

Werk

Titel: Bemerkungen über den Werth u.s.w., und über einzelne Erscheinungen in seinem Gebi...

Autor: Breidenbach

Ort: Heidelberg

Jahr: 1821

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log14

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

auch jene exceptio, wenngleich unter verschiedenen Modificationen, eintritt, unter die Realcontracte zählen; so wie wenn Justinian das, auch sonst so begünstigte, depositum vor den übrigen Realcontracten von diesem jus singulare ausnimmt⁵⁵⁾. Endlich verstehen sich nach dieser Theorie die, auch ohne dieselbe wohl erklärbaren, c. c. 6. et 11. C. h. t. von selbst.

§. 9.

Noch könnte man nach dem römischen Rechte die Frage aufwerfen: ob die exc. n. n. p. bloß bei den sogenannten nominaten, oder auch bei den f. g. innominaten Realcontracten zu gestatten sey? Nach c. c. 5. 13. C. h. t. muß man sie allerdings auch bei den letzteren zulassen, in sofern sie mit einem dare anfangen. Nach dem in Deutschland geltenden Rechte hingegen, nach welchem die contractus reales innominati als contractus consensuales gelten, fällt jene Frage von selbst hinweg. Ich brauche wohl kaum noch zu bemerken, daß, wenn auch nach dem römischen Rechte die Verträge über die künftige Eingehung eines Realcontractes keine Klage gaben, und dieser Umstand vielleicht zur Entstehung der exc. n. n. p. beigetragen haben sollte, bei den Deutschen dagegen auch diese Verträge klagbar sind — daß dies Alles auf die heutige Anwendung der exc. n. n. p. gar keinen Einfluß haben kann, da die benannten Realcontracte der Natur der Sache nach ihre, vor den übrigen Verträgen sie auszeichnende, Eigenthümlichkeit behalten mußten.

X.

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

Von dem

Dr. jur. M. W. Breidenbach, Großherzogl. Hessischem Hofgerichts-Advocaten zu Darmstadt.

Abhandlung II.

1) Finden die beiden Provocationen bloß in Ermanglung anderer Rechtsmittel statt? — und zugleich

⁵⁵⁾ c. 14. §. 1. C. h. t.

*) S. dies. Archiv Bd. 3. Nro. XXI.

Archiv f. d. Civ. Proc. IV. B. 1. §.

2) Einiges über die außerordentlichen Rechtsmittel des römischen Rechts, ad L. 16. pr. D. de minorib. (4. 4.)

§. 1.

Der Proceß, als das Mittel, das todte materielle Recht wirkend ins Leben einzuführen, ist wohl Form, nicht aber scelenloses Formwesen. Wenn man ihn gleichbedeutend mit einem verjährten Schendrian nimmt, so verdient er die Geringschätzung, die ihm von vielen neuern Juristen zu Theil wird. Aber er ist das Palladium des Rechts, und wissenschaftlicher Bearbeitung hochwerth! — Schwierig allerdings ist ein gründliches Studium desselben. Die Dürftigkeit der, dennoch so mannichfaltigen, und buntscheckigen Quellen veranlaßt sehr leicht, die Erfahrung hat es gezeigt, dem Gesetze Willkühr zu substituiren, nach Neuerungen haßchend aus sich selbst subjective Sätze zu schöpfen, und sodann diese als Gesetze auszugeben. Der entgegengesetzte Weg, ein ängstliches pedantisches Herüberziehen veralteter Satzungen auf neue Lebensverhältnisse, besonders das Anwenden römischer, an und für sich zur Antiquität gewordener, Sätze auf ganz heterogene Verzweigungen des deutschen Rechtslebens, bezeichnet die Ausbildung des Proceßes im siebzehnten und in der größern Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts.

Der deutsche Rechtsatz, nackt und unausgebildet da stehend, muß allerdings durch den Romanisten, wo er einer Erläuterung oder Ergänzung bedarf, geformt, es muß diese aus dem römischen Recht entlehnt werden; durchaus unstatthaft ist es aber, wenn er bestimmt und allgemein spricht, ihn durch jenes Hülfrecht zu beschränken, und Fälle unter ihn nicht zu subsumiren, die laut seiner Fassung ihm angehören.

Von diesen Grundsätzen ausgegangen, möchte sich vielleicht die Streitfrage, welche den Gegenstand dieser Abhandlung bildet, aus der Reihe der Controversen streichen lassen.

§. 2.

