

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
c i v i l i s t i s c h e P r a c h .

B i e r t e r B a n d . Z w e i t e s H e f t .

XIV.

B e i t r a g z u d e r L e h r e v o n d e n I n t e r v e n t i o n e n i n d e m C i v i l p r o c e s s .

V o n G e n s l e r .

§. 1.

D e r R e g e l n a c h i s t n i e m a n d b e s u g t , i n d e n z w i s s e n a n d e r n S u b j e c t e n v o r G e r i c h t a n h ä n g i g e n b ü r g e r l i c h e n R e c h t s f r e i t s i c h e r i n z u m i s c h e n , o d e r e i n z e d r ä n g e n ; s o n d e r n , h a t a u c h e r a n e i n e r d e r s c h o n s t r e i t e n d e n P a r t e i e n e i n e n R e c h t s a n s p r u c h , o d e r a n d a s s t r e i t i g e O b j e c t , s o m u s s e r d i e s e n A u s p r u c h i n e i n e m b e s o n d e r n P r o c e s s v e r f o l g e n , u n d d e n j e n i g e n a l s B e k l a g t e n w ä h l e n , w e l c h e r i n c o n c r e t o p a s s i v z u S a c h e l e g i t i m i r t i s t . S e l b s t d i e E x e c u t i o n i n j e n e m a n h ä n g i g e n R e c h t s f r e i t k a n n i n d e r R e g e l d u r c h d e n E i n s p r u c h e i n e s D r i t t e n n i c h t g e h e m m t w e r d e n . E s l a u f e n v i e l m e h r d i e v e r s c h i e d e n P r o c e s s e o h n e E i n f l u s s a u f e i n a n d e r n e s e n e i n a n d e r z u i h r e m b e s o n d e r n Z i e l ¹⁾ , u n d w e n n a u c h m e h r e r e K l ä u g e r g e g e n d e n n ä m l i c h e n B e k l a g t e n (v o n d e s s e n U e b e r s c h u l d u n g a b g e s e h e n) d e s n ä m l i c h e n O b j e c t s w e g e n

1) M a r t i n , i n d e m L e h r b . d e s b ü r g e r l . P r o c . s . 26 .

flagbar werden ²⁾ , muß dennoch jeder Kläger sein Recht besonders verfolgen. Keiner dieser Processe 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 Proces einen neuen Gegner, sey es als Mitkläger oder als ein Mitbeklagter, oder auch einen Streitgenossen, als Mitkläger oder Mitbeklagten, sich aufzudringen zu lassen.

Von jenen allgemeinen Regeln machen jedoch die Gesetze Ausnahmen, welche in den Interventionen sich darstellen. Diese Ausnahmen gründen sich auf ein besondres Interesse des Dritten an dem Schicksal und Ausgang des zwischen zwei andern Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreits, und zwar auf ein solches Interesse *interveniendi*, krafft dessen er behaupten kann: „dürfe er durch seine Zwischenkunft jenen Rechtsstreit nicht hemmen, oder nicht wenigstens Anteil an demselben nehmen, so drohe ihm unmittelbar der Verlust, oder eine schwierige Realisirung, eines auf das Procesobject bereits erworbenen Rechts, oder doch *ex re judicata* jenes Proceses 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 Proces einzumischen befugt werde. So spricht eine wissenschaftliche Doctrin.

2) *Concursus creditorum extra concursum.* *J. H. Böhmer*,
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 Auszüge 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. I. 34. Dig. 34. 3. nur von dem Vorzug unter mehreren Klägern⁵⁾, 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 nützlich, 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 ihm zunächst angehendes Rechts- oder Verbindlichkeitssatz: Verhältniß gerichtlich gestritten werde, und seine, wenigstens stillschweigende, Einwilligung zu diesem Rechtsstreit giebt (qui seit et passus est), der muß sich dann auch die, in jenem, ruhig und unthätig mit angesehenen, Prozeß 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 Intervent, 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 düftig 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 Intervent: „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, Interventen, 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-Turtestaterben des verstorbenen C. über dessen Erbmasse im Prozeß befangen, und pendente habe lite tritt D. mit der Behauptung auf: er sei 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 Interventen 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. S. 157.) aus jenem Beitritt einer der Letztern zur Sache des Interventen entstehen⁶⁾.

B) Behauptet der Intervent: ein Theil des objecti litis gehöre ihm ausschließlich, und sey ihm, vermöge eines erworbenen Rechts auf jenen bestimmten Bestandtheil des Streitgegenstandes, zu zu erkennen, mit Ausschluß des Klägers und Beklagten; und ohne daß er von jenem oder diesem litis consors sey, weder in enger noch weiter Bedeutung⁷⁾, so ist auch dieses eine

6) Z. B. A. fordert Klagbar von dem B. wegen angeblicher Gesinnung ein Lehngut 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 bekennet sich als Vasall des C., und schließt sich diesem an, um mit solchem gemeinschaftlich den A. zu überwinden.

7) Eigentliche Litisconsortien, oder Streitgenossen im engern

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., wann in jenem Erbstreit zwischen A. und B. S. 156. des C. hinterlassene Wittwe mit dem Anspruch auf einzelne Bestandtheile der Masse, als zu ihrem Dotalvermögen gehörig, hervorträte. So auch bei dem Vindicanten in dem Concursproceß.

C) Beizweckt der Interventient 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 verfolgbaren Rechtes stehen, sondern auch dessen Object, jeder nach einer, gleichen oder ungleichen, *rata*, aus dem nämlichen factischen Klaggrund, als unmittelbar zur Sache legitimirt, auch einzeln in Anspruch nehmen können — d. h. active Litigantien — oder b) in einer solchen *communio obligationis* (im weiteren Sinn) sich befinden, daß jede einzelne jener Personen auf Erfüllung eines, gleichen oder ungleichen, Theils jener Obligation unmittelbar, ex eodem facto et ex eadem causa petendi, gerichtlich belangt werden darf — d. h. passive Litigantien. Wenn hingegen ein Subject dem andern in dem Rechtsstreit bloß beisteht, zwar nicht als bloße Nebenperson, wie der Vermund und Prozeßator, 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 sachlich (nicht processualisch) Nebenperson, ebenfalls einen Streitgenossen. Diese nenne ich *litis consortes* im weiteren Sinne. Es gehört dahin der Litiganden, so wie der bloß accessorische Interventient. S. oben II. 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 Intervent an dem Streitobjecte partizipiren 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 veranlaßte auch einen gemischten Prozeß“⁸⁾. Einfluß jedoch⁹⁾ kann es auf den Prozeßgang allerdings haben, je nachdem der Intervent 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. Abb. 24. S. 256. ff. ibi all.

Ob der von Elapoth, Danz, Grolman, Gönnner, Glück, Martin u. a. hierunter geschürzte Knoten endlich durch neuere Kreuzhiebe gespalten, dessen Inneres also nun erkennbar sey, und zwar durch Morstadt's Materialkritik von Martin's Civilprozeß-Lehrbuch, Entw. 85. S. 324. ff., das überlasse ich ebenfalls höheren Kunstrichtern.

9) Hier von 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 Intervent einen Anteil an dem Objecto litis (dieses in dem unter lit. C. bezeichneten weiteren Sinne betrachtet) gar nicht begeht, sondern den Sieg des einen streitenden Theils, als dessen litis consors im weiteren Sinne (S. Note 7.), nur zu dem Zweck mit befördern will, damit der positive Nachtheil abgewendet werde, welcher ihm, dem Interventen, *ex re judicata* gegen diese Partei drohet, besonders eine Entschädigungsklage, so entsteht der Begriff der bloß accessoirischen oder Neben-Intervention. Z. B. ein auch probonitate haftender creditor cedens mischt sich, nachdem der cessionarius den debitor cessus gerichtlich belangte, dieser aber in den Proces eingehet, 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 vindicantem mit zurückzutreiben. Auch ist als Beispiel dahin zu rechnen, wenn der Vürge sich dem Beklagten Hauptschuldner anschliesst, um in Gemeinschaft mit diesem die Klage abzutreiben, oder fassls 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 Besitzstandes zu sichern ¹²⁾.

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

12) In diesem letzten Fall tritt der intervenirende Dominus fest-

Die Eintheilung der Intervention in die freiwillige und gezwungene, je nachdem der Intervent als solcher ganz aus freiem Entschluß hervortrete, oder durch Adcitation, oder Litigation, herbeigerufen werde, ist fruchtlos, weil weder die Litigation, noch die Adcition, in der Regel einen Zwang zur Intervention mit sich führt, und weil da, wo der Adcitor zur Theilnahme genötigt werden kann, diese die Natur einer Intervention nicht hat¹³⁾. 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 Interventen *Activ-Legitimation* zur Sache, d. h. desselben Besugniß zur Einmischung in den zwischen andern Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreit.

II.) des oder der Interventen¹⁵⁾ *Passiv-Legitimation* zur Sache, d. h. gegen welchen der schon

nebwegs als Vindicant auf, sondern seine Behauptung: „ich bin Eigenthümer,“ ist bloß die indirekte Grundlage der Verneinung des factischen Klägergrundes, 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 Proces abzuleiten. Praktisch aber sind die Fragen: 1) ob jemand freiwillig interveniren dürfe? — 2) ob die schon streitenden Theile jenen freiwilligen Gegner oder Gehülfen an- und aufnehmen müssen? — 3) ob jemand zur Intervention genötigt werden könne, vom Richter, oder von einem freitenden Theil? — Die Beantwortung dieser Fragen ist Mitgegenstand obiger Abhandlung XIV. §. 3. ff.

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

streitenden Theile der Interventient sich zu wenden habe, und welcher Theil die Intervention sich gefallen lassen müsse¹⁶.

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

§. 4.

Es ist ad 1) aus den oben §. 1. S. 153. bereits angeführten Gründen des Interventienten Befugniß zur Einmischung in einen zeither ihm fremden gerichtlichen Rechtsstreit nicht bloss damit bedingt, daß er sein eigenes erworbene Recht verfolgen oder sichern will, sondern zugleich mit dem erwähnten besondern und bereits existirenden Interesse an dem Ausgang des schon anhängigen Prozesses — mit der Gewissheit, dieser gefährde seine erworbenen Rechtsverhältnisse und könne diese nachtheilig versetzen, ihm resp. die Verfolgung und Realisirung eines Rechts vereiteln; oder bedeute er schweren, oder eine Verbindlichkeit auflasten. Der Interventient muß dar auf 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 Prinzip als Interventient sein vorzügliches, sein beide Theile überwindendes, Recht an dem Streitobject, auch jene Gefahr, wenigstens so weit zu bescheinigen, als derjenige, welcher einen Realarrest zur Deckung der künftigen Execution seines Rechts auswirken will.

Hierüber — über die Frage: ob Interventient auf jene

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

16) Die Begriffe der Activ- und Passiv-Legitimation zur Sache werden übrigens hier vorausgesetzt. Meu Handb. d. Martini's Lehrb. des b. Proc. Thl. I. 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 Arrestprozesses, den Interventions-Prozeß nennen könnte¹⁷⁾, in welchem beide zeither streitende Theile, einzeln und vereinigt, als Gegner des Interventienten 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 Intervent 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 Litiganten, oder nicht. Dann mögen die zwei oder drei Prozesse 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 Intervent will die freien Bewegungen anderer Subjecte innerhalb deren Rechtskreis stören und hemmen — er verkümmert gleichsam jenes ihr Eigengebiet — und darum ist er dem gleich, welcher eine regelwidrige Rechtshilfe begeht. Er muß erst zeigen, daß ein gesetzlicher Grund zu der regelwidrigen Procedur 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 arrestu nachweisen muß, über das Daseyn dieser wesentlichen Bedingungen des Arrestes aber besondere Verhandlungen unter dem Namen Arrestprozeß entstehen können, Martin, in dem Lehrb. d. bürg. Proceses §. 229., eben so kann die Vorfrage: ob die Intervention als solche Statt finde? besondere Verhandlungen veranlassen, für welche der Name: Interventionsprozeß gewiß passend ist.

ander neben einander laufen, und der zurückgewiesene Intervenient 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 Intervention¹⁹⁾ treten die nämlichen Grundprincipien und Bedingungen des Intervenienten 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 Intervenienten, 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 Anteil an dem Prozeß nehmen — zwar für eigenen unmittelbaren Vortheil, jedoch nur als Streitgenosse des einen der bereits streitenden Theile²⁰⁾.

18) S. unten §. 6. Nr. 10.

19) gemischt en — in dem oben S. 158. angegebenen Sinn.

20) Zugleich und so gleich muß ein solcher Intervenient sich als Beistand der einen bereits streitenden Partei dieser anschließen wollen. Ist das Interesse dieser Partei mit dem Zweck des Intervenienten unverträglich — ist dessen Intervention zugleich auch gegen den gerichtet, welchen er unterstützen will, so sind blos die Bedingungen einer reinen Principial-Intervention vorhanden. Dahin scheinen mir auch Mittermaier's Fälle zu gehören. S. d. Archiv, B. 2. Abb. 24. S. 260. 261. Das, wenn ein streitender Theil dem Principial-Intervenienten 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. zumeist ausdehnt, fällt man in die Confusion einer subjectiven Klagenhäufung, und gerät mit den allgemeinen Grundregeln des bürgerlichen Proceses in Widerspruch. Daher wird sich auch ein Zwangsbrecht des Intervenienten jener Art

Auch hier ist im Zweifel der Intervent zu rückschreien. Denn weder der zeitherige Kläger, noch dessen Beklagter, ist verbunden, einen zur Sache nicht legitimirten Streitgenossen, oder Gegner, sich aufzudrängen zu lassen, zumal da gerade einem solchen sich eindringen wollenden Streitgenossen die res judicata wider den, welchem er sich anschliesen will, der Regel noch nicht schadet²¹⁾.

3) Und auch der bloß accessorische Intervent, nach dessen §. 2. lit. D. angegebenem 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 Interventen — Litisdenunciation — die andere Partei nicht verpflichten, diesen Mitgegner anzuerkennen²²⁾). Man kann im Allgemeinen den Satz aufstellen: „welchem Subject ein streitender Theil litem denunciren muß, oder doch darf, dieses Subject ist auch aktiv zur freiwilligen accessorischen Intervention legitimirt.“

§. 5.

Wenn man ad II) auf die passive Sachlegitimation des interventionistischen Theils zurückzieht, so ist

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

sich selten rechtfertigen lassen. Das 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, Grunds. 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 fortzuführen.

