

Werk

Titel: Archiv für civilistische Praxis

Ort: Heidelberg

Jahr: 1821

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log18

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

A r c h i v
für die
civilistische Praxis.

Vierter Band. Zweites Heft.

XIV.

Beitrag zu der Lehre von den Interventio-
nen in dem Civilproceß.

Von Gensler.

§. 1.

Der Regel nach ist niemand befugt, in den zwischen andern Subjecten vor Gericht anhängigen bürgerlichen Rechtsstreit sich einzumischen, oder einzudrängen; sondern, hat auch er an einer der schon streitenden Parteien einen Rechtsanspruch, oder an das streitige Object, so muß er diesen Anspruch in einem besondern Proceß verfolgen, und denjenigen als Beklagten wählen, welcher in concreto passiv zur Sache legitimirt ist. Selbst die Execution in jenem anhängigen Rechtsstreit kann in der Regel durch den Einspruch eines Dritten nicht gehemmt werden. Es laufen vielmehr die verschiedenen Proceße ohne Einfluß auf einander neben einander zu ihrem besondern Ziel ¹⁾, und wenn auch mehrere Kläger gegen den nämlichen Beklagten (von dessen Ueberschuldung abgesehen) des nämlichen Objects wegen

¹⁾ Martin, in dem Lehrb. des bürgerl. Proc. S. 26.

Klagbes werden ²⁾, muß dennoch jeder Kläger sein Recht besonders verfolgen. Keiner dieser Prozesse hemmt den andern, und welcher Kläger die rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zuerst bewirkt, kommt in Besitz des Objects; ³⁾ ist jedoch gegen dingliche Klagen nicht sicher ⁴⁾. Aus eben jenen Gründen ist auch der Regel nach keine Partei verbunden, in einem anhängigen Proceß einen neuen Gegner, sey es als Mitkläger oder als ein Mitbeklagter, oder auch einen Streitgenossen, als Mitkläger oder Mitbeklagten, sich aufdringen zu lassen.

Von jenen allgemeinen Regeln machen jedoch die Gesetze Ausnahmen, welche in den Interventionen sich darstellen. Diese Ausnahmen gründen sich auf ein besonderes Interesse des Dritten an dem Schicksal und Ausgang des zwischen zwei andern Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreits, und zwar auf ein solches Interesse *interveniendi*, kraft dessen er behaupten kann: „dürfe er durch seine Zwischenkunft jenen Rechtsstreit nicht hemmen, oder nicht wenigstens Antheil an demselben nehmen, so drohe ihm unmittelbar der Verlust, oder eine schwierige Realisirung, eines auf das Proceßobject bereits erworbenen Rechts, oder doch *ex re judicata* jenes Proceßes ein solcher Anspruch, oder Nachtheil, den er als Theilnehmer an den jetzigen Verhandlungen als ungerecht darzustellen im Stande sey.“ Ein solches Interesse an der *res inter alios acta* soll nun jenen Dritten dergestalt *ad causam legitimiren*, daß er sich in den bisher für ihn fremden Proceß einzumischen befugt werde. So spricht eine wissenschaftliche Doctrin.

2) *Concursus creditorum extra concursum*. J. H. Böhmcr, in Exercit. ad Pand. T. V. exerc. 88.

3) L. 14. pr. Dig. 9. 4.

4) Arg. L. 63. Dig. 42. 1. L. 5. Cod. 8. 14. L. 3. Dig. 20. 1. L. 29. §. 1. Dig. 44. 2.

Von den positiven Gesetzen geben hierunter direct einige Ausbeute L. 29. Dig. 5. 2. Nov. 112. Cap. 1. Cap. 38. X. 2. 20. Cap. 2. in 6to. 2. 8. Dahingegen sprechen L. 31. §. 1. Dig. 16. 3. u. L. 34. Dig. 34. 3. nur von dem Vorzug unter mehreren Klägern ⁵⁾, und auch die L. 63. Dig. 42. 1. handelt an sich gar nicht von der Intervention, sondern, nachdem allda der Satz: „res inter alios judicata aliis non nocet“ aufgestellt, hiermit also zugleich gesagt ist: „Interventionen sind der Regel nach nicht nöthig, folglich der Regel nach auch nicht erlaubt,“ werden Ausnahmen von jener ersten Regel angegeben, welche sich darauf beschränken: „wer in (legale) Kenntniß gesetzt worden ist, daß inter alios über ein ihn zunächst angehendes Rechts- oder Verbindlichkeits-Verhältniß: gerichtlich gestritten werde, und seine, wenigstens stillschweigende, Einwilligung zu diesem Rechtsstreit giebt (qui scit et passus est), der muß sich dann auch die, in jenem, ruhig und unthätig mit angesehenen, Proceß erfolgende *res judicata* gefallen lassen.“ A contrario läßt sich also nur schließen: „er kann interveniren, und Interventionen sind wenigstens in allen Fällen erlaubt, in welchen der Interveniens, auf ein positives Gesetz hinweisend, sagen darf: „die *res judicata* jener *res inter alios acta* greift unmittelbar in mein erworbenes Recht ein, oder verpflichtet auch mich.“

§. 2.

Nach dem besondern Zweck, welcher in concreto einer Intervention zum Grunde liegt, erhalten die Interventionen überhaupt besondere Eintheilungen und Namen, die aber, da die Gesetze in dieser Lehre dürftig und vage sind, in der Doctrin leider vielfach und verwirrend sich zeigen. Man kann unterscheiden:

⁵⁾ Auch diese Gesetze werden häufig in das Gebiet der Interventionen gezogen. Noch irriger L. 2. Cod. 3. 19.

A) Behauptet der Interveniens: „ihm allein stehe die res litigiosa, oder resp. das streitige Recht, ausschließlich zu, der zeitherige Kläger müsse ihm weichen, der Beklagte aber das Object an ihn, Interveniens, herausgeben, oder resp. diesen als den Berechtigten anerkennen,“ so ist unstreitig der volle Begriff einer eigentlichen oder vollkommenen Principal- oder Hauptintervention vorhanden. — Z. B. A. und B. sind als Collateral-Intestaterben des verstorbenen C. über dessen Erbmasse im Proceß befangen, und pendente hac lite tritt D. mit der Behauptung auf: er sey legitimer Descendent des C., ihm also sey die ganze streitige Masse herauszugeben.

Hierher gehört auch Cap. 38. X. 2. 20. Denn im Fall nach geschehener Principal-Intervention der ursprüngliche Kläger oder Beklagte nachgeben, wohl gar mit dem Interveniens sich vereinigen sollte, so wird jener ursprüngliche Begriff im Verhältniß des sich einmischenden Theils zu den Urparteien nicht aufgelöst, sollte auch eine gemischte Intervention (lit. C. §. 157.) aus jenem Vortritt einer der letzern zur Sache des Interveniens entstehen“ 6).

B) Behauptet der Interveniens: ein Theil des objecti litis gebühre ihm ausschließlich, und sey ihm, vermöge eines erworbenen Rechts auf jenen bestimmten Bestandtheil des Streitgegenstandes, zu erkennen, mit Ausschluß des Klägers und Beklagten, und ohne daß er von jenem oder diesem litis consors sey, weder in enger noch weiter Bedeutung 7), so ist auch dieses eine

6) Z. B. A. fordert Klagbar von dem B. wegen angeblicher Gefolgie ein Lehnsgut zurück. Letzter verneint: „Daß A. sein Lehnsherr sey,“ und indem sie hierüber im Streit befangen sind, interveniert C., „weil er allein und ausschließlich der Lehnsherr des B. wäre.“ A. verneint dieses, B. aber bekennt sich als Vassall des C., und schließt sich diesem an, um mit solchem gemeinschaftlich den A. zu überwinden.

7) Eigentliche Litisconsorten, oder Streitgenossen im engeren

wahre und reine Principal-Intervention zu nennen. Will man ihr aber den Namen uneigentliche oder unvollkommene Principal-Intervention beilegen, so ist es wenigstens unschädlich. Ein solcher Fall wäre z. B., wenn in jenem Erbstreit zwischen A. und B. S. 156. des C. hinterlassene Wittve mit dem Anspruch auf einzelne Bestandtheile der Masse, als zu ihrem Dotalvermögen gehörig, hervorträte. So auch bei dem Vindicanten in dem Concurssproceß.

C) Bezweckt der Interveniens zwar einen Theil des Streits objects zu erhalten, sey es eine *quota*, oder ein *quantum*, oder eine *species*, oder irgend ein Recht an dem objecto

Sinne, sind mir solche mehrere, physische oder moralische, Personen, die, als *socii*, entweder a) nicht nur in einer *communio* des verfolgten Rechts stehen, sondern auch dessen Object, jeder nach einer, gleichen oder ungleichen, *rata*, aus dem nämlichen factischen Klagegrund, als unmittelbar zur Sache legitimirt, auch einzeln in Anspruch nehmen können — d. h. *active* Litisconsorten — oder b) in einer solchen *communio obligationis* (im weitern Sinn) sich befinden, daß jede einzelne jener Personen auf Erfüllung eines, gleichen oder ungleichen, Theils jener Obligatio unmittelbar, *ex eodem facto et ex eadem causa petendi*, gerichtlich belangt werden darf — d. h. *passive* Litisconsorten. Wenn hingegen ein Subject dem andern in dem Rechtsstreit bloß beisteht, zwar nicht als bloße Nebenperson, wie der Vermund und Procurator, sondern aus eigenem Interesse, jedoch nicht unmittelbar *pro rata* berechtigt oder verpflichtet, nicht als selbstständig und getrennt von dem nächsten Kläger oder Beklagten, sondern mit diesem eine juristische Einheit bildend, so nennt nicht das Gesetz, wohl aber ein processualischer, leicht irreführender, Sprachgebrauch auch jene sachliche (nicht processualische) Nebenperson, ebenfalls einen Streitgenossen. Diese nenne ich *litis consortes* im weitern Sinne. Es gehört dahin der Litisdenunciator, so wie der bloß accessorische Interveniens. S. oben lit. D. die römischen Gesetze *de consortibus ejusdem litis* fassen lediglich die Streitgenossen im engern eigentlichen Sinn in das Auge.

litis, jedoch als *consors* (wenigstens im weitern Sinn dieses Wortes) einer der bereits streitenden Theile, aus gleichem Grund der Klage, oder der Vertheidigung, so zeigt sich, a) insofern der Intervenient an dem Streitobject participiren will, die Natur einer Principal-Intervention (lit. B.), hingegen b) insofern er einer Partei sich anschließt, das Merkmal der accessorischen Intervention (lit. D.). Hier ist also die Benennung: „gemischte Intervention“ nicht sinnwidrig. Damit ist aber nicht gesagt, „die gemischte Intervention veranlasse auch einen gemischten Proceß“⁸⁾. Einfluß jedoch⁹⁾ kann es auf den Proceßgang allerdings haben, je nachdem der Intervenient 1) dem Kläger sich anschließen will¹⁰⁾, oder 2) dem Beklagten sich zugesellt¹¹⁾.

8) Die verschiedenen Meinungen über die Existenz, über den Begriff, und über die processualische Wirkung, einer sogenannten gemischten Intervention zu beleuchten, ist nicht mein Zweck. Man sehe deshalb Mittermaier, in diesem Archiv. B. 2. Abh. 24. S. 256. ff. ibi all. Ob der von Claproth, Danz, Grolman, Gönner, Glück, Martin u. a. hierunter geschürzte Knoten endlich durch neuere Kreuzhiebe gespalten, dessen Inneres also nun erkennbar sey, und zwar durch Morstadius' Materialkritik von Martins Civilproceß-Lehrbuch, Entw. 85. S. 324. ff., das überlasse ich ebenfalls höhern Kunstrichtern.

9) Hiervon einiges nähere unten in den einzelnen Sätzen des §. 7.

10) Z. B. nachdem der Collateralerbe A. gegen den die Erbmasse besitzenden Testamentserben C. mit der hered. pet. qualif. aufgetreten, und dieser Rechtsstreit schon anhängig ist, tritt B., ein Bruder des A., gleichfalls als Kläger auf, so daß er sich als Mitkläger des A. diesem anschließen, aber die Hälfte der Masse zugesprochen haben will.

11) Von diesem Fall spricht Nov. 112. Cap. 1. in den Worten: unde damus licentiam rel., und auch L. 29. pr. Dig. 5. 2. gehört in dieses Gebiet, wenn gleich noch eine besondere Besorgniß der Negligenz oder der Collusion des Haupterben als Grund der Interventions-Befugniß des Legatars daselbst

D) Im Fall aber der Interveniens einen Antheil an dem *Objecto litis* (dieses in dem unter lit. C. bezeichneten weitem Sinne betrachtet) gar nicht begehrt, sondern den Sieg des einen streitenden Theils, als dessen *litis consors* im weitem Sinne (S. Note 7.), nur zu dem Zweck mitbefördern will, damit der positive Nachtheil abgewendet werde, welcher ihm, dem Interveniens, *ex re judicata* gegen diese Partei drohet, besonders eine Entschädigungsklage, so entsteht der Begriff der bloß *accessorischen* oder Neben-Intervention. Z. B. ein auch *pro bonitate* haftender *creditor cedens* mischt sich, nachdem der *cessionarius* den *debitor cessus* gerichtlich belangte, dieser aber in den Proceß eingetret, in diesen zu dem Zweck ein, um den Beklagten überwinden zu helfen — oder der Verkäufer einer im Besitz des Käufers zwar befindlichen, von einem Dritten aber als dessen angebliches Eigenthum gerichtlich in Anspruch genommenen, Sache intervenirt, um jenen *Bindicanten* mit zurückzutreiben. Auch ist als Beispiel dahin zu rechnen, wenn der Bürge sich dem beklagten Hauptschuldner anschließt, um in Gemeinschaft mit diesem die Klage abzutreiben, oder falls dem in ger. Anspruch genommenen *Possessor rei alienae* (dem *Usufructuar*, *Pfandgläubiger*, *Pächter* u. dgl.) der *dominus* zu Hülfe eilt, um den Kläger zurückzuwerfen, und dem Beklagten die Fortdauer dessen Besitzzustandes zu sichern ¹²⁾.

angegeben ist. Diese *ratio legis* ist nicht beschränkend. Auch würde z. B. der Fall hierher gehören, wenn der Mitverbundene eines Beklagten, z. B. dessen Miterbe, nachdem jener sein Miterbe allein belangt wurde, diesem als Interveniens sich anschließen will, um den Kläger zugleich auch wegen seiner, des Interveniens, eigenen *rata* der angeblichen Erbschuld zurückzutreiben. Ob aber der Kläger einen solchen Interveniens dulden müsse, ist eine ganz andere Rechtsfrage. Davon unten §. 5.

12) In diesem letzten Fall tritt der intervenirende *Dominus* frei-

Die Eintheilung der Intervention in die freiwillige und gezwungene, je nachdem der Interveniens als solcher ganz aus freiem Entschluß hervortrete, oder durch Adcitation, oder Litisdenunciation, herbeigerufen werde, ist fruchtlos, weil weder die Litisdenunciation, noch die Adcitation, in der Regel einen Zwang zur Intervention mit sich führt, und weil da, wo der Adcite zur Theilnahme genöthigt werden kann, diese die Natur einer Intervention nicht hat ¹³⁾. Der Kürze wegen aber mag man sich jedoch jener Bezeichnung immerhin bedienen ¹⁴⁾.

§. 3.

In Rücksicht auf sämtliche Arten der Interventionen ist in besondern Betracht zu ziehen,

I.) des Interveniens Activ-Legitimation zur Sache, d. h. desselben Befugniß zur Einnischung in den zwischen andern Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreit.

II.) des oder der Interventen ¹⁵⁾ Passiv-Legitimation zur Sache, d. h. gegen welchen der schon

neßwegs als Vindicant auf, sondern seine Behauptung: „ich bin Eigenthümer,“ ist bloß die indirecte Grundlage der Verneinung des factischen Klaggrundes, und insofern höchstens einer Einrede gleich, deren Wahrheit die Klage entkräftet, ohne eine Verurtheilung jenes Klägers, oder dessen ursprünglichen Beklagten, zur Folge zu haben.

13) Hiervon in einer andern kurzen Abhandlung nr. XV.

14) Man hüte sich nur, aus dem unschuldigen Namen: freiwillige und abgenöthigte Intervention besondere Folgen für den Proceß abzuleiten. Practisch aber sind die Fragen: 1) ob jemand freiwillig interveniren dürfe? — 2) ob die schon Streitenden Theile jenen freiwilligen Gegner oder Gehülfsen an- und aufnehmen müssen? — 3) ob jemand zur Intervention genöthigt werden könne, vom Richter, oder von einem Streitenden Theil? — Die Beantwortung dieser Fragen ist Mitgegenstand obiger Abhandlung XIV. §. 3. ff.

15) Intervent wird bekanntlich der schon Streitende Theil benannt, welchen der Interveniens besiegt wissen will, sey dieses

streitenden Theile der Intervenient sich zu wenden habe, und welcher Theil die Intervention sich gefallen lassen müsse ¹⁶⁾.

III.) Der Einfluß, welchen die Intervention auf den Proceßgang des schon pendenten Rechtsstreits habe.

§. 4.

Es ist ad I) aus den oben §. 1. S. 153. bereits angeführten Gründen des Intervenienten Befugniß zur Einmischung in einen zeitlich ihm fremden gerichtlichen Rechtsstreit nicht bloß damit bedingt, daß er sein eigenes erworbenes Recht verfolgen oder sichern will, sondern zugleich mit dem erwähnten besondern und bereits existirenden Interesse an dem Ausgang des schon anhängigen Proceßes — mit der Gewißheit, dieser gefährde seine erworbenen Rechtsverhältnisse und könne diese nachtheilig verrücken, ihm resp. die Verfolgung und Realisirung eines Rechts vereiteln, oder bedeutend erschweren, oder eine Verbindlichkeit auflasten. Der Intervenient muß darauf hinzeigen können: „*folgeweise disponiren die schon streitenden Theile über mein eigenes Recht.*“

Hingesehen auf die einzelnen Arten der oben §. 2. unter lit. A. B. C. D. gedachten Interventionen, hat also

1) der §. 2. unter A. und B. bezeichnete Principal-Intervenient sein vorzügliches, sein beide Theile überwindendes, Recht an dem Streitobject, auch jene Gefahr, wenigstens so weit zu beseitigen, als derjenige, welcher einen Realarrest zur Deckung der künftigen Execution seines Rechts auswirken will.

Hierüber — über die Frage: ob Intervenient auf jene

der Kläger allein, oder der Beklagte allein, oder seien es beide diese Parteien zugleich.

16) Die Begriffe der Activ- und Passiv-Legitimation zur Sache werden übrigens hier vorausgesetzt. Mein Handb. d. Mar- tin's Lehrb. des b. Proc. Thl. 1. Abh. 5.

Weise ad causam legitimirt und dessen Einmischung in den schon anhängigen Rechtsstreit gesetzlich erlaubt sey? — kann ein summarischer Vorstreit, eine Zwischen: Verhandlung, entstehen, welche man, nach der Analogie des Arrestprocesses, den Interventions: Proceß nennen könnte ¹⁷⁾, in welchem beide zeither streitende Theile, einzeln und vereinigt, als Gegner des Intervenienten sich zeigen dürfen, und welcher durch eine richterliche Entscheidung der Streitfrage sich endiget: »ob die Intervention als solche Statt finde, oder nicht.«

Im Zweifel ist jede Principal: Intervention eher abzuschlagen, als zu gewähren — es ist der andringende Intervenient mit seiner Klage auf den regelmäßigen Weg gegen denjenigen bereits streitenden Theil zu verweisen, welcher in Ansehung derselben passiv zur Sache legitimirt ist, z. B. als Besitzer des Objects — seyen dieses beide, oder nur einer, als Litisconsorten, oder nicht. Dann mögen die zwei oder drei Proceße ohne störende Einwirkung auf ein:

17) Die Natur der Sache und Analogie muß obiges rechtfertigen — denn das gem. R. erhält deshalb keine besondere Vorschrift. Der Intervenient will die freien Bewegungen anderer Subjecte innerhalb deren Rechtskreis führen und hemmen — er verkümmert gleichsam jenes ihr Eigengebiet — und darum ist er dem gleich, welcher eine regelwidrige Rechtshülfe begehrt. Er muß erst zeigen, daß ein gesetzlicher Grund zu der regelwidrigen Proceßur vorhanden ist. Sowie nun derjenige, welcher einen Arrest vor entschiedener Sache verfügt wissen will, nicht nur den Grund seines Anspruchs vorläufig zu bescheinigen, d. h. als wahrscheinlich darzustellen hat, sondern auch eine causam legalem arresti nachweisen muß, über das Daseyn dieser wesentlichen Bedingungen des Arrestes aber besondere Verhandlungen unter dem Namen Arrestproceß entstehen können, Martin, in dem Lehrb. d. bürgerl. Processus §. 229., eben so kann die Vorfrage: ob die Intervention als solche Statt finde? besondere Verhandlungen veranlassen, für welche der Name: Interventionsproceß gewiß passend ist.

ander neben einander laufen, und der zurückgewiesene Intervenant mag in Hinsicht auf die Sicherheit des Streitobjects die allgemeinen Sicherungsmaßregeln ergreifen, sind deren Bedingungen vorhanden, z. B. Sequestration, Veräußerungsverbote u. dgl. ¹⁸⁾).

2) In Rücksicht auf die §. 2. unter C. erwähnte *gemischte Intervention* ¹⁹⁾ treten die nämlichen Grundprincipien und Bedingungen des Interventions Legitimation zur Sache insoweit ein, daß er darauf sich stützen, und es bescheinigen muß: „aus dem nämlichen Angriffs- und Vertheidigungs-Grund der einen im Streit schon befangenen Partei stehe auch ihm, dem Interventions, ein Theil des Streitobjects, oder ein Recht auf dieses, als *jus quaesitum* zu, und das Realisiren dieses seines erworbenen Rechts trete in eine bedeutende Gefahr, dürfe er nicht Antheil an dem Proceß nehmen — zwar für eigenen unmittelbaren Vortheil, jedoch nur als Streitgenosse des einen der bereits streitenden Theile ²⁰⁾).

18) S. unten §. 6. Nro. 10.

19) gemischten — in dem oben S. 158. angegebenen Sinn.

20) Zugleich und sogleich muß ein solcher Intervenant sich als Beistand der einen bereits streitenden Partei dieser anschließen wollen. Ist das Interesse dieser Partei mit dem Zweck des Interventions unvertäglich — ist dessen Intervention zugleich auch gegen den gerichtet, welchen er unterstützen will, so sind bloß die Bedingungen einer reinen *Principal-Intervention* vorhanden. Dahin scheinen mir auch *Mittermaiers* Fälle zu gehören. S. d. Archiv, B. 2. Abh. 24. S. 260. 261. Daß, wenn ein streitender Theil dem *Principal-Interventions* weicht, jener diesem sich wohl sogar als *Consorte* anschließen kann, wurde oben S. 156. bereits erwähnt. Sobald man den Begriff und die Gränze der gemischten Intervention lit. C. §. 2. zu weit ausdehnt, fällt man in die Confusion einer subjectiven Klagenhäufung, und geräth mit den allgemeinen Grundregeln des bürgerlichen Processus in Widerspruch. Daher wird sich auch ein Zwangsrecht des Interventions jener Art

Auch hier ist im Zweifel der Interveniens zurückzuweisen. Denn weder der zeitliche Kläger, noch dessen Beklagter, ist verbunden, einen zur Sache nicht legitimierten Streitgenossen, oder Gegner, sich aufdringen zu lassen, zumal da gerade einem solchen sich eindringen wollenden Streitgenossen die *res judicata* wider den, welchem er sich anschließen will, der Regel nach nicht schadet²¹⁾.

3) Und auch der bloß accessoriische Interveniens, nach dessen §. 2. lit. D. angegebenen Begriff, muß voran bescheinigen, daß und aus welchem Grund die Sache der streitenden Partei, welcher er sich zum Zweck der Abtreibung des Gegners beigesellen will, mit seinem eigenen Rechtsverhältniß auf eine Weise verflochten sey, welche das Letzte mit einem Nachtheil unmittelbar bedrohe, sollte dieser *pars litigans* unterliegen. Ohne einen solchen Grund kann selbst die von dem einen streitenden Theil vorausgegangene Aufforderung des Interveniens — *Litisdenunciation* — die andere Partei nicht verpflichten, diesen Mitgegner anzuerkennen²²⁾. Man kann im Allgemeinen den Satz aufstellen: „welchem Subject ein streitender Theil *litem* denunciiren muß, oder doch darf, dieses Subject ist auch activ zur freiwilligen accessoriischen Intervention legitimirt.“

§. 5.

Wenn man ad II) auf die passive Sachlegitimation des interventistischen Theils zurücksiehet, so ist

1) eine *Principal-Intervention*, nach dem Begriff A. oder B. §. 2., gar nicht vorhanden, wenn nicht der Interveniens durch sie, in dem Augenblick, wo er intervenirt, bezweckt,

(sich selten rechtfertigen lassen. Daß *unde damus licentiam* in der Nov. 112. Cap. 1. zeigt nur auf Ausnahmen von der Regel.

21) L. 63. Dig. 42. 1. L. 1. sqq. Cod. 7. 60.

22) Danz, Grundf. des ord. Proc. §. 488. Nro. 8.

beide zeither streitende Theile sollen ihn als den anerkennen, welcher mehr Recht, als sie beide und jeder von ihnen, an dem von ihm in Anspruch genommenen Object habe, eben deshalb aber fordert, sie sollen aufhören, über dieses Object den zwischen ihnen obwaltenden Rechtsstreit fortzusetzen.

Von diesem Gesichtspunct aus wendet sich der Interveniens zunächst gegen beide jener Parteien, als die zur Antwort pflichtige, d. h. *ad causam passiv legitimirte*, Subjecte — sey auch die der Hauptintervention zum Grunde liegende Klage eine dingliche Klage, und sey auch nur der Beklagte des schon anhängigen Processus der alleinige Besitzer des von dem Interveniens in Anspruch genommenen Objects. Weicht die eine Partei dem Interveniens, so bleibt die andere als *legitimus contradictor* sein Gegner, welches dann der erste Kläger eben so gut seyn kann, als der erste Beklagte, streicht letzterer gegen den Interveniens die Segel, oder schlägt sich wohl gar auf dessen Seite. Wenn z. B. A. den B. mit der *actio hypothecaria* belangt, der B. gegen diese ankämpft, weil dem A. eine Hypothek nicht zustehet, jetzt aber C. als Interveniens behauptet, „mir stehet ein älteres, den A. ausschließendes Pfandrecht zu,“ und B. dieses einräumt, A. hingegen es verneint, so wird A. der Gegner des C. seyn und bleiben; ja der B., im Gefolge dessen Verbindlichkeit, und als hypothekarischer Schuldner des C., wohl gar als accessorischer Interveniens sich dem Principal-Interveniens als *consors* anschließen können. Oder im Fall M. den N. mit der Eigenthumsklage belangte, N. deren Grund verneinte, jetzt O. mit der Behauptung intervenirte: „er sey der wahre und alleinige Eigenthümer des vom M. in Anspruch genommenen Objects, N. aber nur *Usufructuar*,“ und nun solcher dieses einräumte, M. hingegen jenem Eigenthum des O. widerspräche, so wäre M. der weitere Gegner des O. Wohl muß jede angreifende Principal-Intervention eine besondere, selbstständige, dem Interveniens selbst zu

stehende, Klage in sich enthalten; und stellt man in concreto diese Klage den über deren Object schon streitenden Theilen gegenüber, so müssen nach ihrer Natur, je nachdem sie eine Zustandsklage, oder eine dingliche, oder persönliche Klage u. s. w. ist, wenigstens in Rücksicht auf die eine jener Parteien die Bedingungen der Passivlegitimation in der Geschichtserzählung der Interventionsklage enthalten seyn. So scheint es also, daß diese auch nur gegen denjenigen jener streitenden Theile gerichtet werden könne, in Bezug auf welchen jene Bedingungen des rechten Beklagten ²³⁾ vorhanden sind, und daß die Intervention nur dann gegen beide Theile des anhängigen Processes gerichtet werden dürfe, wann beide diese in jenem Verhältniß der Passivlegitimation als Litisconsorten sich befinden. Auch ist letzteres an sich möglich, z. B. A. und B. liegen im Rechtsstreit gegen einander über die Theilung eines Objects, oder über ein Privilegium, welches jeder als ausschließlich sich beilegt, und jetzt tritt C. mit der Behauptung auf: „jenes Theilungsobject ist mein alleiniges Eigenthum,“ oder: das streitige ausschließliche Privilegium gehört weder dem A. noch dem B., sondern ich C. bin Monopolist. Allein die Interventionsklage ist nicht bloß Klage, sondern mehr als diese — sie ist auch Intervention — und als solche soll und will sie den Theil, welcher in Hinsicht auf jene Klage, diese ausschließlich betrachtet, der rechte Beklagte nicht ist, doch das Recht zur eröffneten Rechtsverfolgung entziehen, z. B. den Kläger an der Fortsetzung seiner Klage gegen den gewählten Beklagten verhindern; und insofern ist sie, als Intervention, zugleich auch wider jenen Kläger zu richten. Will solcher den Intervenienten weichen, so hat die Intervention insoweit ihren Zweck er-

23) Einen solchen Fall enthält wohl Cap. 38. X. 2. 20.

24) Mein Handb. zu Martins Lehrb. d. bürgerl. Proc. Thl. I. S. 120. ff.

reicht, der Interventionsproceß hört auf, und wird simple Klage gegen den andern in Rücksicht auf diesen passiv zur Sache legitimirten Theil. Sträuben sich aber beide Parteien des ältern Rechtsstreits gegen den Intervenienten, so sind auch beide in dem Interventionsproceß legitim contradictores; und selbst dann, wann durch das Resultat dieser Zwischenverhandlung die Einmischung des Intervenienten für statthaft, und das Aussetzen des ältern Proceßes für nöthig erkannt würde, bleibt der der Klage des Intervenienten gegen über passiv nicht legitimirte Theil (gewöhnlich der Kläger des sistirten Proceßes) Interessent des neuen Proceßes; er wird *litis consors* (im weitern Sinne) seines ursprünglichen Gegners, und ist dazu legitimirt, des Intervenienten Klagrecht wider jenen seinen nunmehrigen Streitgenossen zu bekämpfen, nicht weil diesem das von ihm (jenem ersten Kläger) in Anspruch genommene Object gebühre, sondern als negative *litiscontestation* auf die Klage des Intervenienten, in dem Gebiete des directen Gegenbeweises, und solcher Einreden, deren Wahrheit das Nichtseyn eines Klagrechtes des Intervenienten zur Folge hat, ohne daß hieraus dasjenige Recht hervorginge, welches sein eigener jetziger Consorte auf das Object des ursprünglichen Proceßes sich beilegt. Jener Interessent darf deshalb die Entbindung seines vormaligen Gegners mit befördern, damit er den Urproceß gegen diesen wirksam verfolgen könne, oder, würde solcher unterbrochen, sich von neuem gegen diesen seinen Beklagten wenden, und den ursprünglichen Rechtsstreit in der unterbrochenen Lage fortsetzen dürfe. Man denke sich in dem Fall der L. 29. pr. Dig. 5. 13. hätte ein Legatar voran gegen den das Legat verweigernden Testamentserben geklagt und *pendente hac lite* träte ein Intestatserbe mit der *qu. inofficiosi testamenti* als Intervenient auf. Hier würde der klagende Legatar sich dem von ihm selbst beklagten Testamentserben als Consorte wider den Intestatserben anschließen dürfen, um das Testament mit

zu verteidigen, um, nachdem dieses gerettet ist, oder auch im Laufe jenes Rechtsstreits, seinen Angriff gegen den Testamentserben fortzusetzen.

2) Die gemischte Intervention, nach deren §. 2. lit. C. angenommenen Begriff, ist an sich, dem eigenen Zweck des Intervenienten nach, immer nur gegen den einen der bereits streitenden Theile gerichtet, und zwar

a) als Klage gegen den zeitherigen Beklagten, im Fall der Intervenient dem Kläger als Litisconsort im speciellen Sinn sich beigesellen will —

b) als Vertheidigung gegen den Kläger, insofern der Intervenient dem Beklagten als eigentlicher Streitgenosse zu dem Zweck sich anzuschließen strebt, um sich durch diesen Proceß von der rata der nämlichen Verbindlichkeit zu befreien, gegen welche der erste Beklagte bereits ankämpft ²⁵⁾.

Aber in beiden Fällen kann der gesuchte Freund und der angegriffene Feind dem Intervenienten entgegen setzen: „ich bin nicht zwangspflichtig, dieses Einmischen und Anhängen mir gefallen zu lassen.“

Der Kläger braucht α) den intervenirenden Mitkläger nicht zu dulden, weil er seine *ratam* auch allein verfolgen kann ²⁶⁾, und noch weniger, wenn er ihm ein gleiches Klagerecht gar nicht zugestehet; er kann sich aber auch β) den freiwilligen Beklagten verbitten, weil er ja durch diesen, gegen das gesetzliche Princip, zur Klage genöthiget würde.

Der Beklagte ist nicht schuldig α) nach festgestellter Streitfrage (vollzogener Litiscontestation) geschehen zu lassen, daß ein neuer Mitkläger die Lage des Processes störe und verrücke, eine zweite Litiscontestation und Vertheidigung ihm abnöthige u. s. w.; und eben so darf er β) dem freundlich sich nahenden, jedoch unmittelbar sich selbst sicher stellen wollenden, Mitgehülfsen zurückweisen, damit dieser ihm den

²⁵⁾ S. oben §. 2. lit. C. nr. 1. et 2.

²⁶⁾ Martin, in dem Lehrb. d. b. Proc. S. 344

Proceß nicht erweitern, und nicht Veranlassung zu störenden Verhandlungen gebe.

Auf ein besonderes, das Proceßrecht der schon streitenden Theile beherrschendes, Interesse kann sich ein solcher Intervenant überall nicht stützen, sondern nur auf derselben guten Willen. Denn a) die zwischen selbigen eintretende res judicata schadet ihm nicht, b) als einzelнем Kläger steht ihm die Gerichtsthüre offen, und c) will er in Lage genommen seyn, so muß er zu einer Provocatio greifen, sind deren Grundbedingungen vorhanden. Eine Diffamatio gegen ihn liegt leicht möglich in den Acten wider seinen beklagten Miterben, socius u. dgl.

3) In Rücksicht auf die bloß accessorische Intervention (§. 2 lit. D.) liegt in deren alleinigen Zweck des bloßen Beistands, daß der nur hierzu sich einmischende Intervenant bloß den einen bereits streitenden Theil als seinen Gegner ansehen will — sey dieses der Kläger, oder der Beklagte, des zwischen diesen beiden anhängigen Proceßes. Denn auch zum Vortheil des Klägers ist, wie oben erwähnt, eine solche Intervention denkbar. Ob nun jener Gegner den Anschluß des accessorischen Intervenienten sich gefallen lassen, ob er auch gegen dessen Vorträge sich vertheidigen müsse, hängt lediglich davon ab: ob der Intervenant activ zur Sache legitimirt sey, d. h. ob, wenn die Partei, welcher er beistehen will, unterliegen sollte, aus dieser res judicata unmittelbar sein, des Intervenienten, schon bestehendes Rechtsverhältniß beeinträchtigt werden würde. Ist dieses (nach den obigen allgemeinen Principien), so muß sich auch der Gegner die Intervention gefallen lassen — die in Rücksicht auf seinen Hauptgegner vorhandenen Bedingungen der passiven Sachlegitimation umschlingen zugleich das Verhältniß des nur accessorischen Intervenienten. Die Partei aber, welche der Intervenant unterstützen will, kann sich diesen Beistand eben so gewiß verbitten, als sie die Litisdenuciation unterlassen darf; allein sie wird hierdurch wenigstens in den Fällen,

in welchen die Litisdennunciation eine Bedingung der Entschädigungsflage ist, diese gegen den zurückgewiesenen Intervenienden sich selbst abschneiden, indem sie durch jenes Zurückweisen ausspricht, »sie wolle die Gefahr des Proceßausganges allein übernehmen.«

Daß der accessorische Interveniend mit Bewilligung der Partei, welcher er zu Hülfe eilt, ohne Zustimmung und wider den Willen des Gegners ganz in die Stelle jener Partei eintreten, diese vertreten, solche aber ganz austreten dürfe, widerspricht dem obigen Princip: »niemand ist zwangspflichtig von dem gewählten Gegner sich verdrängen und einen neuen Gegner sich aufdringen zu lassen²⁷⁾).

§. 6.

Auß den obigen Principien lassen sich nun ad III. die bei den Interventionen eintretenden Regeln des Procedere, insofern diese von dem gewöhnlichen Proceßgang abweichen, von selbst abstrahiren. Einige derselben seien hier erwähnt.

1) So oft eine Intervention irgend einer Art erfolgt, sind beide bereits streitende Theile von derselben formgerecht in Kenntniß zu setzen, zur Erklärung: »ob sie selbige gestatten oder verweigern wollen.«

2) Entsteht über diese Vorfrage eine besondere Verhandlung, von beiden oder der einen jener Parteien veranlaßt, so ist dieser Interventionsproceß als Zwischenpunct summarisch zu verhandeln — am zweckdienlichsten in besondern Acten, und ohne Einfluß auf den Fortschritt in der Hauptsache.

3) Wird eine Principal-Intervention, §. 2. A. oder B, rechtskräftig abgeschlagen, so erledigt sich hiermit der Interventionsproceß.

4) Wird sie für statthaft erkannt, oder willigen beide ursprünglich streitende Theile in sie ein, so wird die eventuelle Fortsetzung deren Hauptstreit in besondern Acten den

²⁷⁾ S. dieses Archiv, B. 3. Abh. 25. S. 405. ff.

noch nur dann unterbrochen, wann jene Urparteien beide dieses wollen, oder die Principal-Intervention so präjudiciell ist, daß auch die eventuelle Entwicklung jener Hauptsache rechtsunmöglich, oder offenbar vergeblich wäre²⁸⁾. Ob dieses sey, oder nicht sey, ist aus den Verhältnissen in concreto zu ermessen — kein Gesetz gebietet die Unterbrechung des Urstreits bloß deshalb, weil ein Principal-Intervenant auftritt; es soll vielmehr in der Regel kein Proceß auf den andern einen störenden Einfluß haben²⁹⁾.

5) Weicht eine der ursprünglichen Parteien dem Intervenanten, sey es der Kläger oder der Beklagte, so ist hierdurch allein sein Gegner keinesweges genöthiget, den Urstreit aufzugeben, oder ruhen zu lassen — der gegen den Intervenant anstrebende Theil hat nun zwei Proceße, welche separat neben einander zu verhandeln und zu entscheiden sind.

6) Vereinigen sich beide Urparteien als Gegner des Principal-Intervenanten, so werden dieselben Litisconsorten, resp. im engern, resp. im weitern Sinn. Erstes ist besonders im Fall der §. 2. unter A. erwähnten Hauptintervention denkbar. Es folgt aber dennoch nicht, daß sie den zwischen ihnen selbst anhängigen Rechtsstreit sistiren müßten. — Hier können sie ferner Feinde, dort gemeinschaftlich verhandelnde Freunde seyn — eignet sich die Sache hierzu.

