

## Werk

**Titel:** Bemerkungen über den Werth, die Natur und Gränze, des sogenannten Provocations-Pr...

**Autor:** Breidenbach, Moritz Wilhelm

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1820

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1820\\_0003](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1820_0003) | log28

## Kontakt/Contact

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

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## XXI.

Bemerkungen über den Werth, die Natur und Gränze, des sogenannten Provocations-Processes, und über einzelne Erscheinungen in seinem Gebiete.

Von dem

Dr. jur. Moritz Wilhelm Vreidenbach, Großherzoglich-Hessischem Regierungs-Secretariats-Accessiten zu Darmstadt.

## Abhandlung. I.

Ueber die Ausdehnung oder Einschränkung des Provocations-Processes. Gegen Gönner.

## §. 1.

Den Provocations-Process, welchem Abhandlungen, ja ganz besondere Schriften gewidmet sind, hat Grolman in einer Note abgefertigt <sup>1)</sup>, dadurch aber kurz und sinnreich angedeutet, wie wünschenswerth eher die gänzliche Vernichtung als die Ausdehnung eines Instituts wäre, welches die bürgerliche Freiheit im Gebiete des Privatrechts beengt. Dem römischen Rechte können wir zu dem vielen, welches auf seinem Gewissen lastet, die Existenz dieses Anomalons nicht aufbürden; denn es ist bekannt, daß die oft blinde Praxis in zweien mißverstandenen Gesetzen etwas fand, was nicht darin steht, die Reichsgesetze aber auch nicht hell genug sahen, sondern, den Verstoß der Praxis zum Theil sanctionirend, diesen insoweit sich selbst auf-

<sup>1)</sup> Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtssreitigkeiten. S. 228. S. 389. Note 1.

gebürdet haben. Aber billig sollte man bei den zwei Fällen, die Paulus und der Kaiser Diocletian und Maximian nolentes volentes vorgeschrieben haben müssen, stehen bleiben, nämlich a) bei dem Fall des Verühmens eines Ausspruchs oder einer Verbreitung nachtheiliger Gerüchte (Prov. e. l. diffamari) und b) bei dem Fall des drohenden Verlusts einer Einrede bei längerem Säumen des Klägers (Prov. e. l. si contentat). Wirklich thaten dies auch viele angesehenen Processualisten<sup>2)</sup>; nicht so Gönner. Dieser berühmte Gelehrte, dessen große Verdienste um den Proceß anerkannt sind, wünscht die Lehre vom Provocations-Proceß in's Unendliche ausgedehnt zu wissen<sup>3)</sup>. Seine Gründe werden meines Wissens bis jetzt weder angefochten, noch widerlegt<sup>4)</sup>. Je bedeutender aber die

2) Martin in dem bürgerlichen Proceß S. 244—246. Schweiker über den Provocations-Proceß. Leipzig 1806. S. 1. 10. 17. u. a. m.

3) Siehe dessen Handbuch B. IV. Abh. 73. und nachher in seinem Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsfachen. Erl. 1815. S. 84. S. 7. und in den Motiven S. 216 ff., wo er das in seinem Handbuch gesagte wiederholt. In J. T. Carrachs Abhandlung „Rechtliche Anmerkungen vom Gebrauch und Mißbrauch der Provocatio ex lege diffamari“ (wöchentliche Hallische Anzeigen v. J. 1758. nr. 52—54. und nachgedruckt in Schotts Jurist. Wochenbl. B. 1. S. 338. — 368.) findet man nicht, wie man aus dem Titel erwarten sollte, etwas über die Frage: ob der Provocations-Proceß über die zwei angegebene Fälle hinaus auszudehnen sey oder nicht? sondern bloß fades Zeug. Uebrigens ist Gönner nicht der erste, welcher eine Ausdehnung verteidigte. Dies geschah von vielen und namentlich von Danz Grundsätze des summ. Proc. S. 85., Claprotch Einleitung in sämmtl. summ. Proc. S. 399. und vielen ältern. Ich beschäftige mich hier aber bloß mit den Gönnerschen Gründen, theils weil die Gründe der andern entweder bei Gönner sich finden, oder unter aller Critik sind, (gegen Claprotch, siehe z. B. Schweiker l. c.) und theils weil kein älterer so weit gieng, wie Gönner.

4) Auch von Schweiker nicht, aber dies wahrscheinlich darum/

Autorität einer Gönnerischen Meinung ist, je mehr die Praxis geneigt ist, eine Ansicht zu adoptiren, die einen solchen Gewährsmann hat, je leichter Gönners, mit gewandter Feder ausgeführte, Scheingründe auf neue Gesetzgebungen Einfluß haben können, desto mehr Pflicht ist es, jene Meinung zu bekämpfen, bescheidet sich auch der jugendliche Kämpfer, daß er an einen Riesen sich wagt. Aber sollte denn die Liebe zur Rechtswissenschaft hier den Muth nicht eben so stählen, wie die Liebe des jungen Ritters zu seiner Dame? Man kann wirklich hier sagen: das Gemeynwohl stehe auf dem Spiel — allen Berechtigten drohe eine lästige, dem Staat und dessen Rechtspflege schädliche Beschränkung des freien Rechtskreises.

Nach Gönners Ansicht kann jeder in jeder Sache sowohl Bekannte als Unbekannte durch den Richter, bei Strafe des ewigen Stillschweigens, auffordern lassen, die etwaigen Ansprüche anzubringen, mögen die Aufgeforderten diffamirt haben oder nicht, mag eine Einrede in Gefahr seyn oder nicht.