In den meisten deutschen Gerichtshöfen ist als Regel angenommen: „daß, so lange man sich auf andere Weise helfen könne, man zu den Provocationen nicht schreiten dürfe;“ oder kürzer ausgedrückt: „daß die Provocationen subsidiärer Natur seyen.“ Von den Rechtsgelehrten ist *Martin* streng dagegen; *Glück* und *Claprot* unterscheiden und erklären die *Prov. e. l. diffam.* für subsidiär, nicht aber die *Prov. ex lege: Si contendat.* *Schweiger* erklärt sich nur in Betreff der *Prov. ex lege: Diffamari* gegen die Praxis, über die andere Provocation schweigt er ganz. *Ehibaut* hat sich gar nicht erklärt. Für jene Praxis streiten alle ältern mit wenigen Ausnahmen, und sodann *Danz*, *Koch*, *Bülow* und *Hagemann*, und, was man bei seiner Vorliebe für die Provocationen nicht hätte erwarten sollen, *Sönnner*¹⁾. Die, welche die subsidiäre Eigenschaft der Provocationen verteidigen, stützen sich auf *L. 16. pr. D. de minoribus (4. 4)*, indem ja darin ausdrücklich gesagt wird: „daß ein außerordentliches Rechtsmittel bloß in Ermangelung eines ordentlichen statt finden solle“. Die Gegner lassen sich verneinend ein, und verlangen den Beweis des Mittelsages: „daß nämlich

1) *Martin*, Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 244. Note v. *Glück*, Commentar. Bd. VI. S. 486 etc. (wo er die *Prov. e. l. d.* nicht zuläßt, wenn man denselben Zweck durch eine andere Klage erreichen kann) S. 508. *Claprot*, Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, S. 270. 274. 286. *Schweiger*, über den Provocationeprozeß, S. 59—62. *Ehibaut*, Pandektensyst. m. §. 1215. f. *Carpzov.* Resp. II., 57. 5. *Berger*, Oecon. Jur. pag. 932. und in *Elect. Proc. Prov. Th.* 8. *Winckler*, Opusc. pag. 932. *Wernsdorf*, D. de remedio provoc. e. L. s. cont. in processu executivo. Vit. 1773. p. 49. etc. *Mevius*, Dec. p. I. Dec. 144. *Danz*, summarische Prozesse §. 74. *Koch* (resp. *Besserer*) D. de foro competente prov. 1777. p. 15. et 16. *Bülow* und *Hagemann*, practische Erörterungen Bd. IV. Nr. VI. S. 37. *Sönnner*, Handbuch Bd. IV. Abh. LXXIII. S. 10.

die Provocationen außerordentliche Rechtsmittel seyen“, ehe sie den Corides passiren lassen wollen“). Allein in der Theorie des Processus ist es nicht, wie im Process selbst, wo man die Beweislast gerne von sich und auf andere schiebt, und wohl daran thut. Uebernehmen wir daher getrost den Beweis der Negative: „daß L. 16. gar nicht hieher gehört, daß die Provocationen keine außerordentlichen Rechtsmittel sind, und daß man sich ihrer illimitirt bedienen kann.“ Fassen wir jedoch zuvor noch die Gründe derjenigen ins Auge, die sich nicht bloß auf L. 16. cit. berufen.

„Wer selbst klagen kann,“ sagt Gönner 2) „darf sich einer Provocation nicht bedienen, um den Gerichtsstand, die Rollen der streitenden Theile, Rechtsmittel und Beweislast, zu verdrehen.“ Der Gerichtsstand ändert sich wohl in dem von Gönner unterstellten Fall; allein dieses beweiset nichts, denn es gibt kein Gesetz, welches verbietet, in eigenen Rechtsverhältnissen Evolutionen eintreten zu lassen, wodurch indirect der Gerichtsstand sich ändert. Eben so wenig passen die andern Momente. Bei jeder Provocation tritt der, welcher im möglichen Fall späterhin Beklagter wird, als Kläger auf, in sofern man das zuerst vor den Schranken des Gerichts erscheinende und anrufende Subject so nennen will. Wenn nun derjenige, dem eine andere Klage zu Gebote steht, und der doch provocirt, aus dem Grunde abgewiesen werden soll, weil die Partheirollen verwechselt würden, so muß er auch abgewiesen werden, wenn ihm keine andre Klage zu Gebote steht, indem grade hier, und nur hier, die Metamorphose eintritt, wo der künftige Beklagte als Kläger auftritt, dort aber der jetzige Kläger auch hätte klagen müssen. Und will man weiter einwerfen: „er könne nun per modum exceptionis voi-

2) Schweiger l. c., der übrigens den sonderbaren Grund, den Wernsdorf l. c. angibt: „quia magis usu fori quam legis scriptae debetur“, treffend ad absurdum führt.

3) l. c. §. 10.

bringen, was er sonst per modum actionis hätte anhängig machen müssen,“ so tritt der Rechtsbiß entgegen: *excipiendo reus lit actor!* Wer eine wahre Einrede vorschützt, geht der gesetzlichen Gunst als Beklagter verlustig, muß den tatsächlichen Grund seiner Einrede erweisen u. s. w. Was zuletzt die befürchtete Confusion der Rechtsmittel und Beweise betrifft, so können diese (die Rechtsmittel und Beweise nämlich) sich in jedem Rechtsstreit durch Incidentpunkte u. dgl. häufen, dürfen aber weder den gewandten Advocaten, noch den Proceß leitenden, gediegenen Richter, *confus* machen. Die Argumente Gönners gehören also entweder gar nicht hieher, oder beweisen zu viel, und darum nicht.

