certa consti-  
„tuta, per damnationem cuicunque legata fuerunt.  
„Nostra autem constitutio, quum unam naturam  
„omnibus legatis et fideicommissis indulxit, hujus-  
„modi augmentum in omnibus legatis et fideicom-  
„missis extendi voluit: sed non omnibus legatariis  
„praebuit, sed tantummodo in iis legatis et fidei-  
„commissis, quae sacrosanctis ecclesiis, et caeteris  
„venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis  
„intuitu honorificantur, derelicta sunt: quae si  
„indebita solvantur, non repetuntur.“

§. 45.

Fortsetzung. Erläuterung des §. 7. J. de oblig. quasi ex  
contr. (3, 27.)

Eben diese Stelle bedarf einer genaueren Erläu-  
terung. Den Satz: daß der Abtrag einer Verbind-  
lichkeit, auch wenn er nur aus Irrthum oder Unwis-  
senheit einer dem Schuldner zustehenden Einrede  
geleistet worden, dann nicht zurück gefordert werden  
können, wenn der Gläubiger im Läugnungsfalle den  
gedoppelten Betrag hätte ansprechen können, finden

wir auch in einem Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 4. C. de cond. indeb. (4, 5.)

,Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi juris est.“ Allein nun fragt sich: in welchen Fällen konnte im Läugnungsfall der doppelte Betrag angesprochen werden? Was nun das Justinianische Recht betrifft, so beantworten uns Gaius und Paulus die Frage auf folgende Art:

Paulus, Rec. Sent. (1, 19.)

,Quaedam actiones si a reo inficientur, duplantur: velut judicati, de pensi, legati per damnationem relictū, damni, injuria legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor de ceptus est.“

Gaius, Comment. L. IV. §. 9. p. 300.

,Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitantem in duplum agimus, quod accidit per actionem judicati depensi, damni, injuria — legatorum nomine, quae per damnationem certe (die Ver-

besserung in certa scheint mir auf keinem haltbaren Grunde zu beruhen) reicta sunt.“ und

§. 171. p. 392. u. 393.

,\*\*\* dupli \*\*\*\*\* velut, si judicati aut depensi, aut damni injuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agatur.“ Vergleichen wir nun damit das Justinianische Recht, nämlich den

§. 23. In de act. (4, 6.)

,In duplum agimus: velut furti nec manifesti, damni injuriae ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus. Item servi corrupti, item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est.“ und die nothwendige Erläuterung dieses Paragraphen

§. 26 J. ej. tit.

„Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi  
„corrupti, a caeteris. ~~d~~ quibus simul loquuti su-  
„mus, eo differunt, quod hae actiones omnimodo  
„dupli sunt: at illae id est, *damni injuriae ex*  
„*lege Aquilia, et interdum depositi, inficiatione*  
„*duplicantur: in confidentem autem in simplum*  
„*dantur.* Sed illa, quae de iis competit, quae re-  
„*dicta* *venerabilibus locis sunt, non solum infilia-*  
„*tione* *duplicantur, sed etiam si distulerit relictii*  
„*solutionem, usquequo jussu magistratum nos-*  
„*trorum conveniatur*“, so finden wir, daß nur die  
Verbindlichkeiten ex lege Aquilia, wegen widerrecht-  
licher Beschädigung, so wie die aus dem Hinterlegungs-  
Vertrag unter gewissen Umständen, und endlich die  
Leistungen von Vermächtnissen an Kirchen oder from-  
me Stiftungen, als solche übrig geblieben sind. Was  
nun die übrigen, welche das Vorjustinianische Recht  
kannte, betrifft, so möchten diese doch noch einer ge-  
nauerer Untersuchung bedürfen,

§. 46.

Fortsetzung.

Gaius und Paulus nennen uns vorerst die  
actionem judicati, welche die Institutionen nimmer  
hieher zählen, eine bestimmte Verordnung nun, wo-  
durch der actio judicati diese Wirkung entzogen wur-  
de, findet sich nicht, allein aus dem

Fr. 6. §. 3. D. de re jud. (42, 1.)  
einer wahrscheinlich interpolirten Stelle Ulpian's,  
welche also lautet: „Judicati actio perpetua est, et  
„rei persecutionem continet“ möchte ich in Ver-  
gleichung mit dem

§. 17. J. de act. (4, 6.)

wohl den Schluß ziehen, daß ihr in Folge der Justinian'schen Gesetzgebung und des den Compilatoren der Digesten in ihrer Instruction.

Consist. prima (Deo Auctore) de concept. Digest. §. 7. eingeräumten Interpolations-Rechts oder vielmehr der ihnen auferlegten Interpolations-Pflicht diese Wirkung entzogen wurde. Die zweite, welche uns Gaius und Paulus nennen, ist die actio dependi, eine uns vor dem neu aufgefundenen Gaius unbekannte und unerklärliche Klage, über welche uns nun aber dieser folgende hinreichende Erläuterung gibt

Comment. L. III. §. 127. p. 253.

„In eo quoque par omnium causa est, quod, si „quis pro reo solverit, ejus reciperandi causa ha- „bet cum eo mandati judicium, et hoc amplius „sponsores ex lege Pubilia propriam habent „actionem in duplum, quae vocatur dependi,“ welche nun auch die ziemlich verworrene und dunkle Stelle in der

Lex Romana Burgund. (Papiani Resp.) tit. XV.  
Schulting Jurispr. Antejust. p. 837.

aufklärt. Diese actio dependi hörte nun aber von selbst auf, nachdem die sponsores, welchen sie ausschließlich zustand, als eine besondere Art von Bürgen mit besonderer rechtlicher Wirkung aufgehobt hatten, wovon unten das Nähere (§. 92.). Endlich nennt noch Paulus allein die actionem de modo agri cum a venditore emitor deceptus est, eine Stelle, welche durch die weitere

Rec. Sent. 2, 17, 4.

„Distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in „duplo ejus, quod mentitus est, officio judicis aesti- „matione facta condemnatur“ ihre Erläuterung erhält, daß aber auch dies durch die Justinianische

Gesetzgebung aufgehoben wurde, glaube ich aus zwey andern, sichtbar interpolirten Stellen des Paulus,

Fr. 2. pr.

„Si in emptione modulus  
„dictus est, et non prae-  
„statur, ex emto actio  
„est.“

Fr. 9. §. 1. D. de act. emt.  
et vend. (19, 1.)

„Si modulus agri minor  
„inveniatur, pro numero  
„jugerum auctor obliga-  
„tus est etc., sed non so-  
„lum, si modulus agri

„totius minor est, *agi cum venditore potest*, sed  
„etiam de partibus ejus, utputa si dictum est,  
„vineae jugera tot esse, vel oliveti et minus inve-  
„niatur“ erweisen zu können. Denn es lässt sich  
wohl mit Zuverlässigkeit annehmen, daß hier Pa-  
lus der obigen actio in duplum gedacht, dies aber  
von den Compilatoren der Digesten absichtlich wegge-  
lassen worden sey, wie denn auch der

§. 22. J. de act. (4, 6.)

ausdrücklich die actionem emti venditi den actioni-  
bus in simplum bezählt. — Soviel von denjenigen  
Fällen, welche zwar das Vorjustinianische Recht  
kannte, das Justinianische aber nicht mehr kennt.

§. 47.

Fortsetzung.

Gehen wir nun zu denjenigen Fällen über, welche  
noch das Justinian'sche Recht als solche anerkennt.  
Hier wird nun vorerst die actio Aquilia lege ex, so-  
dann die actio depositi, jedoch nur in gewissen Fällen  
genannt. Welche Fälle aber hier gemeint seyen? er-  
sehen wir aus dem

§. 17. J. de act. (4, 6.)

welcher in Übereinstimmung mit Ulpian folgende  
nennt:

Fr. 1. §. 1. D. depos. (16, 3.)

„quod tumultus, incendii, ruinae naufragii causa  
„depositum est,“ insofern nämlich nach Ulpian

I. c. §. 3.

der Hinterleger „nullam aliam causam deponendi  
„habuit, quam imminens ex causis supra scriptis  
„periculum.“ In Betreff der Vermächtnisse und  
Fideicommissen aber wurde das ältere Recht durch die  
Justinianeische Gesetzgebung abgeändert. Das ältere  
Recht wird daher auch zur vollständigen Erläuterung  
dieser Abänderung zu vergleichen seyn, und dieses  
finden wir am vollständigsten bey Gaius

Ulpian's Fr. 24, 33.

Comment. L. II. §. 282.

u. 283. p. 195.

„Legatorum perperam  
„solutorum repetitio  
„non est“ — ist wohl  
auch hieraus zu erklären  
und zu berichtigen.

§. 282. „Item si legatum  
„per damnationem re-  
„lictum heres insuetur,  
„in duplum cum eo agi-  
„tur: fideicommissi vero

---

„nomine semper in sim-  
„plum persecutio est.“ §. 283. „Item (*quod*) quis-  
„que ex fideicommisso plus debito per errorem  
„solverit, repetere potest: at id, quod ex causa  
„falsa per damnationem legati plus debito solutum  
„sit, repeti non potest, idem scilicet juris est de  
„eo legato, quod non debitum vel ex hac, vel ex  
„illa causa per errorem solutum fuerit.“ Nach  
dem ältern Rechte fand nun der Doppel-Erfolg im  
Läugnungsfall nur bey derjenigen besondern Art der  
Vermächtnisse statt, welche das Vorjustinianeische Recht  
legata damnationis nannte (worüber Gaius

Comment. L. II. §§. 201—208. p. 165—168.  
und Ulpian

Fragm. 24, 8.

zu vergleichen sind), dagegen nicht bey den übrigen  
Vermächtnissen und nicht bey den Fideicommissen. Nun

verordnete aber Justinian im Jahr 530. n. C. G.  
in der

Const. 46. §. 7. C. de episc. et cler. (1, 3.)  
daß dies bey allen Vermächtnissen und Fideicommis-  
sen, welche der Kirche oder frommen Stiftungen hin-  
terlassen wurden, der Fall seyn soll, nachdem er schon  
im Jahr 529.

Const. 1. C. Comm. de leg. (6, 43.)  
die früheren verschiedenen Arten der Vermächtnisse in-  
differenziirt hatte. Da er nun aber bestimmt in un-  
serem §. sich darüber ausdrückt, daß dies nur bey  
denjenigen Vermächtnissen, welche der Kirche oder  
frommen Stiftungen hinterlassen worden sind, der  
Fall seyn soll, so dient unser §. offenbar zur näheren  
Erläuterung beyder obigen Constitutionen, und somit  
hat also auch die Justinianische Gesetzgebung das frühere  
Recht theils erweitert theils beschränkt, — erweitert  
— indem sie, was früher nur von Einer Art der Ver-  
mächtnisse und von Fideicommisen gar nicht galt, auf  
alle Vermächtnisse und Fideicommise ausdehnte; be-  
schränkt, indem sie diese Verordnung nur bey den  
Vermächtnissen an die Kirche und fromme Stiftungen  
Platz greifen ließ, somit objectiv erweitert, und sub-  
jectiv beschränkt. Auch ist die diesfallsige Verordnung  
des Justinianischen Rechts, wie jedoch schon behauptet  
worden, durch Justinius

Const. 11. C. de cond. indeb. (4, 5.)

„Pro dubietate eorum, qui *mente titubante* in-  
debitam solverint pecuniam, certamen legum-  
latoribus incidit; id ne, quod *ancipiti animo*  
„persolverint, possint repetere, annon. Quod  
„nos decidentes sancimus; omnibus qui *incerto*  
„*animo* indebitam dederint pecuniam, vel aliam  
„quandam speciem persolverint, repetitionem non

„denegari“, et praesumptionem transactionis non „contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera „parte probetur“ — nicht aufgehoben, denn in der vorliegenden Stelle wurde von Justinian nur der Streit: ob, wenn jemand im Zweifel, ob er wirklich verbindlich sey? den Abtrag einer Verbindlichkeit geleistet habe, er ihn immer noch zurückfordern könne, oder ob die Zahlung nicht vielmehr, als im Vergleichsweg geleistet, anzusehen sey? vergl. Paulus

Fr. 65. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.) welcher unter den legumlatoribus, d. h. wohl den Compilatoren der Digesten, selbst entstanden war, für den Zweifelnden und für das Rückforderungs-Recht, so wie gegen die Analogie eines solchen Zweifels mit einem Vergleiche entschieden, und die vorliegende Constitution handelt von einem ganz andern Falle.

#### §. 48.

Erfund der bisherigen Untersuchung.

Kehren wir nun nach dieser nothwendigen Abschweifung wieder zu der obigen Regel (§. 42.) zurück, daß der Abtrag einer Verbindlichkeit, welche durch eine zerstörende Einrede hätte entkräftet werden können, wenn er aus Irrthum oder Unwissenheit geleistet worden, wieder zurückfordert werden könne, so finden wir jetzt folgende Ausnahmen derselben:

1. bei dem Darleihen eines Haussohns, welcher, wenn er auch aus Unkunde Irrthum oder Unwissenheit das SCtum Macedonianum nicht beachtete, das Zurückbezahlte nicht mehr zurückfordern kann;
2. bei Verbindlichkeiten ex lege Aquilia;
3. bei dem Hinterlegungs-Vertrag, wenn die Hinterlegung durch eine androhende Gefahr veranlaßt wurde, und

4. bey Vermächtnissen oder Fideicommissen zu kirchlichen oder andern frommen Zwecken, und nach dieser Ausnahme ist auch der allgemeine Satz *Papinius*.

Fr. 54. D. de cond. ind. (12, 6.)

„Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt,  
„vel non habuerunt effectum, secuta per errorem  
„solutione, conditioni locus erit,“ in Betreff derjenigen, quae non habuerunt effectum, zu berichtigen. Hieraus ergibt sich aber auch, daß solche Verbindlichkeiten, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden können, auch keine natürliche Verbindlichkeit sind, sondern daß sie es in der Regel erst dann werden, wenn der zerstörlichen dem Schuldner wohl bekannten Einrede unerachtet der Abtrag geleistet wurde, und in einigen Ausnahms-Fällen, wenn der Abtrag aus Irrthum oder Unwissenheit geleistet worden; daher auch, wie sich Pomponius

Fr. 19. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

und Paulus

Fr. 10. D. de SCto Maced. (14, 16.)

ganz richtig ausdrücken, in einem solchen Falle „natūralis obligatio manet,“ d. h. nicht ursprünglich schon war eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, sondern sie entstand erst durch Leistung des Abtrags, wurde aber eben hierdurch als eine bleibende begründet, weil in Folge solcher der geleistete Abtrag nicht mehr zurückgesordert werden kann.

### §. 49.

Aufzählung derjenigen Fälle, in welchen bloß eine natürliche Verbindlichkeit Statt findet.

Zu denjenigen Fällen, in welchen bloß eine natürliche Verbindlichkeit Statt findet, sind nun nach römischem Rechte zu zählen:

1. die Verbindlichkeiten aus formlosen, das heißt nicht mittelst der verborum oder litterarum obligatio eingegangenem Verträgen, insfern ihnen nicht ihrer Formlosigkeit unerachtet Klagerecht zustand, insbesondere die Forderungen aus Nebenverträgen, welche einem contractus bonae fidei nicht auf der Stelle als besondere Modification desselben angehängt wurden, nach Ulpian

Fr. 7. D. de pactis (2, 14.)  
welche Stelle übrigens, da dies offenbar zu weit führen würde, keine weitere Erläuterung hier erhalten kann.

2. Die Verbindlichkeiten aus Verträgen gegen Dritte nicht Mitvertragende,

3. diejenigen Verbindlichkeiten, welche zwar durch eine zersönrliche Einrede hätten entkräftet werden können, deren Abtrag aber der Kenntniß jener Einrede unerachtet geleistet worden, und auch in gewissen Ausnahms-Fällen (§. 47.), wenn der Abtrag aus Unkenntniß der Einrede geleistet worden, und endlich

4. bietet uns Justinian's

Const. 3. C. de aleat. (3, 43.)  
noch einen besondern Fall, in welchem eine natürliche Verbindlichkeit durch Verjährung entsteht, indem sie nämlich die Zurückforderung einer bezahlten Spielschuld nach 50 Jahren nicht mehr zuläßt.

## Vierte Abtheilung.

### Wor der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen.

§. 50.

Haupt-Grundsäke hierüber.

Als Haupt-Grundsäke über die Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen stellt das Justinianische Recht in Uebereinstimmung mit der früheren Jurisprudenz folgende auf:

§§. 8—10. J. de inutil. stipul. (3, 19.)  
entnommen aus Gajus

Comment. L. III. §. 106. 107. u. 109. p. 243.

Gajus Fr. 1. §. 12. u. 13.

D. de O. et A. (44, 7.)

„Furiosum sive stipule-  
„tur, sive promittat, ni-  
„hil agere, natura ma-  
„nifestum est. §. 13. Huic  
„proximus est, qui ejus  
„aetatis est, ut nondum  
„intelligat, quid agatur.

Paulus Fr. 5. D. de R. J.  
(50, 17.)

„Furiosus nullum nego-  
„tium contrahere potest.

Pomponius F. 40. D.  
ej. tit.

„Furiosi nulla voluntas  
„est.“

§. 8. „Furiosus nul-  
„lum negotium genere  
„potest: quia non intel-  
„ligit, quae agit (Gaj.  
„quid agat.)“

§. 9. „Pupillus omne  
„negotium recte gerit,

Pr. J. de auct. tut. (1, 21.)

„Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipulatur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascentur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductiōnibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.“

Gaius Fr. 9. pr. D. de auct. tut. (26, 8.)

„Obligari ex omni contractu pupillus sine tu-

„ut, (Gaj. ita tamen ut), sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibetur veluti, si ipse obligatur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. §. 10. Sed quod diximus de pupillis utique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans, et qui infanti proximus est, non multum a furiosis distant: quia hujus aetatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti (Gaj. in his pupillis) propter (Gaj. per) utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.“ Der letztere Nachsatz von „Sed „qui“ bis zum Ende findet sich nicht bei Gaius, mag aber wohl auch aus

„toris auctoritate non  
„potest; adquirere au-  
„tem sibi stipulando, et  
„per traditionem acci-  
„piendo, etiam sine tu-  
„toris auctoritate potest:  
„sed credendo obligare sibi non potest, quia sine  
„tutoris auctoritate nihil alienare potest.“

demselben entnommen  
seyn, da eine Stelle des-  
selben am Schlusse des  
§. 109. nicht gelesen wer-  
den konnte.

§. 51.

Erläuterung der betreffenden Stellen des römischen Rechts.

Ehe wir nun zur Erläuterung dieser Stellen übergehen, möchte vor allen Dingen die Frage: was ein Unmündiger im rechtlichen Sinne des Worts und insbesondere, wer noch als *infans* zu betrachten seye? zu beantworten seyn. Den früheren Streit der römischen Jurisprudenz, — wovon noch Spuren zu finden sind bei

Gaius Comment. L. I. §. 196.

Ulpian Fr. (11, 28.)

Quintilian Institut. orat. L. IV. cap. 2.

ob nämlich die Mannbarkeit nach Jahren, oder nach der Reife des Körpers (*habitus corporis*) wenigstens bei'm männlichen Geschlechte, zu bestimmen seye? denn bei'm weiblichen scheint man sich früher über die Bestimmung nach Jahren vereinigt zu haben, — hat Justinian durch die

Const. 3. C. quando tut. esse des. (5, 60.) vergl.  
auch pr. J. quib. mod. tut. (1, 21.)  
dahin, daß wie für Mädchen schon früher mit dem zurückgelegten 12ten, so bei Knaben mit dem zurückgelegten 14ten Jahre die Mündigkeit beginne, entschieden. Diejenige besondere Art von Unmündigen aber, welche man *infantes* nennt, sind solche, welche ohne Unterschied des Geschlechts das 7te Jahr noch nicht zurückgelegt haben.

Fr. 14. D. de spons. (23, 1.); Fr. 1. §. 2. D. de adm.  
tut. (26, 2.); Const. 8. C. Theod. de bon. mat.  
(8, 18.); Const. 18. C. de jure deliber. (6, 30.)  
womit nun auch Isidor

Origines L. 11. cap. 2.

„Prima aetas *infantia* est pueri nascentis ad lucem,  
„quae porrigitur in septem annis“ übereinstimmt.  
Wie noch übrigens in den ganz neuesten Zeiten an einer  
bestimmten Gränz-Bestimmung für die Kindheits-  
Jahre (*infantia*) bey so unzweideutigen Belegen ge-  
zweifelt werden konnte? sehe ich nicht ein. Denn  
meiner Ansicht nach, steht der Satz; daß die Kindheit  
bis zum zurückgelegten 7ten Jahre dauren, so fest,  
als daß die Mündigkeit bey Mädchen nach zurückge-  
legtem 12ten, bey Knaben nach zurückgelegtem 14ten  
Jahre beginne.

### §. 52.

Fortsetzung.

Dies vorausgesetzt, gehen wir nun zur Erläute-  
rung unserer Stellen über. Diese enthalten nämlich  
folgende Sätze: Wahnsinnige und Kinder können  
weder sich Andern, noch Andere sich verbindlich  
machen; als Grund dieses Satzes aber führen sie  
ihren gänzlichen Mangel an Willens-Freiheit an.  
Dieser Regel scheint nun aber Paulus

Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

„Furiosus etc. ubi ex re actio venit, obligatur etiam  
„sine curatore“ entweder zu widersprechen, oder sie  
wenigstens durch eine Ausnahme zu beschränken. Das  
letere der Fall sehe, und die Ausnahme auf einem sehr  
vernünftigen rechtlichen Grunde beruhe, werde ich  
weiter unten (§. 69.) zu beweisen Gelegenheit haben.  
Unmündige, im engern Sinne des Worts, können un-  
bedingt Andere sich verbindlich machen, dagegen aber

ver-

werden sie selbst Andern nur dann verbindlich, wenn sie nicht mehr in väterlicher Gewalt befindlich sind, und unter Auctorität ihrer Tutores sich verbindlich gemacht haben. Unmündige in väterlicher Gewalt befindliche können aber nicht einmal unter Auctorität ihres Vaters sich Andern verbindlich machen. Der letztere Satz lässt sich freilich nur durch die Vermögens-Verhältnisse der Haussöhne rechtfertigen, und nachdem diese sich geändert hatten, hätte wohl auch er abgeändert werden sollen. Allein, nachdem Justinian durch die

Const. 6. de bonis, quae lib. (6, 91.)

ihre Vermögens-Verhältnisse ganz abgeändert hatte, so fand er es doch für angemessen, ihnen das Recht, letzte Willens-Verordnungen über ihr Eigenthum — insoweit es nicht peculum castrense oder quasi castrense war — zu errichten, noch durch eine besondere

Constit. 11. C. qui test. fac. poss. (6, 22.)

abzusprechen. Weit entfernt, übrigens eine Inconsequenz durch eine andere vertheidigen zu wollen, wollte ich nur zeigen, daß die strenge Consequenz, wodurch sich die römische Jurisprudenz in ihren früheren und blühenden Zeiten auszeichnete, Justinians Sache eben nicht war.

### §. 53.

Anwendung der allgemeinen Regeln auf besondere Fälle.

A) In wie weit Wahnsinnige und Unmündige aus Vergehen oder Verbrechen verbindlich werden?

Gehen wir nun zu der Anwendung dieser allgemeinen Regeln auf besondere Fälle über, und untersuchen wie vorerst: In wie weit Wahnsinnige und Unmündige aus Vergehen oder Verbrechen verbindlich werden? Hierüber Ulpian

Fr. 5. §. 2. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.)

„Et ideo quaerimus: si furiosus damnum dederit,  
„an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit.  
„Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis  
„non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igi-  
„tur Aquiliae actio; quemadmodum, si quadrupes  
„damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula oc-  
„ciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem  
„erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit: Labeo  
„ait: quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum.  
„Et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax.“

### Modestin

Fr. 12. D. ad leg. Corn. de sic. (48, 8.)

„Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege  
„Cornelia non tenentur: cum alterum innocentia  
„consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat.“

### Ulpian

Fr. 1. §. 6. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. ess.  
(43, 4.)

„Hoc Edicto neque pupillum neque furiosum te-  
„neri constat, quia affectu carent. Sed pupillum  
„eum debemus accipere, qui doli non capax est.“

— Aus allen diesen Stellen ergibt sich nun die Re-  
gel: daß Wahnsinnige und Kinder aus Vergehen  
oder Verbrechen nicht verbindlich werden, Unmündige  
aber nur dann, wenn eine rechtswidrige Absicht bei  
ihnen angenommen werden kann.

### §. 54.

Fortsetzung. Zeitpunkt der doli capacitas der Unmündigen.

Die Frage aber: Wann der Unmündige doli ca-  
pax sey? beantwortet Ulpian nach Julian

Fr. 4. §. 26. D. de doli mali et metus except. (44, 4.)  
und

Fr. 13. §. 1. D. de dolo malo (4, 3.)

dahin: „doli pupilos, qui prope pubertatem sunt,  
„capaces esse.“ Ja wir haben hierüber sogar eine  
avthentische Entscheidung, wenn wir den

§. 20. J. de oblig. quae ex del. (4, 1.)  
mit seiner Quelle, nämlich Gajus

Comment. L. III. §. 208. p. 288.

vergleichen. „In summa sciendum est, quae situm  
„esse; an impubes — rem alienam amovendo —  
„furtum faciat? Et placet (Gaj. plerisque placet),  
„quia furtum ex affectu consistit, ita demum obli-  
„gari eo crimine impuberem; si proximus pu-  
„bertati sit, et ob id intelligat se delinquere.“

Wann aber der Unmündige pubertati proximus sey?  
darüber vermissen wir eine genauere Bestimmung.  
Schon Accursius aber behauptete, daß man hier  
lediglich arithmetisch zu Werke gehen müsse, und daß  
somit der Knabe, der die Hälfte des Zeitraums vom  
zurückgelegten 7ten bis zum 14ten, das Mädchen — vom  
zurückgelegten 7ten bis zum 12ten Jahre zurückgelegt  
habe, als pubertati proximi anzusehen seyen, daß  
also der Knabe, welcher  $10\frac{1}{2}$ , das Mädchen, welches  
 $9\frac{1}{2}$  Jahr überschritten, pubertati proximi seyen. Be-  
und missfällig wurde, wie dies gewöhnlich zu geschehen  
pflegt, die Meinung des Accursius aufgenommen,  
und die Gegner desselben haben behauptet, daß der  
rein arithmetische Weg hier nothwendig zu Ungereimt-  
heiten führen müsse, und um diesen zu vermeiden,  
nichts übrig bleibe: als geradezu in jedem einzelnen  
Falle die Frage: ob der Unmündige als pubertati  
proximus anzusehen sey? dem richterlichen Ermessen  
anheimzustellen. Allein meiner Absicht nach, sah hier  
Accursius heller als seine Gegner. Denn wie wir  
aus den Worten: „ob id“ des obigen Institutionen-  
Paragraphen ersehen, so knüpften die römischen Rechts-

Gelehrten und die der Mehrheit derselben betretende Institutionen die höhere Intelligenz des Unmündigen — als Folge, an dessen Vorrücke im Alter — als Ursache. Somit trage ich nun auch kein Bedenken, mich in vorliegendem Falle als einen Anhänger des *Accursius unumvunden zu bekennen.*

§. 55.

**Fortsetzung.** Von den Verbindlichkeiten der Wahnsinnigen und Unmündigen — ex quasi delicto.

Nach diesen Grundsäzen ist nun wohl auch die Frage: in wie weit Wahnsinnige und Unmündige ex quasi delicto verbindlich werden, in wie weit sie also z. B. mittels der actio de effusis vel dejectis

§. 1. J. de oblig. quae quasi ex del. (4, 5.); tit. D. de his, qui eff. vel dej. (9, 3.)

mittels der actio utilis ex lege Aquilia

§. 16. J. de lege Aquil. (4, 3.); Gajus Comment. L. III. §. 219. p. 293.

und mittels der actio in factum

cit. §. 16. J. tit. D. de praescr. verb. (19, 5.) auf Schadens-Ersatz belangt werden können? zu beantworten.

§. 56.

Von der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen in Beziehung auf bestimmte Verträge.

a) Realverträge.

Was nun die Anwendung der obigen Regel (§. 52.) auf die einzelnen Arten der Verträge, und zwar namentlich a) auf die Realverträge betrifft, so belehrt uns in Beziehung auf den Hinterlegungs-Vertrag Ulpian

Fr. i. §. 15. D. depos. (16, 3.)

„An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoriitate depositum est, depositi actio detur? quaeri-

„tur. Sed prohari oportet, si apud doli mali ea+ „pacem (§. 54.) deposueris, agi posse, si dolum „commisit: nam et in quantum locupletior factus „est, datur actio in eum, et si dolus non inter- „venit.“ Hier unterscheidet nämlich Ulpian zwis- schen der actio depositi insoweit sie, was Regel ist, nur wegen dolus.

Fr. 11. §. 45. D. ej. tit. und insoweit sie in Ausnahms-Fällen  
nach Fr. 1. §. 35. D. ej. tit.; Fr. 4. D. de R. O. (12, 1.) auch wegen culpa, nämlich levis (denn culpa lata wird nach Celsus

Fr. 32. D. depos. (16, 3.) dem dolus gleichgeachtet) angestellt werden kann, und lässt die erstere nur gegen den der Mündigkeit näheren Pupillen (§. 54.), also gegen den Wahnsinnigen gar nicht, die letztere aber gegen jeden Unmündigen, aber nur in quantum locupletior factus est (wovon das Nähere, so wie ob dies dies die actio depositi sey? welche Ulpian gestattet, unten §§. 62 — 67.) zu. In Beziehung auf den Darlehens-Vertrag Paulus

Fr. 13. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.) „Item, quod pupillus sine tutoris auctoritate mu- „tuum accepit, et locupletior factus est, si pubes „factus solvat, non repetit“, was nun den Beisatz; „si pubes factus solvat“ betrifft, so bezieht sich dieser auf den Fall, dessen Gajus

Fr. 9. §. 2. D. de auct. tut. (26, 8.) „Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris „autoritate, nihil agit: quia nullum dominium „transferre potest. Si tamen creditor bona fide „pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupil- „lus“ erwähnt, vergl. auch Gajus

Comment. L. II. §. 80 — 82. p. 116. u. 117.

und den hieraus freilich mit bedeutenden Abänderung entnommenen

§. 2. J. quibus alienare (2, 8.)  
denn wenn der Unmündige auch das in quantum est locupletior factus bezahlt hatte, so konnte er es dennoch, soferne es bey dem Gläubiger noch wirklich vorhanden war, zurückfordern. Die Verbindlichkeit wird daher immer nur durch das — in quantum est locupletior factus — bestimmt. So dann Licinius Rufus in Beziehung auf denselben Vertrag

Fr. 59. D. de O. et A. (44, 7.)  
„Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne qui „dem jure naturali obligatur“, d. h. wohl nichts anderes, wenn er dasselbe auch freiwillig zurückbezahlt hatte, konnte er es immer noch zurückfordern.

§. 57.

b) Consensual-Verträge.

Ueber den Leihvertrag Ulpian

Fr. 1. §. 2. D. de commod. (13, 6.)  
„Impuberis commodati actione non tenentur: quoniam nec constitut commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate, ut etiam, si pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur, quia ab initio non constitut.

Fr. 3. pr. D. ej. tit.

„Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem secundum D. Pii rescriptum.“ Paulus

Fr. 2. D. ej. tit.

„Nec in furiosum commodati actio danda est, sed ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhibita vindicetur.“

In Beziehung auf den Kauf-Vertrag Ulpian

Fr. 5. §. 3. D. de auct.  
tut. (26, 8.)

„Pupillus vendendo sine  
„tutoris auctoritate non  
„obligatur: sed nec in  
„emendo, nisi in quan-  
„tum locupletior factus  
„est.“

Fr. 13. §. 29. D. de act.  
emt. (19, 1.)

„Si quis a pupillo sine  
„tutoris auctoritate eme-  
„rit, ex uno latere con-  
„stat contractus: nam,  
„qui emit, obligatus est  
„pupillo, pupillum sibi  
„non obligat.“

§. 58.

c) Stipulationen — verborum obligatio oder litterarum.

In Beziehung auf Stipulationen — verborum  
oder litterarum obligationes Meratius

Fr. 41. D. de cond. ind. (12, 6.)

„Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti  
„promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura*  
„*debet.*“

§. 59.