7) Entsteht wegen der gemischten Intervention ein Vorstreit über deren Zulässigkeit, so ist auch dieser summarisch zu verhandeln, und es wird, im Gefolge der obigen Principien §. 4. nr. 2. immer ein abschlägiges Erkenntniß erfolgen müssen. Willigten jedoch beide Urparteien in sie ein,

28) Warum sollte denn außer diesen Fällen die Hauptsache zwischen beiden ursprünglichen Parteien ganz liegen bleiben? wenigstens instruire man sie bis zur Definitivsentenz.

29) L. 14. pr. Dig. 9. 4.

oder stellte Rechtskraft ihre Zulässigkeit fest, so entsteht denn noch kein eigenes Verfahren, welches man den gemischten Interventionsproceß nennen könnte, sondern der Interveniens schließt sich der einen Partei als Consorte zur gemeinschaftlichen Verhandlung an, gerade so wie bei der rein accessorischen Intervention. Jenen Vorproceß gemischt zu nennen, wäre eben so unpaßlich, als unbegreiflich die Verwechslung einer gemischten Intervention mit einer gemischten Proceßart.

8) Auch die bloß accessorische Intervention kann einen Interventionsproceß, d. h. ein summarisches Verfahren über ihre Zulässigkeit veranlassen; und wird diese erkannt, oder von beiden Theilen bewilligt, so bildet sich ebenfalls ein Litisconsortium auf derjenigen Parteiseite, welcher der Interveniens nach seinem Zweck sich anschließt.

9) Die gemischte und bloß accessorische Intervention ist, ihrer Natur nach, bei dem Gerichtsstand anzubringen; vor welchem die Hauptsache bereits streithängig ist; denn der Interveniens bezweckt ja gerade nur Theilnahme an diesem Rechtsstreit. Auch folgt jenes aus den Wirkungen der materiellen Connexität ³⁰⁾. Von dieser aus wird das nämliche Princip auch in Ansehung der Principals Interventionen aufgestellt; und soviel ist unbezweifelt, daß die Intervention als solche, der Interventionsproceß, nur für jenes Gericht der schon streithängigen Sache gehört ³¹⁾. Denkbar aber ist, daß der Interveniens in Ansehung der Klage, welche er im Gefolge der statthaftern Intervention realisiren will, durch letzte zugleich behaupte, „daß von den Interventen gewählte Forum sey incompetent“ ³²⁾.

30) Vergl. §. B. L. 49. Dig. 5. 1. L. 1. Cod. 3. 19. L. 1. et 10. Cod. 3. 8. Cap. 3. X. 4. 20. Mein Handbuch zu Martins Lehrb. des bürgerl. Proc. Thl. 2. S. 79 f.

31) Nach dem Grund und Sinn der Note 30. angezogenen Gesetze.

32) §. B. der Principal-Interveniens behauptete zugleich, „daß

Wäre dieses gegründet, so ist, mit dem Decret, welches die Principal-Intervention an sich für statthast erklärt, zugleich auch dem Intervenienten die Befugniß zuzusprechen, die Klage selbst vor dem competenten Gerichtsstand zu erheben. Hier ist er auch befugt, nur den als Beklagten zu wählen, welcher in Rücksicht auf diese Klage als solche *ad causam passiv legitimirt* ist; allein *cautelarisch* läßt er wohl auch den Gegner dieses Beklagten beiladen, so wie dieser Gegner vermöge dessen Interesse berechtigt ist, dem Interventions-Beklagten als Streitgenosse sich beizugesellen³³⁾, während diese beiden letztern als Gegner in dem ursprünglichen Rechtsstreit diesen dennoch in dem von ihnen gewählten Foro fortzusetzen befugt sind³⁴⁾, insoweit dieses durch *Prorogation*³⁵⁾ competent werden konnte. Wurde in der Unterinstanz die Principal-Intervention für unzulässig, auf erhobene Appellation jedoch für statthast erkannt, so ist die Sache zur Verhandlung auf die Hauptklage des Intervenienten an das Untergericht zu remittiren, damit den Parteien das *jus primae instantiae* nicht entzogen werde³⁶⁾.

10) So wie eine Principal-Intervention die Fortsetzung des Urstreits der Regel nach nicht ausschließt (nr. 4. ff.), so kann sie aber in jeder Lage jenes Rechtsstreits Platz greifen. Wurde jedoch der ursprüngliche Proceß vor der Klage des Intervenienten rechtskräftig entschieden, so ist letzter nur dann befugt, die Execution zu hindern (z. B. daß der besiegte Beklagte dem siegenden Kläger das auch von dem Intervenienten in Anspruch genommene Streitobject abtrete), wenn

objectum litis sey ein wahres Lehen, über welches nur der Lehnhof erkennen könne, und bescheinigt sogleich jene Qualität, oder die Intervenienten räumen sie ein.

33) S. oben §. 5. nr. 1. pag. 165.

34) S. oben §. 5. nr. 1. pag. 166. f.

35) Martin, in dem Lehrb. des bürgerl. Proceßes §. 58.

36) Nach den allgem. Principien von dem Instanzenrecht.

er hinreichende Gründe zu einem Realarrest nachzuweisen vermag. Durch Cautio des Siegers wird dieser abgewendet oder relaxirt. Der Besiegte kann eine Einrede gegen Vollzug der Execution aus dem noch anhängigen Proceß der Interventionssklage nicht ableiten — nicht *ex jure tertii*; jener Sieger aber muß die in der Interventionsfache erfolgenden *res judicata* auch wider sich gelten lassen, hätte er den Intervenienten auch nicht mitbekämpft. Cautel ist es, ihn hier zu veranlassen nr. 9. ³⁷⁾.

11) Würde eine gemischte Intervention zugelassen, §. 2. lit. C., so würde auch, ehe die Hauptsache resp. gemeinschaftlich fortgesetzt werden kann, voran festgestellt werden müssen, was etwann, als factisch, einer Antwort des Intervenienten auf die Interventionsklage bedarf, z. B. Einlassung auf die Mitklage des Intervenienten, enthielte dieses noch ein ungewisses Factum. Ja der als Mitbeklagter eintretende Intervenient würde auch mit seinen Einreden zu hören seyn, hätte er deren andere, oder mehr, als sein Streitgenosse. Auf keinen Fall kann sie *post rem judicatum* statt finden — dieses schließet sich durch ihren Begriff und Zweck von selbst aus.

12) Der bloß accessoriische Intervenient kann die Lage des Proceßes auf keine Weise verrücken. Sie findet zwar so lange statt, als noch Vertheidigung der von dem Intervenienten unterstützt werden sollenden Partei rechtsmöglich ist; allein durch keine andere Vertheidigungsmittel, als diejenigen, welche die unterstützte Partei selbst aus noch vorschützen dürfte, z. B. nach der Exceptionsschrift keine neuen Einreden u. s. w.

13) Der zugelassene Intervenient darf gegen das seinen Zweck in der Hauptsache nachtheilige Erkenntniß auch dann ein Rechtsmittel einlegen, wann sein Consors bei jener Entscheidung sich beruhigen wollte ³⁸⁾.

Möchten diese Bruchstücke auch andere Proceßkundige veranlassen, das Wesen der Interventionen in Betracht zu ziehen! —

³⁷⁾ Arg. L. 63. Dig. 42. 1.

³⁸⁾ L. 29. pr. Dig. 5. 2. Nov. 112. Cap. 1. L. 4. et 5. Dig. 49. 1.

XV.

Verwandtschaft der Adcitatio, Nominatio autoris, und Litisdenunciatio, mit den Interventionen, nebst einigen Bemerkungen ¹⁾ über denselben Begriff und Wirkung.

Von Gensler.

§. 1.

Zu den Principal- und gemischten Interventionen giebt, nach deren Zweck, gewöhnlich des Intervenienten eigener Entschluß Veranlassung ²⁾. Es ist aber auch rechtlich möglich, daß ein Dritter besonders aufgefordert werde ³⁾, in einem zwischen andern Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen. Zu diesen Aufforderungen rechnet man:

1) die Adcitatio ⁴⁾. Manche betrachten sie als ein richterliches Pflichtrecht, vorauszuiehende Proceße abzuschneiden

¹⁾ Auch hier wird eine erschöpfende Darstellung nicht bezweckt.

²⁾ Vergl. Abb. XIV. dieses B. §. 2.

³⁾ Daher die Einteilung in die freiwillige und abgenöthigte Intervention. Abb. XIV. §. 2. S. 160.

⁴⁾ Mit vollem Grund behauptet Martin in dem Lehrb. d. t. b. Proceßes §. 295. „daß das gem. Recht eine solche Adcitatio gar nicht kenne, und nicht kennen könne, durch welche ein Dritter genöthigt werden dürfe, als Selbstkläger, oder Selbstbeklagter, in dem von andern Subjecten für sich und unter sich erhobenen Rechtsstreit Antheil zu nehmen;“ und eben dieses hat Wittermaier in diesem Archiv Bd. 3.

den, und deshalb diejenigen *ex officio* beizuladen, welche ein unmittelbares Interesse hätten an dem Ausgang des zwischen andern Personen anhängig gewordenen Proceßes und an dem Schicksal dessen untheilbaren Objectes ⁵⁾. Allein abgesehen von der Nov. 99. ist kein positives Gesetz ersichtlich, welches auch nur scheinbar eine Ausnahme von dem überall hervortretenden Princip rechtfertigen könnte: „der Richter kann bloß von Amts wegen niemanden zur Klage ⁶⁾, oder dazu nöthigen, die Rolle eines Beklagten ⁷⁾ zu übernehmen.“ Selbst die (in der Vulgata schlecht übersezte) Nov. 99. ⁸⁾, welche voran von dem, den *correis de-* *hendi* gegen die Regel des alten Rechts verstatteten, *beneficio divisionis* spricht, dabei jedoch den Gläubiger gegen Versplitterung seiner Rechtsverfolgung wider die einzelnen, nicht in *solidum* haftenden, Bürgen sichern will, läßt sich nicht so geradehin von einer bloß officiellen Beiladung der nicht mit in Klage genommenen Mitbürgen verstehen, sondern setzt stillschweigend voraus, daß der Gläubiger, vermöge dessen Befugniß, sämtliche Mitbürgen, als *Consorten*, der materiellen *Connexität* ihrer Verbindlichkeit wegen, vor dem gemeinschaftlichen *iudex fori domicilii*, oder vor dem vertragsmäßigen Schiedsrichter, zusammen in Klage genommen habe. In jenem und diesem Fall soll der angerufene Richter *per suum officium* (weil er angerufen ist, nicht *ex suo vigore*), oder der Schiedsrichter, resp. unmittelbar, resp. durch Requisition des ordentlichen Rich-

Abh. 2. trefflich bereits ausgeführt. Ich beziehe mich darauf zurück, und setze es voraus, indem ich in obigen Bemerkungen nur ein Scherflein hinzulege.

5) Vergl. insond. Gerner, in dem Handb. B. 1, Abh. 19.

6) L. un. Cod. 3. 7. L. 20. Cod. 8. 14. L. 4. Cod. 5. 56.

7) Das ist eine unheilbare Nichtigkeit. Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter.

8) Vergl. z. B. die Uebers. Homergk's zu Wach.

terß, alle Mitbürgen als Gesamtbeflagte vorladen und behandeln, auch una eademque sententia das Verbindlichkeitsverhältniß jedes Mitbeklagten zu dem klagenden Gläubiger aussprechen. Hiermit ist also nur das ältere, die *Litis consorten* betreffende, Proceßrecht, dessen Derogation nicht vermuthet werden darf, als auf das neuconstituirte Verhältniß mehrerer Mitbürgen anwendbar bezeichnet und bestätigt. Und hätte Justinian hierunter etwas Neues fortsetzen wollen, so würde es wenigstens auf jenes Verhältniß der Mitbürgen um so gewisser und strenger zu beschränken seyn, weil dieses neue Princip mit der allgemeinen Grundmaxime des ältern Rechts im directen Widerspruch stehet, und, als allgemeine Regel, eine ganz neue inquisitorische Proceßart bilden würde⁹⁾. Alle von Gönner angezogenen Gesetze sprechen mehr gegen eine richteramtlliche *Adcitation*, als für diese; und was er einer guten Gesetzgebung angemessen glaubt, führt zur schädlichsten Willkühr des Richters, welcher durch die ihm offen stehende *Adcitation* sich die Rechte eines Klägers anmaßen, oder den Advocaten des Beklagten machen dürfte. Selbst wenn das *objectum litis* so untheilbar wäre, daß die Beiladung dritter Subjecte nöthig wird, um den anhängigen Proceß zu entscheiden¹⁰⁾, ist es doch vorerst die Sache des Beklagten, die Einrede aufzustellen: „er, oder der Kläger, habe dergestalt mehrere Rechts, oder Verbindlichkeits: Genossen (*Litisconsorten*), daß er, Beklagter, für sich allein passiv, der Kläger allein aber activ, zur Sache nicht legitimirt sey, letzter also zu viel von ihm fordere. Und diese Einrede, ist solche liquid, befugt den Richter doch bloß dazu, die Klage als eingebrachter Massen unstatthaft zu verwerfen, dieses aber selbst *ex officio*, ergibt sich

9) L. 14. 15. 16. Dig. 1. 3. L. 141. Dig. 50. 17.

10) Z. B. in jud. finium regundorum, communi dividundo u. dgl.

ihr Grund aus der eigenen Geschichtserzählung des Klägers. Keinesweges aber gibt jenes Verhältniß dem Richter das Recht, sogleich alle zur Sache activ oder passiv legitimirte Subjecte, die weder geklagt haben, noch beklagt worden sind, von Richteramts wegen zu nöthigen, Mitkläger oder Mitbeklagte zu seyn. Das wäre eine überspannte Inquisition; Maxime in dem Civilproceß, welche weit mehr Inconsequenzen hervorbringen würde, als Beförderung der Justizpflege ¹¹⁾.

Eine, und zwar von dem ausdrücklichen Verlangen des Klägers oder des Beklagten ausgegangene, den Beigeladenen verpflichtende, *Adcitatio* läßt sich bloß in dem Fall denken, wo zwischen dem einen streitenden Theil und dem dritten beizuladenden Subject in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstreit bereits eine solche juristische Einheit besteht, daß die zu vollziehende processualische Handlung ihrem Zweck nach von jenem Dritten zu

11) Selbst die Preuß. Proceßord., welche doch die officiële Thätigkeit des Richters so sehr erweitert, und da, wo sie Tit. 17. §. 1. zu der *Adcitatio* übergeht, das Princip an die Spitze stellt: „der Richter sey schuldig, die Wahrheit der bei einem Proceße vorkommenden Thatfachen von Amtswegen zu erforschen, und alle dazu beitragende Mittel anzuwenden,“ gestattet eine richteramtliche *Adcitatio* nur dann, wann von dem Vormann einer Partei Aufklärung sich erwarten läßt, will aber diesen *Adcitaten* lediglich als Zeugen angesehen wissen, und sagt §. 6. ausdrücklich: er werde durch die *Adcitatio* in den Proceß nicht verwickelt, und seine Zuziehung höre auf, so bald er über die von dem Richter ihm vorgelegten Umstände nach seiner besten Wissenschaft Auskunft gegeben habe. Was dieser Verordnung vorangehet und nachfolget, zeigt alles darauf hin, daß es außer der Macht des Richters liege, vermöge dessen eigenen Willens einen Dritten zu *adcitiren*, um solchen als Partei zu behandeln, oder zu nöthigen, eine Parteirolle zu übernehmen.

vollziehen ist ¹²⁾. Allein auch hier ist der Zweck nicht, daß der Beigeladene eine selbständige Partei bilde; sein Erscheinen hat mehr die Natur einer gezwungenen *accessorischen Intervention*, oder es beruht vielmehr dieser ganze Proceßact auf ganz eigenen Principien, welche von denjenigen der *Adcitation* im gewöhnlichen Sinne ganz abweichen ¹³⁾. In andern Fällen wird die vom Kläger oder Beklagten nach eingetretener *Litispendenz* geforderte Beiladung eines dritten Subjects, um die Rolle eines Mitklägers oder Mitbeklagten zu übernehmen, nur dann als erlaubt sich darstellen, wann sie dem Gebiet der *nominatio* seu *laudatio auctoris* §. 2., oder der *litis denunciatio* §. 3., angehört, mithin ebenfalls eine *adcitatio* im engern eigentlichen Sinn nicht genannt werden kann. Wo auch keiner von diesen beiden Fällen eintritt, da wird der Antrag auf eine *adcitatio* sich nur als eine unerlaubte *mutatio processus* darstellen, welche der Richter *ex officio* verhindern muß, wenn nicht beide streitende Theile ihren *Consens* zum Eintritt anderer Subjecte in den anhängigen Rechtsstreit *verbis vel factis* deutlich erklären. Dann kommen die Principien von der gemischten *Intervention* zur Anwendung ¹⁴⁾.

§. 2.

Eine andere Veranlassung zur Beiladung eines Dritten ist

II) die *nominatio* seu *laudatio auctoris*. Es ist

12) Z. B. der vom Cessionar belangte Schuldner setzt jenem solche Einreden entgegen, welche gegen den Cedenten gerichtet sind, die aber der klagende Cessionar sich gefallen lassen muß, bedient sich zum Beweis der *Eidesdelation*, und fordert, der Cedent solle *adcitirt* werden, um wegen des Eides sich zu erklären, und solchen selbst abzuleisten. Grolman, in der Theor. des ger. Verfahrens in bürgerl. Rechtsst. §. 91. Glück, in der Erl. d. Pand. §. 799.

13) Vergl. a. Mittermaier, a. a. D. §. 8. S. 46.

14) S. ob. Abh. XIV. §. 2. S. 158. 168.

solche nichts anders als a) die *exceptio deficientis legitimisationis passivae ad causam* eines solchen, mit einer dinglichen Klage belangten, Beklagten, welcher das Object der Klage zwar besitzt, jedoch *alieno nomine*, und zwar b) in Verbindung mit der Benennung des Civilbesizers, als des rechten Beklagten. — Ihr Zweck ist nicht, daß jener Beklagte einen Beistand herbeiziehen wolle; vielmehr will der Nominant durch die Benennung des zur Klage passiv legitimirten Subjects sich gänzlich und für immer aus dem Proceß ziehen ¹⁵⁾.

§. 3.

Das hauptsächlichste Mittel, die Abcitation eines Dritten zu dem Proceß, und zwar zu dem Zweck zu bewirken, damit dieser an den Parteiverhandlungen Antheil nehme, ist

III) die *litis denunciatio* — Proceßverkündigung — Ankündigung des Rechtsstreits. Diese ist weder Klage noch Einrede; sie bezweckt nicht die Beiladung eines Dritten zur Wahrung dessen unmittelbaren Interesse §. 1., auch nicht, wie die *nominatio auctoris*, die gänzliche Entbindung des Beklagten von dem Proceß §. 2., sondern das Beirufen eines Gehülfen der Rechtsverfolgung, oder Rechtsvertheidigung, wenigstens aber die Sicherung einer Regreßklage gegen einen Dritten, durch die solchem erteilte Notiz, i. e. *denunciatio*, des eingetretenen Rechtsstreites. Sie ist also die Aufforderung zu einer rein *accessorischen Intervention* und findet dann statt, wann dem Kläger, oder dem Beklagten, der Verlust eines Rechts

15) Zwei in dem dritten Band dieses Archivs über die *nominatio auctoris* bereits befindliche Abhandlungen, die eine von Rittermaier, nr. XXIV. p. 399 — 421., die andere nr. XXV. p. 421 — 440. von mir, suchen denselben Begriff, Wesen, Anwendung und Wirkung, näher darzustellen. Ich beziehe mich dorthin zurück, besonders auf die Erklärung der L. 2. Cod. 3. 19. L. 8. Dig. 61. Nov. 18. Cap. 10. p. 428. f.

droht, welches ihm jener Dritte (litis denunciatio) zu gewähren hat, oder wofür er ihm, dem Denuncianten, Entschädigung leisten muß. Ihr nächster Zweck ist, daß jener Dritte, dessen mittelbaren Interesse, d. h. seiner eventuellen Entschädigungs-Verbindlichkeit wegen, Antheil an dem Proceß nehmen möge, um den Gegner mit überwinden zu helfen. Der Regel nach wird der beklagte Theil seine Zuflucht zur Litisdenunciation nehmen, und also verlangen, »der Litisdenunciat solle mit ihm gemeinschaftliche Sache machen, um den Kläger zurückzutreiben«¹⁶⁾; allein auch auf Seiten des Klägers ist litis denunciatio denkbar¹⁷⁾.

Ueber die Zeit, wann die Litisdenunciation geschehen

16) Z. B. der Käufer A. denunciirt dem Verkäufer B. litem, weil das diesem cedirte Kaufobject von dem C. als dessen Eigenthum gerichtlich in Anspruch genommen wird.

17) Z. B. der Cessionar kündigt dem Cedenten den Rechtsstreit an, weil der auf Zahlung der Schuld in Klage genommene Cessus die Wahrheit der Schuld verneint, oder zerstörende Einreden vorschützt. Vergl. a. die Preuß. Proceßordnung Tit. 17. §. 2. Die röm. Gesetze beschäftigen sich auf eine bestimmte Weise mit der Litisdenunciation nur in Hinsicht der Evictionfälle, und können daher nur des Beklagten als derjenigen Partei gedenken, welche von jener Ankündigung Gebrauch macht, so wie auch die L. 10. §. 12. Dig. mand. nur des Beklagten gedenkt: Nimmt man aber an, auch abgesehen von dem Fall einer drohenden Eviction, nämlich in allen Fällen finde die Litisdenunciation, wenn auch nicht als nothwendig, doch als Cautel statt, in welchen der nicht siegenden oder besiegten Partei eine Klage auf Entschädigung gegen einen Dritten zustehe, so folgt von selbst, daß auch der Kläger dem Dritten, welcher auf den Fall einer Entbindung des Beklagten zur Schadloshaltung verbunden ist, den entstandenen Rechtsstreit, zum Zweck einer Beihülfe in diesem, ankündigen darf. Noch weniger Zweifel leidet dieses, erachtet man die Litisdenunciation auch in jenen bloßen Regreßfällen sogar für nothwendig, um die Befugniß zur Regreßklage zu sichern.

müsse, sind die Röm. Gesetze nicht gleichlautend: *La beo*¹⁸⁾ fordert sie gleich in dem Anfange des Rechtsstreites, *Pomponius*¹⁹⁾ hingegen erlaubt sie solange, als nur die Definitivsentenz nicht ganz nahe bevorstehe. Das ist nicht Regel für uns. Nach dem deutschen Proceß, in welchem das Vorbringen der Parteien an gewisse Stellen gefesselt ist, z. B. die Einreden, Replik u. s. w., und wo peremptorische und Praeclusiv-Fristen weiteres Gehör des in diesen verabsäumten Vortrags abschneiden, kann der herbei gerufene Denunciant auf jeden Fall nur die Art der Angriffs- oder Verteidigungs-Mittel suppeditiren, und nur diejenigen Beweise beibringen, welche nach der Lage des Processes dem Denuncianten selbst noch offen stehen. Cautel ist also für den Kläger, daß er vor der Replik, für den Beklagten aber, resp. Nothwendigkeit, daß dieser vor der Exceptionsschrift die Litisdenunciation vollziehe, wenigstens in jenem Vortrag sich bedinge, „daß auch die Erklärung des Litisdenuncianten vor dem weitem Fortschritt in den Wechselverhandlungen abgewartet werde,“ damit resp. die Repliksschrift, resp. die Exceptionsschrift, ergänzt werden könne²⁰⁾.

18) L. 29. §. 3. Dig. de legatis 3. ibi verba: *prius quam iudicium accipiatur.*

19) L. 29. §. 2. Dig. 21. 2. ibi verba: *quolibet tempore — dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat.*

20) Denkbar aber ist es, daß auch erst späterhin die Bedingungen der nöthigen oder nützlichen Litisdenunciation eintreten können, im Fall nämlich des Gegners Vorbringen, dessen Widerlegung einer Mithülfe des Autors oder des zur Entschädigung pflichtigen Subjects bedarf, im spätern Laufe des Processes erst hervortritt. Dieses kann sowohl auf regulärem, als auf irregulärem Wege — als *novum*, — der Fall werden. Man fingire, der Käufer wurde von dem Verkäufer schon vor dem Anspruch eines Dritten auf das gekaufte Object von dessen Präension unterrichtet, zugleich aber auch instruiert, welche Einreden er entgegen stellen solle — jener Dritte tritt nun

Ob aber die zeitige Ankündigung des Rechtsstreits eine allgemeine Bedingung der Befugniß zur künftigen Entschädigungsklage sey? m. a. W. ob diese in allen Fällen durch die Unterlassung der Litisdenuciation zu einer Zeit, wo der Litisdenuciat die geforderte Vertheidigung noch vollziehen kann und darf, verloren gehe? ist eine besondere Streitfrage, welche von den mehrsten mit dem Unterschied beantwortet wird: 1) in Evictionsfällen sey jene zeitige Ankündigung *necessitatis* ²¹⁾, d. h. wolle sich der Beklagte seines Verkäufers u. dgl. Gewährleistung sichern, so müsse er seinem Autor die drohende Eviction anzeigen; 1) in allen andern Fällen hingegen, in welchen die nicht siegende Partei den Regreß an einen Dritten nehmen könne, sey die Litisdenuciation zwar *facultatis*, d. h. der zu jener Regreßklage befugte Theil könne und dürfe jenem Dritten hien denunciren, allein unterlasse er dieses, so habe er bloß hierdurch auf die Entschädigungsklage keineswegs verzichtet ²²⁾. Andere hingegen

auch mit einer Vindication hervor, der beklagte Käufer stellt jene Einreden entgegen, der Kläger aber beantwortet diese mit solchen speciellen Replikten, welche jene Einreden zu entkräften drohen. Hier kann zur Instruction der Duplikatschrift eine Litisdenuciation erforderlich oder Cautel werden. Ein anderes Beispiel wäre, wenn der debitor cessus anfänglich die Schuld einräumte, in der Folge aber, wohl auf dem Weg einer Appellation, oder rest. in integr. cont. rem. judic., mit einem *novus* hervorträte, welches den Kampf erneuert, und nun erst dem Kläger den Sieg zweifelhaft macht. Vergl. Thibaut, V. R. §. 1272. mit Note f.

21) L. 53. §. 1. Dig. L. 8. 9. 20. 23. Cod. de evict. L. 1. Cod. 4. 48.

22) Vergl. Thibaut, V. R. §. 1272. ibi all. Struben, Hommel, Donndorf. Danz, in den Grundf. des ordentl. Proc. §. 488. Kind, qu. for. T. 4. Cap. 26. Leyser, med. ad Pand. spec. 241. med. 1. sq. Auch dieser spricht nur von der Befugniß, nicht von einem hypothetischen Zwang, zur Litisdenuciation.

halten in beiden Fällen die Proceßankündigung für notwendig zur Aufrechterhaltung der Befugniß zur Entschädigungsklage²³⁾. Die letztere Meinung läßt sich, auf das gemeine Recht hingesehen, nicht rechtfertigen. Es sprechen die römischen Gesetze nur im Gebiete der Eviction von jener Nothwendigkeit, die Fragmente aber, auf welche jene ausdehnende Meinung sich beruft, enthalten zum Theil kein Wort zu deren Unterstützung²⁴⁾, zum Theil aber zeigen sie gerade auf das Gegentheil hin, indem sie außerhalb Evictionsfällen nur dann den Verlust der Negrefsklage auf die Unterlassung der Litisdenuntiation folgen lassen, wann der Beklagte wußte, sein rückhaltender Vormann habe eine wirksame Einrede, dennoch aber diese weder vorschützte, noch jenen Dritten den Rechtsstreit ankündigte, obgleich er dieses vollziehen, und denselben zur gerichtlichen Vertretung auffordern können²⁵⁾. Einer bessern Gesetzgebung mag eine auß-

23) Claproth, in dem ordentl. Proceß. §. 481. Gönner, in dem Handbuch. Thl. 1. No. 17. Grolman, in der Theorie des ger. Verf. in bürgerl. Rechtsst. §. 159.

24) Was Gönner deshalb in der L. 9. Dig. locati rel. und L. ult. Dig. de cond. causa data erfinden will, ist wirklich unerfindlich. Beide Gesetze enthalten nicht die entfernteste Spur von einer Litisdenuntiation. Eben so gehalten sind die von Claproth in dem ord. Proceß §. 461. angeführten Gesetze, insofern nicht solche gerade von Evictionsfällen sprechen, und nur von diesen.

25) Die Worte der L. 10. §. 11. u. 12. Dig. mandati sind folgende: Fideijussores et mandatores, etsi sine iudicio solverint, habent actionem mandati. Generaliter Julianus ait: si fideijussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, siquidem minus honestam, habere eum mandati actionem; quod si eam, qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi, desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium, vel suo vel procuratorio nomine. Will man nun unter dem *convenire*

gedehntere Nothwendigkeit der Litisdenunciation allerdings an, gemessen seyn ²⁶⁾, allein ein *lex constituenda* ist nicht *jus constitutum*. Auch die an sich nothwendige Proceßankündigung ²⁷⁾ kann aber folgelos unterbleiben, a) wenn der Rück-

rel. eine Litisdenunciation verstehen, so ist jener Bürge doch nur dann zu dieser Proceßankündigung verbunden, wenn er eine wirksame Einrede des Hauptschuldners bereits kennt, sie aber nicht selbst vorschützen will. Kennt er sie nicht, so ist er nicht pflichtig, den Hauptschuldner zum Beitritt aufzufordern. Mit jedem Fragment Ulpian's verbinde man nun ein zweites von ebendenselben. 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 praetermiserit exceptionem, vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari; dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione, et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi, vel cujus alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere; potuit enim atque debuit reus promittendi centiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. L. 29. pr. Dig. ej. tit. 17. 1. Und bald darauf äußert Ulpian § 2. huj. fr. ganz gleiche Principien, worauf er § 3. von dem zahlenden Bürgen, um dessen actio mandati zu sichern, nur so viel fordert: post solutionem hanc renunciare debitori. Vgl. a. Struben, recht. Bed. Zbl. 1. B. 16. Merius, P. II. dec. 289.

26) Die Preuß. Proceßordn. Tit. 17. §. 8. sqq. fordert sie so oft, als ein streitender Theil irgend eine Regreßklage sich sichern will. Der Cod. Bavar. Cap. 8. §. 2. spricht im Eingang nur von Gewährschaft — am Schluß aber von Eviction oder Indemnification.

27) die gem. R. n. auch außergerichtlich geschehen kann, weiß kein Gesetz den Weg durch das Gericht vorschreibt. Wernher, in sel. obs. for. P. 7. obs. 14. Es versteht sich aber von selbst, daß der Litisdenunciant den Denunciaten eben so vollständig unterrichten muß, als es durch die gerichtlichen Acten

haftende abwesend ist ²⁸⁾, oder b) falls gegenwärtig bewirkt, daß man ihm die Ankündigung nicht thun kann ²⁹⁾, oder c) auf diese zum Voraus vertragsmäßig verzichtete ³⁰⁾, oder d) sich nachweisen läßt, die Litisdenunciation würde wegen Schlechtigkeit der Sache vergeblich gewesen seyn ³¹⁾.

Sey nun die Ankündigung des Rechtsstreites zur Sicherung der Gewähr; oder Entschädigungs-Klage nöthig oder nicht, so ist der Denunciat, wurde die Anzeige auch in höchster Vollkommenheit vollzogen, dessenungeachtet nicht zwangspflichtig, dem Denuncianten zum Sieg behülflich zu seyn, ihm Einreden an die Hand zu geben u. s. w. Die Ladung an den Denunciaten, oder das eine Erklärung auf die Litisdenunciation ihm auflegende Decret, ist doch nur *monitorisch* — sein Nichterscheinen, Nichtantworten, überhaupt seine Unthätigkeit, ist kein Ungehorsam, sondern nur ein stillschweigender Verzicht auf die künftige Einrede, „es habe der Litisdenunciant der Gewähr; oder

geschehen kann und würde, und daß es wenigstens Cautel ist, die Ankündigung, deren Beweises wegen, gerichtlich vollziehen zu lassen, oder durch einen Notar.

28) L. 56. §. 6. mit L. 55. §. 1. Dig. 21. 2.

29) L. 55. §. 1. mit L. 56. §. 5. Dig. 21. 2.

30) L. 63. pr. Dig. ej. tit.

31) L. 53. §. 1. Dig. 21. 2. wegen des Grundes: *quoniam parum instructus esset*. War nämlich eine bessere Instruction nicht möglich, so war auch die Litisdenunciation vergeblich. Vergl. jenes Gesetz mit L. 11. §. 12. Dig. 19. 1. Weber, in den Zeit. zu der Lehre von Kl. und Einr. St. 1. Abh. 5. nr. 1. Man muß also auch das Princip aufstellen: so oft der Besiegte behaupten und darthun kann, sey es aus der rechtlichen Natur der Sache, oder durch besondere Beweismittel und factische Beweisgründe, „auch der Vollzug der Litisdenunciation hätte ein anderes Resultat des Rechtsstreites nicht hervorbringen können,“ so oft kann auch derselben Unterlassung den Verlust einer Gewähr- oder Indemnifications-Klage nicht begründen. Vergl. a. Gönner, a. a. O. Abh. 17. §. 6. nr. 9. Hellfeld, in jur. for. §. 1124. ibi all. not. y.

Entschädigungs-Klage sich begeben.“ Und dennoch ist hiermit die Statthaftigkeit jener Klage an sich noch nicht festgestellt — der jetzt schweigende Litisdenunciat kann, wird er in der Folge der Gewähr, oder Entschädigung wegen wirklich in Anspruch genommen, wie ein anderer Beklagter sich vertheidigen. Denn waren vor der Litisdenunciation die Bedingungen einer Gewährleistung, oder sonstigen Entschädigungspflicht, nicht vorhanden, so entstehen sie keinesweges durch die Ankündigung eines Rechtsstreites³²⁾. Schweigt der Denunciat, so heißt dieses nur soviel: „ich will das nicht excipiren, daß der jetzige Rechtsstreit für mich eine *res inter alios acta* sey, wäre ich pflichtig, im Gefolge der dortigen *res judicata* dem Besiegten etwas zu leisten³³⁾).

Daher ist es auch zwecklos, den unthätigen, nicht erscheinenden, oder nicht antwortenden, Litisdenunciaten des Ungehorsams zu beschuldigen; und eben so vergeblich ist es, über diesen Nebenpunkt eine Zwischenverhandlung zuzulassen; sondern, da selbst der zur Leistung der Gewähr, oder Indemnisation, vollkommen verbindliche Litisdenunciat nicht zwangspflichtig ist, an dem Rechtsstreit, welcher ihm angekündigt wurde, Theil zu nehmen³⁴⁾, um sein mittelbares Interesse zu wahren, so vermag das Gericht der Litisdenunciation wegen in jenem Fall nichts weiter auszusprechen, als: „da sie geschehen sey, so bewende es einstweilen hierbei, und bleibe insoferne, die dem Litisden-

32) Z. B. dem, welcher eine species ohne Versprechen der Gewährleistung verschenke, wird nachher von dem Beschenkten Litis denunciirt, jener Schenkgeber aber bleibt unthätig. Träte nachher der donatar mit der Evictionsklage gegen ihn auf, so würde er doch excipiren können: die Klage ist an sich unstatthaft. L. 18. §. 3. Dig. 39. 5. L. 2. Cod. 8. 45. Thibaut, a. a. O. §. 181.

33) Vergl. L. 63. Dig. 42. 1.

34) arg. L. 1. Cod. 4. 48.

nuncianten gegen den Litisdenunciaten etwann zuständige Gewähr, oder Entschädigungsklage vorbehalten“³⁵⁾. Und geriethen beide jene vor entschiedener Hauptsache wirklich in einen Kampf: „ob die Bedingungen zu einer solchen Klage vorhanden seyen, würde auch der Litisdenunciant dort besiegt“? — behauptete der Denunciat: „es finde die ihm geschehene Ankündigung an sich nicht statt, weil jene Bedingungen einer eventuellen Klage ermangelten“, so kann dieser Zwischenpunkt doch den Fortgang der Hauptsache nicht stören und aufhalten, sondern er ist besonders zu verhandeln, oder es ist vielmehr von dem Gericht dieser Nebenstreit als noch zur Zeit vergeblich für unstatthaft zu achten, indem so lange der Litisdenunciant in der Hauptsache nicht besiegt ist, die Präjudicial-Frage als unentschieden vorliegt: „ob denn eine Klage jener Art zur Reife gedeihen werde“? sey auch der Keim zu ihr vorhanden. Nur dann ließe sich eine endliche Entscheidung jenes Nebenstreites denken, wenn es klar vorliegt, „mag der Ausgang der Hauptsache auch seyn, welcher er wolle, so ist doch irgend ein Grund, den Litisdenunciaten einer Entschädigung wegen in Anspruch zu nehmen, rechtlich nicht denkbar.“

Erscheint der Litisdenunciat, bereit und willig, den Litisdenuncianten zu unterstützen, so ist er lediglich als accessorischer Interveniens zu beurtheilen. Der Litisdenunciant bleibt im Verhältniß zu dessen Gegner die Hauptperson, und letzter ist nicht verbunden, des erstern Rücktritt aus dem Rechtsstreit sich gefallen zu lassen, erklärte auch der Litisdenunciat: „er wolle den Litisdenuncianten

35) *Hommel*, in *Rhaps. quaest. for. Obs.* 191. *Schaumburg*, in *princ. prax. jud. Lib. I. Sect. II. Cap. VI.* §. 6. *Claproth*, *ord. Proc.* §. 464. *Danz*, *ord. Proc.* §. 488. *Günner*, *a. a. O.* §. 5. nr. 5. *Grolman*, in *der Theorie des ger. Verf. in bürgerl. Rechtsstreit.* §. 169. *Glück*, in *der Erl. d. Pand.* §. 1126. nr. III.

ten gänzlich vertreten, und an dessen Statt die Sache allein ausfechten.“ Hierzu kann ihn nur die Eigenschaft eines *Procurators* des *Litisdenuncianten* befugen, in welchem Fall der Bevollmächtigung aber dieser *Principal* ferner als solcher betrachtet, und siegt der Gegner, selbst verurtheilt wird ³⁶⁾. Von selbst versteht sich auch, daß der Gegner des *Litisdenuncianten* die Sachlegitimation des *Litisdenuncianten* bestreiten darf, und diesen nicht zu dulden braucht ³⁷⁾, fehlen die Bedingungen des mittelbaren Interesse daran, ob der *Litisdenunciant* siege, oder besiegt werde. Doch kann auch durch einen solchen unklaren Zwischenpunkt die Hauptsache nicht suspendirt werden ³⁸⁾, da eines Theils der *Litisdenunciant* in der Hauptsache immer die Hauptperson bleibt, andern Theils aber dem Gegner jede Vertheidigung gegen dasjenige offen stehet, was der *Litisdenunciant* dem materiellen Vorbringen hinzufügt, und weil über dessen Werth oder Unwerth in dem Erkenntniß der Hauptsache zugleich mit abgesprochen werden kann ³⁹⁾.

Möchten die neuern Gesetzgebungen auch hierunter betheiligen, daß sie wenigstens vermögen, die noch verworren vorliegenden Materialien zu der Herstellung eines einfachen und wohl verbundenen Gebäudes zu benutzen.

36) Gluck, a. a. O. §. 1126. nr. 2. ibi leg.

37) Elaprot, ord. Proc. §. 467.

38) Martin, a. a. O. §. 296. a. f. Thibaut, a. a. O. §. 1272. a. f.

39) Man vergl. überhaupt die Not. 35. allg. Rechtsgel. und der bei solchen angez. Schriften, besonders Gluck, §. 1125. u. 1126. ibi all.