§. 3.

Bülow und Hagemann ⁴⁾ erklären die Aufforderungen für außerordentliche Rechtsmittel, weil sie keine ordentliche (welcher Zirkel?!), besondere Klage, sondern ein ungewöhnliches (?), von dem regelmäßigen Rechtsgang abweichendes, Verfahren enthalten. Allein hier scheint diese Gelehrten ihr sonst so richtiger practische Blick verlassen zu haben. Daß jeder summarische Proceß von dem regelmäßigen Rechtsgang sich entfernt, bezweifelt wohl niemand; eben so gewiß ist es, daß in sehr vielen Fällen des summarischen Proceßes (*Executiv*, *Mandats*, *Wechsel*: *Proceß* u. s. w.) man auch den ordentlichen wählen kann. Also müßte man den letztern wählen?! Statt des außerordentlichen Rechtsmittels der Nullitätsklage darf ich innerhalb der zehn Tage stets das ordentliche der Berufung einwenden — also muß ich letztere ergreifen — und darf ich nicht *intra decendum* die Richtigkeitsklage gebrauchen? — Der Grund, den man bei Gail ⁵⁾ findet, „daß ja die Kammerger. Ref. von 1531. §. 35. eine *causae cognitio* vorschreibe“, blieb mir lange unverständlich; bloß ein Zufall hellte mir ihn auf. Gail hat

⁴⁾ l. c.

⁵⁾ Obs. II. 35. 5.

wahrscheinlich die L. 4. C. de his quae vi (2. 20.) im Auge gehabt, die verordnet, daß die actio metus nach dem Jahre bloß causa cognita statt finden soll, und sodann hinzusetzt: quae causae cognitio eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit. Daß aber die causae cognitio des Reichsgesetzes bloß nach der allgemeinen Bedeutung dieses Wortes, als richterliches Einssehen ⁶⁾, zu nehmen ist, läßt aber aus L. 4. cit. erklärt werden darf, wo Gordian unter causae cognitio gerade etwas individuelles verstanden wissen will, das fällt in die Begriffe. Eben so gut könnte man auch sagen: die causae cognitio des Reichsgesetzes bestehe darin, daß Provocant nicht gelengnet haben darf, ein Gesellschafter gewesen zu seyn, und nicht aus dolus obligirt seyn dürfe, indem es in L. 22. §. 1. de re jud. (42. 1.) heißt: causae cognitio in hoc erit, ut neganti se socium esse, aut ex doli clausula obligato, non succurratur.

Zacharia wird mit Unrecht von Schweizer ⁷⁾ zu denjenigen gerechnet, welche die Provocation für subsidiär ausgeben. Jener scharfsinnige Gelehrte wirft nämlich die Frage auf: „ob der Herr eines Grundstücks den provociren dürfe, welcher sich auf den Fundus eine Servitut anmaßt?“ und verneint diese Frage; nicht aber aus dem Grunde, weil er die Provocationen für außerordentliche Rechtsmittel hielte, sondern weil 1) die Negatorienklage eine Art der Provocation, und 2) es nicht verstattet sey, durch Substitution der Provocation die Ordnung der Negatorienklage zu stören ⁸⁾.

6) L. 3. D. de in int. rest. (4. 1.) L. 27. D. de Procur. (3. 3.) L. 13. §. 1. L. 24. §. ult. L. 44. D. de minorib. (4. 4.) L. 5. §. 1. de his, quae ut ind. (43. 9.) L. 1. §. 2. de R. V. (6. 1.) L. 8. §. 6. de Transact. (2. 15.) Paul. Sent. rec. I. VII. §. 3.

7) l. c. p. 59.

8) Zachariae Liber quaest. Wit. 1805. qu. 30. §. 3. Beide Sätze scheinen mir aber nicht ganz richtig zu seyn. Die Negatorienklage ist keine Species der Provocationen, insofern 1) bei

§. 4.

Es ist sonderbar, daß keiner der Gelehrten, die sich mit vorliegender Streitfrage beschäftigt haben, auf den Gedanken gekommen sind, zu untersuchen: was heißt denn ein außerordentliches Rechtsmittel? Hierdurch allein wird es möglich, den Knoten wenigstens zu schürzen, denn bis jetzt, so scheint es mir, wußte man nicht recht genau, worüber man stritte. Fragen wir die Juristen: was ist denn ein außerordentliches Rechtsmittel? so erhalten wir die Antwort: „ein solches, welches bloß in Ermangelung eines ordentlichen statt findet;“ und quäffionirt man weiter: „was ist nun ein ordentliches?“ so muß, nach der bisherigen Behandlung der Sache, nothwendig geantwortet werden: „ein solches, welches kein außerordentliches ist?“ Hat man sich nun eine Zeitlang in diesem Zirkel herumgedreht, so geht es geläufig, und die gewöhnlichste juristische Melodie, die der Sohn dem Vater und beiden der Enkel nachhängt, ist vorhanden. Allein die ganze Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Rechtsmitteln ist eben so unnothig, als unrechtlich. Ihre Quelle und Veranlassungsbursache ist die angezogene L. 16. pr. D. de minoribus. 4. 4.