Von diesem Gesichtspunkte aus wendet sich der Interessen zu unächst gegen beide jener Parteien, als die zur Antwort pflichtige, d. h. ad causam passiv legitimirte, Subjekte — sey auch die der Hauptintervention zum Grunde liegende Klage eine dingliche Klage, und sey auch nur der Beklagte des schon anhängigen Proceses der alleinige Besitzer des von dem Interventienten in Anspruch genommenen Objects. Weicht die eine Partei dem Interventienten, 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 Interventienten 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 zustehe, jetzt aber C. als Interventient behauptet, „mir steht 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 Interventient sich dem Principal-Interventienten als consors anschließen können. Oder im Fall M. den N. mit der Eigenthumsklage belangte, N. deren Grund verneinte, jetzt O. mit der Behauptung intervenierte: „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 Interventienten selbst zu-

stehende, Klage in sich enthalten; und stellt man in concreto diese Klage den über deren Object schou 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 Interventions-Klage enthalten seyn. So scheint es also, daß diese auch nur gegen denjenigen, der jener streitenden Theile gerichtet werden könne, in Bezug auf welchen jene Bedingungen des rechten Beklagten²³⁾ vorhanden sind, und daß die Intervention nur dann gegen beide Theile des anhängigen Prozesses gerichtet werden dürfe, wann beide diese in jenem Verhältniß der Passivlegitimation als Litigieconsorten 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 Priviliegium, welches jeder als ausschließlich sich beilegt, und jetzt tritt C. mit der Behauptung auf: „jenes Theilungsobjekt ist mein alleiniges Eigenthum,“ oder: das streitige ausschließliche Priviliegium 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 Interventienten weichen, so hat die Intervention insoweit ihren Zweck er-

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

24) Mein Handb. zu Martin's Lehrb. d. bürgerl. Proc. Thl. I.
S. 120. ff.

reicht, der Interventionsprozeß 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 Interventen, so sind auch beide in dem Interventionsprozeß legitimi contradictores; und selbst dann, wann durch das Resultat dieser Zwischenverhandlung die Einmischung des Interventen für statthaft, und das Aussetzen des ältern Prozesses für nöthig erkannt würde, bleibt der der Klage des Interventen gegen über passiv nicht legitimirte Theil (gewöhnlich der Kläger des sistirten Prozesses) Interessent des neuen Prozesses; er wird litis consors (im weitern Sinne) seines ursprünglichen Gegners, und ist dazu legitimirt, des Interventen Klagrecht wider jenen seinen nunmehrigen Streitgenossen zu bekämpfen, nicht weil diesem das von ihm (jenem ersten Kläger) in Anspruch genommene Object gehöhre, sondern als negative Litigatestation auf die Klage des Interventen, in dem Gebiete des directen Gegenbeweises, und solcher Einreden, deren Wahrheit das Nichtseyn eines Klagrechtes des Interventen zur Folge hat, ohne daß hieraus dasjenige Recht hervorgeinge, welches sein eigner jetziger Consorte auf das Object des ursprünglichen Prozesses sich beilegt. Jener Interessent darf deshalb die Entbindung seines vormaligen Gegners mit befördern, damit er den Urprozeß 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 Testamentsberben geklagt und pendente hac lite trate ein Intestativerbe mit der qu. inofficiosi testamenti als Intervent auf. Hier würde der flagende Legatar sich dem von ihm selbst beklagten Testamenteberben als Consorte wider den Intestaterben anschließen dürfen, um das Testament mit

zu vertheidigen, 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 Interventen nach, immer nur gegen den einen der bereits streitenden Theile gerichtet, und zwar

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

b) als Vertheidigung gegen den Kläger, insofern der Intervent dem Beklagten als eigentlicher Streitgenosse zu dem Zweck sich anzuschließen strebt, um sich durch diesen Proces 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 Interventen entgegen setzen: „ich bin nicht zwangsläufig, dieses Einmischen und Anhängen mir gefallen zu lassen.“

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

Der Beklagte ist nicht schuldig a) 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 b) dem freundlich sich nahenden, jedoch unmittelbar sich selbst sicher stellen wollenden, Mitgehülfen zurückweisen, damit dieser ihm den

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

26) Martin, in dem Lehrb. d. b. Proc. S. 34.

Proces nicht erweitere, und nicht Veranlassung zu störenden Verhandlungen gebe.

Auf ein besonderes, das Procesrecht der schon streitenden Theile beherrschendes, Interesse kann sich ein solcher Intervent überall nicht stützen, sondern nur auf der selben guten Willen. Denn a) die zwischen selbigen eintretende res judicata schadet ihm nicht, b) als einzelnen Kläger steht ihm die Gerichtsthüre offen, und c) will er in Klage 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 beschuldigten Miterben, socius u. dgl.

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

in welchen die Litisdenunciation eine Bedingung der Entschädigungsklage ist, diese gegen den zurückgewiesenen Intervenienten sich selbst abschneiden, indem sie durch jenes Zurückweisen ausspricht, „sie wolle die Gefahr des Proceßausgangs allein übernehmen.“

Dass der accessorische Intervent 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 Prinzip: „niemand ist zwangspflichtig von dem gewählten Gegner sich verdrängen und einen neuen Gegner sich aufdringen zu lassen“^{27).}

§. 6.

Aus den obigen Prinzipien 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 seyen 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 Zwischenpunkt summarisch zu verhandeln — am zweckdienlichsten in besondern Acten, und ohne Einfluß auf den Fortschritt in der Hauptfrage.

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

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. Abb. 25. S. 405. ff.

noch nur dann unterbrochen, wann jene Urparteien beide dieses wollen, oder die Principal-Intervention so präjudicierlich ist, daß auch die eventuelle Entwicklung jener Hauptsache rechtsummöglich, 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-Intervent auftrete; es soll vielmehr in der Regel kein Proces auf den andern einen störenden Einfluss haben²⁹⁾.

5) Weicht eine der ursprünglichen Parteien dem Interventen, sey es der Kläger oder der Beklagte, so ist hier durch allein sein Gegner keinesweges genötigt, den Urstreit aufzugeben, oder ruhen zu lassen — der gegen den Interventen 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-Interventen, so werden dieselben Litiganten, 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 summa risch 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 dennoch kein eigenes Verfahren, welches man den gemischten Interventionsprozeß nennen könnte, sondern der Interventient schließt sich der einen Partei als Consorte zur gemeinschaftlichen Verhandlung an, gerade so wie bei der rein accessorischen Intervention. Jenen Vorprozeß gemischt zu nennen, wäre eben so unpässlich, als unbegreiflich die Verwechslung einer gemischten Intervention mit einer gemischten Prozeßart.

8) Auch die blos accessorische Intervention kann einen Interventionsprozeß, 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, wcher der Interventient nach seinem Zweck sich anschließt.

9) Die gemischte und blos accessorische Intervention ist, ihrer Natur nach, bei dem Gerichtsstand anzubringen; vor welchem die Hauptache bereits streitfähig ist; denn der Interventient bezweckt ja gerade nur Theilnahme an diesem Rechtsstreit. Auch folgt jenes aus den Wirkungen der materiellen Connexität³⁰⁾. Von dieser aus wird das nämliche Prinzip auch in Ansehung der Principal-Interventionen aufgestellt; und sobiel ist unbestritten, daß die Intervention als solche, der Interventions-Prozeß, nur für jenes Gericht der schon streitfähigen Sache gehört³¹⁾. Denkbar aber ist, daß der Interventient in Ansehung der Klage, welche er im Gefolge der statthaften Intervention realisiren will, durch letzte zugleich behauptet, „daß von den Interventen gewählte Forum sey incompetent“³²⁾.

30) Vergl. z. B. L. 49. Dig. 5. 1. L. 1. Cod. 3. 19. L. 1. et 40.
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 20. angezogenen Gesetze.

32) Z. B. der Principal-Interventient behauptete zugleich, „daß

Wäre dieses gegründet, so ist, mit dem Decret, welches die Principal-Intervention an sich für statthaft erklärt, zugleich auch dem Intervenienten die Besugniß 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 fortzusehen befugt sind³⁴⁾, insoweit dieses durch Pro ration³⁵⁾ competent werden könnte. Wurde in der Unterinstanz die Principal-Intervention für unzulässig, auf erhobene Appellation jedoch für statthaft 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 Procesß 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 Lehnshof erkennen könne, und bescheinigt zugleich jene Qualität, odie die Intervenenten 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 Caution des Siegers wird dieser abgewendet oder relaxirt. Der Besiegte kann eine Einrede gegen Vollzug der Execution aus dem noch anhängigen Proceß der Interventionsklage nicht ableiten — nicht ex jure tertii; jener Sieger aber muß die in der Interventionsache erfolgende res judicata auch wider sich gelten lassen, hätte er den Intervenienten auch nicht mitbekämpft. Caute ist es, ihn hierzu veranlassen nr. 9. ³⁷⁾

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

12) Der bloß accessoriische Intervent kann die Lage des Proceßes auf keine Weise verrücken. Sie findet zwar so lange statt, als noch Vertheidigung der von dem Intervenienten unterstützten Partei rechts möglich ist; allein durch keine andere Vertheidigungsmittel, als diejenigen, welche die unterstützte Partei selbst aus noch vorzuhüten durfte, z. B. nach der Exceptionsschrift keine neuen Einreden u. s. w.

13) Der zugelassene Intervent darf gegen das seinen Zweck in der Hauptache 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 Bemerkungen¹⁾ über den
selben Begriff und Wirkung.

Von Gessler.

§. 1.

Zu den Principal- und gemischten Interventionen giebt, nach deren Zweck, gewöhnlich des Intervenienten eige-
ner Entschluß Veranlassung²⁾. Es ist aber auch rechts-
möglich, daß ein Dritter besonders aufgefordert werde³⁾,
in einem zwischen andern Subjecten bereits anhängigen Rechts-
streit sich einzumischen. Zu diesen Aufforderungen rech-
net man:

1) die Adcitation⁴⁾. Manche betrachten sie als ein
richterliches Pflichtrecht, vorauszusehende Processe abzuschnei-

1) Auch hier wird eine erschöpfende Darstellung nicht bezweckt.

2) Vergl. Abb. XIV. dieses B. §. 2.

3) Daher die Eintheilung 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
Selbstbeschuldigter, in dem von andern Subjecten für sich
und unter sich erhobenen Rechtsstreit Anteil zu nehmen;“
und eben dieses hat Mittermaier in diesem Archiv Bd. 3.

den, und deshalb diejenigen *ex officio* bei zu laden, welche ein unmittelbares Interesse hätten an dem Ausgang des zwischen andern Personen anhängig gewordenen Prozesses und an dem Schicksal dessen untheilbaren Objectes⁵⁾. Allein abgesehen von der Nov. 99. ist kein positives Gesetz erfindlich, welches auch nur scheinbar eine Ausnahme von dem überall hervortretenden Prinzip rechtfertigen könnte: „der Richter kann bloß von Amts wegen niemanden zur Klage⁶⁾, oder dazu nöthigen, die Rolle eines Beklagten⁷⁾ zu übernehmen.“ Selbst die (in der Vulgata schlecht über, setzte) Nov. 99.⁸⁾, welche voran von dem, den correis debendi 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, Bürigen sichern will, lässt sich nicht so geradehin von einer bloß offiziellen Beiladung der nicht mit in Klage genommenen Mitbürgen verstehen, sondern setzt stillschweigend voraus, dass der Gläubiger, vermöge dessen Besugniß, sämtliche Mitbürgen, als Consorten, der materiellen Connexität ihrer Verbindlichkeit wegen, vor dem gemeinschaftlichen judex 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-

Ahh. 2. trefflich bereits ausgeführt. Ich beziehe mich darauf zurück, und seze es voraus, indem ich in obigen Bemerkungen nur ein Scherstein hinzulege.

5) Vergl. insond. Grinner, in dem Handb. B. I., Ahh. 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. Homerik zu Vag.

ters, alle Mitbürgen als Gesamtbeklagte vorladen und behandeln, auch una eademque sententia das Verbindlichkeitsverhältniß jedes Mitbeklagten zu dem flagenden Gläubiger aussprechen. Hiermit ist also nur das ältere, die *Litis consorten* betreffende, Prozeßrecht, 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 Prinzip mit der allgemeinen Grundmaxime des ältern Rechts im directen Widerspruch steht, und, als allgemeine Regel, eine ganz neue inquisitorische Prozeßart bilden würde ⁹⁾. Alle von Gönner angezogenen Gesetze sprechen mehr gegen eine richteramtliche Adcipation, als für diese; und was er einer guten Gesetzgebung angemessen glaubt, führt zur schädlichsten Willkür des Richters, welcher durch die ihm offen stehende Adcipation 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 Prozeß zu entscheiden ¹⁰⁾, ist es doch vorerst die Sache des Beklagten, die Einrede aufzustellen: „er, oder der Kläger, habe der gestalt mehrere Rechts- oder Verbindlichkeits-Genosseen (*Litisconsorten*), daß er, Beklagter, für sich allein passiv, der Kläger allein aber activ, zur Sache nicht legitim sey, letzter also zu viel von ihm fordere. Und diese Einrede, ist solche liquid, befugt den Richter doch bloß dazu, die Klage als eingebrochener Maßen unzuständig zu verwiesen, dieses aber selbst *ex officio*, ergibt sich

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

10) 3. 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 aktiv 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 Inquisitions-Maxime in dem Civilproces, welche weit mehr Inconsequenzen hervorbringen würde, als Beförderung der Justizpflege¹¹⁾.

Eine, und zwar von dem aussdrücklichen 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 officielle Thätigkeit des Richters so sehr erweitert, und da, wo sie Tit. 17. §. 1. zu der Adcitation übergehet, das Princip an die Spitze stellt: „der Richter sey schuldig, die Wahrheit der bei einem Processe vorkommenden Thatsachen von Anfangs wegen zu erforschen, und alle dazu beitragende Mittel anzuwenden“, gestattet eine richteramtliche Adcitation nur dann, wenn von dem Vormann einer Partei Aufklärung sich erwarten lässt, will aber diesen Adcitatoren lediglich als Zeugen angesehen wissen, und sagt §. 6. ausdrücklich: er werde durch die Adcitation in den Proces nicht verwickelt, und seine Buziehung 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 nachfolger, zeigt alles darauf hin, daß es außer der Macht des Richters liege, vermöge dessen eigenen Willens einen Dritten zu adciten, um solchen als Partei zu behandeln, oder zu nöthigen, eine Parteirolle zu übernehmen.

vollzichen ist¹²⁾). Allein auch hier ist der Zweck nicht, daß der Beigeladene eine selbständige Partei bilde; sein Erscheinen hat mehr die Natur einer gezwungenen accessoriischen Intervention, oder es beruhet vielmehr dieser ganze Proceshaet auf ganz eigenen Principien, welche von denjenigen der Adicitio im gewöhnlichen Sinne ganz abweichen¹³⁾. In andern Fällen wird die vom Kläger oder Beklagten nach eingetretener Litispendenz geforderte Beisladung 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 *adicitio* im engern eigentlichen Sinn nicht genannt werden kann. Wo auch keiner von diesen beiden Fällen eintritt, da wird der Antrag auf eine *adicitio* 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 Subjects in den anhängigen Rechtsstreit verbis vel factis deutlich erklären. Dann kommen die Principien von der gesuchten Intervention zur Anwendung¹⁴⁾.

§. 2.

Eine andere Veranlassung zur Beisladung eines Dritten ist

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

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

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

14) S. ob. Abb. XIV, §. 2. S. 158. 168.

solche nichts anders als a) die *exceptio deficientis legitimacionis 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 Civilbesitzers, 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 ziehen¹⁵⁾.

§. 3.

Das hauptsächlichste Mittel, die Abcitation eines Dritten zu dem Proceß, und zwar zu dem Zweck zu bewirken, damit dieser an den Parteiverhandlungen Anteil 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 Rechtsverteidigung, wenigstens aber die Sicherung einer Regressklage gegen einen Dritten, durch die solchem ertheilte Notiz, i. e. denunciatio, des eingetretenen Rechtsstreites. Sie ist also die Aufforderung zu einer rein-accessorischen Intervention und findet dann statt, wenn 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 Mittermaier, nr. XXIV. p. 399 — 421., die andere nr. XXV. p. 421 — 440. von mir, suchen derselben 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 denunciat) 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, Anteil an dem Prozeß 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. denuncirt dem Verkäufer B. item, 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 vorschüttet. Vergl. a. die Preuß. Proceßordnung Tit. 17. §. 2. Die röm. Gesetze beschäftigen sich auf eine bestimmte Weise mit der Litisdenunciation nur in Hinsicht der Eviction's Fälle, 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 besiegen 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 Schadlosbehaltung verbunden ist, den entstandenen Rechtsstreit, zum Zweck einer Beihilfe 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: *L a b e o*¹⁸⁾ fordert sie gleich in dem Anfange des Rechtsstreites, *P o m p o n i u s*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, Repliken u. s. w., und wo peremptorische und Praeclusiv-Fristen weiteres Gehör des in diesen verabsäumten Vertrags abschneiden, kann der herbei gerufene Denunciat auf jeden Fall nur die Art der Angriffs- oder Vertheidigungs-Mittel suppeditiren, und nur diejenigen Beweise beibringen, welche nach der Lage des Processeß 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 Vertrag sich bedinge, „daß auch die Erklärung des Litisdenunciaten vor dem weiteren Fortschritt in den Wechselseverhandlungen 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 nüglichen Litisdenunciation eintreten können, im Fall nämlich des Gegners Vorbringen, dessen Biderlegung einer Mithilfe des Autors oder des zur Entschädigung pflichtigen Subjects bedarf, im späteren Laufe des Processeß erst hervortritt. Dieses kann sowohl auf regularem, 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 Prätention unterrichtet, zugleich aber auch instruirt, 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 Litisdenunciation zu einer Zeit, wo der Litisdenunciat 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 Evictionfällen 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 hingen, in welchen die nicht siegende Partei den Regress an einen Dritten nehmen könne, sey die Litisdenunciation zwar *facultatis*, d. h. der zu jener Regressklage befugte Theil könne und dürfe jenem Dritten item denunciren, allein unterlasse er dieses, so habe er blos hierdurch auf die Entschädigungsklage keineswegs verzichtet²²⁾. Andere hingegen

auch mit einer Vindication hervor, der Beklagte Käufer stellt jene Einreden entgegen, der Kläger aber beantwortet diese mit solchen speziellen Repliken, welche jene Einreden zu entkräften drohen. Hier kann zur Instruction der Duplikatricht eine Litisdenunciation 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 *novo* hervorträte, welches den Kampf erneuert, und nun erst dem Kläger den Sieg zweifelhaft macht. Vergl. Thibaut, p. 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, p. R. §. 1272. ibi all. Struben, Hommel, Donndorf. Danz, in den Grunds. des ordentl. Proc. §. 488. Kind, qu. for. T. 4. Cap. 26. Leyser, med. ad Pand. spec. 241. med. 1. sq. Auf dieser spricht nur von der Befugniß, nicht von einem hypothetischen Zwang, zur Litisdenunciation.

halten in beiden Fällen die Prochankündigung für nothwendig zur Aufrechterhaltung der Befugniß zur Entschädigungsklage²³⁾. Die letztere Meinung läßt sich, auf das gesmeine 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 Negrellage auf die Unterlassung der Litisdenuntiation folgen lassen, wann der Beklagte wußte, sein rückhaftender Vormann habe eine wirksame Einrede, dennoch aber diese weder vorschüchte, noch jenen Dritten den Rechtsstreit ankündigte, obgleich er dieses vollziehen, und denselben zur gerichtlichen Vertretung auffordern können²⁵⁾. Einer bessern Gesetzgebung mag eine aus-

23) Claprotth, in dem ordentl. Proces. §. 481. Gönner, in dem Handbuch. Thl. I. Nro. 17. Großmann, in der Theorie des ger. Verf. in bürg. Rechtsst. §. 159.