XVI.

**Bruchstücke aus der Lehre von der Eintheilung,
Benennung und Wirkung, der Decrete, der
Fristen, und des Ungehorsams, in dem bür-
gerlichen Proceß.**

Von demselben.

§. 1.

Die richterlichen Decrete, Beschlüsse, Bescheide, sind:

A) *decisiv, entscheidend*, wenn sie über einen unter den Parteien vorwaltenden Streitpunct dergestalt absprechen, daß der Vollzug des Decrets die eine Partei in einen positiven Vortheil, die andere aber in einen solchen Nachtheil versetzen würde, m. a. W., wenn der Inhalt des Decrets einer Partei einen bestrittenen Vortheil zu- oder aberkennt. Man nennt sie *Rechtssprüche, Sentenzen, Urtheile, Entscheidungen, Erkenntnisse, Decisa*. Sie theilen sich

1) in *Haupterkenntnisse, Endbescheide, Definitivurtheile, Abschiede u. dgl.*, wenn das Decret das endliche Resultat der Hauptstreitfrage ausspricht, d. h. den Beklagten entweder in das Object des Klaggesuchs verurtheilt, oder ihn von der Klage loszählt, unbedingt, oder bedingt, mit einem gesetzlichen Eide —

2) in *Neben- oder Zwischenbescheide*, auch *entscheidende oder gemischte Interlocute*, d. i. welche

1) Martin, in dem Lehrbuche des bürgerl. Proc. §. 103.

auf die Hauptstreitfrage Einfluß habende Vorfragen und Nebenpunkte decidiren, z. B. über die Beweislast, über die Zulässigkeit der Beweismittel u. dgl. Da nun solche Erkenntnisse eines Theils entscheidend sind, andern Theils aber auch nur die Leitung und die fernere weitere gesetzliche Entwicklung des Processes bezwecken und vorzeichnen, als Vorbereitung auf die künftige Hauptentscheidung, so nennt man sie *mixtas interlocutiones*, oder auch *interlocutiones, quae vim sententiae definitivae habent*, oder auch *sent. def. in ventre* —

B) bloß proceßleitende, oder eigentliche Decrete, *interlocutiones merae* (im Gegensatz der Rechtsprüche, Sentenzen u. s. w. lit. A), d. h. welche keine Streitfrage entscheiden, sondern bloß und allein den Proceß leiten, z. B. Ladungen, Mittheilungs- und Notificationsdecrete.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Decreten sub A et B ist, daß erstere unter dem Gesetze der Rechtskraft stehen ²⁾, letztere hingegen niemals rechtskräftig werden ³⁾.

§. 2.

Insofern ein Decret proceßleitend ist, sey es *interlocutio mixta* oder *mera*, nennt man dasselbe

1) *monitorisch*, wenn es die ihm bestimmte Handlung nicht zur Zwangspflicht macht, sondern eine Partei nur in Kenntniß ihrer Befugniß setzt, weil deren Thätigkeit unterbleiben kann, ohne den Fortschritt des Processes zu stören, z. B. die Ladung: gegenwärtig zu seyn, wenn die Zeugen des Gegners vereidet werden — oder das Decret: Fragstücke zu übergeben. Die Nichtbefolgung eines solchen Decrets hat nur einen stillschweigenden

²⁾ Abweichende Gesetzgebungen verlängern und verwirren die Prozesse.

³⁾ Martin, a. a. O. §. 108. 109.

Verzicht auf die im Decret angedeutete Befugniß zur Folge ⁴⁾ —

2) arctatorisch, im Fall das Decret eine Handlung gebietet, deren Unterlassung als Ungehorsam betrachtet werden soll, daher aber unmittelbar eine nachtheilige Folge für denjenigen hat, der das Decret nicht befolgte, z. B. die Auflage, auf eine gegnerische Behauptung zu antworten ⁵⁾. Das arctatorische Decret ist nun entweder

a) bloß dilatorisch, wenn die gebotene Handlung zwar nicht verloren ist, aber die allgemeine Folge des Ungehorsams eintritt, d. h. Kostenersatz ⁶⁾ — oder

b) peremptorisch, falls die Nichtbefolgung den Verlust des Rechts, die gebotene Proceßhandlung zu vollziehen, den fingirten Verzicht auf solche, zur Folge hat, auch wohl überdieß, neben Kostenersatz, noch eine bestimmte nachtheilige Folge des Ungehorsams, z. B. fingirtes Geständniß, Versäumniß des Beweises ⁷⁾.

§. 3.

Jedes arctatorische Decret setzt aber voraus, daß zur Vollziehung der in ihm gebotenen Proceßhandlung entweder

a) ein Zeitraum, eine Frist, ein terminus *intra quem*, wenigstens bezugsweise auf das Gesetz, ausdrücklich bestimmt worden sey, oder

b) ein bestimmter Tag, eine Tagfahrt, ein Termin im speciellen Sinne.

Gemeinem Rechte nach ist nicht die erste Frist, oder die erste bestimmte Tagfahrt, peremptorisch, sondern erst das dritte Decret nimmt die peremptorische Natur an. Doch kann der Richter in einem Decret drei einfache Fristen

4) S. §. 9. S. 199. nr. 1. Vergl. Nov. 90. cap. 9.

5) S. §. 9. S. 199. nr. 2.

6) S. §. 9. S. 200. nr. 3.

7) S. §. 9. S. 200. nr. 3.

zusammenfassen, und so dem ersten Decret sofort die peremptorische Eigenschaft geben ⁸⁾.

Auch ist der Nachtheil, welcher den Ungehorsamen treffen soll, in dem peremptorischen Decret ausdrücklich und verständlich — nicht vage hin durch das generelle: *sub praejudicio* — anzudrohen ⁹⁾, oder es ist, wenn denselben ein Gesetz ausdrücklich, klar und vollständig, bestimmt, wenigstens auf dieses hinzudeuten, z. B. „bei Vermeidung des gesetzlichen Rechtsnachtheils.“

Die Worte der Decrete sind nicht immer so bestimmt und deutlich, um aus ihnen die monitorische oder arctatorische Qualität zu entnehmen. Im Zweifel ist dann die geringere Eigenschaft eines Decrets, oder der in diesem bestimmten Frist u. dgl., anzunehmen, d. h. eher monitorisch, als arctatorisch, eher dilatorisch, als peremptorisch. Denn Fristen sind kein absolut wesentlicher Bestandtheil des Processus; sie gehören nur zu den Formalien, deren Daseyn so wenig zu vermuthen ist, als es der Gunst des rechtlichen Gehörs und der Vertheidigung entspricht, eine Proceßhandlung ohne klaren legalen Willen für versäumt zu achten, und dem Unthätigen noch einen besondern Nachtheil aufzulasten ¹⁰⁾.

§. 4.

Frist ist der Zeitraum, innerhalb welchem eine Partei legal thätig werden soll ¹¹⁾. Die Fristen theilen sich

1) in gesetzliche oder Ordnungsfristen, d. i. welche der Buchstabe des Gesetzes, die Proceßordnung, vorzeichnet, oder die ein gerichtliches Gewohnheitsrecht erwiesenermaßen festgestellt hat;

8) L. 53. §. 1. D. 42. 1., L. 8., 9. Cod. 7., 43. L. 68. 70. 72. 73. Dig. 5. 1.

9) L. 71. D. 5. 1.

10) Reg. 15. in 6to de regulis juris. 5. 12.

11) Vergl. Martin, a. a. D. §. 116. ibi all.

2) in richterliche Fristen, welche nur von dem Richter in einem Decret vorgeschrieben werden sollen;

3) in gemischte Fristen, welche zwar das Gesetz verordnet, jedoch mit der Bedingung, daß sie der Richter den Parteien ausdrücklich vorzeichnen soll, z. B. die Beweisfrist;

4) in conventionelle Fristen, d. h. welche durch ein Compromiß der Parteien verabredet werden.

Sämtliche diese Fristen sind ihrer Wirkung nach, eben so wie die Decrete, entweder monitorisch oder arctatorisch — und diese sind entweder dilatorisch, oder peremptorisch. §. 2. Letztere nennt man auch Präclusiv-Fristen, weil sie den Säumigen mit der gebotenen oder nachgelassenen Proceßhandlung ausschließen. Erwähnt wurde bereits §. 3. daß gemeinem Recht nach erst die dritte Frist diese Eigenschaft annehmen soll.

§. 5.

Die peremptorische oder zerstörende Frist, Präclusiv-Frist, wird genannt:

1) ein *Fatale*, im reinen speciellen Sinn, ein unbedingtes *Fatale*, eine absolute Nothfrist, wenn sie das Gesetz direct und so anordnet, daß sie stillschweigend, auch ohne richterliches Decret, mit dem Daseyn einer Proceßhandlung für den Vollzug einer andern nachfolgenden Proceßhandlung eintreten und laufen soll, z. B. die zur Einwendung der Rechtsmittel vorgeschriebene 10tägige Nothfrist ¹²⁾ —

2) ein *Fatale secundum quid*, gemischte Nothfrist, bedingtes *Fatale*, wenn sie ein Gesetz zwar bestimmt, jedoch so, daß sie vor ihrem Eintritt und Lauf von dem Richter in einem Decret erst ausdrücklich als peremptorisch §. 3. S. 193. ausgesprochen und vorgezeichnet werden soll —

3) eine bloß richterlich peremptorische Frist, d. i. deren Vorschrift und Bestimmung als zerstörend bloß

12) Martin, a. a. D. S. 109.

dem Proceß: Directions: Amt des Richters von dem Geseß überlassen ist, besonders auch in Rücksicht auf den Zeitraum, welchen die Frist umfassen soll.

§. 6.

Die conventionellen, compromissatischen, vertragmäßigen, Fristen erhalten ihre Eigenschaft, ob dilatorisch oder peremptorisch, durch die eigene Willensbestimmung der compromittirenden Interessenten, und sind, bei dem Mangel einer klaren Willensäußerung der Parteien, nur dann für peremptorisch anzusehen, wann das Compromiß über eine peremptorische Frist geschlossen wurde, z. B. über Verlängerung oder Verkürzung einer vom Geseß oder von dem Richter bereits vorgeschriebenen peremptorischen Beweisfrist.

§. 7.

Von der Verlängerung einer Frist gelten folgende gesetzliche allgemeine Regeln:

1) das reine fatale, §. 1., darf der Richter ohne Consens der Parteien weder verkürzen, wenn nicht ausdrücklich gesetzliche Erlaubniß hierzu gegeben ist¹³⁾, noch verlängern¹⁴⁾. Denn jede Partei hat ein *jus ex lege quaesitum* auf diese Frist. Durch Compromiß der Parteien kann aber auch jene absolute Nothfrist verkürzt oder verlängert werden; doch soll der Richter im lezten Fall Schranken setzen dürfen¹⁵⁾.

2) Das fatale secundum quid, §. 5., kann der Richter auch auf einseitiges Anrufen zwar erstrecken¹⁶⁾, nicht aber verkürzen. Denn letztes wäre eine gesetzwidrige Beengung der Rechtsverfolgung¹⁷⁾. Die Parteien hingegen kön-

13) Cap. 5. X. 2. 28.

14) Ramm. G. D. v. J. 1555. Th. 2. Tit. 29. §. 2.

15) L. 5. §. 6. C. 7. 63. Clem. 4. de app. 2. 12. Die C. G. D. setzt §. 2. cit. nur einseitiges Anrufen voraus.

16) L. 4. §. 5. Dig. 42. 1.

17) Voetius, in Comm. in Pand. L. 2. Tit. 12. §. 12.

nen dieselbe durch Compromiß; sowohl verlängern, als kürzen, da ihnen beides selbst in Ansehung der unbedingten Fata: lien erlaubt ist ¹⁸⁾. Endlich

3) die bloß richterlichen Fristen sind der Verlängerung und Verkürzung, sowohl von dem Richter ¹⁹⁾, als durch das Compromiß der Parteien, unterworfen ²⁰⁾.

Im Fall der Richter um die Verlängerung einer Frist angerufen wird, soll er vor Ertheilung einer weitem Frist *causae cognitionem* vorangehen lassen, hauptsächlich bei der zweiten und dritten Frist; wenigstens soll er der nachsukenden Partei ein *juramentum calumniae* auflegen ²¹⁾.

Die Verlängerung einer Frist kann auch stillschweigend geschehen ²²⁾, und im Zweifel wird sie für gestattet geachtet. Denn auch hier tritt das Princip ein, daß obgleich die Fristen für die Ordnung des Processes und dessen möglichst schnelle Beendigung wesentlich sind, sie doch nur Form: Essentialien und, insofern sie die Rechtsverfolgung beschränken, in den Gesetzen nicht begünstigt sind, daher im Zweifel ein Verschmägniß nicht vermuthet werden darf. §. 3. C. 193.

§. 8.

Die in einem Decisiv: Erkenntniß erkannte Frist fängt erst mit dem Eintritt der Rechtskraft dieses Erkenntnisses zu laufen an, z. B. die in einem publicirten Erkenntniß vorgeschriebene Beweisfrist von Vier Wochen erst von dem 10ten Tag nach der Publication des Beweis: Interlocuts, so daß zur Beweisantretung zehn Tage und vier Wochen offen stehen. Ehe nämlich die Rechtskraft eingetreten ist, ist die Sentenz selbst noch ohne alle Wirkung, und als

18) Vergl. nr. 1. mit L. 21. Dig. 50. 17.

19) L. 2 Dig. 42. 1.

20) Vergl. überhaupt L. 1. sqq. C. de dilat. 3. 11. Thibaut, §. 1131. Glüdf, §. 265. f.

21) R. U. v. J. 1584. §. 50., 1654. §. 38. 50.

22) Martin, a. a. D. §. 297.

res judicata nicht vorhanden²³⁾. Die in einem insinuirten bloßen Decret (*interloc. mera*) vorgeschriebene Frist zum Vollzug einer Proceßhandlung wird so berechnet, daß man mit dem ersten Tag nach der Insinuation mit Eins zu zählen anhebt und der letzte Tag der Frist diesen ganzen Tag umfaßt.

Die Zeitdauer einer Tagfahrt ist die Dauer des Gerichtstages, gewöhnlich bis 4 oder 5 Uhr des Nachmittags, d. h. im Fall die Ladung die Stunde des Erscheinens nicht speciell bezeichnet, so hat der vor Ablauf jener Tageszeit sich Meldende noch nichts versäumt — es ist noch recht frühe Tageszeit. Soll jedoch ein Eidschwur geleistet werden, so schließt sich die Tagfahrt mit 12 Uhr. Alle Eide sollen nämlich Vormittags abgeschworen werden, damit der Schwörende noch nüchtern sey, d. h. mit Speise und Trank sich nicht so überladen habe, daß seine Ueberlegung darunter leide. Vielleicht sah man hierbei vorzüglich auch hin auf die Gerichtspersonen. Der Lauf der angehobenen Frist, ist nach der Verfassung der an allen Werktagen offenen stehenden Gerichte, ein *tempus continuum* — mit Einschluß der göttlichen Feiertage²⁴⁾.

§. 9.

Der gesetzliche Befehl: daß die Thätigkeit der Parteien in einem eröffneten Proceß geregelt und in Fristen eingeengt seyn solle²⁵⁾, bezweckt Beförderung der Justizpflege, und ist in sofern ein staatsrechtliches Princip. Eben deshalb bedrohen die Gesetze denjenigen, welcher zur vorgeschriebenen Zeit die befohlene Handlung gar nicht, oder doch nicht gehörig, vollziehet, unthätig oder illegal thätig.

23) Das Nähere künftig.

24) Glück, Erläut. der Pand. §. 269. a.

25) Man verbinde hiermit Martin's Lehrb. des deutschen bürgerl. Proceßes. §. 117. 118.

tig, d. h. ungehorsam ist ²⁶⁾, mit Nachtheilen, jedoch der Regel nach zum Vortheil des Gegners, so daß die Natur einer Privatstrafe sich zeigt. In Hinsicht auf Nebenpersonen, z. B. Vormünder u. s. w., sind selbst öffentliche Strafen der Unthätigkeit und Versäumnisse denkbar ²⁷⁾, und manche Landesgesetze bedrohen auch die Parteien mit Geldbußen, wenn sie nicht erscheinen würden u. dgl. Von diesen öffentlichen Strafen abgesehen geben uns die Gesetze kein allgemeines Princip, von welchem Gesichtspunkt aus die Folgen der Unthätigkeit im Proceß, d. h. die Nichtbefolgung richterlicher Decrete innerhalb der gesetzlichen, richterlichen oder gemischten, Frist, aufzufassen seyen, ob als Strafe u. dgl. Manche wollten den auf den Ungehorsam folgenden Verlust einer processualischen Handlung, z. B. den Verlust der zur legalen Zeit nicht vorgeschützten Einrede, den Verlust des versäumten Beweises u. dgl., als eine Art Extinctiv; Verjährung betrachten, bei welcher die Frist an die Stelle der Verjährungszeit trete; andere betrachten jene Folge als *poena*; während das Verjährungsprincip am wenigsten den Fällen entspricht, in welchen der Ungehorsame nicht bloß die unterlassene Handlung verliert, sondern noch einen andern Nachtheil leiden muß, wenigstens Kostenersatz, auf die *poena* hingesehen aber ein dieser ähnlicher Nachtheil auf die Unthätigkeit nicht immer folgt, sondern nur die Handlung, wohl ohne alle Folgen, verloren gehet. Eine dritte Ansicht kam daher auf das Princip: a) Nichtbefolgung eines monitorischen Decrets spreche nur stillschweigenden Verzicht aus, b) die Folge der Nichtbefolgung eines arctatorischen Decretes hingegen sey *poena*. Gönner ²⁸⁾ tadelt dieses Doppel-

26) Schaumburg, in pr. prax. jud. L. 1. S. 1. M. 2. Cap. 1. §. 3. Not. **.

27) B. V. Reichsdep. Absch. v. Jahr 1600. §. 95.

28) In dem Handb. Thl. 1. Abh. 2. S. 1. Grolman, Theorie des ger. Verf. in b. Reichst. S. 130.

princip, und will alles bloß auf Verzicht zurückführen, weil jede Unthätigkeit einer Partei von deren freiem Dispositionsrecht ausgehe. Allein so richtig dieses letzte Princip ist, und so gewiß der Zwang der Partien nur hypothetisch sich zeigt, so wenig wird hierdurch aufgehoben, daß die gesetzliche Androhung eines besondern Nachtheils der Unthätigkeit eine Strafe genannt werden könne. Offenbar reicht das bloße Verzichtsprincip nicht überall aus — nicht einmal der fingirte Verzicht. Denn es wird a) häufig im Gefolge des Ungehorsams eine Handlung gar nicht für verzichtet, vielmehr für geschähen angenommen²⁹⁾, und b) häufig gehet die Handlung selbst gar nicht verloren, sondern nur Kostenersatzung ist die Folge, und der Säumige kann die Handlung noch so nachholen, wie er sie vor diesem Nachtheil der Kostenersatzung vollziehen können³⁰⁾. Folgender Unterschied möchte vielleicht zur Klarheit führen:

1) Die Nichtbefolgung eines monitorischen Decrets ist gar kein Ungehorsam, sondern nur stillschweigender Verzicht, ohne alle directe nachtheilige Folgen, außer diesem Verzicht selbst. Hier ist also das Strafprincip gänzlich ausgeschlossen, nicht einmal Schadensersatz, Kostenersatzung, begründet sich — der Gegner muß sich die Unthätigkeit gefallen lassen, ohne ein anderes Recht als das zu erwerben, daß der Unthätige auf jene ihm möglich gewesene Thätigkeit verzichtete.

2) Die Nichtbefolgung eines decretatorisch: dilatorischen Decrets ist schon Ungehorsam zu nennen; denn der Unthätige läßt nicht bloß eine gerichtliche Erlaubnis unbenutzt, sondern einen gerichtlichen Befehl unbe-

29) Z. B. die Einlassung auf die Klage.

30) Z. B. die Einlassung auf die Klage vor dem sie gebietenden peremptorischen Decret.

folgt. Allein diese contumacia hat dennoch keine Strafe im eigentlichen Sinn zur Folge, ist noch nicht einmal ein fingirter Verzicht, indem die unterlassene Handlung nicht für aufgegeben und verloren geachtet wird, sondern noch vollzogen werden darf; ihre Folge ist vielmehr nur Schadenersatz, d. i. Ersatz der Kosten, welche durch die Unthätigkeit und das deshalb nöthig werdende weitere Decret u. s. w. veranlaßt wurden. Diesen Schadenersatz nennt man jedoch die allgemeine Strafe des Ungehorsams — *poenam generalem contumaciae*.

3) Die Nichtbefolgung eines peremptorischen Decrets ist Ungehorsam im speciellen Sinn. Sie hat a) fingirten Verzicht zur Folge, d. h. das Gesetz nimmt selbst wider den Willen des Säumigen an, er habe auf die unterlassene Handlung Verzicht geleistet, so daß diese, ohne vorgängige Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand, verloren bleibt, und b) resp. noch einen besonderen Nachtheil zur Folge hat, welcher dem Gegner einen positiven Vortheil zuführt, und also die volle Natur einer Privatstrafe annimmt ³¹⁾. Jene fictio und diese Privatstrafe nennt man die besondere Strafe des Ungehorsams — *poenam specialem contumaciae*.

4) Wenn die Nebenpersonen eines verschuldeten Bersäumnisses wegen ohne Nachtheil ihrer Constituenten in Strafe genommen werden, z. B. im Proceß nachlässige Vormünder, oder Anwälte, weil solche ohne Legitimation verhandelten u. dgl., oder auch die Parteien selbst in den Fällen, in welchen ihnen der Vollzug einer Proceßhandlung unter Androhung einer fiscalischen Strafe geboten wurde ³²⁾, so tritt dieses gänzlich unter das Princip der öffentlichen Strafe, und jeder Anschein eines Verzichts fällt hinweg.

31) Z. B. Verlust aller peremptorischen Einreden, wegen unterlassener Litiscontestation.

32) Z. B. in Person zu erscheinen.

Den Hülfsgeſetzen ³³⁾ liegt in Hinſicht auf arretatoriſche, wenigſtens auf peremptoriſche Decrete, allerdings die Anſicht zum Grund, daß die Folge des durch deren Nichtbefolgung verſchuldeten Ungehorsams eine *poena* ſey; und wenn der Reichsabſch. v. J. 1654. §. 36. die Pön der Acht und Immiſſion gegen den nicht erſcheinenden und nicht anwortenden Beklagten aufhebt, an dieſe Stelle aber §. 37. die Strafe der Präcluſion mit den Einreden ſetzt, ſo iſt jene Anſicht des Hülfsrechts offenbar mehr beſtätigt, als durch jene, ohne hin einzelne, Verordnung aufgehoben, ſo wie auch eben jenes Reichsgeſetz a. a. O. offenbar keinen ſtillschweigenden Verzicht des Beklagten auf die Litiscontestation verordnet, ſondern vorchreibt: man ſoll annehmen, fingiren, der Beklagte habe geantwortet, jedoch verneinend — zur Strafe aber ſoll er mit peremptoriſchen Einreden ſich nicht vertheidigen dürfen. Dieſes iſt der poſitive Gewinn, welchen der Kläger aus dem Ungehorsam ſeines Gegners ziehen kann. Eine neue Geſetzgebung würde mit dem Gönneriſchen bloßen Verzicht; Princip deßhalb nicht auslangen, weil ja aus dem bloßen Verzicht, ohne eine beſtimmte nachtheilige Folge dieſes Verzichtes, etwas der Proceßentwicklung Behufes ſich nicht hernehmen ließe, vielmehr jener Verzicht des unthätigen Theils die Laſt der thätigen Partei nur erhöhen könnte. Auch dürfte der Säumige gegen ſtillschweigenden Verzicht nur proteſtiren, um den Proceß in das Unendliche zu verſchleifen.

§. 10.

In ſo weit nun die Unthätigkeit einer Partei eine Illegalität, Ungehorsam, zunehmen iſt, §. 9. nr. 2. 3. 4., eine Nichtachtung, und ſo Verachtung, des befehlenden geſetzlichen Willens ausſpricht, in ſo weit iſt auch der Eintritt des Nachtheils, welcher den Ungehorsamen treffen

33) S. Martin, a. a. O. §. 117. ibi all.

Archiv f. d. Civ. Prax. IV. B. II. §.

soß, damit bedingt, daß diesem wenigstens eine *Culpa* imputirt werden könne. So oft er also zu zeigen vermag, die ihm gebotene Handlung sey nicht Wille des Gesetzes, sey vergeblich u. s. w., kann auch die Unterlassung nicht als Ungehorsam angesehen werden ³⁴⁾. Noch weniger, wenn das gebietende Decret selbst nichtig ist, z. B. von einem incompetenten Richter erlassen. Auch müssen die Grundbedingungen der Gewißheit des Willens, die Handlung zu unterlassen, außer Zweifel liegen, mithin die legale Bekanntmachung oder *Insinuation* des verfügenden Decrets. Deshalb sind Registraturen über Publication und resp. *Insinuation* nothwendig, und deshalb muß das gebietende Decret die Zeitfrist, oder die Tagfahrt, namentlich, oder durch Hindeutung auf das Gesetz, und zwar dem Gesetz gemäß, deutlich bestimmen, innerhalb oder an welcher die Handlung zu vollziehen sey. Auch ist es ungerecht, die *Culpa* eines solchen Mandatars zu verbüßen, welchen man nicht mit Freiheit, sondern vermöge Vorschrift der Gesetze wählte, weshalb wenigstens eine rest. in integrum begründet ist, wenn der öffentliche Procurator ohne alle Schuld des Principals ein Versäumniß verschuldet ³⁵⁾, so wie der Beweis eines physischen zufälligen Hindernisses, die Handlung zu vollziehen (*Ehehaften*) die Imputation ausschließt, z. B. Krankheit u. dgl. ³⁶⁾. Sind jedoch alle äußere Bedingungen der Imputation vorhanden, ein rechtsgültiges, klar und gesetzmäßig gebietendes, auch in Ansehung der Bekanntmachung allem Zweifel enthobenes Decret, nebst dem Ablauf der in diesem deutlich und gesetzlich vorgeschriebenen Frist, ist auch der Befehlige imputationsfähig, so wird,

34) Z. B. die Unterlassung der *Litiscontestation*, im Fall die vorausgeschickten Einreden die Klage wirklich verwerflich machen. *Archiv*, B. 1. S. 455.

35) S. d. *Arch.* B. 4. Abh. 12 S. 115. f.

36) L. 2. §. 3. *Dig. si quis caution.* 2. 11.

weil das illegale factum externum vorliegt, der illegale Wille, oder die Culpa des Unthätigen, vermuthet (contumacia praesumta), bis er zeigt, die Unthätigkeit sey ihm dennoch nicht zu imputiren, er sey dessenungeachtet nicht contumax. Im Zweifel, ob die Bedingungen des Ungehorsams und dessen Nachtheils vorhanden seyen, ist jedoch für den Beschuldigten zu sprechen, nach dem allgemeinen Princip: in dubio pro reo, und weil Versäumnisse und deshalb zu erleidende Nachtheile ihrer Natur nach mehr Haß der Gesetze wider sich, als Gunst für sich haben. Man fordert daher keinen strengen Beweis der Echeit, begnügt sich wohl mit eidlischer Erhärtung ihrer Wahrheit, wobei jedoch die Regel: *fatua causa excusat a contumacia*, in den Gesetzen nicht gegründet und ein falsches Princip ist ³⁷⁾.

§. 11.

Die nachtheilige Folge des Ungehorsams nennt man

1) *poena generalis*, in sofern sie bei jeder Nichtbefolgung aller arctatorischen Decrete, auch der dilatorischen, eintritt. Diese allgemeine Folge ist Kostenersatzung. §. 9. nr. 2. Das Wort *poena* ist also hier nur im allgemeinen Sinn zu nehmen, so wie es auch in der Lehre von den Proceßkosten zu deuten ist ³⁸⁾ —

2) *poena specialis*, in sofern der Ungehorsame, außer und neben dem Kostenersatz, noch einen andern Nachtheil erleiden soll. Dieser Nachtheil ist bei den verschiedenen Proceßhandlungen verschieden, und einzeln da zu gedenken, wo von der Unterlassung einer solchen Proceßhandlung die Rede ist. Derselbe besteht z. B. in dem fingirten Verzicht auf die Handlung, in dem Verlust der Einreden, der Beweismittel, in einer *fictio confessionis*, *recognitio-*

37) *Leyser*, spec. 35. med. 1. *Pufendorf*, T. 1. obs. 31. ibi all.

38) *M. Handb. zu Martin's Lehrb. des bürgerlichen Proceßes*, Thl. 1. Abh. 6. S. 243. ff.

nis etc. Er folgt nur auf ein peremptorisches, d. h. eine peremptorische Frist zu einer Proceßhandlung vorschreibendes Decret, und da er die Natur einer Strafe hat, so ist das Princip für richtig zu achten, „daß diese Strafe ohne vorgängige ausdrückliche Androhung, wenigstens durch Erinnerung an das Gesetz, nicht zu erkennen sey.“ Diese Androhung ist aber schon deutlich genug, wenn der Richter die vorgeschriebene Frist als peremptorisch bezeichnet, z. B. „binnen vier Wochen zerstörender Frist,“ oder auf das Gesetz sich beziehet, z. B. „binnen Ordnungsfrist,“ d. h. binnen der in der Proceßordnung vorgeschriebenen Frist. Dadurch ist der im Gesetz angedrohte Nachtheil des Versäumnisses zugleich mit ausgesprochen (relative Deutlichkeit) —

3) die *poena publica* §. 9. nr. 4. ist ganz nach den Principien des Strafrechts zu beurtheilen. Bestimmt sie das Gesetz, so bedarf sie nicht einmal der richterlichen Androhung, es hätte denn das Gesetz auch diese verordnet. Ist sie rein *arbitraria*, so muß ihre Androhung und Benennung vorausgehen.

§. 12.

Accusatio contumaciae ist der Vortrag einer Partei, mittelst welchem sie behauptet: die Gegenpartei habe eine obliegende Proceßhandlung unterlassen, oder nicht legal vollzogen, mit dem Gesuch: „der Richter möge gegen die säumige Partei den von dem Gesetz, oder in einem vorgängigen Decret, angedrohten Rechtsnachtheil zum Vortheil des Imploranten aussprechen.“ Wer aber den Gegner des Ungehorsams beschuldigen will, der muß seiner Seits alles ihm selbst Obliegende legal vollzogen haben, weil sonst *culpa* und *mora* sich gegenseitig compensiren. Es wird nämlich hier Schadenersatz und Privatstrafe vorausgesetzt, und in diesem Verhältniß ist diese Compensation den Gesetzen gemäß ³⁹⁾ Unanwendbar aber ist

39) Handb. 2. M. Abh. S. 242. f. Note 131.

diese Regel auf die *poena publica* §. 9. nr. 4., weil diese dem Staat gebührt, und dessen Strafrecht durch eine culpa des Gegners des Sträflings nicht verhindert oder aufgelöst werden kann, vielmehr beide zugleich in die öffentliche Strafe verfallen können⁴⁰⁾. Wenn also, auf jenes Privatverhältniß der Parteien zu einander hingesehen, jedem Theil etwas zu vollziehen aufgelegt ist, so kann keiner den andern des Ungehorsams beschuldigen, so lange er selbst ungehorsam ist. Insonderheit zeigt sich dieses bei dem Ausbleiben beider Theile in einem Termin, zu welchem beide arcatorisch geladen waren. Dieser Termin ist *circumductus*, und es ist ein anderer Termin zu der nämlichen Handlung auszuwirken. Die Unkosten des versäumten Termins haben beide Säumige gemeinschaftlich zu tragen⁴¹⁾.

§. 13.

Die Regel: *contumacia non accusata non nocet*, hat den Sinn: „im Fall der säumige Theil, zwar nach abgelaufener Frist, jedoch *ante accusationem contumaciae*, das Versäumte noch nachholt, so werde angenommen, er habe die Handlung noch zu rechter Zeit vollzogen.“ Sie spricht also das Princip aus: *mora ante interpellationem purgata non nocet*⁴²⁾. Allein bei den Catalien ist diese Regel ausgeschlossen, weil es hier heißt: *dies legalis interpellat pro homine*. Man muß jenes Princip auf die bloß richterlichen Fristen beschränken, und es ist auch der Satz unrichtig⁴³⁾, „daß im letzten Fall die *purgatio contumaciae* selbst nach der *accusatio* geschehen könne, so lange nur der Richter die Folge des Ungehorsams noch nicht ausgesprochen habe.“ Die *accusatio contuma-*

40) Z. B. beide Parteien bei Strafe geladen sind ungehorsam.

41) Danz, §. 468.

42) Tribaut, Pand. R. §. 104.

43) Martia, v. a. D. §. 118.

ciae ist der *interpellatio* eines Säumigen gleich, und mit ihr treten die Folgen der mora ein — der Segner erhält ein *jus quaesitum* auf diese Folgen ⁴⁴⁾.

XVII.

Wird ein nach dem positiven Gesetz wegen Mangel gebotener Förmlichkeiten nichtiges Rechtsgeschäft dadurch gültig, daß es die Bestätigung des Regenten erhält?

Von einem Ungenannten.

Vor dem obersten Gericht der freien Stadt Frankfurt wird gegenwärtig ein Rechtsstreit verhandelt, der auf der einen Seite schon an sich nicht unwichtig ist für alle Länder, in denen früher das französische Gesetzbuch gegolten hat, auf der andern Seite aber auch um deswillen die Aufmerksamkeit aller Freunde des vaterländischen Rechts verdient, weil er die zarte Frage berührt: In wiefern darf das Staats-Oberhaupt in einzeln bürgerlichen Rechtsangelegenheiten verfügen? Hier ist näher die Hauptstreitfrage diese:

Wurde ein Act, welcher nach dem französischen Gesetzbuch wegen Mangel an Förmlichkeiten nichtig war, dadurch gültig, daß er die Bestätigung des Regenten erhielt?

Veranlassung zu dem Rechtsstreit gab folgende Urkunde:

„Nachdem ich Philipp Heinrich Fleck den Entschluß gefaßt habe, mein durch Fleiß und göttlichen Segen auswärts erworbenes Vermögen, in soweit ich solches nicht schon bei meinem Leben zum Besten der Armen verwendet habe, nach meinem Tod dieser Classe meiner Nebenmenschen, deren Lage ich aus Erfahrung meiner eigenen

⁴⁴⁾ Thibaut, a. a. O.

Jugend kenne, zu widmen, so habe ich nachfolgende Weise, diesen meinen Zweck zu erreichen, für die geeignetste gehalten.

§. 1.

„Mein gesamter Nachlaß soll einen Stiftungsfond bilden, aus welchem zuerst alle von mir eingegangene und nach meinem Tode fort-dauernde Verbindlichkeiten erfüllt und alle öffentliche Abgaben entrichtet werden sollen.

§. 2.

„Alles Uebrige ohne Ausnahme soll zum Besten der hiesigen Armen verwendet werden.

Weil sich doch hierin, wenn anders wahres gutes erzielt werden soll, nach jedesmaligen Zeit- und Ortsbedürfnissen gerichtet werden muß, diese aber nicht vorausszusehen sind, so ernenne ich zwei Stiftungsvollzieher in den Personen meiner Freunde

Hrn Dr. Johann Martin Stark,

Hrn. Handelsmann Martin Guttenger,

welche mein Vermögen sogleich nach meinem Tode in Empfang nehmen, darüber ein genaues Privat-Inventarium errichten, und dem hochblöblichen Gericht erster Instanz unter eidlicher Bestärkung übergeben sollen; diese letztere an sich ganz überflüssige Formalität wähle ich bloß deswegen, um mit desto größerem Bestand die Dispensation von aller gerichtlichen Procedur, sowohl Obsignation, als Inventur, nachsuchen zu können.

§. 3.

„Als bald nach gezogenem Inventarium sollen meine Stiftungsvollzieher alljährlich derjenigen Stelle Rechenschaft ablegen, welcher die öffentlichen Stiftungen Rechnungen abzulegen haben; jedoch soll sich diese Rechenschaft auf nichts weiter erstrecken, als auf Nachweisung derjenigen Fonds, welche zur Deckung der von mir unternommenen, und nach meinem Tode fort-dauernden, Verbindlichkeiten erforderlich sind, und auf eine treue, d. h. solche Verwaltung, wobei nichts in den Privatnutzen meiner Stiftungsvollzieher geflossen ist; wohingegen sowohl die Art der Geld-Anlegung, als der Verwendung, lediglich dem Ermessen meiner Stiftungsvollzieher, nach deren bestem Wissen und Gewissen, überlassen bleibt, und sie hierüber niemand Rede und Antwort zu geben haben sollen.

§. 4.

„Als ein freundschaftliches Andenken für die von mir ernannten Herren Stiftungsvollzieher, und als Honorarium für deren künftige Nachfolger, setze ich für jeden derselben eine an meinem Todestage

alljährlich zu beziehende Summe von zwei hundert Gulden des vier und zwanzig Gulden-Fusses aus.

§. 6.

„So wie die von mir ernannte Stiftungsvollzieher auf meinen Stiftungsbrief von dem Instanz-Gericht verpflichtet werden sollen, eben so sollen es deren Nachfolger, welche zwar, wie nachher weiter vorkommen wird, nicht obrigkeitlich ernannt, aber bestätigt und verpflichtet werden sollen.

§. 7.

„Wenn einer oder der andere der von mir ernannten Stiftungsvollzieher mit Tod abgehen, oder aber aus sonstigen Ursachen diese Stelle nicht länger behalten könnte oder wollte, so hat derselbe mit Einverständniß seines Collegen seinen Nachfolger zu ernennen. Stirbe er ohne dieses gethan zu haben, so wählt der Hinterbliebene, dessen Wahl jedoch der Bestätigung des Hrn. Präfecten, oder wer sonst der oberste Vorstand des Armenwesens seyn sollte, unterworfen ist, damit immer zwei Personen bei dieser Wahl concurriren; der also gewählte wird dem Instanzgericht präsentirt, welches denselben verpflichtet. Sollte jedoch gegen alle Wahrscheinlichkeit jemals ein solcher präsentirt werden, gegen welchen das Gericht gegründete Einwendung hätte, so bleibt letzterem unbenommen, den Gewählten zu recusiren, und dem hinterbliebenen Stiftungsvollzieher die Präsentation eines andern tüchtigen Subjects aufzugeben.

§. 8.

„Die zu wählenden Stiftungsvollzieher müssen jedesmal aus einem Rechtsgelehrten und aus einem Kaufmann bestehen, damit ersterer die allenfallsigen rechtlichen, letzterer die kaufmännischen Geschäfte, namentlich die Führung der Bücher besorge.

§. 9.

„Da es an sich unmöglich ist, alle vorkommen könnende Fälle vorzusehen, so behalte ich mir ausdrücklich vor, noch weitere Verfügungen und Abänderungen bei meinem Leben, sowohl in Ansehung der gewählten Stiftungsvollzieher, als der Stiftung selbst zu treffen, welche eben so verbindlich seyn sollen, als wenn sie in meinem Stiftungsbrief enthalten wären. Alle diese Dispositionen sollen übrigens nach meinem Tod dem Gericht erster Instanz vorgelegt werden, damit dieses die Ueberzeugung schöpfe, daß meine spätere Verfügungen so wenig als der Stiftungsbrief selbst etwas enthalte, welches den Gesetzen oder dem gemeinen Wohl zuwiderlaufe, dessen Beförderung vielmehr der einzige Zweck und die einzige Triebfeder meiner ganzen Anstalt ist.