#### §. 2.

Um dieses zu rechtfertigen, beruft sich dieser Gelehrte voran auf die Billigkeit, den gesunden Menschenverstand u. d. gl. Mehrere Beispiele werden angeführt, die zeigen sollen, wie drückend es in gegebenen Fällen sey, wenn eine unbedingte Provocations-Befugniß nicht zustehet. »Von einem Kaufmann, der in einem Geschäft gestanden, schleicht irgend ein dumpfes Gerücht einer Schuld herum, ohne daß er eine Bescheinigung beibringen kann, daß grade sein angeblicher Creditor sich der Forderung gerühmt habe. Ein Hausvater mit unmündigen Kindern ahnt einen Rechtsstreit; jetzt ist ihm die Sache und sind ihm die Beweismittel bekannt; er befürchtet, daß nach seinem Tode der Berechtigte die Unmündigen belangen werde. Ein anderer Hausvater will gern in Ruhe leben und nicht den Ablauf der Verjährungszeit abwarten u. s. w. Wenn nun auch

---

weil sein Werk kurz in der Zeit nach dem Gönnerischen Handbuch, wenigstens der zweiten Auflage, erschien.

kein absoluter Zwang zur Rechtsverfolgung vorhanden sey, so existire doch ein relativer, und vermöge der Rechtsgleichheit der Parteien auch wirksam bei demjenigen, welcher Ansprüche machen wolle. Der Staatszweck verlange, daß der Bürger, weil er vom Staat Schutz seiner unstreitigen Rechte fordern könne, auch wegen seiner, wie immer zweifelhaften, Rechte die Ausmittelung der unstreitigen fordern könne. Man habe ja, meint Gönnér, die *actio de statu libertatis agnoscendo*, *actio negatoria*, Provocationen zu Anerkennung der persönlichen oder dinglichen Freiheit, warum nicht auch zu Constatirung des Eigenthums, oder der Freiheit von sonstigen Verbindlichkeiten? Hiermit schon sey die Ausdehnung, durch eine positive Gesetzgebung unabänderlich, gerechtfertigt, aber auch letztere sey dafür, wie sich evident aus den Edictaladungen im Concurß bei Verschollenen u. s. w. ergäbe“ 5).

### §. 3.

Wenn die Rede de lege lata ist, so kann alles ohne Ausnahme und unbedingt durch das positive Gesetz abänderlich seyn. Staatszweck, Vernunft, was man unter dem schwankenden Ausdruck Billigkeit begreifen will, und die Philosophie im Ganzen obendrein, sind, so lange das gegebene Gesetz dastehet, allerdings unterthänige Diener des Gesetzes. Stoßt die *lex lata* gegen jene etwa an, (wovon jedoch der Beweis immer etwas subjectiv ausfallen wird) so mag dem Einzelnen das Recht der Petition zustehen, und allenfalligen Landständen wohl die Befugniß zum Vorschlag der Vernichtung des Gesetzes durch das Gesetz; aber bis dahin, wo jene Petition oder dieser Vorschlag die gesetzgebende Gewalt zur Abänderung bewoge, gilt Gehorsam. Schweigt nun das Gesetz über die gegenwärtige Frage gänzlich, so entscheidet freilich Natur der Sache; spricht aber jenes, so schweigt diese, oder wird nur dergestalt Hülfsmittel, daß sie das Gesetz als Sache zum Gegenstand hat. Natur des positiven Gesetzes wird Natur der Sache. Ich denke

5) l. c. §. 7.

aber, daß hier beide reden, Gesetz und Natur der Sache, und zwar gegen die Meinung jenes berühmten Gelehrten.

§. 4.

Den Rechten erteilt der Staat seinen Schutz, nicht den Pflichten; oder m. and. W.: wer sein Recht verfolgt, kann Hülfe vom Staat erwarten, nicht aber wer seiner Pflicht entgegen handeln will. Wer eine Verbindlichkeit übernimmt, muß diese jederzeit (d. h. wenn es dem Berechtigten gefällt) zu erfüllen bereit seyn, wenn nicht ein anderes stipulirt wurde \*); hat der eine das Recht zu fordern <sup>6)</sup>, so hat der andere die Pflicht zu geben, aber nicht das Recht <sup>7)</sup> zu geben. Was soll ihm denn geschützt werden? Bei der Provocation wird verlangt, daß der andere entweder auftrete, oder ewig schweige. Der Provocant will also offenbar lucriren durch den Verlust, der auf das Nichtauftreten gesetzt wird. Ein jeder Gläubiger aber kann billig sagen: daß wurde nicht stipulirt, da wir das Geschäft eingiengen. Und jeder Berechtigte kann einwenden: daß bringt die Natur meines Rechtes nicht mit sich. Wenn ein Gläubiger 30 Jahre still sitzen will, so ist es in der Regel dem Verpflichteten kein Onus. Jenem ist ein Onus, daß er nur 30 Jahre warten darf mit seiner Klage, da ein Recht seiner Natur nach dauert, bis es durch die Tilgung der ihm correspondirenden Pflicht selbst getilgt wird. Man fasse nur Recht ins Auge, was es heißt: »jemanden zur Klage bei Strafe des Verlustes derselben zu provociren.« Hat dieser keinen Anspruch, so ist die Sache freilich einfach; obgleich es doch immer etwas eigen bleibt, den Richter mit dem Aussprechen einer Re-

\*) Von der mora accipiendi unten.