24) Was Gönner deshalb in der L. 9. Dig. locati rel. und L. ult. Dig. de cond. causa data erfunden will, ist wirklich unerfindlich. Beide Gesetze enthalten nicht die entfernteste Spur von einer Litisdenunciation. Eben so gehäuftlos sind die von Claprotth in dem ord. Proces §. 461. angeführten Gesetze, insoferne nicht solche gerade von Eviction'sfällen sprechen, und nur von diesen.

25) Die Worte der L. 10. §. 11. u. 12. Dig. mandati sind folgende: *Fideiussores et mandatores, etsi sine judicio solverint, habent actionem mandati.* Generaliter Julianus ait: *si fideiussor 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 judicium, vel suo vel procuratorio nomine.* Will man nun unter dem *convenire*

gedehntere Nothwendigkeit der Litisdenunciation allerdings an, gemessen seyn²⁶⁾, allein ein *lex constituenda* ist nicht *jus constitutum*. Auch die an sich nothwendige Procesaukündigung²⁷⁾ kann aber folglos unterbleiben, a) wenn der Rück-

rel. eine Litisdenunciation verstehen, so ist jener Bürger doch nur dann zu dieser Procesaukündigung verbunden, wenn er eine wirksame Einrede des Hauptschuldners bereits kennt, sie aber nicht selbst vorschügen will. Kennt er sie nicht, so ist er nicht pflichtig, den Hauptschuldner zum Beiritt aufzufordern. Mit jedem Fragment Ulpian's verbinde man nun ein zweites von ebendemselben. 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 negligencia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione, et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi, vel cuius 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 Prinzipien, 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. Thl. I. B. 16. Merius, P. II. dec. 289.

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

27) die gem. R. n. auch außergerichtlich geschehen kann, weil 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 ist²⁸⁾, oder b) als gegenwärtig beswirkt, daß man ihm die Ankündigung nicht thun kann²⁹⁾, oder c) auf diese zum Voraus vertragmäßig verzichtete³⁰⁾, oder d) sich nachweisen läßt, die Litiädenunciation würde wegen Schlechtigkeit der Sache vergeblich gewesen seyn³¹⁾.

Sey nun die Ankündigung des Rechtsstreites zur Sicherung der Gewährs- 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 Litiädenunciation ihm auflegende Decret, ist doch nur nominatorisch — sein Richterscheinen, Richtantworten, überhaupt seine Unthäthigkeit, ist kein Ungerorsam, sondern nur ein stillschweigender Verzicht auf die künftige Einrede, „es habe der Litiädenunciant der Gewährs- oder

geschehen kann und würde, und daß es wenigstens Cautel ist,
die Ankündigung, deren Beweis wegen, gerichtlich vollziehen zu lassen, über 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 Litiädenunciation vergeblich. Vergl. jenes Gesetz mit L. 11. §. 12. Dig. 19. 1. Weber, in den Beitr. zu der Lehre von Kl. und Einr. St. I. Abh. 5. nr. 1. Man muß also auch das Prinzip aufstellen: so oft der Besiegte behauptet und darthun kann, sey es aus der rechtlichen Natur der Sache, oder durch besondere Beweismittel und factische Beweisgründe, „auch der Vollzug der Litiädenunciation hätte ein anderes Resultat des Rechtsstreites nicht hervorbringen können“ so oft kann auch derselben Unterlassung den Verlust einer Gewährs- oder Indemnitions-Klage nicht begründen. Vergl. a. Gönner, a. a. D. 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 Gewährs- 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 heißtt 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 unthätingen, nicht erscheinenden, oder nicht antwortenden, Litisdenunciaten des Umgangs 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, Anteil 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 Litisde-

32) B. B. dem, welcher eine species ohne Versprechen der Gewährleistung verschenkte, wird nachher von dem Beschenkten lis denuncirt, jener Schenker aber bleibt unthätig. Crate nachher der donatar mit der Evictionssklage 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. Chibaut, a. a. D. §. 181.

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

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

nuncianten gegen den Litisdenunciaten etwann zuständige Gewährs- oder Entschädigungsklage vorbehalten“³⁵⁾). Und gesriethen beide jene vor entschiedener Hauptache 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 ermauelten“, so kann dieser Zwischenpunkt doch den Fortgang der Hauptache 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 Hauptache nicht besiegt ist, die Präjudicial-Frage als unentschieden vorliegt: „ob denn eine Klage jener Art zur Reife gedeihen werde“? sey auch der Reim zu ihr vorhanden. Nur dann siehe sich eine endliche Entscheidung jenes Nebenstreites denken, wann es klar vorliegt, „mag der Ausgang der Hauptache 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 Intervent zu beurtheilen. Der Litisdenunciant bleibt im Verhältniß zu dessen Gegner die Hauptperson, und letzter ist nicht verbunden, daß er, stern Rücktritt aus dem Rechtsstreit sich gefallen zu lassen, erklärte auch der Litisdenunciat: „er wolle den Litisdenunciants,

35) Hommel, in Rhaps. quaest. for. Obs. 191. Schauburg, in princ. prax. jud. Lib. I. Sect. II. Cap. VI. §. 6. Claproth, ord. Proc. §. 464. Danz, ord. Proc. §. 488. Gönner, a. a. D. §. 5. nr. 5. Grolman, in der Theorie des ger. Vers. in bür. 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 befugten, in welchem Fall der Bevollmächtigung aber dieser Principal ferner als solcher betrachtet, und siegt der Gegner, selbst verurtheilt wird³⁶⁾. Von selbst versteht sich auch, daß der Gegner des Litisdenuncianten die Sachlegitimation des Litisdenunciataen bestreiten darf, und diesen nicht zu dulden braucht³⁷⁾, fehlen die Bedingungen des mittelbaren Interesse daran, ob der Litisdenunciant siege, oder besiegt werde. Doch kann auch durch einen solchen unklaren Zwischenpunkt die Hauptfache nicht suspendirt werden³⁸⁾, da eines Theils der Litisdenunciant in der Hauptfache immer die Hauptperson bleibt, andern Theils aber dem Gegner jede Vertheidigung gegen dasjenige offen steht, was der Litisdenunciat dem materiellen Vorbringen hinzufügt, und weil über dessen Werth oder Unwerth in dem Erkenntniß der Hauptfache zugleich mit abgesprochen werden kann³⁹⁾.

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

36) Glück, a. a. D. §. 1126. nr. 2. ibi leg.

37) Claprot, ord. Proc. §. 467.

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

39) Man vergl. überhaupt die Not. 35. allg. Rechtsges. und der bei solchen angez. Schriften, besonders Glück, §. 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 Streitpunkt dergestalt ab sprechen, 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 zus. oder aber kennt. Man nennt sie Rechtsprüche, Sentenzen, Urtheile, Entscheidungen, Erkenntnisse, Decisa. Sie theilen sich

1) in *Haupterkenntnisse*, *Endbescheide*, *Definitivurtheile*, *Abchiede* 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 *Meben*: oder *Zwischenbescheide*, auch *ent- scheidende* oder *gemischte Interlocute*, d. i. welche

1) Martin, in dem Lehrbuch 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, anderu Theils aber auch nur die Leitung und die ferner weitte geschliche Entwicklung des Processe 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) blos processleitende, oder eigentliche Decrete, interlocutiones merae (im Gegensatz der Rechtsprüche, Sentenzen u. s. w. lit. A.), d. h. welche keine Streitfrage entscheiden, sondern blos und allein den Proces leiten, z. B. Ladungen, Mittheilungs- und Notificationsdecretes.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Decreten sub A et B ist, daß erstere unter dem Geseze 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 steht, will deren Thätigkeit unterbleiben kann, ohne den Fortschritt des Processe zu stören, z. B. die Ladung: gegenwärtig zu seyn, wenn die Zeugen des Gegners vereidet werden — oder das Decret: Fragstücke zu übergeben. Die Rechtsbefolgung eines solchen Decrets hat nur einen stillschwiegenden

2) Abreichende Gesetzgebungen verlängern und verwirren die Processe.

3) Martin, a. a. D. 108, 109.

Verzicht auf die im Decret angedeutete Befugniß zur Folge⁴⁾ —

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 antworten⁵⁾. Das arctatorische Decret ist nun entweder

a) blos dilatorisch, wenn die gebotene Handlung zwar nicht verloren ist, aber die allgemeine Folge des Ungehorsams eintritt, d. h. Kostenersatz⁶⁾ — oder

b) peremptorisch, falls die Richtbefolgung den Verlust des Rechts, die gebotene Proceßhandlung zu vollziehen, den singirten Verzicht auf solche, zur Folge hat, auch wohl überdies, neben Kostenersatz, noch eine bestimmte nachtheilige Folge des Ungehorsams, z. B. singirtes Geständniß, Verzäumniß des Beweises⁷⁾.

§. 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 bezüglich auf das Gesetz, ausdrücklich bestimmt worden sey, oder

b) ein bestimmter Tag, eine Tagfahrt, ein Term in im speziellen 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 peremtorische Eigenschaft geben ⁸⁾.

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

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 peremtorisch. Denn Fristen sind kein absolut wesentlicher Bestandtheil des Processeß; 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 Procesordnung, 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 Præclusiv-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, Præclusiv-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 Nothfrist¹²⁾ —

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. §. 109.

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

§. 6.

Die conventionellen, compromissativen, vertragsmäßigen, Fristen erhalten ihre Eigenschaft, ob dilatorisch oder peremtorisch, durch die eigene Willensbestimmung der compromittirenden Interessenten, und sind, bei dem Mangel einer klaren Willensäußerung der Parteien, nur dann für peremtorisch anzusehen, wann das Compromiß über eine peremtorische Frist geschlossen wurde, z. B. über Verlängerung oder Verkürzung einer vom Gesetz oder von dem Richter bereits vorgeschriebenen peremtorischen 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 Erlaubnis 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 Notfrist verkürzt oder verlängert werden; doch soll der Richter im letzten 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. sagt §. 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 Unsehung der unbedingten Fatalien erlaubt ist¹⁸⁾. Endlich

3) die blos richterlichen Fristen sind der Verlängerung und Verkürzung, sowohl von dem Richter¹⁹⁾, als durch das Compromiß der Parteien, unterworfen²⁰⁾.

Im Fall der Richter um die Verlängerung einer Frist angerufen wird, soll er vor Ertheilung einer weitern Frist *causae cognitionem* vorangehen lassen, hauptsächlich bei der zweiten und dritten Frist; wenigstens soll er der nachstehenden Partei ein *juramentum calumniae* auflegen²¹⁾.

Die Verlängerung einer Frist kann auch stille schweigend geschehen²²⁾, und im Zweifel wird sie für gestattet geachtet. Denn auch hier tritt das Prinzip ein, daß obgleich die Fristen für die Ordnung des Prozesses 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 Versäumnis nicht vermuthet werden darf. §. 3. S. 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: Intervicis, 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. 4. mit L. 21. Dig. 50. 17.

19) L. 2 Dig. 42. 1.

20) Vergl. überhaupt L. 1. sqq. C. de dilat. 3. II. Thibaut, §. 1131. Glück, §. 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 ganz, den Tag umfaßt.

Die Zeitsdauer 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 rechtzeitig frühe Tageszeit. Soll jedoch ein Eid schwur 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 offen stehenden Gerichte, ein tempus continuum — mit Einschlus der göttlichen Feiertage²⁴⁾.

§. 9.

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

23) Das Nähtere 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 ist²⁶⁾, 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 denkbar²⁷⁾, 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 Prinzip, von welchem Gesichtspunkt aus die Folgen der Unthätigkeit im Prozeß, 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 Verjährungsprinzip am wenigsten den Fällen entspricht, in welchen der Ungehorsame nicht blos die unterlassene Handlung verliert, sondern noch einen andern Nachtheil leiden muß, wenigstens Kostenersatz, auf die poena hingesehen aber ein dieser ähulicher Nachtheil auf die Unthätigkeit nicht immer folgt, sondern nur die Handlung, wohl ohne alle Folgen, verloren geht. Eine dritte Ansicht kam daher auf das Prinzip: a) Nichtbefolgung eines monitorischen Decretes spreche nur stillschweigenden Verzicht aus, b) die Folge der Nichtbefolgung eines arctatorischen Decretes hingegen sey poena. Gönner²⁸⁾ tadelst dieses Doppel-

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

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

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

princip, und will alles blos auf Verzicht zurückführen, weil jede Unthätigkeit einer Partei von deren freiem Dispositionsberecht 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 singuläre Verzicht. Denn es wird a) häufig im Gefolge des Ungehorsams eine Handlung gar nicht für verzichtet, vielmehr für geschoren angenommen²⁹⁾, und b) häufig geht die Handlung selbst gar nicht verloren, sondern nur Kostenersatzung ist die Folge, und der Säumige kann die Handlung noch nachholen, wie er sie vor diesem Nachtheil der Kostenersättigung 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 direkte nachtheilige Folgen, außer diesem Verzicht selbst. Hier ist also das Strafprincip gänzlich ausgeschlossen, nicht einmal Schadensersatz, Kostenersättigung, 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 arctatorisch-dilatorischen Decrees ist schon Ungehorsam zu nennen; denn der Unthätige läßt nicht blos eine gerichtliche Erlaubniß unbekannt, 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 Schadensersatz, d. i. Ersatz der Kosten, welche durch die Unthätigkeit und das deshalb nöthig werdende weitere Decret u. s. w. veranlaßt wurden. Diesen Schadensersatz nennt man jedoch die allgemeine Strafe des Ungehorsams — poenam *generalem* contumaciae.

3) Die Nichtbefolgung eines peremtorischen 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 Vorteil zuführt, und also die volle Natur einer Privatstrafe annimmt³¹⁾. Jene fictio und diese Privatstrafe nennt man die *besondere Strafe des Ungehorsams* — poenam *specialem* contumaciae.

4) Wenn die Nebenpersonen eines verschuldeten Verstümmisses wegen ohne Nachtheil ihrer Constituenten in Strafe genommen werden, z. B. im Proces nachläufige Vormünder, oder Anwälte, weil solche ohne Legitimation verhandelten u. dgl., oder auch die Parteien selbst in den Fällen, in welchen ihnen der Vollzug einer Proceshandlung unter Androhung einer fiscalischen Strafe geboten wurde³²⁾, so tritt dieses gänzlich unter das Princip der öffentlichen Strafe, und jeder Anschein eines Verzichts fällt hinweg.

31) Z. B. Verlust aller peremtorischen Einreden, wegen unterlassener Litigation.

32) Z. B. in Person zu erscheinen.