Philipp Heinrich Fleck.“

Diese Urkunde, von einer fremden Hand geschrieben, ohne Datum, und mit der Unterschrift: Philipp Heinrich Fleck versehen, wurde im September des Jahres 1813. dem verstorbenen Großherzog von Frankfurt zur Bestätigung vorgelegt. Und es wurde diese Bestätigung, datirt vom 3. September 1813., in folgenden Worten unter die Urkunde gesetzt:

Carl von Gottes Gnaden Fürst Primas des Rheinischen Bundes,
Großherzog von Frankfurt, Erzbischof von Regensburg-

Vorstehende wohlthätige Stiftungs-Urkunde wird hiermit bestätigt
in Urkund unserer Unterchrift und beigedruckten geheimen Cabinet-
Insigels. Aschaffenburg den 3. Sept. 1813.

(S.) C a r l, Großherzog.

Zur Beglaubigung, der General-Präfectur-Secretär

(S.) Ihm.

Sie ist vom Großherzog eigenhändig unterschrieben, und mit dem geheimen Cabinets-Insigel besiegelt, contrasignirt aber ist sie nicht.

Philipp Heinrich Fleck, ein reicher Particulier in Frankfurt a. M., starb am 1. Mai 1816., ohne Kinder, oder sonstige nahe Intestaterben, zu hinterlassen. Die Erbschaft wurde, nach Ablauf der zur Einsprache etwa Berechtigter öffentlich anberaumten Frist, den in der Urkunde genannten Stiftungsvollziehern abgeliefert, und von ihnen verwaltet.

Ziemlich unerwartet meldeten sich aber entferntere, bis her unbekannte, Seitenverwandte des Erblassers — größern Theils unbemittelte Leute — und nahmen die Erbschaft *ab intestato* in Anspruch.

Ueber Restitution gegen den Ablauf jener Frist, und über Gradesnähe ist kein Streit mehr — der Legitimationspunkt ist weniger interessant — die Hauptsache bleibt folgendes:

Die Stiftungsvollzieher behaupteten gegen die Ansprüche der Intestaterben, gestützt auf oben stehende Urkunde: „daß der Flecksche Nachlaß Eigentum des Frankfurter Armenfonds durch obige Disposition sey.“

Die Intestaterben aber forschten die Gültigkeit jener Urkunde an, „weil ihr das wesentliche der Förmlichkeiten fehle, welche sie nach dem französischen Gesetz, bei Strafe der Nichtigkeit, haben müsse, sey es, daß man sie als eine Schenkung unter Lebenden, oder, was sie auch wirklich war, als letzte Willensmeinung betrachten wollte.“

Darüber nun find beide Theile vollkommen einverstanden:

1) daß die Gültigkeit der fraglichen Urkunde nach den Bestimmungen des französischen Gesetzbuchs (Code Napoleon) beurtheilt werden müsse, und

2) daß die Förmlichkeiten, welche nach diesem Gesetzbuch zur Gültigkeit des Acts unerlässlich erfordert werden, unterlassen worden, und nicht vorhanden seyen.

Der beklagte Theil (die Stiftungsvollzieher) behauptet aber — und so fällt die ganze Streitsache — unter die oben aufgestellte Frage —

„es sey dieser Mangel durch die Bestätigung des Souveräns ergänzt und geheilt, hierdurch die Disposition, ihrer Formfehler ungeachtet, an sich gültig geworden, und zugleich der Beweis geführt, daß die unter der Urkunde befindliche Unterschrift wirklich die eigenhändige des Erblassers wäre.“

Die Intestaterben wendeten dagegen ein: „es könne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine landesherrliche Bestätigung ein an und für sich nichtiges Geschäft nicht gültig machen, ja es dürfe dem Landesherrn die Absicht gar nicht unterstellt werden, eine gesetzliche Nichtigkeit per modum privilegii zu heben, sondern es müsse eine solche Absicht, als das Gesetz aufhebend, aufs strengste bewiesen werden, wo sie nicht mit ganz klaren unzweideutigen Worten ausgesprochen sey. Dieses (so behaupteten ferner die klagenden Intestaterben,) wäre hier um so weniger der Fall, da vielmehr

die landesherrliche Bestätigung nur um deswillen habe nachgesucht werden müssen, weil das französische Gesetzbuch verordne, daß keine Schenkung und kein Testament zu Gunsten einer Armen-Anstalt vollzogen werden dürfe, ohne Autorisation der Staatsregierung.“ Auch bemerkten sie: „eine solche Autorisation, wenn sie wirklich erfolgt sey, setze die Gültigkeit der Schenkung oder des Testaments selbst immer voraus, keinesweges aber supplire sie diese Gültigkeit, wo diese nicht ursprünglich vorhanden wäre.“

Umsonst! In zwei Instanzen wurden die Intestatserben abgewiesen aus dem Grund:

Weil die landesherrliche Bestätigung eines Geschäfts alle Mängel desselben heile.

Bevor ich diesen Satz näher beleuchte, mögen die eigenen Worte des in der zweiten Instanz durch die juristische Fakultät zu Göttingen verfaßten Erkenntnisses hier vor- ausgehen.

U r t h e i l.

Auf eingewandte Appellation, deren Rechtfertigung und ferneres Einbringen, in Sachen der Philipp Heinrich Fleckischen aufgetretenen Seiteuverwandten, Kläger und Appellanten, an einem, wider die Philipp Heinrich Fleckischen Stiftungs-Administratoren, zu Frankfurt, Beklagte und Appellanten, am andern Theil, eine fromme Stiftung betreffend;

Erkennen Präsident und Rätthe des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt, nach eingeholtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten, hiemit für Recht:

daß die Appellation in ihren Formalien zu Recht beständig und zu ihrer gebührenden Rechtfertigung anhero erwachsen. Materialien anlangend, erscheint aus den Acten allenthalben so viel, daß in voriger Instanz wohl gesprochen und übel appellirt, derowegen der vorige, unterm 5. April 1819. ergangene, Nro. 30. act. primae inst. ersichtliche, Bescheid zu bestätigen, und diese Sache, wie hiemit geschieht, an den vorigen

Richter zu remittiren. Es sind auch Appellanten, die durch das gegenwärtige Rechtsmittel verursachten Unkosten, nach vorgängigem deren Ansatz und richterlicher Mäßigung, den Appellaten zu erstatten, weniger nicht die Verschickungskosten und Urtheilsgebühren allein zu tragen schuldig. Von Rechtswegen.

Decretum im Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt, den 29. Mai 1820.

Dr. * * *.

Dieses Erkenntniß soll gerechtfertigt werden durch folgende Stelle in den Entscheidungsgründen:

„Bei Dispositionen, wodurch ein gewisses Vermögen für immer dem gewöhnlichen freien Verkehr entzogen werden soll, dürfen die Erfordernisse nicht nach den gewöhnlichen Regeln des französischen Civil-Gesetzbuches, als in welchem dergleichen Dispositionen gar nicht authorisirt sind, bestimmt werden; daher kann von der Nothwendigkeit der Befolgung der Regel über Testamente hier überall nicht die Rede seyn; vielmehr ist bei dem Wegfallen dieser Regeln, und wegen der für solche Stiftungen eintretenden Nothwendigkeit eines Privilegiums, nur darauf zu sehen, daß der Wille des Disponenten auf irgend eine genügende Weise constituirt, und das Privilegium selbst von der competenten Staatsgewalt selbst befugter Weise ertheilt worden sey. Im vorliegenden Fall ist nun aus dem Umstand, daß der damalige Regent die Disposition in der demselben vorgelegten Urkunde confirmirt hat, mit Sicherheit zu schließen, daß letzterer die Handschrift des Disponenten gekannt, oder auf sonstige Weise eine genügende Ueberzeugung von der Richtigkeit des Documents gehabt haben müsse. Gedachter Regent, welcher im Genuße der Souveränität gestanden, und bei der Ertheilung von Privilegien der vorliegenden Art weder in der

Sache noch in der Form beschränkt gewesen, hat die fragliche Stiftungs-Urkunde in ganz allgemeinen umfassenden Worten bestätigt; folglich kann nicht bezweifelt werden, daß er sie rechtsbeständiger Weise und in jeder Hinsicht für gültig erklärt habe.“

Wenigstens dem Rechtsfreund der appellantischen Kläger bleibt es unbegreiflich, wie ein academ. Spruchcollegium, zusammengesetzt von so gelehrten und berühmten Männern, den Geist des französischen Rechts, das doch auch in dem jetzigen Königreich Hannover geraume Zeit gegolten hat, so sehr misskennen konnte. Und diese seine Unbegreiflichkeit wird vielleicht auch andern begreiflich, wenn folgende Reflexionen in ihnen sich regen.

Bei allen Erfordernissen von Formen — knüpft einmal das Gesetz an die Unterlassung derselben die Strafe der Nichtigkeit — kommt es ja gar nicht darauf an: ob die Willensmeinung desjenigen, von dessen Handlungen die Rede ist, auf andere Art erwiesen werden kann. Die Handlung bleibt, ist sie auch an sich physisch wahr, dennoch nichtig, wenn es ihr an der Förmlichkeit fehlt, welche das positive Gesetz zu ihrer Gültigkeit fodert.

Das französische Gesetz erkennt nur ein solches Privilegium an, welches im Gesetz selbst gegründet ist. Es war weder der durchgreifende Kaiser Napoleon befugt, noch ist es der milde König Ludwig XVIII., jemanden in Frankreich ein Privilegium zu geben, „daß er ohne Beobachtung der gesetzlichen Formalitäten gültig solle testiren können. Kein französischer Gerichtshof würde auf solch ein Privilegium die mindeste Rücksicht nehmen.

Allerdings sind Stiftungen zum Behuf der Armen im französischen Civil-Codex autorisirt; nur sind sie, um vollzogen zu werden, an die Genehmigung der Regierung gebunden. Die letztere kann aber die vorhandenen Fehler in der Form nicht verbessern — die Fehler, welche die Stif-

tungs-Urkunde nn sich unkräftig machen. Genehmigung des Richtigen ist ebenfalls eine Nichtigkeit.

Schon aus den Abtheilungen im Gesetzbuch gehet jenes auf eine evidente Weise hervor, indem das 4te oder 5te Kapitel 3ten Buchs 2ten Titels von den Formen der Schenkungen und Testamente handelt, das 2te Kapitel aber von der Fähigkeit, Schenkungen, es sey durch Acte unter Lebendigen, oder durch Testamente, anzunehmen, und in diesem letzten Kapitel art. 910. festgesetzt ist, daß Schenkungen zum Vortheil von Armen ohne Genehmigung der Regierung nicht vollzogen werden können — zum Beweis, daß die Bestimmungen hinsichtlich der Formen unabhängig sind von jenen über die Fähigkeit zur Annahme.

Majorate können in Frankreich nicht ohne Genehmigung der Regierung errichtet werden. Gesezt nun, ein französischer Bürger errichtete, durch letzten Willen, oder durch Act unter Lebenden, ein Majorat, und verschaffte sich die Bestätigung des Königs, der Act selbst aber wäre nach den durch das Gesetzbuch vorgeschriebenen Formen nichtig, so würde die königliche Bestätigung nichts nützen, und das Majorat mit der Nichtigkeit des Acts einerlei Schicksal haben.

Am wenigsten übte der weise und gerechte Dalberg, Carl Großherzog von Frankfurt, die Regierungsgewalt wie ein türkischer Sultan. Er war so wie Ludwig XVIII. ein constitutionell regierender Fürst. In der von ihm unterm 16. August 1810. proclamirten Constitution sprach er §. 11. die Gleichheit der Unterthanen vor dem Gesetze aus — §. 12. die Aufhebung aller Privilegien, welche mit der Befolgung der Gesetze im Widerspruch stehen — §. 22. die Theilnahme der Landstände an der gesetzgebenden Gewalt — §. 46. die Unabhängigkeit der Justizverwaltung, und zugleich den Willen, „daß diese Constitution auf den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzgebung des damaligen Kaisers Napoleon basirt seyn solle.“

Wer möchte nach diesen Erklärungen noch behaupten wollen, der Großherzog habe gewollt, oder wolle n

können, durch seine, unter die in Frage stehende Disposition gesetzte, Bestätigung ein Privilegium gegen die Bestimmungen des damals gültigen, alle Rechtsgeschäfte beherrschenden, Gesetzbuches zu ertheilen? — Würde er nicht, wäre dieses seine Absicht gewesen, sich ganz anderer Ausdrücke, als in der oben ersichtlichen, bloß allgemeinen, Bestätigungsform bedient haben? Und muß man nicht vielmehr annehmen, daß jener kluge und gerechte Fürst die Bestätigung, (welche ja nach den Gesetzen aller cultivirten Völker in der Regel kein neues Recht gibt, sondern nur das vorhandene bestärkt,) bloß in stillschweigender Beziehung auf die in dem art. 910. des Code Napoleon erforderliche Genehmigung der Regierung ertheilt habe, ohne dadurch die Verbindlichkeit anderer Bestimmungen dieses für das Großherzogthum Frankfurt sanctionirten Gesetzbuches aufheben zu wollen?

Die Rechtsache wird jetzt in der dritten Instanz verhandelt und das Urtheil abermals von dem Spruchcollegio einer deutschen Universität gegeben werden.

Es ist mit Zuversicht zu hoffen, daß diese achtbaren Schöffen oder Facultisten es über sich vermögen werden, jede, freilich so natürliche, Neigung für die Aufrechterhaltung milder Stiftungen durch das noch höhere Princip zu beherrschen, daß, wie Martin ¹⁾ spricht, der Richter durch den Menschen den Rechtsgelehrten — den kalten, unbefangenen, unparteiischen Rechtsmann — in sich nicht verdrängen lassen darf. Das Römische Recht insonderheit tadelte den Richter strenge, welcher ex misericordia vel gratia zu einem dem positiven Gesetze nach ungerechten Urtheil sich verirrt ²⁾. Das gesetzliche Recht des Einzelnen ist wenigstens so stark und heilig, als die Liebespflicht für die Unterstützung der Armut. Und wo

1) In dessen Lehrb. des teutschen gem. bürgerl. Proc. §. 61.

2) L. 15. §. 1. Pand. de judiciis. L. 2. Cod. de poena judicis, qui male judicavit.

wäre hier die Gränze? Auch jene Intestaterben sind dürftig — warum soll auf ihre Rechnung die Armuth zu Frankfurt ernährt werden? Fiat justitia, pereat mundus! —

Nachschrift der Redaction.

Durch die Aufnahme obiger Darstellung und Abhandlung in diese Zeitschrift ist derselben Inhalt auf keine Weise der Natur einer Streitschrift entzogen. Die Redaction selbst ist sich wohlbewußt, daß im Gefolge der gesetzlichen Vorschrift: „audiatur et altera pars“, und der wissenschaftlichen Erfahrungsgregel: „minima circumstantia variat rem“, die dem ersten Blick nach stärksten Gründe oft herabsinken in die Zahl bloßer Scheingründe. Auch können die Motiven eines richterlichen Erkenntnisses schwach und irrig seyn, während die Entscheidung selbst dem Willen des Gesetzes vollkommen gemäß ist. Wer also über den obigen Rechtsfall mit Sicherheit urtheilen wollte, müßte voran auch die factische Darstellung und Rechtsgründe des beklagten Theils kennen lernen.

Gensler.

XVIII.

Ist nach den römischen Gesetzen das Stufenalter eines Unmündigen ein Maasstab bei der Frage: ob die von ihm verübte schädliche Handlung für *dolos*, *culpos*, oder für nicht imputabel, zu achten sey?

Von Gensler.

§. 1.

Die hauptsächlichsten Stellen der römischen Gesetze, welche den Willen und die Imputation der Unmündigen zum Gegenstand haben, sind wohl folgende:

1) Justinian, nachdem er ausgesprochen hat, »der Pupill könne alium sibi obligare, etiam sine tutoris auctoritate«, fährt fort: sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, *qui jam habent aliquem intellectum*; nam infans, et qui *infantiae proximus* est; non multo a furioso distant, *quia huiusmodi pupilli nullum habent intellectum*. Sed in proximis infantiae *propter utilitatem* eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi ¹⁾.

2) Modestinus spricht: Infans vel furiosus si hominem occiderint, Lege Cornelia non tenentur; cum alterum *innocentia consilii* tuetur, alterum fati infelicitas excusat ²⁾.

3) Ein Fragment des Florentinus lautet dahin: Coram Titio aliquid facere jussus non videtur praesente eo fecisse, *nisi is (Titius) intelligat*. Itaque si (Titius) furiosus aut *infans* sit, aut dormiat, non videtur coram eo (Titio) fecisse ³⁾.

4) Ulpianus, lib. 18. ad Edictum, erläutert, was man in dem Gebiete der Lex Aquilia unter *damnum injuria* datum zu verstehen habe, wie nämlich *injuria* hier keineswegs *contumeliam* (vorsätzliche Ehrenkränkung) sondern *damnum culpa* datum, etiam ab eo, *qui nocere noluit*, bezeichne ⁴⁾, und fährt dann fort: 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 igitur *Aquiliae actio*; quemadmodum si quadrupes *damnum* dederit *Aquilia* cessat, aut si tegula occiderit ⁵⁾.

1) §. 9. et 10. Inst. 3. 20. adj. L. 6. Dig. 46. 6.

2) L. 12. Dig. 48. 8.

3) L. 209. Dig. 50. 16.

4) L. 5. §. 1. Dig. 9. 2. coll. L. 1. pr. Dig. 47. 10.

5) Nur die *Aquilia*, weil diese schlechterdings eine *culpa* voraus-

Sed et si *infans* damnum dederit, *idem erit dicendum*. Quod si *impubes* ⁶⁾ id fecerit, *Labeo* ait: quia furti tenetur, teneri et *Aquilian* eum. Et hoc puto verum, si sit *jam injuriae* ⁷⁾ *capax* ⁸⁾.

5) Sehr bestimmt spricht *Gajus*: Pupillum, qui *proximus pubertati* sit, *capacem* esse et furandi, et *injuriae* ⁹⁾ *faciendae* ¹⁰⁾.

6) In den Institutionen Justinians finden wir folgende Stelle: In summa sciendum est, quaesitum esse, an *impubes* rem alienam movendo furtum faciat? Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine imuberem, si *proximus pubertati sit, et ob id intelligat, se delinquere* ¹¹⁾.

Ferner spricht

7) *Ulpianus* lib. 41. ad Sabinum: Impuberem furtum facere posse, si *jam doli capax* sit, *Julianus* libro XXII. Dig. scripsit. Item posse cum impubere damni injuria agi, quia id furtum ab impubere fit. Sed modum esse adhibendum ait; nam in *infantes* id non cadere. Nos putamus cum impubere *culpa capace*

setzt, Nachlässigkeit in der gesetzlichen Richtung des freien Willens, ist also hier ausgeschlossen. Ex re wird auch furiosus et infans verbindlich. L. 46. Dig. 44. 7. Daß die Worte dieses Gesetzes: vel damnum in eo (fundo communi) pupillus dederit ein anderes damnum, als das ex re andeuten könnte, ist wegen der nachfolgenden Worte: nam judicio communi dividundo obligabuntur (furiosus et pupillus) zu verneinen. Vergl. a. Thibaut, in den Verjahren. Thl. 2. Abh. 8. S. 185. ff.

6) Im Gegensatz des infans — über sieben Jahre alt.

7) i. e. culpa.

8) L. 5. §. 2. Dig. 9. 2.

9) Auch hier bezeichnet injuria das damnum culpa datum.

10) L. 111. Dig. 50. 17.

11) §. 18. Inst. 4. 1.

Aquila agi posse ¹²⁾. Item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum ¹³⁾.

8) Von demselben ist auch das Fragment: An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur? quaeritur. Sed probari oportet, si *apud doli mali jam capacem* deposueris, agi posse, *si dolum commisit*; nam rel. ¹⁴⁾.

9) Der nämliche Rechtsgelehrte äußert lib. 11. ad Edictum: Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario ¹⁵⁾ conveniatur. Ego arbitror, et *ex suo dolo* conveniendum, *si proximus pubertati est*; maxime si locupletior ex hoc factus est ¹⁶⁾.

Bündiger lehrt

10) eben derselbe lib. 76. ad Edictum: De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis exceptio utique locum habet. Nam *et de pupilli dolum interdum* esse excipiendum, nequaquam ambigendum est, *ex ea aetate*, quae dolo non careat. Denique Julianis quoque saepissime scripsit, *doli pupillos*, qui *prope pubertatem* sunt, *capaces* esse ¹⁷⁾. Dennoch spricht

11) der nämliche *Ulpianus*, lib. 56. ad Edictum: Illud relatum peraeque est, eos, qui injuriam ¹⁸⁾ pati possunt, et facere posse. Sane sunt quidam, qui facere non possunt, ut puta furiosus et *impubes*, qui doli ca-

12) Ob auch actione *furti*? läßt *Ulpian* unbeantwortet. Er scheint auch hier, wie in der L. 5. §. 2. Dig. 9. 2., seinen Blick nur auf den *infantiae proximus* zu richten. Der Nachsatz läßt sich zur Bestätigung deuten.

13) L. 23. Dig. 47. 2. Vergl. L. 5. §. 2. Dig. 9. 2.

14) *Ulpianus* (lib. 30. ad Edict.) L. 1. §. 15. Dig. 16. 3.

15) Vergl. L. 13. pr. Dig. 4. 3.

16) L. 13. §. 1. Dig. 4. 3. coll. L. 14. huj. tit. del. non.)

17) L. 4. §. 26. Dig. 44. 4.

18) i. e. *contumeliam*. L. 1. Dig. 47. 10.

pax non est. Namque hic pati injuriam solent, non facere. Cum enim injuria (contumelia) ex affectu ¹⁹⁾ facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsant, sive conviciant, injuriam fecisse non videri. Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit, se injuriam facere, etiam si nesciat, cui faciat ²⁰⁾.

12) In einem noch andern Fragment spricht *Ulpianus* lib. 56. ad Edictum: Vi bonorum raptorum actio in *impuberem, qui doli mali capax non est*, non dabitur, nisi servus ipsius vel familia ejus admisisse proponantur, et servi et familiae nomine noxali vi bonorum raptorum actione tenetur ²¹⁾.

13) Gleiche Sprache führt *Ulpianus* lib. 29. ad Sabinum: Sed et si *ipsius pupilli dolo factum sit, si ejus aetatis sit*, ut doli capax sit, efficere, ut teneatur . . . dölus autem, quatenus noceat, ostendi ²²⁾ (debet) — *Deßgleichen*

14) lib. 72. ad Edictum: Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. Sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est; caeterum si jam doli capax sit, contra erit dicendum ²³⁾.

Auf ähnliche Weise spricht

15) *Ulpianus*, lib. 25. ad Edict. Praet.: Prima verba (cujus dolo rel.) ostendunt, eum demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit. . . . Igitur doli non capaces, ut admodum impuberes . . . excusati sunt ²⁴⁾.

19) Vergl. §. 18. Inst. 4. 1.

20) L. 3. §. 1. Dig. 47. 10.

21) L. 2. §. 15. Dig. 47. 8.

22) L. 3. §. 2. Dig. 14. 4.

23) *Ulpianus*, L. 1. §. 6. Dig. ne vis fiat rel. 43. 4.

24) L. 3. §. 1. Dig. de sepulchro violato. 47. 12.

16) *Paulus*, lib. sing. ad. Sct. Libon. sagt : Impuberem in hoc edictum incidere dicendum non est, quoniam falsi crimine *vix* possit teneri, cum dolus malus *in eam aetatem* non cadit ²⁵).

17) *Æ. Constantin* rescribit : Impuberes vero, etiamsi conscii fuerint (criminis falsae monetae), nullum sustineant detrimentum, quia *aetas eorum* quid videat ignorat ²⁶).

18) *Ulpianus*, lib. 50. ad Edictum : Impubes servus, vel ancilla nondum viripotens, non in eadem causa (§. 31.) erunt; *aetas* enim excusationem meretur. Impuberi autem utrum in supplicio tantum parcimus, an vero etiam in quaestione? Et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur; et alias hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur; terreri tantum solent, et habena vel ferula caedi ²⁷).

19) *Maecianus* : Excipiuntur Scto Sil. impuberes servi. Trebius autem Germanus Legatus etiam de impubere sumi iussit supplicium; et tamen non sine ratione. Nam is puer nec multum a puberi aetate aberrat et ad pedes domini cubuerat, cum occideretur, nec postea caedem ejus prodiderat. Ut enim opem ferre eum non potuisse constabat, ita silentium praestitisse, etiam postea, certum erat. Et his duntaxat impuberibus Scto parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent, qui vero ministri, vel participes caedis fuissent, et ejus aetatis (quanquam nondum puberis), ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini, quam in ulla alia causa parci oportere ²⁸).

²⁵) L. 2. pr. Dig. de lege Corn. de falsis. 48. 10.

²⁶) Const. 1. Cod. de falsa moneta. 9. 24.

²⁷) L. 1. §. 32. et 33. Dig. 29. 5.

²⁸) L. 14. Dig. 29. 5.

§. 2.

Uebersieht man sämtliche diese und etwan gleichlautende Bruchstücke mit und neben einander, so läßt sich folgendes Resultat aus ihnen folgern:

A) *Infantes* stellt das Gesetz den Vernunftlosen gleich, und enthebt sie daher aller und jeder Imputation, nicht nur des *dolus*, sondern auch der *culpa*, und zwar unbedingt²⁹⁾, so daß auch in concreto dem durch eine Handlung des Kindes Beschädigten ein Beweis nicht offen steht³⁰⁾: dieses Kind sey *culpa capax*, und es sey ihm daher in dem vorliegenden Fall ausnahmsweise eine *culpa* beizumessen.

B) *Impuberes*, im Gegensatz der *infantes*, über sieben, jedoch noch nicht resp. 14 und 12 Jahre alt³¹⁾, sind der Imputation ausgesetzt.

Hier aber tritt der Unterschied ein:

1) *infantiae proximi* sind nur *culpa*, nicht aber *doli capaces*. — Auch ist jene *capacitas culpa* nur eine allgemeine physische Möglichkeit³²⁾. In Bezug auf den einzeln *infantiae proximus* und dessen Handlung, welche ein *damnum* veranlaßt hat, muß der Beschädigte, zur Begründung einer Klage auf Schadensersatz gegen jenen Unmündigen selbst, behaupten und beweisen³³⁾: der Beklagte

29) §. 10. Inst. 3. 20. mit L. 5. §. 2. Dig. 9. 2.

30) Von der Haft derer, welche die pflichtige Aufsicht vernachlässigten, ist hier die Rede nicht.

31) *infantia majores*.

32) Nur in abstracto nimmt sie das Gesetz an — als nicht unmöglich.

33) L. 5. §. 2. Dig. 9. 2. verba: *si sit jam injuriae capax*. Es ist jedoch auch hier nicht ausgeschlossen, daß dieser Beweis auf die Natur der schädlichen Handlung selbst und deren Nebenumstände, als auf Ueberlegung und freien Willen des Unmündigen hindeutend, gestützt werden, und dann hieraus der Richter die Merkmale der subjectiven Verstandeskraft des *impueris infantiae prox.* entnehmen könne. Arg. L. 14. Dig. 4. 3. (del. non.)

sey auch subjectiv culpa capax, und der durch ihn veranlaßte Schaden sey also *damnum injuria datum*, nicht *casu datum* ³⁴⁾.

Justinian spricht zwar auch von dem *infantiae proximus* allgemein hin: „ein solcher Pupill habe noch nicht intellectum“ ³⁵⁾, und legt ihm nur insofern einen Willen bei, als er etwas erwerben könne — *propter utilitatem* eorum benignior juris interpretatio facta est rel. ³⁶⁾. Allein diese, bloß die Verträge des Unmündigen betreffende, Aeußerung Justinians, in dem Gebiete allgemeiner Grundzüge, schließt am wenigsten solche specielle Vorschriften aus, welche nicht aus Verträgen entspringende Verbindlichkeiten betreffen, und nur auf dem moralischen Princip beruhen: „verleze nicht deines Mitmenschen Person und Eigenthum!“ ³⁷⁾ Wenn nun Ulpian den *impubes*, im Gegensatz des *infans*, ohne Unterschied, ob derselbe *infantiae* oder *pubertati proximus* sey, als passives Subject der Klage aus dem Aquilischen Gesetz darstellt, dieses jedoch unter der Bedingung: „*si sit jam injuria capax*“, und wenn man hiermit Justinians vorgedachtes allgemeines Princip zusammen stellt, wenn man findet, daß andere Gesetze von dem *pubertati proximo* geradezu und unbedingt annehmen, „dieser sey culpa capax“ ³⁸⁾, so läßt mit Grund sich folgern, der vom *infans* zum *impubes* aufsteigende, des doli

34) Der durch ein *infans* veranlaßte Schaden ist, auf das Kind selbst hingesehen, immer nur *casuell*.

35) Dieser aber ist die Bedingung jeder culpa und capacitas culpa.

36) §. 10. all. Inst. 3. 20.

37) Das: *ne factum cujusquam alteri damnum afferat*, L. 25. §. 2. in f. Dig. 36. 1., verbunden mit den Worten *etiam ab eo, qui nocere noluit*, L. 5. §. 1. in f. Dig. 9. 2., bleibt nur dann außer Anwendung, wann das Gesetz diese schlechterdings und durchgängig abschneidet.

38) L. 111. Dig. 50. 17.

diesen Orts gar nicht erwähnende, Ulpian hatte zunächst nur den *infantiae proximus* im Auge, hielt diesen höchstens einer *culpa*³⁹⁾ für möglicher Weise fähig, wollte jedoch das Daseyn dieser Fähigkeit in concreto — in Ansehung des einzelnen, einer *culpa* beschuldigten *impuberis infantiae proximi* — nicht vermuthet, sondern von dem Beschädigten dargethan wissen — *si sit rel.*

2) *pubertati proximi* sind nicht nur der *culpa*, sondern selbst eines *doli*, für fähig zu achten⁴⁰⁾, und zwar hier mit dem weitem Unterschied, daß

a) die *capacitas culpa*, und die *culpa* selbst, bei jedem *pubertati proximo* sofort, ohne einen dem Beschädigten obliegenden besondern Beweis ihres Daseyns in concreto, anzunehmen — zu vermuthen ist, sobald die Handlung an sich, und vermöge ihrer schädlichen Folgen, die äußern Merkmale einer *culpa* an sich trägt, und ihr Effect, hätte

39) Man möge sagen: selbst der böse Vorsatz eines *impuberis infantiae proximi* könne höchstens die Natur, und also auch nur die Folgen, einer *culpa* haben. Daß die *impuberes infantiae proximi* eines *doli* für ganz unfähig geachtet werden sollen, und also auch in Rücksicht auf das einzelne Subject eines Unmündigen jenes Alters nicht einmal der dargebotene Beweis, „dieses Individuum sey *doli capax*,“ zulässig ist, ergibt sich auch daraus, weil mehrere Fragmente, resp. von den nämlichen Rechtsgelehrten, allgemein hin sagen; „der *impubes* sey nicht *doli capax* — ein *dolus* sey ihm nicht beizumessen,“ *Ulp.* L. 3. §. 1. D. 47. 10. *Idem* L. 3. §. 1. Dig. 47. 12. *Paul.* L. 22. Dig. 48. 10. *Const.* 1. Cod. 9. 24., andere Gesetstellen aber eine Ausnahme mit dem *pubertati proximo* machen, und bloß in Rücksicht auf die sen einen Beweis seines individuellen *doli* bei der verübten That erlauben. *Gajus* L. 111. Dig. 50. 17. mit *Ulp.* L. 23. Dig. 47. 2. *Id.* L. 13. §. 1. Dig. 4. 3. L. 4. §. 26. Dig. 44. 4. *Idem* L. 1. §. 15. D. 16. 3. §. 18. *Inst.* 4. 1.

40) L. 111. Dig. 50. 17. L. 13. §. 1. Dig. 4. 3. L. 4. §. 26. Dig. 44. 4. L. 3. §. 2. Dig. 14. 4. §. 18. *Inst.* 4. 1.

ein Mündiger sie begangen, ein *damnum injuria datum* genannt werden würde ⁴¹⁾ — hingegen

b) zwar die *capacitas doli* an sich, als physisch möglich, vorausgesetzt, jedoch das Daseyn des *doli*, (wie bei dem *infantiae proximo* der *culpa*), in dem vorliegenden einzelnen Fall, und in Bezug auf diesen, in Ansehung des jetzt eines *doli* wirklich beschuldigten *pubertati proximi* nicht präsumirt, sondern von dem das Daseyn eines *doli* behauptenden Gegner bewiesen werden soll ⁴²⁾.

Das letzte sub b., „daß die *capacitas doli*, nicht aber *ipse dolus*, eines *pubertati proximi* zu vermuthen sey“, leuchtet aus vielen der obigen Gesetze, besonders aus den Worten: „*si sit iam doli capax*“, deutlich genug hervor, und kann um so weniger bezweifelt werden, weil selbst im Verhältniß der Mündigen im allgemeinen das Princip gilt: *dolus non praesumitur* ⁴³⁾.

Ausgeschlossen wird jedoch hiermit keineswegs, das Daseyn des *doli* in concreto aus der Natur der schädlichen That selbst und deren Nebenumständen zu folgern ⁴⁴⁾, wenigstens insofern nur von der Begründung einer *actio doli*, nicht aber von der *poena publica* eines Verbrechens, die Rede ist ⁴⁵⁾.

41) Für den Unmündigen bleibt immer der Beweis offen, daß er *culpa* *incapax*, d. h. wahn- oder höchst blödsinnig sey.

42) §. 18. Inst. 4. 1. *et ob* relid L. 1. §. 15. Dig. 16. 3. *Julianus* in fr. unp. 23. Dig. 47. 2. L. 3. §. 2. Dig. 14. 4. §. 2.

43) L. 18. §. 1. Dig. 22. 3. Daß dieses vorzüglich nach teutscherrechtlichen Principien in peinlichen Strafsachen gelte, daß man hier noch mehr zum Beweis des *doli* fordert, als bloß die Beschaffenheit der als *factum* bewiesenen peinlich verpönten That, ist bekannt.

44) L. 13. §. 1. L. 14. Dig. 4. 3. L. 14. Dig. 29. 5.

45) Der *dolus* eines Unmündigen, wenn gleich *pubertati proximi* wird, der Natur des Menschen nach, im Verhältniß zu Menschen von ausgebildetem Verstand, der Regel nach doch nur den Grad einer groben Schuld haben, allein in Civil-

Wohl aber könnte man gegen den unter a) aufgestellten Satz erhebliche Zweifel aufregen. Allein man bedenke, daß keins der obigen Gesetze von dem *pubertati proximo* auch das spricht: „*si sit culpa capax*“ — daß sie denselben im Allgemeinen selbst des *doli* fähig achten, wenn auch unter der Bedingung des Beweises in concreto — daß es, auch mathematisch gerechnet, doch ein schlechtes Compliment der römischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrten für eine cultivierte Nation wäre, Knaben fast 11 und Mädchen fast 10 Jahre alt noch für so roh und einfältig anzusehen, daß sie fügen sie jemanden durch eine eigene freie Handlung einen Schaden zu, dieser Beschädigte noch einen besondern Beweis führen müsse: so viel freier Wille und soviel Ueberlegungskraft sey jenem Knaben oder Mädchen schon eigen, daß sie z. B. wissen und bedenken können, man dürfe seinem Nachbar die Fenster nicht einwerfen, und also auch nicht auf Gerathewohl Steine gegen sein Haus schleudern u. dgl. Genug, die Gesetze, welche den *pubertati proximus* als *culpa capax* bezeichnen, schweigen von einem weiteren Beweis ihres innern Daseyns, während sie diesen in Ansehung des *doli* ausdrücklich erheischen — und nur von diesem — dadurch also auch ein *argumentum a contrario* für ihre Sinnesmeinung geben.

Auch ist, meines Dafürhaltens, obige Stufenfolge,

I) das Kind unter sieben Jahren ist sowohl der *culpa* als eines *doli* schlechtthin unfähig ⁴⁶⁾ —

II) der Mensch, welcher das siebente Lebensjahr zurückgelegt hat, ist, so lange er dieser Gränze noch nahe steht, zwar denkbar einer *culpa*, keineswegs aber eines *doli* fähig,

sachen gilt dann das Princip: *aequiparatur dolo*. Auch *culpa lata* begründet *actio doli* — für Civilgenugthuung hat *dolus* und *culpa lata* gleiche Folgen.

46) Einzelne Ausnahmen achtet das Gesetz nicht. L. 3. 4. 5. 6. 8. 10. Dig. de legibus.

und auch das Daseyn der Fähigkeit zur Culpa bedarf in den einzelnen Fällen eines besondern Beweises —

III) nähert sich der Mensch der Periode der Fortpflanzungsfähigkeit, so ist seine *capacitas culpa*e nicht nur im allgemeinen zu praesumiren, sondern auch seine einzelne vollzogene schädliche Handlung ohne weiteres als culpa anzusehen, dahingegen zwar auch seine *capacitas doli*, nicht aber ein *dolus* selbst, vor ihm zu vermuthen ist, letzter mithin im einzelnen Fall einer besondern Nachweisung bedarf —

der Vernunft und Erfahrung, folglich aber einer guten Gesetzgebung, angemessen, und geeignet, den Sinn obiger Fragmente der, aus der Natur und Erfahrung schöpfenden, römischen Rechtsgelehrten am sichersten zu entwickeln und festzustellen.

§. 3.

Aber — wer ist ein *infantiae proximus* ⁴⁷⁾? wer ein *pubertati proximus* zu nennen?

Das Ende der Kindheit im speciellen Sinn — *infantiae* — so wie den Eintritt der Mündigkeit — Mannbarkeit — *pubertatis* — bestimmt Justinian's Gesetzbuch mathematisch ⁴⁸⁾, ohne jedoch irgendwo den Zwischenraum auf

47) Ich beziehe mich hier auf L. 1. und 195. Dig. 50. 16. L. 3. §. 1. Dig. 3. 5. L. 3. §. 1. Dig. 43. 29.