In Beziehung auf obligationes ex quasi contractu

a) negotiorum gestorum. —

In Beziehung auf die obligationes ex quasi  
contractu, und zwar namentlich in Beziehung auf  
die negotiorum gestio — Ulpian

Fr. 5. §. 4. u. 5 D. de neg. gest. (3, 5.)

„Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum  
„Divi Pii (etiam) conveniri potest in id, quod  
„factus est locupletior: agendo autem compensa-  
„tionem ejus, quod gessit, patitur. §. 5. Et si fu-  
„riosi negotia gesserim; competit mihi adversus  
„eum negotiorum gestorum actio.“

Constit. 2. C. ej. tit.

„Contra impuberis quoque, si negotia eorum ur-  
„gentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur,  
„in quantum locupletiores facti sunt, dandam

„actionem, ex utilitate eorum receptum est.“  
Bei dem Unmündigen unterscheidet also Ulpian:  
ob er selbst belangt oder belangt wird, und lässt ihn  
im letzteren Fall nur für das in quantum locupleti-  
or factus est, in ersterem aber für das Ganze, was  
aus Veranlassung der Geschäfts-Führung ihm zuge-  
kommen ist, haften. Ein Unterschied, der auf den  
Wahnstinnigen, der nullum negotium gerit, gar nicht  
anwendbar ist.

§. 60.

Die actio exercitoria und institoria.

In Beziehung auf die actio exercitoria Paulus

Fr. 1. §. 16. D. de exerc. act. (14, 1.)

„Parvi autem refert, qui exerceat, masculus sit an  
„mulier, paterfamilias an filiusfamilias, vel servus:  
„pupillus autem, si navem exerceat, exigemus tu-  
„toris auctoritatem.“ In Beziehung auf die insti-  
toria Ulpian

Fr. 9. D. de instit. act. (14, 3.)

„Verum si ipse pupillus praeposuerit, si quidem  
„tutoris auctoritate, obligabitur, si minus, non.“

Gaius — als Weisatz

Fr. 10. D. ej. tit.

„Eatenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex  
„ea re locupletior est.“ und nach diesen Grundsätzen  
wird nun wohl auch die Frage: In wie weit Wahn-  
stinnige und Unmündige mittels der actio in factum  
de recepto.

tit. D. nautae, caupones (4, 9.)  
belangt werden können? zu beantworten seyn.

§. 61.

Nähere Beleuchtung der Verbindlichkeit der Wahnsinnigen und Unmündigen im Allgemeinen.

Auch in besonderer Anwendung auf die einzelnen Fälle finden wir daher den Satz, daß Wahnsinnige wegen gänzlichen Mangels an Willens-Freiheit gar nicht, selbst nicht aus Vergehen und Verbrechen verbindlich werden können — Unmündige aber nur unter Auctorität ihres Tutors, und aus Vergehen und Verbrechen, wenn sie der Mündigkeit näher sind. Doch finden wir bey den Unmündigen immer noch den Beisatz „*nisi locupletiores facti sunt*“ und diesen Beisatz müssen wir nun genauer betrachten.

§. 62.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 7. pr. D. de auct. tut.  
(26, 8.)

Das Geschichtliche hierüber gibt uns Ulpian

Fr. 7. pr. D. de auct. tut. (26, 8.)

„Sed et, cum solus (sit) tutor mutuam pecuniam „pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obli- „gatus tutori: naturaliter tamen obligabitur, in „quantum locupletior factus est: nam in pupil- „lum non tantum tutori, verum cuivis actionem, „in quantum locupletior factus est, dandam Di- „vus Pius rescripsit.“ Aus dieser Stelle sehen wir nämlich, daß gegen Unmündige, welche ohne Auctorität ihres Tutors verbindlich geworden, gar keine Klage statt fand, was doch auch gewiß auf Wahnsinnige, selbst wenn sie unter Einwilligung ihres Curators verbindlich geworden wären, anwendbar ist. Natürlich darf man hiemit diejenigen Verbindlichkeiten, mit welchen der Vormund des Wahnsinnigen dessen Vermögen nach den bestehenden Verwaltungs-

Normen belasten kann, nicht verwechseln. Allein der Imperator Antoninus Pius führte eine Klage — in quantum locupletiores facti sunt — ein. Nur eines Ausdrucks bedient sich hier Ulpian, welcher zu Missverständnissen führen könnte, nämlich des „naturaliter tamen obligabitur.“ Das nun hier Ulpian nun zunächst nicht an eine natürliche Verbindlichkeit dachte, welche zwar nicht gefordert, deren freiwillig geleisteter Abtrag aber nicht mehr zurückgesfordert werden kann, ersehen wir schon daraus, weil er gleich nachher aus einem Rescript Antonins eine Klage ableitet. Dieses „naturaliter obligabitur“ hat nämlich gerade den Sinn, welchen die Stelle des Paulus

Fr. 15. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Indebiti soluti condictio naturalis est,“ nämlich den, er wird zwar nicht aus dem Darlehen im vorliegenden Falle als einem bürgerlichen Rechts-Geschäft, sondern er wird lediglich deswegen verbindlich, weil er etwas empfangen hat, was er nicht empfangen sollte, und was er daher nach dem jure gentium — der naturalis aequitas — zurückzuerstatten verbunden ist. Daher nannte auch schon das Justinianische Recht die Verbindlichkeit zur Zurückgabe einer solchen Sache eine dingliche, d. h. lediglich durch den Empfang der Sache begründete Verbindlichkeit, „obligationem rei“ und verglich sie mit dem Darlehen nach Gaius

Fr. 5. §. 3. D. de O. et A.  
(44, 7.)

„Is quoque, qui non  
debitum accepit per er-  
rorem solventis, obliga-  
tur quidem ex mutui  
datione, et eadem actio-  
ne tenetur, qua debito-

Comment. L. III. §. 91.  
p. 236.

„Is quoque, qui non de-  
bitum accepit ab eo, qui  
per errorem solvit re  
obligatur, nam proinde  
ei condici potest, si pa-  
ret eum dare oportere,

„res creditoribus: sed | „ac si mutuum accepis-  
„non potest intelligi is, | „set,“  
„qui ex ea causa tenetur, ——————

„ex contractu obligatus esse.“ womit dann auch die  
Justinianeische Gesetzgebung

§. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)  
übereinstimmt.

§. 63.

Fortsetzung. Erläuterung der Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)

Nur verdienen noch die Worte des Gaius in  
dem oben angeführten

Fr. 5. §. 3. D. de O. et A. (44, 7.)  
„Et eadem actione tenetur, qua debitores credito-  
ribus“ eine besondere Erläuterung. Auf den ersten  
Anblick sollte man nämlich annehmen, daß demjeni-  
gen, welcher eine Sache ohne alle Verbindlichkeit hin-  
gegeben, zunächst nur die Eigenthums-Klage zustehe,  
wie denn auch Paulus (§. 57.) gegen den Wahnsin-  
nigen, welchem etwas geliehen worden, die actio ad  
exhibendum und die darauf folgende rei vindicatio  
gestattet. Eine persönliche Klage aber scheint gegen  
denjenigen, welchem eine solche Sache ohne alle Ver-  
bindlichkeit gegeben wurde — nicht wohl anwendbar  
zu seyn, weil eine persönliche Klage zunächst eine hier nicht  
denkbare Verbindlichkeit aus Verträgen, Vergehen oder  
Verbrechen voraussetzt nach Gaius

Comment. L. IV. §. 2. p. 298.

jede condictio aber nur eine persönliche Klage ist  
nach Gaius

I. c. §. 4. 5. p. 299. u. 300. §. 15. J. de act. (4, 6)  
allein eben dieser löst uns auch das Räthsel, indem er uns

I. c. §. 19. p. 308.

berichtet, daß durch die Lex Calpurnia auch die con-  
dictio de omni certa re gestattet worden seye, wornach

nun die obige Stelle des Gajus keinen andern Sinn als den hat: „et personali actione condictione scilicet tenetur.“

## §. 64.

Fortsetzung. Erklärung des §. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

Allein hier scheint uns der

§. 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3, 14.)

in den Weg zu treten, dieser aus Gajus

L. III. C. 91. p. 236.

entnommene Paragraph, dessen Eingang ich bereits oben (§. 62.) angeführt habe, fährt nämlich so fort; Gajus, l. c.

„Unde quidam putant,  
„pupillum aut mulierem,  
„cui sine tutoris auctori-  
„tate non debitum per  
„errorem datum est, non  
„teneri condictione, non  
„magis, quam mutui da-  
„tione.“

„Unde pupillus, si ei sine  
„tutoris auctoritate non  
„debitum per errorem  
„datum est, non tenebi-  
„tur indebiti condictione  
„magis quam mutui da-  
„tione.“

und spricht somit der condictio indebiti ihre Anwendbarkeit auf den Unmündigen, welcher eine Nichtschuld ohne Auctorität seines Tutors erhalten, ab. Wie reimt sich nun dies mit dem Rescript des Imperators Antonin, dessen Ulpian (§. 62.) erwähnt, welches diese condictio wenigstens in quantum locupletior factus est — gestattet. Doch auch dieses Rätsel wird sich lösen, wenn wir uns vorerst darüber, was das locupletiorem factum esse bedeute — sodann über die condictio indebiti in ihrer allgemeinen Wirkung aufgeklärt haben.

## §. 65.

Fortsetzung. Was heißt „locupletiorem factum esse“?

Dass derjenige, dessen ökonomische Lage durch irgend einen Empfang verbessert worden, der also wirklich mehr hat, als er vor jenem Empfang hatte, locupletior seye, wird wohl keinem Anstand unterliegen. Als ein solches Mehrhaben wird aber auch angesehen, wenn der Empfang zu einem nothwendigen oder nützlichen Zwecke verwendet wurde, wie Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 8. §. 2. (Ed. Reitz, p. 314.) bemerkt:

„Τυχὸν γὰρ οἰκταύ ἀνώρθω-  
,,τεν, ἢ ιδίους ἀγροὺς ἐφιλο-  
,,πάλησεν, ἢ διδασκάλοις πα-  
,,ρέσχε μισθοὺς, ἢ πρεδ-  
,,τορὶς κατέβαλεν.“

„Forte enim domum in-  
,,stauravit, aut agros suos  
,,instruxit, aut praeccep-  
,,toribus mercedes pra-  
,,buit, aut creditoribus  
,,solvit.“

Nur entsteht noch die Frage: Welcher Zeitpunkt darüber, ob der Unmündige wirklich seine ökonomische Lage verbessert habe, entscheide? Ob es nämlich genüge, wenn sie nur einmal verbessert worden ist, oder ob sie noch zu der Zeit, wo er den Empfang zurückzuerstatten solle, sich als verbessert darstellen müsse? — Hierauf erwiedert nun Paulus

Fr. 37. pr. D. de neg. gest. (3, 5.)

„Litis contestatae tempore quaeri solet, an  
„pupillus, cuius sine tutoris auctoritate nego-  
„tia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cu-  
„jus patitur actionem.“ — also auf den Zeitpunkt  
der Streit-Einlassung. Den Grund hiefür aber fin-  
den wir bei Gaius

Comment. L. III. §. 180. et 181. p. 276. vergl. mit  
L. IV. §§. 103 — 109. p. 355 — 357.

weil nämlich die litis contestatio bei den judiciis legitimis eine Neuerung (novatio) bewirkte. Denn wenn gleich die Justinianische Gesetzgebung keine judicia legitima mehr kennt, somit auch die litis contestatio keine Neuerung mehr bewirkt, so wurde doch die Zeit der Streit-Einlassung als ein die Verurtheilung begründender Zeitpunkt angesehen. Denn es ist keine seltene Erscheinung im Justinianischen Rechte, daß, wo auch der Grundsatz wegfiel, die Folgesätze blieben, und nur so läßt sich erklären, wie die Stelle des Paulus

Fr. 2g. D. de novat. (46, 2.)

noch in die Digesten aufgenommen werden konnte. Allein einer Ausnahme von dieser Regel, daß auf den Zeitpunkt der Streit-Einlassung gesehen werden müsse, erwähnt Marcius

Fr. 47. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

„Plane (ut Scaevola ajebat) etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur: id est, si necessariam sibi rem emit: nam hoc ipso, quo non est pauperior factus, locupletior est.“ Hat nämlich der Unmündige sich von jenem Empfang eine nothwendige Sache angeschafft, und ist diese gleich durch einen Zufall nachher zu Grunde gegangen, so wird er doch noch als locupletior angesehen, weil jener Zufall sein eigenes Vermögen nicht vermindert hat, und er somit durch Rückerstattung der Sache bloß den Nachtheil des Zufalls leidet. Diese Ausnahme ist jedoch nur auf den zufälligen Untergang solcher Sachen, welche der Unmündige sich nothwendig, somit von seinem eigenen Vermögen hätte anschaffen müssen, zu beschränken, und nicht auf unnöthige oder überflüssige Dinge,

für deren Anschaffung kein Grund der Nothwendigkeit vorlag, auszudehnen; denn im letzteren Falle kann der Unmündige nach zufälligem Untergang der Sache nicht mehr als bereichert angesehen werden.

§. 66.

Die condictio indebiti nach ihren allgemeinen Umrissen.

Ueber die condictio indebiti belehrt uns Paulus

Fr. 7. D. de cond. indeb.

(12, 6.)

„Quod indebitum per errorum solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur.“

Fr. 65. §. 6. ej. tit.

„In frumento indebito soluto et bonitas est: et si consumpsit frumentum, pretium repetit.“

Nach diesen Stellen hat nämlich derjenige, welcher vertretbare Sachen (res, quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, nach Paulus

Fr. 2. §. 1. D. de R. C. (12, 1.)

so genannte res fungibles) indebite erhalten hat, diese entweder selbst, oder wenn sie nicht mehr vorhanden wären, quantitativ und qualitativ eben so viel, oder deren Werth zu erstatten. In Betreff der an sich bestimmten nicht vertretbaren Dinge aber belehren uns Papinian und Paulus

Fr. 3. D. de cond. indeb.

(12, 6.)

„Idem est, et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato post humo, quem heres in utero fuisse ignorabat: vel etiam ab hostibus re-

Fr. 65. §. 8. D. ej. tit.

„Si servum indebitum tibi dedi, eumque manusisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus, si nesciens non teneberis: sed propter operas ejus li-

„verso filio, quem pater  
„obiisse falso praesump-  
„serat: nam utiles actio-

„berti, et ut heredita-  
„tem ejus restituas;“

„nes posthumo vel filio, qui hereditatem evicerat,  
„dari oportere in eos, qui legatum perceperunt,  
„Imperator Titus Antoninus rescripsit: scilicet,  
„quod bonae fidei possessor, in quantum locu-  
„pletior factus est, tenetur, nec periculum hujus  
„modi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, per-  
„tinebit.“ — daß bey zufälligem Untergang der Be-  
sitzer in gutem Glauben nur so weit haftete, als er  
sich noch durch den Empfang zur Zeit der Streit-  
Einschaffung (§. 65.) bereichert findet, während der  
Besitzer in bösem Glauben auch nach zufälligem Un-  
tergang für den ganzen Werth haftet.

§. 67.

Bereinigung der Institutionen mit dem Antoninischen Re-  
script in Beziehung auf die condictio indebiti gegen  
Unmündige.

Wenn uns nun einmal schon Gaius, welcher behauptet, daß diese Ansicht schon zu seiner Zeit die der meisten Rechts - Gelehrten gewesen seye, und die Institutionen (§. 64.) belehren, daß die condictio indebiti gegen Unmündige, welche das indebitum ohne Auctorität ihres Tutors erhalten haben, nicht zustehe, andererseits aber das Antoninische Rescript und mehrere Stellen der Rechts - Gelehrten, welche sich hierauf gründen (§§. 56 — 60.) behaupten (§. 62.) daß sie, in so weit sie bereichert seyen, gegen sie zu-  
stehe, so lassen sich wohl beide Stellen durch den

Sab.

Satz vereinigen: die condictio indebiti steht gegen Unmündige, welche ein indebitum ohne Auctorität ihres Tutors erhalten haben, nur in so weit, als sie hierdurch bereichert sind, und nicht in ihrem ganzen Umfange zu. Erwägen wir aber den Unterschied zwischen der condictio indebiti in ihrem ganzen Umfange, und der, in so weit der Unmündige bereichert ist, genauer, so ergeben sich folgende Sätze:

- 1) Der Unmündige leistet auch bey vertretbaren Sachen nur in so weit Ersatz, als er bereichert ist.
- 2) Der Unmündige wird immer somit als Besitzer in gutem Glauben angesehen.
- 3) Wenn der Unmündige belangt wird, muß der Kläger erweisen, daß und in wie weit der Unmündige durch den Empfang bereichert worden, weil diese Bereicherung nach dem Antoninischen Rescript zu seinem Klagegrund gehört, während sonst der Beklagte zu erweisen hat, daß er nicht mehr den vollen Ersatz leisten könne.

### §. 68.

Untersuchung der Frage: In wie weit die beschränkte condictio indebiti auch gegen Wahnsinnige gehe?

Wenn nun gleich in den oben (§§. 56 — 59.) angeführten Stellen nirgends davon die Rede ist, daß auch Wahnsinnige, in so weit sie bereichert sind, mittelst der condictio indebiti belangt werden können, so wird dies doch wohl keinem Anstand unterworfen seyn, denn der allgemeine Grund, welchen Pomponius

Fr. 14. D. de cond. indeb. (12, 6.) anführt: „Nam hoc natura aequum est, neminem „cum alterius detimento fieri locupletiorem“ welchen Grundes halber auch diese condictio eine naturalis obligatio (§. 62.) genannt wird, tritt doch wohl auch bey Wahnsinnigen ein.

§. 69.

Erläuterung des Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

Nun wird uns aber auch die Stelle des Paulus klar:

Fr. 46. D. de O. et A. (44, 7.)

„*Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate: veluti, si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit: nam judicio communi dividundo*

cfr. Fr. 29. D. comm. divid. (10, 3.)

obligabuntur,“ denn es möchte doch nun wohl klar seyn, daß durch die Worte „ex re“ die naturalis obligatio **ex re** (§. 62.), nämlich die condicatio indebiti, in quantum locupletiores sunt (§. 67.) bezeichnet wird, denn auch die actio communi dividendo, in so weit sie auf den Ersatz der auf ein gemeinschaftliches Gut verwendeten Kosten gerichtet ist, welche Paulus hier als Beispiel anführt, ist eine Art condicatio indebiti, und wie Paulus

Fr. 29. D. comm. divid. (10, 3.)

bemerkt: „nascitur magis ex re, in quam impendiatur, quam ex persona socii.“

§. 70.

Hauptersfund der bisherigen Untersuchung.

Fassen wir nun das Ergebniß der bisherigen Untersuchung in Einen Hauptersfund zusammen, so möchte es wohl folgender seyn: Wahnsinnige, Kinder und Unmündige, letztere ohne Auctorität ihres Tutors, werden ex contractu vel quasi contractu weder bürgerlich noch natürlich verbindlich. Zum Ersatz einer von Andern ihnen geleisteten nichtigen Verbindlichkeit können sie jedoch, in so weit sie hierdurch bereichert

worden sind, angehalten werden. Ex delicto vel quasi delicto werden Wahnsinnige und Kinder gar nicht, Unmündige aber nur dann, wenn sie der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, verbindlich. Unmündige können auch ohne Auctorität des Tutors Andere sich verbindlich machen.

§. 71.

Nähere Beleuchtung derjenigen Stellen, welche im Widerspruch mit den bisher angeführten zu behaupten scheinen, daß der Unmündige auch ohne Auctorität seines Tutors wenigstens natürlich verbindlich werde.

a) Fr. 21. D. ad Leg. Falc. (25, 2.) u. Fr. 44. D. de solut. (46, 3.)

Im Widerspruch mit den bisherigen Stellen scheinen aber andere zu behaupten, daß die Unmündigen, ohne Auctorität ihrer Tutores, wenigstens natürlich verbindlich werden. Diese Stellen wollen wir nun genauer beleuchten.

Marcian, Fr. 44. D. de solut. (46, 3.)

„In numerationibus ali-  
„quando evenit, ut una  
„numeratione duae obli-  
„gationes tollantur. Ve-  
„luti etc. Item si pupillo,  
„qui sine tutoris auctori-  
„tate mutuam pecuniam  
„accepit, legatum a cre-  
„ditore fuerit sub ea con-  
„ditione, si eam pecu-  
„niā numeraverit, in  
„duas causas videri eum  
„numerasse: et in debi-

Paulus, Fr. 21. D. ad leg. Falc. (35, 2.)

„Si pupillus, cui sine tu-  
„tore auctore decem mu-  
„tua data sunt, legatum  
„a creditore meruerit,  
„sub hac conditione, si  
„decem quae acceperit,  
„heredi reddiderit, una  
„numeratione et implet  
„conditionem, et libera-  
„tur naturali obligatio-  
„ne, ut etiam in Falc-  
„diam heredi imputen-  
„tur, quamvis non impu-

(Marcian.)

*„tum suum, ut in Fal-  
cidiam heredi impute-  
tur, et conditionis gra-  
tia, ut legatum conse-  
quatur.“*

(Paulus.)

*„tarentur, si tantum cofi-  
ditionis implendae cau-  
sa data fuissent. Adeo  
autem et solvere vide-  
tur, ut repudiato legato,  
vel Sticho, qui legatus  
est, mortuo, nihil re-  
petere possit.“*

Die Stelle des Paulus ist nun ein Auszug aus einer Abhandlung, welche er libros quaestionum — streitige Rechts-Fragen — nannte, und was man jetzt jus controversum oder controversias juris civilis nennen würde. Betrachten wir nun vorerst die vorliegende streitige Frage genauer: Nach

Gaius, Fr. 76.

und  
Marcian, Fr. 91.

D. ad leg. Falcid. (35, 2.)

wird nämlich dasjenige, was der Erbe von dem Vermächtnisnehmer der Erfüllung einer Bedingung halber erhält, nicht in die Falcidische Quarte eingerechnet. Dagegen aber werden schon nach allgemeinen Rechts-Grundsätzen die Forderungen der Erbschaft (activa) zur Erbmasse, somit also auch in die Falcidische Quarte eingerechnet. Wenn nun der Erblasser einem Unmündigen ohne Auctorität seines Tutors ein Darleihen gegeben, und ihn unter der Bedingung der Rückzahlung mit einem Vermächtnisse bedacht hatte, so könnte die Frage entstehen: ob die Rückzahlung der Schuld lediglich als Erfüllung der Bedingung, oder auch als Rückzahlung der Schuld angesehen werden müsse? denn im ersten Falle durfte sie nicht, im letzteren Falle aber musste sie in

die Falcidische Quarte eingerechnet werden. Diese Streit-Frage hätte aber nun schon einmal nicht entstehen können, wenn man die Schuld des Unmündigen als eine wirkliche bürgerliche oder natürliche Schuld angesehen hätte, denn dann hätte sich die Beantwortung von selbst ergeben. Hier aber, wo weder eine bürgerliche noch natürliche Schuld vorlag, konnte die Frage: ob die Rückzahlung zugleich auch als Rückzahlung der Schuld anzusehen sey? — streitig werden, und diese Streit-Frage entscheidet nun Paulus dahin: daß sie in einer gedoppelten Eigenschaft, nämlich

a) als Erfüllung der Bedingung, und

b) als Rückzahlung der Schuld anzusehen, somit also auch in die Falcidische Quarte einzurechnen seye. Nur die Falcidische Quarte zunächst, nicht die Verbindlichkeit des Unmündigen hatte Paulus im Auge. Allein durch die Worte: „una numeratione et im-  
„plet conditionem, et liberatur *naturali obliga-*  
„*tione*, ut etiam in Falcidiam heredi imputentur,“ scheint er doch anzudeuten, daß der Unmündige zur Zurückzahlung der Schuld wenigstens natürlich verbindlich gewesen seye, und bezieht man die *naturalis obligatio* auf die Schuld, so ist wirklich auch Paulus hier, wenn gleich nur im Vorübergehen, mit andern Stellen im Widerspruch. Allein eben diese Worte sind nicht auf die Schuld, sondern auf das Vermächtniß zu beziehen, denn nur in Beziehung auf letzteres läßt sich nämlich eine *naturalis obligatio* denken, und zwar eine wirkliche bloß natürliche Verbindlichkeit, denn zur Annahme des Vermächtnisses und zur Erfüllung der Bedingung konnte der Unmündige natürlich nicht gezwungen werden, wollte er aber das Vermächtniß haben, so mußte er sich durch Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit, d. h.

der Bedingung vorerst den Weg hiezu bahnen, denn dann erst, nachdem er seinerseits die Bedingung erfüllt hatte, konnte er das Vermächtniß fordern. So mit bilden also auch die Sätze „et implet etc.“ und „et liberatur“ keine Gegensätze, sondern einen zusammenhängenden Satz, dessen Gegensatz erst mit den Worten „ut etiam etc.“ beginnt, wie dies auch ganz deutlich in der Stelle Marcians „in duas causas videri eum numerasse, et in debitum suum „ut in Falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum consequatur“ ausgedrückt ist. Eben hieraus ist dann aber auch erklärbar, warum das nachherige Ausschlagen des Vermächtnisses oder der zufällige Untergang der vermachten Sache dem Unmündigen keine Rückforderung mehr gestattet, weil ihm nämlich in Beziehung auf das Vermächtniß eine natürliche Verbindlichkeit oblag. Und somit wäre nun der scheinbare Widerspruch Paulus und Marcians beseitigt.

### §. 72.

b) Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46, 2.) §. 3. J. quib. mod. oblig. (3, 29.)

In eine größere Verlegenheit scheint uns aber eine Stelle Ulpianus

Fr. 1. §. 1. D. de novat. (46, 2.) zu bringen, besonders wenn wir sie mit dem aus Gaius

Comment. L. III. §. 176. p. 274. et 275.  
beinahe wörtlich entnommenen

§. 3. J. quib. mod. oblig. (3, 29.) vergleichen. Dieser Vergleichung halber mögen nun auch beide Stellen hier einander gegenüber stehen:

„Illud non interest, quae  
„lis processit obligatio:  
„utrum naturalis, an ci-  
„vilis, an honoraria: et  
„utrum verbis, an re, an  
„consensu, qualiscum-  
„que igitur obligatio sit,  
„quae praecessit, novari  
„verbis potest: dummo-  
„do sequens obligatio  
„aut civiliter teneat,  
„aut naturaliter: ut-  
„puta si pupillus sine  
„tutoris auctoritate  
„promiserit.“

„Praeterea novatione tol-  
„litur obligatio; veluti  
„si quod tu Sejo (Gaj.  
„mihi) debeas a Titio  
„stipulatus sit (Gaj. sim.).  
„Nam interventu novae  
„personae nova nascitur  
„obligatio, et prima tol-  
„litur translata in poste-  
„riorem: adeo, ut inter-  
„dum, licet posterior  
„stipulatio inutilis sit,  
„tamen prima novationis  
„jure tollatur: veluti si  
„id, quod tu Titio debeas

„(Gaj. quod mihi de-

„bes), a pupillo sine tutoris auctoritate stipu-  
„latus fuerit (Gaj. fuero), quo casu res amitti-  
„tur (Gaj. rem amitto): nam et prior debtor  
„liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non  
„idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus  
„(Gaj. stipulatus fuero): nam tunc prior perinde  
„obligatus manet (Gaj. nam tunc proinde adhuc  
„obligatus tenetur), ac si postea nullus stipulatus  
„fuisset (Gaj. a nullo stipulatus fuisse).“ —

In Beziehung auf den letzteren und Schlussatz von  
„Non idem“ bis zum Ende fügt nun Theophilus

Paraphr. Institut. L. III. tit. 29. §. 3. (Ed. Reitz,  
Tom. II. p. 722.)

folgende merkwürdige Erklärung bey:

„Καὶ μὴ τις λεγέτω, ὅτι δὲ  
 „οἰκέτης Φυσικῶς ἐπερωτη-  
 „θεὶς ἔνοχος γίνεται ἀμέλει  
 „καὶ οἱ δοθέντες ὑπ' αὐτοῦ  
 „ἔγγυηται καὶ Φύσει καὶ νά-  
 „μω ἐνέχουται· ηδὲ Φυσικὴ  
 „ἐνοχὴ νοθετῶν ποιεῖν δύ-  
 „ναται· ἀλλὰ δεῖ πρὸς τοῦ-  
 „το λέγειν, ὅτι ποιεῖ νοθε-  
 „τῶν ποὺ μόνον τὸ τιτε-  
 „σθαι Φυσικὴν ἔνοχην, ἀλ-  
 „λλὰ καὶ τὸ ὑπεῖναι πρόσω-  
 „πον· ἀπρόσωπος δὲ παρὰ  
 „τοῖς νόμοις δὲ δοῦλος.“

„Neque quisquam dicat,  
 „servum naturaliter pro-  
 „mittentem obligari: ita-  
 „que et dati ab eo fide-  
 „jussores tam natura,  
 „quam lege tenentur:  
 „atqui naturalis obli-  
 „gatio novationem fa-  
 „cere potest. Sed ad  
 „hoc dicere nos oportet,  
 „novationem fieri non  
 „tantum eo, quod natu-  
 „ralis extitit obligatio,  
 „sed et eo, quod per-  
 „sona subest, at in legi-  
 „bus servus non est per-  
 „sona.“

Wunderbar und widersprechend erscheint es nämlich auf den ersten Anblick, daß Ulpian eine Verbindlichkeit, welche Gaius und die Institutionen „inutilē“ und „nullam“ nennen, als eine obligatio naturalis bezeichnet. Wunderbarer und widersprechender, daß letztere einer Verbindlichkeit, welche sie selbst als nichtig bezeichnen, doch irgend eine Wirkung, nämlich die der Begründung einer Neuerung zuschreiben. Allein eben aus letzterem Umstände ist wohl mit aller Zuverlässigkeit zu schließen, daß die vorliegende Verbindlichkeit wenigstens nicht in jeder Beziehung nichtig ist. Daß sie nun in Beziehung auf den Unmündigen nichtig seye, behaupten selbst Gaius und die Institutionen. Somit bleibt also — um diese unter sich selbst und mit Ulpian zu vereinigen — nichts übrig als anzunehmen, daß die Verbindlichkeit eines Unmündigen, welche er ohne Auc-

torität seines Tutors eingegangen hat, zwar nicht an und für sich — objectiv — aber in Beziehung auf den Unmündigen — subjectiv — richtig seye. Und für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht nun auch folgende Stelle Ulpianus:

Fr. 29. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„*Interdum persona locum facit repetitioni: utputa, si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur,*“ denn hieraus ist klar, daß das Zurückforderungs-Recht sich lediglich auf die Subjectivität der genannten Personen gründe. Nur könnte man aus eben dieser Stelle schließen, als ob auch die von Wahnsinnigen und Kindern eingegangenen Verbindlichkeiten wenigstens objectiv gültig seyen, allein diesen Schluß bezeichnet der Schluß der Institutionen-Stelle als einen Trugschluß. Denn schon Theophilus bemerkt, man werde es nicht sehr folgerecht finden, daß die Verbindlichkeit eines Sklaven, welcher doch wenigstens natürlich verbindlich werden könne, womit auch Paulus

Fr. 13. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„*Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus (ut Pomponius scribit) ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non potest*“ — übereinstimmt, keine Neuerung begründen solle, als kein die Neuerung seye nicht nur eine objective Verbindlichkeit, sondern auch ein Rechts-Subiect, mit dem sie eingegangen worden — eine Person — voraus, ein Sklave aber seye kein Rechts-Subiect — keine Person. — Dies ist nun offenbar eine Spitz-

findigkeit; denn eine objective Verbindlichkeit setzt allerdings ein Rechts-Subject — ohne welches sie ja gar nicht entstehen kann — voraus, allein daß in andern Fällen (wovon Theophilus selbst Einen vorträgt, welchen wir weiter unten [§. 91.] erläutern werden) auch der Sklave als Rechts-Subject angesehen wird, ist richtig, und Theophilus hätte besser die Neuerung als einen Fall, wo der Sklave ausnahmsweise in Beziehung auf das Entstehen einer bloß objectiven natürlichen Verbindlichkeit, nicht als Rechts-Subject angesehen werde, bezeichnet, weil sich doch einmal weiter hierüber nichts sagen läßt. Wahnsinnige und Kinder aber sind, wo es sich von Eingehung von Verbindlichkeiten handelt, als lediglich unfreye, in keiner Beziehung als Rechts-Subjects anzusehen, und somit kann hier auch nicht einmal von der Entstehung einer objectiven natürlichen Verbindlichkeit die Rede seyn (vergl. auch §. 85.).