diesen, nicht aber bei jener, der Beweis des Verühmens vorausgehen muß, auch 2) dem der Provocation nicht Folge leistenden ewiges Stillschweigen, dem ungehorsamen mit der Negatorienklage Beklagten aber ein Beweis aufgelegt wird, und weiß 3) bei der Prov. daß Besuch dahin geht: Provocat soll: entweder auftreten oder ewig schweigen, bei der Kl. aber: Beklagter solle mit seiner angem. Servitut abgewiesen werden (§. 2. J. de actionib. 4. 6.), von zwei in Form und Wesen verschiedenen Rechtsmitteln aber das eine nicht als Art des andern betrachtet werden kann; und endlich weiß 4) nach der Kammerger. Ref. von 1531. §. 35. im Röm. Recht bloß ein Fall (L. 23. de fidejussorib.) vorhanden seyn soll. Stellt also jemand die Provocation an, so stellt er die von ihr ganz verschiedene Negatorienklage nicht an — und dann ist auch nicht einzusehen, wie die nicht angefüllte Klage turbar werden könne.

Gesetzt, es wäre in diesem Gesetz ein genereller Satz ausgesprochen, so wird doch auch jeder, der nur einigermaßen vertraut mit dem Corpus juris ist, wissen, daß es mit solchen Aphorismen eine mißliche Sache ist, und daß ein gar wunderliches Rechtssystem heraus kommt, wenn man zuviel auf sie baut. Man nehme nur z. B. die Worte der L. 22. pr. D. de R. J. „in personam servilem *nulla* cadit obligatio“. Also könnte der Slave gar nicht, weder civiliter noch naturaliter, weder aus Verträgen, noch aus Verbrechen, obligirt werden. Und doch lehrt L. 43. D. de O. et A. (44. 7.) etwas anders, und zeigt, daß es mit dem allgemeinen Satz der L. 22. D. de R. J. nichts ist. Eben so würde L. 41. D. de O. et A. *) unsere L. 16. D. de minoribus beschränken, wenn diese einer Beschränkung bedürfte. Zieht man in Erwägung, in welchem Titel der Pandekten sie steht, von wem und bei welcher Gelegenheit sie ausgesprochen wurde, so sieht man, daß sie bloß in Bezug auf ein Rechtsmittel niedergeschrieben ist, welches der Prätor dem Minderjährigen gab, und von dem man in den ältern Gesetzen auch nicht eine Spur findet.

Wenngleich die bekannte Stelle bei *Dio Cassius* ¹⁰⁾ etwas zu bitter, und *Heineccius* ¹¹⁾ in seinem Eifer gegen die Prätores vielleicht zu weit gegangen seyn mag (er nennt sie unter andern *eversores* juris civilis, so ist doch soviel gewiß, daß es die Römischen Magistraten mit dem Eide, den sie auf die Gesetze schwören mußten, eben nicht so ganz genau nahmen, und daß die Prätores, ihre ihnen gesetzlich angewiesene ¹²⁾ Befugniß oft überschreitend, der *lex scripta* ins Angesicht eine höfliche Verbeugung machten, so oft sie ihr von

9) Von dieser Stelle unten S. 7. ein Mehreres.

10) *Histor.* XXXVI. 21.

11) *Hist. jur. I.*, 69. *Ant. Jur. I.*, 24. vergl. auch *Bach Hist. jur.* p. 219. 220.

12) L. 41. D. *praesc. verb.* (19. 5.)

der entgegengesetzten Seite einen derben Stoß versetzt hatten. Ihre Vorschriften hatten große Autorität, aber Gesetze durften sie nicht machen¹³⁾; waren nun diese in jenen der That nach dennoch enthalten, so war es sehr natürlich, daß sie dem alten Recht zu Liebe hinzusetzten: „nur wenn man sich auf andre Weise nicht helfen könne — solle man sich des neuen Rechtsmittels bedienen“.

Ein bis dahin unerhörtes Institut führte der Prätor durch sein Edict über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit ein, und die Worte des Edicts: quod cum minore quam XXV. annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam¹⁴⁾, sind so allgemein gefaßt, daß man daraus machen konnte, was man nur wollte. Was der Prätor daraus gemacht hat, zeigt historisch der Pandektentitel: de minoribus; und es war nicht mehr als billig, daß diese Vorschriften bloß in subsidium angewendet werden sollten. Daß den Prätor bloß ein Billigkeitsgefühl leitete, sagt das Gesetz ausdrücklich¹⁵⁾. Bei der actio doli concurrirte noch ein anderer Grund, nämlich die individuelle Beschaffenheit des Römers, der zu einem, welcher öffentlich die Unwahrheit spricht, nicht sagt: „Du lügst“; sondern: „Du umschreibst.“ Die Honestas, für der selbst, der sonst doch nicht blöde, Römische Fiskus Scheu trug, greift in gar viele Elemente des Römischen Rechts ein¹⁶⁾ — und sie verbot, sich einer famosen Klage zu bedienen, so lange man sich sonst helfen konnte.