6) Und dies ist die Natur einer jeden Klage. L. 51. D. de O. et A. (44. 7.)

7) Nach Schweppé (Jur. Maynz. Bd. I. §. I. nr. III.) giebt es freilich ein Recht, Beklagter zu werden, als Folge des von ihm für ein Sachenrecht gehaltenen Besitzes. Allein siehe Heidebb. Jahrb. 1819. nr. 5. S. 268.

gative zu befehlen, die eben so oft und eben so häufig seyn kann, als es Mitmenschen und mögliche Ansprüche giebt. Steht ihm ein Anspruch aber zu, so ist es ungerecht, ihn zu zwingen, sich jetzt zu erklären, „ob er auftreten wolle, oder nicht“, d. h. „ob er schenken wolle, oder nicht“, und aus seinem Still-schweigen eine Schenkung zu vermuthen. Die Inconvenienzen und Ungerechtigkeiten häufen sich, wenn der Provocant an Bekannte und Unbekannte, einmal für allemal, durch den Richter Citationen ergehen lassen will. Wahr ist, daß durch den Anblick der unmündigen Kinder des zerrütteten Hausvaters ic. mancher, wie G ö n n e r <sup>8)</sup> sagt, hingerissen werden mag, zu wünschen, „hätte doch dem Paterfamilias eine unumschränkte Provocations-Befugniß zugestanden“! Bei ruhiger Ueberlegung aber wird die Entscheidung anders ausfallen. Denn einmal muß das Recht streng und consequent vorschreiten, und kann seinen höchsten Principien unmöglich durch ein etwa daraus entstehendes Mißbehagen Einzelner eine Norm vorschreiben lassen <sup>\*\*</sup>). Stößt ein herzloser Wucherer einen armen Miether mit 12 Kindern aus dem Hause, und behält das letzte Ruhelager ihm zurück — soll darum der Gesetzgeber das stillschweigende Pfandrecht des Vermiethers cassiren, oder der Richter es nicht anwenden? Sodann lassen sich auch recht viele Fälle denken, in welchen die Anwendung des Gönnerischen Principes sehr harte Folgen hätte. Von vielen Beispielen zur Schonung des Raumes nur ein s. Ich habe eine Forderung an X. und fürchte, wenn ich ihn jetzt belange, so werde er in Concurß gerathen; ich weiß, daß er einen reichen Verwandten beerben wird und warte. Aber siehe da, X. provocirt, — ich muß klagen; er fällt in Concurß, greift zum beneficium cessionis bonorum, und ich erhalte nur  $\frac{1}{3}$  meiner Forderung. Kurz darauf beerbt er den Verwandten — ich klage auf den Rest — und nun

\*\* ) L. 3. 4. 5 et 6. Dig. de legibus.

8) l. c. §. 3. C. 65. in fine.

steht ihm das *beneficium competentiae* als Folge der *Provocation* und der dadurch bewirkten Vergantung zu! Dazu nehme man a) die Unbequemlichkeit und Unsicherheit der öffentlichen Ladungen, b) die hohe Schwierigkeit des Beweises, wenn man auch *Restitution* geben will, und c) die Bemerkung, daß aus übertriebenem *favor reorum* \*\*\*) sich leicht *defectus actorum* erzeugen könne. Gründe genug die *Provisionen* nicht zu vermehren.

Man wende nicht ein, „der *Provocat* könne ja im Gericht erscheinen, und darthun, warum er noch nicht klagen wolle“. An und für sich hat es etwas, ich möchte fast sagen, empörendes, jemanden zu zwingen, einen Rechtsstreit darüber einzugehen, und einen Beweis zu übernehmen, warum er keinen Rechtsstreit eingehen wolle. Es liegen ferner die Gründe und Fäden, die den Kläger zur Rückhaltung veranlassen können, so tief und verborgen, sind oft so subjectiv und dennoch richtig, daß ein Beweis derselben schlechthin unthunlich wird. Legislaturisch betrachtet wäre die Sache nur eine Quelle unzähliger Prozesse; aus einem würde sich der andere entwickeln, und jeder mit einem tüchtigen *Präcludio* begabt seyn, wobei grade Ränkesucht auf der einen, Aengstlichkeit aber auf der andern Seite, offenes Feld gewänne. — Wenden wir uns nun aus dem Gebiete ungebundener Phantasie und subjectiver Reflexionen aus der Natur der Sache und gegen diese zu den Sätzen des positiven Rechts!

#### §. 5.

In der *actio de statu libertatis agnoscendo*, in der *actio negatoria*, und in den *Edictalladungen*, findet *Böner* eine Bestätigung seiner Theorie.

Was sollen aber die beiden erstern eigentlich hier beweisen? Gegen jeden, der meine Freiheit, Ingenuität, Kindschaft

---

\*\*) Man siehet ja den *Provocanten* als *Beklagten* an. J. C. Koch, in *Diss. de foro comp. prov. ex lege diffamari.* §. 5. Schweizer a. a. D. S. 5.



u. s. w., mir streitig macht, trete ich mit den geeigneten Klagen auf; — wer sich eine Servitut gegen mich anmaßt, den treibe ich actione negatoria zurück u. Und was folgt nun hier, aus für die Provocationen? oder sind jene Klagen Provocationen? Dann ist dies auch jede rei vindicatio. Hier wie dort findet man bestimmte Gegner, bestimmte Ansprüche, denen bestimmte Behauptungen entgegengesetzt sind — man findet Kläger und Beklagte — nach deren vollem Begriff.