§. 73.

c) Fr. 64. pr. D. ad Sct. Trebell. (36, 1.)

Nunmehr, und den Saß: daß eine von einem Unmündigen ohne Auctorität seines Tutors eingegangene Verbindlichkeit wenigstens objective Gültigkeit habe, vorausgesetzt, wird uns nun auch folgende Stelle Marcians

Fr. 64. pr. D. ad Sct. Trebell. (36, 1.)

in keine Verlegenheit mehr bringen: „*Si ejus pueri, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo SCto mihi fuerit hereditas: si solvam creditori, non repetam: atquin heres, si post restitutionem solvat, repetet non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis*

„*obligatio transfusa intelligitur.*“ Denn diese Stelle bestätigt ja nur die Objectivität der naturalis obligatio, welche sich jetzt bey dem Erben des minderjährigen subjectiviren konnte. Dieser jetzt bey ihm subjectivirten — früher bloß objectiven — natürlichen Verbindlichkeit des Unmündigen halber kan nun auch der heres fideicommissarius das Bezahlte nimmer zurückfordern, der fiduciarius aber nur dann, wenn er nach Erstattung der Erbschaft bezahlt hat, und zwar nicht deswegen, weil der Unmündige hätte zurückfordern können, sondern lediglich deswegen, weil nach dem Sctum Trebellianum die Verbindlichkeiten des Erblassers auf den heres fideicommissarius übergiengen, somit nicht mehr seine des fiduciarii Verbindlichkeiten waren, und nach Paulus

Fr. 65. §. 9. D. de cond. ind. (12, 6.)

„*Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et si etc. id, quod alius debeat, alius, quasi ipse debeat, solvat*“ ein indebitum auch in bloß subjectivem Sinne denkbar ist. Bedenklicher aber ist jedenfalls der Schluss jener Macian'schen Stelle, welche also lautet: „*Et si ejus mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderit: si solverit mihi pupillus, non repetet: at si heredi solverit, repetet, non repetiturus, si ante restitutionem solvisset.*“ Denn hier scheint offenbar Macian zu behaupten, daß der Unmündige, ohne Auctorität seines Tutors wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit eingehen, und somit den freiwillig geleisteten Abtrag nicht mehr zurückfordern könne. Allein, daß auch diese Stelle sich füglich erklären läßt, ohne daß man geradezu einen Widerspruch zwischen ihr und andern annehmen müß-

werde ich sogleich zeigen. Die Stelle Mācians ist nämlich aus einer „Libri fideicommissorum“ betitelten Schrift desselben, somit aus einer Abhandlung über Fideicommissen, oder vielmehr über die Rechtsverhältnisse bey Fideicommissen, entnommen, und in derselben handelt er nun insbesondere von dem Verhältniß des heridis fiduciarii zu dem heres fideicommissarius, und davon namentlich wieder in Beziehung auf die condictio indebiti. Im ersten bereits erklärten Theil dieser Stelle beantwortete er nun die Frage: Wem die condictio indebiti in dem dort gegebenen Falle zustehe? und im letzteren Theil: gegen wen sie zustehe, ob gegen den heres fiduciarius oder fideicommissarius? Die letztere Stelle enthält somit offenbar einen Gegensatz der ersten, und um diesen desto schärfer hervorleuchten zu lassen, mußte er sich des nämlichen Falles und Beispiels, welches dem erstern Falle zu Grunde liegt, bedienen. Er mußte aber auch einen Fall, wo dem Unmündigen die Rückforderung an und für sich zustand, den Fall der Bereicherung nämlich (§. 65.) voraussehen, weil nur dann die condictio indebiti gegen beide aus demselben Grunde denkbar war, und nun erst den Fall so unterstellt, konnte er nach den Grundsäzen des SCtum Trebellianum, wie geschehen, unterscheiden. Nicht also die Verbindlichkeit des Unmündigen, sondern das aus dem SCtum Trebellianum entspringende Verhältniß des heres fiduciarius zu dem heres fideicommissarius hatte Mācian zunächst im Auge, und was er von der Verbindlichkeit des Unmündigen sagt, ist nur, um seine Sätze durch einen gegebenen Fall beispielsweise erläutern zu können, vorgetragen, und somit müssen wir auch bey diesem Beispiel die allgemeinen Rechts-Grundsätze unterstellen. So wird

nun aber auch die Macian'sche mit den übrigen Stellen nicht im Widerspruch stehen, und da wir, was von Justinian in der Instruction für die Complataoren der Digesten

Constit. prima (Deo auctore) de conc. Dig. §. 8. ausdrücklich vorgeschrieben, allgemein anerkannt, und zur Auslegungs-Regel erhoben ist, daß wir, wo immer möglich, nicht annehmen dürfen, daß die Complataoren der Digesten widersprechende Stellen in dieselben aufgenommen haben, so dürfte sich meine Erklärung auch vom Standpunkte jener allgemeinen Auslegungs-Regel rechtfertigen. Somit bliebe also auch der Satz: daß Unmündige ohne Auctorität des Tutors nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit eingehen können, bestehen, zugleich aber hat sich auch ein neuer Satz: daß solche Unmündige zwar objectiv gültige, subjectiv aber ungültige natürliche Verbindlichkeiten eingehen können, ergeben.

---

## Fünfte Abtheilung.

### Von der Verbindlichkeit der Minderjährigen.

---

#### §. 74.

##### Begriff eines Minderjährigen.

Minderjährig im weiteren Sinne des Wortes ist nach den Grundsätzen des römischen Rechts ohne Unterschied des Geschlechts jeder, welcher das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht zurückgelegt hat. Im engeren Sinne aber nennt das römische Recht den

Mündigen, welcher das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht zurückgelegt hat, somit das Mädchen nach zurückgelegtem zwölften, den Jüngling nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre minderjährig (§. 51.).  
**Ulpian**

Fr. 1. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

§. 75.

Geschichte der cura minorum.

Die Tutel — Vormundschaft der Unmündigen hörte mit der Mündigkeit auf nach Gaius

Comment. L. I. §. 196. p. 88. et 89.  
und Ulpian

Fr. 11. §. 28. vergl. auch proem. I. quibus modis tutela finitur (1, 22.)

Bei Frauenzimmern zwar trat dann die tutela foeminarum, wovon Gaius

Comment. L. I. §§. 148 — 154. p. 72. et 73. §. 157. p. 74. 173 — 184. p. 81 — 83. §. 194. et 195. p. 87. et 88. (merkwürdig ist namentlich seine Kritik §. 189. bis 193. p. 85 — 87.)

und Ulpian

Fr. 11. 1. 6. 7. 8. 20. 22. 24.

jedoch mit etwas beschränkterer Wirkung, ein, wovon Gaius

I. c. §. 190. p. 86. et L. II. §. 80. p. 116.  
und Ulpian

Fr. I. c. 25. et 27.

Diese tutela foeminarum kennt jedoch die Justinianische Gesetzgebung nicht mehr. Wann sie aufgehört, und ob sie erst durch letztere verdrängt worden? ist ungewiss. Mündige Jünglinge waren sich selbst überlassen. Dies änderte jedoch die Lex Laetoria

oder Plaetoria nach der Tabula Heracleensis, von welcher wir die erste vollständige — ja beinahe einzige Nachricht (denn die oberflächliche Erwähnung derselben von Cicero

de officiis L. III. cap. 15.

verdient wohl den Namen einer Nachricht nicht) von Julius Capitolinus haben. Dieser erzählt uns nämlich in der Lebensbeschreibung des

Marc. Ant. Philos. (Divus Marcus) cap. 10.

folgendes: „De curatoribus vero, eum ante non nisi „ex lege Laetoria vel propter lasciviam, vel „propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis „causis“ und daß unter diesen adultis die minores XXV. annis zu verstehen sind, ersieht man aus der

Const. 2. Cod. Theodos. de donat. (8, 12.)

nach welcher zu der legitima aetas das egredi annos Legis L oder Plaetoriae erfordert wird. Allein eben diese Stelle Capitolini ist wenigstens in früheren Zeiten auf verschiedene Weise ausgelegt worden. Einige haben nämlich behauptet, daß der Imperator Marc Antonin die cura minorum als eine Zwangs-Anstalt eingeführt habe, und somit jedem Minderjährigen ein Curator von Amtswegen habe bestellt werden müssen, dagegen Andere, daß auch nach dieser Verordnung dem Minderjährigen in der Regel gegen seinen Willen kein Curator habe aufgedrungen werden können. Prüfen wir nun die Stelle Capitolini genauer, so finden wir folgenden Sinn: nach der Lex L oder Plaetoria haben den Minderjährigen im engern Sinne des Worts nur „propter lasciviam,“ was hier wohl eine ungeordnete Aufführung im weitesten Sinne des Worts bezeichnet, oder „propter dementiam“ Mangel an Intelligenz, also nur redditia causa

oder ex causae cognitione, und zwar nur aus einer für den Minderjährigen ehrenrührigen oder wenigstens ihn einigermaßen herabsezenden causa Curatoren bestellt werden können. Dies habe der Imperator Marc Antonin aufgehoben, und verordnet, daß allen Minderjährigen auch ohne Angabe eines in der Lex L oder Plaetoria enthaltenen Grundes Curatoren bestellt werden sollen — non redditis causis. Somit erleichterte also Marc Antonin den Minderjährigen das Gesuch um Bestellung eines Curators, indem er die Minderjährigkeit selbst als einen hinreichenden Grund der Curatel ansah, keineswegs aber sprach er damit aus, daß die cura minorum als Zwangs-Anstalt eingeführt werden solle. Denn so finden wir noch eine Stelle Papinians, welcher nicht lange nach dem Imperator Marc Antonin lebte,

Fr. 13. §. 2. D. de tut. et cur. (26, 5.)

„Quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent“ ja selbst die Justinianische Gesetzgebung

§. 2. J. de curat. (1, 23.)

„Inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem,“ wozu wohl auch noch die sehr sprechende Stelle des Theophilus

Paraphr. Instit. L. II. tit. 8. §. 2. (Ed. Reitz, p. 314.)

„οἰδας γὰρ, ὅτε ὁ ἀνηβός | „scis enim, quando im-  
„κουρατωρεύεται“ | „puber curatorem ha-  
„beat“

gehört, hat die cura minorum noch zu keiner Zwangs-Anstalt in der Regel erhoben. Ich trete daher auch mit aller Ueberzeugung der letzteren, in den neuesten Zeiten so ziemlich allgemeinen, Ansicht bey, daß nach römischem Recht die cura minorum in der Regel keine Zwangs-Anstalt gewesen seye.

§. 76.

§. 76.

Unterschied der Minderjährigen nach den Grundsätzen des römischen Rechts.

Somit kannte also das römische Recht zweierlei Arten von Minderjährigen, nämlich bevormundete und nicht bevormundete, und daß hiernach auch ihre Rechts-Verhältnisse in Beziehung auf Verbindlichkeiten verschieden waren, werden wir sogleich sehen.

§. 77.

Verschiedene Rechts-Verhältnisse der Minderjährigen in Beziehung auf Verbindlichkeiten.

Die Hauptstelle über die verschiedenen Rechts-Verhältnisse der Minderjährigen in Beziehung auf Verbindlichkeiten ist ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Constit. 3. C. de in integr. restit. (2, 22.)

„Si curatorem habens minor XXV. annis post „pupillarem aetatem res vendidisti, hunc con- „tractum servari non oportet, quum non absi- „milis ei habeatur minor curatorem habens, cui a „Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. „Si vero sine curatore constitutus contractum fe- „cisti, implorare in integrum restitutionem, si „needum tempora praefinita excesserint, non pro- „hiberis.“

Sehr treffend geben uns nun auch die „Basiliken“

L. X. tit. 4. §. 53. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 635.)

diese Stelle wieder:

„Θαυμασὸν νόμιμόν Φησιν  
 „ἡ διάταξις ἀντη̄ ὅτι ὁ ἐ-  
 „Φηβος, ἐι μὴν ἔχων κουρά-  
 „τωρα, πέπρακε πρᾶγμα  
 „παρὰ γνώμην τοῦ κουράτω-  
 „ρος, ἀντῷ τῷ νόμῳ ἀχρη-  
 „σός ἐσιν ἡ πρᾶσις, ὡς μηδὲ  
 „ἀποκατασάσεως ἀντὸν χρή-  
 „ζειν, ἐπειδὴ ὁ κουράτωρ  
 „ἔχων καὶ δίκαια ἀντοῦ συν-  
 „αλλάτιων, ἔστιν τῷ ἀσώ-  
 „τῷ, ὡς τινι δέδοται παρὰ  
 „τοῦ πρατωρος κουράτωρ.  
 „Ἐι μὴν τοι μὴ ἔχων κουρά-  
 „τωρα πέπρακε πρᾶγμα ἴδιον  
 „ὁ ἐλάτιων, τότε ἐρρωται  
 „μὴν τῷ νόμῳ ἡ πρᾶσις διὰ  
 „δὲ τῆς ἀποκατασάσεως ἀν-  
 „τὴν δύναται ἀνατρέπειν, ἐι  
 „μήπω παρῆλθον ὃι τῆς απο-  
 „κατασάσεως χρόνοι.“

„Mirabilem causam haec  
 „constitutio complecti-  
 „tur. Si pubes cura-  
 „torem habens sine con-  
 „sensu curatoris rem  
 „vendiderit, ipso jure  
 „venditio nulla est, ut  
 „restitutione non egeat,  
 „quia curatorem habens,  
 „et sine eo contrahens,  
 „similis est prodigo, cui  
 „curator a Praetore da-  
 „tus est. Si vero sine  
 „curatore constitutus  
 „minor rem suam ven-  
 „diderit, venditio qui-  
 „dem valet, sed per  
 „integrum restitutio-  
 „nem eam revocare pot-  
 „est, si necdum tempora  
 „praefinita restitutioni  
 „excesserint.“

## §. 78.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 101. D. de V. O. (45, 1.)

Ehe ich aber zur Erläuterung dieser Stelle über-  
gehe, habe ich vorerst noch einer andern des Paulus  
Fr. 101. D. de V. O. (45, 1.).

„Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipu-  
 „latu obligari,“ welche der obigen geradezu zu widerspre-  
 „chen scheint, zu erwähnen. Die Glossa nämlich schon  
 „übersetzte das Wort „suis“ durch quos habent“, und  
 „setzte durch diese Erklärung unsere Stelle mit der obi-  
 gen wirklich in Widerspruch. Allein ich gestehé

offen, daß ich auf das Wort „suis“, auf welches man gewöhnlich ein so großes Gewicht legt, durchaus keinen zu legen weiß, sondern es lediglich für einen Pleonasmus halte, und daß die Worte „sine cura-<sup>1291</sup>toribus suis“ für mich gerade den Sinn haben, wie die Ulpian's

Fr. 7. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„sine curatoribus“ ohne den Beifatz „suis.“ Die Erklärung der Glossen enthält nämlich einen groben Verstoß gegen den Sprachgebrauch; denn die römischen Rechts-Gelehrten bedienten sich der Ausdrücke „sine tutore oder curatore“ und „sine auctoritate vel consensu tutorum vel curatorum“ niemals als gleichbedeutender, sondern „sine tutore vel curatore“ bezeichnet immer den Mangel eines Tutors oder Curators, während der bloße Mangel der Einwilligung des vorhandenen Tutors oder Curators immer durch den Ausdruck: sine auctoritate vel consensu tutoris „vel curatoris“ bezeichnet wird. Wollte ich alle die Stellen, welche hiefür als Belege dienen könnten, anführen, so würde ich deren eine große Menge geben können; ich glaube aber mich Kürze halber auf die bereits abgedruckten beziehen zu können. Noch weiter aber muß ich bemerken, daß die römischen Rechts-Gelehrten, wenn sie auf das Wort „suis“ ein Gewicht legen wollten, dasselbe als Beiwort immer dem Hauptwort voraussezzen, z. B. suus heres. Doch auch hierüber glaube ich mich auf Brisson

de V. S. sub voce „suus“

beziehen zu können. — Erscheint nun aber, wie ich gezeigt zu haben glaube, das Wort „suis“ als pleonastisch, und bezeichnet der Ausdruck „sine curatoribus“ immer nur den Mangel eines Curators, und nicht bloß den Mangel der Einwilligung desselben, so

enthält die Stelle des Paulus nichts anders als das Diocletian'sche Rescript.

§. 79.

Fortsetzung. Erläuterung des Const. 3. C. de in integr. restit. (2, 22.)

Das Diocletian'sche Rescript (§. 77.) aber unterscheidet zwischen solchen Minderjährigen, welche keinen Curator haben, und solchen, welche zwar einen Curator haben, aber ohne Einwilligung desselben verbindlich geworden sind. Die Verbindlichkeiten der ersten erkennt es als rechtsbeständig an, und lässt dagegen nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu; den Verbindlichkeiten der letzteren aber spricht es alle Rechtskraft ab, indem es sie mit gerichtlich erklärt Verschwendern vergleicht. Nun möchte zwar hier die Frage entstehen: Ob nicht die Vergleichung solcher Minderjährigen mit Unmündigen passender gewesen wäre? Hierauf erwiedere ich Folgendes: Wir finden im römischen Recht eine, wenn auch nur theoretische (denn schreckliche Beispiele entgegengesetzter Praxis bietet die römische Geschichte), zarte Achtung für die natürliche Freiheit, und eine gewisse Scheu vor allen neuen sie beschränkenden Institutionen. Daher auch da, wo solche eingeführt worden, sichtbar nach einer Analogie des früheren Rechts gehascht wurde, an welche dann die neue Institution als eine der früheren gleichartige angereiht werden konnte. Mit der tutela impuberum ließ sich nun aber die cura minorum nicht vergleichen, weil hier die Mündigkeit und Unmündigkeit den Vergleichungs-Grund abschnitten hatte, somit ließ sich auch aus der tutela impuberum keine Analogie für die cura minorum ableiten, eine solche aber bot die cura prodorum.

Wenn nun auch das Diocletian'sche Rescript den minorem einen prodigo non absimilem, nicht simillem nennt, so will es damit nicht sagen, daß der minor durchaus mit einem prodigo zu vergleichen seye, sondern es bezieht sich dieser Ausdruck vielmehr auf die Analogie der cura beider in Beziehung auf Begründung der cura minorum. Denn so ist auch die cura prodigorum auf der cura furiosorum abgeleitet, und dennoch ist der prodigus dem furiosus auch nicht similis, sondern bloß non absimilis, wovon unten (§. 88.). Vielmehr sind die Minderjährigen, welche einen Curator haben, lediglich wie die Unmündigen zu behandeln, Minderjährige aber, welche keinen Curator haben, sind, da sie rechtskräftig verbindlich werden können, lediglich auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vermiesen.

§. 80.

Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Diese Wiedereinsetzung in den vorigen, d. h. den Stand vor eingegangener Verbindlichkeit, oder in den Stand, als ob keine Verbindlichkeit eingegangen wären, haben wir nun genauer zu betrachten. Sie ist nämlich nach Ulpian

Fr. 1. D. de mia. XXV. annis (4, 4.)  
ein prætorisches Institut, welches nicht bloß auf Minderjährige im engern Sinne des Worts beschränkt ist, sondern allen Minderjährigen zusteht, somit also auch den Unmündigen, wenn sie unter Auctorität ihres Tutors eine ihnen nachtheilige Verbindlichkeit eingegangen haben, nach

Modestin Fr. 29. pr.

und

Scavola Fr. 47. pr.

D. ej. tit.

§. 81.

In welchen Fällen diese Wiedereinsetzung statt finde, und in welchen nicht?

Die Wiedereinsetzung findet nun in der Regel überall da statt, wo es sich von Abwendung eines dem Minderjährigen drohenden Nachtheils, selbst wenn dieser Nachteil nicht geradezu pecuniär seyn sollte, handelt, nach Ulpian

Fr. 6. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

,,Minoribus XXV. annis subvenitur per in integrum ,,,restitutionem, non solum cum de bonis eorum ,,,aliquid minuitur; sed etiam cum intersit ipso- ,,,rum litibus et sumptibus non vexari“ und

Fr. 7. D. ej. tit.

,,Ait Praetor, gestum esse dicetur. Gestum autem ,,,sic accipimus qualiter, qualiter sive contractus ,,,sit, sive quid aliud contigit.“ Ausnahmsweise findet sie jedoch nicht statt:

1. wenn der Nachteil sehr unbedeutend ist, nach Callistratus

Fr. 4. D. de in integ. restit. (4, 1.)

,,Scio illud a quibusdam observatum, ne propter ,,,satis minimam rem vel summam: si majori rei ,,,vel summae praejudicetur; audiatur is, qui in in- ,,,tegrum restituī postulat.“

2. wo der Nachteil durch ein ordentliches Rechtsmittel — eine civil-rechtliche Klage — im Gegensatz dieses prätorischen, oder eine Einrede abgewendet werden kann, nach Ulpian

Fr. 16. pr. et §. 1. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

,,In causae cognitione etiam hoc versabitur, num ,,,forte alia actio possit competere circa in inte- ,,,grum restitutionem: nam si communi auxilio (die „Basiliken“)

L. X. tit. 4. §. 16. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 622.)

„πολιτικὴ βοήθεια“ „civile auxilium) et mero jure  
„munitus sit, non debet ei tribui extraordina-  
„rium auxilium, utputa cum pupillo contractum  
„est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus  
„est. §. 1. Item relatum est apud Labeonem, si  
„minor circumscriptus societatem coierit, vel (etiam)  
„donationis caussa, nullam esse societatem nec inter  
„majores quidem. Diesen Satz erläutert nun auch  
Ulpian durch zwey einander entgegensezte Beispiele.  
Denn einmal ist die Wiedereinsetzung in den vorigen  
Stand überall da überflüssig, wo der Minderjährige  
die Rechte der Unmündigen hat, und somit gar  
keine Klage gegen ihn statt findet (§. 62.), sodann  
aber auch da, wo jeder, selbst der Volljährige, durch  
die Gesetze geschützt ist, indem hier der Minderjährige  
— als solcher — keines besondern Rechts-Schutzes be-  
nöthigt ist. Zu den zwey Beispielen des letzteren  
Falls, welche Ulpian gibt, und zwar zu dem ersten  
finden wir eine Erläuterung von Paulus

Fr. 3. §. 3. D. pro socio (17, 2.)

„Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita  
„sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides  
„bona contraria est fraudi et dolo,“ und zu dem  
letzteren von Ulpian selbst

Fr. 5. §. 2. D. ej. tit.

„Donationis causa societas recte non contrahitur.“

4. wenn der Nachtheil bloß durch Zufall erfolgt  
ist, nach Ulpian

Fr. 11. §. 4. u. 5. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Item non restituetur, qui sobrie rem suam ad-  
„ministrans, occasione damni non inconsulte ac-  
„cidentis, sed fato, velit restitui: nec enim  
„eventus damni restitutionem indulget, sed incon-  
„sulta facilitas. Unde Marcellus apud Julianum

„notat, si minor sibi servum necessarium compa-  
„raverit, mox decesserit, non debere eum restituiri:  
„neque enim captus est emendo sibi rem perne-  
„cessariam, licet mortalem. §. 5. Si locupleti he-  
„res extitit, et subito hereditas lapsa sit (puta  
„praedia fuerunt, quae chasmate perierunt, insulae  
„exustae sunt, servi fuderunt, aut decesserunt) Ju-  
„lianus quidem L. XLVI. sic loquitur, quasi possit  
„minor in integrum restituiri: Marcellus autem  
„apud Julianum notat, cessare in integrum restitu-  
„tionem: neque enim aetatis lubrico captus est ade-  
„undo locupletem hereditatem: et quod fato con-  
„tingit, cuivis patrifamilias, quamvis diligentissimo,  
„possit contingere. Sed haec res adferre potest  
„restitutionem minori, si adiicit hereditatem, in  
„qua res erant multae mortales, vel praedia urbana,  
„aes autem alienum grave: quod non prospexit  
„posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia  
„ruant: vel quod non cito distraxerit haec, quae  
„multis casibus obnoxia sunt.“ Erwähgt man nun  
diese Stelle genauer, so findet man, daß selbst wegen  
eines Zufalls Wiedereinsetzung in den vorigen Stand  
erheilt werden kann, wenn nämlich der Zufall in einer  
Sache erfolgt ist, gegen welche der Minderjährige  
hätte restituirt werden können. Gesezt nämlich, der  
Minderjährige kauft eine ihm durchaus überflüssige  
Sache, welche nachher zu Grunde geht, im Beispiel  
Ulpianus einen Sklaven, welcher nachher natürlichen  
Todes stirbt, so kann er hier restituirt werden, weil er  
gegen den Kauf schon als ex in consulta facilitate  
hätte restituirt werden können; kauft er aber einen  
ihm nothwendigen Sklaven, so kann er, weil der  
eventus damni kein Restitutions-Grund ist (vergl.  
auch Marcian §. 65. a. E.), nicht restituirt werden.

Was also Ulpian hier behauptet, ließe sich wohl in folgenden zwey Regeln ausdrücken: — Restitution gegen einen Zufall an und für sich kann niemals ertheilt werden. Hat sich aber ein nachtheiliger Zufall in einer Sache, gegen welche Restitution ertheilt werden konnte, ereignet, so hindert dieser die Restitution nicht, wonach die Regel Ulpians: nec enim *eventus damni restitucionem indulget, sed inconsulta facilitas* so zu ergänzen wäre: „*indultam autem inconsultae facilitati eventus damni non impedit.*“

5. Kann der Minderjährige gegen den Minderjährigen dann nicht restituirt werden, wenn und inso weit der Letztere hierdurch in unvermeidlichen Nachtheil gerathen würde, nach

*Paulus, Rec. Sent.*  
(1, 9, 4.)

„Si minor XXV. annis  
„filios familias minori pe-  
„cuniam credidit, melior  
„est causa consumentis;  
„nisi locupletior ex hoc  
„inveniatur litis con-  
„testatae tempore is, qui  
„accepit.“

*Ulpian, Fr. 11. §. 6.*  
*D. ej. tit.*

„Item quaeritur, si mi-  
„nor adversus minorem  
„restitui desiderat, an sit  
„audiendus? et Pompo-  
„nius simpliciter scribit,  
„non esse restituendum.  
„Puto autem inspicien-  
„dum a Praetore, quis

„captus sit: proinde si  
„ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pe-  
„cuniam dedit, et ille perdidit: melior est causa  
„secundum Pomponium ejus, qui accepit, et (vel)  
„dilapidavit, vel perdidit.“

### §. 82.

In wie weit Minderjährige auch gegen Verbindlichkeiten *ex delicto* vel quasi *delicto* restituirt werden können?

Eine besondere Untersuchung verdient aber die Frage: In wie weit Minderjährige gegen Verbind-

Schäkeiten ex delicto vel quasi delicto restituirt werden können? Dass übrigens bey dieser Frage nur Minderjährige, welche bereits mündig, oder der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, unterstellt werden können, versteht sich nach dem oben (§. 54.) Vorgetragenen von selbst. Hierüber Ulpian

Fr. 9. §. 2. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Nunc videndum, minoribus utrum in *contractibus*  
„captis duntaxat subveniatur, an etiam *delinquentibus*:  
„utputa dolo aliquid minor fecit in re deposita,  
„vel commodata, vel alias in contractu: an ei sub-  
„veniatur? Et placet in *delictis minoribus* non  
„*subveniri*: nec hic itaque subvenietur. Nam et  
„si furtum fecerit, vel damnum injuria dedit: non  
„ei subvenietur. Sed si cum ex damno dato con-  
„fiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare: in  
„hoc solum restituendus sit, ut pro confessio ha-  
„beatur. Ergo et si potuit pro fure damnum de-  
„cidere magis quam actionem dupli vel quadrupli  
„pati, ei subvenietur.“ Tryphonin

Fr. 37. §. 1. D. ej. tit.

„In delictis autem minor annis XXV. non meretur  
„in integrum restitutionem: utique atrocioribus;  
„nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad me-  
„diocrem poenam judicem perduxerit.“ Diese  
beiden Stellen sind aber nun zu erläutern: Ulpian  
und Tryphonin behaupten beide, dass minores de-  
linquentes nicht restituirt werden können. Ein de-  
lictum, Vergehen oder Verbrechen aber hat zweierley  
Folgen, einmal eine natürliche — civilrechtliche, nämlich  
die Verbindlichkeit zum Ersatz des hiedurch gestifteten  
Schadens, sodann aber noch eine andere lediglich po-  
sitive, nämlich die eines Uebels, welches die positive Ge-  
setzgebung für dasselbe bestimmt hat — eine strafrechtliche.

Nach den Grundsätzen des römischen Rechts aber kann dieses Uebel, Strafe genannt, entweder nur auf Anrufen des Beschädigten statt finden (delicta privata)

tot. tit. D. de privat. del. (47, 1.)

und besteht in diesem Fall in einem mehrfachen Er-  
satz, oder auf Anrufen eines jeden Andern (publica  
delicta)

§. 1. J. de publ. judic. (4, 18.)

„Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo  
„executio eorum plerumque datur,“ und dann kann  
es in Vermögens-Verlust, einer Freiheits-, Leibes-, oder  
Lebens-Strafe bestehen. Mit den Privat-Vergehen  
oder Verbrechen aber hängen nur die sogenannte actiones  
mixtae — gemischte Klagen, — quibus rem et  
poenam persequimur, nach Gaius

Comm. L. IV. §. 9. p. 300. §. 19. J. de act. (4, 6.)

d. h. solche Klagen, wodurch ein mehrfacher Betrag  
der Entschädigung, und zwar der einfache als Ent-  
schädigung, der weitere als Privat-Strafe (poena)  
gesfordert werden kann, sodann die reinen Straf-Klagen  
— actiones poenales — quibus poenam tantum  
consequimur, und neben welchen immer noch eine  
andere Klage für die civilrechtliche Entschädigung  
besteht, nach Gaius

Comm. L. IV. §. 8. p. 300. §. 8. J. de act. (4, 6.)

zusammen. Wenn nun die oben erwähnten Rechts-  
Gelehrten den Satz: daß gegen delicta keine Resti-  
tution statt finde, aufstellen, so haben sie beide zu-  
nächst die civilrechtlichen Folgen — die civilrechtlichen  
aus solchen entspringenden Verbindlichkeiten — im Auge.  
Dies zunächst drückt Ulpian durch den Satz: „nam  
„et si furtum fecerit, vel damnum injuria dedit;  
„non ei subvenietur“ aus. Nun geht er aber auf  
die strafrechtlichen, und zwar die privat-strafrechtlichen

Folgen über, und behauptet: daß, wenn der z. B. ex lege Aquilia belangte Minderjährige geläugnet, und somit eine actionem mixtam auf doppelten Ersatz (§. 45.) gegen sich begründet habe, er wenigstens insoweit zu restituiren seye, daß er als geständig angenommen werden könne, somit also auch nur die einfache civilrechtliche Entschädigung zu leisten habe. Nun geht er auf ein anderes Beispiel, nämlich das furtum über, und behauptet, daß der Minderjährige wenigstens insoweit restituirt werden könne, daß ein über den Betrag des Diebstahls zwischen ihm und dem Bestohlenen zu Stande gekommener Vergleich angenommen werde, die Worte Uspians „pro fure „damnum decidere“ übersetzen nämlich die Basiliken

L. X. tit. 4. §. 9. (Ed. Fabr. Tom. I. p. 619.) ganz richtig:

„ἐπὶ τῆς κλοπῆς διαλύ- | „in furto transigere,“  
„ταυταὶ.“

wonach er also auch bloß die civilrechtliche Entschädigung zu leisten hatte. Den Grund aber, warum bei der Klage ex lege Aquilia kein Vergleich angenommen werden konnte, führt Paulus an:

Rec. Sent. 1, 19, 1.