48) Bekanntlich das Ende des siebenten Lebensjahres, ohne Unterschied des Geschlechts, als Ende der Kindheit. L. 13. pr. Cod. 6. 30. L. 14. in fine Dig. 23. 1. L. 1. §. 2. Dig. 26. 7. Wenn auch N. Arcadius dieses allem Zweifel enthohe, L. 8. Cod. Theod. de bon. mat., so folgt hieraus dennoch nicht mit Zuverlässigkeit, daß das *fari posse* die allgemeine Gränze der Kindheit gewesen sey. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. §. 129. Note 27. Denn die von diesem Rechtsgelehrten angezogenen Gesetze beziehen sich wohl nur auf die Fähigkeit, Stipulations- und andere Formeln auszusprechen, mit welchen der Erwerb eines Rechts bedingt war. Die Pubertas, welche dem Wortsinne nach das teutsche Mündigkeit nicht ganz be-

gleiche Weise in Perioden nach Jahren und Monaten zu theilen. Auch gehet jede geschichtliche Spur ab, daß irgend eine Secte der römischen Rechtsgelehrten eine solche Idee vertheidiget habe. Accursius stellte sie auf, indem er den Zeitraum von dem Ende der Kindheit bis zum Eintritt der positiven Pubertät in zwei gleiche Hälften theilte, die Nähe an der Kindheit in die erste und die Nähe an der Mündigkeit in die zweite Hälfte der resp. 14 und 12 Jahre verlegte, so daß der Knabe, ehe er 10½ Jahr alt ist, als *infantiae proximus*, nachher aber, bis zum beendigten 14ten Jahr, als *pubertati proximus* anzusehen wäre, und eben so das Mädchen als *infantiae* oder *pubertati proxima*, je nachdem dasselbe das Alter von 9 Jahren 6 Monaten noch nicht zurückgelegt hat, oder nach dem Eintritt dieses Alters noch nicht 12 Jahre alt wurde. Nicht wenige und unter diesen bedeutende Romanisten treten dieser Lehre bei ⁴⁹⁾, das

zeichnet, sondern mit Mannbarkeit gleichviel ist, beziehet sich eben so bekannt auf die physische Fortpflanzungs-Fähigkeit; und daher der Unterschied, daß das Gesetz den Eintritt der männlichen auf das Ende des 14ten, der weiblichen aber, und zwar schon früher, auf das Ende des 12ten Lebensjahres feststellte, nachdem vorher das männliche Subject, welches vom Knaben zum Jüngling übergehen wollte, nach der Meinung eines Theils der Rechtsgelehrten einer Untersuchung seiner körperlichen Beschaffenheit sich unterwerfen mußte. L. 3. Cod. 5. 60. A. Pr. Inst. 1. 22. L. 5. D. 28. 1. L. 2. pr. Dig. 28. 7. L. 4. Cod. 6. 22. (*vestigia vigoris*). L. 13. §. 2. Dig. 26. 5. eine andere Secte aber auch in Ansehung der Knaben einen mathematischen Zeitpunkt, das Ende des 14ten Jahres, als Eintritt der Mündigkeit annahm. Vergl. Glück, a. a. D. §. 130. ibiq. leg. et icti all. pag. 216. f. Man überzeugte sich endlich, daß mathematische Punkte nothwendig wären. Mannbar — *pubes* — spricht man auch von dem Mädchen — wiewohl *viripotens* hier den Römern das genauere Wort ist.

49) Vergl. Glück, a. a. D. §. 130. ibi all. Donellus, Vinnius, Huber u. a. not. 34.

hingegen andere Rechtsgelehrte ersten Ranges, ältere und neuere, in den römischen Gesetzen nur einen moralischen und subjectiven Maasstab der Qualität eines infantiae oder pubertati proximi erfinden, nämlich die subjective Fähigkeit jedes einzelnen Unmündigen, ein Verbrechen zu begehen; so daß derjenige Knabe pubertati proximus zu nennen sey, dessen Geisteskräfte hinreichend ausgebildet sind, um die Illegalität seiner Handlung und deren schädliche Folgen vor dem illegalen Unternehmen einzusehen ⁵⁰⁾.

Die erste Meinung wird freilich einen Beweis aus römischen Gesetzen oder Schriftstellern schuldig bleiben müssen; aber auch die zweite Meinung rechtfertigt sich nicht aus den obigen Gesetzen, muß vielmehr in diese gewaltsam hineingelegt werden, und ist auch, in Hinsicht auf Tauglichkeit für die Anwendung, oder sie als Gesetz betrachtet, dem Maasstab des Accursius gewiß nachzusetzen. Nur um diese Behauptung zu rechtfertigen, bemerke ich folgendes:

Kein einziges Gesetz spricht so: „welcher Unmündige doli et injuria capax sey, der wäre pubertati proximus“, sondern gerade umgewandt: „der pubertati proximus ist doli et injuria capax“ ⁵¹⁾ — so wie Justinian seinen Satz so stellt: „infans und infantiae proximus hat noch nicht intellectum“ ⁵²⁾, nicht aber: „der Knabe oder das Mädchen, welches intellectum noch nicht hat, ist Kind, oder der Kindheit noch nahe.“ Der Alterszustand, das physische Alter, stehet also voran ⁵³⁾ — und dieser Hauptsache wird

50) S. a. Glück, a. a. D. pag. 214. ibi all. Corasius, Goddaeus, Robertus, Gothofredus, Averanius u. a. Thibaut, in dem Eyst. des Pand. R. §. 231. ibi all. Kleinschrodts.

51) L. 111. Dig. 50. 17. L. 4. §. 26. Dig. 44. und andere der eben angeg. Gesetze.

52) §. 10. Inst. all. 3. 20.

53) Besonders scharf und unverkennbar springt dieses auch aus Ulpian's fr. 3. §. 2. Dig. 14. 4. hervor, verb.: „si ejus“

dann ein Prädicat angefügt, eine Qualität beigelegt. Sie scheint also schon ihren festen Begriff gehabt zu haben, und dieser war wenigstens bei denjenigen römischen Rechtsgelehrten möglich, welche, gegen die Cassianer, auch in Ansehung der Knaben einen mathematischen Punkt des Eintritts der Pubertät annahmen, und deren bessere Meinung Justinian zum geschriebenen Gesetz erhob. So wie diese Gesetzgebung die Indagationen der Körperbeschaffenheit mißbilligte, und zwar nicht bloß wegen des Scandals ⁵⁴⁾, sondern auch, um durch eine feste Regel individuelle Zweifel und daraus entstehende Streitigkeiten abzuschneiden ⁵⁵⁾, so spricht sie sich auch im allgemeinen dahin aus: daß die Gesetze durchgreifend seyn müßten, und nicht nach den subjectiven Verhältnissen jedes Einzelnen gemodelt seyn könnten ⁵⁶⁾.

Consequent also wäre es wenigstens und harmonisch mit dem Ganzen, wenn, nachdem die Kindheit und die Pubertät ihre physischen Beendigungs- und Anfangs-Gränzen erhalten hätte, auch eine physische Gränze der Nähe an der Kindheit, und an der Mündigkeit, angenommen worden wäre ⁵⁷⁾.

Nach dem Princip: *doli et culpa capax est proximus pubertati*“, welches mit *Gaji* Worten: *pubertati*

aetatis sit;“ und eben so fr. *Ulp. l. 1. §. 26. Dig. 44. 4. verb. : ex ea aetate, quae dolo non careat rel. G. a. nr. 16. p. 221.*

54) *L. 3. Cod. 5. 60. indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes rel.*

55) *L. 4. Cod. 6. 22.*

56) *L. all. 3. 4. 5. 6. 8. 10. Dig. 1. 3.*

57) Eine Spur enthält wenigstens Justinians Gesetzsammlung, daß die Nähe an der Pubertät auch mathematisch geschätzt wurde, wenngleich das Fragment zu den Principien der Imputation der Unmündigen gar nicht gehört. *Callistratus: . . . sed etiam aetas pupillorum consideranda est; nam si priorum pupillorum aetas prope pubertatem sit, ita ut tantummodo semestre tempus reliquum fuerit rel. L. 17. pr. Dig. 27. 1.*

proximus doli et injuriae capax est,“ sich im ewigen Cirkel drehet, müßte also auch der Knabe von fast 14 Jahren in diesen Cirkel gerufen werden, um den Grad seiner Seelenkräfte und Geistesausbildung prüfen zu lassen. Und wer soll dieses thun? Sachverständige müßten ihn prüfen, und über das Seyn oder Nichtseyn seiner *capacitas doli vel culpa* ein vorgängiges Urtheil fällen. Zu einer solchen Prüfung und Beweisführung ist, nach einer guten Gesetzgebung, der Richter als solcher nicht legitimirt, sondern nur soweit gehet seine Befugniß, aus der Natur und den Umgebungen der bewiesenen Handlung jenes Unmündigen auf dessen Motive zu schließen, und, davon ausgegangen, zu ermessen, ob jene Handlung dolos, wenigstens culpos, zu nennen sey. Wenn nun aber jener Knabe nach der Sprache der Gesetze noch *infans* oder *infantiae proximus* ist, so soll der Richter in der Handlung einen *dolus* nicht finden, und wäre sie Mord und Todtschlag. Der Richter muß also schlechterdings und nothwendig voran wissen: was versteht das Gesetz unter einem *infantiae proximo*? ehe er die Frage sich erlauben und entscheiden darf: hat der Knabe in dessen bewiesener Handlung dolos gehandelt? Dürfte der Richter sogleich und nur von dessen subjectiven Qualitäten ausgehen⁵⁸⁾, so könnte das Resultat der fast absurde Widerspruch seyn: der gesetzliche *infantiae proximus* sey ein gerichtlicher *pubertati proximus*. Weiß aber der Richter, ein Knabe über 7, jedoch noch nicht 10½ Jahr alt, soll für *culpa capax* geachtet werden, so lassen sich hier: auf die subjectiven Verstandeskräfte des Unmündigen mit der

58) Eine höchst schädliche Willkühr! Seelenkunde, Menschenkenntniß, ist leider manchem Richter ein fremdes Feld. Der erste Anblick — Abstractionen aus momentanen Betrachtungen eines Individuums — sind höchst täuschend. Besser ist ein eiserner Wille des Gesetzes, auf allgemeine Menschenkenntniß und Erfahrung gegründet.

von dem Beschädigten bewiesenen schädlichen Handlung desselben leicht in Verbindung setzen, um richterlich zu ermessen, ob diese Handlung die Merkmale einer subjectiven culpa jenes impubes infantiae proximi an sich trage ⁵⁹⁾.

Steigt man aufwärts, in das Lebensalter von 10½ Jahr bis zum Ablauf des 14ten Jahres, und nimmt an: hier ist die illegale schädliche Handlung des Unmündigen schon für sich als culpa, als damnum injuria datum, anzusehen, ohne daß es weiter noch eines Schlusses aus ihren Umgebungen auf die Verstandeskraft des schadenden Knaben bedürfte, so ist das richterliche Erkenntniß sofort auf eine Weise basirt, welche wenigstens eher in dem Sinn der Gesetze liegen kann, und der Vernunft nach eher in ihnen liegen muß, als die oben schon erwähnte Procedur eines Geistesexamens des einzelnen Knaben, welcher eine schädliche Handlung verübte ⁶⁰⁾. Nur wenn von einem *dolus* dieses pubertati

59) Das alte teutsche Recht war hierunter strenger, als das römische Recht. „Erschlägt ein Kind einen Mann, oder lähmet es einen, sein Vormund soll das bessern mit jenes Wehrgeld, ob es auf das Kind gebracht wird. Welchen Schaden es auch thut, den soll er gelten nach seinem Werth, mit des Kindes Gut.“ Die Glosse setzt hinzu: Achte merke den Unterschied zwischen Gewalt und Schadea. Gewalt mag keiner jemand's thun ohne Willen, darum auch diese, Kinder und Thoren, weil sie keinen Willen noch Vorsatz haben, mögen sie auch niemand einigen Gewalt thun, und folgend's verurtheilen sie auch damit ihren Leib nicht. Schaden aber mag einer dem andern auch ohne Willen thun, und den muß man gleichwohl gelten. Darum man auch der Kinder und Thoren ihren Schaden gelten soll, ob sie gleich ohne Willen und Vorsatz ihn gethan hätten, nach eines jeden Menschen Wehrgeld u. s. w.

60) Will man ermann den Schulmeister um ein Gutachten requiriren? Helfen mag er, wann die bewiesene That des Unmündigen die Merkmal' des doli ausdrückt, und der Richter auch aus andern thatsächlichen Verhältnissen des Thäters dessen Geistesgrad erforschen will.

proximi die Rede ist, wird in Rücksicht auf das Subject, den Unmündigen, zwar dessen *capacitas doli*, d. h. die physische Möglichkeit, daß er dolose gehandelt haben könne, ohne weitem Beweis angenommen, jedoch kann die bloße Handlung allein, habe auch solche den fürchterlichsten Anschein, den vollen Beweis erst dann vertreten, wenn auch des unmündigen Autors subjective Seelenkräfte dergestalt mit ihr in Verbindung gesetzt werden, daß aus den bewiesenen thatsächlichen Umgebungen der schädlichen Handlung die besondern Gründe für die Folgerung des Daseyns eines *doli mali* gegeben und hergenommen werden. Im Zweifel ist dann selbst in Civilsachen anzunehmen, nur für *culpos* sey die That zu achten.

Vielleicht war also Accursius nur klüger, als Justinian und dessen Stoppelgehülfen, und vielleicht hat er der Praxis, oder einer besondern Gesetzgebung, in soweit jene seiner Aufsicht folgte, oder letztere hier bestimmen würde, mehr genügt, als die Bagheit der römischen Rechtsgelehrten in denen uns geliebten Fragmenten, nebst deren Erklärung nach subjectiven Eigenschaften.

§. 4.

Obige römische Gesetze aus Carls V. peinlicher Gerichtsordnung ⁶¹⁾ erklären oder ergänzen zu wollen ⁶²⁾, oder aus dem canonischen Recht ⁶³⁾, ist vergeblich. Auf Privat-Rechtsverhältnisse sind diese Gesetze gar nicht zu beziehen, sondern sie entscheiden bloß die Frage: ob der Unmündige am Leben gestraft, oder doch mit der ordentlichen öffentlichen Strafe belegt werden könne? Das päpstliche Recht findet *pueros grandiusculos*, wenn sie auch noch nicht 14 Jahre alt waren, oder pubescirten, der Begehung eines Verbre-

61) C. C. C. art. 164.

62) Glück, a. a. D. §. 130. E. 214. f. Kleinschrodts, Grundbegriff u. f. w. des peinf. Rechts. Thl. 1. §. 87.

63) Cap. 1. et 2. X. de delictis puerorum. 5. 23.

Archiv f. d. Civ. Prax. IV. B. II. 5.

stend fähig — doli mali capaces, will sie aber doch mit der ordentlichen öffentlichen Strafe verschont wissen. Die Halsgerichts-Ordnung findet auch solche Unmündige, die noch nicht nahe n^d ⁶⁴⁾ bei 14 Jahren alt sind ⁶⁵⁾, als Verbrecher straffällig, und läßt sogar Todes- und schwere Leibesstrafe, diese jedoch nur dann zu, wann der unmündige Verbrecher nahe n^d bei 14 Jahren alt ⁶⁶⁾, und der Diebstahl ⁶⁷⁾ groß, und mit so gefährlichen Umständen verbunden wäre, daß die Bosheit das Alter erfülle. Diese Strafgesetze stehen für sich, und leiden auch keine Erklärung aus dem römischen Recht; aber soviel sieht man doch auch aus ihnen, daß das physische Alter der erste Blick des Richters seyn soll, und daß, jenes vorausgesetzt, nach der Caroline in den einzelnen Fällen aus den Umständen der That gefolgert werden soll, ob dolus, und welcher Grad des doli mali, dem unmündigen Verbrecher beizumessen sey.

64) Hier ist das nahe offenbar in enger besonderer Bedeutung genommen. Nahe soll anzeigen: fast 14 Jahre alt — das nachfolgende begründet diese Auslegung.

65) „Item: so der Dieb oder Diebin ihres Alters unter 14 Jahren wären, die sollen um Diebstahl, ohn sonder Ursach auch nicht vom Leben zum Tod gericht, sondern u. s. w. bestraft werden.“

Hier wird also offenbar auch das Mädchen 14 Jahre alt erst für mündig geachtet.

66) „Wo aber der Dieb nahe n^t u. s. w. und der Diebstahl u. s. w.“ Beides muß also concurriren.

67) Daß die hier gegebenen Imputations-Regeln auch auf andere Verbrechen anwendbar sind, leidet keinen Zweifel.

XIX.

Ueber den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag.

Von
Dr. E. Zimmermann.

Ob ein nach des Gewaltgebers Tode zu vollziehender Auftrag erteilt werden könne, ist bekanntlich eine, sowohl für das alte als Justinianische Recht, bestrittene Frage ¹⁾. Zu ihrer Beantwortung ist uns jetzt eine neue Quelle zu Theil, aber eben dadurch auch eine neue Erörterung nothwendig geworden. Glück, der diese Frage selbst für das Vorjustinianische Recht zu bejahen keinen Anstand nahm, bemerkt, daß dieses dann freilich unbegreiflich wäre, wenn man wirklich keine obligatio oder actio erst mit dem Erben hätte beginnen lassen können ²⁾; allein aus §. 13. J. de inut. stipul. ginge hervor, daß dieses bei post mortem *dari sibi* eingegangenen Stipulationen Rechtens gewesen wäre, nicht aber bei irgend einem andern „nach dem Tode des Mandanten entweder zu seinem oder zu eines Dritten Vortheil“ zu vollziehenden Auftrag ³⁾, und somit hinge dieser Rechtsatz mit unserer Frage gar nicht zusammen. — Allein wen nicht schon die bisherigen Zeugnisse von der völligen Allgemeinheit

1) Glück Comm. B. 15., S. 336—345.

2) Glück a. a. O. S. 343.

3) Glück, S. 344, 345.

ines von Justinian aufgehobenen Grundsatzes überzeugen konnten ⁴⁾, der darf ferner weder seine Allgemeinheit, noch seine Anwendbarkeit auf den gegenwärtigen Fall läugnen, da Gajus in seinen Institutionen folgendes sagt:

Gajus Comm. III. §. 158.

Item si quis post mortem meam (*aliquid mihi*) faciendum mandat, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse.

Den Grundsatz, welchen hier Gajus ausdrücklich als ratio der Ungültigkeit irgend eines nach dem Tode zu vollziehenden Mandats angibt, hat er noch an andern Orten wiederholt ⁵⁾. Aber nicht daraus erklärt sich ein anderer, sehr bekannter, und auch von Justinian nicht aufgehobener Rechtsatz, daß das Mandat mit dem Tode des Mandanten oder Mandatars erlischt; denn sonst hätte jedes Menschen Tod ein allgemeiner Tilgungsgrund aller seiner obligatorischen Rechtsverhältnisse seyn müssen, und der *nr alte* Satz, daß in der Regel alle Obligationen und Actionen auf und gegen die Erben gehen, müßte zur Lüge werden. Vielmehr hängt dieses hier, wie z. B. auch bei der *societas*, mit der beliebigen Widerruflichkeit derselben zusammen, weil man alsdann den Tod wie einen *ipso jure* geschehenen Widerruf be-

4) L. 11. C. de contr. et comm. stip. (§. 38.): „Serupulosam veterum inquisitionem, utrum post mortem, vel cum moreretur, vel pridie quam moreretur stipulatus sit aliquis, vel in testamento — — dereliquerit, penitus amputantes: omnia quae vel *quocunque contractu*, vel stipulati vel pacti sunt contrahentes — — etiamsi post mortem — — etc. L. un. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant (4, 11.):“ Cum stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat — — etc. Theoph. ad §. 13. J. 3, 9 und ad §. 35. J. 2., 20., L. 8. fin. C. Th. de div. reser. (1, 4.).

5) Gaj. II., 232., III., 100, 117, 176.

trachtet ⁶⁾. Dagegen der anfangs erwähnte Rechtsatz hat den Sinn: es kann nicht zum Voraus festgesetzt werden, daß etwas erst dem Erben des Gläubigers oder vom Erben des Schuldners erfüllt werde ⁷⁾, also z. B. ich kann post mortem meam dari nicht stipuliren, post mortem heredis dari nicht legiren, aber wer bloß stipulirt: dari spondes, der kann immerhin sterben, ohne daß sein Erbe die ex stipulatu actio verliert, weil sie vom Vorgänger wenigstens angestellt werden konnte. Ja sogar von der stipulatio cum moriar, oder cum morieris sagt §. 15. J. de inut. stip: „ut apud veteres utilis erat, et nunc valet.“ Zwar verwirft sie Gajus (III, 100.) ebenfalls, allein da er doch ein solches Legat gelten läßt (II, 232), so geht daraus hervor, daß hierüber Partheystreit herrschte ⁸⁾; dieser beruhte aber nicht auf einem Zweifel an dem Grundsatz überhaupt, sondern auf der auch in der damaligen Philosophie bestrittenen Frage ⁹⁾: ob der Moment des Todes zum Leben oder zum Tode gehöre? —

6) Zur Realisirung ist darum auch nichts als der neue Consens des Erben nöthig. So kommt in L. 9. §. 1. de jure dot. (23, 3.), ein Auftrag vor des Inhalts: daß die dem Mandatar tradirten Sachen „nuptiis secutis dotis efficiantur,“ allein der Mandans stirbt vor der Hochzeit, und es entstand die Frage: „an secutis nuptiis dotis esse incipiant?“ worauf Ulpian antwortet: er glaube kaum, daß es anginge, denn die donatio hing ob vom dies nuptiarum, wie aber der eingetretene sey, waren die Objecte schon auf den Erben des Auftraggebers eigenthümlich übergegangen, „a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est,“ also nur vom Tode wird neue Willensäußerung notwendig, vgl. Meine Recens. von Savigny in seiner Zeitschrift, B. 4., H. 1., Nr. I. in den Heidelb. Jahrb. 1820, S. 811 — 814.

7) — — „Ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori“ L. 8. C. Th. cit, oder: „actio adversum nos non coepta (a nobis non coepta) adversus (ad) heredes nostros non transit.“ Theoph. ad §. 35. J. cit.

8) S. auch L. un. C. cit.

9) Gell. N. A. VI. 1.

Wenn das Mandat mit dem Tode erlischt, wenn der Mandator auch keinen nach seinem Tode zu vollziehenden Auftrag geben kann, so dürfte, wer minder scharf als die Römer unterscheidet, in dem Institut des adstipulator einen Widerspruch finden. Der adstipulator nämlich, dem Namen nach schon aus Cicero ¹⁰⁾ bekannt, ist, wie uns Gajus lehrt, derjenige, welcher sich neben dem stipulator dasselbe wie dieser stipuliren läßt, und also im Verhältniß zum Promittenten weder in Hinsicht des Rechts zur Klage, noch zum Empfang der Zahlung, von dem Hauptgläubiger abweicht; obgleich er im Verhältniß zu diesem nur Mandatarius ist, also das Empfangene zurückgeben muß ¹¹⁾. Eines solchen Adstipulators nun kann sich derjenige bedienen, der eine von seinen Erben erst geltend zu machende Stipulation eingehen möchte, ja das war sogar der wesentlichste Zweck des Instituts ¹²⁾. Wenn nämlich A zu B sagt: post mortem meam dare spondes? so ist die Stipulation unwirksam, wenn aber daneben auch C zu B sagt: idem dare spondes? so besteht zwischen diesen beiden letzten Personen eine post mortem alterius, nämlich des A, zu erfüllende Obligation, woran die Römer nie Anstand nahmen ¹³⁾. Was aber nun B von C nach dem Tode des A erlangt hat, dessen Restitution kann sich der Erbe des A mandati judicio erzwingen ¹⁴⁾. Das Mandat war hier weder anfangs ungültig, noch mit dem Tode des A erloschen. Der an den B ergangene Auftrag war: „lasse dir idem stipuliren,“ und mit dessen Vollziehung war das Mandat erfüllt. Klagt nun B ex stipulatu, so bedient er sich seines durch die Stipulation

10) Cic. pro Quinctio c. 18; in Pisonem c. 9; ad Brut. in fin.; auch Fest. sub voc. Reus stipulando.

11) Gaj. III., 110 — 114, 117, 126.

12) Gaj. III., 117.

13) §. 16. J. de inut. stipul. L. 45. §. 2. D. de V. O. (45,1.)

14) Gaj. III., 117.

erworbenen Rechts. Darum kann er selbst invito creditore klagen¹⁵⁾, was nicht anginge, wenn auch das Anstellen der Klage noch im Mandat begriffen wäre, indem ja dann der Mandans revociren könnte. Ja das Klagen konnte hier gar nicht einmal mandirt werden, denn da es sich um eine erst nach des Mandators Tode ein Klagrecht gebende Stipulation handelt (*post mortem meam dari spondes?*), so würde der aus Klagen gestellte Auftrag null seyn. Also muß man sich damit begnügen, das bloße Stipuliren zu mandiren — denn so viel wird bei Lebzeiten erfüllt — und es der guten Gefinnung des adstipulator überlassen, ob er nachher sein ex stipulatu erworbenes Recht wirklich geltend machen wolle. Darum sagt auch Gajus nicht, daß der adstipulator vom Erben des stipulator zum Klagen gezwungen werden könne, sondern nur, daß, wenn er geklagt und etwas erlangt habe, diesem *mandati actio* zusteht¹⁶⁾. Denn es versteht sich von selbst, daß der Mandatar dasjenige, was er aus einem bereits bei Lebzeiten erfüllten Mandat (hier: aus der eingegangenen Stipulation) nachher gewonnen hat, an den Erben des Gewaltgebers eben so gut zurückzahlen¹⁷⁾, als dieser im umgekehrten Falle den Mandatarius für seine gehaltenen Auslagen decken muß¹⁸⁾, und zwar, wie Paulus nach seiner Gewohnheit kurz und treffend sagt: *quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati*

15) Arg. L. 108. init. D. de solutt., und dessen, was selbst beim *adjectus* gilt (Note 20).

16) „Adhibetur autem stipulator, ut is post mortem nostram agat: *qui si quid fuerit consecutus, de restituendo co mandati iudicio heredi* * * * tenetur, Gaj. III., 117. (also nicht: *ut agat mandati iudicio tenetur.*)

17) Es ist dies ja sogar der Fall, wenn der Mandatar nach seines Gewaltgebers ihm unbekannten Tode den Auftrag erfüllt hat §. 10. J. mand. L. 26. pr. §. 1. D. mand. L. 77. §. 6. de leg. II., L. 19. §. 3. fin. de donatt.

18) L. 14. pr. §. 1. D. mand. L. 47. de coad. indeb. (12,6.)

actio solvitur ¹⁹⁾. Wäre die Stipulation gar nicht auf den Todesfall eingegangen worden, sondern bloß durch dare spondes und, idem dare spondes? so hat es keinen Anstand, daß sogar der Erbe des ersten Stipulators klagen konnte; und wenn folglich jemand sibi aut Titio hat stipuliren lassen, so kann der adjectus Titius zwar nicht klagen, weil er nicht selbst stipulirt hat, aber allerdings die Zahlung empfangen, wegen deren Restitution jener Erbe zur mandati actio berechtigt ist ²⁰⁾.

Die Nothwendigkeit der oben erwähnten Umwege beweist, wie fest der Grundsatz im alten Rechte stand: es könne kein nach des Mandanten Tode erst zu vollziehender Auftrag erteilt werden. Daß diese Regel aber als bloßer Folgesatz eines von Justinian aufgehobenen Grundsatzes consequenter Weise wegfallen müsse, ist doch wohl schon jetzt gewiß, und es muß insofern die andere, nie aufgehobene Regel: „daß Mandat erlischt mit dem Tode“, im Justinianischen Rechte dahin modificirt werden: „es sey denn, daß es erst nach dem Tode vollzogen werden soll.“ — Justinian's Absicht, auch jenen Folgesatz zu vertilgen, ergibt sich aber.

1) Aus L. un. C. cit. (Note 4.), worin er alle contractus post mortem compositos für gültig erklärt.

2) Daraus, daß der Kaiser den erwähnten §. 158. des Gaius in seinen Institutionen gänzlich ignorirt.

3) Daraus, daß selbst die Pandekten ein mandatum post mortem gelten lassen. Daß solche Stellen freilich interpolirt seyn müssen, ist jetzt gewiß. Zwar von L. 12. §. ult. D. mand., deren Verfasser Ulpian ist, möchte ich dieses mit völliger Entschiedenheit dennoch nicht behaupten. Sie lautet, wie folgt:

¹⁹⁾ L. 58. pr. D. mand.

²⁰⁾ L. 59., L. 10, 11, 12. §. 1., 3. vgl. mit L. 12. pr. §. 2, 4. D. de solut. (46., 3.) L. 71. pr. L. 106. D. eqd. L. 131. §. 1. D. 45., 1. u. f. w.

Marcellus scribit, si *ut post mortem sibi monumentum fieret*, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere: illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum: maxime si jam quaedam ad faciendum paravit.

Hier könnte man allenfalls denen beistimmen, welche darin entweder eine aus religiösen Rücksichten, oder etwa bei allem, was nur nach dem Tode erfüllt werden kann, geltende Ausnahme finden wollen. Denn so gilt z. B. auch im alten und Justinianischen Rechte in favorem dotis ²¹⁾, und auch libertatis ²²⁾, eine Ausnahme des alten und Justinianischen Grundsatzes, daß das Mandat mit dem Tode erlischt.

Wenn nun aber unmittelbar nach jener Stelle Gajus sagt: (L. 13. D. mand. Gajus Lib. 10. ad Edict. provinc.)

Idem est et si mandavi tibi, *ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum*,

so wird nun niemand mehr mit Noodt ²³⁾ an einen Platz für ein Erbbegräbniß denken wollen. Soll Gajus zum Edict nicht seinen Institutionen widersprechen, so muß er in L. 13. cit. grade das Gegentheil dessen, was ihm die Compilation unterlegt, gesagt haben; etwa *non idem — —*, oder, was am natürlichsten ist, in seinem Zusammenhange sprach er von einem ungültigen Mandat, und fuhr fort: *idem est — —*. Die Compiler bringen aber durch den von ihnen geschaffenen Zusammenhang das Umgekehrte

21) L. 9. §. 1. de jure dot. vgl. mit meiner Note 6) cit. Recension.

22) L. 4. pr. de man. vind. (40,2.).

23) Noodt Observ. L. 2., c. 3.

heraus; denn die vorangehende Stelle läßt das Mandat gelten, entweder weil auch sie interpolirt ist, oder weil sie eine, jetzt freilich mit der Regel zusammenfallende, und darum auch nicht mehr als solche hingestellte, Ausnahme enthielt. Eben so konnte auch die

L. 27. §. 1. mand. Gajus Lib. 9. ad Ed. provinc.
Si servum ea lege tibi tradidero, *ut eum post mortem meam manumitteres*, constituit obligatio — —,

durch bloße Hinweglassung des Wörtchens „non“, oder Hineinsetzung der Worte „post mortem meam“ leicht interpolirt werden.

Wie man die Gültigkeit eines post mortem zu vollziehenden Mandats auch für das alte Recht hat vindiciren können, ist also schon durch die hier angeführten Stellen klar; denn daß der Justinianische Gajus interpolirt sey, konnte ja erst durch Auffindung eines ächten Gajus schlüssend bewiesen werden! — Aber wie konnten wieder andere grade umgekehrt die Wahrheit dieses Satzes sogar für das Justinianische Recht in Abrede stellen? Ein Grund war die nicht zusagende Inconsequenz, daß ein Mandat mit dem Tode aufhören, und dennoch über das Leben hinaus soll ertheilt werden können. Allein da dieser Vorwurf nicht das alte Recht trifft, so beweist er jetzt weiter nichts, als wie sehr sich ein Gesetzgeber hüten müsse, daß er nicht mit plumper Hand in ein organisches Rechtssystem ändernd eingreife, und in der Meinung, überflüssige, den Verkehr hemmende Subtilitäten zu tilgen, die schöne Harmonie des Ganzen zerreiße. Der zweite Grund lag in L. ult. D. de solution. Diese lautet nach der Florentina so:

Paulus lib. 2. manual.

Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem

meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur.

In dem ersten Theile der Stelle ist von demselben Verfahren die Rede, was oben bei Gelegenheit des Adstipulators geschildert worden, nämlich daß sich jemand auf meinen Auftrag etwas post mortem meam stipuliren ließ, und wäre noch dabei bemerkt, daß er dadurch nur einer — von mir selbst eingegangenen — Stipulation beigetreten sey, so hätten wir sogar noch den wahren adstipulator. Daß nicht etwa der Sinn der sey: es sollte erst post mortem stipulirt werden, geht daraus hervor, daß von dem erworbenen Rechte invito me die Zahlung anzunehmen, also von einer zu meinen Lebzeiten schon abgeschlossenen Stipulation die Rede ist. Dafür ist aber gar kein Grund vorhanden, mit Cujacius zu lesen: „Ei qui mandatu meo stipulatus est, post mortem meam recte solvitur,“ wenn auch gegen die Wahrheit dieses Satzes weder nach altem noch nach neuem Rechte etwas einzuwenden ist. Daß dagegen der zweite Theil der Stelle mit Cujacius also gelesen werden müsse: „Ei autem cui jussi debitorem meam solvere, post mortem meam non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur,“ und daß dafür Handschriften und die Basiliken sprechen, und daß sonst der angeführte Grund unpassend wäre — haben schon andere bemerkt²⁵⁾. Wollte man sich aber auch nicht von der Florentinischen Lesart entfernen, so würde daraus doch nur so viel folgen, daß die Stelle zwar eius historische, freilich durch schlechten Grund unterstützte²⁶⁾, Wahrheit enthielte, aber den widersprechenden Stellen, die erwiesenermaßen Justinians Ansicht enthalten, in der Praxis nachstehen müßte.

24) Cujacius Observ. I., 38.

25) Glück, a. a. O. S. 341, 342.

26) Denn statt: „quia mandatum morte dissolvitur“ müßte stehen: „quia ab heredis persona obligatio incipere non potest.“

XX.

Unterscheidet sich das römische: *via*, *actus*, *iter*,
dem Sprachgebrauch nach wirklich von dem
teutschen: Fahr- oder Fuhrweg, Vieh-
treibeweg, Fußweg?

Von G e n s t e r.

§. 1.

Nachdem ich mir erlaubt hatte, einer Abhandlung des
Hrn. Dr. Sommer: „Ueber die Anwendung der L. 7. pr.
Dig. de servitut. praedior. rusticor.“ in diesem Archiv,
B. 3. Abh. XX. S. 314. f. einige Bemerkungen hinzuzufü-
gen, und nachdem diese mit jener die Presse verlassen hatten,
gelangte ich zur Kenntniß einer, um eben jene Zeit bekannt
gewordenen Schrift, in welcher der verehrl. Hr. Verfasser
folgendes ausspricht: ¹⁾

»Schweppe sagt in seinem Römischen Privatrechte
§. 290.

»In Rücksicht der Wege führt das römische Recht
iter, *actus*, und *via* an, deren nähere Bestim-
mungen auf dem römischen Sprachge-
brauch beruhen, und bei uns unanwend-
bar sind.«

1) Civilistische Erörterungen, ein Programm, von Dr.
J. A. Seuffert, Prof. der Rechte und Geschichte zu Würz-
burg, 1820.

2) S. 70 f. nr. III. dieser civilist. Erör.

Diese Bemerkung ist bei der Anwendung der römischen Grundsätze von diesen Servituten wohl zu berücksichtigen. Denn wenn z. B. die *servitus itineris* in den römischen Gesetzen als das Recht bezeichnet ist, sich eines Pfades über das Grundstück eines Andern zum Gehen oder Reiten zu bedienen, oder auch in einer Sänfte darüber tragen zu lassen, so hatte dies darin seinen Grund, weil die Römer unter *iter* einen Weg verstanden, dessen man sich zum Gehen und Reiten und zum Tragen in einer Sänfte bedienen konnte ^{a)}. Da wir aber in der deutschen Sprache keine Bezeichnung eines Begriffes haben, welcher dem des *iter* entspricht, so sind auch bei uns die Rechtsgrundsätze unanwendbar, welche bei den Römern aus dem Sprachgebrauche des Wortes *iter* entstanden sind, und hierin ihre Bedeutung für das Leben hatten. — Wem also heutzutage das Recht des Fußpfades bestellt wurde, der kann denselben nicht so breit begehren, daß er auch reiten und sich in einer Sänfte tragen lassen kann. Eben so verhält es sich mit den römischen Bestimmungen, daß der zum *actus* Berechtigte den Weg auch zum Fahren benutzen könne ^{b)}, daß auf der *via* auch Steine und Balken geschleift werden dürfen ^{c)}, daß die *via* in gerader Linie 8, und in der Biegung 16 Fuß haben muß u. s. w. ^{d)}.

Auch bei Anwendung des allgemeinen Grundsatzes: „aus der größeren Art der Wegegerechtigkeit“

a) In fr. 12. de serv. pr. rust. sagt Modestinus „*iter est enim, qua quis pedes vel eques commovere potest.*“ — und in fr. 7. pr. eod. Paulus: „*Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur.*“

b) fr. 1. 12. eod.

c) fr. 7. eod.

d) fr. 8. eod.

keit solle immer auch die geringere folgen“ e), muß man dieß Verhältniß der Rechtsvorschriften zum Sprachgebrauch wohl beachten. Zwar entscheidet das römische Recht bestimmt, daß die *servitus itineris* die geringste, die *servitus viae* die größte Art sey. Aber diese Classification kann nach den obigen Bemerkungen keine bindende Richtschnur seyn. Man muß vielmehr stets auf die individuellen Umstände des concreten Falles sehen. Das Recht, eine ganze Heerde Rindvieh zu treiben, möchte aber allerdings größer seyn, als das, mit einem gewöhnlichen Wagen zu fahren.“

Aljo Seuffert

§. 2.

Auf den Satz in dem Lehrbuch von Schweppe habe ich am Ende meiner erwähnten Bemerkungen zu der Commerischen Abhandlung B. 3. S. 323. nur hingedeutet. Da aber jener Satz von Seuffert an die Spitze gestellt wird, um eine gleiche Meinung zu vertheidigen, und seinen Zuhörern einzuprägen, so dürfte ein Gegenwort, man tadle dieses oder nicht, vielleicht doch dazu nützen, weniger schnell und unbedachtsam einem Vorderatz zuzustimmen, welcher auf der einen Seite geschichtlich unerwiesen, bloß das Product einer subjectiven Phantasie, und insofern gewiß grundfalsch ist, als er sich in den Erscheinungen in dem wirklichen Leben und Wesen der Bürger finden soll, auf der andern Seite aber einen höchst nachtheiligen Einfluß auf eine gesetzliche Praxis haben kann, und daher unter die gefährlichen, gerichtlichen Hader befördernden und verlängern, Irrlehren gehört.

Unrichtig ist gewiß,

1) daß das römische: *iter* — als Gerechtsame oder als das Local betrachtet, auf welchem sie ausgeübt wird —

e) fr. 1. pr. eod.

etwas anders bezeichnen, als das deutsche Wort: Fußweg; Gerechtigkeit, oder Fußweg.

Gerade wenn man in die Wirklichkeit des deutsch-bürgerlichen Lebens hinsieht, findet man, daß jene Begriffe der Römer und der Deutschen hierunter ganz identisch sind.

Auf öffentlichen Fuß- oder Gehewegen, im Gegensatz von dem Fahrweg³⁾, wurde und wird in Deutschland häufig geritten, insofern nicht ein polizeiliches Verbot aus irgend einem besondern Grund, oder die Localität, es untersagt; und auch in bloß privatrechtlichem Gebiet verhält es sich nicht anders. Man sehe den Landmann, wie solcher in der Flur auf bloßen Feld- und Fußwegen durch und über die Grundstücke seiner Nachbarn reitet, von diesen freundlich begrüßt! Man frage einen solchen Landmann: was denn ein Fußweg sey? und er wird antworten: »je nun, auf welchem man nicht mit Vieh fährt, sondern wo der Fußgänger, wohl auch ein Reiter und Schiebkarner, sich hinwenden kann.« Mancher nach dem Weg fragende Reisende wird mit samt seinem Pferd auf den Fußweg gewiesen, weil man da näher und bequemer reite.

Von selbst versteht sich aber, daß der zunächst für das Gehen bestimmte Weg sich eigne, mitunter den hauptsächlich zum Fußgehen Berechtigten auch als Reiter passieren zu lassen, ohne daß dieses nachtheiligen Einfluß auf Grund und Boden, oder die Früchte u., des dienenden Gutes hat. Und so dachte denn freundlich und billig auch der Römer, ohne je ein Gesetz zu kennen: »iter begreife unbedingt und immer auch: das Recht zu reiten.« Dieses Befugniß hienge vielmehr lediglich von der Localität und jener Unschädlichkeit ab⁴⁾.