Nicht für sondern gegen Gönner beweisen ferner die Edictalcitationen. Man gehe die Hauptarten derselben durch:

1) Edictalladungen im Concurß. Dieser erscheint in seinen Haupttheilen als ein sehr irreguläres Verfahren — mit Anomalien beginnt und endigt er. Jahrhunderte gaben ihm eine Richtung, welche nicht verstatet, aus ihm ein principium cognoscendi für andere Rechtstheile zu entlehnen, oder von ihm auf andre zu schließen. Dabei half die Analogie nichts; denn nur folgendes ließe sich herausbringen: der Provocant kann Edictalcitationen ergehen lassen, wenn aber die Gläubiger nicht erscheinen, so ist's auch gut, ausschließen kann man sie darum nicht. Das hieße: die Provocation ist so viel wie nichts. Im Concurß nämlich zieht die, der Edictalladung folgende oder eventualiter einverleibte, Präclufion nicht totalen Verlust des Rechts, welchen Gönner den Provocationen beilegen will, nach sich, sondern bloß Ausschluß von diesem Concurß, — von dem Participiren an der dermaligen Activ-Masse. Gönner, sich consequent, läugnet die Rechtmäßigkeit dieses Sages<sup>9)</sup>, und bürdet ihm der Praxis auf, da er doch recht deutlich in einem sehr klaren Gesetz enthalten ist<sup>10)</sup>.

9) Handbuch B. IV. Abh. 82. §. 31. S. 585.

10) L. 10. pr. C. de bon. auct. jud. (7. 72.) — Post completum autem memoratum tempus (die Römischen 2 oder 4 Jahre nach Maßgabe der Gegenwart oder Abwesenheit, an deren Stelle unsre Präclufion sogleich tritt) nullam eis esse licentiam, eos, qui possessionem adepti sunt, molestare,

Wenn im Concurſ nach Befriedigung der Gläubiger, die ſich gemeldet haben, ein Ueberſchuß bleibt, ſo können ihn die, welche ſich verſäumt haben, in Anſpruch nehmen. Will man den einen Satz, die Präcluſion, auf die Provocation anwenden, ſo muß man auch deſgleichen mit den andern Sätzen verfahren. Es müßte alſo der Provocat ſein Recht an allem Vorhandenen behalten, d. h. ſein Klagerrecht bliebe ungeſchmälert.

2) Edictalladungen zum Behuf der Verſchollenheits: Erklärungen. Hier ſey es mir erlaubt zu fragen: Geſetzt jemand, von deſſen Geburt an 100 Jahre verfloſſen ſind, der vorgeladen nicht erſchienen, für verſchollen erklärt, und deſſen Vermögen, ſelbſt ohne Caution, ſeinen Verwandten ausgeantwortet iſt, käme dennoch wieder — wird er nicht ſchlechthin ſein Vermögen wieder fordern können? oder wollte man etwa zu ihm ſagen, zufolge des 90ſten Pſalms <sup>11)</sup> biſt du — Lebendiger — tod?! Dies wäre doch etwas zu ſehr abſtract. Die Verſchollenheits: Erklärung beruht auf einer Fiction, oder vielmehr hohen Wahrſcheinlichkeit. Mit Ablauf des Termins vermutet man Erlöſchen des Lebens. Vermuthung weicht der Gewißheit. Die zuverläſſige Nachricht des Todes giebt ſeinem Leben ein unwiderrufliches Recht an etwa beſeſſenen Sachen des Verſtorbenen — ſein Erſcheinen aber ſetzt ihn

---

vel aliquibus damnis afficere, actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores. Hierin liegt bloß in Betreff derjenigen, denen dingliche Rechte zuſtanden, und die ſich verſäumt haben, etwas anomalisches (alſo nicht auszudehnendes). Bei allen andern iſt die Sache ſehr natürlich und würde auch ohne Concurſ und ohne Präcluſion nicht anders ſeyn. Wer an A 100. zu fordern hat, kann, wenn A ſeine letzten 100 an B giebt, dieſen nicht in Anſpruch nehmen. Wer mit ſeinen perſönlichen Forderungen im Concurſ ſich verſäumt, muß die befriedigten Gläubiger in Ruhe laſſen. — Aber daraus folgt wieder nichts für die fragliche Theorie.

11) Unſer Leben währet 70 Jahre u. ſ. w.

ipso jure, nicht ope restitutionis, in alle seine Rechte wieder ein. Nun ziehe man das Resultat, was hieraus für die Gönnerische Meinung folgt. Von gleichem Gehalt sind

3) die Edictalcitationen bei Erbschaften. Will der Richter nicht rechtswidrig und null verfahren, so besteht das von ihm anzudrohende Präjudiz blos darin: »daß die Erbschaft den Folgeberechtigten ausgeantwortet werde, an welche sich die Gläubiger pro rata zu halten«. Säumen sie, so erhalten sie statt einen mehrere Schuldner. Dies ist aber nicht Folge der Citation und des Versäumens, sondern fließt aus den Vorschriften des gemeinen Rechts: »daß die Klagen, active und passive auf und gegen die Erben pro rata übergehen«. Mehr Schein einer Provocation hat