Den Hülfsgerichten³³⁾ liegt in Hinsicht auf arctatorische, wenigstens auf peremtorische 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 Provin der Acht und Mission gegen den nicht erscheinenden und nicht antwortenden Beklagten aufhebt, an diese Stelle aber §. 37. die Strafe der Præclusion mit den Einreden setzt, so ist jene Ansicht des Hülfsrechts offenbar mehr bestätigt, als durch jene, ohnehin einzelne, Verordnung aufgehoben, so wie auch eben jenes Reichsgesetz a. a. D. offenbar keinen stillschweigenden Verzicht des Beklagten auf die Litigation verordnet, sondern vorschreibt: man soll annehmen, fingen, der Beklagte habe geantwortet, jedoch verneinend — zur Strafe aber soll er mit peremtorischen Einreden sich nicht verteidigen dürfen. Dieses ist der positive Gewinn, welchen der Kläger aus dem Ungehorsam seines Gegners ziehen kann. Eine neue Gesetzgebung würde mit dem Gönnerischen bloßen Verzichts-Principle deshalb nicht auslangen, weil ja aus dem bloßen Verzicht, ohne eine bestimmte nachtheilige Folge dieses Verzichts, etwas der Procesentwicklung Behufiges 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 Proces in das Unendliche zu verschleifen.

§. 10.

Insoweit nun die Unthätigkeit einer Partei eine Legalität, Ungehorsam, zunemmt, §. 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. D. §. 117. ibi all.

soll, 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 vergleichlich u. s. w., kann auch die Unterlassung nicht als Ungehorsam angesehen werden³⁴⁾. 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 Versäumnis verschuldet³⁵⁾, so wie der Beweis eines physischen zufälligen Hindernisses, die Handlung zu vollziehen (Ereignissen) die Imputation ausschließt, z. B. Krankheit u. dgl.³⁶⁾. Sind jedoch alle äußere Bedingungen der Imputation vorhanden, ein rechts gültiges, klar und gesetzmäßig gebietendes, auch in Ansicht der Bekanntmachung allem Zweifel entzogenes Decret, nebst dem Ablauf der in diesem deutlich und gesetzlich vorge schriebenen Frist, ist auch der Befehligte imputationsfähig, so wird,

34) B. d. die Unterlassung der Litigatestation, im Fall die vor aufgeschickten Einreden die Klage wirklich verwerthlich machen.
Archiv, B. I. S. 455.

35) S. d. Arch. B. 4. Abb. 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, vermutet (contumacia praesumta), bis er zeigt, die Unthätigkeit sei ihm dennoch nicht zu imputiren, er sei 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 Prinzip: 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 Ehehaftten, begnügt sich wohl mit eidliger Erhärtung ihrer Wahrheit, wobei jedoch die Regel: *Fatua causa excusat a contumacia*, in den Gesetzen nicht gegründet und ein falsches Prinzip ist³⁷⁾.

§. 11.

Die nachtheilige Folge des Ungehorsams nennt man
 1) *poena generalis*, in sofern sie bei jeder Nichtbefolgung aller auctoritatis Decrete, auch der *dilatorischen* schen, 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 Proceskosten zu deuten ist³⁸⁾ —

2) *poena specialis*, in sofern der Ungehorsame, außer und neben dem Kostenersatz, noch einen anderen Nachtheil erleiden soll. Dieser Nachtheil ist bei den verschiedenen Proceshandlungen verschieden, und einzeln da zu gedenken, wo von der Unterslassung einer solchen Proceshandlung die Rede ist. Derselbe besteht z. B. in dem singirten 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. Abb. 6. S. 243. ff.

ris etc. Er folgt nur auf ein peremtorisches, d. h. eine peremtorische Frist zu einer Proceshandlung 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 sei.“ Diese Androhung ist aber schon deutlich genug, wenn der Richter die vorgeschriebene Frist als peremtorisch bezeichnet, z. B. „binnen vier Wochen zerstörender Frist,“ oder auf das Gesetz sich beziehet, z. B. „binnen Ordnungsfrist,“ d. h. binnen der in der Procesordnung 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 Prinzipien 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 arbitaria, so muss ihre Androhung und Benennung vorausgehen.

§. 12.

Accusatio contumaciae ist der Vortrag einer Partei, mittelst welchem sie behauptet: die Gegenpartei habe eine oblique Proceshandlung unterlassen, oder nicht legal vollzogen, mit dem Gesuch: „der Richter möge gegen die sämige Partei den von dem Gesetz, oder in einem vorgängigen Decret, angedrohten Rechtsnachtheil zum Vortheil des Impioranten 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 Schadensersatz und Privatstrafe vorausgesetzt, und in diesem Verhältniss ist diese Compensation den Gesetzen gemäß³⁹⁾ unanwendbar aber ist

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

diese Regel auf die *poena publica* §. 9. nr. 4., weil diese dem Staat gehört, 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 *Privatverhältnis* 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 Abbleiben beider Theile in einem Termink, zu welchem beide *arctatorisch* geladen waren. Dieser Termink ist *circumductus*, und es ist ein anderer Termink zu der nämlichen Handlung auszuwirken. Die Kosten des versäumten Terminks 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 nach holt, so werde angenommen, er habe die Handlung noch zu rechter Zeit vollzogen.“ Sie spricht also das Prinzip aus: *mora ante interpellationem purgata non nocet*⁴²⁾. Allein bei den *Fatalien* ist diese Regel ausgeschlossen, weil es hier heißt: *dies legalis interpellat pro homine*. Man muß jenes Prinzip 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 contumac-*

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

41) Danz, §. 468.

42) Thibaut, Pand. R. §. 103.

43) Martini, a. a D. §. 118.

ciae ist der *interpellatio* eines Säumigen gleich, und mit ihr treten die Folgen der mora ein — der Gegner erhält ein *jus quaesitum* auf diese Folgen⁴⁴⁾.

XVII.

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

Von einem U n g e n a n n t e n.

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 deswissen die Aufmerksamkeit aller Freunde des vaterländischen Rechts verdient, weil er die zarte Frage berührt: In wiewfern 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 vorauszusehen sind, so erinne ich zwei Stiftungsvollzieher in den Personen meiner Freunde

Hrn. Dr. Johann Martin Stark,

Hrn. Handelsmann Martin Guttenberger,

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

§. 5.

„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 Einverständnis seines Collegen seinen Nachfolger zu ernennen. Stürbe 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 begründete 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 vorauszusehen, so behalte ich mir ausdrücklich vor, noch weitere Verfügungen und Änderungen 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 späteren Verfügungen so wenig als der Stiftungsbrief selbst etwas enthalte, welches den Gesetzen oder dem gemeinen Wohl zuwiderlaufe, dessen Bedürferung vielmehr der einzige Zweck und die einzige Triebfeder meiner ganzen Anstalt ist. Philipp Heinrich Fliegk.“

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-
Intigels. Aschaffenburg den 3. Sept. 1813.

(S.) Carl, Großherzog.

Zur Beglaubigung, der General-Präfectur-Secretär

(S.) Ihm.

Sie ist vom Großherzog eigenhändig unterschrieben, und mit dem geheimen Cabinets-Intigel 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, bisher unbekannte, Seitenverwandte des Erblassers — größeren Theils unbemittelte Leute — und nahmen die Erbschaft *ab intestato* in Anspruch.

Über Restitution gegen den Ablauf jener Frist, und über Gradehnähe ist kein Streit mehr — der Legitimationspunkt ist weniger interessant — die Hauptfrage bleibt folgendes:

Die Stiftungsvollzieher behaupteten gegen die Ansprüche der Intestaterben, gestützt auf oben stehende Urkunde: «daß der Fleckische Nachlaß Eigenthum des Frankfurter Armenfonds durch obige Disposition sey.»

Die Intestaterben aber forderten die Gültigkeit jener Urkunde an, „weil ihr das wesentliche der Formlichkeiten fehle, welche sie nach dem französischen Gesetz, bei Strafe der Richtigkeit, 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 sind 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 Formlichkeiten, 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 Rechtsgrundsäzen 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 Richtigkeit per modum privilegiū zu heben, sondern es müsse eine solche Absicht, als daß Gesetz aufhebend, aufs strengste bewiesen werden, wo sie nicht mit ganz klaren unzweideutigen Worten ausgesprochen sey. Dieses (so behaupteten ferner die flagenden Intestaterben,) wäre hier um so weniger der Fall, da vielmehr

die landesherrliche Bestätigung nur um des willen habe nachgesucht werden müssen, weil daß 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 supponire sie diese Gültigkeit, wo diese nicht ursprünglich vorhanden wäre.“

Umsonst! In zwei Instanzen wurden die Intestataten 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 vorliegen.

Urtheil.

Auf eingewandte Appellation, deren Rechtfertigung und ferneres Einbringen, in Sachen der Philipp Heinrich Fleckischen aufgetretenen Seiteverwandten, 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 Räthe 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, derwegen der vorige, unterm 5. April 1819. ergangene, Nro. 30. act. primae inst. ersichtliche, Bescheid zu bestätigen, und diese Sache, wie hiemit geschiehet, 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 authorisiert 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 Notwendigkeit eines Privilegiums, nur darauf zu sehen, daß der Wille des Disponenten auf irgend eine genügende Weise constituit, und daß 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 Überzeugung von der Aechtheit 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 appellontischen 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 Formlichkeit fehlt, welche das positive Gesetz zu ihrer Gültigkeit fordert.

Das französische Gesetz erkennt nur ein solches Privilegium an, welches im Gesetz selbst gegründet ist. Es war weder der durchgreifende Kaiser Napoleon besiegelt, 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 autorisiert; 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 un sich unkräftig machen. Genehmigung des Nichtigens ist ebenfalls eine Nichtigkeit.

Schon aus den Abtheilungen im Gesetzbuch geht 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 Lebenden, 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. Gesetz 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.

Um wenigsten übte der weise und gerechte Dalberg, Carl Großherzog von Frankfurt, die Regierungs-Gewalt 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 Geseze aus — §. 12. die Aufhebung aller Privilegien, welche mit der Befolgung der Geseze 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 Grundsäzen der Gesetzgebung des damaligen Kaisers Napoleon basirt seyn solle.“

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

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 verstärkt,) 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 Rechtsfrage 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 Schöpfer 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 Martin¹⁾ spricht, der Richter durch den Menschen den Rechtsgelehrten — den kalten, unbefangenen, unparteiischen Rechtsmann — in sich nicht verdrängen lassen darf. Das Römische Recht insonderheit tadeln den Richter streng, welcher ex misericordia vel gratia zu einem dem positiven Gesetze nach ungerechten Urtheil sich verirrt²⁾. Das gesetzliche Recht des Einzelnen ist wenigstens so stark und heilig, als die Liebespflicht für die Unterstüzung der Armut. Und wo

1) In dessen Lehrb. des deutschen gem. bürg. Proc. §. 61.

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

wäre hier die Gränze? Auch jene Intestaterben sind dürtig — warum soll auf ihrer Rechnung die Armut 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 enthoben. Die Redaction selbst ist sich wohlbewußt, daß im Gefolge der gesetzlichen Vorschrift: „audiatur et altera pars“, und der wissenschaftlichen Erfahrungsrègel: „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) *Iustinian*, nachdem er ausgesprochen hat, „der Pupilli 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 hujusmodi pupilli nullum habent intellectum*. Sed in proximis infantiae propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi¹⁾.

2) *Modestinus* spricht: Infans vel furiosus si hominem occiderint, Lege Cornelia non tenentur; cum alterum *innocentia consilii* tuetur, alterum fati infelicitas excusat²⁾.

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) fecisse³⁾.

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 Ehrenfränkung) sondern damnum *culpa* datum, etiam ab eo, *qui nocere noluit*, bezeichne⁴⁾, 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 suaे mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio; quemadmodum si quadrupes damnum dederit Aquilia cessat, aut si tegula occiderit⁵⁾.

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.

Urdiiv f. d. Civ. Prar. IV. B. II. §.

Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum.
Quod si impubes⁶⁾ id fecerit, Labeo ait: quia furti
tenetur, teneri et Aquilia eum. Et hoc puto verum,
si sit jam injuriae⁷⁾ capax⁸⁾.

5) Sehr bestimmt spricht *Gaius*: Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et injuriae⁹⁾ faciendae¹⁰⁾.

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 crimen impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat, se delinquere¹¹⁾.

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 *culpae capace*

liegt, 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 communis) pupillus dederit* ein anderes damnum, als daß ex re andreuten könnte, ist wegen der nachfolgenden Worte: nam *judicio comuni dividendo obligabuntur (furiosus et pupillus)* zu verneinen. Vergl. a. Thibaut, in den Ver suchen. Thl. 2. Thh. 8. §. 185. ff.

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

7) i. e. *culpae*.

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.

Aquilia 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 dolii mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolium commisit; nam rel.* ¹⁴⁾.

9) Der nämliche Rechtgelehrte 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 excipendum, nequaquam ambigendum est, ex ea aetate, quae dolo non careat. Denique Julianis quoque saepissime scripsit, dolii pupillos, qui prope puberatem 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, utputa furiosus et *impubes*, qui doli ca-

12) Ob auf 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. Bergl. L. 5. §. 2. Dig. 9. 2.

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

15) Bergl. 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 affectu¹⁹⁾ facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri. Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit, se injuriam facere, etiam si nesciat, cui faciat²⁰⁾.

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 admississe propinquantur, et servi et familiae nomine noxali vi bonorum raptorum actione tenetur²¹⁾.

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 ... dolus autem, quatenus noceat, ostendi²²⁾ (debet) — *Deßgleichen*

14) lib. 72. ad Edictum: *Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu earent. Sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est; caeterum si jam doli capax sit, contra erit dicendum²³⁾.*

Auf ähnliche Weise spricht

15) *Ulpianus*, lib. 25. ad Edict. Praet.: *Prima verba (cujus dolo rel.) ostendunt, cum demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit... Igitur doli non capaces, ut admodum impuberis... excusati sunt²⁴⁾.*

19) Vergl. §. 18. Inst. 4. 1.

20) L. 3. §. 1. Dig. 47. 10.

21) L. 2. §. 1. 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. Set. Libon. sagt : Impuberem in hoc edictum incidere dicendum non est, quoniam falsi crimine *vix* possit teneri, cum dolus malus in *eam aetatem* non cadit²⁵⁾.

17) *R. Constantin* rescribit : Impuberes vero, etiamsi consciī fuerint (criminis falsae monetae), nullum sustineant detrimentum, quia *aetas eorum* quid videat ignorat²⁶⁾.

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 caedi²⁷⁾.

19) *Maecianus*: Excipiuntur Sceto Sil. impuberis servi. Trebius autem Germanus Legatus etiam de impubere sumi jussit 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 praestitiss., etiam postea, certum erat. Et his duntaxat impuberibus Sceto parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent, qui vero ministri, vel participes caedis fuisserent, et ejus aetatis (quanguam nondum puberis), ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini, quam in ulla alia causa parci oportere²⁸⁾.

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.

Ueberblickt 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 *sep culpae capax*, und es *sep* ihm daher in dem vorliegenden Fall *aubnahmeweise* eine *culpa* beizumessen.

B) *Impuberis*, 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 culpae*, nicht aber *doli* capaces. — Auch ist jene *capacitas culpare* 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 vernachlässigt haben, 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 Nebenständen, als auf Überlegung und freien Willen des Unmündigen hindeutend, gestützt werden, und dann hieraus der Richter die Merkmale der subjectiven Verstandekraft des *impuberis infantiae prox.* entnehmen könne. Arg. L. 14. Dig. 4. 3. (del. non.)

sey auch subjectiv culpae 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, Neuerung Justinians, in dem Gebiete allgemeiner Grundzüge, schließt am wenigsten solche specielle Vorschriften aus, welche nicht aus Verträgen entstehende Verbindlichkeiten betreffen, und nur auf dem moralischen Principe beruhen: „verlege 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 Principe zusammen stellt, wenn man findet, daß andere Gesetze von dem *pubertati proximo* geradezu und unbedingt annehmen, „dieser sey culpae 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 culpae*.

36) §. 10. all. Inst. 3. 20.

37) Das: ne factum cuiusquam 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, wenn 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 daß Daseyn dieser Fähigkeit in concreto — in Ansehung des einzeln, 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 weiteren Unterschied, daß

a) die *capacitas culpae*, 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 mögte sagen: selbst der böse Vorsatz eines impuberis infantiae proximi könne höchstens die Natur, und also auch nur die Folgen, einer *culpa* haben. Daß die impuberis infantiae proximi eines *doli* für ganz unsfähig 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, allgemeinhin 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 Gesetzstellen aber eine Ausnahme mit dem *pubertati proximo* machen, und bloß in Rücksicht auf diesen einen Beweis seines individuellen *doli* bei der verübten That erlauben. *Gaius* 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. III. *Dig.* 50. 17. L. 13. §. 1. *Dig.* 4. 3. L. 4. §. 26. *Dig.* 41. 4. L. 3. §. 2. *Dig.* 14. 4. §. 18. *Inst.* 4. 1.

ein Mündiger sie begangen, ein *damnum injuria datum* genannt werden würde⁴¹⁾) — hingegen

b) zwar die *capacitas doli* an sich, als physisch möglich, vorausgesetzt, jedoch daß *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 daß *Daseyn eines doli* behauptenden Gegner bewiesen werden soll⁴²⁾.

