

## Werk

**Titel:** Archiv für die civilistische Praxis

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004|log4](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log4)

## Kontakt/Contact

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

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

A r c h i v  
für die  
civilistische Praxis.

---

Vierter Band. Erstes Heft.

---

I

**Kann ein Vormund Grundstücke des Mündels über  
die Dauer der Vormundschaft vermietthen oder  
verpachten?**

Von dem  
Professor Dr. Sesterding zu Greifswalde.

---

Eine besondere Entscheidung dieser Frage findet sich nicht im römischen Recht. Die Antwort kann daher nur aus allgemeinen Grundsätzen gegeben werden, und darnach scheint es wenig Bedenken zu leiden, daß sie zu bejahen sey. Verjagt wird sie auch von Augustin Barbosa, einem Portugiesen, und Johann Gutierrez, einem Spanier <sup>1)</sup>. Daß die Vormundschaft beendigt ist, daraus folgt nicht, daß Verträge aufhören, die der Vormund während der Dauer der Vormundschaft gültig geschlossen hat. Und ebensowenig folgt daraus, weil die Vormundschaft vorübergehend ist, daß er nicht die Macht haben sollte, Contracte zu schließen, die dann noch fortdauern, wenn er bereits aufgehört hat, Vor-

---

<sup>1)</sup> Wenigstens führt Perez (ad lib. 5. tit. 39. C. n. 4.) von ihnen, die mir nicht zur Hand sind, dies, mit Benennung der Stellen ihrer Schriften an.

mund zu seyn. Dem Vormunde steht in Ansehung der Güter des Mündels ein gesetzliches Verwaltungsrecht zu. Bei Verwaltung seines Amtes vertritt er, den Gesetzen zufolge, die Stelle des Eigenthümers <sup>2)</sup>. Und was er bei dieser Verwaltung *bona fide et legitime* vorgenommen hat, muß der Mündel als gültig anerkennen, so, als hätte er es selbst gethan <sup>3)</sup>. Es ist eine bekannte Regel, welche die Wissenschaft aufgestellt: *Factum tutoris est factum pupilli*. Und zufolge dieser aus den Gesetzen richtig abgezogenen Regel kann ein Mündel keineswegs einem besondern Nachfolger an die Seite gesetzt werden, welcher berechtigt wäre, von den Contracten wieder abzugehen, die sein Vorgänger geschlossen. Das Verwaltungsrecht des Vormundes ist zwar keineswegs ohne Schranken, aber diese Schranken erstrecken sich nicht bis auf die Ueberlassung der Mündelgüter zum

2) *L. 27. D. adm. et per. tut.* Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habetur. *L. 7. §. 3. D. pro emt.* Si tutor rem pupilli subriperit et vendiderit: usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat. Nam tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliat. *L. 56. §. 4. D. de furtis.* Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest: et si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse: quia tutor domini loco habetur. Sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt: quia adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur.

3) *L. 12. §. 1. D. de adm. et per. tut.* Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur, etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest. Nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente. Nec interest, tutor solvendo fuerit nec nec: cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide, alienatio non valet.

bloßen Gebrauch an andre, durch Einräumung persönlicher Rechte. Vor Septimius Severus war es dem Vormunde bekanntlich sogar erlaubt, die Mündelgüter an andere zu veräußern. Es stand folglich in seiner Macht, dem Mündel die Sache selbst für immer zu entziehen. Um so weniger, daß kann man mit Sicherheit annehmen, war es ihm verwehrt, Verträge einzugehen, wodurch dem Mündel der bloße Gebrauch der Sache nach beendigter Vormundschaft entzogen. Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere <sup>4)</sup>. Wenn es ihm nun zwar seit Septimius Severus nicht mehr erlaubt ist, die Substanz der Mündelgüter zu veräußern, oder andere dingliche Rechte daran zubestellen, so ist ihm doch damit die Macht nicht genommen, persönliche Rechte auf den Gebrauch gegen Vergeltung andern einzuräumen. Sie ist ihm weder genommen, noch, worauf es hier ankommt, an gewisse Schranken gebunden. Es gibt Rechtsgelehrte, welche zugeben, daß ein Mündel die von seinem Vormunde eingegangenen Pacht- und Miethcontracte zu halten verbunden sey, jedoch die Einschränkung hinzufügen, sie müßten auf mäßige Zeiträume eingegangen seyn, nicht auf zehn Jahre oder gar darüber, weil dies nach Veräußerung schmecken würde. Wiederum sind es Rechtsgelehrte von der pyrenäischen Halbinsel, die dies lehren, nämlich Covarruvias, der, nach Föcher's Ausdruck, wegen seiner sonderbaren Wissenschaft, der Bartolus Spaniens (Bartholus Hispaniae) genannt wurde <sup>5)</sup>, und Perez <sup>6)</sup>. Doch, ihnen beizustimmen, finde ich keinen hinlänglichen Grund. Eine Verpachtung auf eine bestimmte Zeit ist doch eben nichts weiter, als eine — Verpachtung, und keine Veräußerung. Wenn aber das Grundstück auf beständig von Erben zu Erben an andere zum Gebrauch überlassen würde, ein solches Ge-

4) L. 21. D. de reg. jur.

5) Covarruvias var. resolut. lib. 2. cap. 16.

6) a. a. D.

macht würde allerdings nach Veräußerung und zwar sehr stark schmecken. Es würde Emphyteusis seyn, und der Vormund, eine solche einzuräumen, nicht die Macht haben, als welcher ohne die gesetzlichen bei Veräußerungen vorgeschriebenen Erfordernisse nicht einmal Servituten dem Grundstück des Mündels aufzulegen befugt ist 7). Es sind also Vermietungen und Verpachtungen, die ein Vormund vorgenommen, für den Mündel, wie überhaupt, also auch in Ansehung der Zeit, nur nicht auf beständig, verbindlich, und der Mündel ist genöthigt, dem Miethsmann oder Pächter auch nach beendigter Vormundschaft das Grundstück zum Gebrauch zu überlassen.

Dieses alles bezieht sich auf das Rechtsverhältniß des Mündels zum Dritten. Wenn aber die Rede wäre von dem Verhältniß des Mündels zum Vormunde, so könnte es wohl seyn, daß, während dergleichen, über die Dauer der Vormundschaft sich erstreckende, Verträge gültig sind, und der Mündel genöthigt ist, sie dem Dritten zu halten, der Vormund gegen den Mündel verantwortlich geworden, daß er sie einging, der Obervormund, daß er es duldete. Verantwortlich können sie nur seyn, wenn ihnen dabei Verschuldung beigegeben werden kann, was von den besondern Umständen einzelner Fälle abhängen wird. —

### Z u s a t z.

Dem obigen darf man wohl, was der Herr Verfasser einer Erwähnung nicht bedürftig hielte, hinzufügen, daß, wenn Grund vorhanden wäre, den Vormund wegen Schadensersatzes oder des id quod interest in Anspruch zu nehmen, auch eine Verletzung des Pflegebefohlenen nicht abseyn könnte, und daß, bei dem Daseyn einer bedeutenden Laesio des Minderjährigen durch den Contract seines Vormundes, oder eines wahren, die Beendigung dieses Vertragsverhältnisses erheischenden, Interesse des ersten, solcher zu dem Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand selbst gegen den Dritten befugt seyn, und der Wirkung dieses Rechtsmittels auch das nicht entgegen stehen würde, daß der nachtheilig contrahirende Vormund unter gerichtlicher Autorität, oder bona fide, gehandelt habe, dabei selbst hinlängliches Vermögen zur Entschädigung seines Pflegebefohlenen besitze. Daß der Contract des Vormunds mit der Nichtigkeitklage nicht angefochten werden kann, schließt den Gebrauch des außerordentlichen Rechtsmittels der mit dem Beweis einer erheblichen Verletzung des Minoris bedingten Restitution gegen den Drit-

7) L. 3. §. penult. D. L. 5. §. 8. D. de rebus eorum, qui sub tutela.

ten nicht aus, wenn gleich mit dessen Schaden jener Implorant sich nicht bereichern darf. Vergl. L. 3. Cod. *si tutor rel.* 2. 25. L. 8. D. *de in integrum rel.* 4. 1. L. 9. pr. L. 13. 14. 15. 29. et 39. §. 1. L. 47. pr. D. *de minoribus rel.* 4. 4. L. 1. §. 2. L. 5 §. 15. D. *de rebus eorum rel.* 27. 9. L. 32 §. 4. D. *de administratione rel.* 26. 7, mit *Faber*, de error. Pragm. Dec. 7. Em. 2. *Voetius*, in Com. in Pand. L. 4. Tit. 4. §. 35. *Struben*, in den recht. Bed. Thl. 1. Bed. 137. *Gensler*.

## II.

Ist die Wohlthat der Ordnung dem Bürgen zu versagen, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat? —

Von demselben.

Es wäre wohl endlich einmal Zeit, eine Lehre aus der Rechtswissenschaft zu verbannen, wodurch diese schon zu lange verunstaltet worden, die aber, so seltsam sie auch ist, noch immer Anhänger findet, indem sie hin und wieder noch jetzt in den Schriften der Rechtsgelehrten, wie in den Gerichtshöfen, gehört wird, nämlich: daß ein Bürge sich der Wohlthat der Ordnung nicht bedienen könne, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat <sup>1)</sup>. Das Beste, was für diese Mei-

1) Sie wird unter andern vertheidigt von *Fachineus* (controv. lib. 8. cap. 54.) *Gail* (lib. 2. Obs. 28. nr. 2. 3. 6) *Hering* (de fidejussor. c. 17. no. 50.). *Schmidt* (de fidejussore principaliter obligato pag. 32.) *Mevius* (P. 9. d. 156. n. 10.), welcher schreibt: Illa formula: Sich als einen Selbstschuldner verpflichten, ad excussionis beneficium excludendum usurpari solet. *Voet* (ad Dig. lib. 46. tit. 1. §. 16.) lehrt: — ratio non est, cur non fidejussoribus quoque suum ordinis beneficium ex tacita periret renunciatione; qualis praecipue haec videtur, *si se pro debito obligaverit, tanquam principalem*. Cum enim certi juris sit, principalem debitorem, qua talem nullo ordinis beneficio munitum esse, necesse est, vel enixam illam et specificam fidejussoris testationem, qua se tanquam principalem voluit obligatum, nullius plane momenti esse;

nung gesagt werden kann, hat unter den Schriftstellern, die ich darüber gelesen, nach meinem Ermessen Voet <sup>2)</sup> in aller Kürze vorgetragen. »Ein Bürge kann seinen Wohlthaten so gut stillschweigend als ausdrücklich entsagen. Eine stillschweigende Entsagung ist darin enthalten, wenn er sich als Selbstschuldner verbindlich macht. Denn, da dem Selbstschuldner die Wohlthat der Ordnung nicht zusteht, so kann sie auch einem Bürgen nicht zustehen, der sich wie ein Selbstschuldner verbindlich gemacht hat. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde jener Ausdruck müßig seyn, welches bekanntlich nicht zu vermuthen ist«. Also Voet.

Daß ein Bürge, gleich jedem andern, seinen Wohlthaten auch stillschweigend entsagen könne, wer möchte daran zweifeln wollen! Eine Entsagung dieser Art, und zwar eine wirkliche, würde darin enthalten seyn, wenn er so gleich, wie der Gläubiger es verlangen wird, zu zahlen

---

vel si alicujus efficaciae habeatur, fidejussori tali ordinis beneficium permitti non debere; ne verba, specificum quid denotantia, in conventionem otiosa sint ac nihil operentur. S. auch Struben (rechtl. Bedenken, Theil 1. Bed. 40.). Für das Gegentheil streiten Anton Faber (cod. defn. forens. lib. 8. tit. 28. def. 31.) Lauterbach (de beneficio excussionis §. 22.) Strypf (de cautelis contractuum, sect. 2. cap. 6. §. 22.) Cocceji (jus contrrov. tit. de fidejussor. qu. 13.) Die Brüder Overbeck (Mediat. über verschiedene Rechtsmaterien, Bd. 4. N. 247.) Sie behaupten nämlich: ein Bürge, der sich als Selbstschuldner verbindlich gemacht, könne sich der Wohlthat der Ordnung nur dann nicht bedienen, wenn er auf bloße Vorzeigung des Instruments zu zahlen versprochen. (Dies stimmt überein mit Hering de fidejussor. cap. 27. part. 1. n. 106. Qui promisit se soluturum ad solum verbum creditoris, conveniri potest, non excusso principali.) Quistorp (rechtl. Bemerk. Thl. 1. S. 310.) Walsh (contrrov. jur. civ. ed. tertia p. 568.) und viele andere, die Walsh angeführt hat.

2) S. die vorige Note.

sich verbindlich gemacht 3). Aber, wenn bloß die Formel gebraucht ist: „der Bürge wolle als Selbstschuldner haften“, oder, wie es gewöhnlich heißt: „er mache sich als selbstschuldiger Bürge verbindlich“, so kann ich darin eine Verzichtleistung auf die Wohlthat der Ordnung durchaus nicht finden. Zuerst, was heißt es eigentlich, wenn ein Bürge sagt: er mache sich als Selbstschuldner verbindlich? Soll dies so viel heißen, er übernehme die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, an der Stelle desselben, als seine eigne? Oder, er wolle auf eben die Art, wie der Schuldner (aeque principaliter), m. a. W. er wolle als *correus* neben ihm haften? Weder das Eine, noch das Andere, wird wirklich beabsichtigt. Der Bürge will den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frei machen, nicht sich (durch *Expromission*) an dessen Stelle setzen; nein, er will einer fremden Verbindlichkeit bloß beitreten; und zwar nicht als *correus*. Nicht Mitschuldner, sondern Bürge will er seyn. Wäre er *correus*, würde man ihm, wie andern *correis*, das *beneficium divisionis* zugestehen, und den Regreß gegen den Schuldner versagen müssen. Jenes wird ihm Niemand einräumen, dieses ihm Niemand absprechen wollen. Soll jene Formel soviel heißen: der Bürge mache sich als Hauptschuldner verbindlich? So wird diese Formel gewöhnlich verstanden. In diesem Verstand schließt die Formel einen Widerspruch in sich; denn Niemand kann ja die beiden Gegensätze Hauptschuldner und Bürge in sich vereinigen. Wird damit aber gemeint, die Verbindlichkeit des Bürgen soll von derjenigen des Hauptschuldners nicht verschieden seyn, so ist dies freilich der accessorischen Natur der Bürgschaft gemäß, indessen enthält jene Formel dann nichts, was sich nicht schon von selbst verstehen sollte. Doch ist diese Auslegung noch die beste von allen, wenigstens ist sie der vorigen vorzuziehen, da sie einen der Natur der Bürgschaft

3) S. die in der vorletzten Note angeführte Aeußerung Hering's.

angemessenen Sinn in sich schließt, während jene mit dem Wesen der Bürgschaft im Widerspruch steht. Verstehet man endlich jenen Satz so: „der Bürge wolle haften, als ob er der Hauptschuldner wäre, er wolle einem Hauptschuldner gleich behandelt werden“, und will man dadurch beweisen, daß er von der Wohlthat der Ordnung nicht Gebrauch machen könne, weil sie einem Hauptschuldner nicht zustehet, so liegt eines Theils zu solcher Auslegung in den Worten kein hinlänglicher Grund, und dann zweitens würde, glaube ich, dieser Sinn jener Formel zuviel und mehr beweisen, als dadurch bewiesen werden soll. Denn, es würde daraus folgen, daß der Bürge nicht bloß in dieser Hinsicht, sondern auch in jeder andern, einem Hauptschuldner gleich zu behandeln, und ihm also z. B. der Rückgang zu dem wirklichen Hauptschuldner, wenn er für ihn bezahlt hat, zu versagen sey. Ueberhaupt muß eine Entsagung von Rechten deutlich, nicht aber in eine dunkle Formel eingehüllt seyn, über deren Sinn selbst die Rechtsgelehrten wenigstens nicht einig sind. Die meisten Bürgen sind Nichtrechtsgelehrte, welchen die Wohlthat der Ordnung nicht einmal bekannt ist, da doch zu jeder Entsagung gehört, daß man die Rechte kenne, deren man sich begibt, und die, wenn sie selbige auch kennen sollten, doch gewiß nicht wissen, daß in jener Formel eine Verzichtleistung auf selbige enthalten sey. Selbst ein Rechtsgelehrter könnte sich füglich damit entschuldigen, er habe nicht dafür gehalten, daß jene Formel eine Verzichtleistung auf die Wohlthat der Ordnung in sich schlicße, da dies wenigstens immer zweifelhaft ist, und sehr viele es läugnen. Auf solche Art sieht man sich freilich genöthigt, von der Alternative, die Voet aufstellt, das erste Glied zu erwählen, nämlich anzunehmen, daß jene Formel unnütz sey, weshalb sie besser gänzlich wegbleiben würde; und wenn dies freilich gegen eine bekannte Auslegungsregel zu verstößen scheint, wornach nicht anzunehmen, daß ein Ausdruck umsonst gebraucht sey, so kann man nur sagen, daß jene Re-

gel in diesem Fall sich nicht bewährt, oder daß davon in diesem Fall kein Gebrauch zu machen sey, wie denn überhaupt wohl Niemand behaupten wird, daß nicht häufig unnütze Ausdrücke gebraucht, und nöthige weggelassen werden. Doch, wenn man jene Auslegung annimmt, welche ich oben als die beste unter allen bezeichnet habe, so kann sie auch diesmal bei Ehren bleiben, insoferne sie solche Ausdrücke wohl eben nicht als unnützlich verdammt, welche das Wesen oder die rechtliche Natur des Geschäfts ausdrücken.

---

### III.

Ueber die Rechtsvermuthung, die aus der drei Jahre nach einander geleisteten Zahlung jährlicher Abgaben, z. B. Zinsen, entstehen soll, daß von früherer Zeit her dergleichen nicht rückständig seyen.

Ebenfalls von dem  
Professor Gesterding, zu Greifswalde.

Ehe wir von dieser Vermuthung selbst handeln, betrachten wir billig die Stelle, worin sie ihren Sitz haben soll.

*Cod. lib. 10. tit. 22. de apochis publicis et de descriptionibus curialibus et de distributionibus civilibus* — und zwar

*L. 3. Imp. Martianus A. Constantino PP.*  
Quicumque de provincialibus et collatoribus, decurso posthac quantolibet annorum numero, cum probatio aliqua ab eo tributariae solutionis exposcitur, si trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit; superiorum temporum apochas non cogatur

ostendere, neque de praeterito ad illationem functionis tributariae coerceatur, nisi forte aut curialis, aut quicumque apparitor, vel optio, vel actuarius, vel quilibet publici debiti exactor sive compulsor, possessorum vel collatorum habuerit cautionem: aut id, quod reposcit deberi sibi, manifesta gestorum adsertione patefecerit.

Der Inhalt dieses Rescripts des Kaisers *Martianus* an den Statthalter der Provinz, gleichviel welcher, *Constantin*, ist klar genug. Ein Steuerpflichtiger, Einwohner der Provinz, welcher drei Jahre hinter einander die schuldi- gen Steuern entrichtet, und die Quittungen darüber in Hän- den hat, soll der Nothwendigkeit überhoben seyn, zu bewei- sen, daß die Steuern für vorhergegangene Jahre von ihm bezahlt worden. Nur wenn einer der Beamten, die mit Erhebung der Steuern beauftragt sind, eine Handschrift von ihm darüber aufweisen kann, daß er mit den Steuern für vorhergegangene Jahre im Rückstand geblieben, daß ihm in Ansehung derselben Nachsicht gegeben sey, (dies ist wahr- scheinlich der nicht näher angegebene Inhalt der Handschrift,) oder wenn der Beamte auf andere Art, nämlich durch Akten, offenbar beweist, daß die Steuern, welche nachgefordert werden, wirklich rückständig sind, nur dann soll der Steuer- pflichtige schuldig seyn, diese Steuer nachzubezahlen. Hier ist eine ächte Rechtsvermuthung vorhanden. Das Gesetz nimmt aus der bekannten Thatsache, daß drei Jahre hinter einan- der Steuern bezahlt sind, eine andre unbekante, daß näm- lich die Steuern der frühern Zeit gleichfalls berichtigt wor- den, zum Besten des Steuerpflichtigen einstweilen für wahr an, bis gegen ihn das Gegentheil erwiesen worden. Die Rechtsgelehrten sind gewohnt, das Gesetz auf die Forderun- gen von Privatpersonen, und zwar auf ähnliche auszudeh- nen. Sie lehren nämlich, in Folge der angeführten Gesetz- stelle, wenn von Zinsen, Pacht- und Miethsgeldern, Cas- non u. s. w. die Rede ist, überhaupt von solchen Leistungen,

die zu gewissen Zeiten, alle Jahre oder Monate, wiederkehren, entspringe aus der drei Jahre nach einander geschehenen Tilgung der Verbindlichkeit die Vermuthung, daß aus früherer Zeit her nichts dergleichen mehr hinterstellig sey. Nicht bloß Lepsler <sup>1)</sup> und Pufendorf <sup>2)</sup>, die dies fast ohne Gründe lehren, vertheidigen diesen Satz, sondern diese Lehre ist so alt, als irgend eine in der Rechtswissenschaft. Eine große Anzahl der alten und ältesten Rechtsgelehrten streiten dafür, gleich den neuen; dabei berufen sie sich zum Theil auch wohl bloß auf den Gerichtsgebrauch; und es herrscht in dieser Sphäre — welsch ein Wunder! — fast Einmüthigkeit unter ihnen <sup>3)</sup>. Ob aber hinlängliche Gründe vorhanden sind, ein Gesetz, was bloß von öffentlichen Abgaben spricht, unter einem Titel, der de apochis *publicis* handelt, auf Privatforderungen ähnlicher Art auszudehnen, daran ist, trotz Zahl, Ansehens, und Einmüthigkeit jener Rechtsgelehrten, doch noch billig zu zweifeln. Es ist wegen vermeintlicher Gleichheit des Grundes, daß die Rechtsgelehrten sich für berechtigt halten, das Gesetz auf Privatforderungen auszudehnen. Der Grund, sagen sie, worauf das Gesetz beruht, ist auf Privatforderungen der angeführten Art eben

1) Spec. 530. med. 8. sqq.

2) Obs. jur. un. tom. 1. obs. 173. tom. 2. obs. 162.

3) Bei unserm Sigismund Finkeltlaus (obs. pract. obs. 115.), der unter denen, die ich darüber nachgelesen, instar omnium genannt werden kann, findet sich eine große Menge von Rechtsgelehrten aufgeführt, die, indem sie für die Ausdehnung der Rechtsvermuthung streiten, ihm gleich denken, von Aleiati bis auf Hartmann Vistor. Außerdem gehören hieher Perez ad tit. C. de apochis publ. no. 7. et 8. Hellfeld Jurisp. for. §. 1933. Günther Princ. jur. Rom. §. 1135., bei welchem letztern man wieder eine ziemliche Zahl anderer angeführt findet; ja es gibt eigne Dissertationen über diesen Gegenstand von Kübler und Schorff, die ebendasselbst angeführt sind.

so gut anwendbar, als auf die Forderung des Staats an öffentlichen Abgaben. Dieser Grund besteht darin. Es ist nicht wahrscheinlich, daß der Gläubiger die neuere jährliche Abgabe annahm, und die ältere stehen ließ. Welcher Gläubiger wird wohl so sorglos seyn, die spätere Abgabe entgegen zu nehmen, und um die Beitreibung der frühern sich nicht zu bemühen? Allerdings ist es gegen Ordnung und Gewohnheit, daß später fällig gewordene jährliche Abgaben früher, und früher fällig gewordene später abgetragen werden; und ebendaher wird man dies im Allgemeinen verkehrt und seltsam nennen. Allerdings ist es unwahrscheinlich, daß der Gläubiger die später fällig gewordene Abgabe vor der frühern annahm, und, wenn er dies *de jure* auch wohl eben nicht verweigern kann, daß er sie annahm, ohne in die Quittung darüber etwas einfließen zu lassen, daß die letztere annoch rückständig sey. Zwar kann es unter besondern Umständen wohl geschehen, daß der Gläubiger zufrieden, ja froh ist, wenn vor der Hand nur die laufenden Abgaben eingehen, indem er dem Schuldner wegen der ältern Rückstände Nachsicht gewährt; aber im Allgemeinen ist es doch nicht wahrscheinlich, daß die frühern Abgaben rückständig geblieben, wenn schon die spätern es nicht mehr sind. Die Vermuthung, die in dieser Hinsicht für den Schuldner streitet, wird schon durch eine einmalige Zahlung mit solcher Stärke begründet, daß sie wohl so gut, wie manche andere, zu einer gesetzlichen hätte erhoben werden können. Wie viel gewinnt sie nicht an Stärke, wenn drei Jahre nach einan, der die Abgabe bezahlt, wenn jedes Jahr eine Quittung gegeben, früherer Rückstände aber darin nicht erwähnt ist, und im Verlauf dieser ganzen Zeit der Gläubiger auf Bezahlung dieser frühern Rückstände keine Anträge bei Gericht gemacht hat! Ja, muß man nicht annehmen, durch einen Schluß a majori ad minus, da die vom Gesetz aufgestellte Vermuthung zum Nachtheil des Fiscus gereicht, wenn der sonst hoch begünstigte sich so etwas gefallen lassen müsse, so würden

gemeine Gläubiger wohl nicht besser daran seyn. Vielleicht lag in diesem Fall die Begünstigung des Fideus eben darin, daß gegen ihn erst dann jene Vermuthung streitet, wenn drei Jahre nach einander Zahlung geleistet ist; vielleicht streitet gegen gemeine Gläubiger eine solche schon früher, schon dann, wenn auch nur einmal Zinsen u. s. w. bezahlt sind. Aber — alles dies sind doch im Grunde nur Vermuthungen (über die Vermuthung). Der Grund, worauf das Gesetz beruht, ist vom Gesetz selbst nicht angegeben, und wenn es gleich möglich ist, daß dieser Grund in dem, was Ordnung und Gewohnheit mit sich bringen, enthalten gewesen, so kann es doch leicht seyn, daß andere Umstände, oder wenigstens das Zusammenwirken derselben mit jener Wahrscheinlichkeit, den Gesetzgeber bewogen, für den besondern Fall, wovon das Gesetz handelt, eine Rechtsvermuthung einzuführen. Dies zu beweisen, und damit die ganze Stelle des Codex für einen jeden Leser desto besser verständlich seyn möge, sey es erlaubt, über die damalige Steuerverfassung im römischen Staat, nach Hegewisch, Einiges einzuschalten. Die öffentlichen Einkünfte wurden unter den Kaisern nicht mehr, wie zu den Zeiten der freien Republik, verpachtet, sondern verwaltet. (Dies ergibt schon die Stelle selbst.) In jeder Provinz gab es eine Provinzialcasse, wohin die Steuern von den verschiedenen Einnehmern abgeliefert wurden. Was davon nicht zu den öffentlichen Ausgaben verbraucht ward, lieferte der Vorsteher der Provinzialcasse (Thesaurarium Praefectus) an den Statthalter der Provinz ab, von welchem es wieder an die Hauptstaatscasse des Reichs gesandt ward. Dem ganzen Finanzwesen stand der Comes sacrarum largitionum vor, etwa was wir einen Finanzminister oder Generalschatzmeister nennen würden <sup>4)</sup>. Von einem Privatgläubiger hängt es ab, ob er dem Schuldner Nachsicht geben will, und wenn er es

<sup>4)</sup> Hegewisch historischer Versuch über die römischen Finanzen. S. 347. 348. 349. 355.

thut, so geschieht es auf seine Gefahr. Die Einnehmer der Steuern aber waren andern öffentlichen Beamten untergeordnete öffentliche Beamte, welche ihre Pflichten verletzten, wenn sie die Abgaben nicht einforderten. Das konnten sie füglich nicht einmal; denn die *comites largitionum* pflegten strenge darüber zu halten, daß die Steuern durch die Unterbeamten sorgfältig beigetrieben wurden; ja diese waren schon an sich gar die Leute nicht, welche zur Nachsicht besondere Neigung gehabt hätten; vielmehr bewiesen sie sich hart und streng gegen die Steuerpflichtigen; wenigstens sahen die Kaiser sich genöthigt, manche Verordnungen zu erlassen, um die Provinzialen gegen die Bedrückungen und Erpressungen dieser Leute in Schutz zu nehmen<sup>5)</sup>. Die Vermuthung, wovon hier die Rede ist, hatte vielleicht am Ende keinen andern Zweck. Sie gereichte dabei nicht sowohl zum Nachtheil des *Fiscus*, als vielmehr seiner Beamten, an welche der *Fiscus* sich halten, und von denen er fordern konnte, was sie eingenommen, oder einzunehmen veräümt hatten, wenn sie nicht eben beweisen konnten, die Steuern seyen noch wirklich rückständig, in welchem Fall die Vermuthung der Wahrheit weichen, und der Steuerpflichtige nachbezahlen mußte. Das *Triennium* übrigens, was verstrichen seyn muß, ist nichts, was dieser Vermuthung eigenthümlich wäre; sondern diese von der Verjährung erborgte Frist finden wir auch in andern ähnlichen Fällen wieder, wo vom *Fiscus* gar die Rede nicht ist<sup>6)</sup>.

Auf die *resolutio dubiorum* folgen nun die *rationes decidendi*. An und für sich folgt daraus, daß die jährlichen Abgaben für gewisse Jahre bezahlt sind, nicht, daß auch für vorhergegangene Jahre Zahlung geleistet sey. Es ist bloß *wahrscheinlich*; die bloße Wahrscheinlichkeit, wie dringend sie

5) L. 1. et 2. C. de exactor. tribut. L. 1. C. de superexact. L. 8. C. de excuss. muncr. *Finkelthaus c. l. princ.*

6) L. 1. C. de fideicommissis.

auch seyn mag, bildet aber noch keine Rechtsvermuthung. Eine solche entsteht erst durch ein besonderes, sie einführendes Gesetz. An einem Gesetz dieser Art fehlt es. Das Gesetz, worauf man sich beruft, redet von einem besondern Fall, und stellt keineswegs die allgemeine Regel auf, daß bei Abgaben, die zu gewissen Zeiten, als alle Jahre, Monate u. s. w. wiederkehren, aus der Zahlung für spätere Zeiträume die gleichfalls geschehene Zahlung für früheres zu vermuthen sey. Es wäre möglich, daß jenes Gesetz nur eine Anwendung einer allgemeinen Regel enthielte, aber ausgemacht ist es so wenig, daß es nicht einmal wahrscheinlich ist, indem nämlich — anderer Gründe, die sich aus dem Vorhergehenden ergeben, nicht weiter zu gedenken — wenn es eine solche allgemeine Regel gegeben hätte, sich davon wohl sonst irgend eine Spur fände, welche doch gänzlich vermist wird, und weil zweitens selbst die Vorschrift, die das Gesetz wirklich enthält, nicht einmal als Anwendung eines Satzes, der sonst schon Rechtsens gewesen wäre, gegeben wird, wenigstens nicht ausdrücklich. Vielmehr scheinen die Worte: *non cogatur* — ostendere etc. das Gegentheil anzudeuten, obgleich freilich neue Rechtsätze in Rescripten sonst gewöhnlich nicht vorkommen. Jede Rechtsvermuthung enthält eine Abweichung von der Regel des Rechts in Ansehung der Beweislast; wenigstens gilt solches von dieser. Nach der Regel würde, wer die Zahlung der Schuld behauptet, daß sie geschehen, beweisen müssen 7). Das Gesetz aber, wovon hier die Rede ist, spricht Schuldner gewisser Art, unter besondern Umständen, frei davon. Ein Gesetz nun, was eine Abweichung von der Regel des Rechts enthält, ist auch bei vorhandener Gleichheit des Grundes auf andere Fälle bekanntlich nicht auszudehnen. Manche möchten wohl geneigt seyn, zuzugeben, nach der Theorie sey die Ausdehnung der Rechtsvermuthung, welche

7) L. 12. D. probat. L. 1. C. de probat. L. 7. §. ult. D. de curat. fur.

die Stelle des Codex in der Materie von Steuern angeordnet hat, verwerflich; sie nehmen indessen ihre Zuflucht zum Gerichtsgebrauch, der diese Ausdehnung nun einmal angenommen habe <sup>1)</sup>. Wie es mit diesem Gerichtsgebrauch, der durch die Zeugnisse der Rechtslehrer nicht hinlänglich erwiesen wird, stehen mag, darüber habe ich keine Erfahrung. Zwar finden sich in den Schriften von Finkelthaus und Leyser Urtheilssprüche angeführt, worin die Rechtsvermuthung der Frage als allgemein gültig angenommen worden; ob es aber einen wirklichen, entschiedenen, standhaften, und allgemeinen Gerichtsgebrauch über diesen Punkt im deutschen Reiche gibt, das lasse ich billig dahin gestellt seyn. Mir war es nur um die Theorie zu thun.

---

#### IV.

### Kann der Schuldner eine Quittung fordern?

Von ebendemselben.

Anton Faber <sup>1)</sup>, Leyser <sup>2)</sup>, und Boet <sup>3)</sup> stimmen überein: Wer die Schuld entrichtet, kann, außer der Zurückgabe seiner Handschrift, vom Gläubiger einen Tilgungsschein begehren, und hat nicht nöthig, das Geld aus den Händen zu geben, wenn er nicht eine Quittung dagegen empfängt; Geld und Quittung müssen also gegen einander aus-

<sup>1)</sup> S. J. B. Günther a. a. D.

<sup>1)</sup> In seinem Codex definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum, tit. de solut. defin. 3. p. 1089.

<sup>2)</sup> Spec. 530. med. 1.

<sup>3)</sup> ad tit. Dig. de solut. §. 15.

getauscht werden. Aber — eine solche Quittung, als ein schriftliches Geständniß des Ausstellers über die geschehene Tilgung der Verbindlichkeit, soll dem Schuldner zum Beweise der Zahlung dienen. Wie kann nun der Schuldner, und aus welchem Grunde kann er *jure perfecto* fordern, daß der Gläubiger ihm ein Beweismittel gegen sich in die Hände gebe, also ihm die Waffen selbst darreiche, deren er sich (zu seiner Vertheidigung) künftig gegen ihn bedienen will? Es scheint mir daher, nicht aus der Natur der Sache, sondern nur aus positiven Bestimmungen, könne die Verbindlichkeit des Gläubigers, eine Quittung auszustellen, und das Recht des Schuldners, bis er sie empfangen, mit der Zahlung zurückzuhalten, abgeleitet werden. Wirklich nehmen auch Leyer und Boet den Beweis für ihre Behauptung aus dem Sazungsbrecht, nämlich aus einer Verordnung Kaisers Justinian her, die, ihrem Hauptinhalt nach, jedoch auf etwas ganz anders gerichtet ist. In dieser Verordnung will Justinian, daß ein Schuldner, der über die Schuld ein schriftliches Bekenntniß ausgestellt hat, wenn er behauptet, die Schuld sey getilgt, ohne daß er etwas Schriftliches darüber aufweisen könnte, mit dem Beweise durch Zeugen nicht leicht, sondern nur dann gehört werden soll, wenn er fünf Zeugen vom besten Ruf aufstellen kann, die bei der Zahlung gegenwärtig gewesen, und, daß sie geschehen, beschwören. Die Verordnung selbst, die für jene Zeit, nach den Klagen des Kaisers im Eingange zu urtheilen, gut seyn mochte, ist außer Gebrauch gekommen, wenigstens bemerken die Ausleger, sie gelte bei uns nicht. Aber es kommt in derselben folgende Aeußerung vor, und diese ist es eben, worauf es ankömmt: — *ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint praefatam testium probationem.* Hier scheint nun allerdings den Schuldnern das Recht verliehen zu seyn, mit der Zahlung zurückzuhalten, bis ihnen eine Quittung ertheilt ist. Wollte

man die Aeußerung des Kaisers aber bloß als einen gelegentlich erteilten Rath, wenigstens nicht als Disposition betrachten, und auch den Beweis, den Anton Faber für obigen Satz führt, nicht für vollgültig anerkennen, (wogegen freilich nicht viel einzuwenden wäre,) nämlich, „die Ertheilung der Quittung schade dem Gläubiger nicht, und sey dem Schuldner nützlich“, so wüßte ich keinen andern Rath, als daß man sich auf den allgemeinen Gebrauch beriefe, wozu man, glaube ich, in diesem Fall berechtigt wäre, um einen Satz aufrecht zu erhalten, der sich durch die tägliche Erfahrung als sehr heilsam und vernunftgerecht bewährt.

---

## V.

Ist der Verkäufer verpflichtet, Mängel zu gewähren, die nur dem Auge des Kenners sichtbar sind?

Gleichfalls von Gesterding.

Auch wegen solcher Fehler, bemerkt Glück <sup>1)</sup>, die zwar dem Kennerauge nicht entgehen, aber doch dem unerfahrenen Käufer verborgen sind, kann auf Redhibition geklagt werden, wenn der Verkäufer sie verschwiegen. Jede Unwissenheit entschuldigt hier den Käufer, fährt jener fort, die keine grobe Nachlässigkeit zum Grunde hat; ignorantia emptori prodest, sagt Paulus <sup>2)</sup>, quae non in supinum hominem cadit. Die Frage ist in diesem Gebiet wichtig genug, daß sie mehr, wie manche andere, verdient, in Untersuchung gezogen zu wer-

---

<sup>1)</sup> Erl. d. Pand. Thl. 20. S. 48.

<sup>2)</sup> L. 15. §. 1. D. de contrah. empt.

den. Und wenn diese Untersuchung auch zu demselben Resultat führen sollte, so bedarf doch das, was Glück mit seinem Gewährsmann Münter<sup>3)</sup> lehrt, einer festern Begründung und eines strengern Beweises, überhaupt einer sorgfältigern Erörterung. Das soll eben kein Vorwurf für jene seyn, als wovon ich weit entfernt bin. Hängt es doch von jedem Schriftsteller ab, wie viel er geben will, und dem einen ist klar, was ein anderer noch zweifelhaft findet. An der Richtigkeit jener Lehre zu zweifeln, fehlt es an Gründen nicht. Wenn der Verkäufer kann man sagen, für sichtbare Mängel nicht verantwortlich ist, wie soll er denn für diejenigen haften, die nur der unerfahrene Käufer nicht sehen konnte! Kann man Mängel vitia latentia nennen, die dem Auge des Kenners sichtbar sind? Die meisten Sachen sind von der Art, daß ihre Beschaffenheit zu erkennen, und darüber gehörig zu urtheilen, Erfahrung und Uebung nöthig ist. Dieß gilt nicht bloß von Kunsterzeugnissen, sondern fast von jeder Waare. Zwar nicht alle Mängel sind dem Nichtkenner verborgen, aber, um jeden Mangel zu erkennen, reicht die gewöhnliche Kenntniß selten hin. Daher ist es eine sehr gewöhnliche Vorsichtsmaßregel, daß derjenige, welcher eine Sache kaufen will, deren Beschaffenheit er nicht zu beurtheilen versteht, diejenigen zu Rathe zieht, die sich darauf verstehen. Läßt er diese Vorsichtsmaßregel außer Acht, so mag der Fehler immerhin von der Art seyn, daß nur das Auge des Kenners ihn entdecken konnte; der leichtsinnige Käufer kann den Handel aus diesem Grunde nicht anfechten. Er büßt hier nur die Folgen seiner eigenen Verschuldung. Kömmt es doch in dieser Sphäre nicht darauf an, ob der Erwerber den Fehler gesehen hat, sondern ob er ihn bei Anwendung gehöriger Vorsicht hätte sehen können<sup>4)</sup>. Die Berufung auf den angeführten Ausspruch des Paulus läßt den Einwand zu, „es sey

3) Kostauscherrecht, 3. Abschnitt §. 1. und 3.