4) die Vorladung unbekannter Inhaber einer verlohrnen Staatsobligacion, einer Urkunde, eines Wechsels u. s. w. Aber auch hier ist nur Schein. Denn bringt man tiefer in die Sache, so ergiebt sich, daß hier entweder gar keine processualische Handlung, oder eine selbständige Klage vorliegt. Zwei Fälle nämlich supponirt der, welcher in einer solchen Lage den Richter angeht, und weil er nicht weiß, welcher von beiden Fällen vorhanden ist, so verbindet er sie eventualiter. Nämlich

a) die Urkunde u. s. w. wird von Niemanden gefunden; dann ist das Ganze voluntariae jurisdictionis; denn ein substantiale des Processus fehlt — der Beklagte —; und da dieser nach dieser Voraussetzung sub a), unmöglich ist, so ist auch keine Provocation denkbar. Oder

b) die Urkunde wird von Jemanden gefunden — von wem? ist unbekannt; dann ist die Forderung eine reine reivindicatio gegen den unbekanntten Inhaber gerichtet. Diesem, eben weil man ihn nicht kennt, wird durch die Edictalcitation die Klage ad excipiendum mitgetheilt, nach verlaufener Frist aber pro petito gesprochen, sey es, daß man ob contumaciam eine bejahende Einlassung annimmt, oder eine verneinende, insofern der Kläger sogleich den Beweis des Eigenthums

der verlorenen Sache geliefert hat. Dem Kläger spricht man das Eigenthum zu. — Diese Art Urkunden sind bloß Mittel, etwas Andre zu erhalten, welches Andre ihm wird, und eben dadurch verliert jene ihren Werth. Wer das Geld wieder bekommt, entschlägt sich leicht des Papiers, in welches jenes gewickelt war; wer die Valuta eines Wechsels empfängt, entbehrt gern diesen selbst, und machte er ihn ausfindig, so kann er ihn zum Ueberfluß durch die *actio rei iudicatae* erhalten, wenn er will.

§. 6.

Die Verjährung betrachtet G ö n n e r <sup>12)</sup> nur von einer Seite, nämlich insofern durch sie nach 30 Jahren der Besitzer (Provocant) Sicherheit erhielt. Diesen Termin aber findet er zu lang, und überhaupt nur unter Voraussetzung der Unthätigkeit beider Parteien vom Gesetz bestimmt. Was die Länge betrifft, so mag diese von den Kaisern Honorius und Theodos veranwortet werden. Die behauptete gesetzliche Voraussetzung aber ist eine *petitio principii* und falsch. Denn man darf bei einer Supposition, die, wäre sie wahr, einen ganz neuen Mechanismus in die Lehre von der Verjährung der Klagen bringen würde, einen bündigen Beweis verlangen, als aus der bloßen Behauptung hervorgeht. Ein solcher Beweis ist aber von G ö n n e r nicht gegeben, vielmehr tritt die Unmöglichkeit eines solchen Beweises hervor, wenn man die Verjährung auch von der andern Seite ansieht, nämlich insofern durch sie der Kläger ein *jus quaesitum* auf die 30 Jahre erhalten hat, die ihm keine Willkühr (Thätigkeit) rauben kann. Grade diese Thätigkeit ist gesetzwidrig. Es ist ein sehr bekanntes Princip: daß der Richter die Termine der gesetzlichen Verjährung schlechterdings nicht verengen darf <sup>13)</sup>. Gestatten nun die Gesetze <sup>14)</sup> 30 Jahre,

12) l. c. §. 6. S. 70.

13) Thibaut System des Pandectenrechts §. 1016. Kori Theorie der Verjährung u. s. w. §. 47.

14) L. 3. C. de praescr. 30. l. 40. ann. (7. 39.).

mit welcher Befugniß soll der Richter diese etwa in 30 Tage verwandeln? Nur wenn beide Theile einwilligen, läßt das römische Recht eine Verkürzung zu <sup>15)</sup>, und absolut unthunlich in das einseitige gewinnsüchtige Vorschreiten des Besizers. Dies Letztere ist von besonderm practischen Werth; denn fast jeden Tag finden wir in den öffentlichen Blättern Annoncen, wodurch Leute, die einen Ort oder ein Land verlassen, oder Gesellschafter, die ihre Societät aufheben wollen, bekannt machen: »man solle sich mit seinen Forderungen binnen einer bestimmten Zeit melden, widrigenfalls sie für nichts hafteten«. Es sind dieses gehalt- und folgelose Schritte, indem bis zum Ablauf der gesetzlichen Frist jene Publicanten nach wie vor verbunden bleiben \*).

#### §. 7.

Wir haben über dieses auch klare Gesetze, im römischen und teutschen Recht, welche jene Ausdehnung schlechthin verbieten. Dahin gehört

##### I. was das römische Recht betrifft

1) die bekannte L. un. C. ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. (3. 7.). Die scheint Gönner im Auge gehabt zu haben, (denn ausdrückliche Erwähnung thut er ihrer nicht,) wenn er sagt: absoluter Zwang finde freilich nicht statt, wohl aber relativ. Da aber Gönner unter diesem relativen Zwang totalen Verlust versteht, so enthielte der absolute Zwang noch irgend andre, außerhalb des Rechts

<sup>15)</sup> L. 31. §. 22. aedit. edict. (21. 1.) L. 2. C. de paet. int. emt. (4. 54.) Thibaut und Kortl. c.