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 jam doli capax*«, deutlich genug hervor, und kann um so weniger bezweifelt werden, weil selbst im Verhältniß der Mündigen im allgemeinen das Prinzip gilt: *dolus non praesumitur*⁴³⁾.

Ausgeschlossen wird jedoch hiermit keineswegs, daß *Daseyn des doli* in *concreto* aus der Natur der schädlichen That selbst und deren Nebenumständen zu folgern⁴⁴⁾, 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 *culpae incapax*, d. h. wahn- oder höchst blödsinnig sey.

42) s. 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 teutsch-rechtlichen Prinzipien in peinlichen Strafsachen gelte, daß man hier noch mehr zum Beweis des *doli* fordert, als bloß die Beschaffenheit der als *factum* bewiesenen peinlich verpotten 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 greben 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: „*i sit culpae 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 rusticitate Nation wäre, Knaben fast 11 und Mädchen fast 10 Jahre alt noch für so roh und einfältig anzusehen, daß, fügten sie jemanden durch eine eigene freie Handlung einen Schaden zu, dieser Beschädigte noch einen besondern Beweis führen müsse: soviel freier Wille und soviel Überlegungskraft 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 culpae capax bezeichnen, schweigen von einem weiteren Beweis ihres innern Dasseyns, während sie diesen in Anschauung 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 schlechthin unfähig⁴⁶⁾ —
- II) der Mensch, welcher das siebente Lebensjahr zurückgelegt hat, ist, so lange er dieser Gräne noch nahe steht, zwar denkbar einer culpa, keineswegs aber eines doli fähig,

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

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

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

III) nähert sich der Mensch der Periode der Fortpflanzungsfähigkeit, so ist seine *capacitas culpae* nicht nur im allgemeinen zu präsumiren, sondern auch seine einzelne vollzogene schädliche Handlung ohne weiteres als culpa anzusehen, dagegen 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, um 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 mathematisch⁴⁸⁾, 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, oft Ende der Kindheit. L. 13. pr. Cod. 6. 30. L. 14. in fine Dig. 23. 1. L. 1. §. 2. Dig. 26. 7. Wenn auch R. Arcadius dieses allem Zweifel enthebe, L. 8. Cod. Theod. de bon. mat., so folgt hieraus dennoch nicht mit Zuverlässigkeit, daß das *fari posse* die allgemeine Grenze 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 Rechtes bedingt war. Die Pubertas, welche dem Wortsinn nach das teutsche Mündigkeit nicht ganz be-

gleiche Weise in Perioden nach Jahren und Monaten zu theilen. Auch geht jede geschichtliche Spur ab, daß irgend eine Secte der römischen Rechtsgelehrten eine solche Idee vertheidigt 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 $10\frac{1}{2}$ 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 bei⁴⁹⁾, 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. 66. 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. ibid. 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 Maßstab 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 einzusehen⁵⁰⁾.

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 Maßstab des Accurſius gewiß nachzusezen. 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, steht also voran⁵³⁾ — 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 Syst. des Pand. R. §. 231. ibi all. Kleinschrodt.

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

52) §. 10. Inst. all. 3. 20.

53) Besonders scharf und unverkennbar springt dieses auch aus Ulpian § 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 Ansicht der Knaben einen mathematischen Punkt des Eintritts der Pubertät annahmen, und deren bessere Meinung *Jus in nian* zum geschriebenen Gesetz erhob. So wie diese Gesetzesgebung die Indagationen der Körperbeschaffenheit missbilligte, und zwar nicht blos wegen des Scandals⁵⁴⁾, sondern auch, um durch eine feste Regel individuelle Zweifel und daraus entstehende Streitigkeiten abzuschneiden⁵⁵⁾, 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 könnten⁵⁶⁾.

Consequent also wäre es wenigstens und harmosnisch mit dem Ganzen, wenn, nachdem die Kindheit und die Pubertät ihre physischen Beendigungs- und Anfangs-Gränen erhalten hatte, auch eine physische Gränze der Nähe an der Kindheit, und an der Mündigkeit, angenommen worden wäre⁵⁷⁾.

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

aetatis sit;“ und eben so fr. *Ulp.* 4. §. 26. *Dig.* 44. 4. verb.: *ex ea aetate, quae dolo non careat rel.* *S. 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 *Jus Iustinianus* Gesetzesammlung, daß die Nähe an der Pubertät auch mathematisch geschäght 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 injuria capax est,“ sich im ewigen Cirkel drehet, müste 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 culpae* ein vorgängiges Urtheil fällen. Zu einer solchen Prüfung und Beweissführung ist, nach einer guten Gesetzesbung, 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 insans 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 *culpae capax* geachtet werden, so lassen sich hierauf die subjectiven Verstandeskräfte des Unmündigen mit der

58) Eine höchst schädliche Willkür! Seelenkunde, Menschenkenntniß, ist leider manchem Richter ein fremdes Feld. Der erste Anblick — Abstractionen aus momentanen Betrachtungen eines Individuumus — 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 $10\frac{1}{2}$ 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 Knabens, welcher eine schädliche Handlung verübt⁶⁰⁾. 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 läßt 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 Glossa setzt hinzu: Althie merke den Unterschied zwischen Gewalt und Schadea. Gewalt mag keiner jemands thun ohne Willen, darum auch diese, Kinder und Thoren, weil sie keinen Willen noch Vorsatz haben, mögen sie auch niemand einzigen Gewalt thun, und folgends verwerken 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 gehabt hätten, nach eines jeden Menschen Wehrgeld u. s. w.

60) Will man erwann den Schulmeister um ein Gutachten requiriren? Helfen mag er, wann die bewiesene That des Unmündigen die Merkmale des doli ausspricht, und der Richter auch aus andern tatsächlichen Verhältnissen des Thäters dessen Geistesgrad erforschen will.

proximi die Nede ist, wird in Rücksicht auf das Subject, den Unmündigen, zwar dessen *capacitas doli*, d. h. die *psychische Möglichkeit* ist, daß er dolose gehandelt haben könne, ohne weiteren Beweis angenommen, jedoch kann die bloße Handlung allein, habe auch solche den furchterlichsten Anschein, den vollen Beweis erst dann vertreten, wenn auch des unmündigen Autors subjective Seelenkräfte dargestellt mit ihr in Verbindung gesetzt werden, daß aus den bewiesenen thatfächlichen Umgebungen der schädlichen Handlung die besondern Gründe für die Folgerung des *Da seyn's* eines *doli mali* gegeben und hergenommen werden. Im Zweifel ist dann selbst in Civillägen anzunehmen, nur für *culpos* sei 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 Ansicht folgte, oder letztere hier bestimmen würde, mehr genügt, als die Bagheit der römischen Rechtsgelehrten in denen uns gebliebenen Fragmenten, nebst deren Erklärung nach subjectiven Eigenschaften.

§. 4.

Obige römische Gesetze aus Carls V. peinlicher Gerichtsordnung⁶¹⁾ erklären oder ergänzen zu wollen⁶²⁾, oder aus dem canonischen Recht⁶³⁾, ist vergeblich. Auf Privat-Rechtsverhältnisse sind diese Gesetze gar nicht zu beziehen, sondern sie entscheiden blos 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 Verbrechens

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

62) Glück, a. a. D. §. 130. S. 214. f. Kleinschrodt, Grundbegriff u. s. w. des peinl. Rechtes. Thl. I. §. 87.

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

chend fähig — doli mali capaces, will sie aber doch mit der ordentlichen öffentlichen Strafe verschont wissen. Die Halbgerichts-Ordnung findet auch solche unmündige, die noch nicht nahe 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 ⁶⁶⁾ bei 14 Jahren alt ⁶⁷⁾, 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, ohne 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 uahent 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. S. Zimmer.

Dß ein nach des Gewaltgebers Tode zu vollziehender Auftrag ertheilt werden könne, ist bekanntlich eine, sowohl für das alte als Justinianische Recht, bestrittene Frage¹⁾. 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 können²⁾; allein aus §. 13. J. de inut. stipul. ginge hervor, daß dieses bei post mortemi dari sibi eingegangenen Stipulationen Rechtes gewesen wäre; nicht aber bei irgend einem andern „nach dem Tode des Mandanten entweder zu seinem oder zu eines Dritten Vortheil“ zu vollziehenden Auftrag³⁾, und somit hinge dieser Rechtsfaß mit unserer Frage gar nicht zusammen. — Allein wen nicht schon die bisherigen Zeugnisse von der vollen Allgemeinheit

1) Glück Comm. B. 15., S. 336—345.

2) Glück a. a. D. S. 343.

3) Glück, S. 344, 345.

jenes von Justinian aufgehobenen Grundsatzes überzeugen konnten⁴⁾, 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*) facieandū mandet, 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 wiederholt⁵⁾. 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 *ur 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 als dann den Tod wie einen *ipso jure* geschehenen Widerruf be-

4) L. 11. C. de contr. et comm. stip. (§.38.): „*Scrupulosam 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 incipient (4,11.): “*Cum stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat — — etc.*” Theophl. 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.

trachtet¹⁾). Dagegen der anfangs erwähnte Nachissatz hat den Sinn: es kann nicht zum Voraus festgesetzt werden, daß etwas erst dem Erben des Gläubigers oder vom Erben des Schuldners erfüllt werde²⁾), also z. B. ich kann post mortem meam dari nicht stipuiren, post mortem heredis dari nicht legiren, aber wer blos stipulirt: dari spondes, der kann immerhin sterben, ohne daß sein Erbe die ex stipulata actio verliert, weil sie vom Vorgänger wenigstens angestellt werden könnte. 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 gesten läßt (II, 232), so geht daraus hervor, daß hierüber Parthey streit herrschte³⁾; dieser beruhte aber nicht auf einem Zweifel an dem Grundsätze überhaupt, sondern auf der auch in der damaligen Philosophie bestrittenen Frage⁴⁾: ob der Moment des Todes zum Leben oder zum Tode gehöre? —

6) Zur Realisierung ist darum auch nichts als der neue Consens des Erben nötig. So kommt in L. 9. §. 1. de jure dot. (23,3.), ein Auftrag vor des Inhalts: daß die dem Mandatar tra- dierten Sachen „nuptiis secutis dotis efficiantur“, allin der Mandans Kirche vor der Hochzeit, und es entstand die Frage: „an secutis nuptiis dotis esse incipient?“ worauf Ulpian antwortet; er glaube kaum, daß es anginge, denn die donatio hing ab 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 mit dem Tode wird neue Willenserfüllung notwendig, val. Meine Recens. von Sanigny in seiner Zeitschrift, B. 4., §. 1., Nr. I. in den Heidelb. Jahrb. 1820, S. 811 — 814.

7) — „Ab herede actionem non incipere, quae non com- petierit testatori“ L. 8. C. Th. cit., oder: „actio adver- sum nos non coepit (a nobis non coepit) adversus (ad) heredes nostros non transit.“ Theoph. ad §. 35. J. cit.

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

o. Coll. N. A. VI. 11

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 Cicero¹⁰⁾ bekannt, ist, wie uns Gaius 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 muss¹¹⁾. 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 Instituts¹²⁾. 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 nahmen¹³⁾. Was aber nun B von C nach dem Tode des A erlangt hat, dessen Restitution kann sich der Erbe des A mandati judicio erzwingen¹⁴⁾. Das Mandat war hier weder anfangs ungültig, noch mit dem Tode des A erloschen. Der an den B ergangene Auftrag war: »lässe 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 Recht. 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 könnte hier gar nicht einmal mandirt werden, denn da es sich um eine erst nach des Mandatoris Tode ein Klagrecht gebende Stipulation handelt (*post mortem meam dari spondes?*), so würde der aufs Klagen gestellte Auftrag null seyn. Also muß man sich damit begnügen, das bloße Stipulieren zu mandiren — denn so viel wird bei Lebzeiten erfüllt — und es der guten Gesinnung des adstipulator überlassen, ob er nachher sein ex stipulatu erworbenes Recht wirklich geltend machen wolle. Darum sagt auch Gaius 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 gehabten 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 soluit, 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 eo mandati judicio heredi *** tenetur*, Gaj. III., 417. (also nicht: *ut agat mandati judicio tenetur.*)

17) Es ist dies ja sogar der Fall, wenn der Mandatar nach seines Gewaltgebers ihm unbekannten Esde 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 solvitur¹⁹⁾). 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 könnte; 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 ist²⁰⁾.

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 ertheilt 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: „das Mandat erlischt mit dem Tode“, im Justinianischen Rechte dahin modifiziert 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 gestatten lassen. Dass solche Stellen freilich interpolirt seyn müssen, ist jetzt gewiß. Zwar von L. 12. §. ult. D. mand. derer 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. s. 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 quae-dam ad faciendum paravit.

Hier könnte man allenfalls denen bestimmen, welche darin entweder eine aus religiösen Rücksichten, oder etwa bei allem, was nur nach dem Tode erfüllt werden kann, gesteckte Ausnahme finden wollen. Denn so gilt z. B. auch im alten und Justinianischen Rechte in favorem dotis²¹⁾, und auch libertatis²²⁾, 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 emeres fundum,*

so wird nun niemand mehr mit Noodt²³⁾ 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 natürlichen ist, in seinem Zusammenhange sprach er von einem ungültigen Mandat, und fuhr fort: „idem est — —“. Die Compilatoren bringen aber durch den von ihnen geschaffenen Zusammenhang das Umgekehrte

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

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 enthieilt. 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, constit obligatio — —,

durch bloße Hinweglassung des Wörtchens „non“, oder Hinzunahme 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 Justinianeische Gajus interpolirt sey, könnte ja erst durch Auffindung eines achten Gajus schlagend bewiesen werden! — Aber wie könnten wieder andere grade umgekehrt die Wahrheit dieses Satzes sogar für das Justinianeische Recht in Abrede stellen? Ein Grund war die nicht zulässige Inconsequenz, daß ein Mandat mit dem Tode aufzuhören, 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 äußernd 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 obligacionis: 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 Adstipulatoris geschildert worden, nämlich daß sich jemand auf meinen Auftrag etwas post mortem meam stipuliren lich, 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 Cuius cius 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 Cuius cius 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 bemerkt²⁴⁾. Wollte man sich aber auch nicht von der Florentinischen Lesart entfernen, so würde daraus doch nur so viel folgen, daß die Stelle zwar ein historische, freilich durch schlechten Grund unterstützte²⁵⁾, 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. D. S. 341, 342.

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

XX.

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

Bon Genußbar.

§. 1.

Nachdem ich mir erlaubt hatte, einer Abhandlung des Hrn. Dr. Sommer: „Über die Anwendung der L. 7. pr. Dig. de servitut. praedior. rusticor.,“ in diesem Archiv, B. 3. Abh. XX. S. 314. f. einige Bemerkungen hinzuzufügen, 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 Würzburg, 1820.

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

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 teutschen 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: *v aus der größeren Art der Wegegerechtig-*

a) In fr. 12. de serv. pr. rust. sagt Modestinus „iter est enim, qua quis pedes vel eques committere 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 dies Verhältnis 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 Kindvieh zu treiben, möchte aber allerdings größer seyn, als das, mit einem gewöhnlichen Wagen zu fahren.“

Also Seuffert

§. 2.

Auf den Satz in dem Lehrbuch von Schwepp habe ich am Ende meiner erwähnten Bemerkungen zu der Sommerischen 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 table dieses oder nicht, vielleicht doch dazu nützen, weniger schnell und unbedachtsam einem Vordersatz zuzunicken, welcher auf der einen Seite geschichtlich unerwiesen, blos das Product einer subjectiven Phantasie, und insofern gewiß grundsätzlich ist, als er sich in den Erscheinungen in dem wirklichen Leben und Weben der Bürger finden soll, auf der andern Seite aber einen höchst nachtheiligen Einflug auf eine gesetzliche Praxis haben kann, und daher unter die gefährlichen, gerichtlichen Hader befördernden und verlängernden, 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 bezeichne, 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, insoferne nicht ein policeiliches Verbot aus irgend einem besondern Grund, oder die Localität, es untersagt; und auch in blos privatrechtlichem Gebiet verhält es sich nicht anders. Man sehe den Landmann, wie solcher in der Flur auf bloßen Feld-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 Schiebkärner, 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 passiren zu lassen, ohne daß dieses nachtheiligen Einfluß auf Grund und Boden, oder die Früchte etc., 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: daß Recht zu reiten.“ Diese Befugnis hienge vielmehr lediglich von der Localität und jener Unschädlichkeit ab⁴⁾.