4) L. 14. §. 10. D. de aed. edicto.

wirklich eine ignorantia, quae in supinum hominem cadit, wenn der Käufer einen Fehler nicht kannte, der ihm, hätte er Sachverständige zu Rathe gezogen, nicht verborgen geblieben wäre“. Kann man hier nicht analogisch anwenden, was von der ignorantia juris gilt, wobei es doch auch auf Kenntnisse einer besondern Kunst ankommt, daß derjenige keine Entschuldigung verdient, welcher die Verständigen um Rath fragen, und dadurch, was ihm selbst an Kenntnissen fehlte, ergänzen konnte 5)? Es scheint also mißlich um eine Lehre zu stehen, nach welcher die Gültigkeit und Unwiderruflichkeit des Handels von der Individualität des Käufers abhängen würde. — So würde ich sprechen, wenn ich der Anwalt des Verkäufers wäre. — Aber auf der andern Seite! Die Absicht der Aedilen war, daß der Verkäufer, von welchem die Kenntniß der Sache, die er andern überlassen will, erwartet und gefordert wird 6), die Fehler derselben dem Käufer offen anzeige 7). Nur solche Mängel sind nach der Auslegung der römischen Rechtsgelehrten ausgenommen, welche in die Augen fallen. Bei diesen bedarf es natürlich keiner Anzeige, da der Käufer die Augen nur öffnen darf, um sich vom Daseyn derselben zu überzeugen. Ebendaher kann der Verkäufer voraussetzen, daß sie dem Käufer auch ohne besondere Anzeige nicht entgehen werden. Können aber die Mängel übersehen werden, so wäre es unredlich, wenn der Verkäufer sie verschweigen wollte, sollten sie auch von der Art seyn, daß ein Kenner sie entdeckt haben würde. Dem Verkäufer gebührt es, den Käufer auf die Mängel, die nicht jedem, und namentlich nicht ihm sichtbar sind, aufmerksam, und sich seine Unerfahrenheit nicht zu nuzen zu machen. Dieß ist ganz im Geiste der Aedilen, welche den Betrügereien der Verkäufer entgegen wirken, und die

5) L. 9. §. 3. D. de juris et facti ignorantia.

6) L. 1. §. 2. D. de aed. edicto.

7) L. 1. §. 1. L. 38. pr. D. eod.

Käufer dagegen in Schutz nehmen wollten <sup>8)</sup>. Von demjenigen, welcher Mängel, die in die Augen fallen, nicht sieht, wird angenommen, er habe sich selbst getäuscht <sup>9)</sup>. Diese Selbsttäuschung findet bei Mängeln nicht Statt, die nur dem Kenner erkennbar sind. Von dergleichen Mängeln läßt sich nicht sagen, sie fallen in die Augen, so daß Niemand sie füglich übersehen kann. Wenn sie auch sichtbar sind, so sieht der unerfahrene Käufer es ihnen nicht an, daß sie Mängel sind, ja, wie es ihm überhaupt an Kenntniß von solchen Mängeln fehlt, fällt es ihm nicht einmal ein, dorthin zu sehen, wo sie zu finden sind. So können z. B. Sachverständige die Finnen der Schweine erkennen, wenn sie dem Thier den Rachen aufreißen, und die Zunge betrachten, wo man, wie ich im *Kr ü n i k* gelesen, die Finnen als große weiße Hirsförner sehr genau unter der Haut liegen sehen kann <sup>10)</sup>; aber, wer es nicht weiß, verfällt nicht darauf. Aus diesen Gründen scheint es, daß der Verkäufer auch für solche Mängel verantwortlich sey, die nur dem Kenner sichtbar sind. Wenn vollends die Mängel gar nicht äußerlich sichtbar seyn sollten, sondern nur *An z e i g e n*, aus deren Vorhandenseyn der Kenner auf das Daseyn jener schließen könnte, würde dies noch weniger zweifelhaft seyn. Alles dieses wird bestätigt durch folgende *Pandectenstelle*. L. 14. §. 10. *de aed. edicto*. Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, *qui omnibus potuit apparere*: utputa coecus homo veniebat,

8) L. 1. §. 6. D. de aed. ed. L. 1. §. 2. D. eod. Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis venditum et emtoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint. Dummodo sciamus, venditorem etiam si ignoravit ea, quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum. Potuit enim ea nota habere venditor. Neque enim interest emtoris, cur fallatur: ignorantia venditoris, an fallacia.

9) L. 43. §. 1. D. de contrah. emt.

10) s. *Kr ü n i k* Encyclopädie, Thl. 13. S. 425. 426.

aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat, vel in capite vel in alia parte corporis: ejus nomine non teneri, Caecilius ait: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit. So würde ich sprechen, wenn ich der Anwalt des Käufers — oder vielmehr, wenn ich der Richter wäre. —

Bei dieser Entscheidung der aufgeworfenen Frage wird es nun aber zweifelhaft, ob es richtig sey, was Boet <sup>11)</sup> lehrt: „ein Kenner, der es wirklich ist, oder, wenn Kenntniß dieser Art von Sachen in des Käufers Fach einschlägt — si emtor artifex est — verdiene keine Entschuldigung, wenn er einen Fehler nicht entdeckt habe, den er nach den Regeln seiner Kunst hätte entdecken können.“ Der Gewährsmann, auf welchen Boet sich beruft, unser Mevius <sup>12)</sup> behauptet nur: „von einem Kenner sey zu vermuthen, daß ihm ein Mangel dieser Art nicht verborgen geblieben.“ Auf allen Fall hat Boet seinen Satz nicht bewiesen. Ja, wenn jedem, der von einer gewissen Kunst ein Gewerbe macht, eine vollkommene Kenntniß seines Fachs beiwohnte! dann würde Boet völlig Recht haben. Wie aber, wenn eine solche Kenntniß diesem Individuo fehlte, wenn seine Wissenschaft ihn gerade hier im Stiche ließ, wo er ihrer bedurfte? Auf ihn kann man nicht anwenden, was von demjenigen gilt, der in die Augen fallende Mängel nicht sieht, er habe sich selbst getäuscht. Die Mängel, die er nicht sah, konnte er (nach seiner mangelhaften Kenntniß) nicht sehen. Er konnte sie verkennen (ignorare potuit), ja er mußte sie verkennen.

11) ad Dig. lib. 21. tit. 1. §. 9.

12) ad jus Lub. lib. 3. tit. 6. art. 15. nr. 6. sq.

## VI.

Auch etwas über das qualifizierte Geständniß. Mit Bezug auf die Abhandlung von Hrn. Professor Dr. Gesterding in diesem Archiv. Bd. 2. No. XVIII. S. 217 f.

Von dem  
Dr. Sommer, Advokaten zu Kirchhütern.  
Nebst einem Zusatz  
von Gensler.

Das Aufstellen einer recht verkehrt scheinenden Behauptung wirkt zuweilen eine wohlthätige Erschütterung in der Wissenschaft. Für ziemlich verkehrt wird man aber den Satz halten: »Das qualifizierte Geständniß ist ganz anzunehmen, oder ganz zu verwerfen, ohne Rücksicht auf capita connexa, oder separata.«

Keineswegs bestreite ich Gesterdings Behauptung: daß der Kläger nicht verbunden sey, zu erweisen: der Vertrag sey ohne Bedingung geschlossen. Denn das Nichtbedingtfeyn gehört zu den Naturalien der Verträge, und die Abwesenheit des accidentale, der Bedingung, braucht kein Kläger zu erweisen. Damit ist aber noch gar nicht, wie Gesterding glaubt, die Frage über das qualifizierte Geständniß entschieden. Es ist ein Irrthum Gesterdings, und so mancher andern, daß sie die Folgen des qualifizierten Geständnisses mit den allgemeinen Grundsätzen der Beweisführung zu sehr verweben und verwechseln. Es klagt A\*\* gegen den B\*\* auf Vollziehung eines Eheversprechens. B\*\* erwiedert: er verneine das Eheversprechen. Er setzt aber hinzu: im Fall der Kläger seine, des B\*\* Behauptung, »daß beim Eheversprechen die . . . Bedingung (z. B. Einwilligung der Mutter) vorbehalten worden sey, als erwiesen annehmen wolle, soll auch vergleichsweise das Eheversprechen gestanden seyn. Was liegt hierin? Offenbar 1) eine Ablehnung der Klage, 2) ein Vergleichsantrag. Der Kläger kann hierauf nun zweierlei erwiedern. Entweder a) nimmt er den Vergleichsantrag an. Nun so muß er den Vorbehalt der Bedin:

gung — sey sie aufschiebend oder auflösend — als erwiesen betrachten, und kann nur mit dem Gegenbeweise, daß die Bedingung nicht vorbehalten worden sey, dagegen aufkommen. Ob er sonst nach den Regeln des Prozeßes zu diesem Beweise verbunden oder nicht, ist sehr gleichgültig; denn der Prozeß ist hier außer der Regel; er nimmt eine conventionelle Natur an, und der Richter, welcher, wie hier vorausgesetzt wird, nach der Verhandlungsmaxime verfährt, kann die Transactionsbefugniß der streitenden Theile, so wie über das Ganze, so auch über einzelne Theile des Verfahrens, nicht aufheben. Oder b) der Kläger erwidert: daß er diesen partiellen Vergleichsantrag nicht annehme. Dann steht die Ablegnung der Klage fest, und Kläger muß daher seine Klage beweisen, keineswegs aber das Nichtseyn der im Vergleichsantrage vorgebrachten Behauptungen. Dem Beklagten wird sodann sowohl der direkte Gegenbeweis, als auch der Beweis seiner im Vergleichsantrage erwähnten Behauptungen, frei stehen.

Ich wüßte nicht, was ich zur Begründung dieser Aussprüche zusetzen sollte. Der Kläger, behaupte ich, soll seine Klage beweisen, obgleich der Beklagte die derselben zum Grunde liegenden Thatfachen schon bedingt eingestanden hat. Das scheint sonderbar! Aber was geht das den Richter an? Darf er die Herzen und Nieren erforschen? Genug, wird des Beklagten Bedingung vom Kläger nicht angenommen, so ist kein Geständniß des ersten vorhanden. Auch kann ja der Beklagte selbst das Unwahre bedingt gestehen — er kann sogar das Wahre leugnen. Wer will dieses von Außen verhindern? — Aber wie wenn der Kläger dem Beklagten über die nackte Thatfache der Klage den Eid zuschiebt 1)? Wohl, der Beklagte muß nun schwören! Mag er sich aber mit seinem Gewissen berathen, wie weit die Theorie der Moral, *ne juramentum sit vinculum iniquitatis*, ihn zum Abschwören des wörtlich wahren, aber in der Sache selbst nach der Totaleinsicht falschen, Thatumstandes berechtigt, und wie viel dagegen die die Kraft des Eides bildende heilige Scheu, welche mit der ernstesten Formel durch *reservationes mentales* zu spielen nicht gestattet, auf sein Gemüth vermöge. Des weltlichen Richters Reflexionen reichen so weit nicht. Er verlangt den Eid über die Eidesformel, macht den Deläten, nach subjectiven Verhältnissen, auf die religiöse Natur dieses Wahrheits-, Erforschungs-, Mittels aufmerksam, und je nach:

1) Darauf zeigt Gesterding hin; a. a. D. S. 220.

dem alsdann der Eid geschworen wird, oder nicht, entscheidet er als Jurist. Gesteht der Beklagte da, wo er schwören soll, die abzuschwörende Thatsache, bezieht sich aber dabei auf die Selbstbehauptung, welche er vom Kläger gestanden wünschte, so kann diese Behauptung weder als Gegenstand des angetragenen Eides angesehen werden, noch kann sich der Beklagte dadurch einer ihm aufliegenden Beweispflicht entziehen, daß er den Gegenstand dieses Beweises bei dem Eide erzählt.

Wenn nun aber diese Ansicht eines solchen bedingten Geständnisses richtig ist, so kann uns nichts hindern, die gewöhnlich vorkommenden qualifizirten Geständnisse so zu betrachten. Denn obgleich der Beklagte es vielleicht nicht gerade in die oben gegebene Formel einleidet, so ist das Resultat dieser Formel doch sein Zweck; und da der Richter dieses allgemein erkennt, so wird in der so eben entwickelten Ansicht die allgemeine Theorie des qualifizirten Geständnisses enthalten seyn.

Es ist unglaublich, welche Irrthümer die Praxis in und mit dieser Lehre begeht. Bald ist es für den Kläger ein wahres Unglück, wenn der Beklagte, statt alles abzuleugnen, ein qualifizirtes Geständniß ablegt. Wenn sich nun der Kläger auch gar nicht auf die qualificatio einläßt, so legt man ihm doch häufig den Gegenbeweis der qualificatio auf, z. B. den Beweis der Unbedingtheit des Eheversprechens, statt daß man das bedingte Geständniß als nicht vorhanden ansehen, und bloß den Beweis der zur Begründung der Klage nothwendigen Umstände auflegen sollte. Oft ist es weit leichter, die Klage, als das Nichtseyn eines speciellen Umstandes, zu erweisen<sup>2)</sup>. Bald können umgekehrt dem Beklagten die bündigsten Protestationen, „daß er das Klagfactum nur unter dem Beding gestehe, wenn der Kläger auch den Thatumstand, daß u. s. w., als erwiesen betrachten wolle, und daß er ohne diese Bestimmung des Klägers läugne“, nichts helfen; unter allen seinen Bedingungen und Protestationen wird das Geständniß herausgewühlt, und ihm der Beweis der qualificatio sogleich aufgegeben, wo er doch offenbar ein Recht hätte, den Beweis der auf den Fall der Nichtannahme seiner Bedingung ganz geläugneten Klage zu erwarten.

2) Wie eben in den Fällen, wo der Beklagte behauptet: „mehrere Gegenstände, als der Kläger angegeben hat, für den Kaufpreis gekauft zu haben“, in welchem Falle auch G e s t e r d i n g den Kläger zum Beweise anhält.

Daß man aber vor der Obrigkeit so, wie hier dargestellt worden, transigiren könne, kann bei dem Princip unserß deutschen Prozeßes keinem Zweifel unterworfen seyn. Wenn der Beklagte nach L. 9. Dig. de except. 44, 1. in demselben Athem die Schuld leugnen und als bezahlt anführen kann, so kann er sie ja auch wohl bedingt gestehen.

Die *Confessio qualificata*, eigentlich *conditionata*, ist also weder Einrede, noch *litis contestatio negativa*, wie Bornemann <sup>3)</sup> sehr richtig bemerkt; obgleich auch er am Ende wieder in den Fehler seiner Vorgänger verfällt, nämlich in den, den Beweis der *qualificatio* nach allgemeinen Grundsätzen aufzulegen. Nothwendig muß jedes Prozeßvorbringen des Beklagten entweder Ablehnung oder Berichtigung von Klagthatfachen oder Einrede seyn; und es wäre überall thöricht, von der *confessio qualificata* als einem eigenen Wesen zu reden, wenn sie sich nicht durch ihre Eigenschaft als *Transaction*santrag von allen andern Prozeßbehauptungen des Beklagten unterschiebe. Eine *confessio qualificata* kann es z. B. nicht seyn, wenn der Beklagte den Wangel einer nothwendig zur Klage gehörenden Thatfache rügt, z. B. des Abgangs der väterlichen Einwilligung beim Eheversprechen, oder wenn er sich, indem er die Klage theils leugnet, theils gesteht, auf eine ihm zur Seite stehende Rechtsvermuthung gründet; z. B. A\* jagt auf seinem Eigenthum, wird von dem B\* als Jagdberechtigten deshalb belangt, und erwidert nun: „nur eine Nitjagd als *servitus* auf seinen Grundstücken räume er dem Kläger ein, aber keineswegs das Recht, ihn, den Grundeigenthümer, auszuschließen“. Da der Eigenthümer das Recht hat, den Boden *venandi aucupandive gratia* zu betreten <sup>4)</sup>, und da bei einer bestellten Dienstbarkeit die *Concurrenz* des Eigenthümers, sofern solche bei der Benutzung möglich, der Rechtsvermuthung nach nicht ausgeschlossen ist <sup>5)</sup>, so ist der Beklagte durch diese Rechtsvermuthung geschützt. In allen diesen Fällen bedarf der Beklagte daher keines Vergleichsantrags, keiner *Confessio qualificata*.

Gesterding untersucht: ob es den alten Juristen wohl auch Ernst gewesen, den Kläger selbst dasjenige beweisen zu lassen, was der Beklagte in der *Confessio qualificata* zugestanden habe? Was diese nun immer gedacht haben mögen,

3) Ueber die *Confessio qualificata* im Civilprozeß S. 31. ff.

4) L. 3. pr. §. 1. D. de acquir. rer. domiu. (41, 1.)

5) *Thibaut* Syst. des *PR.* §. 604. lit. f.

wirklich verhält es sich so, daß der Kläger im Fall der Verwerfung der Qualificatio sogar das bedingt zugestandene den Grund seiner Klage nämlich, im Fall der Annahme aber freilich bloß das Gegentheil der Qualificatio, beweisen müsse; dieses eben wegen seiner Annahme — nicht aber nach allgemeinen Beweisgrundsätzen.

Im Falle diese Grundsätze bei sachkundigen Männern Beifall finden, wird es in der vorliegenden Lehre noch viel aufzuräumen geben.

---

### Z u s a z

von G e n s l e r.

---

In dem Augenblick, in welchem ich eine besondere Abhandlung: „über die Einlassung und das qualifizierte Geständniß in dem teutschen gemeinen bürgerlichen Proceß“ für die Presse zubereitete, empfieng ich den vorstehenden Aufsatz, und finde mich pflichtig, diese Gedanken des Hrn. Dr. Sommer den meinigen mit der Bemerkung voranzugehen zu lassen: daß jene neue Meinung, welche jedes qualifizierte Geständniß durchaus bloß als ein bedingtes Darbieten zum Geständniß beurtheilt wissen will, nur ein neuer Beweis ist, wie höchst nöthig es seyn mag, die qualifizierte Antworten, wie das positive gemeine Recht will, als schädliche Contrebande so oft zu confisciren, als sie eine Partei in das gerichtliche Proceßgebiet einschwärzen will. Dahin, daß doch endlich jenes weise Verbot beherzigt, berücksichtigt, und durch die neuen Gesetzgebungen stark eingeschärft werden möge, ist vorzüglich meine erwähnte Abhandlung gerichtet; und so wenig nun in dieser jede Ansicht, jedes Einzelne, geprüft werden soll und kann, so wenig will und werde ich dort noch specielle Gründe gegen die, die schlimme Sache noch mehr verschlimmernde, Ansicht des Hrn. Dr. S\* einweben, wiewohl schon aus dem Allgemeinen, was ich dort über das bedingte Darbieten zu einem Geständniß, in Bezug auf Sibeth, hierinnen mit diesem einstimmig, bereits bemerkte, so wie aus dem ganzen Gang meiner Entwicklung, sich ergeben wird, daß ich meines Theils nicht glaube, Hr. Dr. S\* habe ein Mittel gefunden, in dieser Lehre den Schutt aufzuräumen. Meinem Erachten nach ist das Hauptprincip des Hrn. Dr. S\* grundfalsch und verderblich; wengleich seine,

als Satz nicht neue, Folgerung auch mir vollkommen richtig schien, daß „nämlich im Fall eines von dem Beklagten qualifizirt erfolgten Geständnisses — darf und soll dieses dem Beweisinterlocut, oder der Frage: was ist zu beweisen? zum Grund gelegt werden — das Beweisthem des Klägers rechtlich nichts anders seyn kann, als dessen eigene reine Behauptung, d. h. nur die in solcher enthaltenen wesentlichen Thatsachen“. Gerade dieses suchte auch ich vorzüglich zu zeigen, so wie ich auch in einigen andern einzelnen Punkten zu gleicher Zeit gleichmäßig mit Hrn. Dr. S\* dachte <sup>6)</sup>, und nach dem ganzen Zusammenhang meiner Abhandlung nicht anders denken konnte, ohne inconsequent zu seyn. Nur das sey hier (als dort nur kurz angedeutet,) noch gedacht, daß ein bedingtes Darbieten zum Geständniß <sup>7)</sup> unter den processualischen Begriff einer Antwort gar nicht gehört, sondern nur als Vergleichsversuch sich ansehen läßt, der, wenn er mißlingt, dann erst die Antwort als gesetzlich nothwendig nach sich zieht, so daß dort, wenn der Kläger des Beklagten Darbieten zur gütlichen Vereinbarung nicht annimmt, von einer Beweislast die Rede noch gar nicht seyn kann, sondern der Beklagte vorerst antworten muß. Da ist nun ein qualificirtes Geständniß (ganz verschieden von dem bedingten Darbieten zum Geständniß) denkbar <sup>8)</sup>, will man nicht anerkennen, daß die Gesetze auch eine solche Einlassung verbieten; aber eine unselige Thorheit wäre es, dem Beklagten sogar zu erlauben, jenes Darbieten (S. Note 7) nochmals als Antwort zu wiederholen. So weit hat die

6) Z. B. wegen der Eideidolation; wiewohl, da hierbei Hr. Dr. S\* von einer andern Voraussetzung ausgeht, als ich in Hinsicht auf Hesterding's Probeversuch B. 2. S. 217. ff. d. Arch., auch mein Resultat noch andere Seiten und Folgen darstellt.

7) Z. B. der Beklagte erklärte sich an der Stelle der Antwort auf die Thatsachen der Klage so: Wenn der Kläger einräumen will, daß ich alles, was ich ihm schuldig sey, nach einem Vertrag unter uns, erst dann zahlen solle, wann mein Oheim F. zu Ph. gestorben seyn, und mir wenigstens 20000 fl. als Erben oder Legator hinterlassen würde, so will ich ihm den Empfang der geklagten 500 fl. als Darlehn eingestehen.

8) Z. B. (mit Rücksicht auf die vorhergehende Note) der Beklagte antwortet nunmehr so: „ich gestehe, daß ich von dem Kläger das geklagte Darlehn von 500 fl. unter der Bedingung empfangen habe, daß ich nicht eher schuldig seyn solle, es zurück zu zahlen, als wann mein Oheim F. zu Ph. verstorben seyn, und mir wenigstens 20000 fl. als Erben oder Legator hinterlassen haben würde.“

schlechteste Praxis der armeligsten Richter und Advokaten sich noch nicht verirrt, und der deutschen Gesetzgebung wäre sie eine grobe elende Ignoranz, ein vernunftwidriger Gräuel und Abscheu, weil ein solches Verfahren die Justizpflege eines cultivirten Volkes schändet, und das Gemeinwohl beeinträchtigt. Wenn sich der Kläger jenem Darbieten des Beklagten fügen und hingeben will, ja, dann hat er allerdings einen Vergleich mit dem Beklagten geschlossen, welchen der Richter nicht verhindern kann, sondern selbst dann als eine freie Dispositions-Handlung<sup>9)</sup> der Parteien anerkennen muß, wenn auf jenem Weg das Beweisthem ver- tragsweise festgesetzt würde<sup>10)</sup>. Will aber der Kläger den dargebotenen Vergleich nicht annehmen, so kann und soll er eigentlich den Beklagten erst zur Antwort, d. h. zur bestimmten Erklärung über das Seyn oder Nichts- seyn der in der Klage behaupteten Thatsachen, nöthigen, dar- mit sich die factische Streitfrage feststelle, ehe der Prozeß in die Beweisinstanz tritt<sup>11)</sup>. Denn dem Staat, der Rechts- pflege selbst, ist daran sehr viel gelegen, daß die Be- weisinstanz sich möglichst verenge. Im Fall jedoch der Klä- ger den Grund seiner Klage durch obiges Vergleichs-Aner- bieten des Beklagten für gänzlich verneint ansehen, und ohne weiteres die Beweislast über sich nehmen will — erlaubt ihm dieses das Gesetz wenigstens in Hinsicht auf Urkunden<sup>12)</sup> und Eidesdelation<sup>13)</sup>, — nun dann ist gewiß vollkomme- n wahr: er hat nur seinen factischen Klaggrund zu beweisen, d. h. nur die eigenen Thatsachen seiner Klage, aus deren Wahrheit das Klaggesuch rechtlich folgt, keineswegs aber die Nichtwahrheit derjenigen Behauptung des Beklagten, mit deren Gegengeständniß von Seiten des Klägers er, der dar- bietende Beklagte, von dem Kläger für das diesem gleichsam verkäuflich angebotene Eingeständniß sich bezahlen lassen wollte.

9) Martin, in dem Lehrb. des gem. deutschen bürgerl. Processr. S. 100.

10) Archiv für die civilist. Praxis. Bd. I. Abh. 21. S. 16. S. 278.

11) Archiv, a. a. D. Abh. 3. S. 7. S. 46. 48.

12) Reichsabsch. v. J. 1654. S. 35. Martin a. a. D. S. 137. Antretung eines Zeugenbeweises, ehe der Beklagte geantwortet hat, (d. h. nach der Vorschrift des R. Absch. v. 1654. S. 37.) darf der Richter nur in Nothfällen zulassen. Cap. 5. X. ut lite non contestata.

13) Geschieht der Eidesantrag in der Klage, so hat solches gerade den Sinn und Zweck: der Beklagte solle speciell antwor- ten, und über die Thatsachen, welche er bei dieser Ant- wort verneinen werde, den Eidesseid schwören u. s. w.

(S. Note 7). Uebrigens ist es, Gottlob! unwahr, daß nach der Verhandlungs-Maxime der Richter ein Ball, oder eine Drahtpuppe, der Parteien sey. Eben weil er hier solche Thatsachen, welche von den Parteien in den Acten als Quelle ihrer Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nicht angedeutet wurden, weder suppliren noch erforschen darf, jedoch das Rechtsresultat der zu jenem Zweck vorgetragenen Thatsachen finden und aussprechen soll, eben deshalb ist ihm das heilige, überall rege, Pflichtrecht gegeben, für die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Klarheit, der vorgetragenen Thatsachen, aus deren Wahrheit die Parteien gegenseitig Rechte und Verbindlichkeiten ableiten, von Amts wegen ernste Sorge zu tragen <sup>14)</sup>, und insonderheit durch das Gebot der Antwort, einer bessern Antwort, durch Fragen an die antwortende Partei u. s. w. <sup>15)</sup>, voran die factischen Streitfragen festzustellen <sup>16)</sup>, damit erhelle, „ob noch etwas zu beweisen sey, und welche Thatsachen noch einer Beweisführung bedürfen“ <sup>17)</sup>. Darum braucht der Richter, kennt dieser die Gesetze und sich selbst in jener Eigenschaft, jenen Darbietungs-Unfug noch weniger für eine Antwort anzunehmen, als eine unreine Antwort, d. h. ein qualifizirtes Klumpenstück. Die Ordnungs-Grundregeln des Processus sind ein Theil des öffentlichen Rechtes, und in soweit kein Gegenstand der Privat-Willkür <sup>18)</sup>.

Es ist doch wirklich mehr als sonderbar, wenn ein ganzer Haufe kluger Rathsherrn — Sagi Barones et Rathimburgi — sich quälen, martern, und gar hochweise streiten, wie man wohl den feindlichen Plagegeist am bequemsten einquartiren könne, welchen eine, in dem Weisethum des Gauß ausdrücklich gebotene und vorgemahlte ernste Wine des Gauß grafen sogleich zu vertreiben vermag!

14) M. Handb. zu Martin's Lehrb. des deutschen bürgerl. Processus. Thl. I. Abb. III. §. h. S. 65. f.

15) Martin, in dem Lehrbuche des deutschen bürgerl. Processus. S. 122.

16) M. Beitrag zu der Gesetzgebung u. s. w. Heidelb. 1818. S. 40. nr. 1. Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 3. Abb. 19. S. 306. Not. 7. u. 9.

17) Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 1. Abb. 3. §. 7.

18) M. Handb. zu Martin's Lehrb. des deutschen gem. bürgerl. Processus. Thl. I. Abb. 2.

## VII.

## Auslegung der L. 34. §. 2. de pignoribus.

Von

Professor Dr. Saumbach, in Jena.

## §. 1.

In einer andern (noch ungedruckten) Abhandlung habe ich die berühmte Pandektenstelle von *Ulpianus*, L. 28. *de jure fisci*, in Verbindung mit der, demselben Rechtsgelehrten angehörigen, und fast eben so sehr bestrittenen, L. 7. §. 1. *qui potiores in pignore*, durch Begründung des Rechtsatzes zu erklären versucht:

Bei zwei, zu verschiedener Zeit entstandenen, Hypotheken, von denen wenigstens die erste eine allgemeine, auch das künftige Vermögen umfassende, ist, haftet allein der Gewinn, welcher vom Schuldner nach der zweiten Verpfändung gemacht wurde\*), einzig dem zweiten Gläubiger.

Die exegetische Grundlage dieses Rechtsatzes, dessen Vernunftmäßigkeit vielleicht auch *Thibaut*, noch neben seiner allerdings sehr einleuchtenden Beschränkung des jüngern Gläubigers<sup>1)</sup>, anerkennen wird, ist indeffen bisher so wenig geahnet worden, daß bedeutende Mißverständnisse auch derjenigen Rechtsgelehrten, welche der Wahrheit einigermaßen nahe waren, vorgefallen mußten.

So hängt dieselbe allerdings zum Theil mit dem schon von *Anton Faber*<sup>2)</sup> aufgestellten Satze zusammen: „daß

\*) Jedoch auch nichts weiter!

1) In dem Aufsatze „über Pfand-Separatisten“ N. XIII. der civilistischen Abhandlungen, Heidelb. 1814. S. 308. Anm. 1.

2) *Conjectur. juris civ. lib. II. cap. 10.*

das Pfandrecht an einer verpfändeten fremden Sache erst mit dem Augenblick ihrer Erwerbung durch den Schuldner seinen Anfang nimmt“; allein um nichts geringer ist der Irrthum, wodurch zugleich die richtige Auslegung der L. 28. *de jure fisci* geradezu untergraben wurde, die L. 7. §. 1. *qui potiores in pignore* von einer Concurrenz zu verstehen, welche beiden Gläubigern auf das vom Schuldner später Erworbene gleiche Ansprüche erteile. Was Wunder also, daß zur Unterstützung jenes Satzes noch andere Stellen sich verwenden lassen mußten, deren Sinn gleichfalls ein durchaus anderer ist, als dabei, etwas leichtfertig, vorausgesetzt worden! Eine solche ist unsere L. 34. §. 2. *de pignoribus*, welche daher im gegenwärtigen Aufsatze näher betrachtet werden soll.

Den Text dieser Stelle gibt, meinem Gefühle nach, am richtigsten die Ausgabe von *Hugo a Porta*, *Lugduni 1558. quart.* 3). Andere weichen freilich keineswegs sehr bedeutend ab; indessen mag doch selbst bei dieser geringfügigen Gelegenheit von den wenigen mir zugänglichen Hülfsmitteln zur Uebersicht der abweichenden Lesarten Gebrauch gemacht werden, sey es auch nur zum Beweise, wie sogar die kleinste Stelle in dieser Hinsicht noch Nachträge gestattet. Außer den bekannten Ausgaben von *Haloander* (vergl. mit *Guillard. Par. 1540.* und *Hervag. Basil. 1541.*), *Senneton* (*Lugd. 1550.*), *Taurellus* (vergl. mit *Cont. 1571*, *Pacius fol.* und *Gebauer - Spang.*) und einer ed. *Lugd. 1566.* 4), habe ich nur drei ältere Drucke des *D. vetus jur*

3) Häufiger als diesen Druck findet man den vom J. 1551. beurtheilt: *Cramer ed. tit. de V. S. praef. p. XXXIX. u. L.* Auch der erstere verdient bei weitem nicht überall das Lob, welches ihm bei gegenwärtiger Stelle von mir gegeben worden! Vielleicht ist der Eine nur Abdruck des Andern: Doch davon bei anderer Gelegenheit.

4) Wiederholter Druck einer schon 1562. erschienenen Ausgabe mit dem Zeichen des aufrecht stehenden Löwen. Von *Savigny* Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. Bd. II. S. 241.

Hand gehabt, wovon ich, so wie von andern auf der hiesigen Universitätsbibliothek befindlichen Ausgaben auch der übrigen Theile des Corpus j. civ. vielleicht in Kurzem ausführlichere Nachricht geben werde, da einige derselben bei Schrader's höchst verdienstlichen Probecollationen <sup>5)</sup> noch nicht verglichen worden sind, und zugleich verschiedene Angaben in Spangenberg's trefflicher Einleitung in das Corp. j. civ. <sup>6)</sup> berichtigt werden können. Die hieher gehörigen sind: Zwei *Tortis*, Venet. 1488. „die quarto augusti“ und 1502. „die tertio Novembris“ <sup>7)</sup>; und ein *Fradin*, Lugd. 1531. <sup>8)</sup>.

*Scaevola* libro 27. Digestorum.

Creditor pignori accepit a debitore, quidquid in bonis haberet, habiturusve esset. Quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignori esse coeperint? Respondit, coepisse.

„*Lib. 27. Dig.*“ Die ältern Drucke haben solche nähere Angaben bekanntlich gar nicht, so wenig als irgend eine Zahl der Stellen und ihrer Abtheilungen. Hal. Sennet. Lugd. 1566. lesen „*Lib. 32. Dig.*“ Ja! bei Hal. ist unsre Stelle der letzte Theil einer mit *Δανεισάμενος*, unter Weg-

5) Civilistische Abhandlungen. Weimar 1816. N. VII. S. 355. ff.

6) Hannover 1816. Eine Reihe gründlicher Nachträge dazu lieferte schon die Jena'sche A. L. Z. 1818. Nro. 6—11.

7) Der letztere, unter den Bereicherungen der hies. Bibl., welche unlängst zu veranlassen ich so glücklich gewesen bin, ist schon von Schrader S. 366. verglichen: nicht aber der erstere, welcher, wohl größtentheils die Grundlage zu jenem, der älteste bis jetzt bekannte *Tortis* vom D. vetus ist. Spangenberg S. 680.

8) Von diesem Druck kennt Spangenberg S. 763. nur die Just. von 1532: vom letztern Jahre sind auch das D. infort. und das Vol., während bei dem hiesigen Exemplare ein bei Spangenberg S. 754. noch unverbürgter Cod. sich befindet.

Laßung der vorhergehenden Worte: „Idem quaesivit, cum epistola talis emissa esset“ (letztere Lesart, statt sit, bemerkt die Götting. Ausg. nicht), anfangende L. 35. mit der Ueberschrift: „Idem lib. 1. quaestionum.“ — Indessen findet sich aus lib. 32. Dig. nur noch die einzige Stelle, L. 23. quae in fraudem creditorum; lib. 1. quaest. aber scheint nach Hommel Palingenes. T. II. p. 457. gar nicht vom pignus gehandelt zu haben.

„*haberet*“ habet Tort. Taur.

„*corpora*“ corpore Sennet. Ein durch Abkürzung veranlaßter Druckfehler!

„*mutuam accepit*“ mutuo accepit Tort. — mutavit. Hal.

„*creditori*“ Dahinter hat Hervag. ein „:“ vielleicht aus Versehen oder übelangebrachter Sorgfalt. Sonderbarer Weise hat aber sogar Taur. mit seinen oben angeführten drei buchstäblichen Nachfolgern an dieser Stelle ein „:“ und dagegen muß ausdrücklich bemerkt werden, daß, so bald man nicht „obligata esse coeperint“ zusammenliest, eine juristische Sinnlosigkeit entsteht, indem gerade nach dem Daseyn der obligatio rei gefragt wird. Auch hier bestätigt sich eine gelegentliche Bemerkung Schrader's über die Nachlässigkeit unserer Herausgeber bei der Interpunction! Hoffentlich wird aber kein mit der Sprache der Alten Vertrauter einen Anstoß daran nehmen, daß „creditori“ zwischen „obligata“ und „pignori“ steht.

„*pignori*“ pignoris Taur. zwar nicht unlateinisch, weil sich dabei das so oft ausdrücklich vorkommende nomine oder jure versteht; allein die dafür im Heinemann'schen Brisssonius angeführte und von Vicat nachgeschriebene L. 44. §. ult. (soll heißen 1.) de damn. inf. 39. 2. hat pignori ohne Variante, und so ist auch von Scheller gelesen worden.

„*respondit*“ respondi Hal. Fradin. Sennet. Lugd. 1566. — eins, wie es scheint, irrige Verbesserung durch die

ganzen Pandekten hindurch, da die Compilation die Ansichten der vor jeder Stelle genannten Juristen referirt, und dieser Eigenthümlichkeit das hinzugesetzte t sehr wohl entspricht.

„coepisse“ cepisse esse Tort.

§. 2.

Eine einfache Auslegung unsrer Stelle mag durch deren wörtliche Uebersetzung vorbereitet werden.

Einem Gläubiger hatte der Schuldner sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet. Nachher wurde angefragt: ob die zu einem Darlehn, welches derselbe Schuldner von einem Andern aufgenommen hatte, gehörigen Geldstücke, so bald sie zum Vermögen des Schuldners gekommen seyen, dem Pfandgläubiger zu haften begonnen hätten? Und Scävola gab die Antwort: Allerdings!

Wer bei der letzten vorgelegten Frage nur einigermaßen aufmerksam auf den ihr eigenthümlichen Zweifelgrund achtet, bemerkt leicht, wer der Anfragende gewesen, wer sein Gegner, und warum überhaupt es sich gehandelt habe.

Dem Hypotheken-Schuldner borgte ein Anderer, ohne vorerst nach dessen Lage, nach der etwaigen Verpfändung seines Vermögens, zu fragen, also auch ohne Pfand, und, wie man zu sagen pflegt, auf sein ehrliches Gesicht, vielleicht weil dessen Verhältnisse äußerlich stets gut und zuverlässig erschienen waren. Bald nachher, zu einer Zeit, wo das Darlehn vom Schuldner entweder überhaupt, oder doch größtentheils, noch nicht verwendet worden war, erhielt der Darlehnher Kunde über die zerrütteten Umstände desselben, über die allgemeine Pfandhaft seines Vermögens, und suchte nun von dem Darlehn wenigstens soviel zu retten, als noch zu retten war. So kam die Sache zur Beurtheilung Scävola's, und es entstand natürlich die Frage:

Haftet das von jenem Darlehn noch vorhandene gleichfalls dem allgemeinen Pfandgläubiger? Oder kann es vom zweiten Nichtpfandgläubiger zurückgenommen werden?

Das ist, nach der in Scävola's Darstellung gewählten Sprache der Rechtsgelehrten, woraus sich die Folgerung von selbst ergab:

Sind die zum Darlehn gehörenden Geldstücke schon mit dem Augenblick des Uebergangs in das Vermögen des Schuldners Gegenstand der Generalhypothek geworden?

Dies ist wohl unbestreitbar der von Scävola beurtheilte Rechtsfall. Jeder Rechtsverständige aber muß, gleich ihm, die letzte Frage bejahen, und dem Pfandgläubiger den bestmüthigsten Vorzug vor dem späteren Darleiher geben. Denn ein Darlehnsvertrag ist, als solcher, Eigenthumsübertragend, indem er nur dem *genus* nach zur Rückgabe verpflichtet. Mit hin mußte das Nochvorhandenseyn irgend einer zum Darlehn gehörigen *species* in des Schuldners Vermögen ohne alle Bedeutung bleiben.