„Ex his causis, quae inficiatione duplantur (§. 45.), „pacto decidi non potest,“ woraus sich zugleich die Richtigkeit der Übersetzung der Basiliken ergibt. Der kurze Sinn der Stelle Uspians ist also der: Gegen die civilrechtlichen Folgen eines Vergehens oder Verbrechens können Minderjährige niemals, wohl aber können sie gegen die strafrechtlichen Folgen, insofern diese in einer Privat-Strafe bestehen, restituirt werden, und damit stimmt auch Tryphonin überein, wenn er behauptet, daß bei delictis atrocioribus,

worunter er, wie wir aus einer Stelle des Paulus  
Rec. Sent. 1, 9, 1.

ersehen: „Minor XXV. annorum si aliquod flagitium admiserit, quod ad publicam coercitionem spectet, ob hoc in integrum restitui non potest“ wohl die delicta publica versteht, der Minderjährige gar nicht, weder in Hinsicht auf die civil-, noch auf die strafrechtlichen Folgen restituirt werden, und Minderjährigkeit höchstens als Milderungs-Grund dienen könne.

§. 83.

Von den Folgen und der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Wir haben nun noch die Folgen und die Wirkung der Restitution genauer zu erwägen. Hierüber Paulus  
Fr. 24. §. 4. D. de min. XXV. annis (4, 4.)  
„Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, jubeat Praetor emtorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere: nisi si tunc dederit, cum eum perditum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur. Sed parcus in venditione: quia aes alienum ei solvit, quod facere necesse est, credere autem non est necesse: nam et si origo contractus ita constituit, ut infirmando sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo emtor damno adficiendus est.“ Paulus behauptet somit, die Restitution könne nur unbeschadet des beiderseitigen früheren Rechts-Zustandes erfolgen. Nun geht er auf ein Beispiel, wenn der Minderjährige gegen den Verkauf eines Guts restituirt worden ist, über, und behauptet, daß der Käufer das Gut und der Minderjährige den

hiefür erhaltenen Preis zurückzustatten müsse. Früchte und Zinsen können jedoch nach einer andern Stelle desselben

Rec. Sent. 1, 9, 7.

„Minor adversus emptorem in integrum restitutus,  
„pretio restituto fundum recipere potest. Fructus  
„enim in compensationem usurarum penes empto-  
„rem manere placuit.“ gegeneinander aufgehoben wer-  
den. Doch sehe der Minderjährige zu Erstattung des  
Preises in dem Falle nicht verbunden, wenn der Käu-  
fer ihm denselben, unerachtet er die zwecklose Verwen-  
dung desselben vorausgesehen, quasi perdituro bezahlt  
habe. Licht über diese Worte gibt die Stelle Ulpian's

Fr. 12. §. 11. D. Mand. (17, 1.)

„Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro me-  
„retrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum  
„suscepis, non habebis mandati actionem, quia  
„simile est, quasi perdituro (die Basilicen

L. II. tit. 14. §. 12. [Ed. Fabr. Tom. II. p. 141.]  
übersezen dieß durch „ἀσώτως“ „prodigo“) „pecuniam  
„sciens credideris.“ Doch müsse mit dem Käufer  
glimpflicher als mit demjenigen, welcher dem Min-  
derjährigen zu zweckloser Verwendung Geld geliehen  
habe, versfahren werden, denn der Käufer habe ja nur  
eine Schuld bezahlt, wozu er nöthigenfalls rechtlich  
hätte angehalten werden können, der Darleher aber  
habe dem Minderjährigen ganz freiwillig geliehen.  
Er, Paulus könne daher auch nicht glauben, daß  
der Käufer unter allen Umständen seinen, wenn gleich  
von dem Minderjährigen zwecklos ausgegebenen, Kauf-  
preis verlieren solle, wie denn auch, wenn der Kauf  
als ursprünglich richtig aufgehoben worden, der Käufer  
den Kaufpreis nicht unter allen Umständen verliere.  
Hier gibt nun Paulus mehrere Zweifels-, aber durch-

aus keine Entscheidungs-Gründe, denn sein „parcius“ hat er durchaus nicht näher motivirt, und es so unmotivirt auf einzelne Fälle anzuwenden möchte wohl sehr schwierig seyn. Auch steht er mit seinen Zweifels-Gründen allein, denn anders und bestimmt sprechen sich Gaius, Modestin und Scavola aus, deren Meinung wir nun auch vernehmen wollen.

Scavola Fr. 47. §. 1.

D. de min. XXV. annis  
(4, 4.)

„Curator adolescentium  
„praedia communia sibi,  
„et his, quorum curam  
„administrabat, vendidit:  
„quaero, si decreto Prae-  
„toris adolescentes in in-  
„tegrum restituti fuerint,  
„an eatenus venditio res-  
„cindenda sit, quatenus  
„adolescentium pro par-  
„te fundus communis  
„sit? respondi, eatenus  
„rescindi; nisi si emptor  
„a toto contractu velit  
„discedi, quod partem  
„emturus non esset. Item  
„quaero: emptor utrum  
„a Sejo et Sempronio  
„pupillis pretium cum  
„usuris recipere deberet,  
„an vero ab herede cura-  
„oris? Respondi: he-  
„redes quidem curatoris  
„teneri; verum in Sejum

Gaius Fr. 27. §. 1. D.  
ej. tit.

„Si pecuniam, quam  
„mutuam minor accepit,  
„dissipavit, denegare de-  
„bet Proconsul creditori  
„adversus eum actionem:  
„quod si egenti minor  
„crediderit, ulterius pro-  
„cedendum non est,  
„quam ut jubeatur ju-  
„venis actionibus suis,  
„quas habet adversus  
„eum, cui ipse credidis-  
„set, cedere creditori  
„suo. Praedium quoque  
„si ex ea pecunia pluris,  
„quam oportet, emit,  
„ita temperanda res erit,  
„ut jubeatur venditor  
„reddito pretio recupe-  
„rare praedium: ita ut  
„sine alterius damno  
„etiam creditor a juvene  
„suum consequatur. Ex  
„quo scilicet simul in-

(Scavola.)

„et Sempronium pro  
„parte, qua eorum fun-  
„dus fuit actiones dandas:  
„utique si ad eos accep-  
„ta pecunia pro eadem  
„parte pervenisset.“

Modestin, Fr. 32. §. 4.

D. de adm. tut. (26, 7.)

„Interposito curatore ad-  
„olescens fundum Titio  
„vendidit: postea agni-  
„ta fraude in integrum  
„restitutus, in possessio-  
„nem induci jussus est.

„Quaero: an, cum ex  
„hac venditione melior  
„factus non est, neque  
„in rem suam quidquam  
„versum probetur, pre-  
„tium emtori restituere  
„non beat? Modo-  
„stinus respondit; pre-  
„tium fundi ab adoles-  
„cente venundati, si ra-  
„tionibus ejus non pro-

„fuit, nec quicquam de eo (a) judicante de in-  
„integrum restitutione statutum est, emtorem  
„frustra postulare.“ — Sämtlich diese sind  
nämlich darüber einverstanden, daß der Minderjäh-  
rige den Kaufpreis — nur, in so ferne er hiervon  
bereichert worden — zu erszehn habe, und kennen  
somit das sehr schwankende „parcius“ des Pau-  
lus nicht, ja auch der Schlussatz des Paulus,  
daß

(Gaius.)

„telligimus, quid obser-  
„vari oporteat, si sua  
„pecunia pluris, quam  
„oportet, emerit: ut ta-  
„men hoc et superiore  
„casu venditor, qui pre-  
„tium reddidit, etiam  
„usuras, quas ex ea pe-  
„cunia percepit aut per-  
„cipere potuit, reddat, et  
„fructus, quibus locu-  
„pletior factus est juve-  
„nis, recipiat: Item ex  
„diverso, si minore pre-  
„tio, quam oportet, ven-  
„diderit adolescentis:  
„emtor quidem juberi  
„dedebit praedia cum  
„fructibus restituere,  
„juvenis autem eatenus  
„ex pretio reddere, qua-  
„tenus ex ea pecunia  
„locupletior est.“

daß wenn der Kauf als nichtig aufgehoben werden, der Käufer den Kaufpreis nicht unter allen Umständen verliere, ist wenigstens nach der späteren Jurisprudenz, worüber zwey Rescripte der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 10. et 16. C. de praediis et aliis reb. min. (5, 71.)

in Beziehung auf die ohne Decret veräußerten Grundstücke der Minderjährigen vorliegen, unrichtig. Paulus Zweifels-Gründe scheinen somit nirgends Eingang gefunden zu haben, und die Compilatoren der Digesten haben, indem sie diese Stelle des Paulus aufnahmen, sich gegen ihre Instruction

Const. prima (Deo auctore) de concept. Digest. §. 8.

„Nulla in omnibus praedicti Codicis membris antinomia aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia adversario nomine „constituto“ unfehlbar benommen.“ Dies hindert uns jedoch — um so mehr, als die Meinung des Paulus durchaus nicht näher motivirt, und vielmehr nur als Zweifel gegen die andere und in Form von Zweifels-Gründen vorgetragen ist — durchaus nicht — die Meinung der übrigen, daß nämlich der Minderjährige nach erfolgter Restitution nur in so weit, als er sich bereichert findet, Ersatz zu leisten habe — als die geltende anzunehmen.

### §. 84.

Von der Wirkung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf eine von dem Minderjährigen eingegangene Novation.

Welche Wirkung aber die Restitution insbesondere auf eine von dem Minderjährigen eingegangene Novation äußere? darüber Pomponius

Fr. 50. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„INius Diophantus Pomponio suo salutem. Mi-  
 „nor XXV. annis novandi animo intercessit pro-  
 „eo, qui temporali actione tenebatur, tunc, cum ad-  
 „huc supererant decem dies, et postea in inte-  
 „grum restitutus est: utrum restitutio, quae cre-  
 „ditori adversus priorem debitorem datur, decem  
 „dierum sit, an plenior? Ego didici, ex tempore  
 „in integrum restitutionis tantundem temporis praे-  
 „standum, quantum supererat: tu, quid de eo pu-  
 „tas, velim rescribas. Respondit: sine dubio, quod  
 „de temporali actione, in qua intercessit minor,  
 „sensisti, puto verius esse: ideoque et pignus,  
 „quod dederat prior debitor, manet obligatum.“

Zunächst ist nun freilich die vorliegende Frage in dieser Stelle nicht beantwortet, allein eben daraus, daß Diophantus nicht darüber: ob die durch die Novation aufgehobene Verbindlichkeit durch die Restitution wieder auflebe? sondern nur über ihre Lebensdauer sich im Zweifel befand, und Pomponius seiner Ansicht über letztere unbedingt bepflichtete, läßt sich wohl mit aller Zuverlässigkeit annehmen, daß eine durch die von einem Minderjährigen eingegangene Novation aufgehobene Verbindlichkeit durch die Restitution wieder auflebe, und daß dies weder dem Diophantus noch dem Pomponius im mindesten zweifelhaft erschien, und hiemit stimmt nun auch ein Rescript des Imperators Antonin

*Const. 1. C. de reput. (2, 48.)*

„Sed et si intercessor minor XXV. annis interve-  
 „nerit, in veterem debitorem debet restitui ac-  
 „tio“ überein. Auch steht die Stelle Papinians

*Fr. 48. §. 1. D. de fidej. (46, 1.)*

„Huic similis et illa quaestio videri potest: ob ae-  
 „tatem si restituatur in integrum unus fidejussor,

„an alter onus obligationis integrum excipere debat? sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidens jussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret in veterem debitorem utili actionem sibi dari“ — hiermit nicht im Widerspruch, denn man muß nur, wie dies auch in den Basiliken

L. XXVI. tit. 1. §. 48. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 104.)

<p>„ωσπερ δύτε γνώμα κατὰ δό-</p>	<p>„nec si minor dolo cre-</p>
<p>„λογ μεταγγίη ἐις αὐτὸν“</p>	<p>„ditoris pro debito ex- promiserit novatione facta.“</p>

ganz richtig bemerkt ist, das Wort „dolo“ welches im ersten Sätze steht, auch in den letzteren vor die Worte „facta novatione“ setzen. Hier spricht Papinian von einem ganz andern Falle, nämlich von demjenigen, wo die Verbindlichkeit aus einem objectiven Grunde, nämlich wegen des dolus des Gläubigers, und nicht bloß aus einem subjectiven Grunde, wegen Minderjährigkeit des Schuldners, aufgehoben wurde. Denn da in dem vorliegenden Falle die frühere Verbindlichkeit durch die Novation aufgehoben, und die neue wegen dolus des Gläubigers zerstört wurde, so ist offenbar gar keine Verbindlichkeit mehr vorhanden, und somit auch kein Rückfall derselben an den früheren Gläubiger denkbar, wogegen, wenn der Minderjährige nur wegen seiner Minderjährigkeit restituirt wird, die Verbindlichkeit an und für sich immer noch vorhanden ist, und nur das Subject dersel-

ben sich ändert, diese somit auch nach den Grundsätzen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von selbst auf den früheren Gläubiger zurückfällt (vergl. auch §. 85.).

§. 85.

Ob nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht wenigstens noch eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe?

Wir haben schon oben (§. 72.) gesehen, daß Unmündige auch ohne Auctorität ihrer Tutores wenigstens objective natürliche Verbindlichkeiten eingehen, und es fragt sich nun: ob nach der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht wenigstens eine solche objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? Doch ich will hier zu Erläuterung mich eines Beispiels bedienen: Wenn der Minderjährige gegen ein ihm nachtheiliges Rechts-Geschäft restituirt worden ist, so hängt es ganz von ihm ab, die Folgen der Restitution für sich geltend zu machen, er kann aber von seinem Gegner nicht hierzu gezwungen werden nach Julian

Fr. 41. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Si judex circumvento in venditione adolescenti „jussit fundum restitui eumque pretium emtori „reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitu- „tione, poenitentia acta: exceptionem utilem ad- „versus petentem pretium, quasi ex causa judicati, „adolescens habere poterit: quia unicuique licet „contemnere, quae pro se introducta sunt. Nec „queri poterit vendor, si restitutus fuerit in eam „causam, in qua se ipse constituit, et quam mu- „tare non potuisset, si minor auxilium Praetoris „non implorasset.“ Gesezt nun, der Minderjäh-

rige macht von der Restitution keinen Gebrauch, und trägt jener ungeachtet die Verbindlichkeit ab, so kann zwar er vermöge seiner Eigenschaft als Minderjähriger, vermöge welcher er selbst gegen die Restitution — Restitution nachsuchen kann, nach Ulpian

Fr. 7. §. 9. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

„Restitutus autem, cum se hereditati misceat, „vel eam adeat, quam repudiavit, rursus restitui „poterit, ut se abstineat: et hoc rescriptum et „responsum est“ — immer noch die Rückforderungsklage anstellen, dagegen aber steht seinem volljährigen Erben die Rückforderung nicht zu. Hiefür gibt uns auch Scavola

Fr. 67. §. 4. D. de cond. indeb. (12, 6.)

einen merkwürdigen Beleg: „Lucius Titius Gajo „Sejo minori annis XXV. pecuniam certam credi „dit, et ab eo aliquantum usurarum nomine acce „pit: et Gaji Seji minoris heres adversus Publum „Maevium (sollte wohl „Lucium Titium“ oder „muß es oben statt „Lucius Titius“ „Publius Mae „vius“ heißen) a Praeside provinciae in integrum „restitutus est, ne debitum hereditarium solveret: „(et) nec quicquam de usuris ejusdem sortis, quas Se „jus minor annis XXV. exsolverat, repetendis trac „tatum apud Praesidem, aut ab eo est pronuntia „tum. Quaero: an usuras, quas Gajus minor „annis XXV. quoad viveret, creditori exsol „verit, heres ejus repetere possit? Respondit, „secundum ea, quæ proponerentur, condici id, „quod usurarum nomine defunctus solvisset, non „posse. Item quaero, si existimes repeti non „posse, an ex alio debito heres retinere eas pos „sit? Respondit, ne hoc quidem.“ Betrachten

wir nun diesen Fall genauer. Ein Minderjähriger hatte von jemand ein Darleihen erhalten, und hie von dem Darleihen Zinse bezahlt. Nach seinem Tode suchte sein Erbe gegen das Darleihen Restitution nach, wozu er nach Ulpian:

Fr. 18. §. 5. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

,Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio, et si sint ipsi maiores“ — berechtigt war, der von dem Minderjährigen bereits bezahlten Zinse wurde jedoch hiebey nicht erwähnt, und nun fragt der Erbe: ob er die von dem Erblasser bezahlten Zinsen nicht auf den Grund jener Restitution zurückfordern könne? Hierauf erwiedert ihm nun Scavola: keineswegs komme ihm die condictio, eben so wenig aber auch die retentio ex alio debito — nämlich die compensatio zu. Der Grund hiervon ist aber lediglich darin zu suchen, weil durch die Bezahlung der Zinse eine objective natürliche Verbindlichkeit entstanden ist, welche sich zwar gegenüber von dem Minderjährigen (§. 72. — quia persona locum facit repetitioni —) nicht subjectiviren konnte, bei seinem volljährigen Erben aber sich subjectivirt hat, und somit eine sub- und objective, damit aber eben auch die — Rückforderung ausschließende — natürliche Verbindlichkeit geworden ist. Wir müssen daher auch den obigen Satz Ulpians, daß die Restitution wegen Minderjährigkeit auch den volljährigen Erben des Minderjährigen zustehe, auf Restitutionen gegen solche Verbindlichkeiten, welche der Minderjährige selbst oder dessen Erbe nicht bereits abgetragen hat, beschränken, weil durch den Abtrag des Minderjährigen oder des Erben für letzteren eine natürliche Verbindlichkeit

entstanden ist. Doch gerade das Zurückbleiben einer objectiven Verbindlichkeit nach der Restitution könnte aus einem sehr scheinbaren Grunde bestritten werden. Man könnte nämlich so schließen: Wenn der Unmündige auch ohne Auctorität seines Tutors mittelst Novation eine Verbindlichkeit übernommen hat, so wird, wenn gleich er selbst subjectiv nicht verbindlich wird, die frühere Verbindlichkeit aufgehoben, weil wenigstens eine neue objective Verbindlichkeit vorhanden ist (§. 72.). Wenn aber der Minderjährige gegen eine mittelst Novation übernommene Verbindlichkeit restituirt worden ist, so fällt diese auf den früheren Gläubiger zurück, folglich bleibt auch keine objective Verbindlichkeit des Minderjährigen übrig, weil sonst die frühere Verbindlichkeit nicht wieder aufzubringen könnte (§. 84.). Allein man erinnere sich doch der Regel des Theophilus, welche er aus Gelegenheit der Ausnahme einer von einem Sklaven mittelst Novation übernommenen Verbindlichkeit gibt: daß nämlich bey der Novation, wenn die frühere Verbindlichkeit hierdurch aufgehoben werden solle, es nicht genüge, daß eine bloß objective Verbindlichkeit vorhanden, sondern auch daß sie mit einem Rechts-Subiect eingegangen worden seye. Nun wird aber durch die Restitution gerade das Rechts-Subiect entrückt, und die Sache in den Zustand versetzt: „ac si postea nullus stipulatus fuisset,“ wie sich die Institutionen (§. 72.) ausdrücken. Lediglich also deswegen, weil durch eine bloß objective nachherige Verbindlichkeit die frühere nicht aufgehoben, durch die Restitution aber, welche der Verbindlichkeit das Rechts-Subiect entzieht, die Sache in den Zustand versetzt wird, als ob sie mit keinem Rechts-Subiect eingegangen, und somit die neue Verbindlichkeit zu einer rein objectiven

mit keinem Rechts-Subiect eingegangenen herabgedrückt wird, lebt die frühere wieder auf, und damit wäre auch dieser mögliche Einwurf beseitigt. Weitere Belege für den Satz: daß auch nach der Restitution noch eine objective Verbindlichkeit zurückbleibe, werden wir weiter unten (§. 94.) finden.

---

## Sechste Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der gerichtlich erklärtten Verschwender.

---

### §. 86.

Begriff eines Verschwenders (prodigus).

Einen Verschwender (prodigus) nennt Ulpian  
Fr. 1. D. de curat. furioso (27, 10.)

„hominem, qui neque tempus, neque finem ex-  
„pensarum habet, sed bona sua dilacerando et dis-  
„sipando profudit“ somit einen Menschen, welcher  
das richtige Verhältniß zwischen seinen Einnahmen  
und Ausgaben durchaus nicht einzuhalten weiß.

### §. 87.

Geschichte der cura prodigorum.

Geschichtliche Nachrichten über die cura prodigorum hat uns Ulpian aufbewahrt, und diese sind wohl auch von den Verfassern der Institutionen benutzt worden. Ulpian

Frag. 12, 2. et 3.

„Lex XII. Tabularum  
„furiosum, itemque pro-  
„digum, cui bonis inter-  
„dictum est, in curatione  
„jubet esse adgnatorum.

„§. 3. A Praetore  
„constituitur curator,  
„quem ipse Praetor vo-  
„luerit, libertinis pro-  
„digis itemque ingenuis,  
„qui ex testamento pa-  
„rentis heredes facti,  
„male dissipant bona:  
„his enim ex lege cura-  
„tor dari non poterat:  
„cum ingenuus quidem  
„non ab intestato, sed ex  
„testamento heres factus  
„sit patri: libertinus au-  
„tem nullo modo patri  
„heres fieri possit, qui  
„nec patrem habuisse vi-  
„deatur, cum servilis cog-  
„natio nulla sit.“

Wenn nun auch noch in den neuesten Zeiten viel darüber gestritten worden ist, ob die cura prodigorum wirklich schon durch die Zwölftafel-Gesetze eingeführt, oder ob sie nicht vielmehr der in denselben aufgeführten cura furiosorum nachgebildet worden seye? so scheint mir diejenige Ansicht, welche sich auf Ulpian's Fragmente gründet, die richtige zu seyn, daß nämlich nur derjenigen prodigorum, welche ge-

Fr. 1. D. de curat. furioso  
(27, 10.)

„Lege XII. Tabularum  
„prodigo interdicitur bo-  
„norum suorum admi-  
„nistratio: quod mori-  
„bus quidem introduc-  
„tum est. Sed solent ho-  
„die Praetores vel Prae-  
„sides etc. curatorem ei-  
„dare exemplo furiosi.

§. 3. J. de curat. (1, 23.)

„Furiosi quoque et pro-  
„digi, licet maiores XXV.  
„annis sint, tamen in cu-  
„ratione sunt adgnato-  
„rum ex lege XII. Tabu-  
„larum. Sed solent Ro-  
„mae praefectus urbis,  
„vel Praetor, et in pro-  
„vinciis Praesides ex in-  
„quisitione eis curatores  
„dare.“

seßliche (Intestat.) Erben ihres Vaters waren, das Zwölftafel-Gesetz gedacht, denjenigen prodigis aber, welche testamentarische Erben ihres Vaters waren, der Prätor nach Analogie der Zwölftafel-Gesetze einen Curator bestellt habe. Die Formel, mit welcher ein prodigus seines Vermögens entsezt wurde, hat uns Paulus aufbewahrt:

Rec. Sent. (4, 7.)

„Moribus per Praetorem interdicitur hoc modo:  
„Quando tibi bona paterna avitaque nequitia  
„tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem per-  
„ducis: ob eam rem tibi ea re commercioque in-  
„terdico.“

### §. 88.

Untersuchung der Frage: ob der prodigus durchaus dem furiosus gleich zu stellen seye?

Wie dem nun aber auch sey: ob die cura prodigorum ganz oder zum Theil schon durch die Zwölftafel-Gesetze, oder durch ein Gewohnheits-Recht oder die Jurisprudenz eingeführt worden? so ist wenigstens so viel richtig, daß letztere den prodigus mit dem furiosus auf eine Stufe stellte. Aber eine formliche Gleichstellung beider ist deswegen noch nicht anzunehmen, denn das omne simile claudicat hat sich auch hier bewährt, und wenn gleich Pomponius

Fr. 40. D. de R. J. (50, 17.)

„Furiosi, vel ejus, cui bonis interdictum sit,  
„nulla voluntas est“ zu dem Schluß einer formlichen und gänzlichen Gleichstellung Veranlassung geben könnte, so hat doch eine solche, wie ich zeigen werde, nie Statt gefunden; denn so ist schon der Satz Ulpianus

Fr. 18. pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1.)

„Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum,  
„facere non potest“

vergl. auch §. 2. J. quibus non est permis. (2, 12.)  
nicht aus der Gleichstellung des furiosus und des  
prodigus, sondern wie uns Ulpian selbst

Fr. 20, 13.

belehrt, lediglich daraus zu erklären „quoniam com-  
„mercium illi interdictum est, et ob id familiam  
„mancipare non potest,“ und wenn gleich nachher  
das testamentum per aes et libram, wovon Gaius

Comment. L. 2. §§. 102 — 105. p. 124 — 126.

und Ulpian

Fr. 20, 2. et 9. vergl. auch §. 1. J. de test. ord.  
(2, 10.) u. Theophilus, Paraphr. ad hunc  
sum (Ed. Reitz, Tom. I. p. 331. et 332.)

aus welchem somit zunächst die Testaments-Unfähigkeit  
des prodigus abzuleiten ist, aufgehört hatte, so  
blieb doch dieser Folgesatz immer stehen. Namentlich  
aber wäre es nicht nur zwecklos, sondern sogar zweck-  
widrig gewesen, dem Verschwender, welchen man nur  
vor leichtsinniger und zweckwidriger Verminderung sei-  
nes Vermögens schützen wollte, auch den Weg und  
die Mittel zu Vermehrung desselben abzuschneiden,  
daher auch er sich wohl Andere, nicht aber Andern  
sich verbindlich machen kann, und in ersterer Bezie-  
hung den Unmündigen, bey welchen gleiche Grundsä-  
tze des Staats-Schutzes vorwalten, in letzterer aber  
dem willenlosen unfreien Wahnsinnigen gleich zu setzen  
ist. So auch Ulpian

Fr. 9. §. 7. D. de R. O.  
(12, 1.)

„Sed et, si ei numeravero,  
„cui postea bonis inter-  
„dictum est, mox ab eo

Fr. 6. D. de V. O. (45, 1.)

„Is cui bonis interdictum  
„est, stipulando sibi ad-  
„quirit, tradere vero non

„stipuler, puto pupillo  
„eum comparandum:  
„quoniam et stipulando  
„sibi acquirit.“

und Pomponius

„potest, vel promittende  
„obligari.“

Fr. 3. D. de novat. (46, 2.)

„Cui bonis interdictum est, novare obligationem  
„suam non potest, nisi meliorem suam conditio-  
„nem fecerit“ und das Scholion des Stephanus  
zu dem

Fr. 9. §. 7. D. de R. C. (12, 1.)  
in den „Basiliken“

Ed. Fabr. Tom. III. p. 254.

„Σημειωσαὶ δὲ ὅτε τὸν ἄσω-  
„τον ἀπεικάζει τῷ πουπίλλῳ,  
„καὶ ὄνχὶ τῷ μαινομένῳ·  
„τοῦτο δὲ κατὰ τὸ Φιλαγα-  
„, θὸν, οὐα δύνηται κατὰ μι-  
„, μησιν τοῦ πουπίλλου, καὶ  
„, δίχα τῆς τοῦ ηθεμόνος ἀν-  
„, θευτιας κτᾶσθαι ἔνοχον·  
„, εἰ γὰρ ἀπεικασεν αὐτὸν τῷ  
„, μαινομένῳ, πρόδηλον ὅτι  
„, ὄυδὲν ἐπερωτᾶν ἡδύνατο·  
„, ὁ γὰρ μαινόμενος ὄυδὲ ἔν  
„, δύναται πράττειν συνάλ-  
„, λαγμα.“

„Nota autem prodigum  
„hic comparari pupillo,  
„non furioso: idque be-  
„, nigna ratione, ut ad si-  
„, militudinem pupilli  
„etiam sine curatoris  
„, auctoritate alium sibi  
„, obligare possit: caete-  
„, rum, si furioso compa-  
„, rasset, utique nec sti-  
„, pulari posset: furiosus  
„, enim nullum negotium  
„, contrahere potest.“

Somit können wir jetzt also den ganz bestimmten Satz aufstellen, daß der gerichtlich erklärte Verschwender dem Wahnsinnigen nur in dem Falle gleich zu sezen ist, wenn er selbst Andern verbindlich wird, den Unmündigen aber, wo Andere ihm verbindlich werden. Eine nothwendige Folge aus dem erstern Theil die-

ses Sakes aber ist, daß wenn der gerichtlich erklärte Verschwender Andern verbindlich wird, nicht einmal eine objective natürliche Verbindlichkeit entsteht, wie bey Unmündigen, welche ohne Auctorität ihres Tutors Andern verbindlich geworden sind, und daß somit auch, wenn er ohne Einwilligung seines Cura-tors eine Verbindlichkeit auf dem Wege der Nova-tion übernimmt, die frühere durchaus nicht aufgehoben wird (§. 72.).

§. 89.

Nähere Untersuchung der Frage: In wie weit Verschwender ex delicto vel quasi delicto verbindlich werden?

Eine nähere Untersuchung verdient aber noch die Frage: In wie weit die Verschwender ex delicto vel quasi delicto verbindlich werden? Hiefür weiß ich nun freilich, leider! keine Stellen des römischen Rechts anzuführen, und wir müssen uns daher hier lediglich an die Analogie halten. Daß nun der gerichtlich erklärte Verschwender nicht in jeder Beziehung dem Wahnsinnigen gleich zu setzen ist, daß er somit auch nicht in jeder Beziehung als der Willensfreiheit beraubt — als unfrey — anzusehen seye, habe ich bereits gezeigt. Sollte nun aber der Verschwender in Beziehung auf die Verbindlichkeiten ex delicto vel quasi delicto als Wahnsinniger, somit als rein unzurechnungsfähig — in Hinsicht auf Strafe und Er-satzpflichtigkeit — anzusehen seyn (§. 53.)? so würde man wohl eben damit behaupten, daß durch die Prodigalitäts-Erklärung dem Verschwender ein Freybrief für alle Vergehen und Verbrechen ertheilt werde, und aus dem dem Verschwender wider seinen Willen aufgedrungenen Staats- und Rechts-Schutz würde eine allgemeine Rechts-Unsicherheit für jeden Andern

entstehen. Will man nun diese Ungereimtheit vermeiden, so bleibt nichts übrig, als ihn in der vorliegenden Beziehung den Unmündigen der Mündigkeit nähern (§§. 53. u. 54.) und den Minderjährigen (§. 82.) gleich zu setzen. Auch würde ich ihm in Hinsicht auf Privat-Geldstrafen die Begünstigung der Minderjährigen zu gut kommen lassen; zwar nicht deswegen, weil ich ihm die Restitution der Minderjährigen zusprechen möchte (wenn dies gleich so ziemlich die gemeine Meinung ist, welche aber durch die hiefür angeführten

Fr. 8. §. 2. Fr. 11. D. de rebus eorum, qui substitut. (27, 9.) Fr. 15. §. 1. D. de curat. fur. (27, 10.) et Constit. 3. C. de in integr. restitut. (2, 22. vgl. §. 77.)

nicht bestätigt wird, und meiner Ansicht nach der reinen Theorie des römischen Rechts ganz entgegen ist) sondern lediglich — ex paritate rationis.

## Siebente Abtheilung.

Von der Verbindlichkeit der Bürgen namentlich in Beziehung auf eine bloß natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners.

Auch für bloß natürliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners kann Bürgschaft geleistet werden.

Dass auch für bloß natürliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners Bürgschaft geleistet werden könne, behaupten

**Ulpian, Fr. 6. §. 2. D. n.**  
de fidej. (46, 1.)

„Adhiberi autem fidejus-  
„sor tam futurae, quam  
„praecedenti obligationi  
„potest: dummodo sit  
„aliqua, vel *naturalis*  
„futura obligatio.“

**Julian, Fr. 7. D. ej. tit.**

„Quod enim solutum re-  
„peti non potest, conve-  
„niens est, *hujus natu-*  
„*ralis obligationis fide-*  
„*jussorem accipi posse“*

und

**Fr. 16. §. 3. D. ej. tit.**

„Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obli-  
„gatio civilis vel *naturalis*, cui applicatur.“

Die merkwürdigste Stelle aber ist der

**§. 1. J. de fidej. (3, 20.)**

welcher aus Gaius

Comment. L. III. §. 118. et 119. p. 247. et 248.  
aber fehlerhaft, nämlich der Nachsatz ohne den Vor-  
dersatz, entnommen ist, und welchen ich daher vorerst  
aus seiner Quelle ergänzen werde.

### §. 91.

Erläuterung des §. 1. J. de fidej. (3, 20.)