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

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

Noch weniger kann man sagen: dem Lentschen sey es fremd, mit einer Fußwegsgerechtsame auch die Befugniß zu verbinden, auf einem Sessel, oder in einer Sänfte⁵⁾, 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 &c. 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 Deutsche 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 solten jenes Recht anmaßen; allein man sehe in die Städte, singire, daß ein Hausbewohner eine Fußwegs-Gerechtsame über des Nachbarn Hof &c. habe, jener aber bistweilen, 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-mare 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* ziegen will, und dabei andeutet, höchstens könne iter auch das Recht in sich fassen, auf einem Reitpferd (oder Esel) den Fußweg zu passiren.

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 steht 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 versteht will.

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

Man könnte vielmehr annehmen, der deutsche 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*, *Schies* belarren und *Draisinen*, geduldet werden.

Ferner ist unrichtig,

2) daß es deutschen Begriffen widerstrebe, mit einer *Biehtreib e*: 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 *Biehtreiben*. Es kommt auch hier auf Localitäten an, und wenn nun der für die Ausübung der unbeschränkt gegebenen Biehtreib e bestimmte Weg sich eignet, auch manche Arten von Wägen schadenlos auf selber ziehen zu lassen, so wird deutscher Volks Sinn dieses unschädliche Fahrrecht eher mit der Biehtreib e-Befugniß 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 nötig, wohl auch für sich allein nicht stark beweisend, darauf hinzuzeigen, daß bei Uspian, Modestin und Justinian selbst⁶⁾ 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 trahicere et vehiculum ducent licet. 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 *plastrum*. L. 7. pr. Dig. 8. 3. und indem er zur Beschreibung der serv. viae übergeht, spricht*

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 Wörter *ire-agere* — *eundi-agendi* — (Gehe-Treibe) einen Fahrweg bezeichnete, gewiß weil durch die Verbindung der zwei untern Bestandtheile dem Römer dasjenige *Habere* bezeichnet war, welches beide diese Untertheile in sich fachte. Partes pro toto. Archiv, B. 3. Abb. XX. S. 318. N. 2. Eine Mehrzahl Gesetze bestätigt dieses, §. 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. weiches besonders für die schwereren Landbauarbeiten bestimmte 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 ökonomischen Diensten allerlei Art wirklich gebraucht wurde. Was nicht gesucht, angespannt, oder belastet wurde, z. B. Milchkühe, das junge Zuchtvieh der armentorum und jumentorum, Schweine, Schafe, Ziegen u. dgl. bezeichnete das Wort *pecus* im engern Sinn. Im Allgemeinen begriffe *pecora*, so wie *pecudes*, auch armenta und jumenta. Wurde eine Mehrzahl *pecora* im engern Sinn im Haufen geweidet, so hieße dieser: *grex* — eine Herde. So

kleinere Fahrzeuge an — das von Paulus⁷⁾ gebrauchte Wort: *plastrum* 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 Seiten gemeinschaftlich geweidet und dann auch eine Heerde genannt werden. Vgl. 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, Archiv, B. 3. Abb. XX. S. 223. Note 9; allein es fragt sich: ob die *hasta* nicht abgebaute Bäume, Stangen, große Baumzweige, Balken u. dgl. andeutet, 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 eundi 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 einz- oder fortzutragen — si modo fructus non laedat. Dafür muß er sich auch mit dem beladenen Fuhrwagen hüten. Dass *hastulae* einen kleinen Baumzweig andeutet, 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, etwa 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 teutscher billiger Volksfinn, will man auch ganz davon abgehen, daß selbst zum Zweck des Viehtreibens einiges Fahrwerk sich nötig machen kann ⁹⁾). Man sage also wenigstens nicht so beliebig hin, der Deutsche denke sich unter Viehtreibe schlechtthin, 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 Federmann 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 teutscher Fahrweg, im vollen Sinne 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 nötig und nützlich ist, dem dienenden Grunde

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

9) Einen Schiebkarren (currum trusatilem) braucht man sich darunter mit C. v. Bynkerhoek nicht zu denken. S. Glück, a. a. D. §. 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 Teutsche Schleift hie und da Bauholz und Steine auf dem Fahr- oder Fuhrweg, ist es so Fuhrgebräuch, und kann nicht der Leidende in Bezug auf teutsche Cultur des Fuhrwesens das fordern, daß der Besugte 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 Prinzip ein: „man solle das Dienstrecht civili modo ausüben¹⁰⁾; und es kann daher jenes Schleifrecht aus jenem oder diesem oder einem andern¹¹⁾ Grund hinwegfallen, ohne daß die servitus viae aufhörte, dieses zu seyn¹²⁾. Nur muß ihr der Begriff bleiben: des Weges als eines Fuhr- 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 teutsches Rechtsgefühl, so zu schließen: wer einen Weg auf jene Weise befahren darf, ist auch befugt, sein unangestraftes Vieh, armenta, jumenta, pe-

10) L. 9. Dig. 8. 2. — civiliter modo — minore servientis detimento. 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) S. B. mittelst Vertrags, oder weil die Besitzhandlungen, welche usucatio begründen, nie bis zum Schleifen ausgedehnt wurden.

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

13) L. 13. Dig. 8. 2. Wenn gleich leichtere Wagen fahren können, 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 Besugniß auf der *via lata* dem dienenden Gut nicht mehr schadet, als das Fahren mit schweren Lasten, auf der andern Seite aber das Ausschließen des Dichtreibens und Gehens auf dem Fuhrnenweg 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 Fuhrnenweg, 2) einen besondern Dichtreibeweg, und 3) einen besondern Fußweg habe! Man denke sich unter die praedia *rustica*! — Der Römer selbst dachte sich, daß im Gebiete solcher Dienstrechte, bezogen sich solche auf praedia urbana, Beschränkungen natürlicher wären. L. 14. Dig. 8. 4. Das römische Prinzip: „*Servitutem* sind untheilbar“ ist nicht bloße Subtilität, sondern greift stark und zwecklich in die Wirklichkeit ein. Wohl auch in Hinsicht auf absurdre 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 gerade hin, ohne Erwähnung der *via*: „es solle *actus et iter* aufhören“, ja, dann hätte der römische Sprachgebrauch hiermit die *via* selbst bezeichnet. S. Note 6. Hätte ein Römer gesagt: „*avar* sollst du *servitutem viae* haben und behalten, aber daß *jus eundi agendique* soll hinwegfallen“, so wäre dieses seinen Mitbürgern

§. 3.

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

Ueberblickt man sämtliche diese Servituten betreffende Fragmente in Verbindung mit den allgemeinen Prinzipien, welche die Natur, das Wesen, und die Gränen der Dienstrechte bestimmen, so dürften die römischen Gesetze folgendes Resultat geben¹⁵⁾.

A) als servitudes reales sezen jene Dienstrechte ein herrschendes und ein dienendes Grundstück voraus, bezwecken den Vortheil des ersten und dessen Besitzers als solchen, und können also schon an sich nur zum Bedürfniß und Vortheil des herrschenden Gutes, dessen Besitz und ökonomischer Benutzung eines patris famillas idonei, ausgenützt werden¹⁶⁾.

eine *contradiccio in adjecto* gewesen — ein Illusion — welcher am wenigsten in einer *Supulations-* Formel von Wirkung seyn konnte.

15) Ich lasse die vielerlei Gesetzgebungen und mancherlei Ideen, welche einzelne, obige Dienstrechte berücksichtende, 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 Hertlichkeit dessen Besitzungen, 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 Interessenten¹⁷⁾ den Umfang feststellt, noch eine die Ausübung anweisende Hindeutung auf ein bereits vorhandenes bestimmtes Local die Willens Meinung des Gebenden ausspricht, noch aus schon geschahen Handlungen der Interessenten rechtlich sich folgern lässt, was gegeben und erworben seyn soll¹⁸⁾. 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 Ausübung¹⁹⁾.

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

17) Besonders auch in Ansehung der Servituten gilt das allgemeine Prinzip: 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 nothwendigen Mittel zur Ausübung der Servitut, so wie diese unbestritten oder erwiesener Maßen ihm zustehen, 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 legitimierte Verordnung²⁰⁾,

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 Testamente und resp. des Testators, die Besugniß erhalten, nicht nur

a) den Fahrweg als Fahrenweg 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, desgleichen

c) des Führen und Viehtriebeweges 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 Zweck²¹⁾, oder

Princip: servitus in faciendo nun consistit, von selbst folgt, daß jener Besitzer die Wegebesserung 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 Besugniß zur Wahl des Ortes, über welchen via, actus, oder iter, laufen solle, s. L. 9. Dig. 8. 4. L. 13. §. 3. L. 26. Dig. 8. 3. mit Glück a. a. D. §. 677.

21) Taglöchner, Verzte, Gäste, Besuchmacher u. s. w. L. 20. Dig. 8. 6. L. 1. §. 7. Dig. 43. 49.

vermöge einer erlaubten Disposition jenes Berechtigten, auf das praeium dominans und von diesem zurück gehen wollen²²⁾.

Und in diesem unbestimmten, unter C) vorausgesetzten, Fall soll dann der noch zu regulirende Fahrweg eine gesetzlich bestimmte Breite erhalten²³⁾, verstatte es daß Local²⁴⁾.

Wird

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

a) die unter C. 1. b.) 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 Viehs, oder erfordert es der Zweck des Viehtreibens²⁵⁾.

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. 3. 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 Rechtes für den actus als Unterbestandtheil der via — und was von der iter allein im Gesetg verordnet ist (nr. 3.), muß auch dann von ihr gelten, wenn sie nur als Bestandtheil der via oder des actus constituit 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 lator 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 Bes-
tandtheilen.

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

26) . . . nam ire quoque per se eum posse — *Sabinus, Cas-
sius, Octavenus*, ajunt — qui actum habet. L. 2. in f.
Dig. 8. 6. Auch hier tritt das Prinzip der Untheilbarkeit ein —
actus ohnz 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.
§. 4. 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 be-
sondern Fall voraus, daß ein Recht, Vieh zu treiben, mit der
Bedingung gegeben wurde, nur zum Viehreiben solle der Weg
gestattet seyn. Ein solcher Vertrag oder ein solches Legat ist
nicht rechtsummöglich, 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 gesetz-
lichen Sinn — er ist unvollkommen. Es bleibt dann jedoch das
Recht, mit dem Vieh zu gehen, als nothwendiges Mittel
zum Zweck, auch stillschreigend sichen. Arg. L. 10. v. et
hausto relicto rel. Dig. 8. 2. L. 3. §. 3. Dig. 8. 3. Vergl.
Glück, a. a. D. §. 675. S. 153. ibi all.

27) Latitudo *actus* itinerisque ea est, quae *demonstrata* est
(versprochen, legirt oder angewiesen). Quodsi nihil dictum
est, hoc ab arbitrio statuendum est. L. 13. §. 2. Dig. 8. 3.
Bezug 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 reguiriende Breite eines Viehweges
müsste wenigstens der Breite eines *vehiculi*, der Wagenbreite,
gleich seyn. Vergl. a. Glück, a. a. D. S. 152.

Biehstand, mit Rücksicht auf die Localität des praedii servientis, zur Entscheidungs-Norm dienen können²⁸⁾. Denn dort und damit ist die Ausübung jedes Dienstrechts gesetzlich bedingt²⁹⁾. 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, Biehtreibweg gefahren werden können, ohne die Last des dienenden Gutes zu erhöhen.

Im Fall endlich

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

a) die unter lit. C. 1. c. schon beschriebene Fußwegsgerichtsame³⁰⁾; 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 lassen³¹⁾, 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 hergehet, 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 einspannigen 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 sei hier hinzugefügt. A. besaß ein Grundstück an einem Berg. Zu diesem Grundstück führte nur ein Fußsteig, und zwar über das unter der Besitzung des A. liegende Ackerfeld des B. Dieses Ackerfeld war, als huisfrei, 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 Aussfahren geeignete, Thür, sowohl auf jenen Fußsteig, als überhaupt auf den Acker des B. Zu dieser Thür hatte auch A. unbestrittenen 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 obren Theilen seines Ackers zu gehen, und sein Gesinde gehen zu lassen, war so beschaffen, daß er einen etwa 4 Schuh hohen Damm, einen Rain, bildete, auf dessen 2 und 3 Schuh breiten Schärfe man trocken und ohne Verlegung der Früchte, aufwärts schritte, und an den beiden Seiten dieses Damm-Fußweges standen Obstbäume, deren Zweige oben zum Theil sich berührten, und einen Schattengang bildeten. A. beschloß sein lange vernachlässigtes Grundstück neu zu cultiviren, und ließ daher 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 Zimmerleute trugen die Balken horizontal, nicht als hasta recta, hinauf, die Maurer, wie Josua und Caleb die Traube, ihre vollen Gefäße mit zubereittem Kalk an auf den Achseln liegenden 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, Handwerkssleute, und der reitende A. Schaden an dem Getraide oder an den Obstbäumen thäten? 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 nämlich geschah, als A. wimmelnde Gesellschaften auf seinem Berggarten bewirthete, und bedeutende Scharen eingeladener Gäste einzeln hinter einander den Fußsteig auf- und abwanderten. Über als A. im folgenden Jahr sich auch beiziehen ließ, Erde, Dünger u. dgl. durch Esel

Gutes regulirt, auch ein Reiten, oder Tragen, möglich macht, ohne dem Besitzer des letzten eine besondere Last zuzuziehen³²⁾.

Auch hier schreibt das Gesetz keine Breite des Weges vor, und es kommt auch hier die unter 2 b) wegen Bestimmung des Viehtreibbeweges bezogene richterliche oder schiedsrichterliche Feststellung zur Anwendung³³⁾.

Sobald aber

D) irgend eine jener drei principaliter gegebenen Servituten in dem einzelnen Fall ihre obige Allgemeinheit und mit dieser ihr Vollseyn 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 Trageseln sich zu enthalten. Und als A. nun auf die Unschädlichkeit seines Transports mit Körbeseln exceptivisch sich stützte, wurde das Mandat als unbedingt bestätigt, weil er vermöge des Rechts einer bloßen, wenngleich vollen, iter keinesweges befugt sey, auf den Fußweg Thiere zu treiben, selbst nicht unbeladen. Das Treiben sey kein Reiten — jenes sey actus, letzter gehöre nach Umständen zur iter.

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

32) Wenngleich iter den serv. praed. rustic. heizzählte 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 frank, lahm u. dgl., nur auf seinen eigenen Beinen das Haus verlassen dürfte. Immer aber wiederholt sich: die Beschaffenheit des Loc als kann die Wirkung einer vertragsmäßigen Beschränkung haben.

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

durch eine aus der Beschaffenheit der in Bezug stehenden Grundstücke, oder aus den zeitherigen Ausübungshandlungen, von selbst sprechende Beschränkung, sobald ist der gesetzliche Vordersatz abgeschnitten, aus welchem man das volle Das eyn seines Unterbestandtheils des geringen Dienstrechts, nach dessen allgemeinem Begriff, folgern dürste. 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 geringen Servitut zur Folge haben³⁴⁾. Und diese Beschränkung äußert sich darinnen, daß das niedere, in dem höhern inbegriffene, aus diesem bloß gesetzlich gefolgerter, Dienstrecht hier bloß als Mittel zum Zweck der höhern Servitut anzusehen ist, id. h. nicht weiter ausgenützt werden darf, als solches die Ausübung der höhern beschränkten Servitut nothwendiger Weise erfordert, und auch das Local es erlaubt³⁵⁾.

Wenn also

1) einer Fahrgerechtsame mehr abgeht, 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 Dienstrechtes 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 Gesetz Note 19. pag. 256.

wesentliche *jus*, auch Steine und Balken zu schleifen, so hört jene Befugniß auch auf, daß zu seyn, was die römischen Gesetze unter einer servitus viae, und der Deutsche unter einer Fahrwegs-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 Beschwerde 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 Nachbars abzufahren, oder auf einem diesem zustehenden Weg sein Brennholz einzufahren³⁶⁾, 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 Holzfuhren wegen selbst hin und her zu gehen, oder allenfalls zu reiten, oder andere Gehülfen 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 ist³⁷⁾, 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 Fuhren ein vorbereitendes Gehen.