3) In manchen deutschen Gebieten auch der Fuhr- oder Fuhrweg genannt, besser, als Fahrweg.

4) Zunächst wird *iter* nur so definiert: *est jus eundi - ambulandi hominis - non etiam jumentum agendi*, L. 1. pr.

Noch weniger kann man sagen: dem Leutschen sey es fremd, mit einer Fußwegsgerechtsame auch die Befugniß zu verbinden, auf einem Sessel, oder in einer Sänfte ⁵⁾, über den Fußweg von Menschen sich tragen zu lassen. Mit der Fußwegsgerechtsame hat man gewiß auch das Recht erworben, sich seine Bedürfnisse, z. B. wenn die iter zu einem Haus als dem herrschenden Gut führt, Hausgeräthe, Mehlsäcke u. zutragen zu lassen; und warum sollte denn also der Besitzer des praedii dominantis nicht sein eigenes Fleisch über den Fußweg durch Fußgänger tragen lassen dürfen? So incivil ist der Leutsche noch weniger, als der Römer. Genug, daß die Sänfte Platz findet, ohne auf den Seiten des Fußweges etwas zu beschädigen, oder zu verhindern. Der Bauer wird sich freilich selten jenes Recht anmaßen; allein man sehe in die Städte, fingire, daß ein Hausbesitzer eine Fußwegsgerechtsame über des Nachbarn Hof u. habe, jener aber hißweilen, zum Schmauß oder zur Kirche, in einer Sänfte sich tragen lassen wolle, und man wird den Hofbesitzer

Dig. 8. 3., vel *vehiculum*. Pr. Inst. §2. 3. *Modestinus* spricht: iter est, qua quis pedes, vel (allenfalls) *eques*, com-
meare potest, L. 12. Dig. 8. 3. Dieses vel *eques* ist aber um
so weniger als wesentlicher Bestandtheil der Definition anzusehen,
weil *Modestinus* den Unterschied zwischen *actus* et *iter* zii-
gen will, und dabei andeutet, höchstens könne iter auch das
Recht in sich fassen, auf einem Reitpferd (oder Esel) den Fußweg
zu passieren.

- 5) *Sella* und *lectica* wurden von Fußgängern getragen —
diese berührten nur mit ihren Füßen den Weg, und so sagt
Paulus: Qui *sella* aut *lectica* vehitur, *ire*, non *agere*
dicitur. L. 7. pr. Dig. 8. 3. Tragen Thiere die Sänfte
(Basternam), so gelten diese für ein Gespann — *jumentum* —
und daher setzt das Gesetz hinzu: *jumentum vero ducere non*
potest, qui iter tantum habet — oder durch *Ulpian*: *non*
etiam jumentum agendi. L. 1. pr. Dig. ej. tit. 8. 3. Gleich-
viel, ob man unter *jumentum* ein Zug- oder Lastthier
verstehen will.

auch ohne römisches Recht gewiß nicht beipflichten, wollte er eine Negatorienklage anstellen.

Man könnte vielmehr annehmen, der teutsche Sprachgebrauch verbinde mit dem Wort Fußweg einen noch mehr umfassenden Begriff, als der Römer mit dem *iter* — indem daselbst gewöhnlich auch Hand- und Fuß-*Vehicula*, Schienenkarren und Draisinen, geduldet werden.

Ferner ist unrichtig,

2) daß es teutschen Begriffen widerstrebe, mit einer Viehtreibe:Gerechtsame auch den Gedanken einigen Fahrrechts zu verbinden. So wie bei *iter* das Reiten nicht begriffswesentlich, sondern nur eine zufällige Rechtsmöglichkeit ist, gerade so verhält es sich auch mit dem *jus vehundi* im Verhältniß zu dem Viehtreiben. Es kommt auch hier auf Localitäten an, und wenn nun der für die Ausübung der unbeschränkt gegebenen Viehtreibe bestimmte Weg sich eignet, auch manche Arten von Wagen schadenlos auf selbiger ziehen zu lassen, so wird teutscher Volksinn dieses unschädliche Fahrrecht eher mit der Viehtreibe:Besugniß natürlich verbunden, als hiermit im Widerspruch finden. Daß auch der Römer in dem Gebiete dieser Servitut sich nur ein beschränktes Fahrrecht dachte, ergibt sich aus der ganzen Stellung der geringern *servitus actus* zu der *servitus viae*, und es ist nicht nöthig, wohl auch für sich allein nicht stark beweisend, darauf hinzuzeigen, daß bei Ulpian, Modestinus und Justinian selbst ⁶⁾ das Wort:

6) *Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum* rel *Just. Pr. Inst. 3. 4. et Ulpianus L. 1. Dig. 8. 3. Modestinus: Actus est, ubi et armenta trajicere et vehiculum ducere liceat. L. 12. Dig. ej. tit. 8. 3. und aus L. 13. in fine Dig. 8. 2. entnimmt man, daß das vehiculum durch die Localität ausgeschlossen seyn konnte, ohne dem Begriff des actus Abbruch zu thun. Nur Paulus bedient sich statt des Wortes vehiculum des Wortes *plaustrum*. L. 7. pr. Dig. 8. 3. und indem er zur Beschreibung der *serv. viae* übergeht, spricht*

Verd. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.

vehiculum vorherrscht, welches zu erweitern — deutet es

derselbe von den zur iter oder zum actus Berechtigten: Sed trahendi lapidem, aut tignum (Stein- und Balken-Schleifen) neutri eorum jus est. Quidam nec hastam rectam ei ferre licere (dicunt), quia neque eundi neque agendi gratia id faceret, et possent fructus laedi. Und nun: Qui *viam* habent, eundi agendique jus habent; *plerique* et trahendi quoque (lapidem aut tignum), et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat. Die von Just. Pr. Inst. gegebene Definition: *via* est jus eundi et agendi et ambulandi, (die Worte Ulpian's L. 1. Dig. 8. 3.,) ist aus dem römischen Sprachgebrauch zu erklären, nach welchem man durch die verbundenen Worte ire-agere — eundi-agendi — (Geh- - Treibe) einen Fahrweg bezeichnete, gewiß weil durch die Verbindung der zwei untern Bestandtheile dem Römer dasjenige Höchstere bezeichnet war, welches beide diese Untertheile in sich faßte. *Partes pro toto*. Archiv, B. 3. Abb. XX. S. 318. N. 2. Eine Mehrzahl Gesetze bestätigt dieses, z. B. L. 9. Dig. 8. 2. L. 20. Lit. 34. Dig. 8. 3. L. 9. Dig. 8. 5. Eben so die Verbindung iter et actus — jus eundi agendique. L. 13. §. 1. Dig. 46. 4. Ganz anders wenn es hier im Anfang heißt: iter *vel* actus. Die Basiliken nennen die volle servitus viae eine via lata, und definiren diese dennoch: est, ire et ambulare et agere. Als Grund dieser Definition wird überall hinzugesetzt: *nam* via et iter et actum continet.

Armenta bezeichnet wohl ursprünglich das Ackerbauvieh, d. h. welches besonders für die schwereren Landbauarbeiten bestimmt war, Zugpferde, Zugochsen u. dgl.; *jumenta* aber scheint einen allgemeineren Begriff zu haben; theils auch armenta in sich fassend, theils alles größere auf einem praedio rustico sich findende Vieh, welches zu öconomischen Diensten allerlei Art wirklich gebraucht wurde. Was nicht gejocht, angespannt, oder belastet wurde, z. B. Milchkühe, das junge Zuchtvieh der armentorum und jumentorum, Schweine, Schaaf, Ziegen u. dgl. bezeichnete das Wort pecus im engeren Sinn. Im Allgemeinen begriffe pecora, so wie pecudes, auch armenta und jumenta. Wurde eine Mehrzahl pecora im engeren Sinn im Haufen geweidet, so hieß dieser: *grex* — eine Heerde. So

Kleinere Fahrzeuge an — das von Paulus ⁷⁾ gebrauchte Wort: *plaustrum* schon deshalb nicht vermag, weil letzteres, wie das deutsche Wort: Wagen, eben sowohl ein *vehiculum*, als einen Last- oder Fruchtwagen bezeichnet, mithin auch Paulus ein *vehiculum minus* im Sinne gehabt haben kann. Aus dem ganzen Zusammenhang der von der *servitus actus* handelnden Hülfsgesetze spricht hervor, daß der Römer so dachte: „nun wer einmal alle seine *armenta*, *jumenta* und *pecora*, auch heerdenweise, über des andern Grund und Boden treiben darf, dem mag auch erlaubt seyn, jenem Vieh ein *vehiculum*, ein leichtes Fahrwerk, ist

in Deutschland: Heerden = Vieh. Möglicher Weise können aber auch *armenta* und *jumenta* zu manchen Zeiten gemeinschaftlich gemeidet und dann auch eine Heerde genannt werden. Vrgl. L. 89. pr. Dig. 50. 16. L. 38. §. 4. 5. 6. Dig. 21. 1. L. 65. §. 4. sq. L. 81. §. 2. sq. Dig. 32. L. 1. §. 3. Dig. 6. 1. L. 12. §. 2. sq. Dig. 7. 8. Von der Deutung bei Legaten ist übrigens auf die Bedeutung in dem Gebiet der *Servituten* nicht sicher zu schließen. Was eine *hasta recta* bezeichnen soll, ist bekanntlich nicht ausgemacht. Glück, in den Erl. d. Pand. §. 676. Meines Theils nahm ich es früher auch bildlich, Archlv, B. 3. Abh. XX. S. 223. Note 9; allein es fragt sich: ob die *hasta* nicht abgebaute Bäume, Stangen, große Baumzweige, Balken u. dgl. andeute, die der Mann mehr vertikal als horizontal auf der Schulter trägt? Diese Stangen, hohe Baumbüsche u. dgl., können die Bäume und Früchte des dienenden Gutes leicht beschädigen, und weder im Zweck der *iter* noch des *actus* liegt jenes gefährliche Holztragen *quia neque enndi neque agendi gratia id faceret*. Wer aber mit hoch oder schwer beladenen Lastwagen fahren, auf diesen auch jenes Holz einfahren darf, dem mag erlaubt seyn, es auch auf der Achsel ein- oder fortzutragen — *si modo fructus non laedat*. Dafür muß er sich auch mit dem beladenen Fuhrwagen hüten. Daß *hastula* einen kleinen Baumzweig andeute, ist bekannt. Auch in Deutschland ist Spieß und Stange nahe verwandt und oft gesellschaftlich.

7) L. 7. Dig. 8. 3.

dieses dem Treibeweg unschädlich, anzuhängen, etwan um zu fahren, was er den Lastthieren auflegen könnte 8). Diese mit ihrer Last versperren und zertreten ja den Weg eben so stark und stärker, als ein leichtes Gefährt. Und so denkt auch deutscher billiger Volksinn, will man auch ganz davon abgehen, daß selbst zum Zweck des Viehtreibens einiges Fahrwerk sich nöthig machen kann 9). Man sage also wenigstens nicht so beliebig hin, der Deutsche denke sich unter Viehtreibe schlecht hin, allgemein und ausschließlich, nichts anders, als einen Weg für ledig laufendes Vieh mit einem Treiber. In nicht wenigen deutschen Feldmarkungen wird man Viehtreibewege finden, z. B. für die Schäfereien u. dgl., wo der Berechtigte bisweilen auch mit einem vehiculo erscheint, und niemand dieses unnatürlich, vielmehr Jedermann es schon deshalb für erlaubt findet, weil dort sein Viehweg ist, wenn gleich über fremden Grund und Boden — genug, daß es diesem nicht schadet.

Endlich läßt sich

3) am wenigsten bezweifeln, daß ein deutscher Fahrweg, im vollen Sinn des Sprachgebrauchs, einer römischen *via*, im Gegensatz von *actus* und *iter*, wirklich ganz gleich sey in der Lehre von den Dienstrechten, und zwar als Gerechtsame, dem allgemeinen regelmässigen Begriff nach — sowohl dem Deutschen als dem Römer — die Befugniß bezeichnet, auf jenem Fuhrweg alles und alles zu fahren, was dem herrschenden Gut und dessen Besitzer als solchem nöthig und nützlich ist, dem dienenden Grund:

8) Es scheint auch nicht ohne alle Bedeutung, wenn wenigstens Justinian mit Ulpian spricht: *actus est jus agendi jumentum vel vehiculum*.

9) Einen Schiebefarren (*currum trusatilem*) braucht man sich darunter mit C. v. Bynkerhoek nicht zu denken. S. Glück, a. a. O. §. 675. S. 153. f. Auch das Wort *agere* möchte auf jenes Fahrwerk schwerlich anwendbar seyn.

stück aber nicht mehr schadet, als die Natur jenes Fahrens und dessen Zweck mit sich bringt.

Auch der Deutsche schleift hie und da Bauholz und Steine auf dem Fahr- oder Fuhrweg, ist es so Fuhrgebranch, und kann nicht der Leidende in Bezug auf deutsche Cultur des Fuhrwesens das fordern, daß der Befugte zur Schonung des Weges jene Steine, Bäume und Balken, auf veränderte Wagen lade.

So wie aber auch hier auf Localitäten Rücksicht zu nehmen ist, so greift auch da, wie bei der *servitus actus itineris*, das herrschende Princip ein: „man solle das Dienstrecht *civili modo* ausüben“¹⁰⁾; und es kann daher jenes Schleifrecht aus jenem oder diesem oder einem andern¹¹⁾ Grund hinwegfallen, ohne daß die *servitus viae* aufhört, dieses zu seyn¹²⁾. Nur muß ihr der Begriff bleiben: des Weges als eines Fuhren-Weges im Sinne des gemeinen Sprachgebrauches, ohne weitere Beschränkung als der natürlichen, sich bedienen zu dürfen¹³⁾.

Ist nun dieses Recht nach diesem Begriff vorhanden, wie es in Deutschland unzählig der Fall seyn wird, so läuft es auch keineswegs gegen deutsches Rechtsgefühl, so zu schließen: wer einen Weg auf jene Weise befahren darf, ist auch befugt, sein unangespanntes Vieh, *armenta, jumenta*, pe-

10) L. 9. Dig. 8. 2. — *civiliter modo* — *minore servientis detrimento*. Dieses liegt auch im Geist der L. 13. §. 1. Dig. 8. 3. Steile Höhen herab kann das Schleifen unvermeidlich seyn, soll Gefahr vermieden werden.

11) Z. B. mittelst Vertrags, oder weil die Befugthandlungen, welche *usucapio* begründen, nie bis zum Schleifen ausgedehnt wurden.

12) L. 7. all. Dig. 8. 3. *plerique rel.*

13) L. 13. Dig. 8. 2. Wenngleich leichtere Wagen fahren konnten, nicht aber Last- oder Fuhr-Wagen, so wäre immer *actus* vorhanden — nach dessen allgemeinem Begriff. Leg. Note 6. C. 249. f.

cora, gregem, dort hin und her zu treiben, und mit seiner Familie u. s. w. in Person hin und her zu gehen — ambulare. — Ja man möchte sagen: es sey dieses juris gentium, und es dringe die gesunde Vernunft jenen Satz jeder cultivirten Gesetzgebung auf, weil auf der einen Seite die Uebung jener geringern Befugniß auf der *via lata* dem dienenden Gut nicht mehr schadet, als das Fahren mit schweren Lasten, auf der andern Seite aber das Ausschließen des Vieh-, treibens und Gehens auf dem Fuhrenweg unendliche Schwierigkeiten und Zwistigkeiten, ja selbst Absurditäten, in dem bürgerlichen Leben hervorbringen würde ¹⁴⁾.

14) Vergl. dies. Archiv, B. 3. Abh. XX. S. 319. Note 7. Wie selten wird es möglich seyn, daß das herrschende praedium rusticum 1) einen besondern Fuhrenweg, 2) einen besondern Viehtreibeweg, und 3) einen besondern Fußweg habe! Man denke sich unter die praedia rustica! — Der Römer selbst dachte sich, daß im Gebiete solcher Dienstrechte, bezögen sich solche auf praedia urbana, Beschränkungen natürlicher wären. L. 14. Dig. 8. 4. Das römische Princip: „Servituten sind untheilbar,“ ist nicht bloße Subtilität, sondern greift stark und zwecklich in die Wirklichkeit ein. Wohl auch in Hinsicht auf absurde Folgen sagt wohl Pomponius: Pro parte quoque neque legari neque adimi *via* potest; et si id factum est, neque legatum neque ademptio valet. L. 11. Dig. 8. 2. Actus et iter sind nämlich so natürlich wesentliche Bestandtheile der *via*, daß, werden jene abgezogen, die *via* selbst nicht mehr *via* ist — durch die Theilung ihrer Bestandtheile hört sie auf. So ist auch Ulpian zu deuten in L. 13. §. 1. Dig. 46. 4. Will man der *via* abziehen iter *vel* actus, so ist damit nichts gesagt. Denn soll die *via* als solche bleiben, nach ihrem vollen Begriff, so muß auch actus et iter bleiben. Sagen aber die Contrahenten geradehin, ohne Erwähnung der *via*: „es solle actus et iter aufhören,“ ja, dann hatte der römische Sprachgebrauch hiermit die *via* selbst bezeichnet. S. Note 6. Hätte ein Römer gesagt: „war sollst du *servitutem viae* haben und behalten, aber das jus eundi agendique soll hinwegfallen,“ so wäre dieses seinen Mitrömern

§. 3.

Aber wo und wie steht denn in dem römischen Recht geschrieben, daß jegliches *jus velundi* auch eine *servitus viae* im obigen Sinne sey, und also jedes *jus velundi* zugleich *actus* und *iter* nach deren unbeschränktem Begriff enthalte?

Ueberblickt man sämtliche diese Servituten betreffende Fragmente in Verbindung mit den allgemeinen Principien, welche die Natur, das Wesen, und die Grenzen der Dienstrechte bestimmen, so dürften die römischen Gesetze folgendes Resultat geben ¹⁵⁾.

A) als *servitutes reales* setzen jene Dienstrechte ein herrschendes und ein dienendes Grundstück voraus, bezwecken den Vortheil des ersten und dessen Besizers als solchen, und können also schon an sich nur zum Bedürfnis und Vortheil des herrschenden Gutes, dessen Besitz und ökonomischer Benutzung eines *patris familias idonei*, ausgeübt werden ¹⁶⁾.

eine *contradictio in adjecto* gewesen — ein Unsin — welcher am wenigsten in einer Stipulations-Formel von Wirkung seyn konnte.

15) Ich lasse die vielerlei Gesetzauslegungen und mancherlei Ideen, welche einzelne, obige Dienstrechte betrachtende, Rechtsgelehrte aufgestellt und ausgeführt haben, zur Seite liegen, nehme die Fragmente der röm. Rechtsgelehrten, wie sie vor mir liegen, in soweit sie mir nicht entgehen, trage sie unmittelbar hinüber in die mir gegenwärtige Wirklichkeit in dem bürgerlichen Leben, besonders des Landmannes und der Fertigkeit dessen Besizungen, und spreche so meine Ansicht aus, harmonire nun diese mit der Ansicht anderer, oder nicht. Die vorzüglichsten hieher gehörigen Schriften sind verzeichnet bei Thibaut, Syst. des Pand. R. §. 608. Note a., und bei Glück, Erläut. der Pand. §. 674 — 676.

16) . . . non ultra posse, quam quatenus *ad eum ipsum fundum opus sit*. L. 5. in f. D. 8. 3. Vergl. auch L. 6. 24. et 29. huj. tit. L. 20. §. 1. Dig. 8. 2. Thibaut, in den Versuchen über einz. Theile der Theor. des R. Abh. 1.

B) Jedes jener Dienstrechte soll seinen gesetzlichen Begriff und Umfang für den Fall haben, wann weder eine ausdrückliche Bestimmung der Interessenten ¹⁷⁾ den Umfang feststellt, noch eine die Ausübung anweisende Hindeutung auf ein bereits vorhandenes bestimmtes Local die Willensmeinung des Gebenden ausspricht, noch aus schon geschehenen Handlungen der Interessenten rechtlich sich folgern läßt, was gegeben und erworben seyn soll ¹⁸⁾. Auch ist bei einer zweifelhaften Lage und Auslegung die mindere Belästigung des dienenden Gutes anzunehmen, sowohl in Ansehung der Servitut an sich, als wegen der Mittel zu deren Ausübung ¹⁹⁾.

§. 16. f. ed. 2. Glück, Erl. d. P. §. 664. §. 52. f. Wenigstens muß dieses gelten, wenn ein Dienstrecht aus dessen eigenem gesetzlichen Begriff erklärt werden soll — wenn ein Vertrag, Testament u. dgl., die Gränze nicht wörtlich und klar bestimmt.

17) Besonders auch in Ansehung der Servituten gilt das allgemeine Princip: *tueri enim placita inter contrahentes debent.* L. 3. Cod. de serv. et aqua. 3. 34. L. 4. pr. Dig. 8. 1. v. contra placita.

18) L. 14. pr. Cod. 3. 34. L. 4. L. 5. §. 1. L. 6. §. et 13. Dig. 8. 1. L. 13. 22. et 23. pr. Dig. 8. 3. L. 14. Dig. 8. 4. L. 11. pr. Dig. 8. 6.

19) L. 20. §. 5. in f. Dig. 8. 2. L. 13. Dig. 8. 4. arg. L. 15. Dig. 8. 3. L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. Dig. 43. 19. Immer aber müssen dem Berechtigten die notwendigen Mittel zur Ausübung der Servitut, so wie diese unbestrittener oder erwiesener Maßen ihm zusteht, zugelassen werden und verbleiben, führte auch die Ausübung zu einer zufälligen Beschädigung des dienenden Gutes. L. 16. D. 8. 1. L. 20. §. 1. D. 8. 2. L. 3. §. 3. L. 15. Dig. 8. 3. L. 11. pr. et. §. 1. Dig. 8. 4. L. 4. §. 5. D. 8. 5. L. 3. §. 12. L. 4. pr. D. 43. 19. Sind zur Ausübung des Dienstrechtes Herrichtungen des Fahr-, Treibe- oder Fuß-Weges erforderlich, so muß der Besitzer des herrschenden Gutes jene auf seine Kosten bewirken. L. 20. Dig. 8. 1. L. 20. §. 1. Dig. 8. 2., so wie schon aus obigem und aus dem allgemeinen

Wenn nun

C) mittelst eines Vertrages, oder durch eine letztwillige Verordnung ²⁰⁾,

1) eine *servitus viae* nur als solche unbestimmt, ohne alle Beschränkung und Demonstration, gegeben, d. h. nur soviel festgestellt wird, »der Besitzer des herrschenden Gutes dürfe von diesem aus und zu diesem zurück einen Theil des dienenden Gutes als Fahrweg benutzen,« hierzu auch das Local physisch sich eignet, so soll diese generelle Bestimmung, im Gefolge einer gesetzlich zu präsumirenden Willensmeinung der Paciscenten und resp. des Testators, die Befugniß enthalten, nicht nur

a) den Fahrweg als Fuhrenweg so zu befahren, wie man einen Fahrweg von dem herrschenden Gut aus und zu diesem zurück, ökonomischen Regeln nach, als guter Haushalter zu benutzen pflegt, sondern auch

b) das zu dem herrschenden Gut und dem Haushalt dessen Besitzers gehörige Vieh, *armenta, jumenta et pecora*, von jenem aus, und in oder auf dasselbe zurück, zu treiben, dergleichen

c) des Fuhrens und Viehtreibweges sich als Fußweges zu bedienen, mit und ohne Wagen oder Treibevieh, für sich und alle Personen, welche des herrschenden Gutes und dessen Besitzers wegen zu einem erlaubten Zweck ²¹⁾, oder

Princip: *servitus in faciendo* nun consistit, von selbst folgt, daß jener Besitzer die Wegeverbesserung zwar geschehen lassen muß, aber nicht selbst verbunden ist, den Weg zu erhalten. L. all.

20) Von dem Umfang bei dem Erwerb durch Verjährung absonderlich — unten lit. G.

Von der Befugniß zur Wahl des Ortes, über welchen *via*, *actus*, oder *iter*, laufen solle, s. L. 9. Dig. 8. 1. L. 13. §. 3. L. 26. Dig. 8. 3. mit Glück a. a. D. §. 677.

21) Tagelöhner, Aerzte, Gäste, Besuchmacher u. s. w. L. 20. Dig. 8. 6. L. 1. §. 7. Dig. 43. 19.

vermöge einer erlaubten Disposition jenes Berechtigten, auf das praedium dominans und von diesem zurück gehen wollen ²²⁾.

Und in diesem unbestimmten, unter C) vorausgesetzten, Fall soll dann der noch zu regulirende Fahrweg eine gesetzlich bestimmte Breite erhalten ²³⁾, verstatet es das Local ²⁴⁾.

Wird

2) der actus als selbstständige Servitut — principaliter auf jene unbestimmte Weise versprochen oder legirt, so begreift derselbe

a) die unter C. 1. h.) erwähnte Befugniß, mit dem Zusatz, allenfalls eines vehiculi sich mit zu bedienen, ist es dem dienenden Gut nicht schädlicher, als das bloße Treiben des zum Haushalt des Berechtigten gehörigen Viehes, oder erfordert es der Zweck des Viehtreibens ²⁵⁾.

b) das unter C. 1. c. erwähnte Recht des Fuß-

22) nam et iter et actum in se continet via. L. 1. pr. Dig. 9. 1. Pr. Inst. 2. 3. L. 9. Dig. 8. 1. si cui simpliciter via rel. L. 7. pr. Dig. ej. tit. L. 13. §. 1. Dig. 46. 4. Vergl. Note 6. u. L. all. 20. Dig. 8. 6. et L. all. 1. §. 7. Dig. 43. 19. Was vom actus ohne via gilt, (nr. 2.) ist auch Rechtens für den actus als Unterbestandtheil der via — und was von der iter allein im Gesetz verordnet ist (nr. 3.), muß auch dann von ihr gelten, wenn sie nur als Bestandtheil der via oder des actus constituirt wurde.

23) Viae latitudo ex lege XII. tab. in porrectum octo pedes habet, in infractum, i. e. ubi flexum est, sedecim. L. 8. Dig. 8. 3. Via constitui vel latior octo pedibus vel angustior potest, ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest, alioquin iter erit, non via. L. 23. pr. mit L. 13. Dig. ej. tit. und L. 13. Dig. 8. 2.

24) Wo nicht, so kommt wieder L. 13. §. 2. Dig. 8. 2. und L. 23. pr. D. 8. 3. zur Anwendung.

25) L. 1. pr. Dig. 8. 3. und §. 1. Inst. 2. 3. L. 12. Dig. 8. 3. L. 13. Dig. 8. 1. L. 7. Dig. 8. 3.

weges²⁶⁾ mit dessen unter nr. 3. näher zu erwähnenden Bestandtheilen.

Eine gesetzliche Bestimmung der Breite des Viehtreibesweges ist nicht gegeben²⁷⁾, und es muß dessen Regulirung, entsteht deshalb ein Rechtsstreit, dem Richteramt mittelst Sachverständigen überlassen bleiben, welchen nur die Bedürfnisse des herrschenden Gutes, dessen Haushaltungs-

26) . . . nam ire quoque *per se* eum posse — *Sabinus, Cassius, Octavenus*, ajunt — qui actum habet. L. 2. in f. Dig. 8. 6. Auch hier tritt das Princip der Untheilbarkeit ein — actus ohne iter ist kein actus in dessen vollem Sinn. Qui actu legato iter adimat, *nihil* adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest. L. 4. Dig. 34. 4. Vergl. auch L. 14. §. 1. Dig. 7. 8. Wenn Ulpian spricht: Qui iter sine actu, et actum sine itinere habet, actione de servitute habet, L. 4. §. 1. Dig. si serv. vind. 8. 5., so setzt dieses den besondern Fall voraus, daß ein Recht, Vieh zu treiben, mit der Bedingung gegeben wurde, nur zum Viehtreiben solle der Weg gestattet seyn. Ein solcher Vertrag oder ein solches Legat ist nicht recht unmöglich, weil die Servituten auf mancherlei Weise modulirt werden können, Note 17.; allein ein actus dieser beschränkten Art ist doch nicht mehr der actus im reinen gesetzlichen Sinn — er ist unvollkommen. Es bleibt dann jedoch das Recht, mit dem Vieh zu gehen, als nothwendiges Mittel zum Zweck, auch stillschweigend stehen. Arg. L. 10. v. et hausto relicto rel. Dig. 8. 2. L. 3. §. 3. Dig. 8. 3. Vergl. Glück, a. a. D. §. 675. C. 153. ibi all.

27) *Latitudo actus itinerisque ea est, quae demonstrata est* (versprochen, legirt oder angewiesen). Quodsi nihil dictum est, hoc *ab arbitro* statuendum est. L. 13. §. 2. Dig. 8. 3. Bezog sich die demonstratio auf ein bestimmtes Local (zwischen Gebäuden u. dgl. hindurch) wo es nicht möglich ist, Vieh zu treiben, so bleibt doch iter gegeben. L. 13. Dig. 8. 1. Aus L. 23. pr. D. 8. 3. könnte man folgern, die möglicher Weise durch Sachverständige zu regulirende Breite eines Viehweges müsse wenigstens der Breite eines vehiculi, der Wagenbreite, gleich seyn. Vergl. a. Glück, a. a. D. C. 152.

Viehstand, mit Rücksicht auf die Localität des praedii servientis, zur Entscheidungs-Norm dienen können ²⁸⁾. Denn dort und damit ist die Ausübung jedes Dienstrechts gesetzlich bedingt ²⁹⁾. Da kann denn der Gebrauch jedes vehiculi ausgeschlossen, oder namentlich auf eine derjenigen Art Wagen beschränkt werden, welche auf dem nunmehr bestimmten, auf dem regulirten, Viehtreibeweg gefahren werden können, ohne die Last des dienenden Gutes zu erhöhen.

Im Fall endlich

3) nur allein iter als selbstständiges Dienstrecht — principaliter — allgemein zugesagt oder letztwillig verordnet wird, so enthält sie

a) die unter lit. C. 1. c. schon beschriebene Fußwegsgerechtsame ³⁰⁾; aber auch

b) die Befugniß des Besitzers des praedii dominantis und seiner Hausgenossen, auf einem Pferd oder Esel, oder von Menschen auf einem Sessel oder in einer Sänfte, auf dem Fußweg sich tragen zu lassen ³¹⁾, eignet sich das Local hierzu, ist stillschweigend gestattet, kann das noch zu re:

28) Vergl. Note 22. all. L. 13.

29) S. oben lit. A.

30) Ist iter ein gesetzlicher Unterbestandtheil des actus nach dessen vollem gesetzlichen Begriff, so folgt schon aus dem actus, daß es gleichviel ist, ob man hinter dem Thier hergeht, oder auf ihm sitzt, und daß, wo man allenfalls mit einem leichten Wagen fahren darf, man auch in basternis und carrucis erscheinen kann. Das letztere aber, in basternis von armentis oder jumentis sich tragen zu lassen, oder auch nur in einer einspännigen carruca zu fahren, überschreitet die Befugniß einer bloßen, principaliter gegebenen, iter. Vergl. leg. Note 31. all.

31) Pr. inst. 2. 3. mit L. 1. pr. L. 7. pr. und L. 12. Dig. 8. 1. Ein Beispiel aus der Wirklichkeit sey hier hinzugesügt. A. besaß ein Grundstück an einem Berg. Zu diesem Grundstück führte nur ein Fußsteig, und zwar über das unter der Besingung des A. liegende Ackerfeld des B. Dieses Ackerfeld war, als hutfrei, umzäunt, und durch den Zaun führte eine verschlossene,

gulirende Local des Fußweges durch Sachverständige so vor-
gezeichnet werden, daß derselbe, wird er nach Maßgabe des
Bedürfnisses des herrschenden Gutes und dessen Besitzers als
solchen mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des dienenden

breite, auch zum Ein- und Ausfahren geeignete, Thür, sowohl
auf jenen Fußsteig, als überhaupt auf den Acker des B. Zu die-
ser Thür hatte auch A. unbestrittener Maßen einen Schlüssel,
um zu jeder Zeit durch sie einzugehen auf sein oben liegendes
Grundstück. Eben so unbestritten gehörte Grund und Boden
des Fußsteiges zu dem gemessenen Gehalt des Ackers des B.
Der Fußweg, dessen sich auch der B. mitbediente, um auf ihm
zu den obern Theilen seines Ackers zu gehen, und sein Gesinde
gehen zu lassen, war so beschaffen, daß er einen etwa 4 Schuhe
hohen Damm, einen Rain, bildete, auf dessen 2 und 3 Schuhe
breiten Schärfe man trocken und ohne Verletzung der Früchte
aufwärts Schritte, und an den beiden Seiten dieses Damm-Fuß-
weges standen Obstbäume, deren Zweige oben zum Theil sich
berührten, und einen Schattengang bildeten. A. beschloß sein
lange vernachlässigtes Grundstück neu zu cultiviren, und ließ da-
her eine große Quantität Erde, Dünger u. s. w. durch Träger,
mit Körben und Butten auf dem Rücken, hinauf schaffen, ja auch
Balken, Breter, Ziegeln und andere Baumaterialien, die Zim-
merleute trugen die Balken horizontal, nicht als *hasta recta*,
hinauf, die Maurer, wie Josua und Caleb die Traube, ihre
vollen Gefäße mit zubereitetem Kalk an auf den Achseln liegen-
den Stangen. A., des Steigens müde, setzte sich mehrmals
auf einen Klepper, welcher ihn hinauf trug. Jetzt lief B. in
das Gericht, um mündlich zu klagen, und ein Inhibitorium
auszuwirken. Als ihn aber der Richter fragte: ob jene Träger,
Handwerksleute, und der reitende A. Schaden an dem Getraide
oder an den Obstbäumen thaten? und B. dieses nicht behaupten
konnte, wies ihn der Richter geradezu ab, weil sein Suchen nicht
gesetzlich begründet sey, indem das Recht des Fußsteiges jene
Benutzung des A. für sein herrschendes Gut nach Beschaffenheit
des Locals in sich schließe. Das nämliche geschah, als A. wim-
melnde Gesellschaften auf seinem Verggarden bewirthete, und
bedeutende Schaaren eingeladener Gäste einzeln hinter einander
den Fußsteig auf- und abwanderten. Aber als A. im folgenden
Jahr sich auch beigegeben ließ, Erde, Dünger u. dgl. durch Esel

Gutes regulirt, auch ein Reiten, oder Tragen, möglich macht, ohne dem Besitzer des letzten eine besondere Last zuzuziehen ³²⁾.

Auch hier schreibt das Gesetz keine Breite des Weges vor, und es kommt auch hier die unter 2 b) wegen Bestimmung des Viehtreibeweges bezogene richterliche oder schiedsrichterliche Festsetzung zur Anwendung ³³⁾.

Sobald aber

D) irgend eine jener drei principaliter gegebenen Servituten in dem einzelnen Fall ihre obige Allgemeinheit und mit dieser ihr Vollsēyn verliert, sey es nun durch ausdrückliche Bestimmung des Gebenden, oder

in diesen angehängten Körben auf den Fußweg hinauf tragen zu lassen, und B. auch deshalb die Gerichte anrief, erfolgte ein bedingtes Mandat an den A., jener Benutzung mit Trageseilen sich zu enthalten. Und als A. nun auf die Unschädlichkeit seines Transports mit Korbeseln exceptivisch sich stützte, wurde das Mandat als unbedingt bestätigt, weil er vermöge des Rechts einer bloßen, wenigleich vollen, iter keineswegs befugt sey, auf den Fußweg Thiere zu treiben, selbst nicht unbesladen. Das Treiben sey kein Reiten — jenes sey *actus*, letztes gehöre nach Umständen zur iter.

Wir dünkt, die Anwendung des römischen Rechts erscheine hier mit lebendiger Möglichkeit und in voller Gerechtigkeit.

32) Wenngleich iter den *serv. praed. rustic.* beigezählt ist, so beziehen sich doch die Gesetze auch hauptsächlich auf die Fußwege aus und zu einem Wohnhaus — aus und zu der Wohnung des Bauern und anderer Landbewohner. Sowohl für diesen, als auch für den Bewohner eines Hauses in der Stadt, welcher das Recht des Fußwegs aus und zu seinem Hause hat, würde aber dieses möglicher Weise eine Art Gefängniß, wann er, vielleicht krank, lahm u. dgl., nur auf seinen eigenen Beinen das Haus verlassen dürfte. Immer aber wiederholt sich: die Beschaffenheit des *Locals* kann die Wirkung einer vertragmäßigen Beschränkung haben.

33) L. 13. §. 2. Dig. 8. 3. *Latitudo actus itinerisque ea est rel.* C. Note 27. C. 259. Vergl. Glück, a. a. O. §. 674. pag. 143.

durch eine aus der Beschaffenheit der in Bezug stehenden Grundstücke, oder aus den zeitlichen Ausübungs-Handlungen, von selbst sprechende Beschränkung, sobald ist der gesetzliche Vordersatz abgeschnitten, aus welchem man das volle Daseyn seines Unterbestandtheils des geringern Dienstrechts, nach dessen allgemeinem Begriff, folgern dürfte. Vielmehr muß, so wie das Abseyn einer Beschränkung der höhern Servitut auch das Vollseyn des niedern Dienstrechts begründet, eben so die in concreto vorhandene Beschränkung des höchsten Dienstrechts auch abwärts die Beschränkung der geringern Servitut zur Folge haben ³⁴⁾. Und diese Beschränkung äußert sich darinnen, daß das niedere, in dem höhern inbegriffene, aus diesem bloß gesetzlich gefolgerte, Dienstrecht hier bloß als Mittel zum Zweck der höhern Servitut anzusehen ist, d. h. nicht weiter ausgeübt werden darf, als solches die Ausübung der höhern beschränkten Servitut nothwendiger Weise erfordert, und auch das Local es erlaubt ³⁵⁾.

Wenn also

- 1) einer Fahrgerichtsame mehr abgethet, als das nicht

34) Für diesen Satz bedarf es keiner speciellen Gesetze. Er folgt aus dem allgemeinen Princip: *limitata causa limitatum producit effectum*. Oder wie *Paulus* spricht: *cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent*. L. 129. §. 1. et 178. Dig. 50. 17.

35) Die beschränkte *servitus viae, actus, itineris*, nimmt die Natur jedes andern einfachen Dienstrechts an — sie ist nicht jene *servitus viae, actus, itineris*, welche das Gesetz höchstens mit einer solchen Beschränkung voraussetzt, die nur einen außerordentlichen und zufälligen Bestandtheil zum Gegenstand hat, wie das Stein- und Holz-Schleifen bei der *via*, das *vehiculum* bei dem *actus*, das Reiten und Getragenwerden bei der *iter*. Bei allen übrigen Servituten aber kann eine zweite nur Mittel zum Zweck seyn. S. die Gesetze Note 19. pag. 256.

wesentliche jus, auch Steine und Balken zu schleifen, so hört jene Befugniß auch auf, das zu seyn, was die römischen Gesetze unter einer *servitus viae*, und der Deutsche unter einer Fahrwegß-Gerechtsame im eigentlichen Sinn, verstehen wollen. Es bleibt dann nur ein *jus vehundi* übrig, so wie es bestimmt wurde, zwar mit der Befugniß, auch Vieh auf diesem Weg zu treiben, zu reiten, und zu Fuß auf solchem zu gehen, alles jedoch nicht weiter, als es zur Ausübung jenes Fahrrechts nöthig ist, und als es die Beschwerden des regulirten Fahrens selbst nicht übersteigt. Denn letztes darf selbst dann nicht seyn, wann im Gefolge einer wahren *servitus viae* auch actus und iter voll ausgeübt werden. Wäre also Jemanden z. B. das Dienstrecht versprochen, von einem ihm gehörigen Grundstück die Früchte über einen Weg des Nachbarn abzufahren, oder auf einem diesem zustehenden Weg sein Brennholz einzufahren ³⁶⁾, so ist dieses keine *servitus viae* im vollen Sinn, und es kann jener Berechtigte nur sein Zugvieh, und zwar bloß zum Zweck jenes bestimmten Fahrens, jedoch auch unangespannt, hin und her treiben, so wie er nur berechtigt wird, jener Frucht, oder Holzfuhrn wegen selbst hin und her zu gehen, oder allenfalls zu reiten, oder andere Gehülfsen auf diesem Weg hin und her schicken. Zu jenem Fahren nicht bestimmtes Vieh auf jenem Weg zu treiben, ist er nicht befugt. Noch mehr muß dieses der Wille des Gesetzes seyn, wann die Fahrgerechtigkeit in eine bestimmte Zeit eingeschränkt ist ³⁷⁾, z. B. nur im März und October, in welchem Fall auch jenes Treiben und Gehen außer diesen Monaten nicht ausgeübt werden darf, erfordert nicht der Zweck der künftigen Fuhrn ein vorbereitendes Gehen.