\*) Wirklich aber hat man, sonderbar genug, hie und da dem Richter die Befugniß zugesprochen, auf Verlangen eines jeden, der sich von dem Orte seines bisherigen Aufenthaltes entfernen will, die Gläubiger desselben, Bekannte und Unbekannte, bei Strafe der Präclusion aufzufordern, ihre Ansprüche in einem kurzen Termin geltend zu machen, — man hat sogar dafür L. 6. C. de rem. pign. (8. 29.) etitirt. Allein man sehe schon Berger Electa process. provocatorii §. 3.

liegende, physische oder intellectuelle Uebel. Demnach hätte der Kaiser Diocletian, der Verfasser der L. un., soviel gesagt: „Niemand soll durch Geldstrafe, Gefängniß, Tod u. s. w., zum Einlagen einer Forderung gezwungen werden“. Wer fühlt aber nicht, daß ein Gesetz, welches so etwas sanctioniren wollte, nur schwer von dem Vorwurf, eine Ungereimtheit gesagt zu haben, frei zu sprechen seyn würde? Daß man nicht mit körperlicher Züchtigung gegen den verfahren dürfe, welcher einem seiner freien Befugniß unterworfenen Rechte ganz oder theilweise <sup>16)</sup> entsagen will, ist ein Satz, der sich dermaßen von selbst versteht, daß ein Gesetzbuch Folianten einnehmen würde, wollte ihm ein Gesetzgeber ähnliche Axiome einverleiben. Es spricht aber auch die lex lata jenen Satz wirklich überall und mannichfaltig aus, durch Erlaubniß der Schenkung, des Verzichtes, des pacti de non petendo u. dgl., überhaupt durch Sanction einer freien Disposition des freien Bürgers über sein freies Privateigenthum\*\*), bis dahin, wo er, dem Furioso gleich, das Haus durch die Fenster werfen will\*\*\*). Und was berechtigt uns denn nun zu jener Distinction zwischen absolutem und relativem Zwang, zu dieser Restriction des Wortes cogere? Ein Gesetz, welches allgemein spricht, und etwas Exorbitantes nicht vorschreibt, (daß dies nicht der Fall sey, wurde oben gezeigt,) muß auch eben so allgemein genommen werden, und es läßt sich doch nicht verkennen, daß ein Befehl, zu klagen, und zwar bei Verlust der Klage, einen Zwang involvirt, der fühlbar genug ist, und mit einem Grundprincip der bestehenden Gesetzgebung, mit deren Geist, geradezu in einem schneidenden Widerspruch stehet.

16) Unter theilweiser Entfagung verstehe ich das spätere Anbringen einer Klage, welche man befugt gewesen wäre, früher anzubringen.

\*\*) L. 21. Cod. mandati 4. 35.

\*\*\*) L. 1. pr. Dig. de curatoribus furioso et aliis extra minores dando.

Es begnügt sich aber die vorhandene Gesetzgebung mit jenem allgemeinen Verbot: „ut nemo invitus agere cogatur“, keinesweges, sondern auch im Spectellen spricht sie das nämliche Princip anwendend aus. Man sehe hin

2) auf die Const. 20. Cod. de pignoribus. (§. 14.)  
— auf deren Worte:

Creditor ad petitionem debiti urgeri jure minime potest. Qua propter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, et si non velint accipere, consignato atque deposito, de reddendo pignore hos Praesidiali notione convenite.

Wird man auch hier auf einen absoluten physischen Zwang zurückkommen wollen? Ein Blick in ein Wörterbuch kann genügen, um einzusehen, daß urgeré grade nur soviel sagen will und kann, als: drücken, drängen, treiben, anstrengen, pressen; und alle diese Prädicate kann man billig der einen Rechtsverlust, eine wahre Privatstrafe, drohenden Aufforderung zur Klage beilegen.

Ein noch schärferes Argument bietet uns dar

3) L. 4. C. de usur. pup. (5. 56.). Sie enthält folgendes:

Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, si quid ei debetis, cursus inhibeatursusurarum, denunciationibus frequenter interpositis, ad judicium eum provocate, ac si rem dissimulatione proferat, actis apud praesidem provinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarate, quofacto tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consulitis.

Hiermit verbinde man

4) L. 1. §. 3. D. de usuris (22. 1.), wo Papinianus spricht:

Plane si tutelae judicio nolentem experire ultro con-

venerit <sup>17)</sup> et pecuniam obtulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

Ein Vormund wünscht also, vom Pupillen belangt zu werden, um das Capital zu zahlen. Dieß, sagt der Kaiser, geht nicht an; niemand kann zur Klage genöthigt werden; wollt ihr aber den Zinsenlauf hemmen, so erklärt, nach häufigem Ermahnen und Auffordern, euren Willen zu den Aften, deponirt und obsignirt das Geld! Nach Gönners Theorie hätten Diocletian und Papinian zum Pupillen sagen müssen: „aut age, aut sile!“

Ein anderes Gesetz <sup>18)</sup> verordnet dasselbe, und führt ausdrücklich als Grund der Regel, daß bloß durch Oblation, Deposition u. s. w., der Zinsenlauf aufhören soll, das an, daß es nicht in der Macht des Tutors stehe, sich belangen zu lassen.

§. 8.

Man werfe hier überhaupt einen nähern Blick auf die römischen Grundsätze über das Verfahren im Fall einer mora accipiendi des Gläubigers, um sich zu überzeugen, wie rechtswidrig Gönners belobte Ausdehnung ist.

Wird etwa der seinem Gläubiger die Leitung anbietende Schuldner frei, sobald dieser sie nicht annehmen will?