³⁶⁾ Vergl. L. 4. Dig. 8. 1.

³⁷⁾ Vergl. L. 5. 4. 1. Dig. 8. 1.

Im Fall

2) der Treibe, Gerechtsame mehr abgehet, als das zu fällige jus agendi vehiculum, so daß nicht einmal actus minus plenus übrig bleibt, z. B. „nur das Heerdenrich“ 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 Treiberecht 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 Principe⁴⁰⁾, „daß bei einer servitus viae actus et itineris der Zweck des Treibens sich nicht gerade auf das Fahren, oder das Geh 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 Übung der Natur der Sache nach eugr 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 Gänse 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 Schafzaun, Futter für das Vieh u. dgl.

40) S. pag. 254.

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

Inbegriff der *via*, gegeben, und dabei ein beschränktes Fahren gestattet wird. Hier ist die Treibegerechtsame das *Principale*, und schlicht eine volle servitut *itineris* gesetzlich in sich⁴²⁾. Deren Bordersatz, wahrer actus im gesetzlichen vollen Sinn, ist unbeschränkt vorhanden. Denkbar ist jedoch, daß ein Vertrag, oder eine leztwillige 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* — mitgegeben⁴³⁾. Ein gleiches Verhältniß kann zwischen actus und iter eintreten.

E) Entstehen 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 Grundstücks 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 hinzuzufügen: 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 einer Fahrgerechtigkeit u. s. w. durch Usucaption⁴⁴⁾ erworben wurde, so spricht sich das Wollen und Leiden der Besitzer beider Grundstücke durch die Ausübung: 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 blos 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, ersetzen, usucapiri; werden können, ist hier vorauszusehen. 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 Usucaption 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-Rechtes s. 1031. ibi leg. all. Einen schätzbaren Beitrag zur wissenschaftlichen Kenntniß der deshalbigen römisch-rechtlichen Ideen gab uns neuerlich auch Zimmer, in einer Abhandlung: „über langjährige Erfüllung der *jura in re*,“ in den römisch-rechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, von Neustrelitz und Zimmer, Heidelb. 1821. B. I., Abh. V. — Untersuchungen, welche auch für die Praxis bedeutsamen Werth haben.

45) Selbst wenn das Versprechen, oder die Verordnung, allgemein gefaßt war. S. oben die Gesetz 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 Ausüber solcher Fuhren, nach Beschaffenheit des Locals⁴⁶⁾, auch zu Holz- und Steinfuhren u. dgl. berichtigen, m. a. W. dass nicht 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 absyn, und die servitus viae kann dennoch als solche bestehen. Hat nun der angeblich Berechtigte

1) die Besitzhandlungen einer vollen servitus viae, wenn gleich ohne jus trahendi lapidem aut tignum, dargethan, nun so hat er auch das gesetzlich daraus folgende Viehtrieb- und Gehrechtfzugleich mit erwiesen, hätte er auch hierauf seinen Beweis nicht ausdrücklich gerichtet. Was der allgemeine Vertrag, oder das Testament bewirkt⁴⁷⁾, das folgt hier aus der den Titel vertretenden scientia et patientia⁴⁸⁾ des Besitzers des dienenden Gutes, und aus der gesetzlichen Vorschrift: „wer viam verwillige, gebe auch ipso jure zugleich actus und iter, nach dem allgemeinen Maassstab 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 Gründen des dem A. gehörigen Grundstücks. Das herrschende Gut — dessen Bedürfniss — 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. S. 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: *tantum 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 benützte Weg so beschaffen, daß auf ihn eine Heerde 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 der Regel nach als Folgerung unbegriffene 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, sotheilt 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 Fahrgerechtigkeit, 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 Fahrgerechtigkeit 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 erscheinen⁴⁹⁾.

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 Witte eines praktischen Rechtsmannes⁵⁰⁾ rechtfertigen: doch nicht so absprechend und beweislos willkürliche Ehräze aufzustellen und den Rechtsjünglingen als bare Wahrheit einzupfen, 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 praktischen Rechtsleben⁵¹⁾ sehr viel schaden. Rein einheimisches, gemeintesches, Gesetz belehrt uns, was eine Fahrwegs-, Treibwegs- und Fußwegs-Gerechtsame sey, wo sie anhebe, wo sie ende; wohl aber ist uns das römische Recht als Hülfss- und Ergänzungss-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: *viae* bezeichnet nicht das, was der Deutsche einen Fahrweg nennt, *actus* nicht einen deutschen Viehtreibweg, *iter* nicht, was in Deutschland ein Fußweg genannt zu werden pflegt. Wollte man eine Un gewissheit der Rechtsbegriffe dieser deutschen Benennungen voraussezzen, so würde man doch eher annehmen müssen, das von der gesetzgebenden Gewalt aufgestellte Hülfrecht habe

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

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

jene Ungewissheit gehoben, die deutsche Reichsgesetzgebung habe gewollt, was bei den Römern wegen *via*, *actus* und *iter*, Rechtes war, soll in Deutschland für die Verhältnisse eines Fahrwegs, Bichtreibewegs, und Fußwegs, in subsidium Gesetz seyn, als daß es dem Rechtslehrer und Richter erlaubt seyn dürfte, dictatorisch so ins Vage hinein eine schlechthin unerwiesene und unerweisbare Verschiedenheit der römischen und deutschen, 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 klauben will — wenn man übersieht, daß die Römischen Juristen gerade in dieser Lehre vorzügliche Merkmale geben, wie sie die selbst gekannte *Wirklichkeit* mit einem wissenschaftlichen Scharfsinn betrachteten, welchen qualifizirten praktischen Sinn man den deutschen Gesetzfertigern und Rechtslehrern jüngerer 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 Interessen, so wie aus den örtlichen Beschaffenheiten, Bedürfnissen u. s. w., des herrschenden und dienenden Gutes zu entnehmende und zu folgernde Sinnesmeinung jener Subiecte 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 ist⁵²⁾; 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 Rechtsfaz zu hinterlassen: „die unvollkommene servitus viae, oder vielmehr jedes jus vehundi, fasce dennoch actus und iter so vollkommen in sich, als wären diese principaliter und unbeschränkt erworben.“ Auch hat ja diesen vernunftwidrigen Unsinn wohl noch keiner irgend scheinender Rechtslehrer behaupten wollen, und der Richter, welcher auf jene Weise schließen wollte, entscheidet nicht nach römischem Recht, sondern gegen römische und teutsch e Vernunft.

Vor der Hand lasse man also den deutschen Gerichten das Hülfsmittel, den teutschen Fahrweg, Viehtriebeweg, 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 Enderkenntnisses nach geführten Beweisen zu berücksichtigen hat.

Von Genstet.

§. 1.

Hauptbeweis ohne Gegenbeweis **).

Die in dem Endurtheil auszusprechende juristische Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Nichtwahrheit des Beweisthemas 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, tadelfreier, 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 theoreatische Subtilitäten und Streitfragen wird hier nicht bezweckt — abwärts, nicht aufwärts, zu sprechen, ist mein Ziel.

**) Martin, Lehrb. des bür. Proc. §. 179.

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

²⁾ Solcher Regeln sind die Geschworenen enthoben.

ten Seelenthätigkeit. 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 Beweis Gründe ³⁾. Die Aussage zweier voll-classischen Zeugen kann schwanken, der Inhalt einer öffentlichen oder Privaturkunde unvollkommen seyn, und ein Beweisgrund kann dem andern widersprechen. Der Proces muss jedoch ein Ende nehmen, und das Endurtheil muss den Beklagten entweder verurtheilen, oder los sprechen, beides entweder unbedingt, oder, im Nothfall, bedingt mit einem gesetzlichen Eid. Das Erkenntniß auf einen solchen Eid setzt nun ein Schwanken der richterlichen Ueberzeugung zwischen Wahrheit und Nichtwahrheit des Beweisthemps 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 Beweiskraft habe u. s. w.; dann

3) S. dies. Archiv, B. I. Abb. 3. p. 30. lit. β.

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 Beweisthem in dem vorliegenden Fall. Wenn nun, nach dem auf diesem Weg gefundenen Resultat der richterlichen Reflexion,

I. 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 Beweisthem 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 Beweisthem, 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, sei es wegen nicht vollen Werths der Beweismittel, oder wegen Unvollständigkeit der factischen Beweisgründe, und

1) es war ein peremtorischer Beweisthem noch nicht vorgeschrieben, so erkennt der Richter auf bes. den Beweis, mit Bestimmung einer peremtorischen Be-

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

weisfrist; nicht aber darf er auf einen gesetzlichen Eid erkennen⁶⁾). War hingegen

2) ein peremtorischer Beweistermin bereits vorgezeichnet, und dieser ist abgelaufen, so daß das Gesetz eine weitere Beweisführung untersagt, so tritt nun mehr (den unvollkommenen Beweis vorausgesetzt) das richterliche Nottrecht ein, auf einen gesetzlichen Eid richteramtlich zu erkennen⁷⁾.

Ist nun der unvollkommene Beweis

a) mehr als halb, d. h. der Richter findet sich mehr zum Erachten der Wahrheit, als der Unwahrheit, des Beweisthemps 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 Beweisthemps 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 Überzeugungs-Regeln gemäß eben so gut glauben darf, als nicht glauben (halber Beweis), so wird resp. das suppletorium, resp. das purgatorium erkannt.

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

a) dem Theil soll der gesetzliche Eid zuerkannt werden (sey dieser suppletorium oder purgatorium), welcher die 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 —

β) 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 ein 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), daß *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 Duylen 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. D. §. 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.

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

A) Die einen gesetzlichen Eid abschwörende Partei ist Zeuge in eigener Sache¹²⁾; und so wie nun der Zeuge nicht urtheilen darf¹³⁾, 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 Faktum von den Sachverständigen gefunden werden sollte, oder ihrem Erachten zum Grunde gelegt wird¹⁴⁾.

B) Das Juramentum *quantitatis* ist ein Suppletorium, stattfindend in dem Fall, wann der Beweisführer seines Gegners Verbindlichkeit an sich, nebst ihrem speziellen 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 Gesetze¹⁵⁾ gestatten dieses Suppletorium ohne ausdrückliche Bedingung, »dass auch die ungewiss gebliebene Größe einigermaßen beschönigt sey«; setzen aber gewiss voraus, dass der Beweisführer auch zum Beweis der *quantitas processualis* thätig wurde, und dass aus dem vollkommenen Beweis; debet reus, und *quale* debat, zugleich auch eine Wahrscheinlichkeit hervorgehe, *quantum* debat, 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 Definitiverkenntniß als Bedingung

12) Dies. Archiv, B. 1. 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. Z. B. Würde Kläger annoch 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 entbinden¹⁶⁾.

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 peremtorischen Beweistermins Gebrauch machen könne. Wegen neu entdeckter Beweismittel hat das Gesetz besondere Vorsicht gethan¹⁷⁾.

Noch weniger ist die zu dem gesetzlichen Eid verurtheilte Partei befugt, denselben dem Gegner zu zuschieben; wiewohl, 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 Hauptbeweis.¹⁸⁾

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 Producten, die Zeugen des directen Gegenbeweises aber gegen denselben, zum Vortheil des Producten (ihres Producten).

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 even-tuellen Verhältniß, habe ich zergliedert in meiner Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Heidelberg, 1820. S. 19. S. 62. bis 70.

19) S. 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 *prae sumptio 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 vollkommen, Beweis durch den Gegenbeweis zu einem unvollkommenen Beweis

^{*)} Nach den Prinzipien von der Glaubwürdigkeit.

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

²¹⁾ in dem oben §. i. Note ii. angegebenen Sinn. S. Thibaut, Syst. des Pand. R. §. 1185. Danj, in den Grunds. des v. dentl. Proc. S. 259.

herab, und ein gesetzlicher Eid muß nunmehr erkannt werden²²⁾. 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 Kenntniß²³⁾), 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 muß²⁴⁾.

Sind die gegenseitigen Beweismittel

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

1) die evidentia facti überwindet alle übrigen Beweismittel²⁵⁾.

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

23) Auf der ratio scientiae des Zeugen, auf dem Umfang und den Umgebungen seiner Perceptions-Fähigkeit und Gelegenheit, beruht 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, gelegenheitliche u. dgl. Perception eines hinsichtlich seiner Person, als Person, ganz tabefreien Zeugen.

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

25) Archiv f. d. civil. Proz. B. I. pag. 30—37.

2) auch der abgeleistete Schiedseid überwindet die Beweisgründe der übrigen Beweismittel, vermöge seiner Folgen eines Vergleichs²⁶⁾.

3) die Zeugen gehen den Sachverständigen insofern vor, als letzte, ohne geleisteten Zeugeneid, auch historische Thatsachen ausgesagt haben; dagegen die Sachverständigen den Zeugen vorzuziehen sind, insofern letzte geurtheilt haben²⁷⁾.

4) Urkunden und Zeugen haben im allgemeinen gleiche Überzeugungskraft²⁸⁾. In der Collision der Zeugen mit Urkunden ist also der individuelle Wert der Zeugen und der Urkunden zu prüfen, und hiernach das Resultat abzunehmen, wohin die richterliche Überzeugung sich neigen könnte²⁹⁾.

Noch enthalten die Gesetze folgende specielle Prinzipien:

- a) bei dem Beweis öffentlicher Abgaben sollen die öffentlichen Bücher den Zeugen vorgehen³⁰⁾.
- b) im Fall die Instrumente zeugen eines docu-

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

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

28) L. 15. Cod. 4. 21. L. 14. C. 8. 38. Die entgegenstehen stehende L. 1. Cod. 4. 20. ist auf die ausgenommenen Fälle zu beschränken, in welchen die Gesetz 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 Bekennniß enthaltendes Document.

29) Urkunden sind tote Zeugen. Archiv, a. a. D. pag. 55. f. Aussage des Zeugen, und Inhalt der Urkunde, ist als Beweisgrund faktisch sich gleich. So wie es radelose und sudvecte Zeugen giebt, so giebt es radeifreie und verdächtige Urkunden, d. h. deren Inhalt nicht voll beweiset. So wie die Aussage des unverdächtigsten Zeugen schwankend u. dgl. seyn kann, so der Inhalt jeder 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 Beweiskraft jenes Documents, oder schwindet ganzlich³¹⁾.

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 Beweiskraft der öffentlichen Urkunden nur auf einer einfachen Rechtsvermutung ihrer Legalität, und jede solche *prae sum tio juris* gilt nur so lange für juristische Wahrheit, als diese durch einen directen Gegenbeweis nicht aufgelöst wird³²⁾. Davon ausgegangen bedarf es auch nicht des Unterschiedes: a) „wenn nur ein *omissum* in der Urkunde behauptet werde, so könnten zwei vollgültige Zeugen die Beweiskraft der Urkunde aufheben; wenn hingegen b) 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 *prae sum tio juris* aufgelöst³³⁾. Diese gilt nicht mehr, als zwei vollglaubwürdige Zeugen. Endlich ist auch

31) Es wird vorausgesetzt, der Product erkennt die Urkunde für echt 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 Glück, Hommel und Pufendorf, cit. bei Martin, a. a. D. S. 180. Note 2.

d) nicht gestattet, den Schiedescheid gegen den Inhalt einer Urkunde direct anzutragen; indem die Urkunde dem Producen ten sogleich wieder zur Gewissenvertretung dient³⁴⁾. Anders aber, wann der Product ein *omissum* behauptet (z. B. eine verabredete Bedingung sey nicht mit niedergeschrieben worden), oder irgend eine, auf besondere Thatsachen gegründete, Einrede gegen die Richtigkeit des Documents (z. B. erroris, falsitatis u. dgl.) von ihm aufgestellt, und über diese speziellen Thatsachen dem Producen ten der Urkunde der Eid angetragen wird. Hiergegen kann ja die Urkunde zur Gewissenvertretung nicht dienen — die Wahrheit jener selbstständigen Behauptung des Producten kann sich aus der Urkunde nicht ergeben.

§. 3.

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

Der *indirekte Gegenbeweis* ist ein selbstständiger Hauptbeweis im metaphysischen Sinne³⁶⁾. 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 Klagerandes, b) mit dem Beweis über die factischen zerstörenden Einreden; 2) des Beweises a) über letztere b) mit dem Beweis der speziellen Repliken; 3) des Beweises a) dieser Repliken b) mit dem Beweis der eigentlichen Duplikten — immer in dem eventuellen Verhältniß zu einander.