### §. 3.

Die im Vorigen gegebene Auslegung ist gewiß eben so wenig gesucht, als gerade schwierig zu nennen. Dessenungeachtet haben neuere <sup>9)</sup> Rechtslehrer einen davon völlig verschied-

9) In der Glosse findet sich Nichts über unsere Stelle. Andere ältere oder neuere Erklärungen kennen zu lernen, habe ich keine Gelegenheit gehabt, da mir meine bisherige, wissenschaftlichen Arbeiten höchst ungünstige Lage nur geringe Hülfsmittel gestattet: nicht einmal Bachov und ähnliche besondere Schriften über das Pfandrecht sind mir zur Hand, und vollends die, nach dem Urtheil meines, auch mir unvergeßlichen Lehrers, Philipp Friedrich Weiß in Marburg, sehr seltne Schrift von Donellus de pignoribus habe ich nirgends aufreiben können, ungeachtet sie in folgenden Abdrücken vorhanden seyn soll: a).... 1558. (*Haubold* inst. j. rom. priv. hist. dogm. lineam. p. 231.); b) cum Negusantio, Lugd. 1675. fol. (*Bücher* Syst. der Pandekten, S. 168.); c) in Corpore selectorum tractatum de p. et h. Francof. 1588. p. 193. (*Bücher* l. c.); d) in Donelli opp. priorib. Francof. ad M. 1588. 4. p. 92. (*Haubold* l. c.); e) Francof. ad M. 1589, 4. (*Bu-*

denen Sinn in unsrer Stelle gefunden. Sie sind so glücklich gewesen, sogar auch durch sie folgende ihre Ansicht bestärkt und bestätigt zu sehen:

»Nach L. 7. (§. 1.) D. qui potiores in pignore fängt ein Pfandrecht auf eine res futura erst mit dem Augenblick des Erwerbs an, weil die Bedingung, worunter eine solche Verpfändung sich versteht, nicht zurückgerechnet werden kann . . . . wenn daher der Schuldner an rebus futuris zu verschiedenen Zeiten verschiedenen Personen ein Pfandrecht erteilt, und er dann in der Folge Güter erwirbt, so haben alle an den, nach der Verpfändung erworbenen Gütern gleiche Rechte: concurrunt in pignore, wie die angeführte Gesetzesstelle sagt, weil ihre Pfandrechte gleich alt sind.«

Denn nicht allein »noch deutlicher«, als diese, spreche unsere Stelle den angegebenen Satz aus, sondern es werde ja! darin zugleich gelehrt, daß »namentlich auch an rebus futuris dieser besondern Art, an corporibus pecuniae, das Pfandrecht erst mit dem Augenblick des Erwerbs anfangt.« So drückt sich Gesterding <sup>10)</sup> darüber aus, und Glück <sup>11)</sup>, der die eingreifenden allgemeinen Grundsätze noch außerdem aus *Philibert Brüssel's* Tractat de conditionibus nachzuweisen bemüht ist, schreibt es ihm gutmüthig nach, mit dem Zusätze, daß »vorzüglich« nach dieser »Bestärkung« durch Scävola die Sache »gar keinem Zweifel weiter unterworfen« sey.

Cher l. c. — besonderer Abdruck aus dem vorigen oder mit Regusantius?); f) im f. g. Tractatus tractatum, Tom. VI. part. 1. (Bucher l. c. — welche Ausgabe? Lugd. 1559. sqq. oder Venet. 1594. sqq. ?); g) in Opp. ed. Francof. 1622. fol. (Jöcher); h) in Opp. ed. Lucc. 1762. sqq. Tom. VI. 10) In seiner Lehre vom Pfandrecht, Greifswalde 1816. S. 58. 59. 60.

11) Im Pandekten-Commentar, Theil 18. Erlangen 1816. S. 218. Hier ist auch das oben getabelte, und von Gesterding mit Recht weggelassene Comma hinter »creditori« aus dem Laurentianischen Texte wieder eingeführt worden!

## §. 4.

Die ganze Schlussfolge bei der, dieser Auslegung vor-  
 ausgehenden Ansicht, welche freilich Brüssel durch Ver-  
 wandlung des Ulpianischen „concurrere utrumque credito-  
 rem“ in ein „pares futuros“ eben so fein als bestimmt äußert,  
 ist schon in der Abhandlung über L. 28. *de jure fisci*, zum  
 großen Nachtheil des ersten Gläubigers, jedoch auch nicht  
 weniger zur Beschränkung des zweiten, berichtigt worden:  
 daher können wir uns hier auf ihre angebliche Unterstützung  
 durch die vorliegende Stelle von Scävola beschränken. Bei  
 dieser nehmen unsere beiden neuern Interpreten ausdrück-  
 lich an, der Zweifelsgrund des Anfragenden sey der gewes-  
 sen, ob die Geldstücke erst mit dem Augenblick ihres  
 Ueberganges in das Vermögen des Schuldners dem Pfand-  
 rechte unterworfen worden seyen. Dabei aber müssen sie, un-  
 geachtet sie sich nicht näher äußern (was in solchen Fällen  
 auch das Beste ist), offenbar voraussetzen, es habe sich um  
 das Zusammentreffen zweier Pfandgläubiger in ihren  
 Ansprüchen auf jenes Darlehn gehandelt: Scävola aber  
 habe dem zweiten Pfandgläubiger ein Recht auf die  
 Concurrenz mit dem ersten zugesprochen, weil das  
 Darlehn, erst von jenem Augenblicke der Erwerbung an, Ge-  
 genstand des Pfandrechts geworden sey.

Allein, muß ich entgegen, wo ist nur entfernt von einem  
 zweiten Pfandgläubiger die Rede, zu dessen Gunsten die erst  
 von einem gewissen Augenblick an zu datirende Erwerbung  
 den Ausschlag geben könnte? Der Gegner des ersten Hypo-  
 thekarius ist ja einzig ein chirographarius creditor! Und  
 sodann: Würde nicht die Frage, wenn anders von einem  
 zweiten Pfandgläubiger keine Spur vorhanden ist, eine durch-  
 aus leere und überflüssige gewesen seyn, da hier ein „früher“,  
 wo nicht undenkbar, doch völlig ohne Einfluß war? Ja! wie  
 vermag, wer irgend Latein versteht, auf Scävola's, den  
 letzten Ausdruck der Anfrage wiederholende Antwort: „Coe-  
 pisse“, einen Nachdruck zu legen? Lächerlich wäre es, hier

zu zeigen, daß der Römer auf ein *Fuistine*...? mit *Fui*, und nicht mit *Imo* antwortete: allein das mag wenigstens noch gesagt seyn, daß auch hier *Scaevola*, bei seiner bekannten Kürze im Respondiren<sup>12)</sup>, sich mit einem »Coepisse« begnügte, wo ein Anderer vielleicht gesagt haben würde: *Obligata omnino pignoratitio creditori coepisse, cum in bonis debitoris facta sint.*

Daß außerdem die eben erwähnten Worte der Anfrage: »cum in bonis ejus facta sint,« schon den Sprachgesetzen nach meiner Auslegung völlig entsprechen, folgt aus ihrer, der Zeit nach untrennbaren Beziehung auf das unmittelbar vorhergehende »mutuam accepit,« wodurch das aufgenommene Darlehn seiner ganzen Wirkung nach ausgedrückt wird. Inwiefern endlich, im Gegensatz zur Natur des Darlehns, gerade das Nochvorhandenseyn der angeblichen *species* durch den Ausdruck »*corpora pecuniae*« angezeigt worden, bedarf wohl keiner Bemerkung; denn ohne unsere Auslegung verliert »*corpora*« sichtbar alle Bedeutung.

#### §. 5.

Also, um es kurz zu wiederholen, die Streitfrage zwischen dem allgemeinen Pfandgläubiger und dem Darleiher dreht sich einzig um die Bedenklichkeit, ob selbst die, noch vorhandenen *corpora pecuniae* vom letztern zurückgenommen werden dürfen — oder, ob sie vielmehr, schon vor ihrem

12) Daß diese Kürze — ein, bis zu einer gewissen Stufe allerdings nachahmungswürdiges Beispiel für die *responsa* aller Art in unsern Tagen — keineswegs unbeschaiden zu nennen sey, braucht kaum bemerkt zu werden. Denn wie oft drückt sich *Scaevola* auf folgende Art aus: *se didicisse, se putare, verius putare, magis sentire, videri, posse videri*, und auf ähnliche: er, der Lehrer von *Papinianus*! Mit vollem Rechte ist dieses schon von *Wessenberg* in der Rede bemerkt worden: *Q. Cerbidius Scaevola seu Diss. de jurisprudentia Q. C. S. Lugduni Bat. 1734. 4. pag. 36. vergl. mit pag. 20.*

Verbrauch, Eigenthum des Schuldners geworden sind, mit hin dem Pfandgläubiger zu haften schon begonnen haben? Natürlich ist nur das Letztere rechtlich begründet <sup>13)</sup>. —

Wenn aber die Sicherheit, mit der ich diese Behauptung und die darauf gestützte Auslegung vortragen zu dürfen geglaubt habe, meine Gegner veranlassen könnte, über unfreundliche Behandlung zu klagen, so mögen sie bedenken, daß, zur ausführlichen Begründung der im Anfange dieses Aufsatzes erwähnten Rechtsansicht, ihre Deutung der Scävola'schen Stelle mir selbst recht erwünscht würde gewesen seyn; denn, wie schon gesagt worden, jene Ansicht beruht allerdings zum Theil mit auf dem Sage, daß namentlich auch die Zeit der Erwerbung einer Sache über die Ansprüche zweier Pfandgläubiger auf dieselbe gerechter Weise entscheiden kann: und dieser Rechtsatz, der freilich mit großer Umsicht gewürdigt seyn will, um sich nicht selbst zu zerstören, ist ja gerade von einem der Gegner, unter den Neuern zwar nicht zuerst, aber doch mit mehr Erfolg, wieder angeregt worden; was ich um so freundiger erwähne, da es auch von dessen gründlichem Beurtheiler, Macleidy <sup>14)</sup>, gerechte Anerkennung gefunden hat. Was uns aber bei demjenigen Streben, welches alle selbständig forschenden Gelehrten zu einem gemeinsamen Ziele verbindet, dringend auffordert, für begangene Irrthümer nicht eingenommen zu seyn, sondern vor allem das eigene Selbst zu verleugnen: das ist allein reine Liebe zur Wissenschaft. Mögen einst auch meine Bestrebungen von dieser Seite gewürdigt werden!

13) Zum Schluß mag hier noch der äußere Grund für diese meine Auslegung erwähnt werden, daß auch die Basiliken (die einzige Nachweisung zu unserer Stelle in *Hommel corp. j. civ. cum notis Variorum*) Tom. IV. p. 42. dieselbe unverkennbar aussprechen: *Εάν ὑποθή μὴ γενικῶς, ὑπόκεινται μοι καὶ τὰ κτήματα, ἀπερ εἰς ἀτόρου δανείου, αἰς γενόμενα σα.* (Si generaliter bona mihi obligaveris, obligantur mihi etiam pecuniae, quas ab alio mutuas accepisti, cum tuae facta sint.) *Fabrot's Uebersetzung* läßt das zweite *sprechende mihi huiusmodi*.

14) *Heidelb. Jahrbücher der Literatur*, 1817. S. 625. ff.

## VIII.

Läßt sich eine Ausdehnung der Const. 2. Cod. de rescindenda venditione. 4. 44. auf den Käufer rechtfertigen?

Von dem

Dr. F. L. von Weiffeneck, Privatdocenten  
der Universität Freiburg im Breisgau.

Ueber diese Rechtsfrage wurde von Accursius an schon so vieles geschrieben, und die Praxis soll sich so entscheidend darüber aussprechen, daß bereits ein Avera<sup>1)</sup> seiner Bemerkung: »obige Const. werde auch auf den Käufer ausgedehnt,« hinzusetzt: »jurene an injuria, modo non disputo, ne tam stabilem, tam inveteratam, tam omnium animis insitam opinionem videar velle convellere.« Diesemnach scheint es unnütz, auch nur ein Wort noch darüber zu verlieren! Doch die Wissenschaft ist kein Slave des Herkommens; und so wie es an bedeutenden Rechtsgelehrten nicht fehlt, welche mit starken Gründen jene ausdehnende Erklärung der Praxis bekämpfen<sup>2)</sup>, so findet man auch, daß die neuen Gesetzgebungen, einen andern Weg einzuschlagen, für weise fanden<sup>3)</sup>.

Es sind die Worte der Const. 2. Cod. 4. 44. folgende:

»Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente, vel, si emptor elegerit, quod deest

1) In interpretat. jur. Lib. III. Cap. VII. n. 6.

2) Man sehe Glück, in der Erl. der Pand. Thl. 17. §. 1028. ibi all.

3) Man vergleiche nur das neue österreichische Gesetzbuch §. 934. mit dem französischen, Art. 1683., und mit dem preussischen, I. 11. 59 — 69.

justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars (veri) pretii soluta sit“ 4).

Zu deutlich sind diese Worte des Gesetzes, als daß sie einer besondern Interpretation bedürften. Nur von dem Verkäufer sprechen sie — nur ihm wird, wenn er weniger, als die Hälfte des wahren Werths des verkauften Grundstücks erhalten hat, auf die Rescission des Kaufs, oder auf die Aufbesserung des Kaufschillings zu Klagen erlaubt, dabei aber dem Käufer die Wahl gelassen. Aus den Worten des Gesetzes läßt sich also keine Ausdehnung desselben auf den Käufer abnehmen. Doch hiemit darf sich der Jurist nicht begnügen, indem ihm die Vernunft und positive Vorschriften es zur Pflicht machen, nicht an dem todten Buchstaben des Gesetzes zu kleben, sondern dieses in dessen Leben, d. h. nach seinem Grunde und nach der Absicht des Gesetzgebers, aufzufassen, und, im Falle einer Differenz zwischen den Worten und den Gründen oder der Absicht des Gesetzes, entweder die extensive oder die restrictive Auslegung zur Anwendung zu bringen. Gewiß von dieser Wahrheit aus glaubte schon die Glosse, daß man die Const. 2. Cod. 4. 44. auch auf den Käufer ausdehnen müsse. Sie sagt: „item habet locum lex ista e contra s. decepto emptore ut res recipiatur.“ Gründe dieser Ausdehnung gibt sie jedoch nicht an. Diese Meinung der Glosse theilte bis auf uns eine Reihe würdiger Gelehrter, deren bloßer Name schon bei Manchem die Stelle aller weitem Begründung vertreten mag. Unter den vielen seyen hier nur genannt Robert, Nooß, Boet, Lauterbach, Coecejus, Westphal<sup>5)</sup>. Diese Männer forschten auf interpretativem Wege nach Gründen, welche die zur ihrigen gemachte Meinung der Glosse gegen die Worte des Gesetzes rechtfertigen sollen; und sie haben solches mit so glücklichem Erfolge gethan, daß, wie bereits erwähnt wurde, sich die Praxis entscheidend für ihre Meinung erklärte. Ihre Gründe sind hauptsächlich folgende: 1) die gedachte Const. 2. C. sey ein kaiserliches Rescript, das auf Anfragen eines gewissen Lupus erlassen wurde, welcher als Verkäufer eine Verletzung über die Hälfte erlitten hatte, und wobei die Kaiser nur den ihnen vorgelegten Fall entschieden hätten; so sey es ganz natürlich gewesen,

4) Die Aufschrift des Gesetzes lautet: Impp. Dioclet. et Maximian. A. A. Lupo.

5) Mehrere findet man bei dem gleichfalls bestimmenden verehrlichen Glück, a. a. D. pag. 26. ff.

in ihrem Rescripte auch nur des verletzten Verkäufers zu erwähnen. 2) Daß nun aber jene ihre Entscheidung nicht auf den Verkäufer beschränkt seyn solle, ergäbe sich schon aus dem im Rescripte ausgedrückten Grunde der kaiserl. Entscheidung: „*humanum est vel.*“, woraus deutlich erhelle, Billigkeit habe die Entscheidung der Kaiser geleitet. 3) Diese *humanitas et aequitas* habe nun offenbar nicht in einer besondern Begünstigung des Verkäufers, sondern in der enormen Verletzung als solcher ihren Grund, und so wäre 4) die Wohlthat jenes Gesetzes keineswegs ein *personae*, sondern ein *causae* gegebenes *beneficium*, und müsse folglich, nach der Absicht des Gesetzgebers, dem Käufer in demselben Falle eben so gut, wie dem Verkäufer, zu statten kommen. Hierzu sagen sie ferner: 5) der Satz, daß der Verkäufer es nur sey, welcher aus Noth zu wohlfeil verkaufe, sey eine *inepta differentiae ratio*, da der Fall gewiß nicht selten wäre, daß auch der Käufer aus Noth kaufe. Und betrachte man endlich 6) die Natur des Contracts, so gebe diese vollends für das gleiche Recht des Käufers den Ausschlag; denn würde man nicht bei dem Kaufe und Verkaufe, als einem seiner Natur nach doch für beide Contractanten Vortheil gleich bezweckenden Rechtsgeschäfte, das Gleichgewicht der gegenseitigen Verhältnisse aufheben, wenn man dem einen Theile eine Rechtswohlthat andeideihen ließe, die unter völlig gleichen Verhältnissen nicht auch dem andern Theile zu statten käme u. s. w.?

So viel Anscheinendes, ja Blendendes, diese Betrachtungen bei dem ersten Anblicke auch immer haben mögen, so sind sie dennoch nur subjective Ansichten, deren Bezweifeln in Hinsicht auf positive Richtigkeit auch dem nicht zu verargen ist, welcher jenen Männern nicht zur Seite treten darf. Nach meinem Dafürhalten hat man bis jetzt den Umstand nicht genugsam gewürdigt, daß der Käufer bei dem Ankauf einer Sache einen, in seinem Gefühl liegenden, *Affectionswerth* haben könne, und gewiß sehr häufig habe, z. B. bei dem Kauf eines Hauses, Gartens, einer Uhr u. dgl., in Rücksicht dessen bei ihm der wahre Marktpreis nicht streng, und oft gar nicht in Betracht kommt. Er wußte, was die gekaufte Sache ihm, für seine Person, werth sey — wie hoch er sie schätze — und bezahlte demnach nicht mehr, als sie ihm werth war. Abgesehen von Betrug, Furcht, Zwang u. s. w., welche Contractfehler nie unterstellt werden können<sup>6)</sup>, erklärt der Käufer durch Stipulation eines höhern,

6) In diesen Fällen sind ja dem Käufer andere Rechtsmittel gegeben, den Kauf zu rescindiren.

als des gewöhnlichen Kaufpreises, nur seinen personellen Affectionswerth, und da dieser ganz von seiner freiwilligen Bestimmung abhängig ist, so kann er deswegen, daß er ihn selbst zu hoch spannte, nie über Verletzung klagen 7).

Ganz anders verhält sich die Sache auf Seiten des Verkäufers. Bei diesem kommt bloß die Summe des Verkaufspreises in Anschlag, nur die Größe dieser Summe bestimmt seine Affection — ein anderer Affectionswerth ist bei ihm gar nicht denkbar. Eine natürliche, auch durch die positiven Gesetze bestätigte Vermuthung ist: neminem res suas jactare velle 8), mithin, daß der Verkäufer zum mindesten den wahren, laufenden Werth, den Marktpreis, für die verkaufte Sache zu haben trachte. Verkauft nun Jemand unter jenem wahren Werthe, ja unter der Hälfte desselben, so läßt fast nur das sich vermuthen, er sey durch Noth dazu gezwungen worden, und es habe sich wohl der Käufer diese Noth des Verkäufers zu Nutzen gemacht, um daraus einen nicht billigen Vortheil zu ziehen 9). Dieses haben die Gesetzgeber immer ungerecht befunden; wie z. B. die vielen, von den ältesten Zeiten her gegebenen, Wuchergesetze thatsam beweisen 10). Von einem solchen Blick aus konnten nun auch die beiden rescribirenden Kaiser auf die von dem Verkäufer geschehene Anfrage allerdings antworten: *humanum est etc.*, ohne daß sich daraus die rechtlich nothwendige Folge ziehen ließ, sie würden diese nämliche Humanität auch für den Fall, daß ein Käufer die Anfrage bei ihnen gemacht hätte, als Grund einer diesem günstigen Antwort ausgesprochen haben. Da nun überdies, wie es allgemein bekannt, alle Klagen auf Rescission eines, an sich erlaubten, und seiner Form nach gültigen, bürgerlichen Rechtsgeschäftes in jure verhaftet, mithin nicht ausgedehnt sind, da dieses gesetzliche odium in Bezug auf Rescission des im bürgerlichen Verkehre so häufigen und nothwendigen Kaufcontractes wegen des dadurch so sehr leidenden öffentlichen Credits noch um ein Merkliches auch von der

7) Volenti non fit injuria.

8) L. 25. Dig. de probat. 22. 3.

9) Das Wort Noth nehme man hier nicht im engsten Sinne. Einen Nothverkauf darf man z. B. auch nennen, wenn der freiwillig Abziehende seine Besitzungen verkauft, die er in der Ferne nicht wohl nützen kann.

10) Auch die lex Anastasiana gehört in dieses Gebiet.

politischen Seite gesteigert wird; so scheinen mir alle für die Ausdehnung der Const. 2. Cod. 4. 44. auf den Käufer angeführten Gründe, sowohl in rechtswissenschaftlicher, als in legislativer Rücksicht, unzureichend <sup>11)</sup>).

## IX.

Versuch einer Beantwortung der Frage: „Bei welchen Rechtsgeschäften findet die 2 Jahre lang dauernde *exceptio* <sup>1)</sup> *non numeratae pecuniae* statt?“

Von

Andr. Hansen, aus Holm in dem Herzogthum Schleswig, der Rechtskenntnisse besessenen Akademiker auf der Universität Heidelberg \*).

### §. 1.

Die mir bekannten 3<sup>e</sup> Theorien der, 2 Jahre lang dauernden und nur bei Urkunden statt findenden, *exceptio non*

11) Von ähnlichen Ansichten ist ausgegangen der erfahrene Staatsrath Brauer, in seinem Commentar über den Code Napoleon und die Großherz. Bad. bürgerliche Gesetzgebung, ad art. 1683.

1) Ueber die Lehre der *exceptio N. N. P.* vergleiche man vorzüglich: Meurer juristische Abhandlungen und Beobachtungen. Leipzig 1780. 1te Sammlung. 2ter Aufslag; Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts. Marburg 1803. 3ter Aufslag; Glück, ausführliche Erläuterungen der Pandekten, 12ter Thl. S. 786. — 788. Seite 99 — 177; Maier de vera exceptionis non numeratae pecuniae indole. Wirceburgi 1817. Eine Recension dieser letztern Schrift steht in den Heidelb. Jahrb. d. Liter. 1819. Nro. 41. S. 653 — 56.

\*) Der obige Versuch eines jungen Mannes, der seinem Vaterland Ehre macht, wurde von ihm, in dem Sommerhalbjahr 1820, mir als eine in dem Collegio der Civilproceßpraxis über den

numeratae pecuniae sind folgende. Nach der ersten 2), der die meisten Rechtsgelehrten zugethan sind, ist sie auf das schriftliche Zugeständniß über den Empfang eines Darlehns zu beschränken; nach der zweiten 3) kann sie allen Chirographen, worin der Empfang einer gewissen Sache bescheinigt, und dagegen eine gewisse Verbindlichkeit übernommen worden ist, opponirt werden; jedoch mit der Einschränkung, daß man in der Handschrift bekennt, die Sache auf dieselbe, nicht aber vor Ausstellung derselben, empfangen zu haben 4). Nach der dritten endlich, nämlich der Cujacischen 5),

Richtsfall Nro. 78. gefertigte Anarbeitung überreicht. Ich fand mich bewogen, den Hrn. Verfasser durch öffentliches Lob in jenem practischen Collegio auszuzeichnen, und ersuchte ihn, mir den Abdruck in diesem Archiv zu verkatten. Lange kämpfte seine Bescheidenheit hiergegen, und ich bekenne offen, daß es einer wiederholten und überredenden Aufforderung bedurfte, seine Einwilligung zu erhalten. Und auf meine Pflicht betheure ich, daß auch nicht ein Wort von mir hinzugesetzt, gestrichen, oder geändert wurde. Gen 5ler.

- 2) *Donelli commentarii in codicem Justiniani ad titulum: de non numerata pecunia*, besonders zu den c. c. 3. 5. 13. 14. h. 1. *Schade dissertatio de except. non num. pec.* Lips. 1773. s. 1. *Pfeiffer a. a. D.* §. 13. *Glück a. a. D.* §. 786. S. 99. §. 787. S. 174 — 177. *Maier l. c.* §. 17.
- 3) *Meurer a. a. D.* §. 24., vergl. mit §. 17. und §. 30. *Ehibaut System des Pandectenrechtes* §. 1180. Wenigstens glaube ich die im Compendio gedrängten und daher dunkeln Worte so verstehen zu müssen, besonders da als gleicher Meinung not. n. und o. daselbst *Meurer* angeführt wird. — Ich sehe nicht ein, wie *Maier l. c.* §. 4. von *Meurer* und *Ehibaut* sagen kann, daß sie die exc. n. n. p. auf die Realcontracte beschränken, oder, wie er vielmehr meint, ausdehnen, da er doch selbst sie nachher S. 50. 51., und zwar mit Recht, allgemeiner nimmt. Auch *Glück a. a. D.*, S. 174. läßt *Meurer* und *Ehibaut* die exc. n. n. p. auf die Realcontracte, versteht sich mit Ausnahme des depositi, beschränken.
- 4) *Meurer a. a. D.* §. 31 — 36. *Ehibaut a. a. D.*
- 5) *J. Cujacii recitationes in libr. I — IX. Codicis ad hunc titulum in opp.* tom. 9. edit. Neapol. 1758. Auch vergleiche man hier: *Pfeiffer a. a. D.* §. 14. 15., wo er sich zu dieser Theorie sehr hingezogen fühlt.

kann man sich der exc. n. n. p. nur bei den Realcontracten, mit Ausnahme des depositi bedienen. Da ich Cujas bei keinem der von mir angeführten Schriftsteller citirt gefunden habe, und seine Werke sich wohl nur in den Händen Weniger befinden möchten, so sey es mir vergönnt, seine Worte hier einzurücken. In seinem angeführten Werke l. c. heißt es: et haec exceptio non numeratae pecuniae opponitur etiam contra quamlibet aliam (vorher ist die Rede von der exc. n. n. p. contra actionem ex stipulatu de dote) actionem ex stipulatu. Sed quid, si debitum ex causa venditionis vel conductionis deducatur in stipulationem et scribatur haec stipulatio (ut fit plerumque) an contra actionem ex stipulatu ex his causis opponatur exceptio non debitae pecuniae? nam cum debitum ex alia causa in stipulationem deducitur non est necesse, ut stipulationis tempore pecunia numeretur, sed ut debitum praecedat: quod si non praecesserit, tum contra actionem ex stipulatu opponetur exceptio non debitae pecuniae, l. 5. et 13. h. t. Et haec exceptio erit perpetua, quia habet adjunctum onus probandi, l. 13. h. t. Contra alias autem actiones, quae nascuntur ex obligationibus re contractis, opponitur exceptio non datae rei vel pecuniae: velut contra actionem depositi opponitur exceptio non dati depositi (dieß nur als Beispiel, nachher wird diese exceptio beim deposito ausdrücklich verworfen) vel contra actionem commodati exceptio non dati commodati. Et haec exceptio his casibus etiam biennio concluditur: nam l. 14. n. t. significat eam exceptionem locum habere in omnibus contractibus qui re contrahuntur eamque biennio finiri 6).

Hiernach findet also die exc. n. n. p. außer bei den Realcontracten auch noch statt bei allen Stipulationen, bei welchen das debitum non ex alia causa in stipulationem deducitur. — Da wir die Römische Stipulation nicht mehr in praxi kennen, so berücksichtigt man sie deswegen gewöhnlich nicht in den Abhandlungen über die exc. n. n. p.; jedoch würden sich aus einer genauen Untersuchung über den Zusammenhang der exc. n. n. p. mit der stipulatio 7) und

6) Uebrigens steht mit den hier angeführten Aeußerungen von Cujas das, was er l. c. ad l. 1. Cod. de probationibus nebenbei von der exc. n. n. p. sagt, gewissermaßen im geraden Widerspruche.

7) Ueber die stipulatio, deren einige Gesetzstellen ausdrücklich bei der exc. n. n. p. erwähnen, z. B. const. 9. h. t., die aber

dem (oder, wie Einige wollen, den) ältern römischen *litteralcontracte* (n), so wie über den Unterschied und Zusammenhang der *exc. n. n. p.* und der *exc. doli*, gewiß auch für die Praxis wichtige Resultate ergeben. Der Grund, warum ich mich hierauf nicht eingelassen habe, ist kein anderer, als daß ich mich annoch einer so schwierigen Untersuchung nicht gewachsen glaube.

Als gleicher Meinung mit *Cujaz*, wenn er die *exc. n. n. p.* auf die *Realcontracte* bezieht, glaube ich *Lauterbach* 8) anführen zu können; jedoch mit der Beschränkung, daß er hier wieder unterscheidet, ob man in dem *chirographo* bekennt, das angebliche Object auf dasselbe, oder vor Ausstellung desselben empfangen zu haben 9). Gewöhnlich wird *Lauterbach* als gleicher Meinung mit *Meurer* und *Thibaut* angeführt, z. B. von *Meurer* 10) und *Mai* 11), indem man bloß auf §. 63. seiner erwähnten Schrift hinweist; dieser §. aber enthält nur die, nach *Lauterbach's* Ansicht, in einigen Gesetzen vorkommende allgemeine Regel — die Einschränkungen derselben enthalten die citirten §§. 76. u. 74.

#### §. 2.

Wir wollen jetzt zu den gesetzlichen Quellen selbst übergehen. In l. 10. Cod. de reb. cred. heißt es:

In actione etiam depositi quae super rebus quasi sine scriptis datus movetur, jusjurandum ad exemplum caeterorum bonae fidei judiciorum deferri potest.

Hiernach findet also auch bei einem verbrieften depositum, welches angesehen wird, als wenn es nicht verbrieft wäre, die Eidesdelation statt. Dieß läßt sich wohl nicht anders erklären, als daß die über das depositum ausgefertigte Urkunde, wegen der vorgeschügten *exc. n. n. p.*, keine Beweiskraft hat, mithin als nicht daseynd angesehen wird. Die den in der *inscriptio* genannten Kaisern vorgelegte Frage war nicht: ob bei der *actio depositi* überhaupt, worüber es gewiß keiner Anfrage bedurft hätte, sondern ob auch bei

---

sonst auch oft in den Worten: *cavere, cautio*, versteckt enthalten seyn mag, in Beziehung auf die *exc. n. n. p.* siehe *Dornell*. l. c. ad c. 7. et ad c. 13. h. t. §. 13.

8) Colleg. theor. pract. Pand. tit. de reb. cred. §. 63. et 76.

9) Loc. cit. §. 74.

10) a. a. D. §. 24.

11) a. a. D. §. 51. not. d.

der actio depositi quae super rebus quasi sine scriptis datis movetur, die Eidesdelation eintreten könne. In der Antwort auf dieselbe haben die Kaiser bloß den bekannten Rechtsatz ausgesprochen: daß die vorgeschickte exc. n. n. p. der Urkunde nur die Beweisraft nehme, der Inhalt dieses Documents hingegen durch andere Beweismittel dargethan werden könne.

## §. 3.

Die Worte der const. 1. Cod. de n. n. p. sind folgende:

Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes; nam intentio dati pignoris, nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eadem ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

Donell<sup>12)</sup> bezieht hier das Wort intentio auf den Beklagten, indem er es für exceptio nimmt, und setzt, — da hiezu nec numeratae nicht paßt, er aber numerare nicht in der Bedeutung von renumerare nehmen zu können, wohl mit Recht glaubt —, et für nec. Cujaz<sup>13)</sup> nimmt das Wort intentio ebenfalls für exceptio, daß nec numeratae aber für nec solutae, indem er diese Constitution durch folgende Worte erklärt: si pignus a me datum spe futurae numerationis vindicavero, contra exceptionem dati pignoris et nondum solutae pecuniae dabitur replicatio non numeratae pecuniae. Für diese Erklärung von numerare spricht auch die c. 1. Cod. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secula non fuerit, wo redditae statt numeratae steht, übrigens jene ganze Constitution Wort für Wort wiederholt ist. Hieraus sieht man, wie willkürlich Donell's Verfahren ist, wenn er statt nec ein et setzt.

Gegen diese Erklärung glaube ich Folgendes einwenden zu können:

1) Zu Anfang jener Gesetzstelle heißt es, „daß der Kläger (der angebliche mutuo accipiens) das gegebene Pfand vindiciren könne, wenn er beweisen werde, daß er Eines gegeben habe.“ Die Uebergabe eines Pfandes muß also von dem Beklagten, (dem mutuo dans), geleugnet seyn. Anders kann

12) l. c. ad h. l.

13) l. c. ad h. l.

das „*pignus datum probaturus es*“ wohl nicht erklärt werden. Sieht man sich aber genöthigt, die angeführten Worte so zu nehmen, so kann man die folgenden Worte: *nam intentio etc.* nicht in demselben Sinne wie *Euja*; und *Donell* nehmen, ohne das kaiserliche Rescript mit sich selbst in Widerspruch zu setzen. Dies hieße nämlich die Kaiser sagen lassen: „wenn du die Uebergabe des behaupteten Pfandes bewiesen haben wirst, kannst du es vindiciren; denn die Einsrede (des Beklagten), daß du ein Pfand gegeben hast u. s. w.“ Was Beklagter zugibt, braucht Kläger nicht zu beweisen.

2) Das Wort *intentio*, so wie *intendere*, wird überall im *corpore juris* nur vom Kläger, nie aber vom Beklagten gebraucht. *Brissoni*s<sup>1)</sup> hat zum Beleg dieser Behauptung eine große Anzahl Gesetzstellen gesammelt. — *Donell*<sup>15)</sup> führt den Beweis, daß *intentio* auch *exceptio* bedeute, folgendermaßen. Nach der Regel: *reus excipiendo fit actor*, sind die wahren *exceptiones* wirkliche Behauptungen, und beruft sich noch auf l. 19. §. 1. D. de probat. et praesumt. Der Analogie der lateinischen Sprache gemäß bezweifelte ich gar nicht, daß man die Worte *intentio*, *intendere*, auf die *exceptiones in specie*, mithin auf den Beklagten, beziehen könne. So lange man aber keine unzweideutige Belegstelle für sich anzuführen weiß, muß man eine zweideutige Stelle dem Sprachgebrauch gemäß erklären, zumal wenn, wie hier, bei der Abweichung von demselben ein Gesetz mit sich selbst in Widerspruch kommt. Ferner widerlegt die von *Donell* angezogene l. 19. §. 1. cit. seine Behauptung vielmehr, als sie dieselbe unterstützt. Die Worte derselben lauten also:

In *exceptionibus* dicendum est, *reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem veluti intentionem implere, etc.*

Hier heißt es ja nur, der Beklagte muß seine vorgeschützte *exceptionem veluti intentionem* beweisen; nicht aber, daß er seine *intentionem* darzuthun habe. Das *veluti* zeigt eben, daß die *exceptio* keine *intentio* sey, und daß letztere nicht vom Beklagten, sondern nur vom Kläger gebraucht werde. Auch wird in l. 2. §. 1. de *exceptionibus* die *exceptio* der *intentio* ausdrücklich entgegengesetzt.

14) In seinem Werke: de verborum, quae ad jus pertinent, significatione, sub voc. *intendere*, *intentio*.

15) l. c. ad h. c. §. 6.

3) Numerare wird freilich oft für solvere <sup>16)</sup> gesetzt; mir ist aber keine Stelle bekannt, wo es für renumerare gebraucht wäre, indem man etwas in genere, oder in specie, zu restituiren hätte. Ohnehin ist es kaum glaublich, daß man das Wort numerare in 2 unmittelbar auf einander folgenden Sätzen in 2 verschiedenen, und zwar einander entgegengesetzten Bedeutungen, ein Mal für auszahlen, ein andermal für zurückzahlen, zu nehmen habe. — Der Einwand, daß in c. 1. C. si pignor. convent. etc. reddere für numerare steht, will nicht viel sagen. Denn reddere heißt eben so gut da gegeben (für das, was man empfängt, ein anderes geben), als wieder zurückgeben <sup>17)</sup>.

Nach dieser versuchten Widerlegung der aufgestellten Erklärung der in Frage stehenden Constitution wage ich folgende: „Da nach deinem Vorgeben das versprochene Geld dir nicht ausgezahlt ist, du also die den Empfang desselben bezeugende Urkunde ohne Grund ausgestellt hast: so kannst du, wenn du die Uebergabe des behaupteten Pfandes bewiesen haben wirst, dasselbe vindiciren. Denn die Behauptung, daß du ein Pfand gegeben hast ohne Auszahlung des Geldes, ist dann nur triftig, wenn du die Uebergabe desselben (des Pfandes) dargethan hast.“ — Dieser Erklärung dürfte Folgendes entgegengesetzt werden:

a) Das Wort debitum ist doch auf das mutuum, und nicht auf das pignus zu beziehen. — Mag nun auch Derjenige, welcher auf ein gegebenes mutuum ein Pfand erhält, zunächst creditor, so wie die numerata pecunia creditum genannt werden, in Rücksicht auf das empfangene Pfand ist dennoch der creditor als debitor, und in sofern das Pfand als ein debitum zu betrachten; welches man um so vielmehr behaupten muß, wenn, wie in unserm Falle, das versprochene mutuum nicht ausgezahlt ist. Bekannt genug ist übrigens die Allgemeinheit der, den Wörtern credere, creditor, creditum entsprechenden <sup>18)</sup> Wörter debere, debitor, debitum <sup>19)</sup>.

b) Wenn man das Wort debitum auch auf pignus beziehen kann, so geht es doch nichts desto weniger auch auf pecunia numerata, welches keinen Sinn hat. — Dieß ist den Worten nach allerdings wahr; aber eben weil man das

16) Siehe *Brissorius* l. c. sub voce: numerare.

17) *Briss.* l. c. sub voc. reddere.

18) l. 3. D. famil. ercisc. l. 1. eodem de compens.

19) l. 10 — 12. l. 108. D. de V. S. l. 159. eod. de R. J.

debitum nicht auf die numerata pecunia beziehen kann, ohne daß ein Widerspruch herauskommt, muß man es bloß auf das erstere, auf das pignus, beziehen, und das nec numeratae pecuniae (scilicet intentio) bloß für anhangsweise hinzugefügt erklären. Da nämlich die intentio dati pignoris zur Zurückforderung des Letztern nicht berechtigt, wenn die pecunia, wofür das pignus gegeben ist, wirklich numerata ist, so ist das nec numeratae pecuniae nur als Grund hinzugefügt, warum man die intentio dati pignoris wegen Zurückforderung desselben vorgibt; mithin läßt sich das nec numeratae pecuniae übersetzen: ohne Auszahlung des Geldes.

c) Endlich wenn man hier intentio nothwendig auf den Kläger beziehen muß, ist gar nicht gesagt, daß die Uebergabe des behaupteten Pfandes in der über das mutuum ausgestellten Urkunde mitbezeugt sey, und in sofern versteht es sich von selbst, daß das angebliche Pfand erst vom Geber desselben bewiesen werden muß. — Eben weil es sich ganz von selbst versteht, daß wer behauptet, ein Pfand gegeben zu haben, seine Behauptung darzuthun pflichtig ist, würden die Römer gewiß nicht so schlechtweg ohne allen Unwillen reservirt haben: *intentio dati pignoris non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit.* Hiemit stimmt dem Ausdruck nach sehr gut überein *const. 1. C. de dote cauta, non numerata*; wo es heißt: *dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit, et ideo non ignoras ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es.* Ohnehin ist im Zweifel eher anzunehmen, daß die über ein Darlehn ausgestellte Urkunde des zur mehrerten Sicherheit desselben gegebenen Pfandes zugleich mit erwähne, als daß sie es nicht thue, da jenes das Gewöhnlichere und auch weit Natürlichere ist.