Gaius

§. 118. „Sponsoris vero et fideipromissoris simi-  
„llis est conditio.“ §. 19. „Nam illi quidem nul-  
„lis obligationibus accedere possunt, nisi verbo-  
„rum: *quamvis interdum ipse, qui promiserit, non*  
„*fuerit obligatus, veluti si aut pupillus sine tu-*  
„*toris auctoritate, aut quilibet post mortem suam*  
„*promiserit.* At illud quaeritur, si servus aut pe-  
„regrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fi-  
„deipromisor obligetur.“ Nun folgt erst der Pa-  
ragraph der Institutionen, welcher bey Gaius also  
beginnt: „Fidejussor vero omnibus obligationibus,

„id est sive re sive verbis, sive litteris, sive con-  
„sensu contractae fuerint obligationes, adjici pot-  
„est.“ welche Stelle in den Institutionen mit dem  
proœm. auf folgende Art in Verbindung gesetzt wurde:  
„In omnibus autem obligationibus adsumi pos-  
„sunt (fidejussores) id est etc.“ bis „adjici potest,“  
wie bey Gajus. Die folgende Stelle ist sodann  
wieder wörtlich aus Gajus entnommen. „At ne il-  
„lud quidem interest, utrum civilis an *naturalis*  
„sit obligatio, cui adjiciatur fidejussor: adeo qui-  
„dem, ut pro servo quoque obligetur, sive extra-  
„neus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive  
„ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debeat-  
„tur“ (Gaj. statt der letztern beiden Worte bloß  
„debetur“). Diesen Paragraphen fand bereits Theos-  
philus in seiner Paraphrase einer genaueren Be-  
achtung und Bemerkung würdig. Den Anfang der-  
selben habe ich schon oben (§. 37.) gegeben, und  
fahre daher hier nur fort, wo ich dort abgebrochen  
habe:

„Καὶ τοὺς δοθέντας ἐγγυη-  
„τὰς Φύσει καὶ νόμῳ κρατεῖ-  
„σθαι· πανών γάρ ἐσιν ὁ λέ-  
„γων, ὃν δι πρωτότυποι Φύ-  
„σει κρατοῦνται, τόντων δι  
„ἐγγυητῶν καὶ Φύσει καὶ νό-  
„μῳ ἐνέχονται· τοιοῦτος  
„ἐσιν ὁ πόντιλλος sine tu-  
„toris auctoritate δανει-  
„σάμενος· ἀυτὸς μὲν γάρ  
„Φύσει κρατεῖται· ὁ δὲ ἐγ-  
„γυησάμενος ἀυτὸν καὶ Φύ-  
„σει καὶ νόμῳ. Ἐπειδὴ σοι  
„τάντα

„Et quod fidejussores da-  
„ti natura et lege tenean-  
„tur. Est enim regula  
„dictans: quorum prin-  
„cipales natura tenen-  
„tur, horum fidejusso-  
„res et natura et lege te-  
„nentur. Hujusmodi  
„est pupillus sine tuto-  
„ris auctoritate mutua-  
„tus: ipse enim natura  
„tenetur; sed pro eo si-  
„dejubens et natura et  
„lege.

„τὰυτα προτεθεώρηται, ὅρα  
 „λοιπὸν τὸ προκείμενον· ἐι-  
 „ρήκαμεν. ὅτιὸν μόνον ἐπὶ πο-  
 „λιτικαῖς ἐνοχαῖς, ἀλλὰ καὶ  
 „ἐπὶ Φυσικαῖς, δρῶσις ἐγγυ-  
 „ητὴς παραλαμβάνεται· Φυ-  
 „σικὰς δὲ λέγω ἐνοχὰς, διον  
 „έαν ὁ ὄμετης ἐνοχος γενό-  
 „μενος τῷ μὴ δεσπότῃ (Φυ-  
 „σικῶς δηλονότι, ὃνδε γὰρ  
 „ἐνόμως ἐνδέχεται) δῶς ἐγ-  
 „γυητὴν ἔιτε τῷ ἐξωτικῷ ἔι-  
 „τε τῷ ὄμετῳ δεσπότῃ, ὑπὲρ  
 „ῶν ἐπώφλησεν ἀντῷ πραγ-  
 „μάτων πρατεῖται οὖν ὁ ἐγ-  
 „γυητὴς καὶ Φύσει καὶ νόμῳ,  
 „διὰ τὸ τὸν πρωτότυπον, του-  
 „τέσι τὸν ὄμετην, Φύσει κα-  
 „τέχεσθαι.“

„lege. Postquam tibi  
 „haec sunt praecognita,  
 „vide reliquum argu-  
 „mentum. Diximus, non  
 „solum in civilibus, sed  
 „etiam in naturalibus  
 „obligationibus fidejus-  
 „sorem recte accipi. Na-  
 „turales autem dico obli-  
 „gationes, veluti si servus  
 „obligatus non domino  
 „aut etiam ipsi domino  
 „(naturaliter scilicet, nec  
 „enim civiliter potest)  
 „fidejussorem det, sive  
 „extraneo sive domino  
 „suo, pro rebus, quas ei  
 „dehebat, tenetur ergo  
 „fidejussor et natura et  
 „lege, quoniam princi-  
 „palis, id est servus, natura obligatur.“

## §. 92.

Fortsetzung. Beweis, daß der Bürge auch für eine bloß  
 objective natürliche Verbindlichkeit haftet.

Betrachten wir nun vorerst die aus ihrer Quelle  
 ergänzte Institutionen-Stelle. Gaius belehrt uns,  
 diejenige besondere Art von Bürgen, welche man  
 sponsores — daher quia interrogati sunt: *idem*  
*dari spondes?* und diejenigen, welche man expro-  
 missores, daher quia interrogati sunt: *idem fidei-  
 promittis?*

Comment. L. III. §. 116. p. 246.

nannte, stehen einander ganz gleich. Denn beide können sich nur für solche Verbindlichkeiten, welche durch förmliche wörtliche Erklärungen — Frage und Antwort — entstehen — verborum obligationes — verbürgen.

Vergl. Comment. L. III. §. 92. p. 236. u. 237. tot  
tit. I. de V. O. (3, 15.)

Doch werden sie in Beziehung auf die verborum obligationes schon dann verbindlich, wenn gleich derjenige, für welchen sie verbindlich geworden, es selbst nicht geworden seye, z. B. wenn ein Unmündiger ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingegangen, oderemand erst nach seinem Tode etwas zu geben oder zu leisten versprochen habe, welch' letztere Stipulation nach dem früheren,

Gaius Comment. L. III. §. 100. p. 240. u. 241.  
von Justinian

Const. ii. 13. u. 15. C. de contr. stipul. (8, 38.)  
vergl. auch §. 13. J. de inutil. stipul. (3, 19.)

aber aufgehobenen, Rechte ungültig war. Nur darüber seye man noch nicht einig gewesen, ob die sponsores und fideipromissores auch für Sklaven und Fremde (Nichtrömer) verbindlich werden können? Dagegen aber seye die Verbindlichkeit derjenigen besondern Art von Bürgen, welche man fidejussores, daher: qui interrogati sunt: „*Idem fide tua esse jubes?*“

Comment. L. III. §. 116. p. 246.

nannte, für alle Verbindlichkeiten des Haupt-Schuldners verbindlich geworden, und ihre Verbindlichkeit habe sich nicht bloß auf „verborum obligationes“ beschränkt, ja daß diese selbst für einen Sklaven und Fremden sich gültig verbürgen können, seye nie bezweifelt worden. Nachdem nun aber die verschiedenen

rechtlichen Wirkungen der verschiedenen Formeln, durch welche eine verborum obligatio eingegangen werden konnte,

Gaius, Comm. L. III. §. 92. u. 93. p. 236—238.  
§. 115. u. 116. p. 246.

durch die Leoninische Verordnung

Const. 10. C. de contr. stipul. (8, 38.)

„Omnes stipulationes, etiam si non sollemnibus,  
„vel directis, sed quibuscumque verbis consensu  
„contrahentium compositae sunt, vel legibus cogni-  
„tae, suam habeant firmatatem“

vergl. auch §. 1. J. de V. O. (3, 15.) u. §. 8. J.  
de fidej. (3, 20.)

aufgehoben wurden, diesemnach also die verschiedenen Arten von Bürgen, nämlich sponsores, fideipromissores und fidejussores aufgehört hatten, und nur noch Letztere vorhanden waren, so wurde nun die Stelle des

Gaius Comm. L. III. §. 115. p. 246.

„Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari: quorum alias sponsores, alias fideipromissores,  
„alias fidejussores appellamus“ in dem

proem. J. de fidej. (3, 22.)

in folgenden Satz umgewandelt: „Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur.“ Die

§§. 116—118. l. c. p. 246. u. 247.

aber wurden ganz weggelassen, und von dem

§. 119. p. 247. u. 248.

der erste von dem sponsore und fideipromissore handelnde Satz, wobei aber die Verfasser der Institutionen offenbar übersehen hatten, daß der letztere Satz einen Gegensatz in Beziehung auf die natürliche Verbindlichkeit enthält, welcher ohne den Vor-

dersatz offenbar unverständlich ist. Diese Lücke fühlte nun auch Theophilus, und gab sich Mühe, sie möglichst im Sinne der Quelle zu ergänzen. — Daraus nun, daß die Institutionen dasjenige, was der Nachsatz von der natürlichen Verbindlichkeit enthält, aufgenommen haben, ist aber mit aller Zuverlässigkeit zu schließen, daß sie den Bordersatz nur des sponsoris und sideipromissoris wegen nicht aufgenommen haben, und daß somit die Sache des Gajus in Beziehung auf die natürliche Verbindlichkeit und das Haften des Bürgen für eine solche durch die Justinian'sche Gesetzgebung nicht abgeändert wurden. Offenbar hatte nun aber Gajus, wenn er behauptet, daß der Bürg eines Unmündigen für eine Verbindlichkeit desselben, welche er ohne Auctorität seines Tutors eingegangen, hafte, nur die objective natürliche Verbindlichkeit (§. 72.) im Auge, — und von dieser bloß objectiven Verbindlichkeit ist nun auch die Regel des Theophilus zu verstehen, nach welcher der Bürg für eine natürliche Verbindlichkeit nicht bloß natürlich, sondern auch bürgerlich verbindlich ist. Diese Regel nun, welche auf den ersten Anblick wirklich etwas Auffallendes hat, kann uns, wenn wir tiefer in die Sache eingehen, unmöglich befremden. Denn da die Bürgschaft nur unter einer, ein Klagerecht ertheilenden Modalität, seye es nun verborum oder litterarum obligatio, constitutum oder mandatum, eingegangen werden kann, so tritt bey dem Bürgen durch Hinzutritt des aus der Bürgschafts-Form hervorgehenden Klagerechts zu der ursprünglich bloß objectiven und erst bey ihm subjectivirten natürlichen — eine bür-

gerliche Verbindlichkeit ein; und ich glaube nunmehr den Satz: daß der Bürge auch für eine bloß objective, so wie für eine sub- und objective natürliche Verbindlichkeit, auch bürgerlich haftet — als einen erwiesenen — aufstellen zu dürfen.

§. 93.

In wie weit der Bürge eines Wahnsinnigen oder gerichtlich erklärt Verschwinders verbindlich werde?

Natürlich aber wird der Bürge, welcher sich für die von einem Wahnsinnigen oder von einem gerichtlich erklärt Verschwinderen, diesem in der vorliegenden Beziehung gleichgeachteten (§. 88.) Verschwender eingegangene Verbindlichkeit verbürgt hat, nicht verbindlich, weil hier nicht einmal eine objective natürliche Verbindlichkeit (§. 72.) entsteht. Damit stimmen nun auch

Ulpian Fr. 6. D. de V.  
O. (45, 1.)

„Is cui bonis interdic-  
„tum est, stipulando  
„sibi adquirit: tradere  
„vero non potest, nec  
„promittendo obligari,  
„et ideo nec fidejussor  
„pro eo intervenire  
„poterit, sicut nec pro  
„furioso.“

Gaius Fr. 70. §. 4. D.  
de fidej. (46, 1.)

„Si a furioso stipulatus  
„fueris, non posse te  
„fidejussorem accipere,  
„certum est: quia non  
„solum ipsa stipulatio  
„nulla intercessisset, sed  
„ne negotium quidem  
„ullum gestum intelli-  
„gitur. Quod si pro  
„furioso jure obligato  
„fidejussorem accepe-  
„ro, tenetur fidejussor“

überein. Der furiosus jure obligatus ist aber der ex re oder in quantum locupletior factus est (§. 69.) — obligatus. Von dieser Regel macht natürlich

aber derjenige Bürge, qui sciens prudensque et  
consulto consilio, d. h. gerade deswegen, weil der  
Wahninnige oder Verschwender sich nicht verbindlich  
machen konnte, somit auch, wie Ulpian

Fr. 9. §. 5. D. de SCto Macedon. (14, 6.)  
sich ausdrückt, donandi animo — sich verbürgt hat,  
eine Ausnahme. Wie nun aber mit der obigen Re-  
gel die Stelle Ulpians:

Fr. 25. D. de fidej. (46, 1.)

„Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tu-  
„toris auctoritate obligato, prodigove vel furioso  
„fidejusserit: magis esse, ut ei non subveniatur,  
„quoniam his mandati actio non competit“ zu  
vereinigen sey? bedarf noch einer näheren Untersu-  
chung. (In Beziehung auf die Worte von „quo-  
niam“ bis zum Ende habe ich hier noch zu bemerken,  
dass die „Basiliken“ sie durch den Satz:

L. XXVII. tit. 1. §. 25. (Ed. Fabr. Tom. IV.  
P. 99.)

„οὐκ ἔχει δὲ κατ' αὐτῶν τὴν „τῆς ἐγγύης ἐνοχὴν“	„non habet autem con- „tra eos mandati actio- „nem“
--	---

wieder geben, während die Worte unserer Stelle,  
und namentlich das „quoniam“, wenn man es auf  
das „subveniatur“, und zwar als Grund — Motiv  
— des „subveniatur“ bezieht, einen weit besseren  
Sinn geben.) Aus dieser Stelle, in welcher Mar-  
cellus und sein Referent Ulpian die Unmündigen,  
Wahninnigen und gerichtlich erklärten Verschwender  
in Eine Klasse setzen, könnte man nehmlich zweierley  
schließen, entweder — Marcellus behauptet, dass auch  
der Bürge eines Wahninnigen oder gerichtlich er-  
klärten Verschwenders verbindlich werde, was wenig-  
stens eine objective natürliche Verbindlichkeit von

Seite der Hauptshuldner voraussehen würde, oder — und dieser letztere Schluß wird auch gewöhnlich daraus gezogen — daß der Bürge eines Unmündigen, welcher ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingegangen, gleich dem Bürgen eines Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwenders nicht verbindlich werde. Allein beide Folgerungen sind offenbar etwas zu rasch und trüglich. Denn man betrachte doch einmal diese Stelle genauer, so wird man finden, daß Marcellus nicht die Frage: ob die Bürgen der Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender verbindlich werden? sondern nur die: ob ihnen, wenn sie verbindlich geworden, deswegen, weil sie den Rückgriff gegen den Hauptshuldner nicht nehmen können (§. 101.), von der Verbindlichkeit loszuzählen seyen? beantwortete — und diese Frage, in Beziehung auf welche er die Unmündigen, Wahnsinnigen und gerichtlich erklärten Verschwender wohl in Eine Klasse setzen konnte, verneinte.

§. 94.

Von dem Einfluß der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der Minderjährigen auf die Verbindlichkeit ihrer Bürgen.

Welchen Einfluß aber die Restitution eines Minderjährigen auf die Verbindlichkeit seines Bürgen äußere? ist genauer zu untersuchen. Aus der Stelle des Paulus,

Rec. Sent. 1, 9, 6.

„Qui sciens prudensque se pro minore obligavit,  
„si id consulto consilio fecit, licet minori succur-  
„ratur, ipsi tamen non succurretur“ — hat man  
die Folgerung gezogen, daß Paulus im Gegensahe  
behauptet: „Qui nescius et imprudens se pro  
„minore obligavit, si id inconsulto fecit, minori

„et ipsi succurretur.“ Dass aber dieser Gegensatz aus der Stelle des Paulus nicht folge, glaube ich aus einer Stelle Ulpian's,

Fr. 13. pr. D. de min. XXV. annis (4, 4.) erweisen zu können: „In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt: utputa fidejussoribus. Itaque cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est aequum, fidejussori in necem meam subveniri; sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fidejussori, nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur. Unde tractari potest: minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an et adversus fidejussorem implorare debeat? Et puto tutius, adversus utrumque.“ Hier untersucht nehmlich Ulpian die Frage: Ob die Restitution eines Minderjährigen nicht nur ihm selbst, sondern auch seinem Bürger zu gut komme? und stellt vorerst den Satz auf: dass wenn der Bürger sich gerade deswegen für einen Minderjährigen verbürgt habe, weil der Gläubiger sich mit diesem — als solchem — nicht habe einlassen wollen, von einer Restitution des Bürgen keine Rede seyn könne, ja hiefür nicht einmal Billigkeits-Gründe vorliegen. Dies gerade behauptet nun auch Paulus. Nun geht aber Ulpian darauf über: dass überhaupt der Prætor bey Ertheilung der Restitution in reife Erwägung zu ziehen habe: wem diese zu ertheilen seye? ob dem Gläubiger oder

dem Bürgen? Bey dem mandator, d. h. demjenigen, welcher den Gläubiger zur Eingehung der Verbindlichkeit mit einer bestimmten Person veranlaßt hat (§. 103.), könnte dies wohl keinem Bedenken unterliegen, denn dieser sehe zunächst als intellectueller Urheber des Rechtsgeschäfts anzusehen. Ueberhaupt aber komme hier die Frage zur Sprache: Ob der Minderjährige nicht bloß gegen den Gläubiger, sondern auch gegen den Bürgen die Restitution nachzusuchen habe? was er, Ulpian, jedenfalls für das sicherste halte. Betrachten wir nun namentlich das Ende dieser Stelle genauer, so finden wir, daß Ulpian die vorliegende Frage nicht sowohl an und für sich, sondern vielmehr in Beziehung auf die dem Bürgen zustehende Rückgriffs-Klage gegen den Minderjährigen, durch welche offenbar auch der ganze Zweck der Restitution vereitelt werden könnte, erwogen hat. Ulpian nehmlich bezweifelt: ob die in Beziehung auf die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte Restitution des Minderjährigen auch auf die nicht aus jenem Rechtsgeschäft entspringende, und somit von diesem verschiedene Klage des Bürgen wirke, — und daher ertheilt er dem Minderjährigen den Rath, gegen den Gläubiger sowohl als gegen den Bürgen Restitution nachzusuchen. In diesem Rath aber liegt zugleich das ausdrückliche Anerkenntniß, daß die gegen die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte Restitution dem Bürgen nicht zu gut komme; denn käme sie ihm zu gut, so wäre ja der Minderjährige schon durch die gegen die Haupt-Verbindlichkeit ertheilte geschützt. Von gleichen Grundsäzen geht nun auch ein früheres Rescript der Imperatoren Severus und

Antonin (Septimius Severus und Caracalla, war dieses wohl Ulpian bekannt oder nicht?) aus,

Const. 1. C. de fidej. min. (2, 24.)

„Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emtori, cui praedium ex bonis paternis vendidisti, praestare non cogebis. Sed ea res fidejussores, qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare mandati judicio, si pecuniam solverint, aut condemnati fuerint, convenieris: modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non juvaberis.“ Ganz bestimmt aber spricht ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maximian

Const. 2. C. ej. tit.

den Satz aus; daß die dem Minderjährigen ertheilte Restitution dem Bürgen nicht zu gut komme. „Si ea, quae tibi vendidit, possessiones interposito decreto praesidis aetatis tantummodo auxilio juvatur, non est dubium, fidejussorem ex persona sua obnoxium esse contractui: verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse: manifesti juris est, utrique personae tam venditricis, quam fidejussoris consulendum esse.“ Hier unterscheidet nehmlich das Rescript ganz bestimmt zwischen den beiden Fällen, wenn der Minderjährige bloß aetatis auxilio, d. h. lediglich auf den Grund seiner Subjectivität, und wenn er communi — civili — auxilio et mero jure (§. 81.), also aus objectiven Gründen geschützt ist, und läßt nur im letzteren Falle, wo nehmlich ob dolum emtoris, also wegen eines objectiven Grundes die Restitution gegen die Verbindlichkeit selbst, und nicht bloß gegen die Person des Verbindlichen ertheilt wurde, diese auch gegen den Bürgen wirken. Hieraus aber

ergibt sich nun zugleich auch ein weiterer Beleg des Saches: daß nach der Restitution des Minderjährigen immer noch eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe (§. 85.).

§. 95.

Fortsetzung: Erläuterung des Fr. 95. §. 3.

D. de solut. (46, 3.)

So klar aber dies Alles ist, so hat man doch zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht eine Stelle Papinians

Fr. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3.)

angeführt, und wir haben daher noch zu untersuchen, ob denn wirklich diese Stelle mit dem bisherigen Erfund unserer Untersuchung im Widerspruche stehe? Sie lautet, wie folgt: „*Quod vulgo jactatur fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari: totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio inventur.* Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur: è contrario non potest dici „non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. „Nam si minori XXV. annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fidejussore: difficile est dicere causam juris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fidejussor is accessit sine contemplatione juris Praetorii. Auxilium igitur restitutio-„nis fidejussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.“ Dass diese Stelle, so wie sie vorliegt, etwas unverständlich seye,

gebe ich recht gerne zu, und man fühlt auch wohl, daß sie in der Lesart verdorben ist. Doch hier helfen uns die „Basiliken“ aus der Noth, und auf den richtigen Weg:

L. XXVI. tit. 5. §. 95. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 163.)

,,Τὸ λεγόμενον, ὅτι οὐληρο-  
,,νομῶν ὁ ἐγγυητὴς τὸν χρε-  
,,ώνην ἐλευθεροῦται τῆς  
,,ἐγγύης, τότε ἀληθές ἔτιν,  
,,ὅτε πλειων ἀυτῆς εἰχεν ἡ  
,,πρωτότυπος, ἐι γὰρ ὁ ἐνα-  
,,γόμενος Φύσει μόνον ἔνει-  
,,χετο, δικι ἀπόλλυται· ἐι δὲ  
,,προσωπικὴν βοήθειαν ἔ-  
,,χεν ὁ χρεώσης, ἀπόλλυ-  
,,ται ἡ ἐγγύη ἔαν γὰρ ὁ ἀ-  
,,Φῆλιξ, δικαιοσάμενος ἀπο-  
,,λέση τὰ νομίσματα, καὶ ὁ  
,,ἐγγυητὴς ἀυτοῦ οὐληρονο-  
,,μῆση, ἔχει καὶ ἀυτὸς ἔισω  
,,τοῦ ὠρισμένου χρόνου τὴν  
,,ἀποκατάστασιν.“

---

,,ipse quoque intra constitutum tempus auxilium  
,,restitutionis implorabit.“

Vergleichen wir nehmlich diese Stelle mit der obigen, so finden wir, daß zwischen den Worten „reus“ und „duntaxat“ des zweiten Sahe das Wort „natura“, — sodann zwischen den Worten „fidejussor“ und „liberabitur“ das Wort „non“ aussen geblieben ist. Denn sezen wir diese beiden Worte an den angezeigten Orten bey, streichen wir sodann die Worte „retinere fidejussoris obligationem“ im dritten Sahe, da, wo sie stehen, weg, und sezen wir

,,Quod vulgo dicitur,  
,,fidejussorem, qui de-  
,,bitori heres extitit, li-  
,,berari obligatione si-  
,,dejussoria, tunc ve-  
,,rum est, cum plenior  
,,ea est obligatio prin-  
,,cipalis: nam si reus  
,,natura duntaxat fuit  
,,obligatus, non tolli-  
,,tur fidejussoris obli-  
,,gatio, si vero debitor  
,,personale auxilium  
,,habuit, tollitur. Nam  
,,si minor mutuam pe-  
,,cuniam, quam accepit,  
,,perdiderit, et fidejus-  
,,sor heres ei exstiterit,

sie hinter die Worte „juris praetoriū“ so gibt die Stelle der Digesten ganz denselben Sinn wie die Basiliken-Stelle. — Doch ich gehe nun zur Erklärung dieser Stelle selbst über. Im Eingange derselben bemerkt Papinian, der Satz: daß wenn der Bürge den Hauptschuldner beerbe, die Bürgschafts-Verbindlichkeit erlösche, weil der Bürge durch die Beerbung des Hauptschuldners ja selbst Hauptschuldner werde, sey nicht immer, sondern nur dann richtig, wenn auch der Hauptschuldner bürgerlich verbindlich gewesen sey (quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur; denn daß das Wort „rei“ zu „promittendi“, und das Wort „plenior“ zu „obligatio“ gehöre, werde ich wohl nicht erst bemerken dürfen; bemerkenswerth scheint mir aber, daß hier Papinian die bürgerliche Verbindlichkeit im Gegensatz gegen die natürliche — als eine obligationem pleniorem, d. h. als eine Verbindlichkeit mit voller — im Gegensatz gegen eine mit bloß beschränkter Wirkung bezeichnet). Unrichtig aber sey dieser Satz, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners eine bloß natürliche gewesen seye. Be trachten wir nun diesen Satz erst an und für sich, und in rein arithmetischer Beziehung, so werden wir denselben sehr richtig finden. Daß nehmlich der Bürge auch da, wo eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit des Hauptschuldners statt findet, bürgerlich verbindlich werde, haben wir bereits oben (§§. 91. u. 92.) gesehen. Gesetzt nun: der Hauptschuldner war bloß natürlich verbindlich, oder es war eine bloß objective, und nicht zugleich auch subjective natürliche Verbindlichkeit des Haupt schuldners vorhanden, so kanir nur diese von

der klagbaren Verbindlichkeit abgezogen werden, und es bleibt somit immer die klagbare Verbindlichkeit des Bürgen zurück, d. h. die volle Wirkung bleibt immer, wenn wir auch die beschränkte Wirkung hier von abziehen. Wenn also der Bürge des Hauptschuldners nicht auch zugleich als dessen Erbe bürgerlich verbindlich wird, so bleibt er es als Bürge. — Den ersten Fall, wo die Verbindlichkeit des Bürgen durch die Beerbung des Hauptschuldners erlischt, erläutert nun Papinian durch folgendes Beispiel: Wenn ein Minderjähriger von Jemand in gutem Glauben ein Darlehen erhalten, das dargeliehene Geld aber zwecklos durchgebracht habe, und dann noch innerhalb der Restitutions-Frist mit Hinterlassung seines Bürgen als Erben sterbe, so sei offenbar die Bürgschafts-Verbindlichkeit des Erben dadurch, daß er als Erbe nunmehr auch Hauptschuldner geworden, erloschen, und als Erbe des Minderjährigen könne er sich restituiren lassen (§. 85.). In diesem Beispiel wird nun aber offenbar ein Minderjähriger, welcher keinen Curator hatte, und nicht bloß ein solcher, welcher ohne Einwilligung seines Curators ein Darlehen erhielt, vorausgesetzt (§. 79.). Denn ein Minderjähriger, welcher einen Curator hatte, und bloß ohne dessen Einwilligung ein Darlehen aufnahm, konnte, da er die Rechte des Unmündigen hatte, nicht restituirt werden (§. 81.). Ein Minderjähriger aber, welcher keinen Curator hatte, wurde nicht nur natürlich, sondern bürgerlich verbindlich, und somit wurde nun auch die bürgerliche Verbindlichkeit des Erben als Bürgen durch die bürgerliche Verbindlichkeit des Erben — als Hauptschuldners aufgehoben, d. h. er konnte nicht mehr als Bürge, sondern bloß

noch als Hauptschuldner, oder vielmehr als Erbe des Hauptschuldners angesehen werden, und als solchem stand ihm nun auch die Restitution zu. Doch es sey mir erlaubt, nunmehr auch den letzteren Fall durch ein Beispiel zu erläutern. Gesetz, der Minderjährige, welcher keinen Curator hatte, und ein Darlehen erhielt, welches er zwecklos verwendete, wurde noch zu seinen Lebzeiten restituirt. Durch die Restitution wurde nun die frühere bürgerliche Verbindlichkeit desselben zu einer bloß objectiven natürlichen (§. 85.) herabgedrückt, und als solche konnte sie nun auch die volle Verbindlichkeit des Erben als Bürge nicht aufheben. Er bleibt somit bürgerlich als Bürge, und natürlich als Erbe verbindlich. Gesetz nun auch, er wollte in seiner Eigenschaft als Erbe die Restitution nachsuchen, so würde ihn diese nichts nützen, da er ja immer noch als Bürge bürgerlich verbindlich ist. Die Stelle Papinians also weit entfernt — den Satz: daß dem Bürge des Minderjährigen die dem Minderjährigen ertheilte Restitution nicht zu Statuten komme, — zu bestreiten, oder ihm zu widersprechen, dient vielmehr gerade als Beleg desselben.

### §. 96.

Weitere Belege für den Satz: daß der Bürge auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit bürgerlich verbindlich werde.

a) Scavola Fr. 60. D. de fidej. (46, 1.).

Nun erst wird uns auch die Stelle des Scavola Fr. 60. D. de fidej. (46, 1.)

Ilar: „Ubiunque reus ita liberatur a creditore, „ut natura debitum maneat teneri fidejussorem, „respondit, cum vero genere novationis transeat,

*fidejussorem aut jure, aut exceptione liberari;*“ denn im ersten Satz behauptet Scavola ganz allgemein, daß, wo der Haupt-Schuldner lediglich durch seine Subjectivität gegen die Verbindlichkeit geschützt seye, wo also immer noch, wie bey dem Unmündigen, der ohne Auctorität seines Tutors verbindlich geworden, oder bey dem Minderjährigen, der keinen Curator hat, und gegen die eingegangene Verbindlichkeit sich restituiren ließ — eine objective natürliche Verbindlichkeit zurückbleibt (§§. 72. u. 85.) — der Bürge verbindlich bleibe. Daß aber da, wo die Verbindlichkeit des Haupt-Schuldners selbst, nämlich — objectiv erlosche, wie dies bey der Novation, qua tollitur — perimitur prior obligatio, quia transit in aliam — nach Ulpian

Fr. 1. pr. D. de novat. (46, 2.) §. 3. I. quib. mod. toll. oblig. (3, 29)

auch die Bürgschafts-Verbindlichkeit erlosche, womit dann auch das Diocletian'sche Rescript (§. 94.) übereinstimmte.

### §. 97.

b) Paulus Fr. 68. D. de R. J. (50, 17.)

Hiemit stimmt nun auch Paulus

Fr. 68. D. de R. J. (50, 17.)

überein: „In omnibus causis id observatur, ut, ubi „personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat: ubi vero „genus actionis id desiderat ibi, ad quemvis „persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio „auxilii,“ welche Stelle die „Basiliken“ kürzer so geben:

E. II. tit. 3. §. 68. p. 15. (Witte Basil. tit. de R. J.  
Wratisl. 1826.)

„Τὰ προσώποις ὑπάρχοντα  
„προνόμια, σβέννυται ἀν-  
„τοῖς τοῖς προσώποις, τὰ δὲ  
„προσόντα ταῖς ἀγωγαῖς,  
„πρὸς πάντας μετέρχεται.“

„Personis competentia  
„privilegia, cum ipsis  
„personis extinguuntur;  
„quae vere actionibus in-  
„sunt, ad omnes tran-  
„seunt.“ — Denn auch

Paulus behauptet, daß da, wo die bloße Subjectivität Jemand einen Rechts-Schutz ertheile, dieser lediglich auf diejenigen Subjecte, welchen er in Betracht ihrer Subjectivität ertheilt worden, zu beschränken, ein aus objectiven Gründen ertheilter aber Federmann zu gut komme.

§. 98.

c) Gaius Fr. 7. D. de except. (44, 1.)