13) §. 7. J. de jure naturali rel. (1. 2.) Eben so wenig durfte der Pr. gegen Gesetze anstoßen. L. 28. §. 2. e. q. c. (4. 6.)

14) L. 1. §. 1. D. de minorib. (4. 4.)

15) L. 1. pr. eodem.

16) L. ult. C. ne fisc. rem. (10. 5.) L. 42. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 197. D. de R. J. (50. 17.) L. 53. D. de pactis (2. 14.) L. 1. §. 5. D. de extraord. cogn. (50. 13.)

§. 5.

Jenen bei der Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit vorkommenden Satz generalisirten die Rechtsgelehrten, und dehnten ihn auf alle Restitutionen aus — und die Prozessualisten schufen daraus sogar die Grundmaxime: „ein jedes außerordentliche Rechtsmittel findet bloß in Ermangelung eines ordentlichen statt.“ So zählt *Thibaut* ¹⁷⁾ zu den Haupterfordernissen einer jeden Restitution, daß der Verletzte nicht in der Lage seyn müsse, durch ordentliche Mittel den Schaden von sich abwenden zu können“ ¹⁸⁾. Um dieses zu erweisen, beruft sich der mit Recht hochverehrte *Thibaut* auf L. ult. C. de his quae vi. 2. 20. ¹⁹⁾; sodann auf L. 21. §. 3. D. Quod metus. 4. 2. ²⁰⁾, und auf L. 16. pr. D. de minoribus. 4. 4. Allein die erste Stelle schreibt vor: „daß allem, was per potentiam ausgepreßt ist, die Kraft benommen werden solle, (also nicht, daß es nichtig seyn solle). Dieß beweiset nichts für und nichts wider die fragliche Theorie, und sagt nichts mehr und nichts weniger, als die Worte des Edicts: quod metus causa gestum erit, ratum non habeo ²¹⁾. Die zweite Stelle bezieht sich auf den Grundsatz: „daß gegen ein Geschäft, welches null ist, aus dem gar keine Obligatio entspringt, von dem man sagen kann: nihil actum est, keine Restitution ertheilt zu werden braucht“; denn es wäre sinnlos, eine Sache auf den alten Standpunkt wieder hin stellen zu wollen, die sich von dem

17) Pandektensystem §. 1002.

18) Ebenso *Lauterbach*, Coll. IV., 1. §. 8. *Voetius* Com. IV., 1. nr. 12. etc.

19) Venditiones, donationes, transactiones, quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari.

20) Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.

21) L. 1. pr. L. 21. §. 1. D. h. t.

alten Standpunkt gar nicht verrückt hat. Hiermit ist aber doch nicht gesagt: daß man sich der Einrede der Furcht nicht bedienen dürfe, könne man sich durch eine andere, etwa die des Vergleichs, schützen. Was nun die letzte Stelle betrifft, so würde sie allenfalls etwas für die Gegner beweisen, wenn sie sagte: *si quis mero jure et communi auxilio munitus est, non debet etc.* Allein sie lautet nicht so, sondern spricht einzig und allein vom Minderjährigen. Nur von diesem sprechen L. 14. et 15. eodem, und mit diesen beiden steht L. 16. in unzertrennlicher Verbindung, wie schon daraus zu entnehmen ist, daß in ihr gar kein Subject des Satzes genannt wird, und daß „ei“ nach aller Latinität auf das in L. 14. vorkommende „minor“ gehen muß²²⁾. Dem steht auch der Nachsatz „*puta cum pupillo*“ nicht entgegen, da der Mündel eine Species der Minderjährigen ist. Daß L. 16. *pr.* ganz speziell ist, beweiset ferner L. 16. §. 3. eodem, wo derselbe Ulpian sagt: *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Praetorem se non debet interponere.* Dieses ist ein allgemeiner Satz, aber er spricht auch bloß von der Nichtigkeit; sagt nicht: *et generaliter probandum est, ubi aliud ordinarium remedium adest, pro certo etc.*, und zeigt argumento a contrario, daß das in Betreff der Minderjährigen durch L. 16. *pr.* Ausgesprochene nicht bei allen Restitutionen

22) Des Zusammenhangs wegen setze ich die drei Fragmente hieher: (L. 14.) *Plane quamdiu is, qui a minore rem accepit, aut heres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona fide emerit; idque et Pomponius scribit.* (L. 15) *Sed ubi restitutio datur, posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit. Per plures quoque personas si emptio ambulaverit, idem juris erit.* (L. 16.) *In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.*

Anwendung finden solle. Die *causae cognitio* tritt bei allen Restitutionen ein; in einer Stelle aber, wo von diesen im Allgemeinen gehandelt wird, wird auch bestimmt, was man unter *causae cognitio* im Allgemeinen zu verstehen hat. Es sagt nämlich Modestinus: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur; scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit* ²³⁾. Will aber jemand *ex capite minorennitatis* restituirt seyn, so soll nach L. 16. de minoribus vermittelst der *causae cognitio* auch das ausgemittelt werden: „ob er sich nicht auf eine andere Weise helfen könne“.