³⁶⁾ Vergl. L. 4. Dig. 8. 1.

³⁷⁾ Vergl. L. 5. §. 1. Dig. 8. 1.

Im Fall

2) der Treibe: Gerechtsame mehr abgehet, als das zufällige *jus agendi vehiculum*, so daß nicht einmal *actus minus plenus* übrig bleibt, z. B. »nur das Heerdenvieh« ist zu treiben gestattet, oder umgewandt: »keine *pecora* sollen als Heerde getrieben werden dürfen, sondern nur einzelne oder wenige *armenta* oder *jumenta*, wohl auch nur zu gewissen Zeiten u. dgl.«, so läßt sich aus diesem beschränkten Treiberrecht auch nur ein beschränktes Recht des Fußweges folgern, nämlich, zum Zweck jenes bestimmten Treibens hin und her zu gehen und allenfalls zu reiten³⁸⁾, ist letztes mit dem Local unschädlich zu vereinigen³⁹⁾.

Damit tritt keineswegs in Collision das obige Princip⁴⁰⁾, »daß bei einer *servitus viae actus et itineris* der Zweck des Treibens sich nicht gerade auf das Fahren, oder das Gehen auf das Treiben oder Fahren, sich beziehen müsse, und daß eine jedesmalige Prüfung: ob dieses sey? zu vielen Zwistigkeiten und Absurditäten führen würde«⁴¹⁾. Denn sobald eine Beschränkung jener Art vorhanden ist, wird die Ausübung der Natur der Sache nach enger und seltener, daher aber die Beurtheilung möglicher, »zu welchem Zweck wohl der Berechtigte treibe, oder gehe.«

Auch muß man mit den Fällen unter D) den Fall nicht verwechseln, wann der *actus direct*, nicht als bloßer

38) Will er seine schönen Schweizerkühe oder spanische Merinos in einer Sänfte begleiten, so mag man es ihm auch nicht wehren.

39) Das wird nun der Regel nach der Fall seyn, weil, wo Vieh getrieben werden kann, auch der Reiter nicht schadet. Auch ist ein solch unschädliches *vehiculum*, welches zum Zweck des Viehtriebes gehört, nicht abzusprechen, z. B. die Schäferhütte, der Schaaßhaun, Futter für das Vieh u. dgl.

40) S. pag. 254.

41) Vergl. auch dieses Archiv, B. 3. Abh. XX. pag. 319.

Archiv f. d. Civ. Prag. IV, B. II. S.

Inbegriff der *via*, gegeben, und dabei ein beschränktes Fahren gestattet wird. Hier ist die Treibegerechtfame das *Principale*, und schließt eine volle *servit. itineris* gesetzlich in sich ⁴²⁾. Deren Vorderatz, wahrer actus im gesetzlichen vollen Sinn, ist unbeschränkt vorhanden. Denkbar ist jedoch, daß ein Vertrag, oder eine letztwillige Verordnung, eine *via* in dem Sinne zusichere, daß wenn auch nicht alles Fahren, oder gar keines, thunlich sey, dennoch ein unbeschränktes Treibe- und Gehe-Recht Statt finden solle; und es würde diese Interpretation vorzüglich dann den Gesetzen entsprechen, wann neben der *via* auch actus ausdrücklich, ohne hinzugefügte Beschränkung auf den Zweck jenes Fahrrechts, erwähnt wird. Hier nämlich ist letztere nicht als bloße Folgerung aus der *via* zu betrachten, sondern als selbstständig — *principaliter* — mitgegeben ⁴³⁾. Ein gleiches Verhältniß kann zwischen actus und iter eintreten.

E) Entstände insonderheit eine Servitut obiger Art zum Zweck der sonst nicht möglichen Benutzung eines vorher mit einem andern Grundstück verbundenen, nun aber von diesem getrennten, Grundstück, so ist der Umfang jener entstehenden Servitut nach dem Bedarf der Benutzung des jetzt herrschend werdenden Grundstück zu bestimmen, wodurch sodann der Umfang des geringern, von dort ausgehenden, Dienstrechtes sich folgeweise sogleich mit feststellt.

42) Nach den allgemeinen Gesetzen Note 26. u. 27.

43) Als Mittel zum Zweck bedurfte es gar keiner Erwähnung des actus — dieser beschränkte actus verstand sich stillschweigend. — oder es war hinzuzusetzen: mit dem zum Fahren nöthigen Viehtreiberecht. Wird also das Wort *actus* allgemein hinzugefügt, so kann man sagen: *verba cum effectu sunt accipienda*. L. 5. §. 2. Dig. 2. 7. L. 1. §. 2. Dig. 2. 2.

F) Das nämliche muß eintreten, wann ein Fahrrecht u. s. w. durch richterliches Erkenntniß zu constituiren wäre.

G) Im Fall eine Fahrgerichtigkeit u. s. w. durch Usucapion⁴⁴⁾ erworben wurde, so spricht sich das Wollen und Leiden der Besitzer beider Grundstücke durch die Ausübungs-Handlungen und durch deren örtliche und zeitliche Umgebungen stillschweigend aus. Hier muß das „*tantum praescriptum quantum possessum*“ um so gewisser zur Anwendung kommen, weil die Beschränkung des Eigenthums eines Mitbürgers keine gesetzliche Gunst für sich hat, und weil auch durch ausdrückliche Verträge u. s. w. Beschränkungen der Dienstrechte festgestellt, ja bloß aus den Localitäten gefolgert werden können⁴⁵⁾. Behauptet also Jemand: „er habe eine wahre, eine volle, *servitus viae* durch Verjährung erworben“, so muß er solche Besitzhandlungen darzuthun vermögen, welche dem oben §. 2. u. 3. angegebenen Begriff jenes Dienstrechts angehören. Er

44) Inwiefern Servituten durch Verjährung erworben, erseht man, *usucapitur*; werden können, ist hier voranzusetzen. S. dies. Archiv, B. 4. Abh. XI. ibi all. p. 83. Sonderbar ist es, daß Justinian in den Instit. Lib. 2. Tit. 3. §. 4. den Erwerb einer Servitut durch Usucapion auszuschließen scheint, indem er nur *pacta, stipulationes, und voluntatem, testatoris* als Erwerbarten aufzählt. Doch die Pandecten und der Codex ergänzen jene Lücke. S. Thibaut, in dem Syst. des Pandecten-Rechts S. 1031. ibi leg. all. Einen schätzbaren Beitrag zur wissenschaftlichen Kenntniß der deshalbigen römisch-rechtlichen Ideen gab uns neuerlich auch Zimmermann, in einer Abhandlung: „über langjährige Ersetzung der *jura in re*,“ in den römisch-rechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, von Neustetel und Zimmermann, Heidelb. 1821. B. 1, Abh. V. — Untersuchungen, welche auch für die Praxis bedeutenden Werth haben.

45) Selbst wenn das Versprechen, oder die Verordnung, allgemein gefaßt war. S. oben die Gesetze Note 8. pag. 256.

muß beweisen: „daß er diese Gerechtsame mit Fuhrwagen, mehrfach beladen, und zu verschiedenen Zeiten, ohne Beschränkung ausübte; und wenngleich hierbei die eine Ladung die andere vertreten mag, d. h. wenn man auch annehmen kann, daß Heu- und Getraide-Fuhren ihn, den Ausübler solcher Fuhren, nach Beschaffenheit des Locals ⁴⁶⁾, auch zu Holz- und Steinfuhren u. dgl. berechtigen, m. a. W. daß mehr auf die Last, als auf das Object der Ladung ankomme, so darf man doch von dem Fahren mit Räderwerk nicht auf das Schleifen der Steine und Balken schließen. Denn dieses Recht kann abseyn, und die *servitus viae* kann dennoch als solche bestehen. Hat nun der angeblich Berechtigte

1) die Befizshandlungen einer vollen *servitus viae*, wenn gleich ohne *jus trahendi lapidem aut tignum*, dargethan, nun so hat er auch das gesetzlich daraus folgende Viehtreiber- und Geherrecht zugleich mit erwiesen, hätte er auch hierauf seinen Beweis nicht ausdrücklich gerichtet. Was der allgemeine Vertrag, oder das Testament bewirkt ⁴⁷⁾, das folgt hier aus der den Titel vertretenden *scientia et patientia* ⁴⁸⁾ des Befizgers des dienenden Gutes, und aus der gesetzlichen Vorschrift: „wer *viam* verwillige, gebe auch *ipso jure* zugleich *actus* und *iter*, nach dem allgemeinen Maasstab jenes höchsten Dienstrechts, als Theil von diesem.“

46) Abermals scharf im Auge behalten: wo wurde gefahren? und welchen Zweck hatte das Fahren? Hat A. sein Getraide über des B. Feldgrundstück gefahren, so folgt noch gar nicht, daß A. hiermit auch das Recht erworben habe: Holz über jenes Grundstück zu fahren, gehört dieses Holz nicht zu den Früchten des dem A. gehörigen Grundstücks. Das herrschende Gut — dessen Bedürfnis — ist fest zu halten. Vergl. oben pag. 255.

47) S. oben lit. D. pag. 262. f.

48) L. 11. §. 1. D. 6. 2. L. 10. D. 5. 5. L. 1. et 2. Cod. 3. 34.

Allein auch ein solcher Erwerber muß sich mit dem Fahrweg begnügen, wo und wie dieser im Laufe der Verjährung war; er kann weder eine Veränderung des Orts, noch eine Erweiterung der Breite u. s. w. verlangen. Auch hier nämlich spricht das Gesetz: *santum praescriptum quantum possessum*. Ort und Breite sind zufällig; die gesetzliche Bestimmung aber fällt deshalb hinweg, weil der stillschweigende Wille der Interessenten Ort und Breite anders bestimmt hat. Und wäre also jener benötigte Weg so beschaffen, daß auf ihn eine Herde ohne Schaden für das dienende Grundstück nicht getrieben werden kann, so fällt auch dessen Folgerung aus dem Daseyn der *servitus viae* von selbst hinweg, so wie überall, wenn die Regel nach als Folgerung inbegriffene geringere *Servitut* dem dienenden Gut schädlicher ist, als die höhere, aus welcher jenes *minus* gesetzlich folgen soll.

Zeigen aber

2) schon die Besitzhandlungen nur auf ein beschränktes Fahrrecht hin, so theilt sich diese Beschränkung auch hier abwärts dem *actus* und der *iter* von selbst mit, und dieser niedere Inbegriff wird nur das Mittel zu der an der Spitze als Mutter stehenden unvollkommenen Fahrergerechtigkeit, hat nicht der Berechtigte seinen Beweis auf den Erwerb einer vollen *servitus actus vel itineris* besonders mitgerichtet, und diesen hergestellt. Ist letzteres, so hören diese Dienstrechte der Viehtreibe und des Fußweges auf, Bestandtheile der beschränkten Fahrergerechtigkeit zu seyn — sie sind selbst ein *principale*. Wohl aber kann die *servit. itineris*, ist auch nur die volle *servitus actus* erwiesen, als bloße Folge von dieser erscheinen ⁴⁹⁾.

49) Nach der allgemeinen gesetzlichen Regel: *ire quoque per se potest, qui actum habet*. L. 2. Dig. quemadmod. serv. amitt. 8. 6.

§. 4.

Was hier gesagt wurde, mag theils zu viel, theils zu wenig seyn; doch dürfte es wenigstens die Bitte eines practischen Rechtsmannes ⁵⁰⁾ rechtfertigen: doch nicht so absprechend und beweislos willkürliche Lehrräthe aufzustellen und den Rechtsböglingen als bare Wahrheit einzupfropfen, welche in die Rechtsverhältnisse der Gesetzuntergebenen stark eingreifen, und, sind sie unwahr, wird nicht die vermeintliche Wahrheit als klar an die Stelle des Verwiesenen gesetzt, dem practischen Rechtsleben ⁵¹⁾ sehr viel schaden. Kein einheimisches, gemeinteutsches, Gesetz belehrt uns, was eine Fahrweg, Treibweg, und Fußweg Gerechtsame sey, wo sie anhebe, wo sie ende; wohl aber ist uns das römische Recht als Hülf- und Ergänzungs-Recht gegeben. Dieses Recht ist also, wo eine neue Gesetzgebung es nicht verdrängte, dem publicirten Landesgesetz gleich, und seine Bestimmung der *servitus viae, actus, et itineris*, muß so lange Entscheidungs-Norm bleiben, als nicht sonnenklar vorliegt: *via* bezeichnet nicht das, was der Deutsche einen Fahrweg nennt, *actus* nicht einen teutschen Viehtreibeweg, *iter* nicht, was in Deutschland ein Fußweg genannt zu werden pflegt. Wollte man eine Ungewißheit der Rechtsbegriffe dieser teutschen Benennungen voraussetzen, so würde man doch eher annehmen müssen, daß von der gesetzgebenden Gewalt aufgestellte Hülfrecht habe

50) Meines Theils finde ich mich geehrt, zählt man mich den practischen Rechtsgelehrten bei. Wäre die letzte Eigenschaft vorhanden, so ist jenes erste Prädicat der Zusatz, welcher zu einem Wort für die Praxis legitimirt. Möchte man nur erst verstehen, was Praxis sey, und damit nicht eine stumpfsinnige Rechtsausübung der Eplendrianisten verwechseln!

51) Mancher will aus dem Leben schöpfen und auf dieses hinweisen, welcher das Leben nur aus den Erzählungen seiner Amme kennt.

jene Ungewißheit gehoben, die teutsche Reichsgesetzgebung habe gewollt, was bei den Römern wegen *via*, *actus* und *iter*, Rechtens war, soll in Teutschland für die Verhältnisse eines Fahrwegs, Viehtreibewegs, und Fußwegs, in subsidium Gesetz seyn, als daß es dem Rechtslehrer und Richter erlaubt seyn dürfte, dictatorisch so ins Vage hinein eine schlechtlin unerwiesene und unerweisbare Verschiedenheit der römischen und teutschen, mehr der gesunden Vernunft angehörigen, als civilistischen, Rechtsbegriffe auszusprechen und anzuwenden. Wenn man freilich das ganze Wesen der *servitus viae, actus et itineris*, aus zwei oder drei Fragmenten heraus klaben will — wenn man übersiehet, daß die Römischen Juristen gerade in dieser Lehre vorzügliche Merkmale geben, wie sie die selbst gekannte *Wirkllichkeit* mit einem wissenschaftlichen Scharfsinn betrachteten, welchen qualifcirtten practischen Sinn man den teutschen Gesetzfertigern und Rechtslehrern jetziger Zeit wohl wünschen darf — wenn man verkennt, was aus ihren die Servituten betreffenden Fragmenten überall hervorleuchtet, nämlich, „daß in dem Gebiet dieses Rechtsverhältnisses die aus Worten und Handlungen der Interessenten, so wie aus den örtlichen Beschaffenheiten, Bedürfnissen u. s. w., des herrschenden und dienenden Gutes zu entnehmende und zu folgernde Sinnesmeinung jener Subjecte als das nächste Gesetz für die richterliche Entscheidung von ihnen angedeutet ist“ — wenn man das allgemein und unbeschränkt gegebene, auch durch die Natur der Localitäten und ungewöhnliche oder begriffswidrige Belästigungen sich nicht verengende, Dienstrecht verwechselt mit der in concreto durch Worte oder sprechende Handlungen, oder schon nach der Natur des vorhandenen Locals, nur bestimmt und beschränkt eingeräumten Servitut — wenn dabei auch vergessen wird, daß schon im Zweifel das dienende Gut mehr als das herrschende zu begünstigen, ja schon nach einem, dem

römischen Recht auch angehörigen, allgemeinen Princip das minimum zu vermuthen ist ⁵²⁾; so verirrt man sich leicht zu Ungereimtheiten, welche den Ulpian und dessen Zeitgenossen nicht zu Autoren haben. Diese Männer, und eben so Justinian's Compilatoren, waren weit davon entfernt, uns einen Beleg für den verkehrten Rechtsatz zu hinterlassen: „die unvollkommene servitus viae, oder vielmehr jedes jus vehundi, fasse dennoch actus und iter so vollkommen in sich, als wären diese principaliter und unbeschränkt erworben.“ Auch hat ja diesen vernunftwidrigen Unsinn wohl noch kein irgend's hellsehender Rechtslehrer behaupten wollen, und der Richter, welcher auf jene Weise schließen wollte, entscheidet nicht nach römischem Recht, sondern gegen römische und deutsche Vernunft.

Vor der Hand lasse man also den teutschen Gerichten das Hülfsmittel, den teutschen Fahrweg, Viehtreibeweg, und Fußweg, nach den römischen Rechtsprincipien von der servitus *viae, actus, et itineris*, zu beurtheilen, bis höhere Weisheit uns klüger macht. Noch geschah es nicht, und das Vollziehen wird hohe Kraft erfordern.

52) L. 9. 24. et 200. Dig. de reg. jur. 50. 17.

XXI.

Grundzüge *) der Hauptregeln, welche der Richter bei der Ertheilung eines Endurtheils nach geführten Beweisen zu berücksichtigen hat.

Von Gensler.

§. 1.

Hauptbeweis ohne Gegenbeweis **).

Die in dem Endurtheil auszusprechende juristische Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Nichtwahrheit des Beweisthems ist zwar durch gesetzliche Formen bedingt, hat z. B. nur die factischen Beweisgründe zur Quelle, welche die Parteien durch ihre Thätigkeit hervorgebracht haben ¹⁾, auch ist der Richter an positive Gesetze gebunden, welchen Einfluß ein Beweismittel auf seine Ueberzeugung haben darf, z. B. daß bei dem Zeugenbeweis erst die harmonische Aussage zweier, tadelstreuer, vereideter, Zeugen ihn voll überzeugen soll ²⁾; allein die Abwägung, „wie weit er juristisch überzeugt worden sey,“ bleibt doch immer zugleich ein Geschäft seiner mit Rechtskenntniß instruir-

*) Ein tiefes Eindringen in einzelne theoretische Subtilitäten und Streitfragen wird hier nicht bezweckt — abwärts, nicht aufwärts, zu sprechen, ist mein Ziel.

**) Martin, Lehrb. des bürgerl. Proc. S. 179.

1) Auch hier darf der Richter ein factum nicht suppliren.

2) Solcher Regeln sind die Geschwornen enthoben.

ten Geselenthätigkeit. Mathematisch läßt sich nicht bestimmen, wann der Richter ganz, halb, mehr oder weniger als halb, überzeugt sey, sondern die positiven Gesetze geben ihm nur generelle Ueberzeugungsregeln, zunächst bestimmt durch den gesetzlich bestimmten Werth der Beweismittel. Vielfach und zufällig bleibt dabei immer das nächste Resultat der Beweismittel in jedem einzelnen Rechtsstreit, d. h. die Beschaffenheit der factischen Beweisgründe in concreto, und vielfach ist die aus ihnen hervorgehende Collision der juristischen Beweisgründe 3). Die Aussage zweier vollclassischen Zeugen kann schwanken, der Inhalt einer öffentlichen oder Privaturkunde unvollkommen seyn, und ein Beweisgrund kann dem andern widersprechen. Der Proceß muß jedoch ein Ende nehmen, und das Endurtheil muß den Beklagten entweder verurtheilen, oder lossprechen, beides entweder unbedingt, oder, im Nothfall, bedingt mit einem gesetzlichen Eid. Das Erkenntniß auf einen solchen Eid setzt nun ein Schwanke der richterlichen Ueberzeugung zwischen Wahrheit und Nichtwahrheit des Beweisthums voraus 4). In diesem Gebiet spricht man, der Kürze wegen, von einem halben, mehr oder weniger als halben, Beweis, d. h. von einer mehr oder weniger unvollkommenen Ueberzeugung des Richters.

Allgemeine Regeln, die richterliche Ueberzeugung zu finden, sind folgende:

Zuvörderst muß der Richter bei sich erwägen und feststellen,

a) den Werth der Beweismittel, d. h. ob der Zeuge classisch, oder verdächtig sey, und in welchem Grad, ob die Urkunde volle Beweisraft habe u. s. w.; dann

3) S. dies. Archiv, B. 1. Abh. 3. p. 30. lit. B.

4) Archiv, a. a. D. pag. 51. lit. a.

b) die Beschaffenheit und den Werth der factischen Beweisgründe.

Den Werth der Beweismittel muß er nach den gesetzlichen Regeln abmessen, und den Werth der Beweisgründe nach ihrer Harmonie mit dem Beweissthema in dem vorliegenden Fall. Wenn nun, nach dem auf diesem Weg gefundenen Resultat der richterlichen Reflexion,

1. der Richter in dem Hauptbeweis gar nichts bewiesen findet, d. h. er findet entweder a) durchaus keinen Werth der Beweismittel, die Zeugen sind gesetzlich glaublos, die Urkunden ohne Beweiskraft u. s. w., oder b) er findet zwischen den factischen Beweisgründen und dem Beweissthema gar keine Harmonie⁵⁾, oder c) beides, und es war der Hauptbeweisführer

1) der Kläger, so wird der Beklagte unbedingt entbunden,

2) der Beklagte, so wird dieser unbedingt verurtheilt. Findet der Richter

II. den Hauptbeweis vollständig geführt, d. h. a) der Werth und resp. die Zahl der Beweismittel ist gesetzlich vollkommen, dabei sind auch b) die factischen Beweisgründe identisch mit dem Beweissthema, und

1) der Hauptbeweis wurde vom Kläger geführt, so wird der Beklagte unbedingt verurtheilt,

2) von dem Beklagten, so ist dessen unbedingte Entbindung der Folge.

III. Liegt ein Hauptbeweis unvollkommen vor, sey es wegen nicht vollen Werths der Beweismittel, oder wegen Unvollständigkeit der factischen Beweisgründe, und

1) es war ein peremptorischer Beweistermin noch nicht vorgeschrieben, so erkennt der Richter auf besondern Beweis, mit Bestimmung einer peremptorischen Be-

5) Von dem Daseyn und der Collision eines eigentlichen, sogenannten directen, Gegenbeweises, s. §. 2.

weißfrist; nicht aber darf er auf einen gesetzlichen Eid erkennen 7). War hingegen

2) ein peremptorischer Beweistermin bereits vorgezeichnet, und dieser ist abgelaufen, so daß das Gesetz eine weitere Beweisführung untersagt, so tritt nunmehr (den unvollkommenen Beweis vorausgesetzt) das richterliche Nothrecht ein, auf einen gesetzlichen Eid richteramtlich zu erkennen 7).

Ist nun der unvollkommene Beweis

a) mehr als halb, d. h. der Richter findet sich mehr zum Erachten der Wahrheit, als der Unwahrheit, des Beweisthems hingezogen, so wird dem Beweisführer das *juramentum suppletorium* zuerkannt —

b) ist der Beweis weniger als halb, d. h. der Richter fühlt mehr Unwahrheit als Wahrheit, so wird dem Producten das *purgatorium* aufgelegt —

c) findet sich der Richter eben so stark von der Wahrheit als von der Unwahrheit des Beweisthems überzeugt, d. h. ist er so weit überzeugt, daß er die Wahrheit der zu beweisen gewesenen Thatsache (nach dem Werth der Beweismittel und Beweisgründe) den juristischen Ueberzeugungsregeln gemäß eben so gut glauben darf, als nicht glauben (halber Beweis), so wird resp. das *suppletorium*, resp. das *purgatorium* erkannt.

In Bezug auf dieses Schwankeu der Wage geben die Gesetze folgende allgemeine Regeln:

α) dem Theil soll der gesetzliche Eid zuerkannt werden (sey dieser *suppletorium* oder *purgatorium*), welcher de *veritate* schwören kann, während sein Gegner nur dessen Wissen und Glauben zu beschwören vermöchte, m. a. W.

6) Dieses Archiv, B. 1. pag. 52. Note *.

7) D. Archiv, a. a. D. pag. cit. 52.

die bessere Sachkenntniß des Schwörenden soll diesem den Vorzug geben —

ß) demjenigen Theil ist von dem Richter der gesetzliche Eid aufzulegen, welchem er eine höhere religiöse Moralität und eine stärkere Achtung für den Eid im Verhältniß zur Sache zutrauen darf. Aus diesem Grund wird, weil talmudische Lehren dem Israeliten das Schwören gegen einen Christen erleichtern sollen, im Zweifel dem letztern der richterliche Eid zuerkannt 8). Ferner ist

γ) dieser Eid derjenigen Partei zuzuerkennen, welche in den Gesetzen begünstigtes Object sicher stellen, aufrecht erhalten will, z. B. dos, libertas, testamentum 9). Wäre

δ) der Fiscus Partei, so würde eher dessen Gegner, als dem Fiscus (dessen Repräsentanten), das *suppletorium* oder *purgatorium* zu zuerkennen seyn 10). Sollte

ε) kein streitender Theil einen jener Begünstigungsgründe für sich haben, oder jeder Theil einen solchen, so daß eine Collision auch in so fern entstände, so muß endlich die Regel entscheiden: *in dubio pro reo* 11). Nach diesem Begriff eines *reus* darf dem Kläger eben so gut ein *purgatorium* (z. B. in Rücksicht auf die zerstörende Einrede) zuerkannt werden, als dem Beklagten — so wie diesem in Rücksicht auf dessen Einreden und Dupliken ein *suppletorium* aufgelegt werden kann.

Uebrigens bleibt bei allen diesen Regeln dennoch manche Collision denkbar, wo nur das richterliche, scharf erwägende,

8) Martin, a. a. O. S. 179. litt. Note g.

9) L. 85. D. 50. 17.

10) Weil der Fiscus *adquirendo* nicht zu begünstigen ist. L. 10. Dig. 49. 14.

11) D. h. des Theils, welcher die von seinem Gegner zu beweisende Behauptung verneinte — der Product — sey dieses der Beklagte oder der Kläger. L. 125. D. 50. 17. L. 47. D. 44. 7. X. 2. 19.

arbitrium den Ausschlag in dem vorliegenden einzelnen Rechtsfall zu geben vermag.

In das Gebiet nr. III. gehören noch die Bemerkungen:

A) Die einen gesetzlichen Eid abschwörende Partei ist Zeuge in eigener Sache ¹²⁾; und so wie nun der Zeuge nicht urtheilen darf ¹³⁾, so kann auch die Partei das urtheilende Erachten der Sachverständigen durch einen Eid weder ergänzen, noch auflösen. Denkbar ist jedoch auch hier ein Suppletorium oder Purgatorium, insofern nämlich ein historisches Factum von den Sachverständigen gefunden werden sollte, oder ihrem Erachten zum Grund gelegt wird ¹⁴⁾.

B) Das Juramentum *quantitatis* ist ein Suppletorium, stattfindend in dem Fall, wann der Beweisführer seines Gegners Verbindlichkeit an sich, nebst ihrem speciellen Klaggrund, bewiesen hat, nicht aber die Größe der Forderung, z. B. »daß er als negotiorum gestor einen Verlag für den dom. negotii bestritte, nicht aber, wie viel dieser Verlag betrage.« Die Gesetze ¹⁵⁾ gestatten dieses Suppletorium ohne ausdrückliche Bedingung, »daß auch die ungewiß gebliebene Größe einigermaßen bescheiniget sey«; setzen aber gewiß voraus, daß der Beweisführer auch zum Beweis der quantitas processualisch thätig wurde, und daß aus dem vollkommenen Beweis: *debet reus*, und *quale debeat*, zugleich auch eine Wahrscheinlichkeit hervorgehe, *quantum debeat*, wenn gleich diese Wahrscheinlichkeit an sich nach den allgemeinen Beweisregeln einen halben directen Beweis nicht für sich hat.

C) Erkennt der Richter auf einen gesetzlichen Eid, so steht solcher in dem Definitivkenntniß als Bedingung

12) Dies. Archiv, B. I. pag. 31.

13) Archiv. I. c. pag. 40. Note *.

14) Archiv, a. a. D. pag. 52. Note **.

15) Martin, a. a. D. §. 179. Note e. ibi leg.

der Verurtheilung oder Entbindung voran. 3. B. Würde Kläger an noch zur Erfüllung schwören, daß u. s. w., so ist der Beklagte schuldig u. s. w. — oder: Würde Beklagter dahin sich eidlich reinigen, daß u. s. w., so ist er von der Klage zu entbinden ¹⁶⁾.

D) Ist das auf einen gesetzlichen Eid erkennende Urtheil rechtskräftig geworden, so wird ein Schwörungstermin anberaumt. Wird nun

1) jener Eid abgeschworen, so ist die Bedingung lit. C. erfüllt; der letztere Theil des Erkenntnisses: so u. s. w., steht nun *pure* da. Wird hingegen

2) das *Suppletorium* versäumt, oder verweigert, so ist es eben so viel, als habe der Beweisführer gar nichts bewiesen. Wird

3) das *Purgatorium* versäumt oder verweigert, so ist es eben so viel, als habe der Beweisführer vollkommen bewiesen.

Eine Gewissensvertretung findet gegen einen gesetzlichen Eid deshalb nicht statt, weil sie einen Nachgebrauch solcher Beweismittel in sich schließen würde, von welchen man im Laufe des peremptorischen Beweistermins Gebrauch machen können. Wegen neuer entdeckter Beweismittel hat das Gesetz besondere Vorsehung gethan ¹⁷⁾.

Noch weniger ist die zu dem gesetzlichen Eid verurtheilte Partei befugt, denselben dem Gegner zuzuschieben; wie wohl, geschähe dieses Vertrags- oder Vergleichsweise, der Richter diesen Willen der Parteien nicht hindern könnte.

16) Vergl. meine Rechtsfälle, nr. 116. 119. 125. 136.

17) Vergl. d. Archiv, B. 4. Abh. 12. §. 2. nr. 2. pag. 119.

§. 2.

Collision zweier Beweise.

- 1) Eines Hauptbeweises und eigentlichen, sogenannten directen, Gegenbeweises.

Im Fall wider den Hauptbeweis in den nämlichen Acten ein Gegenbeweis unternommen wurde, so entsteht eine Collision dieser beiden Beweise. In diesem Fall steht entweder

- 1) ein eigentlicher, directer, Gegenbeweis dem Hauptbeweis gegenüber, oder
2) ein indirecter Gegenbeweis, metaphysisch ein Hauptbeweis¹⁸⁾.

Da der directe Gegenbeweis das nämliche Factum des Hauptbeweises zur Grundlage hat¹⁹⁾, so folgt, daß bei der richterlichen Prüfung: „ob bewiesen sey, oder nicht“, beide Beweise zusammen betrachtet — d. h. zugleich vor die richterliche Prüfung und Reflexion gezogen werden müssen. Hier kann sich nun finden, daß die Beweismittel und die Beweisgründe beider Beweise sich einander widersprechen, und also eine Collision im speciellen Sinn sich zeigt. Z. B. die Zeugen des Hauptbeweises sprechen für den Producenten, die Zeugen des directen Gegenbeweises aber gegen denselben, zum Vortheil des Producten (ihres Producenten).

Sind nun die Beweismittel, welche die Collision veranlassen,

I. zu der nämlichen Art gehörig, z. B. Zeugen gegen Zeugen, Urkunden gegen Urkunden, so muß der Richter

- 1) den individuellen Werth der einzelnen Beweismittel prüfen, d. h. ob z. B. der eine Zeuge mehr Glauben

18) Die Haupt- und Gegenbeweise, resp. als zusammen gehörig, resp. in ihrer Stufenfolge, d. h. in ihrem eventuellen Verhältniß, habe ich zergliedert in meiner Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Heidelberg, 1820. §. 19. S. 62. bis 70.

19) E. m. Anleit. Note 18. pag. 62. u. 63.

verdiene, als der andere, ob die eine Urkunde eine stärkere Beweiskraft habe, als die andere *); und dann

2) ob ihr Resultat, factischer Beweisgrund, von gleicher, oder von verschiedener Stärke sey, m. a. W. ob die Beweisgründe beider Beweise von gleichem, oder von verschiedenem Werth in Rücksicht auf Harmonie mit dem Beweisthem sind ²⁰⁾.

Im Fall nun die beiderseitigen Beweismittel und Beweisgründe

a) an Stärke sich gleich stehen, (z. B. auf beiden Seiten zwei vollgültige Zeugen, deren Aussagen beiderseits das Beweisthem so umfaßt, daß die Zeugen des einen Beweises es als wahr, die Zeugen des andern Beweises aber es als nicht wahr unter den Bedingungen gleicher Glaubwürdigkeit bekunden), so setzt sich der directe Gegenbeweis mit dem Hauptbeweis in das Gleichgewicht, und der Hauptbeweisführer hat gar nichts bewiesen. Wenn jedoch dem Hauptbeweisführer noch eine nicht unbedeutende *praesumptio hominis* zur Seite tritt, oder eine *favor juris*, so kann sich ein gesetzlicher Eid, besonders ein *purgatorium des reus* ²¹⁾ begründen. Sind aber die Beweismittel

b) an Stärke ungleich, (z. B. der Hauptbeweisführer hat zwei tadellose, der Gegenbeweisführer aber zwei verdächtige Zeugen), so ist zwar der ersten Werth größer, allein der letzteren Resultat schwächt doch die Beweisgründe der ersten Beweismittel, und so sinkt jener, für sich allein betrachtet vollkommene, Beweis durch den Gegenbeweis zu einem unvollkommenen Beweis

*) Nach den Principien von der Glaubwürdigkeit.

20) Auch Vermuthungen, selbst Rechtsvermuthungen, können in Collision treten. Hier aber liegt es außer dem Zweck, dieses näher zu entwickeln.

21) in dem oben S. 1. Note 11. angegebenen Sinn. S. Thibaut, Syst. des Pand. N. 6. 1185. Dazu, in den Grundf. des ordentl. Proc. S. 259.

herab, und ein gesetzlicher Eid muß nunmehr erkannt werden ²²⁾. Wären

c) die beiderseitigen Beweismittel von gleichem Werth, (z. B. die Zeugen jedes Theils sind an Zahl gleich, auch an Glaubwürdigkeit an sich beiderseits tadellos, oder doch des nämlichen Grades, allein ein Unterschied liegt in dem Umfang oder in dem Grund (ratio) ihrer Kenntniß ²³⁾), so tritt das unter b) erwähnte Resultat hervor — doch findet hier die richterliche Reflexion und Prüfung vorzüglich ein sehr unbestimmtes, und positiv unbestimmbares Feld, in welchem die höchste Vorsicht und die schärfste Erwägung und Abwägung in dem entscheidenden Richter lebendig werden muß ²⁴⁾.

Sind die gegenseitigen Beweismittel

II. zu verschiedenen Classen gehörig, (z. B. den Zeugen stehen Urkunden gegenüber, den Kunstverständigen widersprechen Zeugen u. s. w.) so treten folgende Hauptprincipien ein:

1) die *evidentia facti* überwindet alle übrigen Beweismittel ²⁵⁾.

22) Thibaut und Dantz, a. a. O.

23) Auf der *ratio scientiae* des Zeugen, auf dem Umfang und den Umgebungen seiner Perceptionsfähigkeit und Gelegenheit, beruhet hier sehr viel. Die reine, vollständige und aufmerksame, eigene Perception eines an sich verdächtigen Zeugen kann oft mehr Werth in concreto haben, als die unterbrochene, gelegentliche u. dgl. Perception eines hinsichtlich seiner Person, als Person, ganz tadellosen Zeugen.

24) Von unendlicher Mannichfaltigkeit sind hier die Variationen in den einzelnen Rechtsstreitigkeiten. Doch ist es wohl besser, allgemeine positive Regeln zu haben, als alles dem Gefühl und der Willkür zu überlassen.jene Regeln sind doch die einzig möglichen Sicherungsmittel gegen Leidenschaft und Leichtsinns der Richter — dem ernsten und gerechten Richter aber werden sie das Mittel zur Gewissensruhe.

25) Archiv f. d. civil. Prax. B. 1. pag. 30—37.

2) auch der abgeleistete Eidesseid überwindet die Beweisgründe der übrigen Beweismittel, vermöge seiner Folgen eines Vergleichs ²⁶⁾.

3) die Zeugen gehen den Kunstverständigen insofern vor, als letzte, ohne geleisteten Zeugeneid, auch historische Thatfachen ausgesagt haben; dahingegen die Sachverständigen den Zeugen vorzuziehen sind, insofern letzte geurtheilt haben ²⁷⁾.

4) Urkunden und Zeugen haben im allgemeinen gleiche Ueberzeugungskraft ²⁸⁾. In der Collision der Zeugen mit Urkunden ist also der individuelle Werth der Zeugen und der Urkunden zu prüfen, und hiernach das Resultat abzumessen, wohin die richterliche Ueberzeugung sich neigen könne ²⁹⁾.

Noch enthalten die Gesetze folgende specielle Principien:

a) bei dem Beweis öffentlicher Abgaben sollen die öffentlichen Bücher den Zeugen vorgehen ³⁰⁾.

b) im Fall die Instrumentezeugen eines docu-

26) Archiv, a. a. O. pag. 156. lit. C.

27) Vermöge des Zwecks dieser Beweismittel. Archiv, a. a. O. pag. 39. f.

28) L. 15. Cod. 4. 21. L. 14. C. 8. 38. Die entgegenstehende L. 1. Cod. 4. 20. ist auf die ausgenommenen Fälle zu beschränken, in welchen die Gesetze zum Beweis ausschließlich schriftliche Urkunden fordern, L. 25. §. 4. D. 22. 3. L. 3. C. 2. 43., oder auf ein von dem Producenten selbst ausgestelltes, sein eigenes Bekenntniß enthaltendes Document.

29) Urkunden sind todte Zeugen. Archiv, a. a. O. pag. 55. f. Aussage des Zeugen, und Inhalt der Urkunde, ist als Beweisgrund factisch sich gleich. So wie es tadellose und verdächtige Zeugen giebt, so giebt es tadelfreie und verdächtige Urkunden, d. h. deren Inhalt nicht voll bewiesen. So wie die Aussage des unverdächtigsten Zeugen schwankend u. dgl. seyn kann, so der Inhalt jedrer Urkunde, selbst der öffentlichen. Auch Urkunden können gesetzliche Eide begründen.