Hieran ist nun auch noch folgende Stelle des

Gaius Fr. 7. D. de except. (44, 1.)

anzureihen. „Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti (ea) quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori: sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus, in solidum dotis nomine condemnatur. §. 1. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competit: ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori. Intercessio nis quoque exceptio: item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fidejussori competit. Idem dicitur et si pro filios familias quis fidejusserit, aut pro minore XXV. annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante-

„habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio.“ Gehen wir nun zur Erklärung dieser Stelle über: zu dem Worte „exceptiones“, möchte ich, wie die unten (§. 99.) vorkommende

Const. 11. C. de except. (8, 38.)

sich ausdrückt, noch die Worte „et defensiones“ beisezen, indem man z. B. den Rechts-Schutz des Unmündigen, welcher ohne Auctorität seines Tutors eine Verbindlichkeit eingieng, so wie den des Minderjährigen, welcher keinen Curator hatte, und gegen eine von ihm eingegangene Verbindlichkeit restituirt wurde, nicht wohl „exceptio“, wohl aber „defensio“ nennen kann. Doch auf die defensiones kommt Gaius am Ende unserer Stelle. Hier behandelt er nun die persönlichen, d. h. lediglich auf den verbindlichen Haupt-Schuldner vermöge seiner Subjectivität anwendbaren Einreden, und unter diese zählt er die exceptio in id, quod facere possit, die sogenannte exceptio competentiae — Einrede des nothdürftigen Unterhalts, wovon

Ulpian Fr. 16 — 18.

Paulus Fr. 19. 21. 23. u. 25.

Modestin Fr. 20.

und

Pomponius Fr. 22. u. 24.

und behauptet, daß diese dem Bürgen nicht zustehet, worin Ulpian

Fr. 63. §. 1. D. pro soc. (17, 2.)

und Pomponius

Fr. 24. pr. sup. cit.

mit ihm übereinstimmen. Von den persönlichen Einreden geht er nun auf die objectiven Einreden, d. h.

auf die Einreden gegen die Sache, "gegen die Verbindlichkeit selbst, nicht gegen die Person des Verbindlichen über, welche er exceptiones rei cohaerentes nennt. Unter diesen führt er nun auch die exceptio SCti Vellejani und SCti Macedoniani auf, letztere beide dürften nun aber in Beziehung auf die Frage: ob sie nicht vielmehr den persönlichen — subjectiven — Einreden, als den objectiven beizuzählen seyn möchten? etwas Bedenken erregen. Denn die exceptio SCti Vellejani kommt doch dem volljährigen Frauenzimmer in ihrer Eigenschaft — als Frauenzimmer, vergl. die Worte des SC. aufbewahrt von Ulpian

Fr. 2. §. 1. D. ad SCtum Vellej. (16, 1.)

und die des SCti Macedoniani dem Haussohn in seiner Eigenschaft als Haussohn, vergl. die Worte des SC. aufbewahrt von Ulpian

Fr. 1. pr. D. de SCto Maced. (14, 6.)

folglich aus einem lediglich subjectiven Grunde zu. Da sie aber nicht alle, sondern nur zunächst Eine Art von Verbindlichkeiten berühren (was freilich bey der „exceptio in id, quod facere potest,“ welche nur gegen gewisse Arten von Verbindlichkeiten gerichtet ist, auch der Fall ist, welche aber doch den persönlichen subjectiven Einreden beigezählt wird), so scheinen sie die römische Jurisprudenz und in Uebereinstimmung mit dieser auch die Justinianeische Gesetzgebung, vermdge ihrer objectiven Einseitigkeit als objective Einreden angesehen zu haben, und diese Ansicht ist nun jedenfalls die des positiven römischen Rechts. Der Schluß dieser Stelle von „aut pro minore“ bis zum Ende, ist etwas schwieriger, und namentlich ist auf den ersten Augenblick auffallend, in wie weit sich dann der minor circumscriptus und der minor in re deceptus

von einander unterscheiden? Doch auch hier geben uns die Basiliken Licht:

L. LI. tit. 1. §. 8. (in Meerm. Thes. J. C. et  
C. Tom. V. p. 80.)

,,ἢ τὸν ἀφῆλικα περιγρά-  
,,Φόμενον ἐι δε νομίμως  
,,περιεγράφη, οὐτε ἀντὸς  
,,χωρὶς ἀπονατασάσεως βο-  
,,ηθεῖται, οὐτε ὁ ἔγγυητής  
,,ἀντὸν παραγράφην ἔχει.

,,vel pro minore circum-  
,,scripto: sed si jure  
,,circumscrip̄tus fuerit,  
,,neque ipse absque re-  
,,stitutione adjuvatur,  
,,neque fidejussor ejus

,,exceptionem habet —

und zeigen uns, daß, was in dieser Stelle *in re deceptus* heißt, eigentlich *jure deceptus* heißen sollte, und wahrscheinlich auch so geheißen hat, indem diese Lesart noch die Vulgata für sich hat. Denn so gibt jetzt die Stelle einen ganz guten Sinn, und es läßt sich wirklich ein bedeutender Unterschied zwischen dem minor circumscrip̄tus im Allgemeinen, und dem *jure circumscrip̄tus* oder *deceptus* aufstellen. Denn daß es auch ein *jure circumscribere* oder *decipere*, eine erlaubte — im Gegensatz gegen die unerlaubte Täuschung — Betrug — gebe, ersehen wir aus Ulpian

Fr. 16. §. 4. D. de min. XXV. annis (4, 4.)

,,Idem Pomponius ait, *in pretio emtionis et ven-*  
,,ditionis naturaliter licere contrahentibus se cir-  
,,cumvenire“ und Paulus

Fr. 22. §. 3. D. locat. cond. (19, 2.)

,,Quemadmodum in emendo naturaliter concessum  
,,est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris  
,,sit, pluris vendere: et ita invicem se circumscri-  
,,bere; ita in locationibus quoque et conductionibus  
,,juris est.“ Das passendste Beispiel hiefür bietet die

Const. 2. C. de resc. vendit. (4, 44.)

Nach dieser kann nämlich der Volljährige (und nach der reinen Theorie des römischen Rechts wohl auch nur der Verkäufer) einen Kaufvertrag nur dann anfechten, wenn er nicht einmal die Hälfte des wahren Werths erhalten hat. Der Minderjährige aber kann sich schon dann restituiren lassen, wenn er überhaupt nicht den wahren Werth erhalten hat, in soferne nämlich das Minder nicht gar zu unbedeutend wäre (§. 81. 1.). Wenn also hier Gaius zwischen dem minor circumscriptus und dem minor jure deceptus unterscheidet, so wollte er durch den erstern bloß den minorem communi-civili-auxilio et mero jure munitum im Gegensatz gegen den jure deceptum, qui extraordinario restitutionis auxilio eget, (§. 81. 2.) somit also auch nur wieder den Unterschied der Sub- und Objectivität der Rechtsmittel bezeichnen, und stimmt somit lediglich auch mit den früheren Stellen überein. Den Grund aber, warum die objectiven Rechtsmittel auf den Bürgen übergehen, führt Iavolen an:

Fr. 46. D. de fidej. (46, 1.)

„Cum lex venditionibus occurrere voluerit, fidejussor quoque liberatur: eo magis, quod per ejusmodi actionem ad reum pervenitur.“ Dieser Grund passt nun freylich zunächst nur auf diejenigen Fälle, in welchen dem Bürgen eine eigene Klage zusteht (§. 101.), welche aber wohl auch die gewöhnlichsten seyn werden, aber auch in diesem Grunde liegt der Beweis, daß die rein subjective Nichtverbindlichkeit des Hauptschuldners nicht auf den Bürgen übergehe, denn da diesen schon seine Subjectivität gegen den Bürgen schütze, so bedarf es nicht auch

noch eines weitern Schutzes — nämlich des Uebergangs des Rechtsmittels auf den Bürgen, was derjenige, welcher nur objectiv nicht verbindlich ist, offenbar nthig hat, weil ihm sonst seine gegen die Klage des Gläubigers glücklich durchgeföhrte Einrede durch die Rückgriffs-Klage des Bürgen wieder entrissen, folglich, was ihm mit der einen Hand gegeben, mit der andern wieder entrissen würde. Nach dieser Stelle des Gaius sind nun auch die Stellen

Marcianus Fr. 19. D. de  
except. (44, 1.)

„Omnis exceptiones,  
„quae reo competunt, si-  
„dejussori quoque etiam  
„invito reo competunt.“

Ulpianus Fr. 32. D. de  
fid. ej. (46, 1.)

„Ex persona rei et qui-  
„dem invito reo excep-  
„tio et caetera rei com-  
„moda sivejussori caete-  
„risque accessionibus

„competunt.“ (Statt „accessionibus“ aber hat die vulgata die Lesart „accessoribus“, womit auch die „Basiliken“

L. XXVI. tit. 1. §. 32. (Ed. Fabr. Tom. IV.  
p. 100.)

„καὶ πᾶσι τοῖς ὑπέρ τινος  
„παρεμβάλλοισιν“

„et omnibus, qui pro  
„aliis se obligant“

übereinstimmen, und welche Lesart auch offenbar einen bessern Sinn gibt) zu berichtigen. Ueberhaupt aber ist nach meiner Ansicht in der Marcian'schen Stelle nicht auf das Wort „omnes“ und in der Ulpian'schen nicht auf die Worte „ex persona rei“ sondern in beyden auf die Worte „invito reo“ besonderes Gewicht zu legen, und insofern sprechen sie nur denjenigen Satz, welchen Julian in besonderer Beziehung auf Stipulationen anspricht, und wofür er zugleich einen sehr vernünftigen Grund anführt:

Fr. 15. pr. D. de fidej. (46, 1.)

„Si stipulatus esses à me sine causa, et fidejusso-  
rem dedissem, et nollem eum exceptione uti, sed  
„potius solvere, ut tecum mandati judicio age-  
ret: fidejussori, etiam invito me, exceptio dari  
„debet: interest enim ejus, pecuniam retinere po-  
„tius, quam solutam stipulatori à reo repetere“  
im Allgemeinen aus.

§. 99.

d) Die Imperatoren, Diocletian und Maximian  
Const. 11. C. de except. (8, 36.)

Endlich liefert aber auch für unsern obigen Satz  
ein Rescript der Imperatoren Diocletian und Maxi-  
mian

Const. 11. C. de except. (8, 36.)

„Defensiones sive exceptiones ad intercessores ex-  
„tendi, quibus reus principalis integro manente  
„statu munitus est“ einen weiteren Beleg, denn  
unter dem „status integer“ ist hier der „status legit-  
imus,“ wie ihn die

Const. 5. C. quando dies legati (6, 53.)

oder der „status suus“ wie ihn Papinian

Fr. 77. §. 14. D. de leg. 2. (31.)

nennt, — nämlich die Volljährigkeit des Haupt-  
schuldners — zu verstehen.

§. 100.

Erklärung des Fr. 24. u. 127. D. de V. O. (45, 1.)

Noch habe ich aber hier folgender zwey merk-  
würdigen Stellen zu erwähnen:

**Paulus** Fr. 24. D. de  
V. O. (45, 1.)

„Sed si ex stipulatu Sti-  
chum debeat pupillus,  
„non videbitur per  
„eum mora fieri, ut  
„mortuo eo teneatur:  
„nisi (si) tutore aucto-  
„re, aut solus tutor  
„interpelletur.”

„moram obligatus; nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est: esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex ea mora sua postea.”

Hier wirft nämlich **Scavola**, dessen Stelle die vollständigere ist, die Frage auf: Wenn ein Unmündiger ohne Auctorität seines Tutors einem Andern einen Sklaven zu übergeben versprochen habe, und sich im Verzug befindet, während des Verzugs aber der Sklave gestorben sey, ob der Bürge dennoch hafste? Daß nun, wenn der Sklave, noch ehe der Schuldner im Verzug war, gestorben ist, auch der Volljährige seiner Verbindlichkeit entledigt wäre, ersehen wir aus **Paulus**

Fr. 83. §. 7. D. de V. O. (45, 1.)

„quia etsi deberetur, morte promissor liberetur”  
und:

Fr. 49. §. 3.

**Zavolen** Fr. 105.

**Pomponius** Fr. 23.  
und

**Ulpian** Fr. 114.

**Scavola** Fr. 127. D. ej.  
tit.

„Si pupillus sine tutoris  
„auctoritate Stichum  
„promittat, et fidejus-  
„sorem dedit, servus  
„autem post moram à  
„pupillo factam dece-  
„dat: nec fidejussor

„erit propter pupilli

„moram obligatus; nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est: esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex ea mora sua postea.”

Hier wirft nämlich **Scavola**, dessen Stelle die vollständigere ist, die Frage auf: Wenn ein Unmündiger ohne Auctorität seines Tutors einem Andern einen Sklaven zu übergeben versprochen habe, und sich im Verzug befindet, während des Verzugs aber der Sklave gestorben sey, ob der Bürge dennoch hafste? Daß nun, wenn der Sklave, noch ehe der Schuldner im Verzug war, gestorben ist, auch der Volljährige seiner Verbindlichkeit entledigt wäre, ersehen wir aus **Paulus**

D. ej. tit.

dass aber der Volljährige, und somit auch dessen Bürger dann haften würden, wenn der Slave erst während des Verzugs gestorben ist, unterliegt nach

Paulus Fr. 49. pr.

Fr. 88.

und

Ulpian Fr. 82. §. 1.

D. de V. O. (45, 1.)

keinem Zweifel. Hier spricht aber Scavola den Bürgen frey, weil, wo dem Gläubiger keine Klage zustehet (§. 62.), auch kein Verzug, nämlich im rechtlichen Sinne des Worts oder — mit rechtlicher Wirkung, denkbar seye, ein Satz, der aus der vorliegenden Stelle von den Compilatoren der Digesten in dem

Fr. 88. D. de R. J. (50, 17.)

unter die Rechts-Regeln aufgenommen wurde, und welchen Paulus

Fr. 40. D. de R. C. (12, 1.)

„non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest,” und Ulpian

Fr. 21. D. de usuris etc. (22, 1.)

„Quid enim, si etc. exceptio aliqua allegetur? Mora facta non videtur“ auch auf solche Klagen, welche durch Einreden entkräftet werden können, anwenden, wohl, weil eine durch eine Einrede zu entkräftende Klage gleich keiner Klage ist (§. 41.). — Allein wir müssen diese Ausnahme lediglich nur

- 1) auf einen zufälligen Untergang, und zwar
- 2) einer an und für sich bestimmten, nicht vertretbaren Sache beschränken, denn nur der zufällige Untergang einer nicht vertretbaren Sache hebt

die Verbindlichkeit wegen physischer Unmöglichkeit der Leistung auf nach

Julian Fr. 59.

Paulus Fr. 35.

Pomponius Fr. 23.

und

Ulpian Fr. 69.

} D. de V. O. (45, 1.)

und dieses findet ausnahmsweise auch bei vertretbaren Sachen, welche nach ausdrücklicher besonderer Bestimmung als an und für sich bestimmte anzusehen sind, statt, wovon Paulus

Fr. 37. D. ej. tit.

*„Si certos nummos, qui in arca sunt, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierunt: nihil nobis debetur.“* Hätte daher der Unmündige den Sklaven vor oder während des Verzugs getötet oder freigelassen, so würde der Bürge immer noch hasten. Aus Scavolas Stelle ist nun auch die Stelle des Paulus zu berichtigen. Man könnte nämlich leicht von dem Schlussaže der letzteren, von „nisi“ bis zum Ende, zu der Vermuthung veranlaßt werden, daß der Unmündige, auch wenn er ohne Auctorität seines Tutors das Versprechen geleistet, durch eine unter Auctorität des Tutors, oder wenigstens an den Tutor erlassene Mahnung (interpellatio) in Verzug gesetzt werden könne, allein dies ist offenbar nicht der Sinn des Paulus, sondern dieser setzt hier nur voraus, daß das Versprechen unter Auctorität des Tutors geleistet worden, und verlangt nur, daß dann auch die Anmahnung in der gehörigen Form, nämlich entweder unter Auctorität des Tutors oder an den Tutor allein geschehe, denn eine Anmahnung an etwas, wozu ich keine Klage habe,

ist keine, und eine nicht in gehöriger Form erlassene Mahnung ist gleichfalls als keine anzusehen. Diese Ausnahme findet nun aber auch bey den Bürgen derjenigen Minderjährigen statt, welche einen Curator hatten, und ohne Einwilligung desselben sich verbindlich machten, denn auch bey diesen kann aus demselben Grunde, weil nämlich dem Gläubiger es an der Klage gebracht, kein Verzug mit rechtlicher Wirkung statt finden. Dagegen aber findet sie nicht statt bey dem Bürgen desjenigen Minderjährigen, welcher keinen Curator hatte — und somit bürgerlich verbindlich wurde (§. 79.), selbst wenn er gegen die eingegangene Verbindlichkeit restituirt wurde, weil die Restitution dem Bürgen nicht zu gut kommt (§§. 94. u. 95.), somit hier auch der Grund, warum kein Verzug denkbar ist, wegfällt.

§. 101.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptshuldner überhaupt, und insbesondere gegen einen Wahnsinnigen, gerichtlich erklärt Verschwender, Unmündigen und Minderjährigen.

Der Frage, in wie weit dem Bürgen eines Wahnsinnigen, gerichtlich erklärt Verschwenders, Unmündigen und Minderjährigen der Rückgriff gegen den Hauptshuldner zustehe? muß offenbar die Vorfrage: In wie weit dem Bürgen der Rückgriff überhaupt zustehe? vorausgehen. Nach Ulpian

Fr. 6. §. 2. D. Mandati (17, 1.)

„Si passus sim, aliquem pro me fidejubere, vel alias „intervenire, mandati teneor: et nisi pro *invito* „quis intercesserit, aut *donandi animo*, aut *negotium gerens*, erit *mandati actio*“ steht nämlich dem Bürgen, welcher sich mit Vorwissen oder

Einwilligung des Hauptschuldners verbürgt hatte, die *actio mandati*, demjenigen aber, welcher sich ohne Vorwissen des Hauptschuldners verbürgt hatte, die *actio negotiorum gestorum* zu, in Betreff welch' letzterer mit Ulpian, welcher eben dies im

Fr. 5. pr. D. de negot. gest. (3, 5.)  
behauptet, noch Paulus

Fr. 20. §. 1. D. Mandati (17, 1.)

„Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro „absente fidejusserit, nam mandati actio non pot „est competere, cum non antecesserit mandatum“  
so wie die

Const. 12. C. de negot. gest. (2, 19.)  
übereinstimmen. Nur in diesen beiden Fällen steht somit dem Bürgen eine eigene Klage zu. Wenn aber der Bürgen sich gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt hat, so steht ihm nach Paulus

Fr. 40. D. Mandati (17, 1.)

„Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec „mandati actio, nec negotiorum gestorum est: „sed quidam utilem putant dari (oportere): qui „bus non consentio, secundum quod et Pompo „nio videtur“ — keine eigene Klage zu, sondern er kann sich bloß der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen bedienen. Gar keine Klage aber steht ihm zu, wenn er bloß in der Absicht die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu übernehmen und diesen hierdurch zu befreien (donandi animo), nicht aber in der Absicht den Hauptschuldner sich verbindlich zu machen, sich verbürgte, nach Ulpian

I. s. c.

und

Const. 12. C. de negot. gest. s. c.

Nun lässt sich aber ein Mandats-Verhältniß und somit auch die actio mandati bey Wahnsinnigen, gerichtlich erklärt Verschwendern, in so weit sie ersten gleich geachtet sind, und bey Unmündigen ohne Auctorität ihres Tutors, so wie bey Minderjährigen, welche einen Curator haben, ohne Einwilligung ihres Curators gar nicht denken (§§. 50, 79. 88.), und höchstens könnte eine condictio in id, in quantum locupletiores facti sunt (§. 69.) gegen sie statt finden. Desgleichen ist auch die negotiorum gestorum actio in der Richtung gegen sie auf die obligatio ex re, d. h. in quantum locupletiores facti sunt, beschränkt (§. 59.), und da auch die Klage des Gläubigers nur auf die obligatio ex re beschränkt ist (§. 69.), so kann auch derjenige Bürge, welchem keine eigene Klage zusteht, und welcher sich daher nur der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen bedienen kann, sie nur — in so weit sie durch das Rechts-Geschäft bereichert sind — belangen. Bey Minderjährigen aber, welche keinen Curator haben, und sich bloß der Restitution bedienen können, tritt ein anderes Verhältniß ein. Diese sind nämlich, wenn dem Bürgen eine eigene Klage zusteht, durch die in Beziehung auf das Hauptgeschäft ihnen ertheilte Restitution gegen die eigene Klage des Bürgen nicht geschützt, und sie bedürfen daher auch noch einer weiteren Restitution gegen letztere, wie wir bereits oben (§. 94.) gesehen haben. Da aber, wo der Bürge sich nur der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen, somit der aus dem Rechts-Geschäft selbst, gegen welches der Minderjährige restituirt worden, — entspringenden Klage bedienen kann, schützt ihn die gegen den Hauptschuldner ertheilte Restitution auch gegen den Bürgen.

§. 102.

In wie weit dem Bürgen, welcher einer dem Hauptschuldner zustehenden zerstörlischen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen ersteren zustehe?

Auf die Frage: In wie weit dem Bürgen, welcher einer dem Hauptschuldner zustehenden zerstörlischen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen ersteren zustehe? erwiedert Ulpian

Fr. 29. pr. D. Mandati (17, 1.)

„Si fidejussor conventus, cum ignoraret non fuisse „debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa „fidejussionis, an mandati judicio persequi possit „id, quod solverit, quaeritur? Et si quidem sciens „praetermisserit exceptionem vel doli, vel non nu- „meratae pecuniae, videtur *dolo* versari, dissoluta „enim negligentia prope dolum est. Si vero ig- „noravit, nihil, quod ei imputetur.“ Nach die-  
ser Stelle kommt es also ganz darauf an, ob dem Bürgen die dem Hauptschuldner zustehende zerstörlische Einrede bekannt war oder nicht, denn nur im letzteren Falle steht ihm, wenn er jener unerachtet den Gläubiger befriedigte, der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu. Natürlich aber müssen wir hier einen solchen Bürgen voraussetzen, welchem eine eigene Klage (§. 101.), und zwar insbesondere nur einen solchen, welchem die actio mandati (§. 103. a. E.) zu-  
steht. Denn kann sich der Bürgen bloß der ihm vom Hauptschuldner abgetretenen Klage bedienen, so schützt ja den Hauptschuldner dieselbe zerstörende Einrede, welche ihn gegen den Gläubiger geschützt hätte, auch gegen den Bürgen. Allein nun ist weiter zu untersuchen: ob denn jede Unwissenheit dem Bürgen zu Statten komme? Hierauf erwiedert Ulpian

l. s. c. §. 1.

„Non male tractabitur, si cum ignoraret fidejussor  
„inutiliter se obligatum, solverit, an mandati ac-  
„tionem habeat? *Et si quidem factum ignora-*  
„*vit, recipi ignorantia ejus potest, si vero jus*  
„*aliud dici debet*“ und beschränkt somit die ent-  
schuldbare Unwissenheit lediglich auf factische —  
thatsächliche — Unkenntniß eines Thatumstandes, und  
schließt die Unwissenheit des Rechts — Unkenntniß  
der Gesetze — aus. Allein auch die Kenntniß des  
Bürgen von dem den Hauptschuldner schützenden That-  
Umstände kann unter gewissen Umständen entschuldbar  
seyn nach Ulpian

Fr. 10. §. 12. D. Mandati (17, 1.)

„Quodsi eam (sc. exceptionem) qua reus uti po-  
„tuit (sc. praetermisserit) si sciens id fecit, non  
„habitum mandati actionem, si modo habuit  
„facultatem rei conveniendi desiderandique, ut  
„ipse susciperet potius judicium vel suo vel pro-  
„curatorio nomine“ — denn wenn der Bürg z. B.  
im Allgemeinen, weil es ihm etwa der Hauptschuldner  
jedoch nur erzählungsweise eröffnet hat, wohl weiß,  
dass dem Hauptschuldner eine Einrede zustehe, er kann  
sie aber, weil ihm die Beweismittel derselben unbe-  
kannt sind, nicht erweisen, so kann ihn nur dann ein  
Vorwurf treffen, wenn er nicht durch Aduitation des  
Hauptschuldners diesem Gelegenheit gegeben hat, die  
Klage des Gläubigers zu entkräften; so würde also  
jetzt auch nach Justinians

Nov. 4. cap. 1.

Derjenige Bürg, welcher sich der exceptio ordinis s.  
excussionis — Einrede der Vorausklage — nicht be-  
dient hat, offenbar seinen Rückgriff gegen den Haupt-  
schuldner verlieren. Derjenige aber, welcher sich der-  
selben bedient hat — aber, weil der Hauptschuldner

schwer zu belangen (*dificilis conventionis*) ist, damit abgewiesen wurde, hätte sich denselben offenbar gesichert, in so ferne er nur durch eine Adcitatioꝝ des Hauptschuldners, wenn diese auch nur auf dem Wege einer Edictal-Ladung möglich wäre, diesem die Gelegenheit zur Vertheidigung verschafft hat. Ueber die näheren Modalitäten des Rückgriffs aber ist folgende Stelle des Celsus zu berücksichtigen:

Fr. 47. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam,  
„qui pro te fidejusserat, solvit: ego existimo, si  
„nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori,  
„stipulatorem tibi obligatum fore, nec expectan-  
„dum est, ut ratum habeas: sin autem fidejussor  
„suo nomine solverit, quod non debebat, ipsum  
„a stipulatore repetere posse: quoniam indebi-  
„tam jure gentium pecuniam solvit: quo minus  
„autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te  
„mandati judicio consecuturum, si modo per ig-  
„norantium petentem exceptione doli non summo-  
„verit“ — Den letzteren nur durch eine fehlerhafte Construction etwas undeutlich gewordenen Satz geben die „Basiliken“

L. XXIV. tit. 6. §. 47. (Ed. Fabr. Tom. III. p. 557.) ganz deutlich auf folgende Art:

„Ἐὰν μέντοι κατ’ ἀγγοιαν „ἐστιν ἐχρήσατο τῆς παρα- „γραφῆς.“	„si modo per ignoran- „tiam exceptione usus „non sit.“
--	--

§. 103.

Fortsetzung. Erläuterung des Fr. 47. D. de cond. indeb.

(12, 6.)

Celsus unterscheidet also in der vorliegenden Stelle zwischen denjenigen Bürgen, welche „suo nomine“ für eigene Rechnung oder in eigenem Namen, und denjenigen, welche „debitoris nomine“ für Rechnung und im Namen des Haupt-Schuldners den Gläubiger befriedigt haben. Und diese Verschiedenheit der Bürgen haben wir vorerst zu erläutern. Offenbar versteht nämlich Celsus unter demjenigen Bürgen, qui suo nomine solvit, den sogenannten mandator, d. h. denjenigen, welcher den Gläubiger veranlaßt — ihm den Rath ertheilt hat, mit diesem bestimmten Haupt-Schuldner des Rechts-Geschäft einzugehen, wie uns Theophilus

Paraphr. Instit. L. III. §. 6. (Ed. Reitz. p. 700.)  
eine andere Stelle des Celsus

Fr. 1. §. 2. D. Mandati (17, 21)  
und den

§. 6. I. de mandato (3, 26.)  
Cleider ist bey Gajus

Comment. L. II. §. 156. p. 265—267.

die Stelle gerade in Beziehung auf die Hauptsache nicht ganz leserlich) folgendermaßen trefflich erläutert:

,Καὶ ἐπὶ τοσοῦτον ταῦτα  
,ὅντως ἔχει, ὅτι γέγονε πα-  
,ρὰ τοῖς παλαιοῖς αὐτοῖς  
,λαῖς, εἰ ἀρα τῇ mandati  
,ματέχομεν, ἐντειλάμενός  
,σοι οὐα τιτιῷ ἐπὶ τόνῳ  
,δανεισης χρήματα, τινῶν  
,συμβουλὴν τοῦτο λεγόν-

,Et in tantum haec ita  
,se habent, ut apud ve-  
,teres controversia fue-  
,rit, an mandati tenerer,  
,mandans tibi, ut Titio  
,sub fenore pecuniam  
,crederes; nonnullis  
,consilium hoc esse di-

„των, καὶ μὴ τίτειν ἐνο-  
„χὴν πατὰ τὰ ἐιρημένα.  
„Ἐπούτησε δὲ μᾶλλον η̄  
„τοῦ Σαβίνου γνώμη λέγου-  
„σα, ἔνοχόν με γνεσθαι  
„τῇ mandati. ἐπειδὴ γὰρ  
„κέρτον ὑπεθέμην πρόσω-  
„πον Τίτου, διὰ τοῦτο καὶ  
„ἐνέχομαι, τρόπον τινὰ μι-  
„μουμενος ἐγγυητὴν. Ἐτ-  
„μὲν γὰρ εἰπὼ ἀπροσδιο-  
„ρίσως, δάνεισον τὰ χρήμα-  
„τα, ἔνοχοποιὸν δὲν εἴη  
„(ῳδὲιρηται) τὸ μανδάτον.  
„Εἰ δὲ δῆτὸν ὑπόθωμαι πρό-  
„σωπον πατὰ τὸ κρατῆσαι  
„ἔθος ὑπενθύνος ἔσομαι τῇ  
„mandati.“

„centibus, neque actio-  
„nem parere secundum  
„jam dicta. Sed obtinuit  
„Sabini sententia, dicens  
„me obligari mandati:  
„nam quia certam Titii  
„personam proposui,  
„ideo et obligor, imitatus  
„quodammodo fidejus-  
„sorem. Si enim inde-  
„finite dixero, crede  
„tuam pecuniam, obli-  
„gatorium haud est (uti  
„dictum) mandatum:  
„sin autem certam pro-  
„posuero personam, se-  
„cundum morem nunc  
„obtinentem mandati  
„actioni obnoxius ero.“

Hieraus erklärt sich nun auch, daß die Bürgschafts-Verbindlichkeit des Mandators als eine Art selbstständiger Verbindlichkeit gegen den Gläubiger angesehen wurde, nach Julian.

Fr. 13. D. de fidej. (46, 1.)

„Si mandatu meo Titio decem credideris, et tecum  
„mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego  
„tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones,  
„quas adversus Titium habes, mihi praestiteris.  
„Item, si cum Titio egeris, ego non liberabor: sed  
„in id duntaxat tibi obligatus ero, quod a Titio  
„servare non potueris“ und Ulpian

Fr. 28. D. Mandati (17, 1.).

„Papinianus L. III. Questionum ait: mandatorem

„debitoris solventem, ipso jure reum non liberare:  
„propter mandatum enim suum solvit et suo no-  
„mine, ideoque mandati actiones putat adversus  
„reum cedi debere.“ Und daß von der allgemeinen  
Regel des früheren Rechts, von welcher der westgo-  
thische Gajus

L. II. tit. 9. §. 2.

und Paulus

Rec. Sent. 2, 17, 16.

„Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus li-  
„beratur, non idem in mandatoribus observatur“  
vergl. auch

Fr. 7. pr. D. de fidej. (46, 1.) [§. 113.]

nach welcher der Gläubiger, wenn er den Haupt-  
Schuldner mit Übergehung des Bürgen belangte,  
Letzteren von seiner Verbindlichkeit befreite, was aber  
von Justinian

Constit. 28. C. de fidej. (8, 41.)

aufgehoben wurde, die Mandatoren eine Ausnahme  
machten. Zugleich ersehen wir aber auch hieraus,  
daß unter denjenigen Bürgen, welche nomine debito-  
ris bezahlen, alle übrigen mit Ausnahme des Manda-  
toren zu begreifen sind. Zwischen den Mandatoren  
und den übrigen Bürgen findet nun aber in Bezie-  
hung auf den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner  
folgender Unterschied nach Celsus statt. Der Man-  
dator hat nämlich zuerst den Gläubiger mittelst der  
conductio indebiti, welche eine obligatio juris gen-  
tium oder conductio naturalis (§. 62.) ist, daher auch  
Celsus das Bezahlte pecuniam jure gentium in-  
debitam nennt, denn jure civili war es — nämlich  
actione mandati — debita, zu belangen, und nur  
dasjenige, was er von dem Gläubiger nicht wieder

erhalten kann, hat ihm der Haupt-Schuldner zu erszehen. Wie aber nun, wenn der Mandator den Gläubiger, welcher einem Haussohn ein Darleihen gegeben, aus thatsfächlicher Unwissenheit, nämlich, weil er nicht wußte, daß der Haupt-Schuldner ein Haussohn seye, und nicht aus Gesetzes-Urkunde, weil er nicht wußte, daß dem Haussohn die exceptio SCti Macedoniani zustehet, befriedigt hat? in welchem Fall die Bezahlung von dem Mandator nicht mehr zurückgesfordert werden kann, nach Ulpian

Fr. 9. §. 1. D. de SCto Maced. (14, 6.)