§. 4.

Nach dem Bisherigen glaube ich dargethan zu haben, daß die *exc. n. n. p.* bei dem depositum, mutuum und pignus statt finde. Wenn ich hier noch *const. 9. C. c. t.* hinzufüge, wo es allgemein heißt: *cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constat etc.*, so ist es klar, daß sie bei allen Realcontracten, wenigstens den so genannten nominaten, eintritt. — Haben wir ober keine Gesetze, welche die *exceptio n. n. p.* auch bei andern Rechtsgeschäften zulassen, so ist dieselbe als ein wahres *jus singulare* im römischen Sinne des Wortes <sup>20)</sup> wegen einiger scheinbar

20) Thibaut Pandecten-System §. 29. not. i. verglichen mit

allgemeinen redenden Gesetze über die Realcontracte hinaus auf andere Rechtsgeschäfte um so weniger auszudehnen, da jene sich ihrem Wesen nach von diesen so merklich unterscheiden. Zu diesen in allgemeinen Ausdrücken sprechenden Gesetzen dürfte man const. 5. und 14. C. c. t. zählen. In der ersten Gesetzesstelle heißt es, daß die exc. n. n. p. eintrete, ubi quasi credita pecunia petitur. — Wenn das Wort credere, welches in der Regel auf ein Darlehn hindeutet<sup>21)</sup>, auch auf alle Personalforderungen bezogen werden kann<sup>22)</sup>, so ist doch gewiß nichts dagegen, wenn man diesen zweideutigen Ausdruck: pecunia quasi credita auf die Realcontracte beschränkt<sup>23)</sup>. Die Worte der c. 14. cit.: in contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae, vel datae conscribuntur, lassen sich, wenn auch Einige, wie z. B. Meurer, sie ganz allgemein nehmen, sehr gut bloß auf die Realcontracte beziehen; ja Eujaz glaubt sogar, aus ihnen allein beweisen zu können, die exc. n. n. p. finde bei den Realcontracten statt<sup>24)</sup>.

#### §. 5.

Also kein Gesetz, welches die exc. n. n. p. bei anderen Rechtsgeschäften, als bei den Realcontracten zuläßt! Wie wenn wir Gesetze haben, die jene exceptio auf diese ausdrücklich beschränken, und zugleich den Grund dieser Beschränkung angeben? In Const. 1. C. de condict. ob turp. causam heißt es:

Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est, et eo impleto absolutio sequetur.

Donell<sup>25)</sup> meint, daß hier von einem Scheinvertrage, welcher zur Demantelung eines andern dienen soll, die Rede ist. Der Fall soll dieser seyn: A verspricht dem B eine Summe Geldes ob turpem causam; B läßt sich aber, weil

1. 15. de reb. cred. l. 23. §. 1. de possessione, l. 44. §. 1. eod. l. 44. §. 3. de usurpationib. l. 2. §. 16. pro emptore. — Thibaut a. a. D. §. 49. not. x.

21) l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. de min. l. 5. §. 18. de tribut. act. vergl. mit §. 41. J. de rer. divis. l. 1. et 3. §. 3. de S. C. Maced.

22) l. 10 — 12. de R. S. vergl. mit l. 1. de reb. cred.

23) l. 1. l. 2. §. 3. de reb. cred.

24) Siehe oben not. 5.

25) l. c. ad h. const.

er nach Erfüllung der verabredeten Handlung den A. auf sein Versprechen nicht belangen kann<sup>26)</sup>, einen Schuldschein geben, dahin lautend: er habe dem A. so und so viel als ein Darlehn gegeben. Nachher belangt B. den A. aus diesem Schuldschein auf Zurückgabe des Darlehns. Dem beim Kaiser antragenden Beklagten, was hier zu thun sey, rescribirt derselbe: *nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam etc.* Diese Worte erklärt Donell also: da man eigentlich die *exceptio n. n. p.* gar nicht zu beweisen braucht, *„nec in proposito hanc exceptionem reus probare debet; si tamen probare velit, auditur, ceterum non cogitur.* Animadvertendum est enim, in hoc rescripto non simpliciter dici, probandum esse promissori pecuniam non esse acceptam, seu promissam ob turpem causam; verum hoc adjici, *probandum esse judici.* Qua adjectione significatur, si quid in iis duabus allegationibus probandum est, id probandum esse judici, ut necessitas hujus probationis non sit in eo, ut duae allegationes praecedentes probentur, sed in eo, ut si quid probandum est, id probandum sit judici. In wiefern diese Erklärung auf obige Worte des Rescripts paßt, mag ein jeder selbst beurtheilen. Nur bemerke ich, wenn die Urkunde bloß von einem Darlehn spricht, und der auf die Zurückgabe desselben belangte Aussteller jener Urkunde sich von der gegen ihn erhobenen Klage vermöge der *exc. n. n. p.* befreien kann, wie kann denn der Kaiser rescribiren: der Beklagte habe zu beweisen, daß er kein Darlehn empfangen habe, sondern u. s. w. Will Donell aber (was man jedoch nicht annehmen kann,) nicht auf das in der Urkunde ausdrücklich enthaltene Darlehn gesehen haben, sondern auf das intendirte Rechtsgeschäft, welches eine *locatio conductio*, oder der ungenannte *Realcontract facio ut des* seyn soll, wie kann er denn hier den Kaiser von der *exc. n. n. p.* reden lassen, da sonst doch nach seiner Theorie die *exc. n. n. p.* bloß beim *mutuo* eintritt?

Meurer<sup>27)</sup> will die in Frage stehende Gesetzstelle auch von einem Scheinvertrage verstanden wissen; daß aber der aus dem Schuldschein belangte Beklagte die vorgeschützte *exc. n. n. p.* darzuthun pflichtig ist, kommt, seiner Meinung nach, daher, weil die Zeit, innerhalb welcher demjenigen, welcher sich der *exc. n. n. p.* bedienen will, die Beweislast nicht

26) const. 5. h. 1.

27) a. a. D. §. 62. 63.

trifft, schon verfloßen ist. Die Worte: *sed ob turpem causam etc.* sind nur als eine Erklärung des *nullam pecuniam esse numeratam* hinzugefügt.

Nach Glück<sup>28)</sup> ist hier eigentlich von der *exceptio n. n. p.* gar nicht die Rede, sondern von dem Falle, da eine Summe Geld um eines unerlaubten Zweckes willen versprochen, und darüber eine Handschrift ausgestellt worden war. Der Aussteller wird daraus belangt, und setzt die *exceptio turpis causae* entgegen, und nur als Folge davon wird die Nichtzahlung des Geldes angeführt. In der Urkunde muß also der *turpis causa* nicht erwähnt, sondern bloß die *numerata pecunia* angeführt seyn, da sonst die *turpis causa* nicht erwiesen zu werden brauchte? Spricht aber die Urkunde bloß von der *pecunia numerata*, warum will denn der Beklagte (wie schon oben gegen die Erklärung von Dornell bemerkt ist,) sich selbst die Beweislast aufbürden, daß die Sache sich eigentlich ganz anders verhalte, als die Urkunde lautet, da er vermöge der *exc. n. n. p.* die Beweislast auf den Gegner schieben kann? — Diese letzte Frage beantwortet Pfeiffer<sup>29)</sup>, der dieselbe Erklärung, als Glück, vor ihm aufgestellt hat, so: „Ob diese Einrede gerade das zweckmäßigste *obmotum* gegen jene Klage war, und ob die *exc. n. n. p.* nicht nützlicher wäre, darauf kommt hier nichts an, wo der Jurist *ex professo* nur von der *condictione ob turpem causam* reden, diese beschreiben und dazu Beispiele geben wollte, um daran die Anwendung derselben zu zeigen, ohne auch daran zu gedenken, oder wenigstens darum sich zu bekümmern, was für Einfluß etwa ein zufälliger Incidenspunkt auf seine Entscheidung haben könnte u. s. w.“ — Gegen dies Alles läßt sich sicherlich sagen, der Kaiser würde nicht so (man sehe die Worte des Rescriptes) rescribirt haben, wenn der Anfragende vermöge der bloßen Vorbehaltung der *exc. n. n. p.* den Beweis auf seinen Gegner hätte schieben können. — Noch eine andere Erklärung gibt Pfeiffer<sup>30)</sup>, nach welcher in dem vorliegenden Falle die *exc. n. n. p.* nicht eintritt, weil bei demselben die *causa obligationis* der *pecunia numerata* vorhergeht. Hier sieht man (wie schon oben bemerkt worden), wie geneigt Pfeiffer ist, die *exc. n. n. p.* bei allen Realcontracten zuzulassen. Wenn

28) a. a. D. §. 786. S. 140.

29) a. a. D. §. 19. S. 173.

30) a. a. D. S. 172.

er sich nicht gegen diese Meinung ausdrücklich erklärt hätte <sup>31)</sup>, würde man ohne Bedenken dem Geiste seiner ganzen Abhandlung gemäß sie ihm beilegen.

## §. 6.

Zu diesen vielen Erklärungen der dunkeln const. 1. cit. sey es mir erlaubt, noch Eine, wie ich glaube, weniger künstliche hinzuzufügen. Sämmtliche angeführte Juristen gehen davon aus, daß die Worte: „sed ob turpem causam“ auf die exceptio ob turpem causam hindeuten. Nimmt man aber an, was man nach der Ueberschrift des Titels wohl annehmen muß, daß hier nicht von der *exceptio* ob turpem causam, sondern von der *condictio* ob turpem causam die Rede ist, so ergibt sich die Erklärung von selbst. Der Fall ist folgender: A und B kommen mit einander überein, daß A dem B eine gewisse Summe Geldes ob turpem causam accipientis, non etiam dantis, geben solle. Ueber dieses eingegangene Rechtsgeschäft wird eine Urkunde ausgestellt, worin zugleich die Erfüllung des eingegangenen Vertrags von Seiten des A bescheinigt wird. Hierauf belangt A den B — mag dieser den Vertrag von seiner Seite erfüllt haben, oder nicht <sup>32)</sup> — mit der *condictio* ob turpem causam auf Zurückgabe der Summe, welche er ihm laut der Urkunde ausbezahlt habe. Dem beim Kaiser jetzt anfragenden Beklagten: ob er nicht, da er die bescheinigte Summe wirklich nicht erhalten, sondern sie sich nur *ob turpem causam* versprechen lassen habe, die exc. n. n. p. entgegensetzen könne? antwortet der Kaiser: nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem, ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est. — Deuten nicht hier die Worte sed ob turpem etc. auf die exceptio ob turpem causam hin? ich antworte: nein! — Nicht läßt es sich erklären, wenn der Kaiser als Beweisthem vorschreibt: Beklagter soll beweisen, daß er das in der Urkunde angeblich empfangene Darlehn wirklich nicht empfangen habe, sondern: daß es ihm bloß ob turpem causam versprochen sey. Darum eben auch die verschiedenen Erklärungen. Der Eine sagt, sed ob turpem etc. sey nur eine Erläuterung des nullam pecuniam te accepisse; der Andere behauptet dagegen, *principaliter* sey die exceptio turpis causae opponirt, und nur als Folge davon die Nichtzahlung des Geldes an:

31) J. V. E. 139.

32) c. 4. C. h. t.

geführt. — Weit natürlicher scheint es mir, der Ueberschrift des Titels gemäß, die Worte *nullam pecuniam te accepisse* für das einzige Beweisthem des Beklagten zu halten, und die folgenden Worte: *sed etc.* bloß als eine unnütze, lieber weggelassene Folgerung desselben, wovon die Fassung der dem Kaiser vorgelegten Anfrage die Ursache gewesen seyn mag, anzusehen. Vielleicht dürfte noch mancher Richter im vorliegenden Falle das Beweisthem so feststellen: Beklagter hat zu erweisen, daß er das nach der Vertragsurkunde angeblich von Seiten des Klägers bezahlte Geld wirklich nicht empfangen habe, sondern daß vielmehr das besagte Geld Beklagtem wegen einer schändlichen Handlung nur versprochen sey. — Nach dieser Erklärung findet also die *exc. n. n. p.* bei einem zweiseitigen Vertrage nicht statt. Den Grund dieses Nicht-Statthfindens werden uns die Gesetze sogleich angeben.

§. 7.

Die Worte der *const. 5. C. de n. n. p.* lauten also: *Adversus petitiones adversarii si quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debita in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.*

So wie die der *const. 13. eod.*

*Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descenditibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit, causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quendam modum et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsequutum sit etc.*

Nachdem *Donell* <sup>33)</sup> eine Erklärung der *const. 5. cit.* gegeben hat, nach welcher, da eigentlich eine jede über ein Rechtsgeschäft, mithin auch über das *mutuum*, ausgestellte Urkunde die *causam praecedentem*, d. h. hier die *causam*

33) l. c. ad h. const.

obligationis enthalten solle, man zu den Worten: „ex praecedente causa debiti *alia quam mutui* hinzudenken müsse, verwirft er dieselbe, cum haec sententia huic rescripto nullo modo aptari possit, sed ineptum rescriptum efficiat et falsum, und stellt nunmehr eine andere in folgenden Worten auf: Restat altera sententia, quae huic rescripto conveniri potest, ut superiora verba vers. ult. intelligantur de eo quidem debitore, qui pecuniam debet ex causa tanquam mutui, id est: chirographo fatetur, se eam pecuniam a creditore suo retinere ut mutuam, et se ut mutuam debere. Verba rescripti huic hypothese optime aptari possunt. Nam prius in rescripto haec verba fuerunt: *ubi pecunia credita petitur*; cum ergo rescriptum subjicit: *cum autem quantitas in chirographum redigitur*, quantitatem hic intelligere debemus, ut sit quantitas credita, cujus prius mentio facta erat. Rursum cum dicitur: *ex praecedente causa debiti*, haec verba sic intelligere debemus, ex causa debiti, quae praecedit, supple mutuam, seu creditum, sitque hic sensus: cum autem quantitas, seu pecunia credita, de qua prius dixi, redigitur in chirographum ex causa debiti, quae mutuam hoc praecedit, et quae sequuntur etc. Tum autem debitor redigit in chirographum pecuniam creditam ex causa debiti praecedente, cum pecuniam ex alia causa debuit, et convenit cum creditore, ut eam pecuniam retineret ut mutuam, hac conventionem mutua efficitur. L. singularia D. si cert. pet.

Von der const. 13. cit. hingegen gibt Donell<sup>34)</sup>, nachdem er über dieselbe lange hin und her gesprochen, in Beziehung auf unsern Zweck folgende Erklärung: In generali oratione, qualis est oratio hujus legis, verum est, compendio sermonis omnes species sine exceptione contineri; sed hoc tunc, cum nulla species nominatur, quae excipitur; nam ubi excipitur in generali oratione exempta intelligitur, hincque locum habet regula juris: in toto jure generi per speciem derogari; L. in toto de reg. jur. Constat autem aliis locis excipi causam mutui, in qua placet contententem non cogi stare confessioni suae; proinde per hanc speciem generali orationi hujus legis derogatum intelligitur, ut lex ita accipi debeat, quasi scriptum esset: *Generaliter volumus in omnibus causis debitorem stare confessioni*

34) l. c. ad h. const. §. 16.

*suae, nisi causa ea nominatim hic excepta sit.* Non obstat, quod causa mutui hac lege excepta non est; sed aliis legibus. Nam in jure civili haec regula tenenda est: semper posteriores leges ad priores trahi, et contra priores ad posteriores, quasi priores posterioribus inessent; nisi priores et posteriores ex diametro contrariae, *L. non est novum. L. sed et posteriores, de legibus.* Ex iis tenemus, quam confessionem haec lex exigat, ut ea servetur. —

Auf die Widerlegung dieser, wie es scheint, etwas künstlichen Erklärung der const. 13. cit., welche vielleicht eben deswegen keine Anhänger, so viel ich weiß, gefunden hat, brauche ich mich wohl nicht einzulassen, da dieselbe auch für unsere Theorie paßt. Die übrigen gleich anzuführenden Ausleger dieser Constitution erklären sie ganz so, wie const. 5. cit., welches gewiß auch das Richtigere ist.

Donell's Erklärung der const. 5. cit. treten Glück<sup>35)</sup>, Höpfner<sup>36)</sup> und Maier<sup>37)</sup> bei. — Lauterbach<sup>38)</sup> scheint diese befraglichen Gesetzstellen zwei Mal in verschiedenem Sinne für sich anzuführen; einmal sprechen sie von einer confessio praecedentem et anteriorem continens debendi causam, quae scilicet non incidit in tempus confessionis, sed ex intervallo tantum in scripturam est redacta; ein ander Mal von den negotiis, in quibus aliquis ex alia, quam numerationis causa, se pecuniam accepisse confessus est, etiamsi causa debendi in tempus confessionis incidat, e. g. ex donatione, emtione, locatione etc. — Da diese letztere Erklärung von Lauterbach mit der weiter unten von mir darzustellenden, wie ich glaube, übereinstimmen wird, die erstere aber mit der gleich zu erwähnenden von Meurer zusammenfällt, nur mit dem Unterschiede, daß Meurer den in den Gesetzen angeblich gefundenen Unterschied auf alle Verträge überhaupt bezieht, Lauterbach<sup>39)</sup> dagegen ihn auf die Realcontracte zu beschränken scheint, so will ich sogleich zu der Theorie von

35) a. a. D. §. 787. S. 153. Wie stimmt hiemit überein, was der Hr. Verfasser §. 786. S. 106 — 110. sagt?

36) In seinem Commentar zu den Heineccischen Institutionen §. 851. not. 1. d.

37) l. c. p. 46. sqq.

38) l. c. §. 74. 76.

39) cf. oben §. 1. not. 9.

Meurer, die wohl am meisten Scheingründe für sich hat, übergehen.

Nach Meurer <sup>40)</sup> ist in const. 5. et 13. nicht von anderen Personalforderungen außer dem mutuum, sondern mit Inbegriff des mutuum von allen Personalforderungen, die eine Zeitlang unverbriefet gewesen sind, die Rede <sup>41)</sup>, und es stehen nicht Darlehn und anderer Contract, sondern gleich: anfängliche Auswechslung des Chirographums gegen (wenigstens bescheinigte) Numeration und erst nachherige Ausstellung eines Chirographums über eine vorher unverbriefete Schuld der Verleihung und Nichtverleihung der exc. n. n. p. gegenüber <sup>42)</sup>.

Diese Ansicht von Meurer widerlegend, stellt Pfeiffer <sup>43)</sup>, dessen ganze Abhandlung über die exc. n. n. p. besonders gelesen zu werden verdient, eine andere auf, welcher Glück <sup>44)</sup>, wie es scheint, beiträgt. Nach Pfeiffers Erklärung der c. c. 5. 13. cit. (wie ich auch diese beiden Gesetze kennen, noch ehe ich die angeführte Abhandlung von Pfeiffer kannte, verstanden habe,) werden in denselben offenbar zwei Arten von Rechtsgeschäften unterschieden, nämlich:

1) solche, welche erst durch die numeratio: durch die Leistung des verabredeten Objects, perfect und rechtsverbindlich werden, und

2) solche, welche schon vor der Erfüllung der Uebereinkunft, bloß durch die letztere, perfect und rechtsverbindlich sind.

Die Gründe <sup>45)</sup> gegen jene Auslegung von Meurer, und für diese von Pfeiffer, die zum Theil von letzterem klar dargelegt sind, sind folgende:

a) Im genauesten Verstande genommen, sagt Meurer <sup>46)</sup> selbst, ist es allerdings wahr, daß die Ursache einer im Chirographum bekannten Schuld immer eine causa prac-

40) a. a. D. §. 25 — 36.

41) a. a. D. §. 30. zu Ende.

42) a. a. D. §. 35.

43) a. a. D. §. 13. 14.

44) a. a. D. §. 786. S. 106 — 110. Siehe jedoch oben not. 35.

45) Hiedurch erhellt auch die Unhaltbarkeit der oben von mir bloß referirten Erklärung von Donell, Glück, Höpfner und Maier. Obnehin ließe die Ansicht sich sehr gut auch mit unserer Theorie vereinigen.

46) a. a. D. §. 30.

cedens (in Rücksicht auf das Chirographum) ist. — Bei den Rechtsgeschäften unter No. 2. ist dies immer der Fall. Es wird z. B. wohl nicht erst ein Kaufbrief vom Käufer und Verkäufer ausgefertigt, und nachher, da Object, Kaufsumme, Bedingungen u. in jenem schon festgestellt sind, der Kauf von ihnen geschlossen. Daher will Meurer das Chirographum aus einem mehr natürlich, einfachen, als juristisch, subtilen Gesichtspunkte, wie er sich ausdrückt, betrachten, und bloß darauf sehen, ob aus demselben hervorgeht, daß das Rechtsgeschäft schon früher eine Zeitlang wirklich unverbrieft gewesen, und in der Folge erst durch ein Chirographum befestigt worden, oder daß dasselbe erst unmittelbar vor, wo nicht gleichzeitig, mit dem ausgestellten Chirographum eingetreten ist. — Um wie viel Zeit muß die jetzt verbrieftete Schuld als unverbrieft bestanden haben, damit die exc. n. n. p. statt finde? Wie ist Meurer's: „unmittelbar“ zu verstehen? Als Beispiel, wo die exc. n. n. p. nicht eintritt, führt er <sup>47)</sup> an, wenn Jemand vor Einem Jahre ein Darlehn erhalten zu haben bekennt. Bei vielen Urkunden möchten die Practiker, welche die Unterscheidung von Meurer annehmen, in gewaltige Verlegenheit gerathen. — Wo steht nun aber von diesem Allen etwas in den Gesetzstellen? wo steht, daß wir sie mehr aus einem natürlichen, als juristischen Gesichtspunkte betrachten sollen? und ist dieser von Meurer sogenannte natürliche Gesichtspunkt wirklich natürlicher? Irre ich wohl, wenn ich annehme, daß Meurer die etwas künstliche Erklärung nicht würde aufgestellt haben, wenn er die in den übrigen von ihm citirten Gesetzen allgemeineren Ausdrücke, nach welchen die exc. n. n. p. bei mehreren Rechtsgeschäften, als beim Mutuum eintreten muß, auf ein bestimmtes Resultat zurückzuführen gewußt hätte?

b) Meurer bezieht das ex praecedente causa in c. 5. cit. auf: „in chirographum quantitas redigitur.“ Dies ist gewiß nicht natürlich. Dem ganzen Zusammenhange nach, so wie besonders wegen cum autem, welches Meurer <sup>48)</sup> hier nicht oppositiv, sondern determinativ nimmt, muß man das ex praecedente causa auf den vorigen Satz beziehen, auf die numerata pecunia, oder wenn man will, auf die quasi credita, i. e. quasi numerata, pecunia, wie es auch die Basiliken nehmen, wo das quasi credita übersetzt ist: ὅτε ὁπόσως γινεται, ὡσάντι γενομένης ἀριθμησεως.

47) a. a. D. s. 34. not. \*.

48) a. a. D. s. 50. not. \*.

Also in dem ersten Satze, wo der numerata, sive credita pecunia keine causa debiti vorhergeht, d. i. bei den Rechtsgeschäften, die nicht durch eine bloße Uebereinkunft, sondern vielmehr durch die rei datio rechtsverbindlich werden, findet die exc. n. n. p. unbedingt statt. Im folgenden Satze hingegen, wo der numerata pecunia eine causa debiti vorhergeht, d. i. bei den Rechtsgeschäften, die durch die bloße Uebereinkunft der Contrahenten rechtsverbindlich werden, tritt die exc. n. n. p. gar nicht ein. — Wenn ich in der c. 5. die praecedens causa auf die numerata pecunia bezogen habe, so dürfte man vielleicht gegen mich aus c. 13. ein Argument entlehnen. Hier wird nämlich der pecunia numerata gar nicht erwähnt, mithin kann man auch nicht das praecedere, oder wie hier steht, antecedere, auf dieselbe beziehen. — Diesem Einwurf entgegne ich also. Ohne Beziehung auf die Rubrik, unter welcher diese const. 13. steht, so wie auf die const. 5., mit der sie offenbar von gleichem Inhalte ist, bezweifle ich, ob man je von diesem dunkeln Gesetze Justinians, wenn man es ohne alle Beziehung denkt, eine andere Erklärung würde gegeben haben, als die von Donell<sup>49)</sup>; daß diese aber nicht die richtige ist, geht daraus hervor, daß sie bei keinem einzigen Beifall gefunden hat. Es fällt aber jener entgegengesetzte Einwand, wenn man die c. 13. der c. 5. gemäß erklärt, von selbst hinweg. Auch zeigt die Rubrik des Titels de n. n. p., daß die c. 13. auf die exc. n. n. p. zu beziehen sey, und es ist gewiß nicht unnatürlich, wenn man annimmt, daß Justinian, um der Meinung, als wenn man auch bei verbrieften Rechtsgeschäften, wo die causa obligationis non numerata pecunia sed nuda consensu nascitur, der exc. n. n. p. sich bedienen könne, zu begegnen, sich kurz ausdrückt: si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendantibus non jam promissori licentia sit causae probationem stipulatorem exigere. und in Netto behält, worauf das antecedere eigentlich geht, weil es ihm sich von selbst zu verstehen schien.

c) Die exc. n. n. p., welche nach der gewiß richtigern Meinung keine wahre exceptio, sondern bloß eine litis contestatio negativa ist<sup>50)</sup>, paßt auch nur auf die Realcontracte, nicht aber auf die übrigen Verträge. Bei jenen kann der aus einer Urkunde belangte Beklagte dem Kläger entger

49) Siehe oben not. 34.

50) Weiffert a. a. D. S. 132. ff. Maier a. a. D. S. 7—10.

gensetzen: daß er das nach der Urkunde angeblich übergebene Object gar nicht erhalten habe, mithin zwischen ihnen kein Zwangsverhältniß vorhanden sey. Das Singuläre bei der exc. n. n. p. besteht bloß darin, daß der Urkunde auf einige Zeit die Beweisraft entzogen, nicht aber, daß einem Andern, als die Natur der Sache es erfordert, der Beweis aufgebürdet wird. — Bei den verbrieften Nicht-Real-Verträgen hingegen kann der Beklagte dem Kläger nicht opponiren: pecunia non esse numeratam. Hier kommt es auf die Erfüllung des Rechtsgeschäfts von Seiten des einen, oder des andern Contrahenten schlechterdings nicht an, sondern bloß auf die Existenz desselben (non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit). Eben in Rücksicht auf die der Erfüllung vorhergehende Existenz eines Rechtsgeschäfts, in Rücksicht auf die justa causa debiti praecedens, wollen die Gesetze die exceptio n. n. p. nicht zulassen (promissori non licentiam esse, causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat). Hier kann höchstens die exceptio non adimpleti contractus vorgeschützt werden <sup>51)</sup>.

d) In den über die Rechtsgeschäfte unter Pro. 2. aufgestellten Urkunden, wenn überhaupt in denselben von einem stattgehabten Leisten die Rede ist, wird nicht sowohl die Eingehung einer Verbindlichkeit, als die Aufhebung derselben bescheinigt. Bei den einseitigen Verträgen nämlich, z. B. bei einem versprochenen Geschenke, wird bloß die Abtragung einer Schuld bescheinigt; bei den zweiseitigen Verträgen hingegen wird sowohl die Aufhebung, als auch das Vorhandenseyn einer Schuld (mag diese z. B. Ein Jahr, oder Eine Stunde bestanden haben) beurkundet. Bei jenen fällt also die 2 Jahre lang dauernde exc. n. n. p. von selbst hinweg, bei diesen dürfte man auf den ersten Augenblick zweifeln. Erwägt man aber, daß diese exceptio nur da statt findet, wo durch die angebliche numeratio eine Schuld existent wird, so tritt sie bei den zweiseitigen Rechtsgeschäften zuvörderst in Beziehung auf die beurkundete Aufhebung der bestehenden Schuld der Natur der Sache nach nicht ein; in Beziehung aber auf die schon vorher existente und jetzt beurkundete Schuld paßt sie eben so wenig, da es hier auf keine numeratio ankommt, ja vielmehr keine vorhanden seyn kann. Ein Beispiel macht die Sache anschaulich. A verkauft an B ein

51) Lhibaut a. a. D. S. 169. not. d.

gewisses Object; kurz hierauf wird ein Kaufbrief ausgefertigt, worin B bekennt, dem A die Kaufsumme für die ihm abgekaupte Sache schuldig zu seyn; zugleich auch, daß ihm das verkaufte Object schon übergeben sey. Nachher belangt A den B auf die Kaufsumme noch vor Ablauf von 2 Jahren. Kann hier B dem A die exc. n. n. p. entgegensetzen, daß ihm nämlich das verkaufte und angeblich tradirte Object wirklich nicht übergeben sey? Nein. Denn in Beziehung auf das an ihn verkaufte Object ist er Gläubiger; in Beziehung aber auf die Kaufsumme kann von keiner numeratio von Seiten des Verkäufers, des A, an den Käufer, den B, die Rede seyn<sup>52)</sup>. Eine andere Frage ist es: ob B dem A die 30 Tage lang dauernde exc. n. n. p. vorzuschützen könne, wenn dieser jenen noch innerhalb 30 Tage seit Ausfertigung des Kaufbriefs belangt<sup>53)</sup>.

## §. 8.

Nach const. 5. et 13. C. l. t. findet die exc. n. n. p. nicht statt bei verbrieften Rechtsgeschäften, bei welchen die causa obligationis der Erfüllung derselben vorhergeht, sondern nur bei denjenigen, bei welchen die rei datio und die causa obligationis zusammenfallen, d. i. bei den Realcontracten. Oben haben wir aber gesehen, daß einige Gesetze die exc. n. n. p. eben bei den Realcontracten ausdrücklich eintreten lassen. Hiemit stimmt es denn auch sehr gut überein, wenn die Gesetze<sup>54)</sup> die dotis datio, bei der bekanntlich

52) Sollte man diese meine angeführten Gründe für Pfeiffer's Erklärung der c. 5. und 13. cit. nicht für überzeugend halten, so ziehe man doch diese, als die billigere, der von Meurer vor, zumal da die exc. non numeratae pecuniae als eine ganz uncivilisirte gesetzliche Norm keine Begünstigung verdient. Sollte man sogar Meurer's Erklärung für die richtigere halten, was hindert uns denn, diese seine Unterscheidung, ob die verbrieftete Schuld vor Ausstellung der Urkunde bestanden habe, oder nicht, bloß auf die Realcontracte, bei welchen nach den Gesetzen die exc. n. n. p. ausdrücklich statt findet (cf. §. 2—4.), wie es nach der obigen Angabe Lauterbach zu thun scheint, zu beziehen?

53) Man vergleiche über die verschiedenen Meinungen, wo diese exceptio überhaupt eintritt, Donell l. c. ad leg. 14. §. 2. C. h. t. — Meurer a. a. D. §. 12. — Pfeiffer a. a. D. §. 15.

54) c. l. C. de dote cauta non numerata.

auch jene exceptio, wengleich unter verschiedenen Modificationen, eintritt, unter die Realcontracte zählen; so wie wenn Justinian das, auch sonst so begünstigte, depositum vor den übrigen Realcontracten von diesem jus singulare ausnimmt<sup>55)</sup>. Endlich verstehen sich nach dieser Theorie die, auch ohne dieselbe wohl erklärbaren, c. c. 6. et 11. C. h. t. von selbst.

## §. 9.

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

## X.

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

Von dem

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

## Abhandlung II.

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

<sup>55)</sup> c. 14. §. 1. C. h. t.

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

Archiv f. d. Civ. Proc. IV. B. 1. §.

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

---

§. 1.

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

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

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

## §. 2.

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

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

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

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

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

3) l. c. §. 10.

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

### §. 3.

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

<sup>4)</sup> l. c.

<sup>5)</sup> *Obs.* II. 35. 5.

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

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

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

7) l. c. p. 59.

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

## §. 4.

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

---

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

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

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

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

10) *Histor.* XXXVI. 21.

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

12) L. 41. D. *praesc. verb.* (49. 5.)

der entgegengesetzten Seite einen derben Stoß versetzt hatten. Ihre Vorschriften hatten große Autorität, aber Gesetze durften sie nicht machen<sup>13)</sup>; waren nun diese in jenen der That nach dennoch enthalten, so war es sehr natürlich, daß sie dem alten Recht zu Liebe hinzusetzten: „nur wenn man sich auf andre Weise nicht helfen könne — solle man sich des neuen Rechtsmittels bedienen“.

Ein bis dahin unerhörtes Institut führte der Prätor durch sein Edict über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit ein, und die Worte des Edicts: quod cum minore quam XXV. annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam<sup>14)</sup>, sind so allgemein gefaßt, daß man daraus machen konnte, was man nur wollte. Was der Prätor daraus gemacht hat, zeigt historisch der Pandektentitel: de minoribus; und es war nicht mehr als billig, daß diese Vorschriften bloß in subsidium angewendet werden sollten. Daß den Prätor bloß ein Billigkeitsgefühl leitete, sagt das Gesetz ausdrücklich<sup>15)</sup>. Bei der actio doli concurrirte noch ein anderer Grund, nämlich die individuelle Beschaffenheit des Römers, der zu einem, welcher öffentlich die Unwahrheit spricht, nicht sagt: „Du lügst“; sondern: „Du umschreibst.“ Die Honestas, für der selbst, der sonst doch nicht blöde, Römische Fiscus Scheu trug, greift in gar viele Elemente des Römischen Rechts ein<sup>16)</sup> — und sie verbot, sich einer famosen Klage zu bedienen, so lange man sich sonst helfen konnte.

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

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

15) L. 1. pr. eodem.

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

## §. 5.

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

---

17) Pandektensystem §. 1002.

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

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

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

21) L. 1. pr. L. 21. §. 1. D. h. t.

alten Standpunkt gar nicht verrückt hat. Hiermit ist aber doch nicht gesagt: daß man sich der Einrede der Furcht nicht bedienen dürfe, könne man sich durch eine andere, etwa die des Vergleichs, schützen. Was nun die letzte Stelle betrifft, so würde sie allenfalls etwas für die Gegner beweisen, wenn sie sagte: *si quis mero jure et communi auxilio munitus est, non debet etc.* Allein sie lautet nicht so, sondern spricht einzig und allein vom Minderjährigen. Nur von diesem sprechen L. 14. et 15. eodem, und mit diesen beiden steht L. 16. in unzertrennlicher Verbindung, wie schon daraus zu entnehmen ist, daß in ihr gar kein Subject des Satzes genannt wird, und daß „ei“ nach aller Latinität auf das in L. 14. vorkommende „minor“ gehen muß<sup>22)</sup>. Dem steht auch der Nachsatz „*puta cum pupillo*“ nicht entgegen, da der Mündel eine Species der Minderjährigen ist. Daß L. 16. *pr.* ganz speziell ist, beweiset ferner L. 16. §. 3. eodem, wo derselbe Ulpian sagt: *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Praetorem se non debet interponere.* Dieses ist ein allgemeiner Satz, aber er spricht auch bloß von der Nichtigkeit; sagt nicht: *et generaliter probandum est, ubi aliud ordinarium remedium adest, pro certo etc.*, und zeigt argumento a contrario, daß das in Betreff der Minderjährigen durch L. 16. *pr.* Ausgesprochene nicht bei allen Restitutionen

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

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

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

#### §. 6.

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

<sup>23)</sup> L. 3. D. de in int. rest. (4. 1.)

Arten der actio emti<sup>24)</sup>. Ferner gestattet Ulpian im primitiven Fall des ädilischen Edicts die actio emti<sup>25)</sup>, und endlich läßt in einem und demselben Fall (wenn der Verkäufer eines Menschen dessen Peculium auf eine gewisse Summe angegeben, diese aber sich hernach nicht findet,) Gajus die actio redhibitoria, und Celsus die Klage aus dem Kauf zu<sup>26)</sup>. Wie kann man dieß mit der subsidiären Natur aller Restitutionen zusammen reimen? Wie will man, nimmt man die fragliche Theorie an, es erklären, daß nach L. 14. §. 2. D. quod metus (4. 2.) die hereditatis petitio zugleich mit der actio metus gegeben wird? — daß im Fall einer Furcht-Erregung nach L. 14. §. 13. eod.<sup>27)</sup> die actiones quod

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

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

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

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

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

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

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

#### §. 7.

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

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

29) *Thibaut* l. c.

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

Will man das Außerordentliche eines Rechtsmittels aus ihm selbst, aus seiner Wesenheit, ergründen, so geräth man in das Reich der Ungereintheit. Denn soll das Criterion in der Unbilligkeit, oder zu großen Billigkeit, liegen, so hieße das, eine Satyre auf den Gesetzgeber machen; oder etwa darin, daß es gegen ein älteres Recht anstrebt, oder neue Formen an- geht? Dann hätten wir gar keine ordentlichen Rechtsmittel, und wären dieß höchstens die Gesetze der XII Tafeln. Soll alles, was der Prätor einführte, außerordentlich seyn, so tritt die Rechtsgeschichte abwehrend entgegen. Die Interdicta gehören dem Prätor an, und waren ursprünglich judicia ordinaria <sup>31)</sup>. Soll aber die Außerordentlichkeit daher deducirt werden, daß ein oder das andere Rechtsmittel gesetzlich außerordentlich genannt wird, so steht dem nichts entgegen; aber dann vereinige man solche, zufälliger Weise so bezeichnete, Km. nicht zu dem Ende zu einem Genus, um ein falsches Prinzip in sie hinein zu tragen, d. h. um nun anzunehmen, „daß sie bloß in Ermanglung anderer Rechtsmittel statt fänden“. Daß die Interdicte, so wie was an deren Stelle getreten, nicht subsidiär sind, stellt kein Mensch in Abrede — und doch lautet, nach den etwa zu Zeiten Diocletianus mit den ursprünglichen Interdicten vorgenommenen Veränderungen <sup>32)</sup>, das Rubr. Dig. XLIII., 1.: „de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt“. Der rechtshistorische Unterschied zwischen judicia ordinaria und extraordinaria, an und für sich schon bloß in der Form bestehend, je nachdem eine lex perpetua zu Grunde lag oder nicht, war der That nach schon unter Sulla Antiquität geworden, unbedingt aber unter den Kaisern, und begründete nie einen Unterschied in Beziehung auf die Wirkung; am allerwenigsten aber ist der Ausdruck *extraordinarium auxilium*

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

32) Savigny, l. c.

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

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

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

könnte? <sup>35)</sup> — und übergibt somit die Hauptsache der Unsterblichkeit.

§. 8.

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

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

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

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

35) Wer muß den Beweis führen?

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

37) Die Abhandlung III. nächstens.

## XI.

Bemerkungen zu der Lehre der erwerbenden Verjährung der Grunddienstbarkeiten\*), insonderheit über den hierzu erforderlichen Beweis, unter Vergleichung des römischen, preussischen, französischen und bayerischen Rechtes.

Von dem  
Freiherrn v. Seckendorf, Staatsrath und  
Präsidenten zu München.