30) L. 10. Dig. 22. 3.

menti quasi publici eidlich bekunden, „das Geschäft sey anders abgeschlossen worden, als in der Urkunde steht,“ so sinkt hierdurch die Beweisraft jenes Documents, oder schwindet gänzlich ³¹⁾.

c) Auch öffentliche Urkunden, namentlich gerichtliche Protocolle, können durch solche Zeugen entkräftet werden, welche der in dem documento publico beurkundeten Handlung persönlich zugegen gewesen sind. Es beruht nämlich die Beweisraft der öffentlichen Urkunden nur auf einer einfachen Rechtsvermuthung ihrer Legalität, und jede solche praesumptio juris gilt nur so lange für juristische Wahrheit, als diese durch einen directen Gegenbeweis nicht aufgelöst wird ³²⁾. Davon ausgegangen bedarf es auch nicht des Unterschiedes: α) „wenn nur ein *omissum* in der Urkunde behauptet werde, so könnten zwei vollgültige Zeugen die Beweisraft der Urkunde aufheben; wenn hingegen β) eine wahrheitswidrige Niederschrift behauptet würde, so bedürfe es mehr als zwei Zeugen, um die öffentliche Urkunde und ihren Inhalt (als factischen Beweisgrund) zu entkräften.“ Denn auch im letzten Fall einer vom Producten behaupteten Wahrheitswidrigkeit (*falsitas*, wenngleich nur aus Irrthum des Verfassers), tritt die Aussage zweier vollgültigen Zeugen mit dem Glauben der öffentlichen Urkunde in das Gleichgewicht, und es wird hierdurch jede praesumptio juris aufgelöst ³³⁾. Diese gilt nicht mehr, als zwei vollglaubwürdige Zeugen. Endlich ist auch

31) Es wird vorausgesetzt, der Product erkennt die Urkunde für ächt nicht an. Vergl. Archiv f. d. civ. Pr. B. 2. S. 318. f.

32) Archiv, a. a. D. S. 320.

33) Vergl. Log, in den civil. Abhandl. nr. II. p. 62 f. mit Glük, Hommel und Pufendorf, cit. bei Martin, a. a. D. S. 180. Note 2.

d) nicht gestattet, den Eidesseid gegen den Inhalt einer Urkunde direct anzutragen; indem die Urkunde dem Producenten sogleich wieder zur Gewissensvertretung dient ³⁴⁾. Anders aber, wenn der Product ein *omissum* behauptet (z. B. eine verabredete Bedingung sey nicht mit niedergeschrieben worden), oder irgend eine, auf besondere Thatfachen gegründete, Einrede gegen die Richtigkeit des Documentis (z. B. *erroris*, *falsitatis* u. dgl.) von ihm aufgestellt, und über diese speciellen Thatfachen dem Producenten der Urkunde der Eid angetragen wird. Hiergegen kann ja die Urkunde zur Gewissensvertretung nicht dienen — die Nichtwahrheit jener selbstständigen Behauptung des Producten kann sich aus der Urkunde nicht ergeben.

§. 3.

- 2) Zweier Hauptweise — m. a. W. eines Hauptbeweises mit einem sogenannten indirecten Gegenbeweis ³⁵⁾.

Der indirecte Gegenbeweis ist ein selbstständiger Hauptbeweis im metaphysischen Sinne ³⁶⁾. Er ist daher besonders zu prüfen, und es treten bei dieser Prüfung ganz die nämlichen Principien ein, welche §. 1. von der Prüfung eines Hauptbeweises gegeben sind. Möglich ist es,

34) Thibaut, a. a. D. §. 1179.

35) 1) Beweis a) über der Wahrheit des factischen Klagarandes, b) mit dem Beweis über die factischen zerstörenden Einreden; 2) des Beweises a) über letztere b) mit dem Beweis der speciellen Replik; 3) des Beweises a) dieser Replik b) mit dem Beweis der eigentlichen Duplik — immer in dem eventuellen Verhältniß zu einander.

36) Der Beweisführer will durch ihn selbst behauptete Thatfachen juristisch wahr machen. S. m. Anleitung zur juristischen Praxis §. 19. 66. nr. I. 1. pag. 67. nr. 3. pag. 68. nr. II. 2. pag. 69. nr. 4.

daß auch ihm ein directer Gegenbeweis gegenüberstehe, (z. B. der Kläger hat das Nichtwahr der peremptorischen Einreden zu beweisen gesucht) — in welchem Fall dann dieser, dem indirecten Gegenbeweis (als Hauptbeweis) gegenüberstehende, directe Gegenbeweis mit jenem Hauptbeweis des Gegners zugleich zu prüfen ist, nach den Regeln des §. 2. Die Prüfung des indirecten Gegenbeweises fällt aber gänzlich hinweg, wann der Reihefolge Hauptbeweis ohne alles Resultat ausgefallen seyn sollte³⁷⁾.

Findet nun der Richter den indirecten Gegenbeweis

I. vollständig geführt, und durch dessen directen Gegenbeweis nicht geschwächt, so ist der Hauptbeweis dadurch

37) Hat der Kläger den factischen Grund seiner Klage gar nicht bewiesen, nicht einmal bis zum Reinigungszeit des Beklagten, so spricht das Gesetz: *actore non probante reus absolvitur*. L. 4. Cod. 2. 1. Der reus bedarf also in diesem Fall gar keiner zerstörenden Einreden hinter der Einscontestation, L. 9. Cod. 8 36., und schügte er deren vor, so ist doch auf ihren Beweis gar keine Rücksicht zu nehmen. Ist er nicht geführt, so ist der Beklagte dennoch zu absolviren; wäre er geführt, so ist des Beklagten Entbindung doch nicht deshalb auszusprechen, „weil er jene seine Einreden bewiesen habe,“ sondern auch hier: weil Kläger nicht bewiesen habe. So rückt es nun im eventuellen Verhältniß fort. Verweist der Beklagte seine peremptorischen Einreden nicht einmal bis zum Reinigungszeit des Klägers, so bleiben dessen speciellen Replikten ganz außer Betracht — ist des Klägers Beweis dieser Replikten ganz gehalten, so sind des Beklagten specielle Duplikten so gut, als in den Acten nicht vorhanden. Nur muß man hier den indirecten Gegenbeweis scharf scheiden von dem directen, besonders wenn sogenannte Einreden doch nur den Zweck eines directen Gegenbeweises haben. Archiv, a. a. O. B. 1. pag. 276. f. Denn der Inhalt des directen Gegenbeweises kann dem Hauptbeweis zumachen §. 4. nr. 3. b. Daher auch Vorsicht bei dem Actenlesen. S. m. Grundsätze der jurist. Vortr. u. Entsch. Kunde. S. 265. Note o., u. m. Uebers. zur jurist. Praxis. §. 1 2. S. 63. Note 19.

entkräftet, zerstört, d. h. unwirksam gemacht, gesetzt auch, dieser wäre an sich vollkommen erbracht. Wäre also der Hauptbeweis (im processualischen Sinn) auch nur unvollkommen geführt, so ist dennoch auf einen gesetzlichen Eid nicht zu erkennen, indem selbst das Suppletorium eine vergebliche Handlung deshalb seyn würde, weil auch jener ergänzte Hauptbeweis gegen den vollkommenen indirecten Gegenbeweis nichts wirken könnte. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, im Fall die dem indirecten Gegenbeweis zum Grunde liegende Thatfachen auch eine Klage des Reproducenten begründen (z. B. excep. compensationis); indem dann anzunehmen ist, der Beklagte wolle auf die eventuelle Natur seiner Einrede nicht verzichten, und das in ihr liegende Klagerecht nicht eher aufopfern, als bis der Kläger den Grund seiner Klage erwiesen hat. Es ist also in diesem Ausnahmefall in Rücksicht auf den processualischen Hauptbeweis einer der gesetzlichen Eide von dem Richter zu erkennen.

Findet der prüfende Richter

II. sowohl den Hauptbeweis, als den indirecten Gegenbeweis, unvollkommen, und

1) erster ist mehr als halb, der indirecte Gegenbeweis aber weniger als halb geführt, so muß dem Hauptbeweisführer (im process. Sinn) nicht nur

a) der Erfüllungs Eid (als Producenten), sondern auch

b) der Reinigungs Eid (als Reproducten), aufgelegt werden ³⁸⁾. Ist hingegen

2) der Hauptbeweis weniger als halb, der indirecte Gegenbeweis hingegen mehr als halb geführt, so scheint es unnötig, dem Gegner des Hauptbeweisführers (dem Reproducten und Reproducenten) einen doppelten Eid aufzulegen, nämlich

38) S. meine Rechtsfälle nr. 112. pag. 353.

- a) als Producten den Reinigungsseid, und
- b) als Reproducten den Erfüllungsseid.

Denn schwört er

ad a) den Reinigungsseid, so tritt die Regel ein: *actore non probante reus absolvitur* ³⁹⁾ — leistet er aber

ad b) den Erfüllungsseid, und ergänzt folglich hierdurch seinen indirecten Gegenbeweis, so tritt das unter 1) erwähnte Verhältniß ein — der nunmehr vollkommene indirecte Gegenbeweis macht den vorgängigen Hauptbeweis unwirksam, sey nun dieser vollkommen oder unvollkommen. Allein da der Richter

α) zum Voraus nicht berechnen kann, ob der Product ad a) jenen Reinigungsseid schwören wolle und werde, und weil

β) durch die Verweigerung, oder durch das Versäumniß, dieses Reinigungsseides das Resultat des indirecten Gegenbeweises nicht verloren geht, so muß der Richter *in eventum* auch auf den sub b) gedachten Erfüllungsseid miterkennen — am zwecklichsten *alternativ* ⁴⁰⁾.

Im Fall weiter, nach des Richters Erachten,

3) beide Beweise so weit geführt sind, daß in jedem der Erfüllungsseid zu erkennen ist, so werden beide Ergänzungsseide auf einmal, in dem nämlichen Erkenntniß, jedoch *successiv* erkannt — und zwar

a) das Suppletorium dem Producenten, und — falls dieser schwören wird —

b) auch das Suppletorium dem Reproducten ⁴¹⁾.

Sind aber, des prüfenden Richters Befund zur Folge,

4) beide Beweise nur bis zum Reinigungsseid geführt, so wird solcher

³⁹⁾ S. die Note 37.

⁴⁰⁾ S. meine Rechtsfälle nr. 116. pag. 372.

⁴¹⁾ S. meine Rechtsfälle nr. 19. pag. 376.

a) dem Producten in Rücksicht auf den Hauptbeweis zuerkannt, und

b) dem Reproducten in Rücksicht auf den indirecten Gegenbeweis ⁴²⁾. In diesem Fall muß der Reproduct (z. B. der Kläger) den ihm ad b) zuerkannten Reinigungs Eid (z. B. in Bezug auf die peremptorischen Einreden) selbst dann ableisten, wann auch der Product (z. B. der Beklagte) den ad a) (in Rücksicht auf den Klaggrund) ihm aufgelegten Reinigungs Eid verweigern oder versäumen sollte. Denn wird auch der Hauptbeweis durch jenes Nichtschwören des dem Producten (dem Beklagten) zuerkannten Reinigungs Eides nunmehr für voll geführt gehalten, so ist doch hiermit das Resultat des indirecten Gegenbeweises noch nicht aufgehoben. Dieses Resultat muß erst durch den Reinigungs Eid des Reproducten (des Klägers) vernichtet werden, damit der Wirkung seines Hauptbeweises kein Hinderniß entgegen stehe. Wenn hingegen der Product den Reinigungs Eid sub a) wirklich ableistet, so wird derjenige sub b) ganz unnötig; denn auch hier tritt die Regel ein: *actore non probante reus absolvitur*.

Sollten ferner, nach des Richters Befinden,

5) beide Beweise gerade halb geführt seyn, so fällt das Erkenntniß immer unter einen der Fälle sub II. 1. 2. 3. 4. zurück, d. h. es sind in Rücksicht auf beide Beweise gesetzliche Eide zu erkennen, hierbei zunächst die zu §. 1. nr. III. 3. a. b. c. d. u. e. gegebenen Regeln anzuwenden, und je nachdem die Eide beide Parteien, oder nur eine treffen, ist das cumulative, successive, oder alternative Verhältniß nach den Regeln unter II. 1. 2. 3. 4. des §. 3. in dem Erkenntniß zu berücksichtigen ⁴³⁾.

42) S. m. Rechtsf. nr. 125. p. 395.

43) Hat die nämliche Partei zwei Behauptungen zu erweisen gesucht, so kann in Rücksicht auf jede ein gesetzlicher Eid zu erkennen seyn. S. meine Rechtsfälle, nr. 136. pag. 414.

Im Fall endlich nach richterlichem Erachten

III. der Hauptbeweis als vollständig, der indirecte Gegenbeweis hingegen nur als unvollständig geführt vorliegt, und zwar

1) mehr als halb, so wird dem Reproducenten der Erfüllungsbeid aufgelegt —

2) weniger als halb, dem Reproducenten der Reinigungsbeid ⁴⁴⁾.

§. 4.

Collision zwischen den eigenen Beweismitteln und factischen Beweisgründen des nämlichen Haupt- und Gegenbeweises.

Es ist auch möglich, daß

1) die eigenen Beweismittel und Beweisgründe des nämlichen Beweisführers und Beweises mit einander in Collision treten (z. B. von zwei Zeugen des nämlichen Producenten bejahet der Eine, der Andere verneint); desgleichen

2) daß ein und das nämliche Beweismittel mit sich selbst im Widerspruche stehe (z. B. der nämliche Zeuge zu verschiedenen Fragen).

Im ersten Fall hebt, nach den obigen Regeln der Collision des directen Gegenbeweises mit dem Hauptbeweise §. 2. nr. I., das Widersprüchliche sich gegenseitig auf — der eine Zeuge z. B. vernichtet den andern, so daß bei einem directen Widerspruch der Aussagen zweier einzigen Zeugen, ist in concreto auch den verneinenden Zeugen Beweiskraft in Ansehung der Perception beizulegen, gar nichts bewiesen ist. Der persönliche Werth jedes einzelnen solcher Zeugen kann hier weniger in Betracht kommen, weil der Pro-

44) Vergl. a. Martin, a. a. O. §. 180. 181. ibi all. Gönner und Danz all. Grosman, in der Theorie des gerichtlichen Verf. im bürgerl. Rechtsstreit. §. 203.

ducent jeden als glaubwürdig selbst ernannt hat; aber in den factischen Beweisgründen, in der *ratio scientiae* u. dgl., kann doch noch ein Unterschied liegen, von welchem aus das eine Beweismittel das andere nicht gänzlich entkräftet, so daß also ein gesetzlicher Eid rechtsnützlich wird ⁴⁵⁾.

Im zweiten Fall vernichtet das Beweismittel selbst seine eigene Glaubwürdigkeit, insofern der Widerspruch mit sich selbst klar und durch Erklärung nicht zu heben ist ⁴⁶⁾. Insonderheit läßt sich hier

3) auch der Fall berühren ⁴⁷⁾: wann der Beweisführer nur einen Zeugen ernannte, dieser aber geradezu gegen seinen eigenen Producenten ausfragt ⁴⁸⁾. Manche wollen hier, als eine der Ausnahmen, an welchem auch ein einzelner und einziger Zeuge eben so voll beweise, als zwei, der Regel nach erforderliche, Zeugen, das Princip aufstellen: „*testis unicus plene probat contra producentem.*“ Nirgends aber haben die Gesetze uns diese Ausnahme gegeben, sondern es ist vielmehr folgendes den Gesetzen für gemäß zu achten:

a) Wenn ein Zeuge eines Hauptbeweises (im metaph. Sinn) wider seinen eigenen Producenten ausfragt, so muß ihn dieser freilich für voll gelten lassen, weil er

45) Z. B. die Perception des verneinenden Zeugen steht nicht ganz in den Verhältnissen, welche zur Beweisraft eines *testis negans* erfordert werden. Archiv, B. 1. pag. 269. Litt. Note a).

46) Thibaut, a. a. O. S. 1184. Ist die Aussage bloß vage, dunkel, schwankend, so ist dadurch noch nicht alle Beweisraft aufgehoben. Sie kann andere Beweisgründe stützen, oder vermehren, auch resp. einen gesetzlichen Eid, wenigstens das purgatorium, auch allein begründen.

47) Streng genommen gehört er nicht hierher.

48) D. h. als nicht wahr, was er als wahr aussagen sollte, oder als wahr, was er, nach des Producenten Absicht, als nicht wahr befunden sollte.

selbst jenen Zeugen als einen glaubwürdigen Zeugen ernannte und vorführte ⁴⁹⁾ — und hatte nun der Beweisführer α) bloß diesen einzigen Zeugen als Beweismittel, so ist sein Beweis schon deshalb gänzlich verfehlt, weil der Zeuge die Wahrheit des Beweisthems nicht bestätigte ⁵⁰⁾. Träte hingegen jener Zeuge β) mit andern, neben ihm vorhandenen, Beweismitteln nur in Collision, so kann doch, nach den allgemeinen Regeln, sein Werth, sein voller Werth, nur dem Werth eines einzeln vollgültigen Zeugen gleich stehen, derselbe also auch nur einen vollgültigen Zeugen aufwiegen ⁵¹⁾, welcher neben ihm steht, und für den gemeinschaftlichen Producenten vortheilhaft ausredet. Jener dieser Partei nachtheilige Zeuge kann also nur so viel vernichten, als die Beweisraft eines einzelnen classischen Zeugen aufbauet; und wären nun der letztern mehrere, so bleibt von ihnen immer das für den Producenten stehen, was mehr ist, als die Aussage eines Zeugen. Sind z. B. zwei vollgültige Zeugen für den Producenten, und einer gegen ihn, so streitet noch die Aussage eines vollgültigen Zeugen für den Producenten, zur Begründung eines gesetzlichen Eides ⁵²⁾. Eben so wenig vermag der einzelne widrige Zeuge den Inhalt einer vollbeweiskräftigen Urkunde ganz zu tilgen, sondern diese Urkunde ist zweien Zeugen gleich, und immer wirkt sie noch entweder ein suppletorium, oder purgatorium — nach den Regeln des §. 1. nr. III. abgemessen.

49) Arg. L. 17. Cod. 4. 20.

50) Actore non probante rel. L. 4. Cod. 2. 1.

51) Nur mit diesem Werth, nicht mit einem doppelten Werth, producirt ihn der Beweisführer.

52) Auch Gleichheit der ratio scientiae wird vorausgesetzt, insonderheit, daß der testis negans nicht als nesciens angesehen werden müsse. Denn in diesem Fall kann er resp. gar keinen Betrachter verdienen, resp. nicht einmal einen seiner Mitzeugen aufwiegen.

b) Wendet sich ein Zeuge des eigentlichen, eines directen, Gegenbeweises wider seinen eigenen Producenten, so wächst dessen Aussage dem Hauptbeweisführer zu ⁵³⁾, allein doch nur als die Aussage eines einzigen Zeugen — nicht aber als eine doppelte — nicht als Aussage zweier Zeugen. Die Gründe unter a) sprechen auch hier ⁵⁴⁾. Die Gesetze wissen nichts von einer solchen, den Producenten treffen sollenden Strafe.

XXII.

Einige Worte über das Juramentum in litem.

Von demselben.

Das *juramentum in litem* theilt eine irrige Doctrin:

1) in das *juramentum affectionis*, mit dem Princip: „der dolo oder culpa lata Beschädigte könne den Werth, Betrag, des erlittenen Schadens nach seiner Affection zu der beschädigten Sache unbeschränkt über den wahren Werth beschwören“ —

2) in das *juramentum veritatis*, mit dem Grundsatz: „der durch geringere culpa Beschädigte könne nur den wahren Werth, den Marktpreis, eidlich erhärten.“

Aus den römischen Gesetzen ergiebt sich folgendes:

a) der dolo oder culpa lata Beschädigte kann — vor:

53) Meine Anleit. zur jurist. Praxis. §. 19. S. 63. Not. 19. Die durch die Realproduction der Beweismittel entstehende Gemeinschaft ihres Resultats für beide Parteien, ist der bekannte Grund.

54) Vergl. a. Smelin, über die Beweiskraft eines Zeugen, wider den, der ihn aufführt. §. 23. Reubendorff, Erörterungen. nr. I. §. 42.

ausgesetzt, die schädliche Handlung an sich ist erwiesen ¹⁾ — sofort, ohne weiteren Beweis des Schadensbetrags, zur eidlichen Erhärtung, sowohl des Schadens an sich, als dessen Betrag, sich erbiehen. Insofern nun durch diesen Eid bewiesen wird: „aus der bewiesenen schädlichen Handlung sey ein positiver Schaden wirklich hervorgegangen,“ ist er kein subsidarisches Suppletorium, sondern ein directes Beweismittel, welches in diesem Punkt den Gebrauch anderer Beweismittel gar nicht voraussetzt. Es ist dieses juramentum in litem gegeben in *poenam doli et culpae latae*. Dieser Eid kann jedoch allerdings die Natur eines suppletorii annehmen, im Fall nämlich der Schade, oder dessen Betrag, auch durch andere Beweismittel theilweise, unvollkommen, schon bewiesen ist ²⁾. Die Gesetze sagen auch allerdings, „der Beschädigte könne in *infinitum* schwören,“ ³⁾ durch die neuere Vorschrift aber: „Niemand dürfe sein Interesse über das Doppelte des wahren Werthes beschwören“ ⁴⁾, ist wenigstens diese gesetzliche Gränze festgesetzt. Es fragt sich aber auch: ob nicht durch diese Gränzbestimmung das in den Gesetzen gegebene Minderungsrecht ⁵⁾ des Richters aufgehoben sey ⁶⁾? Nur landesgesetzlich ist der Minderungs Eid des Beklagten ⁷⁾. Der Zenonische Eid, welcher

1) L. 9. Cod. 8. 4. L. 7. Dig. 26. 7.

2) L. 68. Dig. 6. 1. L. 1. Dig. 12. 3. L. 9. Cod. 8. 4. Doch kann man immer sagen: insofern der Beschädigte über den wahren Werth hinaus schwört, ist eine beweisliche Grundlage außer ihm selbst gar nicht möglich. Seine individuelle Schätzung kann nur er aussprechen.

3) L. 68. cit. Dig. 6. 1.

4) L. un. Cod. 7. 47.

5) L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. et 2. Dig. 12. 3.

6) Darf der Beschädigte bis zum Doppelwerth schwören, so kann der Richter hieran nichts fügen.

7) Hellfeld, in jurisprud. for. §. 819.

eine *vis* voraussetzt, wird in den Gesetzen selbst ein *juramentum in litem* genannt ⁸⁾, hat also auch dessen Rechte.

Weil nun das *juramentum in litem* ein selbstständiges Beweismittel ist, und nur den Beweis der schädlichen Handlung an sich voraussetzt, so kann sich auch der Beschädigte selbst zu dessen Ableistung erbieiten — auch sogleich in der Klage. Allein eben weil er als Beweismittel betrachtet werden kann, ist auch sein Gebrauch an die peremptorische Beweisfrist gebunden ⁹⁾, zumal da dem Beschädigten frei steht, auch anderer Beweismittel an seiner statt sich zu bedienen ¹⁰⁾. Daß man durch ihn — seine Grundlage, *dolus* oder *culpa lata* des Gegners, vorausgesetzt — auch den wahren, einfachen, Betrag des durch *dolus* oder *culpa lata* veranlaßten Schadens eidlich erhärten könne, versteht sich von selbst ¹¹⁾. Als *poena doli et culpa latae* findet das römische jur. in litem gegen die Erben nicht statt ¹²⁾, abgesehen von bereits eingetretener Litispending gegen den schadenden Erblasser ¹³⁾.

b) Der durch ein geringeres Versehen, als *culpa lata*, Verletzte muß nach römischem Recht, außer der schädlichen Handlung, auch die Größe des Schadens durch andere Beweismittel, als durch sein Anerbieten zur eidlichen Erhärtung, darthun ¹⁴⁾; es wird aber in Ansehung

8) L. 18. Dig. 4. 3. L. 15. §. 9. Dig. 43. 24.

9) Davon können die römischen Gesetze freilich nichts sagen, weil ihnen der peremptorische Beweistermin nach dem Begriff des teutschen Processus fremd war.

10) L. 71. Dig. 6. 1. L. 2. Cod. 5. 33.

11) L. 21. Dig. 50. 17. Der Eid, durch welchen häufig der Bestohlene den Betrag des gestohlenen Guts erhärtet, um dieses ersetzt zu erhalten, ist ein solches *juramentum in litem*.

12) L. 4. Cod. 5. 53.

13) Martin, in dem Lehrb. des bürgerl. Proc. S. 146. ibi leg. Note h.

14) L. 2. Cod. 5. 53.

des letzten Puncts ihm eher der Erfüllungseid (als *juramentum quantitatis*) zuerkannt, als dem Beschädiger der Reinigungseid. Soviel wirkt doch das Quasidelict des illegal schadenden Subjects. Diesen Quantitätseid nennt nun die Praxis auch einen Würderungs- oder Schätzungseid. Allein er ist nicht das römische *juramentum in litem* — er ist nur subsidiarisch, ein wahres *suppletorium* — und es kann sich daher der Beweisführer zu ihm nicht erbieten, sondern als richterlicher Eid hängt er ab von der Reflexion des Richters — dieser hat auf denselben nach Befinden zu erkennen ¹⁵⁾.

XXIII.

Außere Eigenschaft und Wirkung der Vermuthungen in dem Gebiete der Beweisführung.

Von ebendemselben.

§. 1.

Die Wahrscheinlichkeits-Vermuthungen, *praesumptiones hominis*, richterliche oder menschliche Vermuthungen ¹⁾, bilden den künstlichen oder indirecten Beweis ²⁾.

1) Nicht selten entstehen sie und entwickeln sie sich in dem Proceßgang von selbst — ohne besondere Beweisführung, theils durch Harmonie der streitenden Theile über einzelne Thatfachen, welche nicht das Beweis- them selbst sind, jedoch mit diesem in einen Cohärenzver-
hältnis stehen.

15) Thibaut, Syst. des PR. §. 1166.

1) Martin, Lehrb. des bürgerl. Proc. §. 123. d. ibi all.

2) Archiv, B. 1. C. 35. nr. 2.

Causal, oder Coexistenzneuz, stehen, theils aber schon aus der Natur und Stellung der Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien 3). Insofern sind die richterlichen oder menschlichen Vermuthungen, als von selbst sich begründende Vernunftschlüsse aus actenmäßigen Thatfachen, an irgend eine Beweisfrist nicht gebunden. Sie entstehen bald im ersten Verfahren, und treten, ohne die Beweislast zu verrücken 4), stillschweigend in die Beweisinstanz mit hinüber, entwickeln und befestigen sich wohl erst in der Beweisinstanz, ohne eine besondere, auf sie gerichtete, Thätigkeit der Parteien, ja wohl erst in dem Hauptverfahren, und gesellen sich dann der Reflexion des actenkundigen, die Beweise prüfenden, Richters von selbst zu, gleichsam unwillkürlich, verleiten ihn wohl, vergiftet er die schuldige Kälte und Strenge des Juristen, zu einer Ueberzeugung 5), welche von der formell gerechten abweicht — sie führen ihn in das subjective arbiträre Vernunftrecht — bisweilen sogar zur sogenannten moralischen Ueberzeugung. Ihre Anwendung ist dann bes

3) Indem der Richter einen Vortrag liest oder anhört, spricht aus diesem allein oft schon ein Etwas zu seinem Gefühl, was er nicht absichtlich sucht. Er fühlt ein natürliches, oder ein gezwungenes Wesen, als Seele des Vortrags — die Spuren der Rechtlichkeit, oder der Härte, wohl der Ehre, schimmern aus der Geschichtserzählung, oder Antwort, einer Partei nicht selten von selbst hervor, und auch die Kenntniß der subjectiven Verhältnisse tragen dazu bei, ein Glauben oder Nichtglauben in dem Richter als Menschen zu erregen. Wahrscheinlichkeit und Unwahrscheinlichkeit nennt man diese Tochter der Vernunft und Erfahrung. Einbehrlich ist dieses Naturwesen in dem positiven Rechtsgebiet keineswegs; allein es muß in Schranken sich bewegen. Außer diesen wird es das Mittel ungerechter Willkürlichkeiten.

4) Martin, in dem Lehrb. des bürgerl. Proc. S. 171.

5) Wie die Indicien in dem Strafproceß. Vergl. Note 3.

dingt mit dem Daseyn einer andern förmlichen Beweisführung über das nämliche factum, für welches aus ihnen eine Wahrscheinlichkeit spricht — sie wachsen dem durch Beweismittel geführten Beweis oder Gegenbeweis als accessorium zu.

Hiaweilen aber werden diese praes. hominis

2) der Zweck und das Resultat einer förmlichen Beweisführung, so daß die tatsächliche Prämisse, aus welcher jene Vermuthung als Folgerung, als Vernunftschluß, hervorgehen soll, eben so bewiesen wird, wie sonst das Beweissthem selbst.

In diesem Fall tritt über die Prämissen (Untersatz) eine der ordentlichen Beweisführungen ein ⁶⁾, entweder durch Zeugen, oder Urkunden, oder richterliche Sinne: wahrnehmung, oder Sachverständige, oder Eidessatz, wohl durch eine Häufung solcher Beweismittel. Dann treten überall die Regeln dieser Beweisführungsarten ein. In dem Productions-Verfahren kann, neben den allgemeinen Beweiseinreden, auch die Relevanz der vom Producenten beabsichtigten Schlußfolgerung ein Gegenstand der Parteiverhandlungen werden; und eben so in dem Hauptverfahren, theils: ob die Prämissen bewiesen sind? theils: ob ein Schluß auf die Wahrheit des Beweissthems, und welcher, ob stärker oder schwächer, aus ihnen hervorgehe? Ein voller Beweis ⁷⁾ wird selten durch Schlußfolgerungen hervorgebracht, abgesehen von dem Fall einer physischen Nothwendigkeit ⁸⁾. Man findet entweder

- a) daß der Beweisführer einen concurrirenden *cumulum* mehrerer Wahrscheinlichkeiten zu beweisen sucht, oder
- b) daß derselbe jene Schlußfolgerungen neben directem

6) Archiv, B. I. S. 342.

7) Martin, a. a. D. S. 175 a.

8) Martin, a. a. D. S. 177. und Note 13. S. 300.

Beweis nur adminiculirend benutzt, als Stütze und Verstärkung der directen Beweisgründe.

Insonderheit bedient man sich dieses künstlichen Beweises nicht selten in dem Gebiete des Beweises einer Negative, besonders zu dem directen oder wahren Gegenbeweis, um das Nichtwahr der gegnerischen, positiven, Behauptung folgerungsweise darzuthun. Und dieses ist auch der Fall, wo der directe Gegenbeweis die Eidesdelation zuläßt, nämlich über die Wahrheit der factischen Schlußprämisse ⁹⁾.

So oft nun die Wirkung eines Schlußfolgerungs-Beweises zu beurtheilen ist, entsteht die Präjudicialfrage: ob die Prämisse bewiesen sey? Diese Prüfung geschieht nach den allgemeinen Principien ¹⁰⁾. Hier können also auch gesetzliche Eide eintreten, das Suppletorium zur Ergänzung, das Purgatorium zur Auflösung des unvollkommenen Prämissen-Beweises. Ist nun die Prämisse gar nicht bewiesen, oder ist ihr unvollkommener Beweis durch einen Reinigungs Eid vernichtet, so ist die Schlußbasis juristisch unwahr, und also keine Schlußfolgerung hervorgebracht. Ist aber der Prämissenbeweis voll geführt, oder durch ein Suppletorium ergänzt, so entsteht die weitere Frage: was wirkt die hervorgebrachte Schlußfolgerung für die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit des eigentlichen Beweissthems? Die so begründete *praes. juris* würde volle Ueberzeugung vertreten ¹¹⁾, allein die *praes. hominis* hat, nach ihrem stärken oder schwächen Cohärenzexpus

9) D. h. volle richterliche Ueberzeugung von dem Beweissthem.

10) Archiv, a. a. D. B. 1. S. 36. Note ***.

11) Vergl. Martin, c. a. D. 6. 122. ibi Öttnner, Struben, Note c.

mit dem Beweis them, vielfache Grade der Wahrscheinlichkeit, welche, nach den Verhältnissen in concreto, bald nur Kostenvergleichung, bald ein Suppletorium begründet¹²⁾, einen vollen Beweis aber nur in dem schon gedachten Fall einer physischen Nothwendigkeit¹³⁾, und, wiewohl selten, bei einem concurrirenden cumulas mehrerer Schlussfolgerungen, so wie ein starker Indicienbeweis in Strafsachen¹⁴⁾. Dem directen Gegenbeweis angehörige Schlussfolgerungen können dem gegenüber stehenden Hauptbeweis Abbruch thun, und da, wo der Richter auf einen gesetzlichen Eid zu erkennen hat, kann die praes. hominis die Wagschale zum Vortheil der einen Partei aus dem Gleichgewicht setzen.

Es kann also im obigen Verhältniß ein doppelter gesetzlicher Eid entstehen; nämlich

a) das Suppletorium zur Ergänzung der Wahrheit der factischen Prämisse des Untersatzes der Schlussfolgerung, conclusio, und, ist dieses Suppletorium abgeleitet (verweigert oder versäumt ist dem gänzlichen Nichtbeweis der Prämisse gleich), so ist dann

b) entweder

α) dem Beweisführer ein zweites Suppletorium oder

β) dem Producten ein Purgatorium zuzuerkennen, nach der Stärke oder Schwäche der conclusio der bewiesenen Prämisse, oder der sämtlichen bewiesenen Prämissen, und zwar hat nunmehr dieser unter b α) erwähnte Ergänzungseid, oder dieser unter b β) gedachte Reinigungseid,

12) Archiv, B. 1. S. 269. m. Anleit. zur jurist. Praxis. §. 19. Note 26. S. 70.

13) S. Archiv, B. 1. S. 36. Note ***.

14) Wenn es in Strafsachen indicia luce clariora gibt L. 25. Cod. de prob., so muß dieses in Civilsachen noch mehr der Fall seyn.

das Beweisthem selbst, d. h. diejenige Thatsache, welche der Beweisführer indirect beweisen sollte und wollte, zum alleinigen Gegenstand.

Der Abschwur eines solchen Suppletorii hat das Erkenntniß in der Hauptsache zur Folge: „der Beweisführer habe bewiesen,“ der Abschwur jenes Reinigungsbeides aber: „er habe nicht bewiesen“; so daß jener Ergänzungsbeid wegen der Prämissen in der Hauptsache ohne Wirkung ist. Er wurde nur der Grund, den Gegner (Producten) mit einem Reinigungsbeid rückfichtlich des Beweisthems belasten zu dürfen.

§. 2.

Die gesetzlich gebotene *Wahrheit*; Vermuthung, Rechtsvermuthung, *praesumptio juris* — eine von der gesetzgebenden Gewalt zum Voraus ¹⁵⁾ gezogene *conclusio* aus bewiesenen factischen Prämissen auf die volle juristische Wahrheit des eigentlichen Beweisthems ¹⁶⁾ bildet, der Folge nach, keinen künstlichen ¹⁷⁾, sondern einen directen Beweis, nicht hervorgehend aus eigenen Reflexionen und Vernunftschlüssen des Richters, sondern aus dem Willen und Befehl des Gesetzes, sobald der Un-

15) d. h. das Gesetz befehlt: sollte sich eine benannte Thatfache ereignen, z. B. der Vater mit seinem Sohn zugleich das Leben verlieren, oder ein factisches Verhältniß eintreten, z. B. jemand ein Grundstück *pro suo* besitzen, und sollte jenes Ereigniß oder Verhältniß durch gesetzliche Beweismittel processualisch bewiesen werden, so soll man eine andere Thatfache (das Beweisthem) z. B. ob der Sohn oder Vater früher todt gewesen sey, oder die Freiheit des Eigenthums von Servituten, sofort für juristisch wahr halten.

16) S. d. Archiv. B. 1. S. 29f.

17) Dieses wäre nur in sofern möglich, als man Rechtsvermuthungen auch analog anwenden dürfte.

tersatz, die factische Prämisse, nach den allgemeinen Bedingungen von der behaupteten Partei juristisch wahr gemacht wurde.

Im Fall nun die factische Grundlage einer praesumptio juris

1) schon am Ende des ersten Verfahrens als liquid bewiesen vorliegt¹⁸⁾, so bedarf es keiner besondern Beweisinstanz, keiner besondern Beweisführung¹⁹⁾.

Will sie aber die beweispflichtige Partei

2) aus einer vom Gegner verneinten, noch unerwiesenen, Thatsache ableiten, (z. B. aus der behaupteten, jedoch verneinten, Zurückgabe der Handschrift den Erlaß der Schuld²⁰⁾), so muß er auf dem Weg der ordentlichen Beweisführung erst die factische Prämisse der Rechtsvermutung, als die Bedingung deren Daseyn (jenes Zurückgeben der Schuldschrift), beweisen²¹⁾. Dabei tritt nun alles ein, was §. 1. nr. 2. von dem Beweis des Urtersatzes einer praesumptio hominis gesagt wurde; nur daß, wann die Prämisse voll bewiesen, oder ihr Beweis durch ein Suppletorium ergänzt ist, die nun begründete Rechtsvermutung sogleich für volle juristische Wahrheit des eigentlichen Beweistheims gilt, weder eines weitem Suppletorii bedarf, noch durch einen Reinigungseid des Producten aufgelöst werden kann.

In Rücksicht auf den Gegenbeweis tritt nunmehr

18) Z. B. der Beklagte gesteht, daß Vater und Sohn zugleich in der See ertranken, daß Kläger das angeblich dienende Gut als Eigenthum besitze u. dgl.

19) S. d. Archiv. B. 1. S. 33.

20) L. 2. §. 1. Dig. de pactis.

21) Beweiset er es schleunig, so kann die Rechtsvermutung sogar vor der Litißcontestation, als Beweis, wirksam werden. Vergl. m. Rechtsfälle nr. 33. Allein nie ist sie Beweis mittel. Archiv. B. 1. S. 33

aber die Verschiedenheit zwischen den Arten der Rechtsvermuthungen ein

a) gehört diese zu den einfachen Rechtsvermuthungen — *praes. juris simplices* ²²⁾ — so steht dem Gegner des Beweisführers der *directe* — *eigentliche* — Gegenbeweis offen ²³⁾, d. h. er kann das *Nicht wahr in concreto* derjenigen Thatsache darthun, *direct* oder *künstlich* ²⁴⁾, welche, vermöge anderer bewiesener Thatsachen, nach dem Willen des positiven Gesetzes in *abstracto* für juristisch wahr gehalten werden soll —

b) gehört sie zu den qualificirten Rechtsvermuthungen — *praesumptio juris et de jure* ²⁵⁾ — so ist jener gesetzliche Wille unbedingt, d. h. die Wahrheit des Beweisthems wird so fest fingirt, daß der Beweis der Nichtwahrheit eine Rechtsunmöglichkeit ist.

22) Martin, a. a. O. §. 123. f. ibi litt.

23) Im processualischen Sinn nennt man diesen eigentlichen Gegenbeweis dann einen Hauptbeweis, wann der Beweis der Prämissen der Rechtsvermuthung gleich in dem ersten Verfahren durch des Beklagten Geständniß geführt wird, und das Beweisinterlocut den Beklagten den Beweis auflegt. Hier ist auch ein Fall, wo man nicht sagen kann: *reprobatio reprobationis non datur*. Nicht über die Rechtsvermuthung, sondern über deren Prämissen, hat der Kläger Beweis geführt.

24) Vermöge allgemeiner Befugniß. Archiv, B. 1. S. 157. 243. 354.

25) Martin, a. a. O. §. 123 f. dort. Litterat.

Heidelberg,
Engelmannsche Buchdruckerei.