In diesem Fall hat der Haupt-Schuldner dem Bürgen vollen Ersatz zu leisten. Alle übrigen Bürgen aber können unmittelbar ihren Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nehmen, und diesem steht dann die condictio indebiti gegen den Gläubiger zu. Allein eine besondere Untersuchung verdient nun noch die Frage: Ob dieser Rückgriff nach der so eben bezeichneten Modalität allen Bürgen, welchen eine eigene Klage, also nicht nur denjenigen, welchen die actio mandati, sondern auch denjenigen, welchen die actio negotiorum gestorum zusteht, zukomme? Daß die Stellen des Römischen Rechts nur von ersteren handeln, ersehen wir aus denselben, und auf die letztere kann dies nach der Natur der actio negotiorum gestorum wohl auch nicht anwendbar seyn, denn die actio negotiorum gestorum setzt immer negotia utiliter gesta voraus, nach

Gaius Fr. 2.

Scavola Fr. 9.

und

Ulpian Fr. 10.

D. de negot. gestis (3, 5.)

§. 1. J. de oblig. quasi ex contr. (3, 27.)

und daß ein Bürger, welcher auch aus thatsfächlicher

Unwissenheit der dem Haupt-Schuldner zustehenden zerstörlichen Einrede den Gläubiger befriedigte, hiervor durch den Nutzen des Haupt-Schuldners befördert habe, läßt sich gewiß nicht behaupten. Allein die condictio indebiti gegen den Gläubiger, er mag nun mandator seyn oder nicht, läßt sich ihm gewiß nicht absprechen.

§. 104.

Anwendung des bisherigen Saches auf Wahnsinnige, Unmündige, Minderjährige und gerichtlich erklärt Verschwender als Bürigen.

Wenden wir nun das bisherige auf Wahnsinnige und Kinder an, so ergibt sich, daß da bey diesen von einem contractus mandati, somit also auch von einer actio mandati keine Rede seyn kann, den Vormündern derselben nur die condictio indebiti, oder sine causa gegen den befriedigten Gläubiger zustehen kann. Dadurch könnten sie nun allerdings in eine schlimmere Lage, als die übrigen versetzt werden, denn wenn der Gläubiger keinen vollen Ersatz mehr leisten könnte, wäre auch ihnen der Rückgriff an den Haupt-Schuldner nothwendig, allein da dieser ein den Wahnsinnigen und Kindern als rein willenlosen — unfreien — unmögliches Rechts-Geschäft voraussetzt, so ist eben dieser Rückgriff auch rechtlich unmöglich. Dagegen aber können Unmündige und Minderjährige, welche einen Curator haben, und ohne Einwilligung desselben sich verbindlich machen, auch den Haupt-Schuldner mittelst der actione mandati belangen, da sie wenigstens Andere sich verbindlich machen können, und ein gleiches ist auch bey den gerichtlichen erklärt Verschwender und den Minderjährigen, welche keinen Curator haben, der Fall, denn erstere sind hier offenbar den Unmündigen gleichzusezzen. Bey Minderjäh-

rigen aber ist der thatsfächlichen Unwissenheit die Unkenntniß der Gesetze gleich zu achten nach Paulus

Fr. 9. D. de jur. et facti ignor. (22, 6.)

„Regula est, juris quidem ignorantiam cuique no-  
„cere, facti vero ignorantiam non nocere: ante  
„praemisso, quod minoribus XXV. annis jus  
„ignorare permisum est.“

§. 105.

Von dem Rückgriff des Bürgen, welcher einer ihm selbst zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigt hat?

Von dem Falle: In wie weit dem Bürgen, welcher einer ihm selbst zustehenden zerstörlichen Einrede unerachtet den Gläubiger befriedigt hat, der Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner zustehe? handelt Ulpian

Fr. 10. §. 12. D. Mand. (17, 1.)

„Generaliter Julianus ait: si fidejussor *ex sua persona* omiserit exceptionem, *qua reus uti non potuit*, si quidem *minus honestam*, habere eum *mandati actionem*.“ Aus den Worten: „*minus honestam*“ zog nun aber schon ein Scholiast der „Basiliken“

Ed. Fabr. Tom. II. p. 177.

den Schluß, daß, wenn der Bürge sich einer bloß ihm zustehenden exceptio honesta nicht bedient habe, er den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nicht mehr nehmen könne. Abgesehen aber nun einmal von der gewiß schwierigen Frage: Was eine exceptio honesta und minus honesta seye? glaube ich erweisen zu können, daß man hier viel zu rasch dem Julian einen Gegensatz, der gewiß nicht in seiner Absicht lag, angedichtet hat. Es belehrt uns nämlich Paulus

Fr. 31. D. ad SCt. Vellej. (16, 1.)

„Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit  
„repetere, sed mandati agere, et cavere velit de  
„indemnitate reo, audienda est,“ sodann Ulpian  
selbst, der Referent Julianus, in obiger Stelle

Fr. 29. §. 6. D. Mandati (17, 1.)

„Fidejussor, si *solum* tempore liberatus, tamen  
„solverit creditori, recte mandati habebit actionem  
„nem adversus reum: quamquam enim jam libe-  
„ratus solvit, tamen fidem implevit, et debitorem  
„liberavit: si igitur paratus sit defendere reum  
„adversus creditorem, aequissimum est, mandati  
„judicio eum, quod solvit, recuperare, et ita Ju-  
„lianu[m] videtur.“ Also auch Julian — der Ver-  
fasser obiger Stelle, war dieser Meinung. Sollten  
dann nun aber die exceptio SCti Vellejani und die  
exceptio tempore liberationis exceptiones minus  
honestae seyn? Ich vermag dies nicht zu fassen.  
Auch hat man schon früher diese beyden letztern Stel-  
len mit diesem vermeintlichen Gegensatz nicht ver-  
einigen können, und sich dann dadurch aus der Noth  
geholfen, daß man behauptete, zwischen demjenigen  
Bürgen, welcher sich einer exceptio minus honesta,  
und demjenigen, welcher sich einer exceptio honesta  
nicht bedient habe, finde bloß der Unterschied statt,  
daß ersterer unbedingt, letzterer aber nur bedingt,  
nämlich sub cautione de indemnitate den Haupt-  
Schuldner belangen könne. Allein auch dieser den  
Julian-Ulpian'schen Stellen offenbar wider-  
sprechende Nothbehelf stellt sich als unrichtig her-  
aus. Offenbar setzt sich nämlich derjenige Bürg,  
welcher dem kürzeren Weg der zerstörlichen Einrede,  
der ihm Befreyung von seiner Verbindlichkeit zust-

hert, den längeren und schwierigeren Weg des Rückgriffs gegen den Schuldner, welcher ihm bloß Ersatz bietet, vorzieht, dem Verdacht aus, daß er aus ganz besondern, und vielleicht eben nicht sehr lobenswürdigen Absichten sich seiner Einrede nicht bedient habe, und setzt daher auch den Haupt-Schuldner in die Nothwendigkeit, wegen möglicher gedoppelter Bezahlung auf seiner Huth zu seyn. Dies ist aber bey der exceptio minus honesta, wie bey der exceptio honesta, wenn man je anders die Einreden so eintheilen könnte, der Fall, und somit taugt auch dieser Nothbehelf nichts. Allein ich glaube selbst, daß die Worte „minus honestam“ in der Ulpian-Juliаnschen Stelle nicht für überflüssig zu erachten sind, sondern einen ganz bestimmten Sinn haben, und einen solchen haben sie auch, wenn man sie nicht auf das Wort „exceptionem“ sondern auf die Worte „mandati actionem“ bezieht, und zwar einen sehr treffenden, denn dann bezeichnen sie eben dasjenige, was ich oben von der Verdächtigung des Bürgen erwähnt habe, und so konnten auch Julian und Ulpian im vorliegenden Falle die actionem mandati eine si quidem minus honestam d. h. wenn gleich verdächtigende Klage nennen.

J. 106.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner, welcher den schon vom Hauptschuldner befriedigten Gläubiger befriedigt hat.

In wieweit derjenige Bürg, welcher den schon vom Hauptschuldner befriedigten Gläubiger befriedigt hat, den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen könne? davon Ulpian

## Fr. 29. §. 2. D. Mandati (17, 1.)

*„Si cum debitor solverit, ignarus fidejussor  
„solvitur, puto eum mandati habere actionem:  
„ignoscendum est enim ei, si non divinavit, debi-  
„torem solvisse: debitor enim debuit notum fa-  
„cere fidejussori, jam se solvisse, ne forte creditor  
„obrepat, et ignorantiam ejus circumveniat, et ex-  
„cutiat ei summam, in quam fidejussit.“* Allein  
auch hier kann der Rückgriff nur demjenigen Bürgen — welchem die actio mandati — zustehen, denn dem  
negotiorum gestor steht auch hier die gestio inuti-  
lis (§. 103.) entgegen.

## §. 107.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen den Haupt-Schuldner,  
wenn letzterer den schon vom Bürgen befriedigten  
Gläubiger befriedigte.

Von dem Falle: In wieweit der Bürgen den  
Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner, wenn letzterer  
den schon vom Bürgen befriedigten Gläubiger befrie-  
digte, nehmen können, handelt Ulpian

## Fr. 29. §. 3. D. Mandati (17, 1.)

*„Hoc idem tractari et in fidejussore potest: si cum  
„solvisset non certioravit reum, sic deinde reus  
„solvit, quod solvere eum non oportebat: et credo  
„si cum posset (eum) certiorare, non fecit,  
„oportere mandati agentem fidejussorem repellere.  
„Dolo enim proximum est, si post solutionem  
„non nuntiaverit debitori: cedere autem reus  
„indebiti actione fidejussori debet, ne duplam  
„creditor consequatur.“* Könnte daher der Bürgen  
den Haupt-Schuldner nicht in Kenntniß setzen, so  
kann er den Rückgriff gegen diesen nehmen. Unter-

ließ er es aber, diesen in Kenntniß zu setzen, unerachtet es ihm möglich gewesen wäre, so muß er sich mit der Abtretung der condictio indebiti gegen den Gläubiger, wozu der Haupt-Schuldner jedenfalls verbunden ist, begnügen. Aluffallend möchte es nun zwar auf den ersten Anblick erscheinen, warum der Bürge sich erst die condictio indebiti vom Haupt-Schuldner abtreten lassen, und warum ihm diese nicht selbst zustehen solle? Allein geht man tiefer in die Sache ein, so wird man auch dies sehr richtig finden. Der Bürge nämlich, welcher zuerst den Gläubiger befriedigte, hat offenbar ein debitum, der Haupt-Schuldner aber, welcher den bereits befriedigten Gläubiger noch einmal befriedigte, ein indebitum bezahlt, daher kann auch nur der Haupt-Schuldner die condictio indebiti anstellen, und der Bürge nur dann, wenn sie ihm vom Haupt-Schuldner abgetreten worden ist. Des entgegengesetzten Falls erwähnt Papinian

Fr. 59. D. de cond. indeb. (12, 6.)

„Si sidejussor jure liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non obserit: si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam solverit, non repetet: cum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi tenebatur. Hatte nämlich der Bürge, welchem für sich und in Beziehung auf die Bürgschafts-Verbindlichkeit eine zerstörende Einrede zustand, den Gläubiger aus Irrthum und nachher diesen auch der Haupt-Schuldner aus Irrthum befriedigt, so wurde durch die erstere widerrufliche Zahlung die Verbindlichkeit nicht aufgehoben (§. 41 u. 42.), und daher war auch die Befriedigung von Seiten

des Haupt-Schuldners kein indebitum. Nur dem Bürigen stand daher auch die condictio indebiti zu, und nahm er mit Uebergehung derselben den Rückgriff an den Haupt-Schuldner, so mußte er sie indemnitatis causa (§. 105.) dem Haupt-Schuldner abtreten. Hatte übrigens im obigen Falle der mandator bei Befriedigung des Gläubigers sich von diesem die Klage gegen den Haupt-Schuldner nicht abtreten lassen, so konnte, da durch die Bezahlung des mandatoris die Ansprüche des Gläubigers an den Haupt-Schuldner nicht erlöschten (§. 103.), der Haupt-Schuldner die condictio indebiti, weil er der Zahlung des mandatoris, der suo nomine den Gläubiger befriedigt hatte, unerachtet kein indebitum bezahlte, nicht abtreten; auch trägt der Bürge, der hiedurch zu Schaden kommt, lediglich die Folgen seiner eigenen Fahrlässigkeit.

## §. 108.

Von dem Rückgriffe des Bürigen gegen den Haupt-Schuldner, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit schenkungsweise erlassen hat.

In wiefern derjenige Bürge, welchem der Gläubiger die Bürgschafts-Verbindlichkeit schenkungsweise erlassen hat, den Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner nehmen kann? davon *Ulpian*

Fr. 10. §. 13. D. Mandati (17, 1.)

„Si fidejussori donationis causa acceptum factum  
„sit à creditore, puto, si fidejussorem remunerare  
„voluit, habere eum mandati actionem“

Fr. 12. pr. D. ej. tit.

„Si vero non remunerandi causa, sed principali-  
„ter donando fidejussori remisit actionem, man-

„dati eum non acturum“ welcher somit zwischen einer reinen und vergeltenden Schenkung unterscheidet, und nur bey letzterer noch den Rückgriff zuläßt, weil, wenn er nicht zugelassen würde, von einer Vergeltung ja keine Rede seyn könnte. Dagegen aber steht dem Bürgen, welchem der Gläubiger die Burghafts-Verbindlichkeit mittelst Schenkung von Todeswegen oder eines Vermächtnisses erlassen hat, der Rückgriff gegen den Haupt-Schuldner unbedingt zu nach Ulpian, welcher in dem oben abgedruckten

Fr. 10. §. 13.

also fortfahrt: „*Multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem legavit.*“

§. 109.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn ein Dritter in der Absicht ihm zu schenken, den Gläubiger befriedigt hat.

Wenn ein Dritter in der Absicht den Bürgen zu beschenken, den Gläubiger für ihn befriedigt hat, so steht dem Bürgen der Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu nach Ulpian

Fr. 12. §. 1. D. Mandati (17, 1.)

„*Marcellus autem fatetur, si quis donaturus fidejussori, pro eo solverit creditori habere fidejussorem mandati actionem.*“

§. 110.

Von dem Rückgriffe des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn er den von ihm befriedigten Gläubiger nachher beerbt hat.

Desgleichen hat auch derjenige Bürgen, welcher den von ihm befriedigten Gläubiger nachher beerbt

hat, den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nach Pomponius

Fr. 11. D. Mandati (17, 1.)

„Si ei, cui damnatus ex causa fidejussoria fueram,  
„heres postea extitero, habebo mandati actionem.“

§. 111.

Von dem Rückgriffe desjenigen Bürgen gegen den Haupt-  
schuldner, welcher durch ein ungerechtes Urtheil in der  
Hauptsache verurtheilt wurde.

Von dem Rückgriff desjenigen Bürgen, welcher  
durch ein ungerechtes Urtheil in der Hauptsache ver-  
urtheilt wurde, handelt Ulpian

Fr. 8. §. 8. D. Mandati (17, 1.)

„Hoc ex rescripto Divorum Fratrum intelligere li-  
cet. Hujus verba haec sunt: Catullo Juliano:  
„Si hi, qui pro te fidejusserant, in majorem  
quantitatem damnati, quam debiti ratio exige-  
bat, scientes et prudentes auxilium appellatio-  
nis omiserunt, poteris mandati agentibus his,  
aequitate judicis tueri te. Igitur si ignorave-  
runt, excusata ignorantia est: si scierunt, in-  
cumbebat eis necessitas provocandi: caeterum  
adolo versati sunt, si non provocaverunt“ und  
hieraus ist nun wohl auch die Stelle des Paulus

Fr. 67. D. de fidej. (46, 1.)

zu erklären: „Exceptione quae tibi prodesse debe-  
bat, usus, injuria judicis damnatus es: nihil tibi  
praestabitur jure mandati, quia injuriam, quae  
tibi facta est, penes te manere, quam ad alium  
transferre, aequius est (sc. si culpa tua injustae  
damnationis causam praebuisti)“ denn daß der  
letztere in Klammern eingeschlossene Satz, welchen

man eben deswegen für ein späteres Einschubsel halten könnte, ein solches nicht ist, ersehen wir aus den „Basiliken“

L. XXVI. tit. 1. §. 67. (Ed. Fabr. Tom. IV. p. 109.) welche diese Stelle also geben:

„Ἐὰν δὲ ἐγγυητὴς τὴν ὀφελοῦσαν δυναμένην ἀντὸν παραγραφὴν ἀντιθεῖει, ἀδίκως καταδικασθῇ, ὅντες ἔχει κατὰ τοῦ ἐγγυηθέντος τὴν ἐπὶ τῇ ἐγγύῃ ἀγωγὴν, ἐὰν διετέλει φασιμίᾳ, τὴν πρόφασιν ἔδωκεν τῆς ἀδίκου καταδικής.“

„Si fidejussor exceptione, quae ei prodesse poterat, opposita injuria iudicis condemnatus sit, adversus eum, pro quo fidejussit, mandati actionem non habet, si culpa sua injustae condemnationis causam praebuerit.“

und damit stimmt dann auch ein Rescript Diocletians

Const. 10. C. Mandati (4, 35.)

überein. „Fidejussorem vero seu mandatorem exceptione munitum et injuria iudicis damnatum, et appellatione contra bonam fidem minime usum, non posse mandati agere manifestum est“ wobei ich denn überhaupt noch zu bemerken habe, daß in allen denjenigen Fällen, wo entweder eine Nichtschuld oder eine wirkliche Schuld dem Gläubiger auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils bezahlt wurde, eine Rückforderung nicht statt findet nach Ulpian

Fr. 29. §. 5. D. Mandati (17, 1.)

„In omnibus autem visionibus, quae propositae sint, ubi creditor vel non numeratam pecuniam (accipit) vel numeratam iterum accipit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione

«fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter  
auctoritatem rei judicatae, repetitio quidem  
cessat, ipse autem stellionatus criminis propter  
suam calliditatem plectetur.»

§. 112.

Von dem Rückgriff des Bürgen gegen denjenigen Hauptshuldner, welchem die Rechtswohlthat des nothdürftigen Unterhalts (beneficium competentiae) zusteht.

Ueber den Rückgriff des Bürgen gegen denjenigen Hauptshuldner, welchem die Einrede des nothdürftigen Unterhalts in id quod facere potest — beneficium competentiae zusteht, weiß ich keine Stelle des römischen Rechts anzuführen, und wir sind daher hier lediglich auf die Analogie verwiesen. Aus den

Fr. 16 — 23. D. de re judic. (42, 1.)

ersehen wir nun aber, daß diese Einrede oder Rechts-Wohlthat niemals unbedingt, d. h. unter allen, sondern daß sie nur unter gewissen Verhältnissen, und nur unter bestimmten Beziehungen dem Berechtigten zusteht. Kann nun der Bürge nur mittelst der ihm vom Gläubiger abgetretenen Klage seinen Rückgriff gegen den Hauptshuldner nehmen, und steht diesem die erwähnte Rechts-Wohlthat in Beziehung auf den Gläubiger zu, so muß auch der Bürge diese Einrede gegen sich gelten lassen, weil der Gläubiger nicht mehr und kein weiteres Recht, als er selbst hatte — auf ihn übertragen konnte. Steht aber den Bürgen die actio mandati gegen den Hauptshuldner zu, so kann letzterer in der Richtung gegen den Bürgen diese Rechts-Wohlthat nicht geltend machen, da sie ihm in Beziehung auf das Mandats-Verhältniß nicht zusteht. Steht aber dem Bürgen die actio negotiorum gestorum zu, so kann der Haupt-

schuldner jene Einrede gegen ihn geltend machen, denn in so weit der Bürge über das id, quod facere potuit, bezahlt hat, hat er die negotia des Haupt-schuldners inutiliter gerirt (§. 103.).

§. 113.

Erläuterung des Fr. 71. pr. D. de fidej. (46, 1.)

Zum Schluß dieses Abschnittes glaube ich noch die schwierige Stelle des Paulus

Fr. 71. pr. D. de fidej. (46, 1.)

erläutern zu müssen: „Granius Antoninus pro Jūlio Polione et Julio Rufo pecuniam mutuam ac-cipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fue-runt, apud Aurelium Palmam mandator extitit; „Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et cre-ditori fiscus successerat: mandator allegabat, se-„liberatum jure confusionis, quia fiscus tam credi-tori quam debitori successerat. Et quidem, si „unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fide-jussorem ita et mandatorem litteratum esse, quam-vis enim judicio convento principalis debitore, „mandator non liberetur, tamen, ubi successit cre-ditori debitori, veluti solutionis jure sublata ob-ligatione, etiam mandator liberatur, vel quia non „potest pro eodem apud eundem quis mandator „esse. Sed cum duo rei promittendi sint, et al-teri heres extitit creditor, justa dubitatio est, „utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta „fuisset pecunia: an persona tantum exenta, con-fusa obligatione? Et puto, aditione hereditatis, „confusione obligationis eximi personam: sed et „accessiones ex ejus persona liberari propter illam „rationem, quia non possunt pro eodem apud eun-„dem

„dem obligati esse; at quemadmodum incipere  
„alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur al-  
„terum reum ejusdem pecuniae non liberari; et  
„per hoc nec fidejussorem vel mandatorem ejus:  
„plane quia is mandati judicio eligere potest vel  
„creditorem, competituram ei exceptionem dolii  
„mali, si cooperit conveniri: cum altero autem  
„reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in  
„partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.“

Bor allen Dingen haben wir nun das Geschichtliche  
dieses Falls — das Factum — genauer zu erwägen.  
Bey einem gewissen Aurelius Palma hatten Ju-  
lius Pollio und Julius Rufus ein Darleihen  
aufgenommen, und hiefs für eine Gesamtverbindlich-  
keit (obligationem correalem) eingegangen, so daß  
jeder für die ganze Schuld haftet „ita ut duo rei  
ojusdem debiti fuerint“ worüber auch

Zavolen, Fr. 2.

und

Pomponius, Fr. 4.

und das

proem. J. ej. tit, (3, 16.)

zu vergleichen ist. Für beide hatte sich ein gewisser  
Granius Antoninus dem Aurelius Palma  
als mandator verbürgt. Das Vermögen Eines der  
gesamtverbindlichen Schuldner fiel an die Staats-  
Kasse, und auch des Aurelius Palma Vermögen  
fiel dieser zu. Somit war also die Staats-Kasse  
Nachfolgerin des Gläubigers und Eines der beiden  
Schuldner geworden. Nun entstanden die beiden  
Fragen:

- a) ob dessen unerachtet noch der andere Schuldner, und
- b) ob namentlich auch noch der mandator Antonin haftet.

Der Entscheidung dieses Falles sendet nun Paulus Entscheidungsgründe voran. Vorerst bemerkt er nehmlich, daß wenn ursprünglich nur Ein Gläubiger vorhanden gewesen wäre, des mandatoris wie jedes andern Bürgen Verbindlichkeit erloschen wäre, was ihm gar nicht zweifelhaft erscheine; denn wenn gleich der mandator dadurch, daß der Gläubiger den Hauptschuldner belangt, ausnahmsweise nicht wie andere Bürgen (nehmlich nach dem damaligen, von Justinian aber, welcher alle Bürgen den Mandatorien gleichstellte, aufgehobenen Rechte, §. 103.) befreit werde, so seye doch die Confusion, d. h. die Vereinigung des Gläubigers und Schuldners in Einer Person, wie die Zahlung, schon aus dem Grunde als Erlösungsgrund anzusehen, weil da, wo Gläubiger und Schuldner in Einer Person vereinigt seyen, eine Bürgschafts-Verbindlichkeit sich nicht denken lasse. Wo aber, wie im vorliegenden Falle, zwey gesammt-verbindliche Schuldner vorhanden seyen, sey die Frage: ob die Confusion wie die Zahlung wirke, und ob somit auch der andere Schuldner durch die Confusion befreit seye? etwas schwieriger und zweifelhafter. Er für seine Person habe aber die Ansicht, daß die Confusion hier nicht wie Zahlung wirke, sondern daß ihre Wirkung sich lediglich auf denjenigen Schuldner, in Beziehung auf welchen eine Confusion vorgegangen, beschränke, und daß somit auch nur der Bürg desselben von der Bürgschafts-Verbindlichkeit befreit werde, daß also der andre Gläubiger der vorgegangenen Confusion unerachtet noch hafte, somit aber auch sein Bürger. (Hier erlaube ich mir nur eine Lücke in den Entscheidungsgründen zu ergänzen. Durchaus nichts Schwieriges

hat nun der Fall auch in Beziehung auf den Bürgen, wenn zwey verschiedene Bürgen für die verschiedenens Gläubiger vorhanden sind; denn dann wird der Bürger desjenigen Schuldners, in Beziehung auf welchen eine Confusion vorgegangen, befreit, der Bürger des andern aber bleibt verbindlich. Schwieriger ist aber allerdings die Sache, wenn wir uns denken, daß für beide sich nur Einer verbürgt hat, wie im vorliegenden Falle. Denn wenn hier der Bürger belangt wird, so kann er seinen Rückgriff gegen den einen oder den andern Schuldner nach Willkür, somit also auch gegen die Staats-Kasse im vorliegenden Falle nehmen, und somit würde durch die actio mandati des Bürgen gegen die Staats-Kasse, derselben gerade dasjenige wieder entwunden, was sie durch die actio mandati gegen den mandator von demselben erhielt. Und um diese gegenseitigen Ansprüche, welche am Ende doch nur das Erlöschen der Verbindlichkeit als Ergebniß herbeiführen, auszugleichen, gestattet Paulus dem mandator die exceptio doli mali gegen die Klage der Staats-Kasse. Ganz anders aber gestaltet sich die Sache, wenn die Schuldner nicht duo rei ejusdem debiti, sondern socii sind, denn dann erlischt nur die Schuld des Einen, so wie die Verbindlichkeit des Bürgen nur in Beziehung auf diese Eine Schuld durch die Confusion; in Beziehung auf die andere Schuld aber bleibt, wie der Hauptschuldner, so auch der Bürger verbindlich. Denn hier kann er, wenn er die andere Schuld bezahlt hat, unmöglich seinen Rückgriff gegen den Gläubiger, welcher zugleich auch den andern Schuldner in sich vereinigt, nehmen, indem er nur die Schuld eines andern Schuldners, welche durch Con-

fusion nicht erloschen war, bezahlte. Dies drückt nun auch Paulus durch den Satz: „cum altero „autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, „vel in partem, si socii fuerunt, creditorem posse „agere“, wobei er freilich des Bürgen nicht mehr erwähnte, aus; denn der erstere Theil des Sätze enthält offenbar einen Gegensatz zwischen dem Haupt-schuldner und dem Bürgen, der letztere Theil aber stellt beide gleich. Aber auch bey einer Correal-Ber-bindlichkeit der Schuldner steht die exceptio doli ihrem gemeinschaftlichen Bürgen nur dann zu, wenn er seinen Rückgriff mittelst der actio mandati neh-men kann; denn wenn ihm bloß die actio negotio-rum gestorum zusteht, so kann er offenbar nicht sei-nen Rückgriff an den Gläubiger, der durch Confusion zugleich Schuldner wurde, nehmen; denn die nego-tia des Letztern konnte er offenbar nicht geriren, da ja gar keine mehr vorhanden waren. Eben so wenig, wenn der Bürgen bloß mittelst der ihm abgetretenen Klage seinen Rückgriff nehmen kann; denn dann wird sich wohl der Gläubiger sehr in Acht nehmen, ihm die Klage gegen sich selbst abzutreten, und wird ihm nur die Klage gegen den andern Schuldner ab-zutreten für gut finden. — So glaube ich dann auch diese etwas schwierige Stelle befriedigend erklärt zu haben.

## Achte Abtheilung.

Von Verpfändungen, namentlich in Beziehung auf natürliche Verbindlichkeiten.

### §. 114.

Auch für natürliche Verbindlichkeiten kann Verpfändung Statt finden.

Dass auch für natürliche Verbindlichkeiten Pfand-Bestellungen Statt finden können, ersehen wir aus Marcius,

Fr. 6. D. de pign. (20, 1.)

„Res hypothecae dari posse sciendum est pro qua-  
„cunque obligatione etc. vel pro civili, vel hono-  
„raria, vel tantum *naturali*.“

Ulpian,

Fr. 14. §. 1. D. ej. tit.

„Ex quibus casibus *naturalis obligatio* consistit,  
„*pignus* perseverare constituit.“

und Paulus,

Fr. 101. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

„Cum creditor *pignus* distraheret licere ei *preium*  
„in acceptum referre, etiam in eam *quantitatem*,  
„quae *natura* tantum *debeat*ur, et ideo deducto  
„eo *debitum* peti posse.“

### §. 115.

Untersuchung der Frage: ob natürliche Verbindlichkeiten durch Pfand-Bestellung flagbar werden?

Allein eine andere Frage ist diese: ob natürliche Verbindlichkeiten durch Pfand-Bestellung flagbar

werden? Vor allen Dingen aber ist hier vorerst der wahre Sinn der Frage festzusezen. Denn unterlegt man derselben den Sinn: ob durch die Pfand-Bestellung die natürliche Verbindlichkeit selbst — an und für sich — direct — klagbar werde? so ist diese Frage offenbar zu verneinen. Anders aber, nehmlich so gestellt, ob sie nicht wenigstens — nehmlich durch die aus der Pfand-Bestellung hervorgehende Pfandschafts-Klage, also nur mittelbar — indirect — klagbar werde, ist sie mit Unterscheidung zu beantworten. Das Römische Recht kennt nehmlich zweierley Arten von Pfändern, Unterpfänder und Faustpfänder (*hypothecas et pignora*). Erstere unterscheiden sich aber von den letzteren wesentlich dadurch, daß Unterpfänder im Besitze des Pfandschuldners verbleiben, Faustpfänder aber in den Besitz des Pfandgläubigers übergehen.

Fr. 9. §. 2. D. de pign. act. (13, 7.) Fr. 158.  
 §. 2. D. de V. S. (50, 16.) §. 7. J. de act. (4, 6.)

Hatte nun der Gläubiger ein Faustpfand, so konnte er ja dasselbe nach den bestehenden Rechts-Normen veräußern. In Hinsicht auf das ältere Recht und die beiden Arten des Faustpfandes, nehmlich des formlosen, bloß mittelst Uebergabe bestellten, *pignus*, und der förmlichen, mittelst *mancipatio* oder in *jure cessio* übergebenen, *fiducia*, ist zu vergleichen: *Gaius*,

*Comment. L. II. §. 60. p. 108.*

*Paulus*,

*Recept. Sentent. 2, 5, 1.*

*2, 13, 5.*

*2, 17, 12.*

*Isidorus*,

*Orig. L. 5. cap. 25.*

„*Fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae*

„mutuae gratia vel *mancipatur*, vel *in jure ceditur*.“

*Ulpian,*

Fr. 4. D. de pign. act. (13, 7.)

*Tavolen,*

Fr. 73. D. de furtis (47, 2.)

und in Hinsicht auf die Veräußerung nach Justinianischem Recht,

Const. 3. §. 1. C. de jure dom. impetr. (7, 24.)  
in Vergleichung mit

§. 1. J. quibus alienare (2, 8.)

Der Gläubiger bedurfte somit, da er ja, wie uns auch oben (§. 114.) Paulus belehrt, von dem Erb's seine Befriedigung erhalten konnte, keiner Klage. Anders aber, wenn er nur Unterpfands-Recht erhalten hatte, denn dann mußte er die *actio pigneratitia* (quasi Serviana) auf Herausgabe des Unterpfandes, oder Abtrag der Verbindlichkeit anstellen.

§. 7. J. de act. (4, 6.)

Const. 2. C. si unus ex plur. (8, 32.)

Dass nun der Pfand-Gläubiger auch bei einer natürlichen Verbindlichkeit, für welche ihm ein Unterpfand bestellt war, die *actionem pigneratitiam* anstellen konnte, daran vermag ich um so weniger zu zweifeln, als bei einer Verpfändung, nach den Ansichten der Römischen Rechtsglehrten, eigentlich eine gedoppelte Verbindlichkeit, nehmlich außer der Haupt-Verbindlichkeit noch eine besondere Verbindlichkeit in Beziehung auf die verpfändete Sache (*obligatio rei*), entstand (vergl. §. 32.). Diese letztere war nun aber offenbar klagbar, und somit wurde es auch, jedoch nur indirect, die Haupt-Verbindlichkeit. Doch die Gründe der Gegner habe ich nun auch einer genaueren Prüfung zu unterwerfen. Für die entgegengesetzte Meinung führt man nehmlich an:

a) eine Stelle des Scavola,

Fr. 19. D. qui pot. in pignore (20, 4.)