Die Lehre von der erwerbenden Verjährung findet sich mit größerer oder geringerer Ausdehnung in den Gesetzbüchern aller wohl organisirten Staaten; und es sind wohl zwey Hauptgründe, welche derselben diese allgemeine gesetzliche Aufnahme verschafft haben; nämlich: 1) das allgemeine Interesse der Staatspolitik, dem Besitze Sicherheit und Ruhe, als die wesentliche Bedingung zur Erhaltung des innern Rechtsfriedens, zu gewähren, und dann 2) das hiermit sich vereinende staatswirthschaftliche Interesse, daß das Ei-

\*) Vorzüglich gehören für das gem. Recht hieher: *Galvanus*, de usufr. Cap. 12. *Otto*, de usucap. servitutum — in ejus Coll. Diss. Traj. ad Rh. 1728. *Walch*, Diss. de praesc. serv. constitut. Jenae 1797. *Thibaut*, über Besitz und Verj. Ehl. 2. §. 14. ff. vergl. m. f. *Spil.* des Pandektenrechts §. 1031. *Dabelow*, über die Verjährung, Ehl. 1. §. 2. ff. *Unterholzner*, die Lehre von der Verjährung, Bresl. 1815. S. 5. 45. 52. *Steuer*, de servit. praediorum. P. 1. Rost. 1817. Cap. 7. (Siehe auch v. *Löhre*, Magaz. f. Rechtswiss. Bd. 3. Hft. 1. No. 5. *Zimmer*, in den römisch-rechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, von *Neustetter* und *Zimmer*, Abh. v. Heidelberg 1821. G.)

genthum nutzbringender Sachen im Staate nicht lange Zeit, oder immer, ungewiß bleibe ).

Dieses letztere aber — sehr rüchlichswertli bei der Erwerbung des Eigenthums — steht der Erwerbungsart an der er dinglichen Rechte auf fremdes Eigenthum, oder, wovon hier eigentlich die Rede ist, den Grund : Dienstbarkeiten, nicht eben sowohl zur Seite. Denn daß jede nutzbringende Sache nicht zu lange ohne Besitzer bleibe, welcher sich als den sichern Eigenthümer derselben ansehen könne, dieß kann allerdings dem Staate, welchem an möglichst nutzbarer Verwendung aller ihm zur Disposition gegebenen Kräfte gelegen ist, nicht gleichgültig seyn; daher hat er das Mittel der erwerbenden Verjährung, welches dem langjährigen Besitze die Sicherheit des Eigenthums gibt, durch seine positiven Gesetze sanctionirt. Ob aber ein Grundstück dem andern diene, bloß zum Behufe eines vortheilhaftern oder bequemern Gebrauchs des letztern diene ), dar auf erstreckt sich das Staats : Interesse wenigstens so unmittelbar nicht; es dürften überall keine solche Dienstbarkeiten existiren, ohne daß dieses Interesse wesentlich gefährdet würde, ja manchen steht das selbe aus dem Gesichtspuncte der Cultur sogar entgegen. So nach fällt ein Hauptgrund, welcher der Verjährung als einem Mittel zur Erwerbung des Eigenthums das Wort redet ), bei der Erwerbung der Grund : Dienstbarkeiten offenbar hinweg.

Eritt aber nicht das zuerst angeführte allgemeine politische Interesse an der Erhaltung der Sicherheit eines langjährigen Besitzstandes überhaupt auch für die Erwerblichkeit von Servituten durch langen Besitz ein? — Sollte dem Staate nicht eben so sehr, als an der Ungeförtheit des Eigenthums : Besitzes, daran liegen, den Besitz solcher Berechtigungen, in welchem man sich Jahre lang ruhig befunden, nicht durch veripärete Anfechtungen stören zu lassen? Wird mithin die Ausdehnung des gesetzlichen Erwerbungsmitteis der Verjährung auch auf Grunddienstbarkeiten nicht gleich-

1) Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu, et fere semper, incerta dominia, essent rel. L. 1. ff. de usurpat. et usucap.

2) Von den sogenannten nothwendigen Servituten und deren Erwerbung ist diesen Orts nicht die Rede.

3) L. all. 1. Note 1. Ueber diese Stelle vergl. man insonderheit Unterholzner, a. a. D. S. 2. S. 29.

falls ein zweckmäßiges Mittel werden, durch die Sicherung des Besitzstandes überhaupt die Quelle mannigfacher Streitigkeiten zu verstopfen?

Alle diese Fragen müßten unbedenklich bejaht werden, wenn nur der Besitz eines angeblichen Servitutberechtigten einen so bestimmten Charakter hätte, als der Besitz desjenigen, welcher sich als Eigenthümer einer Sache gerirt. Ein eigentlicher Besitz kann nur bei körperlichen Dingen gedacht werden<sup>4)</sup>. Hier drückt sich deutlich der Aneignungsanspruch des Besitzenden aus, oder, wie Savigny sagt<sup>5)</sup>: „der wahre Besitz besteht in der Ausübung des Eigenthums. Man besitzt aber immer nur die Sache (possessio corporis), nicht das Eigenthum. Wenn man nun in der Folge auch einen Besitz von unkörperlichen Dingen (quasi possessionem) nachgebildet hat, gleich als wenn solcher ebenfalls in der Ausübung eines andern dinglichen Rechts bestehe, so sollte dennoch hier von einem Besitze der Servitut die Rede nicht seyn. Der Gebrauch dieses Ausdruckes ist also immer sehr uneigentlich, und nur in der Verlegenheit gewählt, weil kein anderes Wort sich findet, an welches wir hier den Besitz der Servitut knüpfen könnten, so wie er im Eigenthume mit dem Besitze der Sache verknüpft ist.“ Allein eben durch diesen Mangel eines kennebaren Substrats des sogenannten Quasi-Besitzes wird und muß dieser Begriff in der Anwendung immer schwankend bleiben.

Wenn bei dem eigentlichen Besitze, abgesehen von dem animus possidendi, rücksichtlich der nothwendigen Thatsache hinreicht, daß sich der Besitzer immer in der Lage zur Sache befindet, in welcher es jedesmal nur von seiner Willkür abhängt, über dieselbe zu disponiren, so genügt bei dem Quasi-Besitze die bloße Ausübung von Handlungen auf dem fremden Eigenthume noch nicht, um den Quasi-Besitz einer Servitut zu begründen, sondern man muß jene Handlungen, und zwar insbesondere gegen den Eigenthümer, als vermöge eines Rechtes ausgeübt haben, und dabei überzeugt seyn, man habe dieses Recht, so daß mit dem animus possidendi auch bona fides sich vereinigt<sup>6)</sup>, wenn man für den Besitzer einer Servitut im rechtlichen Sinne gelten will.

4) Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. L. 5. pr. ff. de aeq. vel am. poss.

5) Recht des Besitzes, Abschnitt. I. §. 12. S. 172.

6) L. 1. §. 10. et 19. ff. de aqua cott. Unterholzner, a. a.

Wie schwankend und ungewiß wird aber hierdurch der Charakter eines solchen Besizes! — wie schwer wird es in den meisten Fällen seyn, aus der Handlungsweise eines angeblich Berechtigten auf die Meinung, in welcher er gehandelt, mit Sicherheit zu schließen, und wie wenig wird sowohl im Allgemeinen der wohlthätige Zweck der Verhütung von Streitigkeiten durch die Erhebung dieses zweifelhaften Besizes zu einem Erwerbungs mittel der Dienstbarkeiten erreicht werden!?

Dies scheint denn auch der Grund gewesen zu seyn, warum die Ausdehnung dieses Erwerbsmittels auf die Verletzung von Servituten schon bei den Römern anfänglich sich nicht recht erhalten wollte, vielmehr durch ein ausdrückliches Gesetz, die *lex Scribonia*, als unzulässig verworfen wurde. Denn so spricht der scharfsinnige Rechtsgelehrte Paulus hierüber: „*Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, — idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*“ 7).

D. §. 51. S. 330. Thibaut, über Besitz und Verjährung. Thl. 1. §. 16. Weiterhin muß auch, in Beziehung auf die Interdicte, der Besitz, d. h. die Ausübung des Rechts, noch besonders qualificirt seyn. v. Savigny, a. a. D. Abschn. 5. S. 46.

7) L. 14. ff. de servitutibus. Einen andern Grund und Zweck der *lex Scribonia* führt jedoch Steyer, a. a. D. S. 262., sehr scharfsinnig aus. Er stellt nämlich die Meinung auf: Zur Zeit der bürgerlichen Unruhen, wo jeder nach Willkür um sich griffe, sey es besonders nöthig gewesen, die Verjährung der Servituten aufzuheben, und aus diesen Verhältnissen wäre das Gesetz hervorgegangen. Im Zusammenhang mit seiner Ansicht von der *lex Scrib.* gibt Steyer auch der L. 14. all. eine ganz eigene Deutung, und verwirft die von Paulus angegebenen Gründe, mit dem Zusatz: „derselbe habe eben das Gesetz vertheidigen wollen, ohne daß deshalb seine Gründe stichhaltig wären, oder er sie selbst dafür gehalten habe.“ Aber — sollte Paulus so etwas über sich vermocht, und ihm bekannte historische Gründe nicht einmal berührt haben? — Es erfordert dieses wenigstens einen starken Glauben! —

Indessen machte sich doch das frühere Recht gegen die *lex Scribonia* allmählig wenigstens dahin geltend, daß, wie in andern Fällen, in welchen die *usucapio* ausgeschlossen war, die *praescriptio longi temporis* eintreten konnte, welche dann endlich auch in Ansehung der Zeit eine bestimmte Sanction erhielt <sup>8)</sup>.

Ueber die Frage, welche sich dabei ergibt: ob wohl *justus titulus* zu dieser Verjährung nöthig sey oder nicht? <sup>9)</sup> will ich meine Ansicht nicht weitläufig vortragen. Große Namen stehen auf jeder Seite der Streitenden, und die Aufzählung der gegentheiligen Gründe und ihre Widerlegung würde für meinen Zweck zu weit führen. Nur des Zusammenhangs wegen so viel in Kürze. Es kann nicht bestritten werden, daß zur Zeit, als die *praescriptio longi temporis* bei den Servituten angewendet wurde, und diese *praescriptio* noch nicht nach Jahren beschränkt war, ein *justus titulus* nicht erforderlich gewesen ist <sup>10)</sup>. Durch Constitutionen ward nachher die Zeit von 10 Jahren *inter praes.* und von 20 Jahren *inter absentes* zur Verjährung festgesetzt; d. h. in den Constitutionen <sup>11)</sup> finden wir zuerst diese Veränderung. Mehr ist uns über die Geschichte derselben nicht bekannt. Da nun bei dieser Neuerung nirgends ein *just. tit.* als erforderlich erklärt ist, *J u s t i n i a n* vielmehr das alte Recht in die Pandekten aufnehmen ließ, ohne irgendwo auf eine Abänderung aufmerksam zu machen, so müssen wir also nach dem Zusammenhange der Justinianischen Rechtsbücher wohl annehmen: „das alte Recht sey stehen geblieben“, woraus sich dann von selbst ergibt, daß das Erforderniß eines Rechtstitels gesetzlich sich nicht annehmen lasse <sup>12)</sup>.

Alles kommt daher bei der Verjährung der Servituten auf den Quasibefiz an, welcher die bestimmte Zeit von resp. 10, resp. 20 Jahren fortdauern muß. Darum ist es vor allem wichtig, genau zu untersuchen, welches die wahren

8) Durch die L. 12. Cod. de praesc. longi temp. X. vel XX. an. 7. 33.

9) Bekanntlich veranlaßte diese Frage sehr verschiedene Meinungen.

10) L. 10. pr. ff. si serv. vindic. L. 5. §. 3. ff. de itin. act. priv.

11) L. 1. et 2. Cod. de servit. et aqua, et L. 12. in fin. Cod. de praescript. l. tempor. 10 vel 20 ann.

12) *Vinnius*, sel. quaest. Lib. 1. Cap. 31. Unterholzner, a. a. D. §. 52. No. 4. Note R.

und gesetzlichen Kennzeichen der Handlungen sind, die einen solchen Quasibefitz constituiren?“

Daß nun hiezu in Ansehung des Factums die bloße, wenn auch wiederholte, Ausübung einer Handlung auf einem fremden Grundstücke, oder gegen dasselbe, nicht hinreiche, ist oben schon im Allgemeinen erinnert worden. Eine solche Handlung an sich, so wie sie ohne rechtliche Ansprüche auftritt, ist auch durchaus ohne alle rechtliche Consequenz, und, so wie sie einzeln keine rechtliche Folgen hat, so kann auch deren Wiederholung, mag sie noch so häufig seyn, dergleichen nicht hervorbringen. Die Beruhigung des Eigenthümers bei solchen Handlungen eines Dritten kann keinen andern Nachtheil für ihn haben, als etwa die Entschädigungsansprüche für den daraus ihm zugefügten Schaden auszuschließen, so fern die gesetzliche Zeit zur Anstellung einer dergleichen Klage verfloßen ist. Eine verbindliche Norm für die Zukunft kann ihm dadurch nicht auferlegt werden; denn aus der fremden Handlung an sich konnte er nicht wahrnehmen, daß die Einführung einer dauernden Norm hierunter beabsichtigt werde; es kann demnach kein Stillschweigen dabei nicht als eine Einwilligung für alle Zukunft gelten<sup>13)</sup>. Zur Rechtfertigung dieser Schlussfolge wird vielmehr eine solche Ausübung einer Handlung in einem fremden, oder gegen ein fremdes Grundstück erfordert, daß dessen Eigenthümer daraus entnehmen konnte, man wolle sich diese Ausübung als ein Recht anmaßen<sup>14)</sup>; denn nur unter dieser Voraussetzung ist

1) auf der Seite des Handelnden diejenige *opinio juris* vorhanden, von welcher die bezogene L. 25. ff. 8. 6. spricht, und welche schon darum nöthig ist, weil sie den guten Glauben<sup>15)</sup> bedingt, wovon die Verjährung einer *Servitut*, wie jede andere, ausgehen muß;

2) und hauptsächlich kann auch nur bei einer solchen Beschaffenheit der Handlung des Quasibefitzers dem Eigenthümer, wider welchen verjährt werden will, in der gedul-

13) *Inviuam in seruitutibus accipere debemus non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit.* L. 5. ff. de *seru. praed. urb.*

14) *Servitute usus non videtur nisi is, qui suo jure se uti credidit.* L. 25. ff. *quemad. seru. amitt.* Vergl. a. L. 7. ff. *de itinere actuque privato.*

15) „*bono initio possessionis tenentis.*“ L. 12. *Cod. de praeser. Cong. temp. 10 vel 20 ann.*

digen Ertragung (*patientia*) oder Beruhigung bei derselben, welche hier die Stelle eines Rechtstitels vertritt <sup>16)</sup>, eine solche Nachlässigkeit in der Wahrung seiner Gerechtfame imputirt werden, welche mit deren Verlust gleichsam bestraft zu werden verdiente.

Es ist mithin vor allem erforderlich,

a) daß die Ausübung *nec vi, nec clam, nec precario* geschehe; indem alle diese Qualificationen des Gebrauchs mit der Behauptung, „daß man sich dessen als eines Rechts bedient habe,“ in Widerspruch stehen, und zugleich das wesentliche Erforderniß jeder Verjährung, die *bonam fidem*, ausschließen würden.

Die L. 10. ff. si serv. vind., welche als eine classische Stelle über diese Materie anzusehen ist, legt daher demjenigen, welcher durch langjährigen Gebrauch eine Servitut erworben haben will, zur Begründung seines Anspruchs durch die Worte: *ut ostendat*, den Beweis ausdrücklich dahin auf: *per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse* <sup>17)</sup>.

16) L. 1. in fine ff. de serv. praed. rust.

17) S. Glück's Erl. d. Pand. Bd. X. §. 687. S. 254. U. M. ist Dabelow a. a. D. §. 48. 29.

Die Redaction erlaubt sich hier die Bemerkung, daß der Streit darüber: ob der Besitzer beweisen müsse, „er habe die Besitzhandlungen nicht gewaltsam und nicht heimlich ausgeübt,“ oder ob des Beklagten Antwort: „der Kläger habe *vi* oder *clam* besessen,“ die Grundlage eines directen oder indirecten Gegenbeweises wende?“ für die Praxis so ziemlich fruchtlos seyn möchte. Der Kläger muß allerdings, und zwar speciell, anführen und beweisen: daß — wann — und wie — er die einzelnen Besitzhandlungen ausgeübt habe; aus diesem speciellen wann und wie aber folgt von selbst, welcher Natur die Handlung sey — ob man sie gewaltsam oder heimlich nennen könne, oder nicht. Dieses gehört dann lediglich zu der Reflexion und Beurtheilung des Richters. Findet dieser an den bewiesenen *actus possessionis* die Merkmale der äußern Ruhe und der Oeffentlichkeit, ist hierdurch der Richter moralisch überzeugt, „*scivit dominus et passus est*“, so spricht er aus: *ostendit actor, se non vi et non clam possedisse*. Wenigstens ist hierzu hinreichend, wenn die Zeugen aussagen: sie hätten keine Gewalt, keinen Widerspruch

Nun möchte es zwar scheinen, und die gemeine Praxis folgt auch meistens diesem Gesichtspunkte, daß nach der allgemeinen Rechtsregel: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*<sup>18)</sup>, derjenige, welcher einmal die Ausübung gewisser Handlungen zugegeben, den vorgeschügten Qualificationsmangel derselben zu erweisen habe, und den Verjährungslustigen den Beweis eines fehlerfreien Besihs, als einer Negative, nicht zumuthen könne. Allein der qualifizierte Besihs ist dasjenige, was der, welcher eine Grundgerechtigkeit durch Verjährung erwerben will, affirmirt, und also beweisen muß<sup>19)</sup>, was aber durch das bloße jenseitige Gerständniß der Ausübung einer Handlung an sich noch lange nicht für zugestanden zu erachten<sup>20)</sup>, und eben so wenig durch die bloße Nachweisung: „daß überhaupt dergleichen Handlungen vorgenommen worden,“ für erschöpft anzunehmen ist. Zudem stellt die Abwesenheit der beiden ersten Qualificationsmängel, der Gewaltsamkeit nämlich und der Verheimlichung, eben sowohl positive Beschaffenheiten der behaupteten Besihs-handlungen, nämlich die Friedlichkeit und Oeffentlichkeit dar, welche nicht minder eines Beweises fähig sind, als die Bornahme der Handlung

---

des Beklagten, keine Verheimlichung des Klägers, bemerkt.“ Im Grunde ist dieses aber nur ein, der Regel nach nichts- und dennoch hier voll-beweisendes, *nescio* der Zeugen. Behauptet nun der Beklagte specielle Thatsachen, aus deren Wahrheit die Gewaltsamkeit oder Heimlichkeit hervorgehen soll, so ist dieses die Grundlage eines solchen Gegenbeweises, welcher die Natur eines directen und indirecten zugleich in sich vereinigt Archiv für die civil. Praxis, B. 1. p. 276. L. Note \*. Von dem Beweis des *non precario* unten Note 22. G.

18) L. 2. ff. de probat.

19) *Probandum primo, semet actus possessionis ejus servitutis exercuisse seu in possessione vel quasi istius servitutis fuisse et quidem tali, quae qualificata seu congrua sit isti juri, quod praescriptum fuisse contenditur, — tertio actus illos exercitos fuisse jure servitutis seu ea mente et modo, quod utentes in alieno fundo servitatem se habere, ideo facere existimarent. Mevius, in Decis. P. IX. Dec. 165. Auch läßt sich hier anwenden, was in diesem Archiv B. 1. S. 256. ff. von dem Beweis einer negativen Behauptung ausgeführt worden ist.*

20) Conf. Cod. Bav. jud. C. XII. §. 1. No. 10.

gen selbst <sup>21)</sup>. Was aber den dritten der obenerwähnten Qualificationsmängel, die precarische Qualität <sup>22)</sup> der angeblichen Besitzhandlungen, betrifft, so scheint deren Nichtexistenz freilich auf einer reinen, keines Beweises empfänglichen, Negative zu beruhen, welche sonach allerdings dem Eigenthümer den Beweis zuwälzen dürfte: „daß um die Erlaubniß ausdrücklich nachgesucht, und die Verstattung demnächst auf Widerruf gestellt sey.“ Doch auf der einen Seite läßt sich auch eine Negative beweisen, und muß bewiesen werden, sobald das Nichtseyn einer Thatsache als Grund des Daseyns eines Rechtes und einer Verbindlichkeit aufgestellt wird <sup>23)</sup>, so daß hierbei auch die Schwierigkeit der Beweisführung das beweispflichtige Subject von der Beweislast nicht befreit <sup>24)</sup>, und auf der andern Seite ist der Begriff eines precarii durch vorangegangene ausdrücklich Vergünstigungen nicht einmal nothwendig bedingt; vielmehr läßt sich auch eine stillschweigende d. h. aus der Art der Ausübung und aus den Umständen, unter welchen solche zugelassen worden, hervorgehende Vergünstigung denken, und muß wohl in der Regel sogar vermuthet werden, *quia nemo suum jactare*

21) Die Redaction erlaubt sich auch hier, auf den Zusatz zu der Note 17) pag. 89. f. hinzudeuten.

22) Mehr Schwierigkeit, als das: *non vi, non clam* (Note 17.) macht wirklich das: *ostendere*, „*non precario se possidere*.“ Allein auch hier erheischt das Gesetz durch das allgemeine Wort *ostendere* (nicht probare) keinen directen Beweis einer solchen Negative, in Rücksicht auf welche man wirklich sagen könnte: *negantis factum per rerum naturam nulla est directu probatio*. Cap. 25. X. 1. 6. Auch hier also folgt das *ostendere* aus der Beschaffenheit der bewiesenen, einzeln, lange Zeit hindurch wiederholten, Besitzhandlungen. Wäre dem nicht also, so würden die Gesetze nicht auf eine besondere Begheit des domini hindeuten, bemerkt dieser, daß sein Eigenthum ein Anderer mitbenützt, und will er dessen Besitzhandlungen die Verjährungskraft benehmen. G.

23) M. f. d. Archiv für die civ. Praxis, B. 1. S. 256. ff.

24) L. 23. pr. Cod. de testibus. L. 5. et 13. Cod. de fide instr. *Mevius*, l. c. P. 8. dec. 321. Auch bleibt ja immer die Zuflucht zur Eideedelation rechtmöglich. Nov. 73. Cap. 4. 7. et 9.

*praesumitur* <sup>25)</sup>, und weil nicht vorauszusetzen ist, daß jemand durch die Zulassung einer Handlung, die nicht laut unter Rechtsansprüchen auftritt, sich mit einer zeitlichen Beschränkung seines Eigenthumsrechtes eine ewige Verbindlichkeit habe aufladen wollen.

b) Die römischen Gesetze begnügen sich daher auch keineswegs mit der Abwesenheit jener Qualificationsmängel, um den Besitz einer Servitut zu begründen, sondern sie verlangen dabei ausdrücklich eine solche Stellung des Handelnden, aus welcher hervorgehe, daß er auch im Falle eines Widerspruchs fortfahren würde, zu handeln. Sehr schön spricht daher *Celsus*: *Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario, commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque* <sup>26)</sup>. Es ist zwar in diesem Fragment nur von der Untauglichkeit solcher Handlungen zur Begründung eines gültigen und manutentiblen Besitzes die Rede; wenn aber nicht einmal ein possessorisches Rechtsmittel auf dergleichen Handlungen gegründet werden kann, so mögen solche um so weniger zur Verjährung und einer petitorischen Klage hinreichen <sup>27)</sup>.

Um also eine Servitut im gesetzlichen Sinne zu besitzen, und durch einen lange fortgesetzten Gebrauch sich anzueignen, muß eine solche Beschaffenheit der in diesem Zeitraume ausgeübten Handlungen nachgewiesen seyn, woraus die Ausübung derselben in der Meinung eines dazu vorhandenen Rechts

25) Aus dieser allgemeinen Regel, wie solche in L. 25. Dig. de prob. aufgestellt ist, könnte man auch gerade das Gegentheil beweisen, nämlich: „daß derjenige, welcher geschehen läßt, daß auf dessen Grund und Boden ein Anderer Nutzungshandlungen ausübe, dieses wohl so lange Zeit hindurch nicht dulden würde, hätte jenes nützende Subject kein Recht dazu.“ Eben deshalb soll ja der, von welchem das Gesetz vermuthet, „er beabsichtige nicht, sein Recht aufzugeben,“ die Beweislast dann übernehmen, wenn er etwas thut (gleichviel, ob omissiv, oder commissiv), was die Anerkennung einer Zwangsverbindlichkeit äußerlich ausspricht. L. all. 25. Dig. 22. 6. G.

26) L. 7. ff. de itinere actuque privato. Vergl. d. L. 25. ff. quemadmodum servitutes amittuntur.

27) Savigny, Recht des Besitzes. Abschn. 1. §. 7. S. 65.

auf der einen, und eben darum die Veruhigung dabei, als eine Verbindlichkeit auf der andern Seite, gefolgert werden kann.

So leicht nun eine solche Qualification der Besitzhandlungen bei stätigen und augenfälligen Dienstbarkeiten, zumal, wenn zu deren Ausübung gewisse Vorrichtungen und Anstalten erfordert werden, erweislich gemacht werden mag, und wohl zu vermuthen ist, so schwierig wird dieser Beweis bei allen übrigen Gattungen von Dienstbarkeiten, und so wenig freisetzt hier eine Vermuthung für die Ergänzung des erforderlichen Beweises. Der Nachbar z. B., der eine Wasserleitung durch seines Angränzers Grundstück führt, gibt deutlich genug zu verstehen, daß er ein sicheres Recht zu dem Aquäduct zu haben vermeine, da er auf die Gefahr eines Widerrufs sich die Kosten nicht wohl gemacht haben würde, und der Eigenthümer, welcher eine so augenfällige Anmaßung ruhig angesehen und dieselbe nicht zeitig abgemahnt hat, unterwirft sich der Vermuthung, daß er dem Gegentheile eine Befugniß dazu habe einräumen, und denselben nicht zu Kosten von zweifelhaftem Nutzen verleiten wollen. Das Gesetz konnte daher allerdings im Allgemeinen verordnen: *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti servitutum exemplo rerum immobilium tempore quaesisti* 28). Auch kann der Besitz, von welchem die Verjährung ausgeht, in diesem Falle keinen Anlaß zu Zweifeln geben, da er immer auf einer dauernden Anstalt beruht, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird. Wenn z. B. von dem *ius tigni immittendi* die Rede ist, so hängt der Quasibesitz desselben lediglich davon ab, ob die *immissio* wirklich vorhanden ist, oder nicht 29); es wird die *Servitut* zugleich mit der Hauptsache besessen 30). Im Fall dagegen ein Nachbar öfters durch mein Grundstück geht oder fährt u., mag dieß auch öffentlich, friedlich, und ohne daß er mich je darum ausdrücklich ersuchte, geschehen seyn, so kann ich diese Handlung, sofern solche für mich unbedeutend, für jenen aber so wenig mit einem besondern Aufwande, als mit irgend einer, eine fortdauernde Ausübungsabsicht andeutenden Anstalt verbunden ist, wohl ruhig

28) L. 2. C. de serv. et aqua, et L. 10. all. ff. Si serv. vind.

29) — sic quasi facto quodam possideo. L. 20. pr. ff. de serv. praed. urb. Savigny, Recht des Besitzes. Abschnitt V. §. 46. S. 398.

30) Savigny l. c. §. 47. p. 504.

geschehen lassen, ohne eine Meinung des andern, daß er sich hierunter eine Befugniß annahm, zu ahnen<sup>31)</sup>, wenn er selbige nicht etwa laut dabei erklärt hat<sup>32)</sup>. Die Erwerbung solcher Servituten durch langen Gebrauch wird mithin nach

31) L. 7. all. ff. de itin. actuq. priv.

32) Es spannt der Hr. Verf. die Strenge des Beweises doch offenbar zu hoch. Die L. 7. Note 51. all. sagt im Grunde nichts weiter, als die bekannte Regel: daß ohne animus possidendi ein juristischer Besitz nicht vorhanden ist, und also mit ihm auch die Hauptbedingung der Usucapio ermangelt. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß mit der körperlichen Besitzhandlung eines zum Besitzerwerb fähigen Subjects die Vermuthung des animi possidendi sich verbinde. Es erfordern die Gesetze eine deshalbige ausdrückliche wörtliche Erklärung keineswegs, sondern das positive *factum possessionis* spricht den Willen, besitzen zu wollen, hinreichend von selbst aus. Es ist auch gleichviel, ob das Subject, welches jene Besitzhandlung ausübt, vorher oder nachher erklärt: „er wolle besitzen;“ denn immer wäre ja dieses nur ein Zeugniß in eigener Sache — über ein eigenes *factum internum* — *mentem et cogitationem*. Aber es ist dennoch möglich, daß jenes Subject den *animus possidendi* nicht habe, und darum bleibt dem Gegner der Beweis des Abseyns offen. Wiederholen sich nun die nämlichen körperlichen Besitzhandlungen, in einem Zeitraum von zehn Jahren hindurch, offen, *sciente et patiente domino*, und das den Besitz körperlich ausübende, durch jene Wiederholung seines Willen bestätigende, Subject müßte nach dem Ablauf jener Verjährungszeit auch noch besonders beweisen: „mit jenen körperlichen Besitzhandlungen habe er auch *animus possidendi* verbunden,“ so dürfte das ganze Institut der Usucapion ziemlich nutzlos werden. Gesetzt auch, die Besitzübung geschähe ohne bleibendes *opus manu factum*, z. B. nur durch Gehen, Reiten, Fahren u. dgl. über des Andern Grundstück, dieses wiederholte sich aber fortgesetzt, zehn Jahre lang, unter den Augen des Eigenthümers — sollte dieser wirklich nicht ahnen, daß jener unbefangene Wandler, Reiter, oder Fuhrmann, zu dem Gehen, Reiten, oder Fahren, wohl sich befugt glaubet? — Welche Indolenz! — Es ist übrigens diesen Orts nicht der Zweck, die hier eingreifenden Streitigkeiten über den Unterschied der serv.

der strengen Vorschrift der Römischen Gesetze meistens einen sehr schwierigen Beweis über die bisherige Gebrauchsart erfordern, oder, wenn man es mit der Anwendung jener Gesetze, wie leider in praxi nur zu häufig geschieht, minder genau nehmen will, immer eine Ungerechtigkeit wider den Eigenthümer zur Folge haben.

§. 2.

Das allgemeine preussische Landrecht kömmt in seinen Bestimmungen über diese Materie hinsichtlich der erforderlichen Qualification des Quasibesitzer einer durch Verjährung zu erwerbenden Servitut mit den Vorschriften des gemeinen Rechts überein; es verbreitet sich aber zugleich ausführlicher über die Art, wie der Beweis der, zu einer solchen Verjährung erforderlichen, Beschaffenheit der Besitzhandlungen hergestellt werden kann.

»Bei der Erwerbung von Grundgerechtigkeiten — heißt es — muß besonders nachgewiesen seyn, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe<sup>33)</sup>. Ferner: »Soll jedoch durch Handlungen der Besitz eines negativen Rechts, (d. h. daß der Andere die Handlung ferner leide,) wirklich erlangt werden, so muß aus der Erklärung des Handelnden, oder aus den Umständen, die Meinung desselben, daß ihm ein solches fort dauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellen<sup>34)</sup>. Diese Stelle, auf welche die zuerst angeführte ausdrücklichen Bezug

---

contin. und discount., über die Collision des röm. und canon. Rechts in Hinsicht des Titels u. dgl., zu berühren. (Vergleiche Thibaut, P.R. §. 1051. ibi all.), sondern, da der Hr. Verfasser obiger Abhandlung Gründe für seine strenge Ansicht aus der Natur der Sache hebt, so bewegen sich auch diese Gegengründe nur in jenem Gebiet. Es sey nur noch hinzugefügt, daß ein ähnliches Verhältniß mit der erforderlichen bona fides vorhanden ist, als welche auch eines besondern Beweises nicht bedarf, haben die Besitzhandlungen die äußern Merkmale der Redlichkeit. Mit dem Beweis eines Titels ist bekanntlich auch die präsumtive bona fides bewiesen, und in der Lehre der praesc. longi temp. der Servituten tritt die patientia domini an die Stelle des Titels. Thibaut, P.R. §. 1051. G.

33) Ibl. II. Tit. XXI. §. 14.

34) Ibl. I. Tit. VII. §. 82.

nimmt, gibt Aufschluß über die Art, wie das Erforderniß: „daß man eine Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung, in Besitz genommen,“ bescheinigt werden kann — nämlich durch die Erklärung des Handelnden, oder durch die Umstände, welche die Ausübung der streitigen Befugniß begleitet haben<sup>35)</sup>. Es erfordert also beide Stellen deutlich genug eine besondere Qualification der Besitzhandlungen von Seiten des Verjährungslustigen zur Begründung einer Verjährung von Dienstbarkeiten, um dieses gesetzliche Erforderniß durch den bloßen Nachweis einer Duldung auf der Seite der Verpflichteten für erschöpft zu halten. Wenn daher das nämliche allgemeine preussische Landrecht an einem andern Orte<sup>36)</sup> verordnet: „Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat eine Vermuthung wider sich, daß bei einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grund liege,“ so hätten nach meinem Ermessen die preussischen Gerichtsstellen nicht so unrecht, welche, um die Ehre des Gesetzes wider einen anscheinenden Widerspruch zu retten, die zuletzt erwähnte gesetzliche Vorschrift bloß auf den Verpflichteten zogen, und hinsichtlich des Berechtigten bei dem klaren Inhalte der vorangeführten Gesetze stehen blieben. Anders wollte jedoch ein Königl. preuss. Hofrescript vom 8. Nov. 1802. den Widerspruch dieser Gesetzesstellen vereinigen. Denn hier wird gesagt: „Wer ein factum ausübt, woraus in der Folge eine Grundgerechtigkeit wird, soll zwar nachweisen, daß er diese Befugniß als ein wirkliches Recht ausgeübt, aber dieß thut er nach obigem §. (107.) dadurch, daß er die Duldung des Verpflichteten nachweist, der alsdann die gesetzliche Vermuthung wider sich hat, aus Meinung einer vorangehenden Verpflichtung geduldet zu haben. Mehr braucht und kann der Berechtigte nicht erweisen, nur die vitia possessionis, vis. clandestinitas, precarium. sind erweisbar. Hat diese Vermuthung auf den Verpflichteten Bezug, so hat sie auch Bezug auf den Berechtigten. Rechte und Pflichten sind unzertrennliche Correlata.“

Mag diese authentische Auslegung des angeführten §. 107. nach seinem allgemeinen Inhalte auch richtig seyn, so ist

35) Grade dieses ist auch der Sinn des röm. Rechts. Vergl. Note 17. u. 22. zu §. 1. pag. 89. f. G.

36) Ihl. 1. Tit. VII. §. 107.

damit der Widerspruch in denjenigen Gesetzen, welche in besondere von der Verjährung der Dienstbarkeiten handeln, noch keineswegs gehoben, und hier eines von den nicht gar seltenen Beispielen vorhanden, wo die allgemeinen Vorschriften der ersten Titel des allgem. preuß. Landrechts mit den specielleren Bestimmungen der folgenden Titel über einzelne Rechtsmaterien in Collision kommen, und auf Zweifel führen. Ueberdies steht der §. 82., auf welchen sich bei der Materie von Verjährung der Dienstbarkeiten ausdrücklich bezogen wird, in dem nämlichen Titel, aus dessen §. 107. das besagte Hof-Rescript die eben angeführte Lehre über die Erfordernisse dieser Verjährung zieht, ohne auf die Bestimmungen jenes doch vorangehenden §. Rücksicht zu nehmen. Es möchte daher weit consequenter und dem Geiste des ganzen Gesetzes angemessener seyn, wenn man von der ersten Gesetzstelle (§. 82.) ausginge, und den folgenden §. 107. hiernach so auslegte: „daß nur derjenige, welcher solche gegenheilige Handlungen, die den Besitz eines negativen Rechts nach den Bestimmungen des §. 82. begründen können, ruhig duldet, die Vermuthung wider sich habe, daß bei einer solchen Duldung die Meinung einer Verpflichtung zum Grunde liege.“ — Auf diese Weise ist das Gesetz mit sich selbst in Uebereinstimmung gebracht, und zugleich dem Begriffe der Duldung, auf welchem, wie auf der *patientia* der Römer, das ganze Fundament der Verjährung beruht, eine gesetzliche Bestimmtheit gegeben<sup>37)</sup>. Freilich wird die Frage, welche Handlungen denn von der Art sind, daß sie den Besitz eines negativen Rechts begründen können, immer zu unzähligen Zweifeln Veranlassung geben<sup>38)</sup>; allein nicht minder frucht-

37) Der §. 14. Thl. 2. Tit. 21. schließt den Beweis durch Vermuthungen nicht aus; dieses bestärkt der §. 28. Thl. 1. Tit. 7. verb. „nach Umständen“; und das Hofrescript vom 8. Nov. 1802, mit dem §. 107. Thl. 1. Tit. 7., sprechen gewiß von einer solchen Duldung, die mit Umständen verbunden ist, welche den Schluß auf des Eigenthümers Meinung begründen, dieser habe des Andern Besitzhandlungen aus dem Gesichtspunkt eines Rechts betrachtet. So ist wohl kein Widerspruch in jenen einzelnen Bestandtheilen der preussischen Gesetzgebung ersichtlich — alles aber mit dem röm. Recht harmonisch. G.

38) Dem *arbitrio judicis*, besonders in der Lehre vom Beweise, muß jede menschliche Gesetzgebung gar manches überlassen! — G.

Archiv f. d. Prax. IV. B. 1 S.

bar an Zweifeln dürfte die Ausnahme seyn, welche der §. 108: d. l. gegen die in dem vorhergehenden §. enthaltene allgemeine Präsuntion aufstellt, und wornach dieselbe durch „Vermuthungen, die sich aus persönlichen Verhältnissen, oder andern Umständen des vorliegenden Falls ergeben“, wieder soll entkräftet werden können<sup>39)</sup>.

§. 3.

Weit befriedigender aus dem Gesichtspunkte der Legislation, weit übereinstimmender mit den Aussprüchen des allgemeinen Rechts und der Billigkeit, sind daher, nach meiner Ueberzeugung, die Vorschriften des neuen französischen Gesetzes über diesen Gegenstand, welche zugleich dem Geiste der ältern und reinern Römischen Gesetzgebung sich nähern.

Seine Vorschriften sind in dem II. Bd. IV. Tit. II. Abschnitt enthalten, und lauten also:

„Stätige und augenfällige Dienstbarkeiten erwirbt man durch Urkunde oder 30jährigen Besitz“<sup>40)</sup>.

und

„Stätige, aber nicht augenfällige, sowie alle unflätige Dienstbarkeiten, diese mögen in die Augen fallen, oder nicht, kann man nur durch Urkunde erwerben“<sup>41)</sup>.

Gerecht, bestimmt, und unfaßend, ist diese gesetzliche Vorschrift

Denn

1) die Erwerblichkeit der Dienstbarkeiten durch Verjährung verdient an sich keine Begünstigung. Ueberhaupt ist, was auch Grotius, Pufendorf, und späterhin Kant, dagegen erinnern mögen, aus natürlichen Rechts-Principien schwer erklärbar, wie in der bloßen Fortdauer einer einseitigen Handlung der Entstehungsgrund eines rechtlichen Anspruches liegen soll<sup>42)</sup>. Haben gleichwohl Rücksichten des Staatswohl die Gesetzgeber bewogen, diese Erwerbart bei dem

39) Man sieht aus allem, daß der Beweis durch Schlussfolgerungen in diesem Rechtsgebiet in besondern Anspruch genommen wird — und es möchte das Bessere wohl schwer zu finden seyn, will man nicht die Rechtsmöglichkeit des Erwerbs einer Servitut durch langen Gebrauch ganz streichen, oder, wie das französ. Recht, besonders beschränken. G.