17) ultro alicui convenire heißt bekanntlich, gegen Jemand mit der contraria voranschreiten, ehe dieser die directa angefaßt hat. L. 10. pr. D. de neg. gest. (3. 5.). L. 17. §. 1. D. commodati (13. 6.). L. 1. §. 6. D. uti poss. d. (43. 17.). L. 2. pr. D. de lege Rhodia de jactu (16. 2.)

18) L. 28. §. 1. D. de admin. et per tut (26. 7.). (Marcellus) Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam. Quin etiam justius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quo minus convenus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.



Kann er seine Schuld als eine gute Prise erklären? Um den Gläubiger in moram zu versetzen, d. h. um die Gefahr auf ihn überzutragen u. s. f., genügt nach einer richtigen Theorie freilich das Anbieten; aber, um frei von der Verbindlichkeit selbst zu werden, ist in der Regel eine Versiegelung und gerichtliche Niederlegung nöthig <sup>19)</sup>.

Nun halte man eine mora accipiendi mit einer nicht befolgten Provocation zusammen!

Dort liege vor ein vollständiges vollständiges Anerbieten zur Leistung; hier erscheint eine Aufforderung zur Klage, d. h. implicite ein Ableugnen. Dort ist die Folge, daß der Schuldner, um befreit zu werden, die Summe deponiren muß, hier soll er nach verlaufenem Termin ohne Weiteres die Schuld einstecken können.

Dies wäre doch ein Mißverhältniß, welches sich ein Gesetzgeber nicht gerne nachsagen ließe.

#### §. 9.

Wer aber in jener größten Theils aus dem bürgerlichen Leben und aus den Gefühlen des Volks gehobenen Gesetzgebung eine solche, sich selbst zerschörende, Inconsequenz erfinden wollte, der richte noch zuletzt seine Aufmerksamkeit

5) auf die L. 5. §. 6. Dig. de doli mali exceptione.

44. 4. Hier spricht Paulus:

Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur <sup>20)</sup>.

19) L. L. 4. 1. §. 31. 28. §. 1. citt. Thibaut §. 171. 103. L. L. ilique citt.

20) cf. L. 42. D. de R. J. (50. 17.) verb. cum sit in potestate ejus (qui agit) quando velit experire. L. 156. eodem. L. 6. pr. C. de temp. in integ. rest. cet. (2. 53.) sämtlich für meine Behauptung.

Deutlicher kann man wohl nicht reden. Eine Einrede soll deshalb ewig seyn, weil es ganz vom Kläger abhängt, wann er klagen wolle, nicht aber der Willkür des Beklagten anheim gestellt sey, sich belangen zu lassen, wann es ihm einfällt und gefällt. Römische Consequenz, und römische Begriffe über das honestum, konnten auch nie zu einem andern Resultat kommen. Gleichwie Niemand gezwungen werden soll, sein Vermögen zu verschenken, eben so ist es auch unanständig, den freien Mann zu nöthigen, das zu erlangen, auf dessen Erlangung er nur ein Recht hat.

Die Ausdehnung der Provocationen stößt also gegen zwei römisch-rechtliche, und eben so gewiß auch deutsch-rechtliche Grundprincipien an. Einmal, daß man Niemanden gegen seinen Willen eine Wohlthat erzeigen soll; — dies thut man, indem man zum Klagen, d. h. zum Streben nach Erlangung nöthigt; — sodann, daß man Niemanden ohne Grund ein Uebel zufügen soll; — dies geschieht, indem man auf das Schwelgen den Verlust der Klage verhängt <sup>21)</sup>.

#### §. 10.

Betrachten wir nun

II.) Die teutschen Gesetze. Es enthält

---

21) L. 69. 156. pr. et §. 4. D. de R. J. (50. 17.) Daß man in letzter Stelle tribuitur und nicht „eripitur“ lesen, wie einige thun, wofür keine einzige Handschrift, und cap. 17. de R. J. in 6to. eine schlechte Stütze ist, obgleich, wenn man auch eripitur liest, dieses den zweiten Satz im Text beweist. L. ult. D. de usu et habit. (7. 8.). L. 19. §. 2. D. de donationib. (39. 5.). L. 5. et 24. D. de adoptionib. (1. 7.). Nov. 89. Cap. 11. pr. u. f. w. Es war mir nicht sowohl darum zu thun, zu zeigen, daß die beiden Provocationen nicht im römischen Recht enthalten, sondern daß sie durch dasselbe verboten sind, und daß man daher darum, und weil die teutschen Gesetze, wie sogleich erhellen wird, auf die römischen ausdrücklich hinweisen, zum allerwenigsten nicht neue Provocationen aus ihnen erpressen darf.

1) die Reichs-Kammergerichts-Ordnung vom Jahr 1555. Tbl. II. Tit. XXV. wörtlich folgende Vorschrift:

„Demnach setzen und ordnen wir, daß Lex diffamari an dem Cammergericht verstanden und gebraucht werden sol, in fridbrüchigen, schwach, und andern dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrieglicher weis, oder in andere wege, dem andern theil zu nachtheil und beschwerung beschehen; auch nit anders, dann so die ansuchende Partiben, die in der Hauptsach Antwurter, der Keyf. Mayt. und dem Reich sonst ohne mittel vnderworffen, oder an das Cammergericht, vermög der Keyf. Mayt. und des Reichs ordnung obn mittel gehörig; Daß auch Cammerrichter und Heyßer, ehe und zuvor sie sollich Proceß erkennen, der Diffamation halben, durch schriftlich oder andere glaublich verkundt und anzeig, informirt und bericht sein. Und so sollich Proceß erkendt, und darauff die Diffamation, wie sich gebürt, in Recht dargethan, soll alsdann dem Diffamanten, so der Diffamirt dem Cammergericht in erster Instanz ohne Mittel vnderworffen, oder sonst die Sachen ihrer Natur nach dahin gehörig, vor demselbigen Cammergericht; wo aber der Diffamirt ohne Mittel dem Reich, aber in erster Instanz dem Cammergericht mit vnderworffen, vor dem Richter, dahin die Sach ordentlich gehört, ein genandte zeit, sein Klag fürzubringen, mit dem anhang, wann er das nit thete, daß ime ein ewig stillschweigen aufgelegt seyn soll, angelegt, und sonst, vermög der Keyserl. Mayt. und des Reichs gemeinen Rechten und Ordnung gehandelt und procedirt werden“<sup>22)</sup>.

Sodann spricht

22) Damit stimmt ganz überein das Concept einer neuen Kammergerichts-Ordnung v. J. 1613. Tbl. II. Tit. XXVII.

2) der Reichsabschied v. Jahr 1654. §. 83. bestätigend sich dahin aus:

„Präsident u. s. w. sollen auch fleißige Aufsicht haben, damit das *remedium legis diffamari* nicht mißbraucht, sondern hlerin die Disposition sowohl der gemeinen Rechte, als der Reichsstatuten, in gute Obacht genommen, und keine *citatio ex lege diffamari* anderer Gestalt, es wären denn die Diffamanten in specie namhaft gemacht, die angegebene Diffamation auch noch vor der Ladung durch schriftliche oder andre glaubliche Urkund und angeigentlichermaßen beigebracht und erwiesen, erkennt; nach Erkennen der Prozesse aber soll vor allen die Diffamation erwiesen u. s. w.“

Auch hatte schon früher als beide Gesetze

3) die Cammer-Gerichts-Reform von 1531. §. 35. verordnet:

„daß diese Provoocation nur in dem durch die gemeinen Rechte bestimmten Fall, und zwar nur *cum aliqua causae cognitione* u. s. w., statt finden soll“.

Sieht man diese Gesetze, von welchen eins das andere befestigt und ergänzt, mit unparteiischem Auge an, so ist deren Tendenz, „ein ausdrückliches Verbot der Ausdehnung der Provoocationen“, unverkennbar. Diese Gesetze eifern gegen den praktischen Mißbrauch der *lex diffamari*, verbieten diesen, und wollen insonderheit, nicht jeder Lumperei wegen soll man dem angeblich diffamirten Provoocanten gerichtliches Gehör geben und auf Ladung des Provoocaten erkennen. Zum aller wenigsten erfordert die R. G. D., „daß die Diffamation dem Provoocanten Nachtheil oder Beschwerung zufüge“. Ein Mißbrauch ließe sich aber gar nicht denken, wenn man stets und in jeder Sache, Bekannte und Unbekannte, zu provociren befugt wäre. Ein Gesetz mißbrauchen, heißt: gegen den Willen des Legislators es auf Fälle anwenden, die nicht unter ihm begriffen seyn sollen. Indem dieses verboten wird, ist auch alle Extension abgeschnit-

ten. Die Reichsgesetze sehen die Sache mit keinem günstigen Auge an, am wenigsten hielten sie den sogenannten Provocations-Proceß für so heilsam, und dem Unterthan so wohlthätig, wie Gönner. Die ganze L. 5. C. de ingenuis manumissis zu cassiren, fand man bei der überausgroßen Achtung für das römische Recht, welches damals die gemein gewordene Meinung nun einmal für den Schuttpatron dieser Provocation ansah, nicht gerathen; man verfuhr daher gegen sie nur mit einem nicht zu verkennenden Geist der Restriction<sup>23)</sup>. Es soll insonderheit Diffamant uahmhaft gemacht werden<sup>24)</sup>; welcher Provocant sich daher auf ein „dumpf herumerschleichendes Gerücht“ beruft<sup>25)</sup> ist nach dem angeführten §. 23. schlechthin abzuweisen, so wie ein jeder, der über die in den beiden römischen Gesetzen angeblich enthaltenen Fälle hinansschreiten will. Sollte man etwa einwenden wollen: „die Reichsgesetze sprächen ja nur von der provocatio ex lege diffamari, restringirten also nur diese, so mag man auch bemerken, daß die Reichsgesetze von der provocatio ex lege si contentat weder restringirend, noch sanctionirend sprechen, vielmehr über dieses Provocations-Mittel gänzlich schweigen und auch nicht ein Spur desselben uns darbieten. Ist nun, wie bisher erwiesen wurde, das ganze Institut schnurstraks gegen römisches Recht und allgemeine Rechtsprincipien, so kann es nur durch ein neueres (teutsches) Recht gerettet werden. Wenn aber letzteres nur von einer Provocation spricht, so kann man leicht in Versuchung gerathen, nicht nur die Extension der

23) Obgleich Oudendorp die provocatio ex lege diffamari als so heilsam ansieht, daß er sie unter die Behu G e h o r e aufgenommen zu wissen wünscht.

24) S. a. Landfr. v. J. 1548. Tit. XIV. verh. so soll der u. s. w., Macht haben, den, so ihn dermaßen u. s. w., deshalb fürzunehmen.

25) Dies ist grade eins der Beispiele, welche Gönner l. c. anführt, und wo er die Provocation zuläßt.