

Werk

Titel: Verwandtschaft der Adcitatio, Nominato auctoris, und Litisdenunciatio, mit den Int...

Autor: Gensler

Ort: Heidelberg

Jahr: 1821

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log20

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

XV.

Verwandtschaft der Adcitatio, Nominatio auctoris,
und Litisdenunciatio, mit den Interventio-
nen, nebst einigen Bemerkungen ¹⁾ über der-
selben Begriff und Wirkung.

Von Gensler.

§. 1.

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

1) die Adcitatio ⁴⁾. Manche betrachten sie als ein richterliches Pflichtrecht, vorauszuiehende Proceß abzuschnit-

1) Auch hier wird eine erschöpfende Darstellung nicht bezweckt.

2) Vergl. Abb. XIV. dieses B. §. 2.

3) Daher die Einteilung in die freiwillige und abgenötigte 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 genötigt werden dürfe, als Selbstkläger, oder Selbstbeklagter, in dem von andern Subjecten für sich und unter sich erhobenen Rechtsstreit Antheil zu nehmen;“ und eben dieses hat Wittermaier in diesem Archiv Bd. 3.

den, und deshalb diejenigen *ex officio* beizuladen, welche ein unmittelbares Interesse hätten an dem Ausgang des zwischen andern Personen anhängig gewordenen Processes und an dem Schicksal dessen untheilbaren Objectes 5). Allein abgesehen von der Nov. 99. ist kein positives Gesetz erfindlich, welches auch nur scheinbar eine Ausnahme von dem überall hervortretenden Princip rechtfertigen könnte: »der Richter kann bloß von Amts wegen niemanden zur Klage 6), oder dazu nöthigen, die Rolle eines Beklagten 7) zu übernehmen.« Selbst die (in der Vulgata schlecht übersetzte) 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, Bürgen sichern will, läßt sich nicht so geradehin von einer bloß officiellen Beiladung der nicht mit in Klage genommenen Mitbürgen verstehen, sondern setzt stillschweigend voraus, daß der Gläubiger, vermöge dessen Befugniß, sämtliche Mitbürgen, als Consorten, der materiellen Connexität ihrer Verbindlichkeit wegen, vor dem gemeinschaftlichen *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-

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

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

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

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

8) Vergl. 1. B. die Uebers. Homergk's zu Wach.

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

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

10) *§. 8. in jud. finium regundorum, communi dividundo*
u. dgl.

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

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

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

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

§. 2.

Eine andere Veranlassung zur Beiladung eines Dritten ist

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

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

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

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

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

§. 3.

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

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

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

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

Ueber die Zeit, wann die Litisdenunciation geschehen

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

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

müsse, sind die Röm. Gesetze nicht gleichlautend: *La beo* ¹⁸⁾ fordert sie gleich in dem Anfange des Rechtsstreites, *Pomponius* ¹⁹⁾ hingegen erlaubt sie solange, als nur die *Definitivsentenz* nicht ganz nahe bevorstehe. Das ist nicht Regel für uns. Nach dem deutschen Proceß, in welchem das Vorbringen der Parteien an gewisse Stellen gefesselt ist, z. B. die Einreden, Replik u. s. w., und wo *peremptorische* und *Praeclusiv-Fristen* weiteres Gehör des in diesen verabsäumten Vortrags abschneiden, kann der herbei gerufene *Denunciant* auf jeden Fall nur die Art der Angriffs- oder *Verteidigungs-Mittel* suppeditiren, und nur diejenigen *Beizeuge* herbringen, welche nach der Lage des Proceßes dem *Denuncianten* selbst noch offen stehen. *Cautel* ist also für den Kläger, daß er vor der *Replik*, für den *Beklagten* aber, resp. *Nothwendigkeit*, daß dieser vor der *Exceptionsschrift* die *Litisdenuciation* vollziehe, wenigstens in jenem Vortrag sich bedinge, „daß auch die *Erklärung* des *Litisdenuciaten* vor dem weitem Fortschritt in den *Wechselverhandlungen* abgewartet werde,“ damit resp. die *Repliksschrift*, resp. die *Exceptionsschrift*, ergänzt werden könne ²⁰⁾.