„Mulier in dotem dedit marito praedium pignori  
„obligatum, et testamento maritum et liberos ex  
„eo natos, item ex alio heredes instituit; creditor  
„cum posset heredes convenire idoneos, ad fun-  
„dum venit. Quaero: an si ei justus possessor  
„offerat, compellendus sit *jus nominis* cedere?  
„Respondit, posse videri non injustum postulare.“  
Man will nehmlich aus dieser Stelle den Schluß  
ziehen, daß, da der Gläubiger dem Besitzer des Un-  
terpfandes seine Klage abtreten müsse (was freilich  
von Justinian

Nov. 4. Cap. 2.

— wonach die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer nur, nachdem der Hauptschuldner und dessen Bürgen ausgeschlagen sind, statt findet — abgeändert wurde), er aber keine Klage habe, so könne er ihn ja auch nicht belangen. — Abgesehen nun aber auch davon, daß diese Stelle nur für den Fall, wenn der Schuldner und der Pfand-Besitzer nicht in einer Person vereinigt sind, etwas beweisen könnte, so hat man ihr offenbar auch einen Sinn unterschoben, welchen sie wirklich nicht hat. Denn nicht, daß der Gläubiger seine Klage (*actio*), sondern nur, daß er das *jus nominis* abzutreten habe, behauptet Scavola; das *jus nominis* aber kann naturale oder civile seyn, und somit bietet diese Stelle Scavola's keinen Beweis für die entgegengesetzte Meinung dar. Die Gegner beziehen sich aber

b) auf eine Stelle Ulpian's,

Fr. 9. pr. D. de Scto Maced. (14, 6.)

„Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit,  
„dicendum erit, Scti exceptionem ei denegandam

„usque ad pignoris quantitatem.“ Allein, was diese Stelle beweisen solle, sehe ich nicht ein; denn aus dem Darlehen, welches einem Haussohne gegeben wurde, entsteht doch wahrlich keine natürliche Verbindlichkeit, sondern diese wird erst dann begründet, wenn der Haussohn der Einrede des Sc̄ti Macedoniani unerachtet, das Darlehen zurückbezahlt hat (§. 48.); und die vorliegende Stelle hat somit auch lediglich keinen andern als den Sinn, daß wenn der Haussohn als Haussvater für ein solches Darlehen nachher ein Unterpfand bestellt, er eben hiedurch, in so weit das Pfand zu Befriedigung des Darleihers hinreiche, auf die Einrede des Sc̄ti Macedoniani Verzicht geleistet habe. Man beruft sich aber, und zwar noch in besonderer Beziehung auf die Behauptung, — daß dem Pfand-Gläubiger bloß ein Zurückbehaltungs-Recht des Faustpfandes, und keineswegs bey Unterpfändern eine Klage zustehe, —

c) auf den ersten Satz der

Const. 22. C. de usuris (14, 32.)

welche wir aber ganz betrachten wollen. „Pignoribus quidem intervenientibus, usurae quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc jure constituto, cum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas: nec peti, nec retineri quidquam amplius potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris perspicis.“ Dass diese Stelle nun ein Rescript im Sinn des Theophilus

Paraphr. Institut. L. I. tit. 2. §. 6. (Ed. Reitz  
Tom. I. p. 28.)

„Καὶ τι ἐπισολὴ; ἀντι-  
„γραφὴ βασιλέως πρὸς ἄρ-  
„χοντος ἀναφορὰν περὶ τι-  
„νος ἀμφιβόλου πράγματος  
„γενομένη.“

„Et quid est epistola?  
„Rescriptum principis  
„ad relationem praesi-  
„dis aut magistratus su-  
„per quadam re ambi-  
„gua emissum“ — seye,

ergibt sich wohl schon auf den ersten Anblick. Den Inhalt desselben wollen wir nun näher beleuchten. Das Rescript sagt: Auch wegen solcher Zinsen, welche nicht mittelst einer förmlichen verborum obligatio, sondern durch einen bloßen formlosen Vertrag (pactum nudum) bedungen worden, welcher zwar an und für sich, und wenn er nicht einem contractus bonae fidei auf der Stelle angehängt worden, keine Klage begründe, — vergl. Paulus

Recept. Sentent. 2, 14, 1.  
und Ulpian

Fr. 7. D. de pactis (2, 14.)

finde doch Zurückbehaltungs-Recht des Faustpfands statt. In dem vorliegenden Falle aber werde behauptet, daß gar keine Zinsen, sondern lediglich eine bestimmte Entschädigung (certae summae poena — denn daß das Wort poena auch im Sinne einer Entschädigung vorkomme, ersehen wir aus dem

§. 7. J. de V. O. (3, 15.)

„Non solum res in stipulationem deduci possunt, sed  
„etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel  
„non fieri: sed in hujusmodi stipulationibus  
„optimum erit, poenam subjecere, ne quantitas  
„stipulationis in incerto sit“ — vergl. mit Venu-  
lejus)

Fr. 11. D. de stip. praetor. (46, 5.)

versprochen worden seye, und so könne nun auch nichts weiter als jene Entschädigung gefordert, und wenn die Löfung des Pfandes von dem Schuldner nicht erfolge, von dem Erlös desselben zurück behalten werden. Auch dieses Rescript kann somit für die entgegengesetzte Meynung nichts beweisen, da es lediglich von dem Falle einer Faustpfands-Bestellung, in welchem, wie schon oben bemerkt worden, der Gläubiger keiner Klage bedarf, handelt. Meiner Ansicht nach dürfte daher auch der Satz: daß, wo für natürliche Verbindlichkeiten Unterpfänder bestellt worden, diese mittelst der actio pignoratitia geltend gemacht werden können, als ein erwiesener anzunehmen seyn.

§. 116.

Angabe des Grundes: warum sich die Pfandschafts-Klage erst nach der persönlichen betreffenden Klage verjähre?

Eben aus dieser gedoppelten Verbindlichkeit, welche durch den Pfand-Vertrag entsteht, und welche ich eine subjective, lediglich in Beziehung auf das verbindliche Subject, und eine sub-objective in Beziehung auf das Sub- und Object des Pfand-Vertrags nennen möchte, läßt sich dann auch erklären, warum die Verjährung der persönlichen Verbindlichkeit in dem Falle, wo sich die Pfandschafts-Klage erst nachher verjährt, dem Gläubiger nicht schade, was zwar nur analog aus der Stelle des Paulus

Fr. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2.)

indem das „litem tempore amisit“ auf das expirare litem oder mortem litis è lege Julia, wovon Gajus

Comment. L. IV. §. 104. p. 355.

zu beziehen ist, mit vieler Wahrscheinlichkeit aber aus dem Rescript Gordians

Const. 2. C. de luit. pign. (8, 31.)

„Intelligere debes vincula pignoris *durare etiam actione personali summota*,“ welcher freylich die erlöschende Verjährung in dem allgemeinen Umfange, den sie erst nachher erhielt, noch nicht, und nur eine sehr beschränkte Verjährung kannte, und mit voller Gewissheit aus der

Constit. 7.  
verglichen mit  
Constit. 3. u. 4. } C. de praescr. XXX vel  
zu entnehmen ist. } XL annorum (7, 39.)

### §. 117.

Von dem Rechts-Bestand des Pfandrechts, in Beziehung auf eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit.

In Beziehung auf die Frage: ob bey einer bloß objectiven natürlichen Verbindlichkeit (§. 72. u. 85.) das Pfandrecht von Wirkung sey? ist zuerst zu unterscheiden: ob ein subjectiv Nichtverbindlicher, z. B. der Unmündige oder Minderjährige selbst — oder für ihn ein dritter subjectiv Verbindlicher das Pfand bestellt hat. Denn im ersten Fall haftet das Pfand wegen der subjectiven Ungültigkeit des Pfand-Vertrags nicht, im letztern aber haftet dasselbe auch für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit, denn daß auch der Bürge für eine bloß objective natürliche Verbindlichkeit hafte, habe ich oben (§§. 92. u. 94—99.) gezeigt, und derjenige, welcher sein Eigenthum für einen Andern verbürgt hat, ist doch wohl nur als Bürge desselben im weitern Sinne des

Worts (Intercedent) zu betrachten, wie wir auch aus Pomponius

Fr. 32. §. 1. D. ad SCt. Vellej. (16, 1.)  
ersehen.

## Neunte Abtheilung.

Von dem Einflusse der erlöschenden Verjährung auf Verbindlichkeiten.

### §. 118.

#### Begriff der Verjährung.

Unter der erlöschenden Verjährung verstehen wir das Erlöschen des Rechts? oder der Klage? durch den Ablauf einer bestimmten Frist. Das aber eben, ob das Recht oder die Klage bloß erlöscche? ist streitig. Leider fällt die erlöschende Verjährung erst in einen der der Blüthe Römischen Jurisprudenz nachgehenden Zeitraum, und was jene eigentlich mit dem Wort „praescriptio“ bezeichnen wollte, ist selbst aus den unvollständigen Umrissen des Gaius

Comment. L. IV. §§. 130 — 133. p. 368 — 371.  
nicht klar geworden. Allein meiner Ansicht nach ersicht durch die Verjährung bloß die Klage, nicht das Recht selbst, denn auch die

Const. 3. u. 4. C. de praescr. XXX. vel XL. annorum (7, 39.)

sprechen immer von einem „extingui actionum“ „non amplius vivere actionem.“ Dieses Erlöschen der Klage, diese praescriptio von Seiten des actoris

bildete aber nun von Seiten des rei — des Schuldners, denn dies geht wohl aus Gaius

I. c. §. 133 p. 371.

hervor, eine zerstörliche Einrede, welche nun die der Verjährung ungeachtet erhobene Klage entkräftet.

§. 119.

In wie weit nach der erlöschenden Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe?

Hienach ist dann auch die Frage: In wie weit nach der erlöschenden Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe? zu ermessen. Nach der Verjährung bleibt nämlich nur eine solche Verbindlichkeit zurück, welche durch eine zerstörliche Einrede entkräftet werden kann. Daß dies aber keine natürliche Verbindlichkeit seye, sondern erst dann es werde, wenn der Schuldner, der ihm bekannten zerstörlichen Einrede ungeachtet, den Abtrag der Verbindlichkeit freiwillig geleistet habe, ist bereits oben (§. 48.) erwiesen worden.

S ch l u ß.

Erklärung des Fr. 38. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

§. 120.

Die Stelle selbst.

Zum Schluß, endlich glaube ich noch, die bekannt schwierige Stelle Africans

Fr. 38. pr. D. de cond. indeb. (12, 6.)

erläutern zu dürfen. Sie lautet wie folgt: „Frater a „fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam „mutuatus post mortem patris ei solvit: quaeſitum est, an repetere possit? Respondit, „utique „pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset

„repetitum: pro ea vero, qua frater heres  
 „extiterit, ita repetitum, si non minus ex pe-  
 „culio suo ad fratrem pervenisset: naturalem  
 „enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso subla-  
 „tam videri, quod peculii partem frater sit conse-  
 „cutus: adeo ut, si prälegatum filio eidemque  
 „debitori (*id*) fuisset, deductio hujus debiti a  
 „fratre ex eo fieret: idque maxime consequens  
 „esse ei sententiae, quam Julianus probaret, si  
 „extraneo quid debuisse, et ab eo post mortem  
 „patris exactum esset, tantum judicio eum familiae  
 „erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse,  
 „quantum ab his creditor actione de peculio con-  
 „sequi potuisset. Igitur (*et*) si re integra familiae  
 „erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum  
 „esse, ut ad quantitatem ejus indemnus a coherede  
 „praestetur: porro eum, quem adversus extraneum  
 „defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri  
 „debuisset indemnem esse praestandum.“

### §. 121.

#### Erläuterung derselben.

Diese Stelle handelt von folgendem Falle. — Ein Vater A. hatte zwey Söhne B. und C., jedem derselben hatte er einen Theil seines Vermögens zur Verwaltung überlassen (peculium — jetzt *profectuum* genannt). Der Sohn C. entlehnte nun von dem Peculium des Sohnes B. zu seinem Peculium eine Summe, und bezahlte sie erst nach dem Tode seines Vaters zurück? Nun entsteht die Frage: Kann er die Bezahlung überhaupt, und in wie weit kann er sie zurückfordern? African erwiedert, die seinem Erbtheil an der Verlassenschaft des Vaters verhältnissmäßige Summe jedenfalls, aber auch den übrigen

Theil, insoweit nicht durch jene Schuld sein des Sohnes C. eigenes Peculium vermindert wurde. Doch dies will ich durch ein Beispiel nunmehr erläutern:

Der Vater hinterließ

a) ein in seiner unmittelbaren Verwaltung stehende Vermögen von	2000 fl.
b) ein Peculium seines Sohnes B., welches aber in der Peculien-Schuld seines Bruders C. besteht	300 —
und	
c) ein Peculium seines Sohnes C. von 400 fl. worauf aber noch die Peculien-Schuld an seinen Bruder B. von 300 fl. hafstet, welche daher, da sie oben berechnet wurden, hier abzuziehen sind, und nur noch der Rest einkommt mit	<u>100 —</u> <u>2,400 fl.</u>

Es trifft somit jeden der beiden Söhne . 1,200 —

Gesetzt nun, der Sohn C. hat die Peculien-Schuld erst nach dem Tode seines Vaters zurückbezahlt, und zwar sie von seinem Peculium, wie oben geschehen, abgezogen, so würden, wenn man keine Rückforderung gestattete, sich die Empfänge der beiden Söhne folgendermaßen herausstellen:

Der des Sohns B.

a) Anteil an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters	1000 fl.
b) Anteil an dem Peculium seines Bruders	50 —
c) die Peculien-Schuld	<u>300 —</u> <u>1,350 —</u>

Der des Sohnes C.

a) Anteil an der Verlassenschaft seines Vaters	1000 fl.
b) an seinem eigenen Peculium	<u>50 —</u> <u>1,050 —</u> also

also 150 fl. weniger als B.

Nun fordert er aber die Hälfte seiner Peculien-Schuld von 300 fl. mit 150 fl. zurück, und damit ist er gegen seinen Bruder gleichgestellt; denn

$$1350 - 150 = 1050 + 150.$$

Mehr aber kann er hier nicht zurückfordern, weil er die Schuld von 300 fl. von seinem Peculium von 400 fl. abgezogen hat. Sezen wir aber den Fall, er hat jene 300 fl. nicht von seinem Peculium abgezogen, so würden sich folgende Empfänge der beiden Brüder bilden:

Der Bruder B. erhielte

a) an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters . . . 1000 fl.

b) an dem Peculium seines Bruders C. von 400 fl. 200 —

c) Die Peculien-Schuld seines Bruders mit . 300 —

1,500 fl.

Der Bruder C.

a) an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters . . . 1000 fl.

b) an seinem eigenen Peculium die Hälfte mit 200 —

1,200 fl.

Dagegen aber hat er bezahlt . . . 300 — und verbleiben ihm somit nur noch . . . 900 — somit 600 fl. weniger als seinem Bruder; fordert er aber nunmehr die ganze Peculien-Schuld, welche hier doppelt aufgerechnet ist, und somit die Verlassenschaft ideell vergrößert, d. h. die ganz bezahlten 300 fl. zurück, so steht er, da

$$1500 - 300 = 900 + 300$$

seinem Bruder gleich, und somit sind die Worte: pro ea vero — pervenisset erläutert. Nun aber spricht African noch von einer naturalis obligatio

quae suisset, et sublata est, was sich gar leicht erklären lässt; denn der Sohn B. konnte zu Lebzeiten seines Vaters die Schuld von seinem Bruder C. nicht zurückfordern, weil es dem Vater ganz einerley seyn konnte, ob jene 300 fl. sich in dem Peculium seines Sohnes B. oder C. befinden, und wenn ersterer durch Verminderung des letztern sich vergrößert hätte, der Stand seines Vermögens unverändert derselbe geblieben wäre; daher und aus demselben Grunde konnte auch der Sohn C., wenn er die Peculien-Schuld zu Lebzeiten seines Vaters zurückbezahlt hatte, nichts zurückfordern. Nach dem Tode des Vaters aber änderte sich die Sache. Er erbte nämlich auch an dem Peculium seines Bruders B., und somit entstand in Betreff seines Erbtheils jedenfalls eine Confusion. Hatte er daher nach dem Tode seines Vaters bezahlt, so erbte er jedenfalls, wenn er nämlich die Schuld an seinem Peculium abgezogen hatte, die Hälfte, und wenn er sie nicht abgezogen, sondern von seinem Vermögen bezahlt hatte, konnte er, da durch eine Nichtschuld von ihm die Verlassenschaft des Vaters ideell vergrößert worden, das Ganze zurückfordern. Gesezt nun (ein Fall, dessen African nur im Versolg erwähnt, und welcher die Converse des früheren, nach welchem der Sohn C. die Peculien-Schuld nur insoweit bezahlen dürfte, als das Peculium zureichte, und er es mit seinem Bruder B. theilen musste, enthält, indem hier eine Forderung des C. an jene Schuld unterstellt wird, welche nun gleichfalls auf den Betrag des Peculiums beschränkt ist) der Vater A. hat seinem Sohn C. die Peculien-Schuld prälegirt, wie ist dann zu verfahren? Sezen wir wie oben den Fall, das Peculium betrage 400 fl., so ist die Theilung sehr einfach, denn es erhält

## Der Sohn B.

1) die Hälfte an der unmittelbaren Verlassenschaft seines Vaters 1000 fl.  
 2) die Hälfte an dem Peculium seines Bruders von 400 fl. nach Abzug der Peculien-schuld als Vorvermächtniß 100 fl. — 50 —  
 ——————  
 1050 —

somit 300 fl. mehr.

Allein, gesetzt das Peculium betrüge nur 100 fl., so kann er auch nur jene 100 fl. als Vorvermächtniß in Anspruch nehmen, da die übrigen 200 fl. ja nicht vorhanden sind.

Sezen wir daher den Fall:

Das Peculium des Sohnes B. bestehend in einer Schuld von 300 fl. von seinem Bruder C. 400 fl.

der <sup>r</sup> Sohn C. Vorvermächtniß . . . .	300 fl.
sodann	
a) wie sein Bruder B. . . .	1000 —
b) wie sein Bruder B. . . .	<u>50 —</u>
	<u>1350 —</u>

a) die unmittelbare Verlassenschaft des Vaters beträgt . . . .	2000 fl.
b) das Peculium des Sohnes C., worauf aber 300 fl. Schulden haften, 100 —	<u>2100 —</u>

so heben sich die 300 fl. Forderung des B. und Schuld des C. offenbar gegeneinander auf,

B. erhält:  
die Hälfte an der Verlaß-  
senschaft seines Vaters,  
1000 fl.

und C. erhält:  
a) Vorvermächtniß 100 fl.  
b) die Hälfte an  
der Verlassen-  
schaft seines Va-  
ters . . . 1000 —

denn das Vermächtniß kann er nur, insoweit sein Pe-  
culium zu Entrichtung desselben zureicht, fordern, wo-  
durch nun die Worte „adeo ut — fieret“ erläutert  
sind. Das Uebrige, was sodann Africam noch be-  
merkt, versteht sich wohl von selbst.

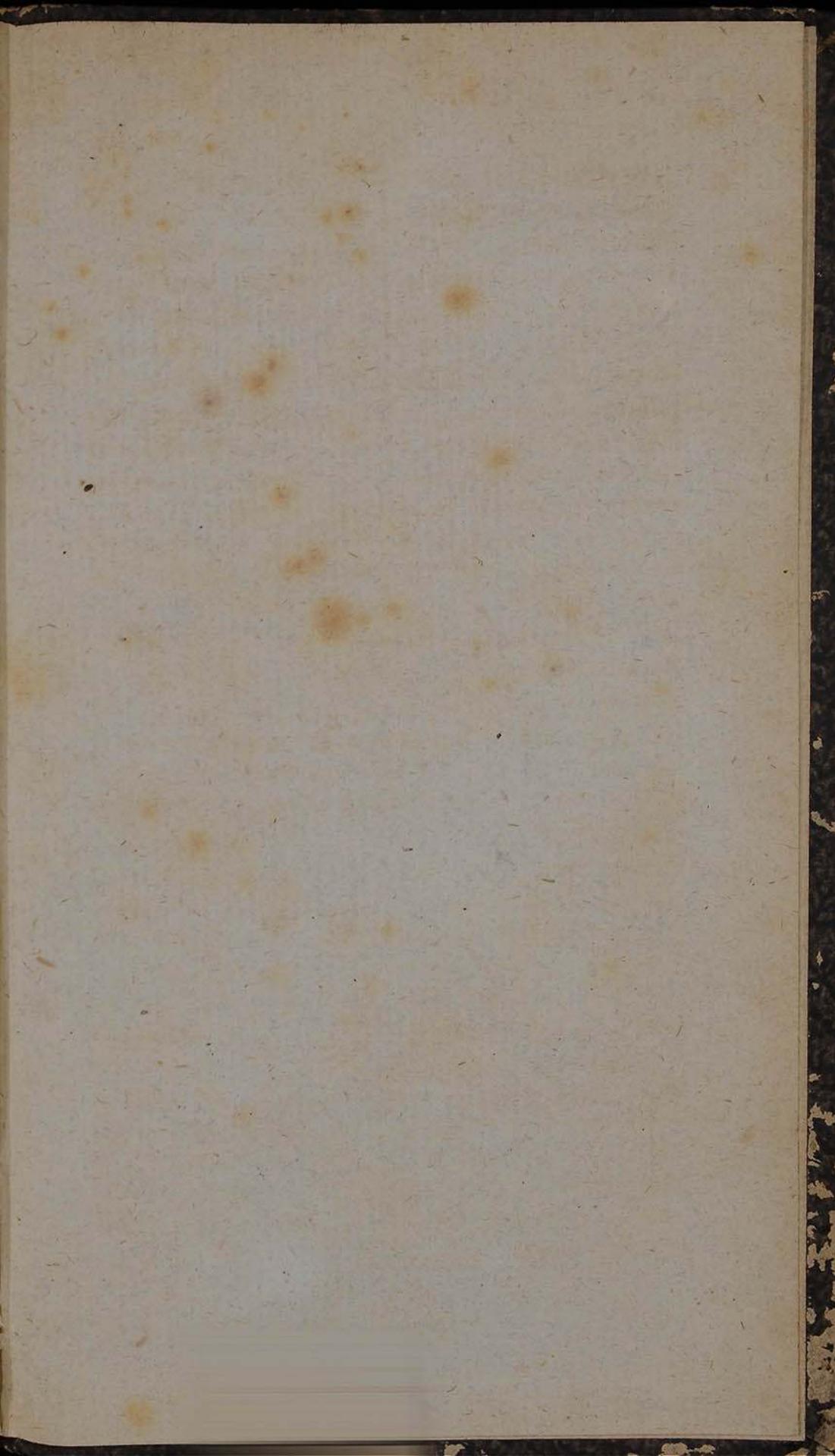
### D r u c k f e h l e r.

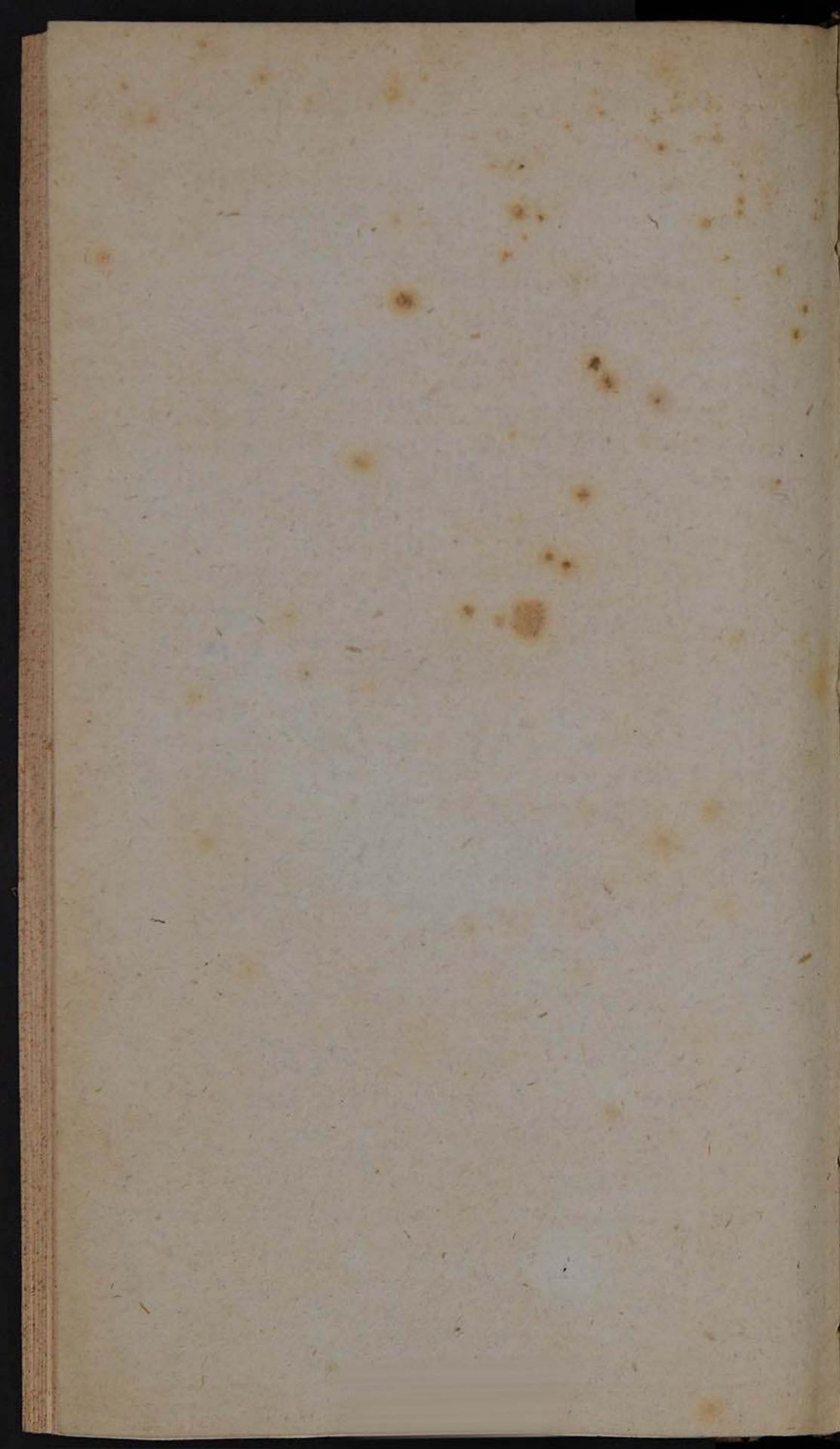
- Seite 28. §. 57. in der griechischen Stelle Zeile 7. ist zu le-  
sen: παρουσενάζοοι statt „παρασκενάζοοι.“  
— 48. — 51. L. 4. v. unt. I. daure st. „dauren.“  
— 53. — 56. L. 10. I. „de R. C.“ st. de R. O.  
— 55. — 57. L. 3. auf der linken Spalte I. Fr. 5. §. 1.  
st. „Fr. 5. §. 3.“  
— 57. — 62. L. 2. I. Fr. 5. st. „Fr. 7.“  
— 82. — 77. L. 2. u. 3. I. ζφηβος st. „ζφηβος“  
— 84. — 79. in der Ueberschrift I. der st. „des“  
— 111. — 91. L. 2. I. §. 119. st. „§. 19.“

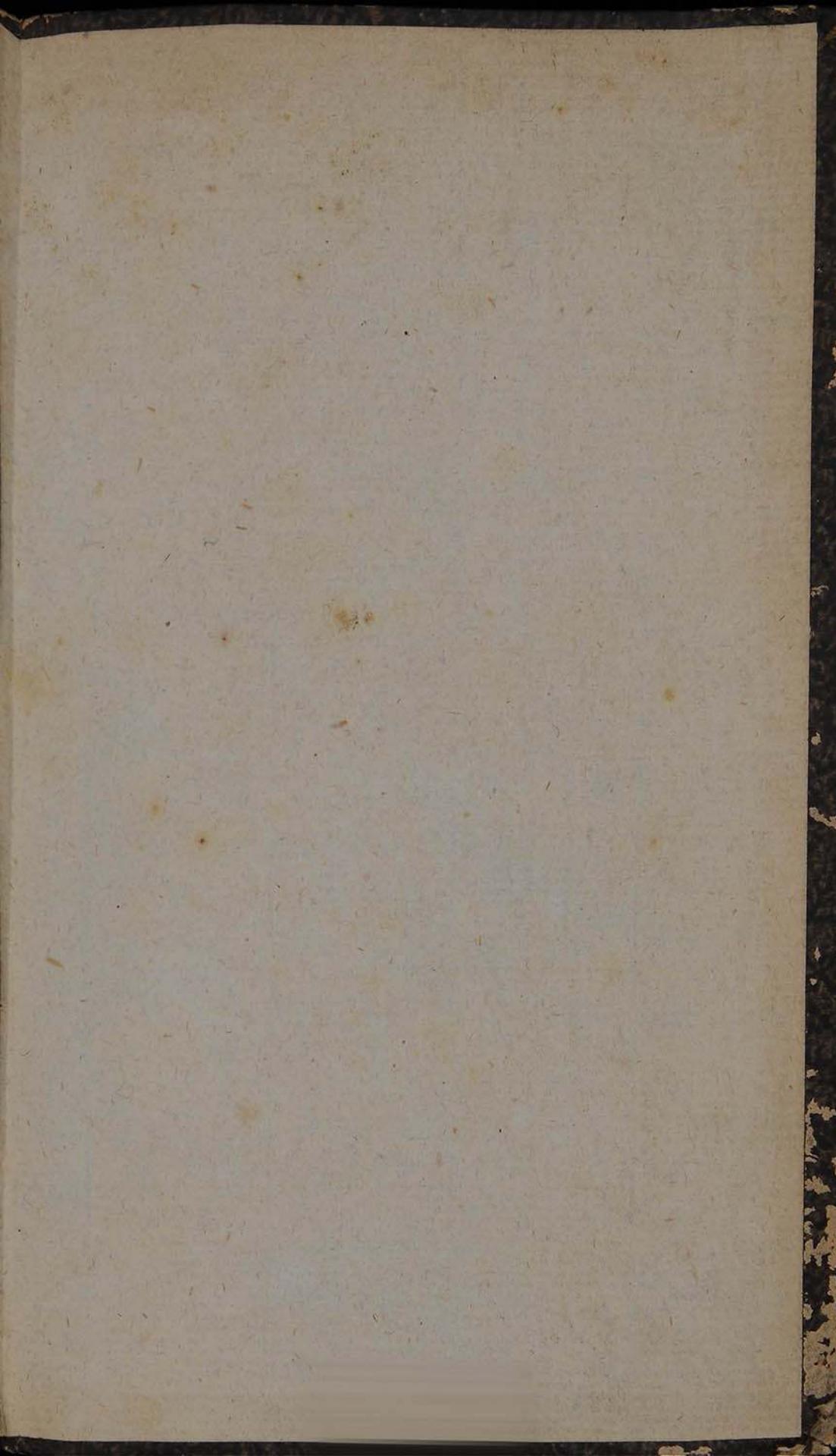
4. I. 1933

1638









DIPAM  
DIRIT

Univers

Reinhar  
über  
Verbum  
Lichtes

DARTIMENTO  
GIACINTO PRIVIO

ANT

B

22

Università Padova

0. 39.

Fortsetzung und Erklärung des Fr. 84. §. 1. D. de R. J.  
(50, 17.)

Damit stimmt nun auch der, die verschiedenen Arten der naturalis obligatio nach folgendem Schema

### Naturalis obligatio sensu latiori

est

aut (3) aut

### civilis      naturalis sensu strictiori



Begriff und das allgemeine Rechts-Gefühl eine innere  
Nöthigung vorliege.

6. 40.

Fortsetzung und nähere Beleuchtung des Fr. 16. §. 4. D. de  
fidej. et mand. (46, 1.) der Fr. 10. und 118. D. de V. S.  
(50, 16.)

Ganz richtig bemerkt daher auch Julian (§. 36.): daß man die naturales debitores, d. h. die debitores ex naturali obligatione (das Wort debtor natürlich hier im allgemeinsten Sinne des Worts — als je-