In Dig. Lib. IV. Tit. 1. werden die Principien vorgetragen, die von allen Restitutionen gelten; vergebens aber sucht man darin den von mir bestrittenen Satz, und gerade der Umstand, daß in L. 7. dieses Titels Marcellus sagt: „die *actio doli* finde bloß in subsidium statt, weil sie famos sey“, beweiset evident für mich. Denn wäre es Grundsatz gewesen, daß alle Restitutionen subsidiär seyen, so hätte es Marcellus auch angeführt, indem dieses den Hauptgrund, das Famosse der Klage aber einen bloß secundären Grund abgeben haben würde.

§. 6.

Unterwirft man alle durch das Civil- und Honorar-Recht eingeführten Restitutionen einer ernstlichen Prüfung, so überzeugt man sich immer mehr, wie viel der fraglichen Theorie entgegen steht. Wäre sie richtig, so dürfte man sich der Wandel- oder Minderungsklage nur dann bedienen, wenn man sich durch keine andere Klage zu helfen weiß— also schon nicht, im Fall die Klage aus dem Kauf zusteht. Denn jene sind ja Restitutionen im vollen Begriff des Wortes. Aber Labo und Sabinus, denen Ulpian beitrith, (ein wackeres *Tri-folium!*) erklären die *actio redhibitoria et q. m.* als

²³⁾ L. 3. D. de in int. rest. (4. 1.)

Arten der actio emti²⁴⁾. Ferner gestattet Ulpian im primitiven Fall des ädilischen Edicts die actio emti²⁵⁾, und endlich läßt in einem und demselben Fall (wenn der Verkäufer eines Menschen dessen Peculium auf eine gewisse Summe angegeben, diese aber sich hernach nicht findet,) Gajus die actio redhibitoria, und Celsus die Klage aus dem Kauf zu²⁶⁾. Wie kann man dieß mit der subsidiären Natur aller Restitutionen zusammen reimen? Wie will man, nimmt man die fragliche Theorie an, es erklären, daß nach L. 14. §. 2. D. quod metus (4. 2.) die hereditatis petitio zugleich mit der actio metus gegeben wird? — daß im Fall einer Furcht-Erregung nach L. 14. §. 13. eod.²⁷⁾ die actiones quod

24) L. 11. §. 3. D. de action. emti (19. 1.) Redhibitionem quoque contineri emti iudicio (et) Labeo et Sabinus putant, et nos probamus.

25) L. 13. pr. eodem. Julianus lib. XV. inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione *ex empto*. Ait enim: qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum, vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum *ex empto actione* praestaturum, *quanto minorem* essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit praestandum. Vergl. auch L. 6. §. 4. eodem.

26) L. 18. pr. de aed. ed. (21. 1.) vergl. mit L. 38. pr. de act. empti (19. 1.) vergl. auch L. 34. eod. si fundo vendito, in *qualitate* iugerum captio est, *ex empto* erit actio.

27) Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri certum est. Verglichen mit *Pauli Sent. rec. I., VIII. §. 2.* Qui dolum aut metum adhibuit, ut res ad alium transiret, uterque de vi et de dolo actione tenebitur. Hier scheint offenbar L. 7. §. 1. D. de in int. r. (4. 1.) entgegen zu stehen. Den Interpreten war die Stelle bei Paulus ein Stein des An-

metus et de dolo alternativ zustehen sollen? Durch das proconsularische Edict über die alienatio iudicii mutandi causa facta wird eine reine Restitution ertheilt, in sofern die gegen den Besitzer zugestandene, durch Aufhebung des Besitzes evanescirte, Klage dem Berechtigten wieder hergestellt wird. In den meisten Fällen wird aber der Letztere sich auch auf andere Art helfen können, besonders wenn ihm ein dingliches Recht zustand; und doch sagt der Proconsul auch kein Wort davon, daß in solchen Fällen das Edict keine Anwendung finden solle! Mit einem Worte, man prüfe den