40) Art. 690.

41) Art. 691.

42) Thibaut, über Besitz und Verjährung, Thl. II. Einleitung §. 1.

Eigenthume einzuführen, um die Ungewisheit und Unsicherheit derselben und daraus entspringende mannigfache politische Nachtheile zu verhüten, so konnten doch, wie ich oben gezeigt zu haben glaube, solche Rücksichten keinesweges im Allgemeinen und um so weniger eine Ausdehnung der fraglichen Erwerb- art auf Grunddienstbarkeiten veranlassen, als dieser Ausdehnung noch besondere Gründe der Billigkeit entgegenstehen. Der Eigenthümer, welcher seine Sache unbeachtet liegen läßt, und solche gleichsam der öffentlichen Nutzbarkeit entzieht, wird, kann man sagen, mit Recht für diese gemein- schädliche Nachlässigkeit durch den Verlust des Eigenthums, und durch dessen Uebertragung auf denjenigen bestraft, welcher mittlerweile die Sache durch seine Benutzung dem öffentlichen Verkehr wieder eröffnet hat. Auf der andern Seite trägt die Absicht des Letztern auf Aneignung einer Sache, deren Eigenthümer seine Ansprüche darauf nicht zu erkennen gibt, nichts unerlaubtes an sich; ja er verdient Lohn dafür, daß er die Sache vom Verderb, oder wenigstens von einer zeitigen Nutzlosigkeit rettet. Der Gewinn auf der einen, wie der Verlust auf der andern Seite läßt sich vor dem Richters- stuhle der Billigkeit hinlänglich rechtfertigen. Der Eigenthü- mer hingegen, welcher einen Andern solche Handlungen auf seinem Eigenthume ausüben läßt, die sein eigenes Benutzungs- recht an demselben weder ausschließen, noch wesentlich be- trächtigen, macht sich durch diese Duldung keines zu ändern- den Fahrlässigkeit in Wahrung seiner Gerechtsame schuldig. Warum soll er dem Andern einen ihm für den Augen- blick unschädlichen Vortheil mißgönnen <sup>43)</sup>? Es liegt also

43) Die positiven Gesetze zeigen ja selbst auf Gefälligkeit gegen den Mitbürger hin, durch das Princip: quod tibi non nocet, alteri autem prodest, ad id potes compelli.

(Dieses Princip würde freilich die Servituten eher verviel- fältigen, als ihren Erwerb beschränken; denn oft bedürfte es zum Erwerb nicht einmal einer Besitzhandlung. Ein großer Theil der Servituten ist in der bürgerlichen Gesellschaft wirklich fast unentbehrlich — ihr Nichtseyn würde viele gemein- schädliche Unbequemlichkeiten zur Folge haben. Ihr Erwerb muß also möglich gemacht, jedoch weder zu sehr erschwert, noch zu sehr erleichtert werden. Ein zehnjähriges reines Dulden der freien offenen Ausübung ist doch ein factum, welches Einwilli- gung ausspricht, und einem ausdrücklichen Vertrag gar wohl zur Seite gestellt werden kann.) G.

eine sehr gesetzmäßige Gutmüthigkeit in dieser Duldung, welche aber ihrer Natur nach auf das beneplacitum beschränkt ist, und schlecht belohnt wird, wenn man aus der langen Fortsetzung derselben allein eine beständige Verbindlichkeit für den Eigenthümer ableiten will. Denn, was dem Eigenthümer für den Augenblick unschädlich oder wenigstens gleichgültig ist, kann in einem andern aufhören, es zu seyn. Durch die Gleichgültigkeit der fremden Handlungen für sein Interesse war seine Duldung bedingt, und, sobald die Handlung des andern jene Eigenschaft für ihn verliert, ist ihm auch nicht zu verargen, daß er seine, an keine ausdrückliche Erklärung gebundene, Erlaubniß wieder einziehe. Ueber die Gründe, welche ihn zu dieser Zurücknahme bewegen, hat er sich aber nicht etwa besonders zu erklären, oder gar zu rechtfertigen. Diese liegen oft in den individuellsten Verhältnissen, worüber Niemand ein Urtheil hat, als er selbst, und er zu keiner Rechenschaft gezogen werden kann. Ich habe z. B. einem Nachbar den Durchgang durch ein offenes, wenn auch bebautes, Feld gestattet, wodurch ohnehin ein Fußpfad führt. Der Durchgang eines Fremden konnte mir damals überall nicht beschwerlich seyn, ich lasse ihn also ruhig geschehen. Nun will ich aber dieses nämliche Feld zu einer Obstbaumpflanzung, oder irgend einem andern Gebrauche, benutzen und schließen. Mein Interesse erlaubt den Durchgang fremder Personen nicht mehr. Warum sollte nun das Interesse des Eigenthümers dem fremden nachstehen? Ferner: ein Guts Herr hat seinen Unterthanen die Weidhuthung in seinen Wäldungen stillschweigend nachgelassen, so lange er selbst sein Vieh darin hütete. Nun aber überzeugt er sich von der öconomischen Schädlichkeit der Weidhuthung überhaupt, er will solche ganz abschaffen, und läßt sein eigenes Vieh nicht mehr in die Wäldungen treiben. Und er sollte an der Ausführung jenes nützlichen Plans gehindert seyn, um Fremden einen Vortheil zu überlassen, auf den er selbst verzichtet <sup>44)</sup>? Wie oft gründen sich endlich dergleichen Verwilligungen auf persönliche Verhältnisse, welche in der Folge der Zeit nicht mehr vorhanden sind, und mit welcher auch die Begünstigungen zurückgenommen werden mögen, die man nur unter Voraussetzung derselben gestattet hat? Wie häufig tritt

44) Wehe dem Staat, in welchem der Besitzstand deshalb sofort sich vernichten ließe, weil sein Nichtseyn ein-m einzelnen Eigenthümer, oder mehreren Mitbürgern, vortheilhaft seyn würde! —

wieder unter Gutsherren und ihren Hinterlassen ein solcher gegenseitiger Austausch von Gefälligkeiten ein, wenn das gerade darüber urkundliche Festsetzungen vorhanden sind? Die Gefälligkeiten des einen Theils können aus irgend einer Ursache längst aufgehört haben — und der andere sollte auf immer zu den seinigen verpflichtet seyn? <sup>45)</sup> Eine Entschädigung für das Vergangene kann freilich der Verwilligende nie fordern, aber mit schönem Andank wird meistens sein guter Wille belohnt werden, wenn ihm solcher eine verbindliche Last für alle, und somit auch für diejenige Zeit aufladen soll, wo ihm die sonst für gleichgültig erachtete, und nur darum geduldete, Handlung des Andern anfängt beschwerlich zu werden. Die Stimme der Billigkeit kann in diesem Falle so wenig den Verlust des einen, als den Gewinn des andern gutheißen; die Erwerbungsart von Grundgerechtigkeiten durch langen Gebrauch kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht unbedingt in Schutz genommen werden. In einem ungünstigern Lichte erscheint jedoch derjenige, welcher zum Behufe der lange fortgesetzten Ausübung einer Handlung in einem fremden Eigenthume kostbare und dauernde, dabei in die Augen fallende, Vorrichtungen angelegt hat, mit dem Anspruche, daß ihm die Erlaubniß zur Fortübung dieser Handlung auch fernerhin gestattet werde. Denn, gleichwie er seine Absicht auf eine fortdauernde Ausübung seiner Handlung durch die unternommenen, bleibenden und augenfälligen, Anstalten deutlich zu erkennen gibt, so entsteht dadurch auf der Seite des Eigenthümers nunmehr eine dringendere Veranlassung, sich den fremden Unternehmungen, welche offenbar mit der Miene des rechtlichen Anspruches auftreten, sofern er nicht gemeint ist, sich dadurch eine bleibende Last auflegen zu lassen, gleich im Anfange zu widersehen, um durch eine unverwahrte Zulassung den andern nicht zu Auslagen zu verleiten, welche er auf die Gefahr einer widerruflichen Vergünstigung sich nicht so leicht gemacht haben würde. Die Rücksicht in Zulassung solcher in die Augen fallenden Handlungen, zumal wenn solche ununterbrochen fort wirksam sind, artet in eine wahre Fahrlässigkeit des Eigenthümers aus, wenn er dieselbe nicht bei Zeiten durch seinen Widerspruch oder eine Verwahrung unterbricht, und auf seinem gleichgültigen Stillschweigen vollendet

45) Der Beweis bloßer Gefälligkeit stehet jedem offen — auch gibt es eine *clausula rebus sic stantibus*, jedoch in ihren eigenen Rechtsgränzen. Thibaut, in dem Syst. des PR. 5. 21. und 992. G.

gar während einer längern Zeit beharret. Hier also, aber nur hier, mag die Erwerbung von Grunddienstbarkeiten durch langen Gebrauch sich rechtfertigen.

2) Jene Vorschrift des französischen Gesetzbuchs befriedigt auch jede Forderung, die man in practischer Hinsicht an eine gute Legislation machen kann. Es beruhet der Vorzug einer Gesetzgebung vor allem a) darauf, daß ein Gesetz den allgemeinen Grundsätzen des Rechts und der Billigkeit entspreche, dann den Bedürfnissen des geselligen Lebens und den höhern Zwecken des Staatsvereins genüge. Daß aber diese letztere Rücksichten die Erwerblichkeit von Servituten durch langen Gebrauch nicht verlangen, ist im Eingange dieser Abhandlung gezeigt<sup>46)</sup>, und daß jene Grundsätze dieselbe nicht unbedingt in Schutz nehmen, vielmehr durch die beschränkenden Dispositionen des französischen Gesetzbuchs hierunter vollkommen befriediget werden, ist ebenfalls bereits nachgewiesen worden. Von diesen materiellen Vorzügen kann also hier weiter nicht mehr die Rede seyn. Allein ein anderer, nicht minder wesentlicher, Vorzug eines Gesetzes wird b) in der Tauglichkeit desselben bestehen, künftigen Streitigkeiten möglichst vorzubeugen, und die Entscheidung derjenigen, welche dennoch entstehen möchten, möglichst zu erleichtern: Dieser Vorzug wird hauptsächlich durch geschickte Fassung und Zusammenstellung der Gesetze, und durch eine kluge Berechnung derselben auf ihre Anwendung im practischen Leben erreicht werden. Jene Erfordernisse bilden den theoretischen, und führen zu dem practischen Theil der Gesetzgebungs-Wissenschaft und Klugheit.

Jede Gesetzgebung ist gleichsam ein vorsorglicher Friedenstractat zwischen dem beständig widersprechenden und sich reißenden Interesse der Menschen; und wenn auch der ewige Rechtsfriede unter den einzelnen Menschen, wie unter Völkern, ein Ideal bleiben wird<sup>47)</sup>, so ist es doch ein Ideal,

46) Die von Servituten schweigende L. 1. Dig. de usurp. et usuc. schließt nicht aus, daß die Gesetzgebung auch die Erwerblichkeit der Servituten durch Verjährung für nöthig und nützlich halte für das innere Verhältniß der Staatsbürger und deren Besitzthum. Das Gestatten und Reguliren eines solchen Erwerbs von Seiten der Gesetzgebung spricht vielmehr deren Ueberzeugung aus, daß sie ihn billigen und verlangen müsse. G.

47) propter naturalem hominum ad dissentiaendum facultatem. l. 17. §. 6. ff. de recept. arbitr.

dem wir hier, wie dort, beständig uns annähern sollen, und nicht besser uns annähern können, als durch eine zweckmäßige Fassung der Gesetze, die nicht, wie ein trügerischer Friedenstractat, den Keim neuen Zwistes schon in sich tragen <sup>48)</sup>.

Zu den unverkennbaren Vorzügen der französischen Gesetzgebung in der erwähnten Hinsicht gehört die Nothwendigkeit des in den meisten Fällen verordneten schriftlichen, und die möglichste Verdrängung des Zeugenbeweises, dieses zweideutigen Mittels zur Erlangung einer erschöpfenden und vollständigen juristischen Probe, sobald das Beweisthema aus dem Kreise der unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung tritt <sup>49)</sup>, dieser unseligen Quelle und Nahrung endloser Streitigkeiten, welche der feste Buchstabe der Schrift nie veranlaßt, oder leicht gelöst haben würde <sup>50)</sup>. Nach dem französischen Recht sind alle unstätige, und von den stätigen alle nicht in die Augen fallende Dienstbarkeiten, allein durch Ur-

48) Vergl. Gönners Archiv u. s. w. B. 1. S. 117. Mehrere Beispiele werden hier erörtert, in welchen die franzöf. Gesetzgebung obigen Zweck glücklich erzielte.

49) Dann hören auch nach römischem, canon., und teutschem Recht, die Zeugen auf, dieses zu seyn. Durch den Zeugen kann man nur die Thatsache beweisen, welche er mit seinen eigenen äußern Sinnen percipirte, und, als so aufgefaßt, wieder erzählt. Der Zeuge ist eine lebendige Urkunde, und die Urkunde ist ein todter Zeuge. G.

50) Gnade Gott, wenn man immer die Feder hinter dem Ohr, und das Dintenfaß in der Hand oder in der Tasche haben soll! — Das einträgliche Enregistrement hat manche französische Urkunde geschaffen — vielleicht auch, daß die französische Gesetzgebung besondere Gründe hatte, den Zeugen weniger zu trauen, als die teutsche Gesetzgebung dem teutschen Zeugen noch trauet! — Daß es besser sey, ein schriftliches Geständniß des Gegners, von der Obrigkeit bestätigt und beglaubiget, zu besitzen, wer möchte dieses bezweifeln. Allein daraus folgt nicht, daß der Staat wohl thue, wenn er den Zeugenbeweis da abschneidet, wo nicht ganz besondere Gründe das Papier erbeischen. Bei dem Erwerb der Servituten treten deren keine ein. Aus den nämlichen Gründen, welche der Hr. Verfasser oben anführt, könnte man bei allen Rechtsgeschäften den Zeugenbeweis verbannen, und der ganze Staat würde noch zu Papier. G.

funden erwerblich, und nur bei stätigen und augenfälligen Servituten wird eine Erwerbung durch langen Gebrauch zugelassen, und es kann somit auch nur in diesen Fällen von einer Beweisführung durch Zeugen die Rede seyn. Unter den dabei eintretenden Umständen ist auch diese Beweisart weniger bedenklich, oder sie ist vielmehr nur eine Zugabe zu einem schon vorhandenen untrüglichen Beweismittel, dem Augensichere, mit welchem zugleich der Zeugen Aussage ein sicherer Anhaltspunct gegeben ist. Diese Aussage hat sich nun meistens nur über die Zeit der Existenz jener in die Augen fallenden Anstalten näher zu verbreiten, einen Umstand, welcher überdieß nicht nothwendig durch Zeugen erwiesen werden muß, sondern auch noch anderer Beweisarten empfänglich ist. Wenn z. B. ein Dachtraufrecht auf das Grundstück eines andern behauptet wird, und die zu diesem Behufe erforderlichen Vorrichtungen vorhanden sind, so bedarf es in Ermangelung schriftlicher Urkunden zum Beweise der bisherigen Ausübung eines diesfälligen Rechtes lediglich der Nachweisung darüber, daß diese Vorrichtungen seit rechtsverjährender Zeit vorhanden gewesen sind, also über eine reine Thatsache, worüber keine Aussage schwankend oder zweideutig seyn kann. Ganz anders verhält es sich mit der andern Gattung von Servituten, und äußerst schwierig wird hier der Beweis eines langjährigen Besizes derselben. Der Grund hiervon liegt

a) theils schon in dem oben berührten immer schwankenden Begriffe von dem Besitze einer solchen Dienstbarkeit an sich<sup>51)</sup>. Wenn dort in den zur Ausübung der Servitut erforderlichen augenfälligen Anlagen der Zeuge einen festen Halt für seine Aussagen hat, und in der ihrer Natur nach ununterbrochenen Ausübung die Gewißheit von der stäten Fortdauer des Gebrauchs liegt, so gebricht es ihm hier, z. B. bei der servitus viae, actus, itineris. an jedem sichern Leitfaden, und er muß aus einzelnen Vorgängen, die er gesehen, auf das, was er nicht selbst erfahren, schließen<sup>52)</sup>. Seine Aussage wird und muß unbestimmt seyn<sup>53)</sup>, und kann

51) L. 14. §. de servit.

52) Nein! schließen — urtheilen — soll und darf kein Zeuge — sein Schluss — sein Urtheil — ist dem teutschen Recht — eine Nulle. G.

53) Keinesweges! Der Zeuge kann bestimmt aussagen: daß, wann, und wie, er den A. über des B. Grundstück fahren, Vieh treiben, oder gehen sehen — hat er es wirklich mit eige-

ihr Hauptthema, die Art der Ausübung, nicht erschöpfen. Selbst augenfällige Servituten, welche nicht zugleich im Sinn des neuen französischen Gesetzes vom Jahr 688. ununterbrochen wirksam oder stätig sind, entbehren den Charakter der Authenticität zu einer sichern Anleitung des Zeugenbeweises. Die äußern Anstalten zur Ausübung einer angeblichen Grunddienstbarkeit, z. B. der geöffnete Durchgang über das Grundstück eines Nachbarn, können vorhanden seyn, aber es bleibt ungewiß, wer ihn geöffnet habe, zu welchem Zwecke er geöffnet worden sey — der Zeuge kann aus dessen selbst mehrmaligem Gebrauche nicht wissen, ob dieser Gebrauch noch fortdaure, ob solcher während der ganzen Verjährungsfrist ununterbrochen fortgedauert habe<sup>54)</sup>. So dachte wohl auch der Römer zu aller Zeit<sup>55)</sup>. Man darf in der That nur einige Erfahrung in den Gerichtshöfen haben, um sich von der Trügllichkeit des Zeugenbeweises in dieser Materie recht lebhaft zu überzeugen<sup>56)</sup>. Wie gewöhnlich spricht der Zeuge das ihm in den Mund gelegte Zeugniß: „daß dieser oder jener die fragliche Handlung als ein Recht ausgeübt habe“, blind:

---

nen Augen gesehen. Fehlt ihm diese *ratio scientiae*, so ist er in dem Gebiete der langen Verjährung kein Zeuge. Note 52. 54. 56. 57. u. 58. G.

54) Nicht doch! Der Zeuge soll ja nicht über den Zweck der Thür urtheilen, sondern, auf vorgelegte Suggestivfragen, antworten, daß er ein benanntes Subject aus jener Thür heraus, oder durch jenen Eingang, auf des andern Eigenthum gehen sehen, auch wann, und wie oft, er dieses gesehen habe — abermals auf bestimmte factische Fragen. So wie übrigens Ein Zeuge zum Beweis der Verjährung überhaupt nicht hinreicht, so hängt ja die Wirkung der Zeugenaussagen auch noch von deren Umfang und Bestimmtheit der bekundeten Besitzhandlungen ab, von deren Dauer u. s. w. Ueber diese factischen Grundlagen (factische Beweisgründe) reflectirt und urtheilt dann erst das Gericht, ob in ihnen die factischen Bedingungen der gesetzlichen Verjährung liegen. G.

55) Vergl. a. h. L. 14. cit. de serv.

56) Dieses ist nur dann möglich, wann der Begriff, das Wesen, die gesetzliche Qualität, einer Zeugen-Aussage verkannt, oder so dargestellt wird, wie es von dem Herrn Verfasser in der obigen Abhandlung zur Vertheidigung seiner Ansicht geschieht. G.

lings nach 57), ohne zu bedenken, was das heiße, „eine Handlung als ein Recht ausüben“, und wie mancher bequemere Richter schreibt diese Aussage ebenso unbedenklich nieder, und nimmt sie zur Grundlage seines Urtheils 58), ohne zu fragen, woher denn der Zeuge zu jener anmaßenden Behauptung komme—und so werden oft bleibende und nicht selten die wichtigsten Rechte ein Spiel oberflächlichen Urtheils, und das Opfer unbestimmter Gesetze 59).

Ein fernerer Grund, welcher, wie überhaupt den langen Gebrauch als Erwerbmittel von Grunddienstbarkeiten, so insbesondere den Zeugenbeweis zur Bekundung desselben bei allen außer den im neuen französischen Gesetzbuche aufgenommenen Servituten ausschließen sollte, ist

β) die Nothwendigkeit, den Umfang solcher Rechte nach allen Beziehungen genau zu bestimmen, um in deren Ausübung nicht täglich auf neue Schwierigkeiten zu stoßen. Diese Bestimmung ist überflüssig bei stätigen und augenfälligen Servituten. Die ihrer Natur nach ununterbrochene Fortdauer der Ausübung bedarf keiner Zeitbestimmung, und die AnLAGEN, welche der Gebrauch derselben erfordert und voraussetzt, bezeichnen zugleich die Grenzen ihres Umfangs. Unstätige und nicht in die Augen fallende Servituten sind dagegen sehr abweichend, sowohl hinsichtlich der Zeit der erlaubten Ausübung, als überhaupt der Art und des Umfangs derselben. Soll eine Erwerbung dieser Rechte durch langen Gebrauch statt finden, so muß auch strenge auf dem Grundsätze bestanden

57) Wohl! wenn der Zeuge blindlings nachspricht: „die Handlung sey als ein Recht ausgeübt worden“, so ist und bleibt er hierunter für den juristischen Richter ein blinder Zeuge, von welchem sich nur ein Richter führen läßt, welcher noch blinder ist, als jener Zeuge. G.

58) Dann ist der Richter nicht bloß bequem, sondern ein blinder Ignorant, welchen man von dem Richterstuhl, als dessen unwürdig, hinwegjagen muß. Thatsachen, d. h. äußere Handlungen, die er sahe, wörtliche Aeußerungen, die er hörte, soll der Zeuge aussagen. Ob nun diese Handlungen und Aeußerungen die gesetzlichen Merkmale und Bedingungen eines Rechts sind, das soll und darf der Richter nicht von dem Zeugen lernen, sondern aus dem Gesetzbuch. G.

59) Die Unwissenheit der Richter wäre es, welche das Recht gefährdet — nicht die Gesetze sind hiervon der Grund. G.

werden: in tantum praescriptum, in quantum possessum. Wie ungemein wird aber dadurch die Schwierigkeit des Beweises einer solchen Verjährung vermehrt? Nehmen wir hier wieder die Huthungsgerechtigkeit als Beispiel. Zeit und Dauer, Ordnung der Huthung, Anzahl und Art des vorzutreibenden Viehes, erfordern die sorgfältigste Bestimmung<sup>60)</sup>, welche, um allen Anstoß in der Ausübung zu beseitigen, wohl nur durch urkundliche Festsetzungen erzielt werden kann. Denn, welche umständliche Genauigkeit muß ein Zeuge in seine Beobachtungen und Aussagen legen, wenn sie zu diesem Zwecke erschöpfend seyn sollen<sup>61)</sup>, wie selten wird hierunter eine völlige Uebereinstimmung in mehreren Zeugenaussagen statt finden, und wie wenig tauglich werden sie meistens zu einer sichern und gerechten Grundlage einer umfassenden Norm für die Zukunft seyn!<sup>62)</sup> Zwar suchen die Gesetze in dieser Hinsicht durch allgemeine Vorschriften in Ermangelung ausdrücklicher speciellen Bestimmungen nachzuhelfen, wie z. B. in dem allgem. preuß. Landrecht, Thl. I. tit. XXII. hinsichtlich aller Grundgerechtigkeiten, und in dem §. 80. ff. daselbst hinsichtlich des Huthungsrechtes insbesondere geschieht; allein jene allgemeinen Vorschriften sollen ihrer Bestimmung nach doch nur subsidiarisch seyn, und bei einer Erwerbung der Grundgerechtigkeiten durch langen Gebrauch wird es doch immer zuerst auf den Besitz oder auf den Umfang der bisherigen Gebrauchsweise ankommen, und eben von der Schwierigkeit eines sichern Beweises der bisherigen einformigen Gebrauchsweise ist hier die Rede. Selbst aber durch die Anwendung jener für den Fall ermangelnder speciellen Bestimmungen ertheilten allgemeinen Vorschriften ist die Ungewiß-

60) Dafür muß die Gesetzgebung Sorge tragen. Sie bestimmt den Begriff und den Umfang der einzelnen Arten der Servituten, und diese Bestimmung für das Allgemeine sichert Friede und Entscheidung weit mehr, als der Regel nach die Urkunde, die doch auch nicht alles haarklein aufzählen kann, ohne den Stoff zu Streitigkeiten lastig zu vermehren.

61) Man sehe Note 52. 53. 54. 56. 57. 58. G.

62) Dieses alles würde zur Verhinderung, nicht aber zur Beförderung der Servituten, oder zu deren leichtern Beweis durch Zeugen führen. Können diese solche Besitzhandlungen nicht aussagen, wie solche das Gesetz zu dem Daseyn der Verjährung fordert, gut, so ist die Servitut nicht bewiesen, und der Eigenthümer frei von ihrer Last. G.

heit noch lange nicht gehoben. Der §. 90. a. a. D. des allgem. preuß. Landrechts z. B. will die Anzahl des vorzutreibenden Viehes nach dem Maßstabe der Menge bemessen wissen, welche man mit dem von den berechtigten Grundstücken gewonnenen Futter durchwintern kann; häufig aber wird gerade darüber ein Zweifel entstehen, welches dann die berechtigten Grundstücke sind, die das Recht durch Verjährung erworben haben, und deren Umfang sich durch Kauf, Tausch, und ähnliche Besitzveränderungen während dem Laufe der Verjährungsfrist, mehrmals geändert haben kann. Ähnlichen Zweifeln wird ferner immer der Fall unterliegen, wenn eine ganze Communität eine Grunddienstbarkeit durch Verjährung erworben haben will, und zu diesem Behufe sich auf die während der Verjährungszeit von einzelnen Gemeindegliedern ausgeübte Gebrauchshandlungen bezieht. Wie soll dieser Gebrauch einzelner Gemeindeglieder einen Besitz der ganzen Communität begründen, welche Qualifikationen der Gebrauchsweise werden erfordert, um solche zur Begründung eines Besitzes der ganzen Gemeinde zu erheben? Von welchem Zeitpunkte an entsteht aus den Besitzhandlungen einzelner Mitglieder einer Gemeinde der Besitz der ganzen Communität? Es wäre doch wahrlich eine mit nichts zu rechtfertigende Härte, unbedingt der Duldung solcher einzelnen Besitzhandlungen die Kraft der Erwirkung eines Gemeinbesitzes zu stehen zu wollen. Ich erinnere mich eines Rechtsfalles, da von Seiten des Verpflichteten wider die verjährungslustige Gemeinde behauptet wurde, „daß, um einen solchen Gemeinbesitz zu erwerben, die ganze Gemeinde, ihr Vorsteher an der Spitze, von der strittigen Gerechtigkeit hätte Besitz ergreifen müssen“, und ich getraute mir, die Rechtmäßigkeit dieses Verlangens eher durchzusetzen, als die unbedingte Behauptung der oben erwähnten entgegengesetzten Meinung. Auch wurde in judicando wenigstens in soweit darauf Rücksicht genommen, daß die angeblich verjährte Grundgerechtigkeit nur auf die dermaligen Gemeindeglieder, oder vielmehr, da die Grundgerechtigkeiten an dem Grund und Boden, nicht an der Person des Besitzers kleben, auf die Besitzer der dermaligen Gemeindegrenze beschränkt wurde<sup>63)</sup>. Nehme man ends

63) Was insonderheit dazu gehöre: a) „durch Besitzhandlungen die Verjährung gegen eine Gemeinheit als corpus zu begründen,“ oder b) „wie eine moralische Person besitzen, und durch Besitz erwerben könne,“ das lehren bekanntlich eigene Rechtsprincipien.

lich das bereits oben erwähnte Beispiel, daß jemand einem Nachbar nur so lange, als er selbst sein Vieh auf einen ihm eigenthümlichen Platz getrieben, die Mithütung verstatet habe, nunmehr aber selbst von der Hütung keinen Gebrauch mehr machen will, ist er nun, der Modification des fremden Besitzes auf eine bloße Mithütung ungeachtet, verbunden, sich die fernere alleinige Ausübung des Fremden gefallen zu lassen? <sup>64)</sup> Solche und ähnliche Zweifel folgen nothwendig aus der mehr oder minder schwankenden und unbestimmten Natur des Besitzes jeder nicht stätigen und nicht in die Augen fallenden Servitut, und werden glücklich von einer Gesetzgebung vermieden, welche dergleichen Gerechtigkeiten nur durch urkundliche Festsetzungen, mit Ausschluß der Erwerbung durch bloßen langen Gebrauch, entstehen läßt.

Endlich dürften diese Vorschriften

3) dem Geiste der Römischen Gesetzgebung über diese Materie sich mehr nähern, als es nach der gewöhnlichen Darstellung derselben scheinen möchte. Diese Materie gehört offenbar unter die schwierigern der Römischen Rechtstheorie, weil die Gesetzgebung über dieselbe sich nicht gleich geblieben ist, und mehrmals gewechselt hat. Die Auffindung der neuesten Rechtsgrundzüge wird aber dadurch um so mehr erschwert, als in die Römische Gesetzesammlung Gesetze aus allen diesen verschiedenen Rechtsperioden aufgenommen worden sind. Nach meinem Ermessen waren jene scharfsinnigen Juristen damals auf dem richtigen Wege, als durch ein ausdrückliches Gesetz der Grundsatz aufgestellt wurde: *ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint* <sup>65)</sup>, wovon Paulus an dem oft angeführten Orte <sup>66)</sup> den treffenden Grund angibt, „weil die Servituten keines sichern und ununterbrochenen Besitzes fähig seyen“. Dieser für das Unpassende der Erwerbssart durch langen Gebrauch auf solche Servituten wenigstens, welche ihrer unstätigen Natur nach keine conti-

64) Gewiß wäre es mit einer guten Gesetzgebung unverträglich, den nicht precario erlangten Besitz der Mithut von einer öconomischen Speculation des Eigenthümers des Grundstücks abhängig zu machen. Will er eine Benutzung unterlassen, so mag er es thun. Zu tausend Chikanen aber würde es führen, dürfte jener Eigenthümer das Gesetz aussprechen: „da ich nicht so benutzen will, so sollst du auch nicht benutzen.“ G.

65) L. 10. §. 1. ff. de usurp. et usuc. l. 4. §. fin. ff. eod.

66) L. 14. ff. de servit.

nürrliche und einförmige Ausübung zulassen, auch völlig entscheidende Grund unterliegt daher dem wegwerfenden Urtheile nicht, welches Glück<sup>67)</sup>, nach Anleitung früherer Autoritäten, darüber fällt. Der nämliche Grund war es vielmehr, warum angesehenen Civilisten die *servitutes discontinuas* selbst nach den Vorschriften der Römischen Gesetze nur durch eine unvordenkliche Verjährung in Ermangelung eines Titels erwerben lassen wollten, oder vielmehr, da der Besitz, *cujus memoria non extat*, nur mißbräuchlich unter dem Namen der Verjährung erscheint, welche immer einen Erwerb durch einen bestimmten Zeitablauf voraussetzt, dieselbe von dieser Erwerbart ganz ausschloß<sup>68)</sup>. Diese Meinung war auch nach dem Zeugnisse eines Gail, Wynsinger, Eramer u. a. bei dem ehemaligen Reichsgerichte geltend, und hat in dem Baierschen Civilgesetzbuche P. II. c. VII. §. 5. ausdrückliche gesetzliche Kraft erhalten. Hier wird nämlich gleichfalls zwischen *servitutibus continuis* und *discontinuis* ein Unterschied gemacht. Jene, die *servitutes continuae*, werden unter Anwesenden binnen zehn, unter Abwesenden binnen 20 Jahren verjährt, sofern hierbei entweder ein hinlänglicher Ankunftsstitel, oder, daß der Gegentheil solches gewußt und gestattet habe, hinlänglich bewiesen werden kann. In vierzigjähriger Präscription bedarf man jedoch bei diesen *Servituten* weder den Titel, noch die gegentheilige *scientiam et patientiam* darzuthun. *Servitutes discontinuae* hingegen verjähren sich eher nicht, als nach unvordenklicher Zeit, ausgenommen, wenn man nebst einem tauglichen Titel auch *scientiam et patientiam* beweisen kann, in welchem Falle die Verjährung von resp. 10 und 20 Jahren statt findet. Uebrigens wird diesen gesetzlichen Bestimmungen noch ausdrücklich hinzugefügt, »daß bei allen Verjährungs-

67) in der Erläut. der Pand. nach Hellf. B. 9. S. 112.

68) At alii — sagt *Mevius*, in Decis: Tit. II. P. IX. Dec. 164.— *nimis durum et iniquum* putarunt, ut dominus, qui ex jure domini fundatam intentionem habet, *servitute perpetuam* ideo tolerare cogatur, quod per illud tempus alter fundo suo usus sit, cum id seu vi, seu clam, seu vicinitatis jure, seu familiaritatis causa fieri potuerit, visumque nec *cum bona fide* aliquem, qui ejus titulum non habet, hoc posse 30 annis praetendere, ideo nec praescribere. Non aliter igitur praescriptionem sine titulo admiserunt, quam si per tempus, *cujus initii non extat memoria*, quis *servitute discontinua* usus esset.

gen der Dienstbarkeiten ohne Unterschied erfordert werde, daß man sich derselben in Meinung, eine rechtliche Befugniß dadurch zu erlangen, jure servitutis bedient habe“, welches jedoch niemals präsumirt wird, sondern bewiesen werden muß, es sey denn bereits ein langer, wenigstens zehnjähriger, Gebrauch vorhanden, in welchem Falle der Gegentheil den Beweis des Precarii übernehmen muß. Die Kreitmayerschen Noten zu dieser Gesetzesstelle beweisen, daß man dabei im Allgemeinen die Vorschriften des gemeinen Rechts und den dießfälligen besonders reichsgerichtlichen Gerichtsgebrauch zum Grunde gelegt habe; allein, daß auch diese gesetzlichen Unterscheidungen nicht alle legislative Bedenklichkeiten heben, ergibt sich aus dem, was oben ausgeführt worden.

Und der nämliche Grund ist es auch, welcher, wie uns die Discussionen über das neue französische Gesetzbuch belehren, die Verfasser desselben veranlaßte, die Erwerbbarkeit durch langen Gebrauch hinsichtlich unstätiger Servituten für ganz unzulässig zu erklären, und selbst zu dem Erwerbe von stätigen einen längern Gebrauch zu erfordern, als sonst zu dem Erwerbe des Eigenthums einer Sache vonnöthen ist <sup>69)</sup>.

Obgleich ferner die spätere römische Gesetzgebung von dem Grundsatz des Scribonischen Gesetzes wieder abweiche, und dem Erwerbe durch langen Besitz auch bei Servituten den Eingang eröffnete, so ist es doch auffallend, wenn die Gesetze <sup>70)</sup> hierunter meistens auf Beispiele sich beziehen, wo von Servituten die Rede ist, welche stätig und mit in die Augen fallenden Anstalten verbunden sind, sich wegen der dabei eintretenden Oeffentlichkeit des Besitzes, wie gezeigt worden, weit unbedenklicher zu einem Erwerbe durch langen Gebrauch eignen, und daher auch allein von dem französischen Gesetze zu dieser Erwerbbarkeit zugelassen wurde. Wenn nun gleich diese Beschränkung bei der allgemein lautenden Vorschrift anderer Stellen, welche die Acquisition der Servituten durch langen Gebrauch ohne Ausnahme zu lassen, sich nach dem buchstäblichen Inhalt der Gesetze nicht wohl rechtfertigen lassen möchte, so ist sie doch dem Geiste der früheren und bessern Gesetzgebung angemessener, gegen welche die Erwerblichkeit der Servituten durch langen Besitz nur allmählig

69) *Maleville*, Analyse raisonné de C. N. T. II. pag. 140 sq.

70) L. 2. Cod. de servit. et aqua. L. 10 ff. si servit. vind. L. 1. 20. pr. de serv. praed. urb.

eindringen konnte <sup>71)</sup>. Eine Revision dieser Gesetze wäre daher sehr ersprießlich, und eine Nachahmung der desfallsigen französischen Gesetze scheint mir, aus den angeführten Gründen, dem Gemeinwohl sehr zuträglich zu seyn.

## XII.

Einiges \*) über die Restitutionen in dem Gange des Civilprocesses, insonderheit gegen eröffnete, dem Ablauf der Zeit nach rechtskräftige, richterliche Entscheidungen.

Von Gensler.

### §. 1.

Will man sich in dem Gebiete derjenigen Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand — *restitutio in integrum* — welche als der Anfang des Processes, in dessen Lauf, und nach seiner regelmäßigen Beendigung,

71) Diese Meinung, nach welcher man zwischen *continuis* und *discontinuis servit.* unterscheiden sollte, ist sehr alt, aber nachher leider wieder fast untergegangen. S. *Donellus* in *Comment. Lib. XI. cap. II.*

\*) Eine erschöpfende Darstellung, als reine Geburt meines eigenen Ideengangs, möchte ich nicht wagen, wäre mir auch Zeitmangel kein unübersteigliches Hinderniß. Meine Bemerkungen sind daher mehr Bruchstücke, auch großen Theils Hindeutungen auf meiner Ansicht bereits vorausgegangene Beleuchtungen. Aufrichtig gestehe ich, daß die unselige Mischung des römischen, päpstlichen, und teutschen Rechts hierunter oft einen Schleier vor meinen Blick ziehet, durch welchen ich noch zur Zeit weniger klar sehe, als Andere ihrem Geistesauge wohl zutrauen. Soll ein aus dreierlei, so ziemlich heterogenen, Gesehgebungen zu-

unter dem Namen eines außerordentlichen Rechtsmittels erscheinen kann, nicht ganz verwirren und verwirren, so muß man voran unterscheiden <sup>1)</sup>:

1) das rescissorische, oder die Rescission vorbereitende, als Klage, Einrede, Replik und Duplik, sich darstellende, Rechtsmittel gegen *a u ß e r g e r i c h t l i c h e* <sup>2)</sup> verlegende Rechtsgeschäfte <sup>3)</sup>, und gegen den Ablauf der Verjährung. Die Theorie dieser Restitutionsen, welche das römische Recht zur beinahe ausschließlichen Quelle hat <sup>4)</sup>, und ohne geschichtliche Entwicklung ein todttes Chaos bleibt, ist nicht Gegenstand der Theorie des gerichtlichen Verfahrens <sup>5)</sup>, sondern Sache der Romanisten <sup>6)</sup>. —

---

zu beurtheilendes, mit deren noch mehr verschiedenen Proceßformen zusammenhängendes, Rechtsmittel in einer für die practische Anwendung in den teutschen Gerichten erforderlichen Reinheit und Consequenz dargestellt werden, so bedarf es voran ein tiefes Studium jener Gesetzgebungen in Rücksicht auf die processualischen Restitutionsen, vorzüglich aber einer geschichtlichen Entwicklung der römischen Restitutionsen *ü b e r h a u p t*. Mir scheint es, in diesem Punkt habe auch die römisch-geschichtliche Rechtsschule noch manchen Schutt hinwegzuräumen.