36) Der Beweisführer will durch ihn selbst behauptete Thatsachen juristisch wahr machen. S. m. Anleitung zur juristisch. 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 peremtorischen 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, wenn der Reihenfolge: Hauptbeweis ohne alles Resultat ausgesessen seyn sollte ³⁷⁾.

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 Rechtfertigungszeit 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 Einredenkulation, L. 9. Cod. 8 36., und schützt er deren vor, so ist doch auf ihren Beweis gar keine Rücksicht zu nehmen. Ist er nicht geführt, so ist der Beklagte dennoch zu absolvieren; 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: Beweiset der Beklagte seine peremtorischen Einreden nicht einmal bis zum Rechtfertigungszeit des Klägers, so bleiben dessen speciellen Repliken ganz außer Betracht — ist des Klägers Beweis dieser Repliken ganz gehaltslos, so stadt des Beklagten specielle Duplikaten 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. D. V. 1. pag. 276. f. Denn der Inhalt des directen Gegenbeweises kann dem Hauptbeweis zum wachsen §. 4. nr. 3. b. Doher auch Vorsicht bei dem Ueberlesen. S. m. Grundsätze der jurist. Vortr. u. Entd. Q. Kunde. S. 265. Note o., u. m. Anleit. 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 indirekten Gegenbeweis nichts wirken könnte. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, im Fall die dem indirekten Gegenbeweis zum Grunde liegende Thatsachen 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 daß 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 indirekten Gegenbeweis, unvollkommen, und

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

a) der Erfüllungseid (als Producanten), sondern auch

b) der Reinigungseid (als Reproducten), aufgelegt werden³⁸⁾. Ist hingegen

2) der Hauptbeweis weniger als halb, der indirekte Gegenbeweis hingegen mehr als halb geführt, so schreint es unnöthig, dem Gegner des Hauptbeweisführers (dem Producanten und Reproducenten) einen doppelten Eid aufzulegen, nämlich

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

- a) als Producten den Reinigungseid, und
- b) als Reproducenten den Erfüllungseid.

Denn schwört er

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

ad b) den Erfüllungseid, und ergänzt folglich hier durch seinen indirekten Gegenbeweis, so tritt das unter I) erwähnte Verhältniß ein — der nun mehr vollkommene indirekte 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 Reinigungseid schwören wolle und werde, und weil

β) durch die Verweigerung, oder durch das Versäumniss, dieses Reinigungseides das Resultat des indirekten Gegenbeweises nicht verloren geht, so muß der Richter *in eventum* auch auf den sub b) gedachten Erfüllungseid miterkennen — am zwecklichsten alternativ⁴⁰⁾.

Im Fall weiter, nach des Richters Erachten,

3) beide Beweise so weit geführt sind, daß in jedem der Erfüllungseid zu erkennen ist, so werden beide Erzählungseide 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 Reproducenten⁴¹⁾.

Sind aber, des prüfenden Richters Befund zur Folge,

4) beide Beweise nur bis zum Reinigungseid 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 indirekten
Gegenbeweis⁴²⁾. In diesem Fall muß der Reproduct (z. B.
der Kläger) den ihm ad b) zuerkannten Reinigungsbefid (z. B.
in Bezug auf die peremitorischen Einreden) selbst dann ab-
leisten, wann auch der Product (z. B. der Beklagte) den
ad a) (in Rücksicht auf den Klägergrund) ihm aufgelegten
Reinigungsbefid verweigern oder versäumen sollte. Denn wird
auch der Hauptbeweis durch jenes Nichtschwören des dem
Producten (dem Beklagten) zuerkannten Reinigungsbefides nun
mehr für voll geführt geachtet, so ist doch hiermit das Resul-
tat des indirekten Gegenbeweises noch nicht aufgehoben.
Dieses Resultat muß erst durch den Reinigungsbefid des Re-
producten (des Klägers) vernichtet werden, damit der Wirk-
ung seines Hauptbeweises kein Hinderniß entgegen stehe.
Wenn hingegen der Product den Reinigungsbefid sub a) wirk-
lich ableistet, so wird derjenige sub b) ganz unmöglich; 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 berücksichtigen⁴³⁾.

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 er-
kennen seyn. S. meine Rechtsfälle, nr. 136. pag. 414.

Im Fall endlich nach richterlichem Erachten

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

1) mehr als halb, so wird dem Reproducenten der Erfüllungsbetrag ausgelegt —

2) weniger als halb, dem Reproducenten der Reinigungsbetrag⁴⁴⁾.

§. 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 bejaht der Eine, der Andere verneint); desgleichen

2) daß ein und das nämliche Beweismittel mit sich selbst im Widerspruch 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. D. §. 180. 181. ibi all. Gönnner und Danz all. Großen, in der Theorie des gerichtlichen Verf. im bür. 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 ganzlich entkräftet, so daß also ein gesetzlicher Eid rechtsnöthig wird⁴⁵⁾.

Im zweiten Fall vernichtet das Beweismittel selbst seine eigene Glaubwürdigkeit, insofern der Widerspruch mit sich selbst klar und durch Erklärung nicht zu heben ist⁴⁶⁾. Insbesondere läßt sich hier

3) auch der Fall berühren⁴⁷⁾: wann der Beweisführer nur einen Zeugen ernannte, dieser aber geradezu gegen seinen eigenen Producenten aussagt⁴⁸⁾. 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 Prinzip 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 metaphys. Sinn) wider seinen eigenen Producenten aussagt, so muß ihn dieser freilich für voll gelten lassen, weil er

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

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

47) Strenge 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 bekunden sollte.

selbst jenen Zeugen als einen glaubwürdigen Zeugen ernannte und vorführte⁴⁹⁾ — und hatte nun der Beweisführer a) blos diesen einzigen Zeugen als Beweismittel, so ist sein Beweis schon deshalb gänzlich verfehlt, weil der Zeuge die Wahrheit des Beweistheims nicht bestätigte⁵⁰⁾. Eräte 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 aufwiegen⁵¹⁾, welcher neben ihm steht, und für den gemeinschaftlichen Producenten vortheilhaft aussendet. Jener dieser Partei nachtheilige Zeuge kann also nur so viel vernichten, als die Beweiskraft eines einzelnen classischen Zeugen aufbaut; 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 Eides⁵²⁾. 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 Vorrath verdienen, resp. nicht einmal einen seiner Mitzeugen aufwiegen.

b) Wendet sich ein Zeuge des eigentlichen, eines directen, Gegenbeweises wider seinen eigenen Producanten, so wächst dessen Aussage dem Hauptbeweisführer zu⁵³⁾, 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 hier⁵⁴⁾. 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 trige 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. Gmelin, über die Beweiskraft eines Zeugen, wider den, der ihn aufführt. §. 23. Neundorff, Erörterungen. nr. I. §. 42.

ausgesetzt, die schädliche Handlung an sich ist erwiesen¹⁾) — sofort, ohne weiteren Beweis des Schadensbetrags, zur eidlichen Erhartung, sowohl des Schadens an sich, als dessen Betrag, sich erbieten. Insofern nun durch diesen Eid bewiesen wird: „aus der bewiesenen schädlichen Handlung sey ein positiver Schaden wirklich hervorgegangen,“ ist er kein subsidiäres Supplementorium, sondern ein directes Beweismittel, welches in diesem Punkt den Gebrauch anderer Beweismittel gar nicht voraussetzt. Es ist dieses juramentum in item gegeben in *poenam doli et culpac latae*. Dieser Eid kann jedoch allerdings die Natur eines suppleriorii annehmen, im Falle nämlich der Schade, oder dessen Betrag, auch durch andere Beweismittel theilweise, unvollkommen, schon bewiesen ist²⁾. Die Gesetze sagen auch allerdings, „der Beschädigte könne in *in infinitum* schwören,³⁾ durch die neuere Vorschrift aber: „Niemand dürfe sein Interesse über das Doppelte des wahren Werthes beschwören⁴⁾, ist wenigstens diese gesetzliche Grenze festgesetzt. Es fragt sich aber auch: ob nicht durch diese Gränzbestimmung das in den Gesetzen gegebene Minderungsrecht⁵⁾ des Richters aufgehoben sey⁶⁾? Nur landesgesetzlich ist der Minderungseid des Beklagten⁷⁾. 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 fürzen.

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

eine *vis voraussetzt*, wird in den Gesetzen selbst ein 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 erbieten — auch sogleich in der Klage. Allein eben weil er als Beweismittel betrachtet werden kann, ist auch sein Gebrauch an die peremtorische 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 eidschlich erhärten könne, versteht sich von selbst ¹¹⁾. Als *poena doli et culpae latae* findet das römische jur. in litem gegen die Erben nicht statt ¹²⁾, abgesehen von bereits eingetreterner Litigation 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 eidschlichen Erhärtung, darthun ¹⁴⁾; es wird aber in Ansichtung

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

9) Davon können die römischen Gesetze freilich nichts sagen, weil ihnen der peremtorische Beweistermin nach dem Begriff des reuischen Prozesses fremd war.

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

11) L. 21. Dig. 50. 17. Der Ed., durch welchen häufig der Beschlagnahme den Betrag des gestohlenen Guts erhärtet, um dieses erstatert 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 Reisungseid. Soviel wirkt doch das Quasidelict des illegal schadenden Subjects. Diesen Quantitätseid nennt nun die Praxis auch einen Würderungs- oder Schädigungseid. 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 Besinden zu erkennen¹⁵⁾.

XXIII.

Neuherrere Eigenschaft und Wirkung der Vermuthungen in dem Gebiete der Beweissführung.

Von ebendemselben.

§. 1.

Die Wahrscheinlichkeits-Vermuthungen, praesumptiones hominis, richterliche oder menschliche Vermuthungen¹⁾, bilden den künstlichen oder indirekten Beweis²⁾.

1) Nicht selten entstehen sie und entwickeln sie sich in dem Proceßgang von selbst — ohne besondere Beweissführung, theils durch Harmonie der streitenden Theile über einzelne Thatsachen, welche nicht das Beweis them selbst sind, jedoch mit diesem in einen Cohärenzexus,

15) Thibaut, Syst. des PR. §. 1166.

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

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

Causal, oder Coexistenzexus, stehen, theils aber schon aus der Natur und Stellung der Angriffs- und Vertheidigungs-Mittel der Parteien ³⁾. Insofern sind die richterlichen oder menschlichen Vermuthungen, als von selbst sich begründende Vernunftschlüsse aus actenmäßigen That-sachen, 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, vergibt 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 bei-

3) Indem der Richter einen Vortrag liest oder anhört, spricht aus diesem allein oft schon ein etwas zu sein em Gefühl, was er nicht absichtlich sucht. Er fühlt ein natürliches, oder ein gezwungenes Wesen, als Seele des Vortrags — die Spuren der Nechlichkeit, oder der Härte, wohl der Chikan, schwimmen 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. Eindeutlich 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 bürz. 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.

Bisweilen aber werden diese praeſ. hominis

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

In diesem Fall tritt über die Prämissen (Untersatz) eine der ordentlichen Beweisführungen ein ⁶⁾, entweder durch Zeugen, oder Urkunden, oder richterliche Sinnenswahrnehmung, oder Sachverständige, oder Eideſautrag, 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 Producēten 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 Beweisthemels, 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 ueben directem

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

7) Martin, a. a. D. §. 175 a.

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

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

Insonderheit bedient man sich dieses künstlichen Beweises nicht selten in dem Gebiete des Beweises einer Negation, besonders zu dem directen oder wahren Gegenbeweis, um das Nichtwahr der gegnerischen, positiven, Behauptung folgerungswise darzuthun. Und dieses ist auch der Fall, wo der directe Gegenbeweis die Eidesdeklration zulässt, nämlich über die Wahrheit der factischen Schlussprämisse⁹⁾.

So oft nun die Wirkung eines Schlussfolgerungs-Beweises zu beurtheilen ist, entsteht die Prädicitalfrage: ob die Prämisse bewiesen sey? Diese Prüfung geschiehet nach den allgemeinen Principien¹⁰⁾. Hier können also auch gesetzliche Eide eintreten, daß 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 Reinigungsbedarf vernichtet, so ist die Schlussbasis juristisch unwahr, und also keine Schlussfolgerung hervorgebracht. Ist aber der Prämisenbeweis voll geführt, oder durch ein Suppletorium ergänzt, so entsteht die weitere Frage: was wirkt die hervorgebrachte Schlussfolgerung für die richterliche Überzeugung von der Wahrheit des eigentlichen Beweissthems? Die so begründete *praes. juris* würde volle Überzeugung vertreten¹¹⁾, allein die *praes. hominis* hat, nach ihrem stärkern oder schwächeren CohärenzneXus

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

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

11) Vergl. Martin, c. a. D. §. 122. ibi Gönner, Strubben, Note c.

mit dem Beweisthem, 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 Notwendigkeit¹³⁾, und, wiewohl selten, bei einem concurrirenden cumulus mehrerer Schlussfolgerungen, so wie ein starker Indicierenbeweis in Strafsachen¹⁴⁾. Dem directen Gegenbeweis angehörige Schlussfolgerungen können dem gegenüber stehenden Hauptbeweis Abbruch thun, und da, wo der Richter auf einen geschlitzten Eid zu erkennen hat, kann die praeſ. hominis die Waagschale zum Vortheil der einen Partei aus dem Gleichgewicht sezen.

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 abgelaufen (verweigert oder versäumt ist dem gänzlichen Nichtbeweis der Prämisse gleich), so ist dann

b) entweder

a) dem Beweisführer ein zweites Suppletorium oder

b) dem Producten ein Purgatorium zuzerkennen, 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. I. S. 269. m. Anleit. zur jurist. Praxis. S. 19.
Note 26. S. 70.

13) S. Archiv, B. I. 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 Hauptfache zur Folge: »der Beweisführer habe bewiesen,« der Abschwur jenes Reinigungsbeweises aber: »er habe nicht bewiesen«; so daß jener Ergänzungsbeweis wegen der Prämisse in der Hauptfache ohne Wirkung ist. Er wurde nur der Grund, den Gegner (Producten) mit einem Reinigungsbeweis rücksichtlich des Beweisthemms belasten zu dürfen.

§. 2.

Die gesetzlich gebotene Wahrheit: Vermuthung, Rechtsvermutung, *praesumtio juris* — eine von der gesetzgebenden Gewalt zum Vorauß¹⁵⁾ gezogene *conclusio* aus bewiesenen factischen Prämissen auf die volle juristische Wahrheit des eigentlichen Beweisthemms¹⁶⁾ bildet, der Folgenach, keinen künstlichen¹⁷⁾, 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 befiehlt: sollte sich eine benannte Thatsache 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 andre Thatsache (das Beweisthem) z. B. ob der Sohn oder Vater früher tot gewesen sey, oder die Freiheit des Eigenthums von Servituten, sofort für juristisch wahr halten.

16) S. d. Archiv. B. 1. S. 29 f.

17) Dieses wäre nur in sofern möglich, als man Rechtsvermutungen 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 *praesumtio 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 Schulschrift), beweisen²¹⁾. Dabei tritt nun alles ein, was §. 1. nr. 2. von dem Beweis des Unterlasses einer *praesumtio 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 Beweistheins gilt, weder eines weiteren *Suppletorii* bedarf, noch durch einen Reinigungeid des Producten aufgelöst werden kann.

In Rücksicht auf den Gegenbeweis tritt nunmehr

18) Z. B. der Beklagte gesichtet, daß Vater und Sohn zugleich in der See extranken, 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 schleinig, so kann die Rechtsvermutung sogar vor der Litigation, als Beweis, wirksam werden. Vergl. m. Rechtsfälle nr. 33. Allein nie ist sie Beweismittel. 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 offen²³⁾, d. h. er kann das *Nichtwahr 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 qualifizierten Rechtsvermuthungen — *prae sumtio juris et de jure*²⁵⁾ — so ist jener gesetzliche Wille unbedingt, d. h. die Wahrheit des Beweissthems wird so fest eingirt, daß der Beweis der Nichtwahrheit eine Rechts unmöglichkeit ist.

22) Martin, a. a. D. §. 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 Prämisse, hat der Kläger Beweis geführt.

24) Vermöge allgemeiner Befugniß. Archiv, B. 1. S. 157. 243. 354.

25) Martin, a. a. D. §. 123 f. dort. Litterat.

Heidelberg,
Engelmannsche Buchdruckerey.