Stoß. Cujacius erklärt sie, mit Bezug auf L. 15. §. pen. de dolo (4.3.) u. L. 14. §. 5. quod metus (4.2.), so: „Wenn A in Auftrag des B durch Furcht-Erregung oder Betrug bewirkt hat, daß die Sache des C an den B übergehe, so wird der letztere in quantum ad eum pervenit, A aber in solidum belangt“. Damit ist die Schwierigkeit noch nicht gehoben, die darin liegt, daß beide Klagen mixtim gegeben werden. Sodann erzeugt offenbar das uterque eine corrupte Latinität; und nach der ganzen Anlage des Satzes ist bloß von einer Person als Subject des tenebitur die Rede. *Qui in si quis* zu verändern, hilft nichts, und noch weniger in *is qui*, wie Ritter's h. will. Ferner ist in L. 14. §. 13. doch gewiß nicht von zweien Personen die Rede, sondern von einer, gegen die wegen Furcht-Erregung actio metus und *doli* zulässig seyn soll; denn daß der Prätor die actio doli doch zurückweise, (wie einige wollen,) steht nicht im Gesetz. Ließt man nun in der Stelle bei Paulus, um doch wenigstens einen Sinn in sie, und um sie in Einklang mit L. 14. §. 13. zu bringen, statt uterque „utraque“, oder behält uterque bei, bezieht es aber auf dolus und metus, so hat man das mißliche Resultat bekommen, daß die actio doli statt findet, wenn der Betrogene sich auch sonst helfen kann! Ich glaube, daß eine Unterscheidung der aus einem dolus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten, mit Rücksicht auf den, der sie einführt, den Schlüssel zu diesen und andern, scheinbar dunkeln, Gesetzstellen liefern kann. Eine nähere Entwicklung meiner Ansicht würde die Gränze der, ohnehin fastsam angeschwollenen, Note überschreiten — daher hiervon bei einer andern Gelegenheit.

ganzen Cyclus der durch die Magistraten geschaffenen Restitutionen ²⁸⁾, und man wird auch nicht ein einzigesmal, vom *dolus* abgesehen, den Satz der L. 16. wiederholt finden. Eben so wenig bei den Restitutionen des Civilrechts ²⁹⁾. Es versteht sich von selbst, daß ein Gesetz bloß dann Anwendung findet, wenn der Fall, den es unterstellt, und für den es gegeben wurde, vorhanden ist; dadurch wird es nicht subsidiär, sondern bloß dann, wenn Verhältnisse, welche genau ihm anpassen, nicht unter dasselbe subsumirt werden sollen, so lange sie sich unter ein anderes classificiren lassen. Es beweiset daher auch der Pandektentitel *de praescriptis verbis* nichts gegen mich. Die Tendenz dieses Titels ist einzig und allein, neue Namen zu schaffen für Rechtsverhältnisse, die bisher keinen hatten, oder vielmehr, diese unter einen allgemeinen zu colligiren; und es ist sehr natürlich, daß man ein bereits getauftes Kind nicht noch einmal zu taufen braucht. Im übrigen gilt der Satz auch bei den Restitutionen des Civilrechts, „daß man sich ihrer bedienen könne, gleichviel ob ein anderes Rechtsmittel vorhanden oder nicht“. Man wird im Legaltext nichts dawider finden, wohl aber dafür. So sagt z. B. *Ulpian*: *Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, restitutoria conveniri posse; sed et directa actione; nihil enim ejus interest, qua actione conveniatur* ³⁰⁾. Es ist in der That auch nicht einzusehen, was dem Verpflichteten daran liegt, wenn man ihm denn doch das Object abnehmen darf, ob dieß mit der rechten oder der linken Hand, mit dieser oder jener Klage geschieht.

§. 7.

Es kommt nun darauf an, die Sache auf feste Principien zu bringen.

28) Verzeichnet bei *Thibaut*, a. a. D. §. 1005.

29) *Thibaut* l. c.

30) L. 8. §. 13. D. ad S. C. Vellej. (16. 1.)

Will man das Außerordentliche eines Rechtsmittels aus ihm selbst, aus seiner Wesenheit, ergründen, so geräth man in das Reich der Ungereintheit. Denn soll das Criterium in der Unbilligkeit, oder zu großen Billigkeit, liegen, so hieße das, eine Satyre auf den Gesetzgeber machen; oder etwa darin, daß es gegen ein älteres Recht anstrebt, oder neue Formen an- geht? Dann hätten wir gar keine ordentlichen Rechtsmittel, und wären dieß höchstens die Gesetze der XII Tafeln. Soll alles, was der Prätor einführte, außerordentlich seyn, so tritt die Rechtsgeschichte abwehrend entgegen. Die Interdicta gehören dem Prätor an, und waren ursprünglich judicium ordinaria³¹⁾. Soll aber die Außerordentlichkeit daher deducirt werden, daß ein oder das andere Rechtsmittel gesetzlich außerordentlich genannt wird, so steht dem nichts entgegen; aber dann vereinige man solche, zufälliger Weise so bezeichnete, Km. nicht zu dem Ende zu einem Genus, um ein falsches Prinzip in sie hinein zu tragen, d. h. um nun anzunehmen, „daß sie bloß in Ermanglung anderer Rechtsmittel statt fänden“. Daß die Interdicte, so wie was an deren Stelle getreten, nicht subsidiär sind, stellt kein Mensch in Abrede — und doch lautet, nach den etwa zu Zeiten Diocletianus mit den ursprünglichen Interdicten vorgenommenen Veränderungen³²⁾, das Rubr. Dig. XLIII., 1.: „de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt“. Der rechtshistorische Unterschied zwischen judicium ordinaria und extraordinaria, an und für sich schon bloß in der Form bestehend, je nachdem eine lex perpetua zu Grunde lag oder nicht, war der That nach schon unter Sulla Antiquität geworden, unbedingt aber unter den Kaisern, und begründete nie einen Unterschied in Beziehung auf die Wirkung; am allerwenigsten aber ist der Ausdruck extraordinarium auxilium

31) Msc. Veron. p. 144. Savigny, das Recht des Besizes, S. 402. ff. (Ed. 1818.)