- 1) In den obersten Principien hießen alle Restitutions-*Arten* zusammen; daher findet man in der *Doctrin* häufig auch alle verschmolzen und durcheinander. Vergl. z. B. Glück in der *Erklärung* der *Pand.* §. 431 ff.
- 2) In dem Gegensatz, welcher alles *a u ß e r g e r i c h t l i c h* nennt, was seinem Ursprung nach vor Gericht nicht streitig war, mit Inbegriff der *actus voluntariae jurisdictionis*. Meine *Anleitung zur gerichtl. Praxis*. Heidelb., 1820. §. 3. nr. 2. p. 4. f.
- 3) Nicht aber *contra sententiam judicis*. Vergl. *Cod. Just.* L. 2. Tit. 18. sqq.
- 4) Die deshalbigen Verordnungen des päpstlichen Rechts sind nur *Bestätigungen* und *Ausdehnungen*.
- 5) Die *Kenntniß* der einzelnen Klagen u. s. w., als *Rechtsverfolgungs-Mittel*, ist in der *Proceßtheorie* vorauszusetzen. *Martin*, in dem *Lehrb. des teutschen gem. Proc.* §. 84.
- 6) *E. Thibaut*, in dem *System des Pandecten-Rechts*.

2) die Restitution gegen Versäumnisse und Versehen in den Verhandlungen eines gerichtlichen Rechtsstreites — gegen Verabsäumung der Fristen und Tagfahrten u. dgl. — m. a. W., gegen Nichtbeobachtung der positiven u. Formessentialien des bürgerlichen Processes. Diese Restitution ist zu den *remediis contra sententias* eben so wenig zu zählen, als die unter No. 3. §. 118. erwähnte Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand, indem sie der Regel nach vor ertheilter Sentenz gebeten wird, und selbst dann, wann ein richterliches Decret das Daseyn eines Versäumnisses und den Eintritt dessen Rechtsnachtheils bereits ausgesprochen hätte, nun aber erst, vor oder nach abgelaufener zehntägiger Nothfrist, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand imploirt würde, dieses Gesuch dennoch nicht sowohl auf jenes Decret sich beziehet, und dieses als materiell oder formell ungerecht anspricht, als vielmehr das anerkannte, jedoch gesetzlich verzeihliche, Versäumniß und dessen Beseitigung zum Gegenstand hat, so daß jenes Decret nur folgeweise außer Wirkung treten soll. Es ist diese Restitution wohl lediglich nach der prätorischen des römischen Rechts zu beurtheilen. Sie setzt, wie die unter 1), außer der *causa restituendi*, z. B. Minderjährigkeit, Abwesenheit u. s. w., eine nicht selbst verschuldete, auch nicht unbedeutende, *laesio* des Imploranten voraus <sup>7)</sup>, und wird daher, obgleich schon das Versäumniß an sich die Natur einer Rechtsverletzung hat <sup>8)</sup>, doch dann nicht ertheilt, wann es bereits als rechtsgewiß <sup>9)</sup> vorliegt, daß auch die ertheilte Restitution die Sache des Im-

---

§. 1001. ff. und §. 1046. ff., nebst den dort angezeigten Gesetzen und Schriften.

7) Thibaut, a. a. D. §. 1002.

8) Wernher, in sel. obs. for. P. 5. obs. 82.

9) Ist es zweifelhaft, so wird das Daseyn der *laesio* voran geprüft. Martini, a. a. D. §. 268.

ploraten nicht verbessern, sie also eine fruchtlose Verfügung des Gerichts seyn würde <sup>10)</sup>.

Insonderheit greift hier die Frage ein: ob der *pars litigans* gegen das Versehen seines Beistandes in den vorigen Rechtsstand wieder einzusetzen sey? Nach R. R. war die Nachlässigkeit eines Procurators, Vormundes u. dgl., kein Grund, wider den Gegner Restitution zu verlangen, sondern selbst der Pflēgbefohlene mußte zunächst Entschädigung von seinem Vormund suchen, und erst wenn dieser das Interesse zu leisten nicht vermochte, konnte jener zur Restitution wider den Gegner Zuflucht nehmen <sup>11)</sup>. Die L. 1. §. 2. Dig. 2. 3. verordnet nur soviel: „im Fall der Procurator, Tutor oder Curator, zur Verhinderung der Justizpflege eine solche Handlung bössabsichtlich unternimmt, welche die Gesetze mit einer Strafe bedrohen (*poenali iudicio*), so soll die Strafe nicht den Principal treffen, sondern nur den Procurator, Curator oder Tutor.“ Von Versäumnissen im Vortrag der Rechtsnothdurft ist also in jenem Gesetz gar nicht die Rede <sup>12)</sup>. Der Volljährige hatte nicht einmal jenes subsidiarische Recht, wenn nicht ein anderer Restitutionsgrund, z. B. eigene Absentia, oder ein *dolus adversarii*, hinzutrat <sup>13)</sup>. In Rücksicht auf die säumigen Vormünder schrieben die teutschen Gesetze vor: selbige sollten ihrer Versäumnisse wegen bestraft, den Pflēgbefohlenen hingegen ihre Unthätigkeit nicht zum Nachtheil

10) *Leyser*, in *medit. ad Pand. spec.* 64. *medit.* 9. Meine Anleitung zur ger. Praxis. §. 19. Note 48. *Laesion* allein reicht nicht aus, sondern beides, *laesio et causa specialis restitutionis*, muß *cumulativ* vorhanden seyn. *Wernher*, in *sel. obs. for.* P. 3. obs. 112.

11) L. 5. Dig. 42. 5.

12) Vergl. a. L. 1. §. 1. Dig. 2. 3.

13) L. 13. §. 11. Cod. 3. 1. L. 16. §. 1. et 2. Cod. 4. 21. L. 5. Dig. 42. 5. L. 26. §. 9. Dig. 4. 6. L. 7. §. 9. Dig. 4. 3. L. 8. §. 1. Dig. 17. 1.

angerechnet werden <sup>14)</sup>. Dieses analog auf die Procuratoren anzuwenden, läßt sich an sich nicht rechtfertigen. Weil jedoch nach unserer Gerichtsverfassung a) die Parteien der Regel nach genöthiget sind, einen derjenigen Procuratoren zu wählen, welche der Staat selbst aufgestellt hat, folglich die römischrechtliche Wahl eines beliebigen Procurators hinwegfällt, und da b) diese öffentlichen Procuratoren keine Caution bestellen, mithin die Partei in Ansehung einer Klage wider den Procurator immer gefährdet ist; so nahmen nicht wenige Spruchcollegien und Gerichtshöfe die Meinung an: „auch ob negligentiam procuratoris publici könne die Partei restit. in integrum verlangen, wenn sie nur nicht selbst *in culpa* sey, und die ihrer Seite nöthig gewesene Thätigkeit, z. B. die Vollmächtserteilung, Instruction u. dgl., entweder beiseineige, oder eidlich erhärte <sup>15)</sup>. Zu dieser Meinung bekannte sich auch das Reichskammergericht im Jahre 1786. durch ein *dubium camerale* <sup>16)</sup>, berichtete auch deshalb an die Reichsversammlung zur Beflüchtigung, allein es blieb der Bericht ohne Resolution, obgleich auch der Reichshofrath der nämlichen Meinung beitrug. Da jedoch jene Ansicht des Kammergerichts, diese selbst als gemeinen Bescheid betrachtet, gesetzliche Kraft nicht haben kann, indem ein materielles Rechtsprincip dabei zum Grunde liegt, so blieben die Meinungen der Rechtsgelehrten noch immer getheilt, und sind es bis jetzt <sup>17)</sup>. Aus den Gründen jener kammergerichtlichen Meinung folgt aber von selbst, daß wenn eine Partei einen nicht öffentlich angestellten Beistand

14) R. Deput. Absch. v. J. 1600. §. 95.

15) E. Gönner, in dem Handb. Thl. I. Abh. 22.

16) E. den Abdruck in Bergmanns Corp. jur. judic. germ. S. 484. f.

17) Vergl. Danz, in den Grundf. des ord. Proc. §. 43. Glück, a. a. D. §. 472. ibi all. Martin, a. a. D. §. 80.

wählt, oder einen auswärtigen, alsdann auch das N. N. zweifellos anwendbar bleiben muß.

Von dem Advocaten als solchem sprechen aber weder die römischen noch die teutschen Gesetze, und es ist offenbar ein Mißgriff, wenn man in dieser Streitfrage den Procurator und den Advocaten verwechselt, und dabei auf legten dasjenige anwenden will, was die römischen Gesetze lediglich in Rücksicht auf den Fehler des Procurators als solchen verordnen, ja wenn man auf diesem Irrweg sogar von einer *restitutio ob factum advocati* spricht, statt von einer *rest. ob factum procuratoris*. Sind auch diese zwei Nebenpersonen in einem Subject vereinigt, so bleiben doch die Begriffe, die Qualitäten, und der Geschäftskreis, beider Subjecte in einer physischen Person immer getrennt, und dürfen von der Doctrin nicht verschmolzen werden<sup>18)</sup>. Wenn daher die versäumte Handlung von dem Advocaten als solchem zu vollziehen war, wenn dieselbe zur Herstellung die Qualität eines Advocaten, d. h. doctrinelle Rechtskenntniß, erforderte, so gebürt dem Klienten zum wenigsten direct die Restitution, wäre auch jener säumige Advocat zugleich Procurator. Was der Advocat nicht fertigte, z. B. die Beweisantretungsschrift, das kann der Procurator nicht überreichen<sup>19)</sup>.

Eben weil die unter nr. 2. bezeichnete Restitution zu den *remediis contra sententias* nicht gehört, veranlaßt ihre *Implication* nur eine *cognitionem judicis*, wobei die Wahrheit der *causa restitutionis*, ist diese *causa* an sich *legalis*, nur einer Bescheinigung bedarf, und wohl durch eine eidliche Erhärtung des Imploraten hergestellt wird. Ja

18) arg. §. 4. Inst. 2. 18. L. 30. §. 1. Dig. 5. 2. L. 22. Dig. 24. 9.

19) Vergl. m. Anleitung zur juristischen Praxis. §. 4. Note 23. S. 12.

das Gericht ertheilt sie wohl *ex officio*, sieht es voraus, *causa et laesio* liegt liquid vor, und die Imploration um derselben Ertheilung würd: sobald erfolgen, als das Gericht, ohne Rücksicht auf ihre actenmäßigen Bedingungen, das strenge Recht auf den entschuldbar Verletzten anwenden wollte<sup>20)</sup>. Das canonische Recht<sup>21)</sup>, so wie die teutschen Prozeßgesetze<sup>22)</sup>, kennen sie, ohne eine Abänderung der deshalbigen römischen Rechtsprincipien zu verordnen<sup>23)</sup>. Auf jene summarische Beleuchtung des Grundes und der Verletzung, und auf jene ohne Umschweife erfolgende Ertheilung der Restitution, beziehet sich auch die Benennung: *restitutio brevis manu* —

3) die Restitution *contra rem judicatam* — bezweckend die Rescission eines richterlichen ~~Decretes~~ Erkenntnisses<sup>24)</sup>, welches nicht nur der Zeit nach rechtskräftig, sondern auch den Acten und Rechten in soweit angemessen ist, daß jenes weder als unheilbar nichtig, noch als positiv nichtig, angesehen werden kann<sup>25)</sup>. Von dieser Restitution soll hier vorzüglich die Rede seyn, wiewohl ich weder strebe, noch mir anmaße, alle ihre Falten zu entwickeln.

20) Thibaut, a. a. O. S. 1004. Glück, Erläuter. der Pand. S. 432.

21) Cap. 2. 3. 4. 7. X. 1. 41.

22) B. B. Reichsdep. Abich. v. J. 1600. S. 86.

23) Abgesehen von dem, was oben wegen der Versäumnisse der Nebenpersonen gesagt wurde, jedoch zur Reife nicht gediehe. Manche Landesgesetze bestätigen sogar auch deshalb das römische Recht, wenigstens zum Theil, z. B. die Schwarzb. Rudolfs. Freerford. v. J. 1704. P. 1. Tit. 3. S. 13.

24) Die Interlocutiones *mixtas* nach can. und teutschen mit inbegriffen. R. D. A. v. J. 1600. S. 138. Niedese!, Srhr. zu Eisenbach, Vortr. an den vollen Rath des R. Kammerger. Jena 1791. No. II. S. 2.

25) Nach den Begriffen der Nichtigkeit, welche ich in meinem Handbuch zu Martini's Lehrb. des b. Pr. Abh. 3. S. 47. ff. aufgestellt habe.

Nur denen suche ich dadurch zu nützen, deren Lage es nicht erlaubt, selbst in das Innere einzudringen.

§. 2.

Siehet man — den Blick auf die *rest. contra rem judicialam* beschränkt — zunächst hin

1) auf das römische Recht, so verordnet dieses folgendes:

1) Wenn das Erkenntniß auf die Aussagen bestochener Zeugen gegründet sey, so werde Restitution ertheilt<sup>26)</sup>, und sey der Beweis mit fälschlichen Urkunden — *falsis instrumentis* — geführt, so sey der Verurtheilte *ex integro* zu hören<sup>27)</sup>. Da nun diese Gesetze nicht zu dem *jus honorarium* gehören, so sind dreißig Jahre als die Verjährungszeit anzunehmen<sup>28)</sup>. Ob nicht die Gesetze des *Codex* mehr eine Nullität des Erkenntnisses im Auge haben, als dessen Rescission durch Restitution<sup>29)</sup>, mag dahin gestellt bleiben.

2) Wäre eine Rechtsache durch einen richterlichen Eid entschieden, und der Besiegte finde nachher *nova instrumenta*<sup>30)</sup>, d. h. die, als *tempore litis pendentis et probationis* producirt, den gesetzlichen Eid entbehrlich und unzulässig gemacht haben würden, so sey derselbe *ex integro* zu hören<sup>31)</sup>. Von der Entscheidung durch

26) L. 33. Dig. 42. 1.

27) L. 1. sqq. Cod. 7. 58. Hierzu ist aber auch zu rechnen, wann bestochene Sachverständige ein fälschliches Gutachten ertheilt haben, arg. L. 1. Dig. 22. 4.; obnehin fälschliche Protocolle; dergleichen ein wirklicher Meineid, L. 13. Cod. 4. 1., nicht aber die Entdeckung, daß ein *juramentum delatum* aus Irrthum, *bona fide*, gegen die Wahrheit abgeschworen wurde. L. 1. Cod. 4. 1. L. 31. Dig. 12. 2. L. 21. 22. Dig. 4. 3.

28) Thibaut, v. Verj. u. Verj. Thl. 2. §. 49.

29) Handb. zu Martij B. 1. S. 403. Note 378. mit S. 49. Nach deutschem Proceß wird man die *querela nulli. insanab.* in obigen Fällen für vollbegründet achten. Vergl. auch Nro. 3.

30) Vergl. L. 1. D. cit. 22. 4.

31) L. 31. Dig. 12. 2.

einen Notheid<sup>32)</sup> abgesehen, sollte durch instrumenta noviter reperta die Rechtskraft nicht angefochten werden können<sup>33)</sup>, wenn nicht ein negotium publicum, i. e. causa publica, der Gegenstand des Rechtsstreits wäre<sup>34)</sup>. Nimmt man das negotium publicum nur als Beispiel einer causa restitutionis, so folgt, daß, wenn irgend eine andere causa restituendi<sup>35)</sup> mit dem Auffinden neuer Beweismittel sich vereinigt, alsdann Restitution erteilt werden soll<sup>36)</sup>; und es würde sich dann nur fragen: »ob dieser unterstützende, wohl auch für sich allein ausreichende, Restitutionsgrund (nr. 3.) in Verbindung mit jenem Auffinden auch nach dem Abfluß von vier Jahren noch geltend gemacht werden könne; wenn er, für sich allein betrachtet, als prätorisch, in das Quadriennium gebannt war.« Denn die L. 31. Dig. 12. 2. ist ein Civilgesetz, und die in solcher nachgelassene restitutio contra rem judicatam konnte also binnen dreißig Jahren gesucht werden<sup>37)</sup>. —

3) Der tempore rei judicatae Minderjährige<sup>38)</sup> soll, vermöge dieses Zustandes, berechtigt seyn, Restitution contra rem judicatam zu suchen<sup>39)</sup>. Daher ziehet man aus

32) Archiv für die civil. Praxis. B. 1. S. 51.

33) L. 35. Dig. 42. 1. v. *quanquam* rel. *oporteat*. mit L. 4. Cod. 7. 52.

34) L. 35. cit. v. *tamen in negotio publico*.

35) Ob auch *laesio enormis* dahin zu zählen sey? s. Thibaut, §. 1254. ibi all. Corceji und Hofacker.

36) Auch hierauf kann sich das *exemplo grave est* in der L. 4. cit. Cod. 7. 52. beziehen. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. B. 5. §. 432. S. 398. Vergl. a. L. 2. Cod. 2. 44.

37) Thibaut, a. a. D. v. B. und W. S. 134.

38) Folglich alle, welchen man die Rechte der Minderjährigen zutheilt, z. B. die Kirche und andere moralische Personen. Thibaut, a. a. D. §. 1009.

39) L. 1. 2. 4. et 5. Cod. 2. 27. L. 16. §. 5. Dig. 4. 4.

bedeudend das Princip: alle prätorische Restitutionsgründe seyen zur Anfechtung der *res judicata* anwendbar <sup>40)</sup>. Nimmt man hierbei an, eine Partei sey in dem Proceßgange aus gerechter Furcht oder durch Zwang, oder Betrug, bewogen worden, eine Handlung zu vollziehen, oder zu unterlassen, in deren Gefolge ihr Etwas nicht zuerkannt, oder sie verurtheilt wurde, so ist um so weniger zu bezweifeln, daß sie aus jenem Grund nachher Restitution gegen jenen Rechtspruch verlangen könne; da, nach erloschenem Unterschied zwischen *negotii stricti juris et bonae fidei*, jene *vitia* des freien Willens eine Nullität produciren, und es keinen gegründeten Zweifel leidet, daß die deutschrechtliche *querela nullitatis* in jenen Fällen statt finde <sup>41)</sup>. Die Verurtheilung einer abwesenden, nicht ungehorsamen, Partei ist offenbar nichtig <sup>42)</sup>; und auch vorausgesetzt, die Publication des Urtheils erfolge zwar auf rechtsgültige Verhandlungen; jedoch ohne vorgängige Ladung an sie, und also insoferne in ihrer Abwesenheit, so ist es doch für die *ad audiendam sententiam* nicht geladene Partei so lange nicht vorhanden, als es solcher nicht auch legal eröffnet wird <sup>43)</sup>. Es bedarf also auch in diesem Fall keines Restitutionsgesuchs. Ist aber die Unthätigkeit, das Nichterscheinen, einer Partei mit den äußern Bedingungen des Ungehorsams umgeben, so führt die entschuldbare Abwesenheit <sup>44)</sup>, und was dieser gleich stehet, z. B. Krankheit

40) Thibaut, a. a. D. §. 1254.

41) Und zwar wegen einer unheilbaren Nichtigkeit. Denn *metus justa, vis und dolus*, werden immer einen absolut-wesentlichen Bestandtheil des Processes, besonders das Gehör, verlegen.

42) Weil sie nicht gehört wurde.

43) Die *Insinuation in vim publicati* würde nur als positive Nichtigkeit sich ansehen lassen, und bloß die *querela nullitatis* wegen heilbarer Gehier begründen.

44) L. 2. Cod. 2. 54.

u. dgl. <sup>45)</sup>, allerdings zur Befugniß, auf Restitution anzutragen, resp. a) gegen das Urtheil selbst, damit das in der Abwesenheit Versäumte erst nachgeholt <sup>46)</sup>, und dann auf das vollständige Gehör anderweit erkannt werde, resp. aber b) gegen Ablauf der zehntägigen Frist zur Einwendung des versäumten Rechtsmittels <sup>47)</sup>; und eben so, wenn auch c) die Publication des Erkenntnisses, nach vorausgegangenen legalen Verhandlungen, in praesentia der Parteien gesetzlich geschehe, hierauf aber entschuldbare Abwesenheit eintritt, und diese die Verabsäumung eines Fatals zur Folge hat. Allein in den beiden letzten Fällen ist das durch absentia begründete Restitutionsgesuch offenbar nicht *direct contra rem judicatam*, sondern nur *contra lapsum fatalis* gerichtet, indem das publicirte Erkenntniß vor der Hand an sich bestehen, durch die Restitution aber nur das Recht zum Gebrauch eines ordentlichen Rechtsmittels wieder erworben werden soll, damit dann durch dieses ordentliche Rechtsmittel die Incidentfrage verhandelt werden dürfe: ob nicht jenes Erkenntniß als *sententia iniqua*, oder auch *nulla* <sup>48)</sup>, zum Vortheil des gegen das strenge Recht noch zu einem versäumten Gehör zugelassenen Appellanten, Revidenten, Reuteranten u. dgl. abzuändern sey. Und auch die *restitutio* im Falle a. ist

45) Thibaut, a. a. O. §. 1013. f. ibi all.

46) Z. B. der Kläger versäumt sich abwesend an dem Beweis, und ein richterliches Decret entbindet den Beklagten.

47) Z. B. nach vollständigen Verhandlungen werden beide Theile *ad audiendum sententiam* geladen, der Beklagte aber wird, während seiner unterdessen eingetretenen Abwesenheit, verurtheilt, und nach seiner Rückkunft sind mehr als zehn Tage seit der Publication jenes, wie er glaubt ihn beschwerenden, Erkenntnisses verstrichen.

48) Insofern nämlich der Implorant an der Einwendungsnothfrist der *quer. nullitatis* wegen heilbarer Nichtigkeit sich versäumte.

eine *restitutio contra rem judicatam* im strengen Sinne keineswegs zu nennen, da sie zunächst auch nur die Re-  
 scission eines durch des Imploranten Nichtbeobachtung der  
 Formgesetze vom Gegner erworbenen Rechtes bezweckt —  
*rest. contra lapsum fatalis* — damit dann, im Gefolge  
 dieser letzten Restitution, der äußerlich ungehorsame Impe-  
 trant mit der verabsäumten materiellen Verhandlung annoch  
 gehört, und dann ein anderweites, dem Inhalt dieses Ge-  
 hörs entsprechendes, Erkenntniß ertheilt werde. Von *novis*  
 ist hier gar die Rede nicht, sondern von der Erlaubniß zum  
 Vollzug eines Vortrags und einer Verhandlung, welche  
 ganz unterbliebe, und jetzt zum ersten Mal unternom-  
men werden soll. Die *restitutio contra rem judicatam*  
 hingegen ist sogleich das Rechtsmittel selbst, wel-  
 ches eine Rescission des äußerlich rechtskräftigen richterlichen  
 Urtheils bewirken soll, und zwar entweder a) ohne daß der  
 Implorant, abgesehen von der Bescheinigung einer (nicht in  
*novis* bestehenden) *causa restituendi*. etwas anders vollzie-  
 hen will <sup>49)</sup>, als die juristische Deduction, „jenes Erkenntniß  
 verletze ihn,“ d. h. „es sey in Bezug auf die vorausge-  
 gangenen Verhandlungen *materialiter iniqua*,“  
 oder indem er ß) sogleich, bei ihrer Einwendung und Rechts-  
 fertigung, vermöge *directer* gesetzlicher Erlaubniß,  
 ohne diese erst durch eine *restitutio in integrum* von dem  
 Richter auswirken zu müssen, den früheren, wirklich ge-  
 schehenen, Verhandlungen noch etwas hinzufügt —  
*nova* <sup>50)</sup> — was entweder für sich allein, oder in Verbin-  
 dung mit jenem schon vorhandenen Inhalt der Acten, die  
 äußerlich rechtskräftige Sentenz als *materialiter iniqua*  
 darstellen, und unmittelbar eine Abänderung *ipsius*  
*rei judicatae* bewirken soll.

49) Nach dem röm. und can. Recht. S. oben S. 2. u. 3.

50) Nach deutschem Proceßrecht. S. 5. 4. pag. 127.

Was übrigens unter Abwesenheit als gesetzliche *causa restitutionis* zu verstehen, und ob die prätorische General-Clausel<sup>51)</sup> über die Gränze der Abwesenheiten auszu dehnen sey u. s. w., ist aus der Theorie<sup>52)</sup> in den Proceß herüber zu tragen, dabei aber überall zu bedenken, daß in sofern eine *restitutio contra rem judicatam* gesucht wird, und ertheilt werden soll, von der Strenge des Gesetzes durch willkührliche Ausdehnungen *ex ratione aequitatis* nicht abzuweichen ist<sup>53)</sup>. Insonderheit schließen die Gesetze hierunter auch den *error facti* als *causa restitutionis* aus<sup>54)</sup>.

## §. 3.

Wenn man

II) das canonische Recht betrachtet, so enthält dieses in dem Titel der Decretalen: *de in integrum restitutione* 1. 41. und sonst nichts mehr, als das römische Recht, wohl aber weniger, abgesehen davon, daß jenes die Restitutionen gegen Versäumnisse an processualischen Verhandlungen<sup>55)</sup> schon häufiger in das Auge faßt<sup>56)</sup>, und dabei das Subject, welches die Rechte der Minderjährigen genießt, gegen die Versehen der Nebenpersonen direct restituirt<sup>57)</sup>. In so weit das päpstliche Recht auch die *restitutio contra rem judicatam* zum Gegenstand hat, setzt es bloß eine römisch-rechtliche *causa restituendi* voraus,

51) L. 1. et 26. Dig. 4. 6.

52) Thibaut, V. R. S. 1003. f. Glück, a. a. D. S. 464. ff.

53) Des Haderns ist sonst kein Ende. L. 1. 4. u. 5. Cod. 7. 32.

54) L. 7. Cod. 1. 18 L. 36. Dig. 10. 2. Noch weniger ist Rechtserrethum eine *causa rest.* Tit. Dig. de juris et facti ignorantia. L. 32. Dig. 42. 1.

55) Vergl. oben S. 1. Nro. 2. S. 114.

56) Der päpstl. Proceß ist schon geregelter, als der römische, und gibt mehr, als dieser, Gelegenheit zu Verspätungen. S. Cap. 3. 4. 7. X. 1. 41. Das Cap. 8. beziehet sich nicht auf den Proceß, Cap. 9. spricht von den für die Ertheilung der Restitution competenten Richter.

57) Cap. 2. X. 1. 41.

vorzüglich das kirchliche Privilegium der Minderjährigkeit, und keine *Nova* <sup>58)</sup>. Denn Cap. 10. ej. tit. sagt weiter nichts, als: „wird der Implorant mit der contra rem judicialam gebetenen Restitution zurück gewiesen, so kann er gegen diese ihn abweisende, den Imploraten entbindende, Erkenntniß nur dann abermals Restitution suchen, wann er vermag, auf *novas defensiones* sich zu stützen, d. h. einen neuen bessern Restitutionsgrund beizubringen, als denjenigen, welcher durch jenes Erkenntniß für unstatthaft, oder unerwiesen, erkannt wurde; er muß vielmehr Appellation gegen diese abschlägliche Sentenz erheben, glaubt er, jener verworfene Restitutionsgrund sey ausreichend, und also dieses Decret materiell ungerecht. Sollte jedoch der Implorant nur an einem Fatale sich veräußt haben (an der Einwendung jener nöthigen Appellation), so kann er hiergegen in den vorigen Stand, in die Appellationsbefugniß, wieder eingesetzt werden, damit dann von dem Obergerichter geprüft werde: „ob die vom iudex a quo verworfene causa restitutionis contra rem judicialam hierzu gesetzlich hinreiche, oder nicht.“ — Fast mehr als dieses enthält schon das römische Recht <sup>59)</sup>, ohne daß sich behaupten ließe, neue Thatfachen und Beweise würden durch *novas defensiones* bezeichnet. Zu enge möchte jedoch die Erklärung der L. 2. Cod. 2. 44. seyn, welche *Libaut* <sup>60)</sup> giebt. Fast man nämlich L. 1. 2. et 3. Cod. 2. 44. mit dem nur wiederholenden Cap. 10. X. 1. 41. zusammen, so liegt wohl in ihnen folgender Ideengang und Sinn der Gesetzgebung: Würde eine gesuchte Restitution rechtskräftig für unstatthaft erkannt, so führt es zu einem Widerspruch und zur Unendlichkeit, die nämliche Restitution aus der nämli-

58) Vergl. oben §. 2. Nro. 3.

59) L. 1. 2. 3. Cod. 2. 44.

60) In dem System des P. R. §. 1264. mit Bezug auf Cocceji, Hofacker und Voetius.

then *causa specialis* nochmals zu suchen. Denn diese ist ja schon geprüft, und diese ist rechtskräftig für unstatthaft erkannt. Auch die Entscheidungen über die Statthaftigkeit der Restitution stehen unter dem Gesetz der Rechtskraft; sonst wäre des Restitutionshabers kein Ende. So wie aber ein Kläger überhaupt, hat er sich auf einen speciellen Klaggrund gestützt, z. B. in der Eigenthumsklage nur auf dessen Erwerb durch Verjährung, und wird der Beklagte von dieser Klage rechtskräftig entbunden, zwar solche nicht nochmals erheben, jedoch das nämliche Recht und Object, gestützt auf eine neue specielle *causa petendi*, abermals verfolgen kann, und so mit einer Reihe von einzeln speciellen Klaggründen hindurch <sup>61)</sup>, so kann auch eine zweite Restitution, des nämlichen Gegenstandes, wie jene erste aberkannte, dann gesucht werden, wann der abermals auftretende Implorant auf *novas defensiones* sich gründet, d. h. auf eine noch nicht verhandelte, neue, *causa specialis* der Restitution, z. B. dort auf Minderjährigkeit oder Abwesenheit, jetzt aber auf neu aufgefundene Urkunden, oder auf Zeugenbefragung, nach §. 2. nr. 1. et 2., oder zuerst auf Abwesenheit, und nachdem diese für zur Restitution nicht qualificirt rechtskräftig erkannt wurde, nunmehr auf Minderjährigkeit. Will also der Implorant in Hinsicht auf die erste, ihm aberkannte, Restitution den Folgen der Rechtskraft entgehen, und eine nochmalige Prüfung der Materialien des verhandelten Restitutionsprocesses begehren, ohne von einer *nova defensio* auszugehen, so muß er in der legalen zehntägigen Nothfrist zu einem ordentlichen Rechtsmittel seine Zuflucht nehmen, und als *gravamen* behaupten: „nach dem Inhalt der verhandelten Acten hätte die aberkannte Restitution nicht aberkannt, sondern ertheilt werden sollen, und es sey daher jenes materiell ungerechte Erkenntniß zu reformiren. Das römische und

61) L. 11. §. 4. L. 14. Dig. 44. 2.

päpstliche Recht kannte nur das ordentliche Devolutiv:Rechtsmittel der Appellation, und es leidet daher keinen Zweifel, daß wo auch bloße Suspensiv:Rechtsmittel gesetzlich sind, z. B. Revision, Entrückung u. dgl., der Implorant auch diese, statt der Berufung, zu jenem Zweck wählen kann.

Uebrigens umfassen jene Gesetze <sup>62)</sup> gewiß den Fall nicht, wenn in dem Restitutionsproceß selbst eine *causa restitutionis* sich entwickelt, z. B. als der Implorant mit der Restitution zurück gewiesen wurde, war er noch minderjährig, oder abwesend, oder in dem Restitutions:Proceß beschuldigt der Implorant die Zeugen, producirt falsche Urkunden u. s. w. Hier muß das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand auch gegen das die gesuchte Restitution aberkennende Erkenntniß allerdings Maß greifen; denn dieser Restitutionsproceß war ein selbstständiger Rechtsstreit, es hat das Recht und die Folgen jedes andern Processes.

Aber wie, wann die Imploration einer Restitution sofort durch das erste Decret, einer untauglichen Klage gleich, ohne sie dem Imploranten vorerst zur Antwort, oder *ad excipiendum*, mitzutheilen, verworfen würde? Auch hier muß der sofort zurückgewiesene Implorant ein ordentliches Rechtsmittel eben so ergreifen, als wäre eine von ihm eingewendete Appellation, Revision u. dgl. gleich nach der Introduction oder Einwendung rejicirt worden. Denn solche *rejectoria* enthalten Urtheil und Entscheidung des Richters, und sind insofern der Rechtskraft fähige *Decisiva*:Decrete.

#### §. 4.

Es hat aber die deutsche Gerichtspraxis und Gesetzgebung den Gebrauch der *restitutio contra rem judicatam* dadurch erweitert, daß sie auch da, wo eine römisch:recht:

62) L. 1. sq. Cod. 2. 44. Cap. 10. X. 1. 41.

liche *causa restitutionis* (§. 2.) nicht vorhanden war, die Restitution dennoch für begründet hielt, und zu suchen gestattete, wenn nur der Implorant auf *nova* <sup>63)</sup> sich stützen könne. Gewiß gaben hierzu die im römischen und canonischen Recht erwähnten *novae defensiones* §. 3. die Veranlassung; denn die teutschrechtliche Leuterung kannte und kennt, so lange man sie rückwärts geschichtlich verfolgen kann, und wie man sie in einem Theil Deutschlands, als Mutter der *Revision*, noch lebend und webend findet, auf keinen Fall an *dere nova*, als *noviter emergentia et reperta*. So dunkel nun jene römisch; und canonisch; rechtlichen *novae defensiones* vorlagen, so vag und ungewiß wurde in dem teutschen Proceß der Begriff der *novorum*, worüber dann der Gebrauch der *restit. contra rem judicatam* bis zum Unfug und bis zur gänzlichen Unsicherheit aller rechtskräftigen Erkenntnisse stiege. Die Reichsgesetzgebung suchte daher einzulenken, und dem schädlichen wilden Strom einen Damm zu setzen <sup>64)</sup>.

1) Der Deputat. Absch. v. 1533. §. 4. verordnete, „daß, wenn jene Restitutionen aus Gefährde, oder bloß mit Bezug auf frühere Verhandlungen, oder aus zwar neuen, jedoch unrechtmäßigen und unerheblichen, Ursachen gesucht würden, mit der Execution vorgefahren und der Implorant in die Unkosten verurtheilt werden solle.“ Zugleich wurde für statt: hafte Restitutionsgesuche der feierliche — articularte — Proceß vorgeschrieben.

63) Die *Nova* vertreten nämlich die *causam restituendā* — gelten für diese.

64) Vorzüglich gehören hierher: *Ullheimer*, Diss. num. rem. restit. in integrum cum remedio revisionis in camerae imp. judicio conjungi possit. Bamberg, 1778. R. G. Riedel, Lehr. zu Eisenbach, Vorträge an den vollen Rath des R. Kammerger. Jena, 1791. Nro. II. S. 79 ff. *Süßner*, in dem Handb. B. 3. Nro. 66.

2) Jene Verordnung wurde in die R. G. D. Thl. 3. Tit. 50. ohne Minderung und Zusatz aufgenommen.

3) Aus dem Reichsdeputations-Abschied vom Jahr 1600. §. 138. entnimmt man so viel, daß die Restitution auch gegen rechtskräftige Interlocute — *interlocutiones mixtas* — statt findet; denn der *rest. contra lapsum fatalium* war schon vorher im §. 86. gedacht.

4) Kräftig sprach sich ein gemeiner Bescheid des R. R. G. vom 7. July 1669. im Wesentlichen dahin aus <sup>65</sup>): die Procuratoren sollten sich der mit der Restitution getriebenen Mißbräuche enthalten — sollten nichts, was in *facto et jure* schon vorgewiesen, wiederholen, sondern einzig und allein die in *facto* emergirende *nova*, oder neue Beweise, kurz und nervös einführen, und mit Specialgewalt von ihren Principalen zur Abstattung des Eides: »daß sie von dem Einbringen vorher einige Wissenschaft nicht gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeinet« <sup>66</sup>), jederzeit gefaßt erscheinen.

5) Ein dorthin sich beziehender anderweiter gemeiner Bescheid vom 7. July 1671. bestimmte nun auch die Zeit, wann jener Eid abgeschworen werden sollte, mit hinzugefügter »*formula juramenti in puncto restitutionis in integrum*« <sup>67</sup>).

65) S. Dec. u. f. w. Cammergerichts Gemeine-Bescheide u. f. w. v. J. 1497 bis 1711. Wehlar 1717. Nro. 180. S. 9. f.

66) Diese leidige Clausel, »oder u. f. w. nicht vermeinet« — dieses Privilegium der Negligenz und Rechtsunwissenheit — ist das peinliche Kreuz in ihrem Gefolge der leicht zur Chilane führenden Restitution. Jede neue Gesetzgebung streiche wenigstens jenen verderblichen Anhang! —

67) S. Gem. Besch. Note 65. all. Nro. 185. S. 97. f.

Klar verordnen diese Vorschriften <sup>68)</sup>, in Verbindung mit dem zweiten Theil des Restitutionsbeides <sup>69)</sup>: entweder

a) neue That sachen werden als wesentlich erfordert, d. h. solche, welche in den frühern Verhandlungen von dem jetzigen Imploranten weder erzählt, noch einer Antwort des Imploraten ausgestellt wurden. Diese *facta nova* müssen aber auch erheblich seyn, d. h. ihre Wahrheit muß eine Abänderung des angefochtenen Urtheils rechtlich begründen. So wie sie aber am wenigsten einen neuen thatsächlichen Klaggrund enthalten dürfen (*mutationem libelli*), so sind gewiß auch neue Einreden, Replikten, und Duplikten ausgeschlossen, eben so wie, einer richtigen Auslegung des Gesetzes nach, in dem Gebiet der *novorum* einer Appellation. Die *facta nova* müssen die Eigenschaft einer bloßen Verstärkung, oder Erweiterung, oder einer Stellvertretung, der nämlichen That sachen enthalten, mit welchen ein früher schon verhandelter Streitpunkt bereits begründet war <sup>70)</sup>. Rechtsgrundsätze aus dem promulgirten Ge-

68) Seiber schweigt in diesem Buche der Reichsabsch. v. J. 1654., obgleich in diesem Hauptgeset. S. 73. u. 74. wegen der *novorum appellationis* bestimmte Vorschriften enthalten sind. Analog sind diese jedoch auch auf die *nova* der *restit. contra rem. jud.* anwendbar.

69) Verb. „(sondern nunmehr das *rem. rest. in integr.* gegen die in diesem N. C. B. ausgesprochene Urtheil Platz zu haben, und hierzu die Sache von Rechts wegen, ohne (bloße) Wiederholung desjenigen, so allbereit *in Facto et Jure* vorgekommen, genugsam qualificirt zu seyn erachtet, alles getreulich und ohne Gefährde.“ Vergl. Note 80.

70) H. B. der Beklagte suchte die Einrede der Zahlung direct durch Zeugen zu beweisen, wurde aber, weil deren Aussagen schwankend ausfielen, und nicht einmal einen gesetzlichen Eid begründeten, unbedingt verurtheilt, erfährt jedoch nachher, daß der Kläger den Empfang der Zahlung gegen andere Personen erzählend gestanden habe. Letzteres ist das neue *Factum*.

setzen können nie neu seyn; denn neue Gesetze sind nicht zurückzuziehen <sup>71)</sup>, und die zur Zeit des Rechtsstreites bestehenden Gesetze sind ohnehin ein Gegenstand des richterlichen Erfüllungsamtes <sup>72)</sup>; nicht promulgirte Gesetze hingegen haben allerdings die Natur der Thatsachen <sup>73)</sup>, und können daher als nova benützt werden <sup>74)</sup>, insofern sie nicht selbst eine neue Klage, neue Einrede u. s. w. bilden <sup>75)</sup> — oder

b) neue Beweise, d. i. Beweismittel <sup>76)</sup>, welche früherhin, dem Beweisführer bekannt oder unbekannt, unbenutzt blieben. Die neuen Thatsachen lit. a. bedürfen ohnehin (hier wohl ohne Ausnahme) auch einer neuen Beweisführung, und dazu neuer Beweismittel. Es ist aber (auch denkbar, daß α) nur neue Beweismittel zum Beweis vor dem angefochtenen Erkenntniß schon vorgekommener Thatsachen als nova die Restitution begründen <sup>77)</sup>, oder daß β) hierzu die früher schon benützten Beweismittel abermals zum Beweis neuer Thatsachen pro-

71) Das bekannte: *lex nova non retrahitur ad praeterita*. Nov. 119. praef. es Cap. 1. L. 7. Cod. de legib.