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

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

20) Denkbar aber ist es, daß auch erst späterhin die Bedingungen der nöthigen oder nützlichen *Litisdenuciation* eintreten können, im Fall nämlich des *Gegners* Vorbringen, dessen *Widerlegung* einer *Mithülfe* des *Autors* oder des zur *Entschädigung* pflichtigen *Subjects* bedarf, im spätern Laufe des *Proceßes* erst hervortritt. Dieses kann sowohl auf *regulärem*, als auf *irregulärem Wege* — als *novum*, — der Fall werden. Man fingire, der *Käufer* wurde von dem *Verkäufer* schon vor dem *Anspruch* eines *Dritten* auf das *gekaufte Object* von dessen *Präension* unterrichtet, zugleich aber auch *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 Evictionsfällen sey jene zeitige Ankündigung *necessitatis* ²¹⁾, d. h. wolle sich der Beklagte seines Verkäufers u. dgl. Gewährleistung sichern, so müsse er seinem Autor die drohende Eviction anzeigen; 1) in allen andern Fällen hingegen, in welchen die nicht siegende Partei den Regreß an einen Dritten nehmen könne, sey die Litisdenunciation zwar *facultatis*, d. h. der zu jener Regreßklage befugte Theil könne und dürfe jenem Dritten hinc denunciren, allein unterlasse er dieses, so habe er bloß hierdurch auf die Entschädigungsklage keineswegs verzichtet ²²⁾. Andere hingegen

auch mit einer Vindication hervor, der beklagte Käufer stellt jene Einreden entgegen, der Kläger aber beantwortet diese mit solchen speciellen Replikien, welche jene Einreden zu entkräften drohen. Hier kann zur Instruction der Duplikatschrift 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 *novus* 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 Grundf. des ordentl. Proc. §. 488. Kind, qu. for. T. 4. Cap. 26. Leyser, med. ad Pand. spec. 241. med. 1. sq. Auch dieser spricht nur von der Befugniß, nicht von einem hypothetischen Zwang, zur Litisdenunciation.

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

23) Claproth, in dem ordentl. Proceß. §. 48r. Gönner, in dem Handbuch. Thl. 1. Nro. 17. Grolman, in der Theorie des ger. Verf. in bürg. Rechtsst. §. 159.

24) Was Gönner deßhalb in der L. 9. Dig. locati rel. und L. ult. Dig. de cond. causa data erfinden will, ist wirklich unerfindlich. Beide Gesetze enthalten nicht die entfernteste Spur von einer Litisdenuntiation. Eben so gehalten sind die von Claproth in dem ord. Proceß §. 46r. angeführten Gesetze, insoferne nicht solche gerade von Evictionsfällen sprechen, und nur von diesen.

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

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

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

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

27) die gem. R. n. auch außergerichtlich geschehen kann, 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 Litißdenunciant den Denunciaten eben so vollständig unterrichten muß, als es durch die gerichtlichen Acten

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

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

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

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

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

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

31) L. 53. §. 1. Dig. 21. 2. wegen des Grundes: *quoniam parum instructus esset*. War nämlich eine bessere Instruction nicht möglich, so war auch die Litisdenunciation vergeblich. Vergl. jenes Gesetz mit L. 11. §. 12. Dig. 19. 1. Weber, in den Zeit. zu der Lehre von Kl. und Einr. St. 1. Abh. 5. nr. 1. Man muß also auch das Princip aufstellen: so oft der Besiegte behaupten und darthun kann, sey es aus der rechtlichen Natur der Sache, oder durch besondere Beweismittel und factische Beweisgründe, „auch der Vollzug der Litisdenunciation hätte ein anderes Resultat des Rechtsstreites nicht hervorbringen können,“ so oft kann auch derselben Unterlassung den Verlust einer Gewähr; oder Indemnifications; Klage nicht begründen. Vergl. a. Gönner, a. a. 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 Gewähr, oder Entschädigung wegen wirklich in Anspruch genommen, wie ein anderer Beklagter sich verteidigen. Denn waren vor der Litisdenunciation die Bedingungen einer Gewährleistung, oder sonstigen Entschädigungspflicht, nicht vorhanden, so entstehen sie keinesweges durch die Ankündigung eines Rechtsstreites³²⁾. Schweigt der Denunciat, so heißt dieses nur soviel: »ich will das nicht excipiren, daß der jetzige Rechtsstreit für mich eine res inter alios acta sey, wäre ich pflichtig, im Gefolge der dortigen res judicata dem Besiegten etwas zu leisten³³⁾.

Daher ist es auch zwecklos, den unthätigen, nicht erscheinenden, oder nicht antwortenden, Litisdenunciaten des Ungehorsams zu beschuldigen; und eben so vergeblich ist es, über diesen Nebenpunkt eine Zwischenverhandlung zuzulassen; sondern, da selbst der zur Leistung der Gewähr, oder Indemnisation, vollkommen verbindliche Litisdenunciat nicht zwangspflichtig ist, an dem Rechtsstreit, welcher ihm angekündigt wurde, Antheil 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 einflweisen hierbei, und bleibe insoferne, die dem Litisden-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

37) Claprot, ord. Proc. §. 467.

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

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