32) Savigny, l. c.

in L. 16. pr. de minor., so wie das, was in Beziehung hierauf in diesem Gesetz verordnet wird, mit jenen in Wechselwirkung zu bringen. Das Prinzip, welches der L. 16. zum Grunde liegt, ist folgendes: Es kommen im Römischen Recht mehrere Rechtsmittel ³³⁾ mit dem Zusatz vor, „daß man sich ihrer nur dann bedienen dürfe, wenn man sich auf andere Weise nicht zu helfen weiß“. Dies ist nur bei prätorischen Instituten, aber auch nur bei einigen, nicht bei allen, vorgeschrieben, ist höchst speciell, und leidet keine Ausdehnung. Jener Zusatz entstand aus der engen, desungeachtet überschrittenen, Befugniß des Prätors, und bei der actio de dolo concurrirten die Begriffe der Römer über id quod honestum est. Wo jene Vorschrift nicht ausdrücklich wiederholt wird, findet sie auch keine Anwendung, sondern es gilt der allgemeine Satz, „daß, wenn einem Berechtigten zur Erlangung eines Object's mehrere Wege offen stehen, er wählen kann, welchen er will“; und werden durch ein neues Gesetz zu den rechtlichen Folgen, die irgend eine Handlung hat, noch neue hinzugethan, so laufen nun alle parallel, wenn das neuere Gesetz nicht ausdrücklich ein anderes verfügt hat. Dieses sagt L. 41. pr. D. de O. et A. 44. 7.; quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere ³⁴⁾. Sprächen die Gesetze anders, so würden sie dem Rabulisten eine herrliche Aussicht eröffnen. Hat einer den andern mit dem Bafel in der Hand zu der Unterschrift eines Wechsels gezwungen, kann also vis und metus nicht leugnen, so fängt er an, mit der Vorfrage zu chicaniren: ob sich der Gezwungene nicht auf andere Weise helfen

33) Außer L. 16. pr. de minorib. auch z. B. L. 9. pr. D. de edendo (2. 13.)

34) Daß unter lex auch das jus honorarium zu verstehen ist, zeigt schon Cicero in Verrem Cap. 42.

könnte? ³⁵⁾ — und übergibt somit die Hauptsache der Unsterblichkeit.

§. 8.

Ich kehre nunmehr zu den Provoationen zurück. Daß man L. 16. pr. de minoribus auf alle Restitutionen ausdehnte, ist erklärlich, daß man sie aber auch auf die Provoationen anwandte, ist unbegreiflich. Rahl und unzureichend ist die Antwort: „man hielt sie für außerordentliche Rechtsmittel;“ sondern es fragt sich: was berechtigete, sie dafür zu halten? Gesezt L. 16. cit. gälte für alle Restitutionen, für alle Prätorischen, Aedilitischen, Proconsularischen Institute, so ist doch das durch das Reichsgesez eingeführte Rechtsmittel kein Prätorisches, und sind doch die conditores juris germanici keine römischen Magistratus! Das Reichsgesez sagt unbedingt:

Wer sich eines Anspruchs an dich berühmt, den kannst du auffordern, desselben Wahrheit zu beweisen ^{ic.} und die Rechtsgelehrten setzen hinzu: aber nur dann, wenn du dir sonst nicht helfen kannst.

Die Reichsgeseze basiren auf einem Römischen Gesez, das mit dem Prätorischen Recht gar nichts zu schaffen hat, und die Rechtsgelehrten ziehen eine Prätorische Sagung herüber, die, höchst speziell, ruhig da gelassen werden muß, wo sie ist.

Die Provoationen sind daher nicht subsidiär, keine außerordentlichen Rechtsmittel, und kann man sich ihrer bedienen, wenn auch andere Mittel zusehen. Uebertriebene Vorliebe zu den Provoationen wird man mir nach der Abh. I. ³⁶⁾ nicht vorwerfen können. Besser, so glaube ich, sie wären gar nicht! Allein dieser noch so gerechte Wunsch befugt nicht dazu, dem klaren Willen des positiven Gesezes Gewalt anzuthun ³⁷⁾.

35) Wer muß den Beweis führen?

36) Bd. 3. S. 326. ff.

37) Die Abhandlung III. nächstens.