72) L. un. Cod. 2. 11. N. A. v. J. 1654. S. 96. Handb. B. 1. S. 65. f.

73) Archiv für die civil. Praxis. B. 1. S. 28.

74) Cramer in obs. jur. un. T. 1. obs. 367.

75) Dann ist es eine überlaubte mutatio. Die durch ein Gewohnheitsrecht gegebene Klage ist eine andere, als die, welche das promulgirte Recht gibt.

76) Ohne diese ist kein Beweis, d. i. factischer und juristischer Beweisgrund, rechtmöglich. Archiv, B. 1. Abh. 3. S. 2. ff., und eine bessere juristische Ausführung der frühern Verhandlungen ist weder ein thätliches *novum* lit. a., noch eine neue Beweisführung.

77) Das Gesetz gibt die Alternative: entweder nova facta, oder neue Beweise. Neue Thatsachen können also auch durch Eidesdeklaration bewiesen werden. Denn diese ist ein ordentliches Beweismittel.

ducirt werden 78). Aber — von neu aufgefundenen Beweismitteln abgesehen — läßt sich jener abermalige Beweis der nämlichen Thatsachen durch andere Beweismittel nur mit derjenigen Gesetzgebung vereinigen, welche einen peremptorischen Beweistermin nicht kennt, und nur in einem solchen

78) Wie aber, wenn der Implorant neu entdeckte Zeugen über schon vorgekommene, durch Zeugen erwiesen werden sollende, aber für nicht erwiesen erkannte, Thatsachen zur Begründung der Restitution produciren will? oder gar solche Zeugen, deren Daseyn zur Zeit der Beweisführung er zwar kannte, welche zu produciren er aber nicht für dienlich erachtete? — Das röm. und canon. Recht verbieten, nach unternommenem Zeugenbeweis und geschbehener Eröffnung der Zeugenaussagen über den nämlichen Beweisfact, für oder wider, nochmals Zeugen zu produciren, und das canon. Recht setzt hinzu: „auch nicht in der Appellations-Instanz.“ Die Beforgniß einer Subordination der Zeugen ist die ratio legis. Nov. 90. Cap. 4. §. 1. Clem. 2. de test. 2. 8. Cap. 17. 19. et 25. X. 2. 20. Ohne Ausnahme ist nun diese allgemeine Vorschrift des Gesetzes keinesweges; und so wie das auch beiden Hülferechten bekannte Princip: *novum emergens novo indiget auxilio* den Nachgebrauch neu aufgefundenener Zeugen rechtfertigt, selbst nach dem Ablauf eines peremptorischen Beweistermins, so deuten die Gesetze es auch an, daß im Fall einer Partei Zeugenaussagen ohne deren Willen und Schuld bekandt werden, dieser Zufall, oder diese culpa tertii, ihr das Recht zu weiterer Zeugenproduction über das nämliche factum nicht entziehen kann, und daß überhaupt jenes Verbot strenge zu erklären ist. Cap. 35. 38. et 48. X. 2. 20. Allein damit ist dem Fall nicht geholfen, wann die Partei einige Zeugen producirt, andere ihr bekante Zeugen hingegen unbenutzt ließe, nun aber der letztern als nova instrumenta zur Restitution sich bedienen, und hier den Eid schwören will: „sie haben vorher nicht für dienlich erachtet, jene Zeugen zu produciren.“ Dieses läuft offenbar gegen das Hülferecht, muß jedoch nach der deutschen Gesetzgebung, leider! für erlaubt angesehen werden, haben nicht Landesgesetze weise eine Abänderung getroffen.

Rechtsstreit, in welchem auch der Richter ein peremptorisches Beweisinterlocut nicht ausgesprochen hat. Denn dürfte der Beweisführer nach der auf einen peremptorisch aufgelegten Beweis erfolgten und rechtskräftigen Definitivsentenz mit einem neuen Beweis bloß deshalb hervortreten, weil er im Laufe jenes Termins das Aufstellen und Beweisen der jetzt in restitutorio vorgebrachten neuen Beweissätze, oder das Ernennen und Produciren der jetzt herbeigebrachten neuen Beweismittel, nicht für dienlich geachtet habe; so wäre dieses ein Verhöhnern jenes peremptorischen Beweistermins und das schädlichste Privilegium, die Proceffe durch Chikane, wenigstens durch Nachlässigkeit und subjectiven Irrwahn, zu verewigen <sup>79)</sup>.

Bei allem diesem läßt sich nicht bezweifeln a) daß das Resultat des früher schon geführten Beweises mit dem Resultat des neuen Beweises vereinigt werden darf <sup>80)</sup>, um die von neuem bezweckte richterliche Ueberzeugung hervorzubringen, so wie die Auflage eines bessern Beweises den Producenten nicht verhindert, die factischen Beweisgründe des anticipirten Beweises mit denjenigen des hierauf gebotenen und unternommenen bessern Beweises in Verbindung zu setzen, ingleichen b) daß mit den neuen Thatfachen auch solche, auf diese anwendbare, Rechtsgründe in

79) Wo aber das „nicht für dienlich erachten“ einmal ausreicht, da muß es auch gleichviel seyn, ob der Implorant die jetzt erst vor- und beigebrachten neuen Thatfachen, oder Beweismittel, früherhin kannte oder nicht — hätten sich auch die Urkunden in seinem eigenen Besig befunden. Genug — leider genug — daß er ihren Gebrauch nicht für dienlich erachtete!

80) Die Worte in der Eidesformel: „ohne Wiederholung desjenigen, so allbereit in facto et jure vorkommen,“ wollen gewiß nur so viel sagen: bloße Wiederholung jener schon verhandelten Thatfachen und Rechtsgründe ist kein *novum*. Neue Thatfachen, oder Beweise, oder beides, müssen den schon vorgekommenen Thatfachen wenigstens hinzukommen. Vergl. Note 69.

der Beweisdeduction vorzubringen erlaubt ist, welche von dem Imploranten früherhin noch nicht, oder auch in Bezug auf andere dort vorgekommene Thatsachen, erwähnt wurden. Die Thatsachen sind das Principale — die Rechtsgründe nur Accessorium.

§. 5.

Siehet man auf das Ganze und auf die hier sich zeigende Collision des einheimischen Rechts mit den Hülfsgesetzen zurück, so folgt:

1) Gründet sich der Implorant auf *nova* im obigen Sinn §. 4, lit. a. u. b., und schwört auch nur den zweiten Theil des Restitutionsseides<sup>81)</sup>, so bedarf er zur Begründung der *restitutio in integrum contra rem judicatam* gar keiner römisch oder canonisch rechtlichen *causa restituendi*<sup>82)</sup>; jedoch kann er diese, ist eine derselben in concreto vorhanden, mit jenen *novis* erlaubter und nützlicher Weise cumuliren<sup>83)</sup>.

2) Kann er sich auf neue Thatsachen oder Beweise nicht stützen, wohl aber auf eine römisch oder canonisch rechtliche *causa restituendi*, so begründet sich auch durch diese allein das Restitutionsgesuch. Denn das singuläre Institut des teutschen Processus §. 3. derogirt jenem Hülfrecht keinesweges. Wäre also

a) das auf die Aussagen bestochener Zeugen, oder auf den Inhalt falsch geschmiedeter Urkunden u. dgl., ergangene Urtheil auch nicht als nichtig zu behandeln<sup>84)</sup>, so würde

81) Nämlich: „daß er u. s. w. nicht für dienlich erachtet habe.“

82) Oben (Note 63.) wurde schon erwähnt, daß die *Nova* den Platz einer *causa specialis rest.* einnehmen — für eine solche gerechnet werden.

83) Z. B. der Implorant, welcher neue Thatsachen oder Beweise vorbringen will, kann sich zugleich auf Minderjährigkeit *tempore rei judicatae* beziehen.

84) Veyl. c. 11 §. 2. S. 121.

jenes falsum doch wenigstens ein solches Restitutionsgesuch begründen, welches nur durch die Verjährungsfrist von dreißig Jahren erlischt; und eben dieses tritt ein

b) im Fall nach des Rechtsstreites endlicher Entscheidung mittelst eines vom Richter erkannten und von einer Partei abgeschwornen Erfüllungs- oder Reinigungsbeides der Unterliegende neue, seinen Sieg begründende, Beweismittel entdeckt<sup>85)</sup>. Die teutschen Gesetze §. 4. erfordern nicht, daß der Proceß durch einen gesetzlichen Eid sich geendiget habe — sie übergehen diesen besondern Fall mit Stillschweigen. — Diesem nach bleibt das Hülfrecht neben ihnen anwendbar<sup>86)</sup>, und der Implorant ist in diesem von dem röm. Recht aufgestellten Fall in eine bloß vierjährige Frist nicht eine geengt.

85) Wenn der Römer als richterlichen Eid nur das *Suppletorium* kannte, so muß sich eine *restitutio ob instrumenta noviter reperta* bloß auf directen Gegenbeweis bezogen haben. Denn die Partei, welche den Erfüllungs Eid leistete, und dadurch Sieger wurde, bedurfte natürlich keiner Restitution. Anders, denkt man sich die Entscheidung durch ein *Purgatorium*. Daß die Beweismittel neu entdeckt worden sind, muß bescheiniget oder eidlich erhärter werden, will der Implorant, auf das Hülfrecht gestützt, nach Verfluß von vier Jahren von Zeit des Auffindens *novorum instrumentorum*, innerhalb dreißig Jahren, von der Rechtskraft des Erkenntnisses an gerechnet, von der Restitution Gebrauch machen. Gehet er aber von dem teutschen Proceßrecht aus, und bittet innerhalb vier Jahren von dem Eintritt jener Rechtskraft an, um Restitution, so muß schon das Abschwören des zweiten Theils des Restitutionsbeides §. 129. ausreichen, der erste Theil aber (daß er keine Wissenschaft gehabt) dann, wann nach vier Jahren von jener Rechtskraft an, jedoch innerhalb vier Jahren von dem Auffinden der *nova instrumenta* an, Restitution gesucht wird. *Plus continet minus.* S. in Note 87.

86) Thibaut, P. R. §. 35. u. 39.

In beiden Fällen, a. und b., ist aber der Lauf der dreißigjährigen Frist vom Augenblick des zehntägigen Alters der anzufechtenden Definitivsentenz zu berechnen <sup>87)</sup>, ohne Unterschied, wann der Implorant das Falsum oder die neuen Beweismittel entdeckt; indem der Ablauf jener längsten Verjährungsfrist das formelle und materielle Recht zugleich umfaßt <sup>88)</sup>, und von dem Wissen des Verletzten nicht abhängt <sup>89)</sup>.

3) In Rücksicht auf die prätorischen und canonisch rechtlichen *causas restituendi*, insoweit jene *contra rem judicatam* Platz greifen, kommt das teutsche Recht auch in Ansehung der in diesem erweitert gegebenen, bloß auf *nova* zu gründenden, die Ableistung eines Erfüllungs- oder Reinigungsbeides nicht voraussetzenden, Restitution mit dem Hülfrecht darin überein, daß sämtliche diese Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand an das quadriennium <sup>90)</sup> gebunden sind, welches mit dem Eintritt der Rechtskraft des durch die Imploration um Restitution angefochtenen Erkenntnisses zu laufen anhebt, mit

87) Von diesem Augenblick der Rechtskraft an ist der Gegner des Imploranten im Besiz des formellen Rechts, und erwirbt nun das materielle durch den Ablauf der Verjährungszeit. Auch ist die Restitution gegen die Rechtskraft, *contra rem judicatam*, berechnet, und diese ist vor Ablauf der zehntägigen Nothfrist zur Einwendung eines ordentl. Rechtsmittels juristisch nicht vorhanden — erst mit Ablauf jener Nothfrist wird sie *nata*, und wirkt erst von diesem Augenblick ihres Werdens an. Von der Publication an bis zum zehntägigen Alter ist das Erkenntniß gleichsam nicht in den Acten — ist nur Vorschlag des Richters — und der Parteien flüchtweiger Vertrag wird erst mit jenem Alter des Erkenntnisses *perfect*.

88) S. m. Handb. zu Mart. Lehrb. d. b. Pr. B. 1. S. 52.

89) Thibaut, vom Besiz und Verj. Thl. 2. S. 73.

90) Thibaut, P. N. 1036. Glück, in der Erläuterung des Pand. 6. 439.

Ausnahme des Falles, wann der teutschrechtliche Implorant die neuen Thatsachen oder Beweismittel zu jener Zeit nicht kannte, sondern erst nachher entdeckt, in welchem Fall der Lauf jener vierjährigen Frist erst mit der Entdeckung den Anfang nimmt <sup>91)</sup>.

4) Stützt sich der Implorant bloß auf eine solche römisch oder canonisch rechtliche *causa restit.*, welche §. 2. Nro. 3. erwähnt wurde, so nimmt der Restitutionsproceß (abgesehen von der Frist zu dem Anbringen des Restitutionsgesuchs) die Natur eines solchen ordentlichen Rechtsmittels an, in welchem *nova* gar nicht vorkommen, außer etwann der Beweis der *causa restituendi* <sup>92)</sup>, welche hier den Klagegrund bildet. Die Frage: ob der Implorant durch das angefochtene Erkenntniß so verletzt sey, wie er angiebt? ist dann nur Rechtsfrage; so wie bei einer Revision, Reutung, oder Appellation ohne Privilegium *nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*, der Richter nur zu erwägen hat: »ob der Grund der aufgestellten Beschwerde aus den Acten der vorigen Instanz sich rechtfertige.«

#### §. 6.

Es sind die Restitutionsen §. 1. Nro. 3. und §. 2. f. zwar außerordentliche Rechtsmittel im Verhältniß zur

91) Dieses ist wenigstens die positiv am besten begründete und auch die vernünftigste Meinung. Kiedeser, a. a. D. S. 13. Gönnert, a. a. D. S. 20. Vergl. a. Note 87. S. 136. Sind also von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des anzufechtenden Erkenntnisses an bis zum Vortrag des Restitutionsgesuchs vier Jahre bereits verfloßen, so hat der Implorant das Entdecken zu einer solchen Zeit, von welcher an die vier Jahre noch nicht verstrichen sind, zu bescheinigen, oder eidlich zu erhärten. Anders, wann nur der Fall des römischen Rechts L. 1. sq. C. 7. 58. vorliegt, und von diesem Hülfrechte Gebrauch gemacht werden soll. §. 5. Nro. 2. b. S. 135.

92) Es fällt also auch der Restitutionseid S. 129. hinweg.

Appellation, Revision, Reutung u. dgl., als den ordentlichen, d. h. an eine zehntägige Nothfrist ihrer Einwendung gebundenen, Rechtsmitteln<sup>93)</sup>, keinesweges jedoch gegen das *Judicium*, sondern *adversus hujus sententiam*, und wider die Gegenpartei gericht. Sie bezwecken, wie Gönner spricht<sup>94)</sup>, einen Sieg des materiellen Rechtes über das förmliche, d. h. welches die der Zeit nach vorhandene Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses unter den Parteien feststellen würde<sup>95)</sup>, wäre das Restitutionsgesuch nicht verstattet. Es verordnen auch die Gesetze nirgends, daß die Restitution gegen ein unterrichterliches Erkenntnis bei dem Obergericht gesucht, und daß sie also Devolutivkraft haben solle; vielmehr folgt schon aus der materiellen Connerität, und aus dem Recht auf mehrmaliges Gehör, daß derjenige Richter für das Restitutionsgesuch zunächst competent sey, welcher das Urtheil ausgesprochen hat<sup>96)</sup>. Aber dann

93) In einem andern Sinn — mit subsidiarisch gleichviel — nennt man auch die Restitutionen überhaupt außerordentliche Rechtsmittel. Wie weit mit Grund oder Ungrund, gehört nicht hieher. Vergl. dieses Archiv, Bd. 4. Nro. X. 2. Nur soviel sey in Bezug auf den Proceß erwähnt, daß in dessen Gebiet die Restitutionen nur in sofern subsidiarisch-äußerordentliche zu nennen sind, als ein anderes Rechtsmittel gar nicht sich findet, welches man vor der Restitution wählen könnte. Ist ein solches noch vorhanden, so entsteht zwischen diesem und dem Rechtsmittel der processualischen Restitution, zeigen sich auch deren Bedingungen, nur eine Concurrency, die auch electiv, ja sogar cumulativ, seyn kann. Das nähere S. 7. Auch muß dann wenigstens das Princip zur Anwendung kommen, „daß wenn die Restitution vortheilhafter oder sicherer ist, auch das vorhandene s. g. ordentl. Rechtsmittel zur Seite gestellt werden darf. L. 14. Dig. 4. 2. L. 4. Cod. 2. 20.

94) a. a. D. B. 3. Abh. 66. §. 1.

95) Archiv. B. 1. Abh. 24. S. 365 f.

96) *Perhorrescenz* gegen dieses *forum ordinariam* kann aller-

findet Berufung statt, wann der Unterrichter sie als nicht begründet zurückwirft <sup>97)</sup>, oder, nachdem er den Restitutionsproceß einleitete, in diesem erkennt: „der Implorant habe die *causam restituendi*, oder die *läsion*, d. h. die materielle Ungerechtigkeit des vorigen Urtheils, nicht bewiesen“ u. dgl. <sup>98)</sup>

Man muß jedoch auch hier die *restitutio contra rem judicatam* scharf scheiden

a) von der Restitutionsklage, d. i. dem Gesuch auf Reverssion eines verletzenden außergerichtlichen Rechtsgeschäftes, z. B. eines Kaufs u. dgl., gerichtet <sup>99)</sup>. Hier tritt, nach teutschrechtlicher Gerichtsverfassung <sup>100)</sup>,

---

dingß eintreten, hauptsächlich wenn die *laesio* in einer solchen widerrechtlichen Handlung des sprechenden Richters ihren Grund hat, welche nicht bloß in einer irrigen Anwendung der Rechtslehre besteht. Eine Klage gegen den Richter ist das hier vorliegende Rechtsmittel der Restitution auf keinen Fall. Ein *forum extraordinarium* (Martin, a. a. O. S. 57.) muß sich begründen, soll ein höheres Gericht, als dasjenige angerufen werden, welches das Erkenntniß ausgesprochen hat, gegen welches Restitution gesucht wird.

97) L. all. 1. Cod. 2. 44. Cap. 10. X. 1. 41.

98) S. was deßhalb oben S. 3. als Erklärung der L. 1. Cod. 2. 44. und Cap. 10. X. 1. 41. näher entwickelt wurde.

99) S. oben S. 1. Nr. 1. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. S. 434.

100) *Lauterbach*, in coll. th. pract. Lib. 4. Tit. 1. §. 11 *Hofacker*, in princ. jur. rom. germ. §. 817. Wie nach der römischen Gerichtsorganisation, s. bei Glück, a. a. O. ibi leg. et icti all. Es dürften aber auch bei Glück u. a. die Restitutionsarten nicht so geschieden seyn, wie es nöthig ist, um die Frage mit Sicherheit zu beantworten: bei welcher Behörde ist Restitution zu suchen? Die L. 3. Cod. 2. 47. sagt im Grund nichts weiter, als: zur Befugniß, Restitution zu erteilen, gehört *jurisdictio*. Das Forum selbst ist dort nur insoweit angedeutet, daß über die *incidenter* gesuchte Restitution der Richter der *anhängigen Hauptsache* entscheide. Dieses beziehet sich wohl auf die Restitution gegen Proceßverfe-

die allgemeine Regel ein: *actor sequitur forum rei*, und dessen Wahl hängt dann weiter davon ab, ob jenes klagende Restitutionsgesuch  $\alpha$ ) bloß die Natur einer persönlichen Klage habe, oder  $\beta$ ) auch gegen den Besizer als solchen, einer dinglichen Klage gleich, als *actio in rem scripta*, statt finde  $\gamma$ ). Dort ist das *forum domicilii* des Imploranten der competente Gerichtsstand  $\delta$ ); ob auch das *forum contractus*  $\epsilon$ ) ist bekanntlich bestritten  $\zeta$ ). Im Fall  $\beta$ ) aber concurrirt mit dem generellen *foro domicilii* auch das *forum rei sitae*  $\eta$ ). Sollte, wie es rechtmöglich ist, die factische Grundlage der Restitutionsklage als Einrede  $\delta$ ), oder als specielle Replik gegen eine Einrede, benutzt werden  $\epsilon$ ), so folgt von selbst, daß für diese Defensional: Restitution das *forum litis pendentis* allein competent ist —

b) von der Restitution gegen versäumte Noth- und andere peremptorische Fristen  $\zeta$ ). Diese Imploration

---

hen und auf die Fälle, in welchen *vi exceptionis, replicae vel duplicae*, Restitution gesucht wird.

- 1) *J. B. L. 5. §. 15. Dig. 27. 9. Glück, a. a. D. S. 406. zu §. 434. Voetius, L. 4. T. 1. §. 10.*
- 2) *L. 2. Cod. 2. 47.*
- 3) *E. Thibaut, P. R. §. 1811. ibi all.*
- 4) *Martin, a. a. D. §. 46. ibi all.*
- 5) *d. h. zur Entkräftung der Klage, um diese als unstatthaft zurückzutreiben, um die Entbindung des Beklagten zu bewirken — nicht um eine Verurtheilung des Klägers zu begründen. Dieses ist der Sinn der L. 9. §. 3. D. 4. 2.*
- 6) *d. h. zur Entkräftung der Einrede, nicht als neuen Klagegrund, sondern, damit des Beklagten Einrede der Wirkung der Klage kein Hinderniß werde. Sowieß will sagen L. 9. §. 4. D. 12. 2. Daß dem Beklagten in Ansehung einer speciellen Duplik, zur Entkräftung der Replik, die nämliche Befugniß zustehe, folgt von selbst aus der Gleichheit der Parteirechte, und aus der gesetzlichen Vorgunst für den L. 41. Dig. 50. 17.*
- 7) *S. oben §. 1. No. 2.*

ist immer nur Incident: Nebenpunkt in der Hauptsache, und gehört, vermöge jener Qualität und der materiellen Connexität, lediglich zur Competenz des *jud. litis pendentis* 8), wiewohl auch hier, wird das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand von dem implorirten Untergericht abgeschlagen, Appellation gegen dieses abschlägliche Decret, als ein Decisivdecret, zweifellos statt findet, ja auch Revision, Lenkung u. dgl.

Was also oben von dem foro restitutionis gesagt wurde, beziehet sich lediglich auf die *restitutio contra rem judicatam* 9), welche ein Wiederaufleben des nach strengem Recht todten Processes, m. a. W. eine nochmalige Prüfung desjenigen Materials der Parteiverhandlungen bezweckt, über welche der Richter bereits zum Nachtheil des Imploranten erkannt hat — und zwar rechtskräftig, auf den Zeitablauf der zehntägigen Nothfrist der Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels hingesehen. Alle ordentlichen Rechtsmittel in dem obigen Sinn sind, wie hier vorausgesetzt wird, ausgeschlossen — versäumt — auch Appellation — darum eben muß Restitution gesucht werden, und darum bei jenem Gericht, welches das angeblich materiell ungerechte Erkenntniß ausgesprochen hat, sey es nun die erste, zweite, oder höchste Instanz 10). Wird der Richter selbst angeklagt, so kann nicht um Restitution wider den vormaligen

8) Das römische Recht erfordert, wie schon erwähnt, daß der Richter Jurisdiction habe, und schließt daher den *Judex* aus, dem bloß *notis* zustehet, und noch mehr den bloßen Schiedsrichter, L. 3. all. Cod. 2. 47., das canon. Recht aber, Cap. 9. X. 1. 41., erlaubt auch dem Schiedsrichter, über die incidenter gesuchte Restitution zu erkennen. Einen Schiedsrichter für den Restitutions-Proceß zu wählen, ist dadurch nicht ausgeschlossen — erlaubt es das *Object*:

9) S. oben S. 2.

10) L. 1. Cod. 2. 47.

Gegner gebeten werden, nicht um Rescission des diesem vortheilhaften Erkenntnisses, sondern nur um eine vom Richter zu leistende Entschädigung<sup>11)</sup>. Das Obergericht kann also, wie oben und in der Note 96. schon erwähnt wurde, für das Restitutionsgesuch nur als *forum extraordinarium* competent werden, unter Schonung des Instanzenrechtes<sup>12)</sup>.

11) L. 15. §. 1. in f. Dig. 6. 1. L. 2. Cod. 7. 49. G. L. Boehmer, in el. jur. civ. T. II. dissert. 4. §. 15.

12) Gönner, a. a. D. B. 1. Abh. 1. §. 10. Thibaut, welcher hierunter anderer Meinung ist, P. R. §. 1254. g. d. E., beziehet sich auf das röm. Recht, ohne jedoch ein specielles Gesetz anzuziehen. Es läßt sich aber der letzte Theil seines Satzes: In der Regel ist dieses Rechtsmittel (die rest. contra rem jud.) nicht devolutiv, wenn man nicht dabei, wie es nach R. R. angehet, den Richter selbst anklagt<sup>a</sup>, schon mit dem Begriff einer Restitution nicht vereinigen. Aus der Rechtskraft des richterlichen Erkenntnisses ziehet nur der siegende Gegner des jetzigen Imploranten Vortheil — nicht der Richter. Denn ließe sich dieser sogar bestechen, um ein ungerechtes Urtheil zu fällen, so fliehet ihm dennoch jener unerlaubte Vortheil nicht *ex re judicata* zu, sondern immer bleibt nur der hierdurch lucrirende Gegner das passiv legitimirte Subject, von welchem die *restitutio* des aus der sädirenden *re judicata* gewonnenen körperlichen oder unkörperlichen, Objects, bestehe dieses in einer Sache oder in einem Recht, oder nur in der Befreiung von einer Verbindlichkeit, zu suchen ist — seine Nachfolger, wie sich von selbst versteht, mit inbegriffen. In Ansehung eines *successoris singularis* würden auch die Principien concurriren, inwiefern auf diesen ein Rechtsstreit übergethet, dessen Object er erwirbt. S. Martin, in dem Lehrb. des bürgerl. Processus §. 291. Schaumburg, in primo prax. jud. L. 1. S. 2. C. 7. §. 4. f.

Würde das Gesuch um rest. in integr. contra rem judicatam wider den Richter gerichtet, so müßte der siegende Gegner wenigstens mitbeklagt und Litiskonforte des Richters werden — indem ja sonst jene Partei ungehört verurtheilt würde.

Suspensivkraft hat aber die Imploration um Restitution contra rem judicatam allerdings der Regel nach und in so weit, als die Execution dieser angefochtenen res judicata noch nicht vollzogen ist, oder insofern nicht aus ihrer schlechten Begründung der Verdacht einer gefährlichen Proceßverschleifung hervorleuchtet. In diesem letzten Fall soll der Besiegte leisten, was jene res judicata ihm aufliegt, der hierdurch Siegende jedoch cautionem de restituendo bestellen<sup>13)</sup>.

#### §. 7.

Auch die Frage: ob die restit. contra rem judic. mit einem andern ordentlichen Rechtsmittel gehäuft werden könne? wird bei dem Mangel bestimmter positiver Gesetze mannichfaltig beantwortet. Als Beitrag hierzu gelte folgendes:

Einer eventuellen Häufung der Appellation mit dem Restitutionsgesuch steht nichts entgegen<sup>14)</sup>, d. h. im Fall der Implorant erklärt: »schlage das Untergericht die Gestattung des Restitutionsprocesses ab, so wolle er hiergegen appelliren« — nämlich zu dem Zweck, daß das Obergericht erkenne: es sey dem Imploraten das Restitutionslibell zur Antwort mitzutheilen<sup>15)</sup>. Erfolgt dieses oberrichterliche Decret (wohl ein rescriptum de emendando), so ist es gerecht, die Acten zu remittiren, zur Sicherung der Instanzen. Auch umgewandt läßt sich die eventuelle Häufung denken; z. B. Appellation wird hauptsächlich und zunächst eingewendet; weil aber die Beobachtung des Fatale decendii zweifelhaft ist, so fügt der Appellant hinzu: »würde die Appellation nicht gestattet,

13) Cap. 6. X. 1. 41.

14) Wenn nämlich beide Rechtsmittel, Rest. contra rem judicatam und die eventuelle Berufung, im Laufe des *decendii* eingewendet wurden.

15) m. a. W. »es sey das Restitutionsgesuch für an sich unzulässig nicht zu achten, sondern ein Verfahren über dasselbe zu gestatten.

so bitte er um Restitution contra rem judicatam.“ Ja es kann hierbei auch die rest. contra lapsum fatalium §. 1. nr. 2. concurriren, wenn nämlich der Appellant voran auf Restitution gegen das Veräumniß jener Nothfrist der Appellation und auf deren Gestattung anträgt, auf den Fall jedoch, daß jenes und dieses abgeschlagen würde, um Restitution contra rem judicatam bittet. Gleichzeitige Häufung der Berufung und rest. cont. rem jud. wäre Widerspruch, auch gem. R. nach Ueberfluß; erstes, weil diese Restitution keine Devolutivkraft hat; letztes, weil auch die Appellation nova auf gleiche Weise zuläßt.

In Ansehung bloßer Suspensivrechtsmittel läßt sich jene successive Häufung der Restitution noch weniger bezweifeln, da das nämliche Gericht für beide Rechtsmittel zunächst und unbedingt competent ist. Ja auch eine simultane Häufung<sup>16)</sup> ist hier weder Widerspruch, noch Ueberfluß, insofern man voraussetzt, a) der Revident und Implorant finde sich auch ohne nova durch das publicirte Erkenntniß beschwert, habe aber über dieses b) auch nova, und es sey jenem ordentlichen Rechtsmittel das privilegium appellationis, nondum deducta rel. abgesehritten. Es ist gewiß ein irriges Grundprincip, wenn Gönner<sup>17)</sup> ohne Unterscheidung behauptet: „mit den übrigen Rechtsmitteln (im Gegensatz der Rest. c. r. jud.) fechte man die formelle Richtigkeit der richterlichen Erkenntnisse an, mit der Restitution aber bestreite man die materielle Zweckmäßigkeit des Urtheils.“ Letztes ist allerdings gegründet; allein auch durch die Appellation und Revision wird der Regel nach nur die materielle Richtigkeit, die sententia als iniqua, angefochten, obgleich dieselben auch, wie die querela nullitatis wegen der Formnichtigkeit

16) Auch hier vorausgesetzt, daß fatale decendii wird beobachtet in Rücksicht auf beide Rechtsmittel.

17) a. a. D. S. 3. Abh. 66. S. 19.

keiten, gebraucht werden können, ja selbst gegen unheilbare Nichtigkeiten. Insofern Appellation und Revision ein Urtheil bloß *ob iniquitatem* (wegen materieller Ungerechtigkeit) anfechtet, unterscheiden sich jene ordentlichen Rechtsmittel von der Rest. cont. rem jud. nur a) durch die Fatalien, und b) durch die, an die Stelle deren Beobachtung tretende, *causa restituendi*, und c) in besonderer Rücksicht auf die Revision darinnen, daß diese nicht immer *nova* zuläßt. Eben dieses sub c. ist aber der Fall einer möglichen cumulativen Häufung <sup>18)</sup>.

18) Hierher gehört das Princip gar nicht: „die Restitution sey nicht in ein Revisorium zu verwandeln.“ Dieser Rechtsatz sagt nur so viel: „ohne nova, oder andere *causa restituendi*, läßt sich keine *restitutio in integrum* begründen.“ Diese ist nie eine bloße Leuterung oder Revision der vorigen Verhandlungen. Wo aber *nova* sich finden, da kann Restitution gesucht werden, ohne daß hierdurch aufgehoben würde, auch die Vortheile eines solchen ordentlichen Rechtsmittels zur legalen Zeit zu benützen, welches weder nova, noch eine andere *causa restituendi* erfordert, sind auch desselben Bedingungen vorhanden. Greifen diese durch, so mag die *causa restituendi* unerwiesen, oder das neue Beweismittel fruchtlos bleiben. Wirkt die *causa restituendi*, als erwiesen, so ist noch mehr geschehen, als absolut nothwendig war. Solches mag der Richter prüfen, wenn er, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsprozeß, in ipsa causa zu erkennen hat. Man nehme an: das Gericht habe erkannt: „Kläger habe nicht erwiesen und Beklagter sey daher zu verurtheilen,“ hierauf aber lege der Beklagte innerhalb zehntägiger Nothfrist Revision ein, „weil durch seinen schon geführten Beweis wenigstens ein gesetzlicher Eid begründet wäre,“ fügt jedoch hinzu: „er habe *nova instrumenta* aufgefunden, oder diese früherhin zum Beweis nicht für dienlich erachtet u. s. w., bitte also: finde der Richter jene Revisionsbeschwerde unerheblich, diese neuen Zeugen u. dgl. zu vernehmen, und dann ihm Restitution *contra rem judicatam* zu ertheilen.“ (Ist nämlich die Revision nicht begründet, so ist *res judicata* vorhanden). Wer möchte an der gesetzlichen Erlaub-

## §. 8.

In manchen teutschen Ländern kennt man ein ordentliches Rechtsmittel unter dem Namen Restitution, resp. mit, resp. ohne Bedingung, wohl mit Ausschluß, der *novorum*. Im ersten Fall ist sie eine Mischung eines ordentlichen Rechtsmittels (nämlich in Rücksicht auf das *fatiale interponendi*) und der gemeinrechtlichen rest. *contra rem judicatam*, und alles, was wegen der *novorum* in dieser gilt, muß auch dort subsidiarisch zur Anwendung kommen <sup>19)</sup>. Sind *nova* ausgeschlossen, so ist das sogenannte *remed. restitutionis in integrum ordinarium* nichts weiter, als die Revision, oder Reuterung, wäre auch eine Abweichung in den Satalien vorhanden <sup>20)</sup>. Dieses ordentliche, auch bloß suspensive Rechtsmittel, nicht *contra rem judicatam*, sondern auch gegen der Zeit nach noch nicht rechtskräftige Decisiv-Decrete des Gerichts, schließt dann den Gebrauch der gemeinrechtlichen Restit. *contra rem judicatam* keineswegs aus, insofern dieses re-

---

niß zu einer solchen Häufung zweifeln? Wer würde es illegal finden, wenn der Richter vor Abhör der Zeugen über die Revisionsbeschwerde nicht abspricht, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsverfahren aber eventuell reflectirt, d. h., zunächst über den Inhalt der vorigen Acten, und, begründet dieser keine reformatoria, dann auch über die Wirkung der *novorum* — oder auch über beides zugleich! —

19) Wegen Hannover und Mecklenburg s. Desterley, Handbuch des bürgerl. und peinl. Processus für das Königreich Hannover. Thl. 2. S. 267. ff. v. Kämpf, Handbuch des Mecklenburger Civilprocesses, § 176., mit desselben Beiträgen zu den Mecklenb. Staats- und Privatrecht. B. 6. Nro. XXV. S. 105 ff.

20) So hat z. B. das Mecklenb. *remedium ordinarium restitut. in integrum*, statt zehn Tagen, sechs Wochen als *fatiale* der Einwendung; doch müssen auch die Beschwerden sogleich mit der Einwendung *specificis* angegeben werden, und, weil jeder Theil der Regel nach nur eine Schrift haben soll, sogleich auch sogleich justificirt werden.

medium extraordinarium durch die Landesgesetze nicht beschränkt wird. Es bedarf dieser Theil des Processes vorzüglich einer ernsten Revision, und glücklicher Weise haben viele Landesgesetze wenigstens die leidige Clausel des Restitutions-Eides: „Implorant habe nicht für dienlich erachtet u. s. w.“<sup>21)</sup> verbannt, oder in ihrem Gebiet nicht aufkommen lassen<sup>22)</sup>).

21) S. oben §. 4. S. 129.

22) Die sächs. Proceßgebung, welche die *rest. in integr.* als *rem. ordinarium* ganz verbannt, und die Exterung als das einzige und ordentliche bloße Suspendiv-Rechtsmittel bestätigt, hat, ohne hierunter durch Klarheit und Rechtswissenschaft sich auszuzeichnen, wenigstens das Gute, daß mit ihren Verordnungen ein Restitutions-Eid: „Implorant habe nicht für dienlich erachtet u. s. w. sich durchaus nicht verträgt. Dieses folgt auch schon aus der strengen, consequent und musterhaft durchgeführten, *Eventual- Maxime* des sächsischen Processes, worin dieser den gemeinen Proceß, und alle neue Geschyebungen bei weitem übertrifft. Daher kennt auch der sächs. Proceß in der Appellations-Instanz gar kein *privil. nondum deducta deducendi rel.*, sind nicht *noviter emergentia* oder *noviter reperta* der Gegenstand des neuen, vorher ganz ungeborenen, oder dem nachbringenden Theil schuldlos ganz unbekannt, Vorbringens, in welchem Fall erst dann eigentlich die *restit. in integr.* gegen das Nichtvortragen an der legitimen Stelle die Erlaubniß giebt, das der äußern Lage des Processes nach *Dasäumte* noch nachzuholen. Wegen der Restitutionen *c. r. j.* im sächs. Proceß s. m. Goth. Pr. D. v. J. 1670. P. 1. Cap. 16. §. 9. Die Ehurf. v. J. 1622. Schweigt. Eisen. P. D. v. J. 1702. Tit. 21. §. 21. f. Schwarzj. Rudolst. P. D. v. J. 1704. P. 3. Tit. 3. §. 1. f. Erläut. Ehurf. P. D. v. J. 1724. zu Tit. 37. Neue Altenb. P. D. v. J. 1744. P. 1. Cap. 34. §. 1. f. Neue Goth. P. D. v. J. 1776. P. 1. Cap. 34. §. 1. f. Der Cod. juris Bavarici jud. v. J. 1753. enthält der Restitut. wegen Cap. 16. manche singuläre Verordnung, und verbannt ebenfalls den Grund, „daß Implorant dasjenige, was er durch das *rem. rest. in integr.* ausführen wolle, im Laufe des vorangegangenen Rechtsstreits vorzubringen nicht

für dienlich erachtet habe," während die Chur-Badonische Obergerichts-Ordnung v. J. 1804., gleichfalls nach schärfern Bestimmungen strebend, dennoch, art. 154, jenes Hauptmittel, der Nachlässigkeit und Chikane einen breiten Weg zu zeigen und Verlängerung der Prozesse durch das Gesetz selbst zu befördern, den Parteien nicht entziehen wollte. In den Gesetzgebungen neuester Zeit, und in den Vorschlägen hierzu, läßt sich — so darf man fast behaupten — weder Tiefe und scharfe Sondernung der einzelnen verschiedenen Fälle, noch Consequenz, in Hinsicht auf die rest. in integr. contra rem jud. erfinden, und gewiß ist für die Anwendung noch zur Zeit bei weitem das Beste, was jenes Punktes wegen die preuß. Gerichtsordnung Tit. 16. §. 12. ff. vorzeichnet. Eine charakteristische Bezeichnung (wohl teutschen Ursprungs) jener Restitution findet sich in dem „Berliner Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtl. Verf. in Civil-Rechtssachen,“ wo der Abschn. 2. des Titels 7. überschrieben ist: „Von dem neuen Rechte“ u. s. w., und wo, Satz 321. f., das Nachsuchen um neues Recht die restit. *contra rem judicatam* bezeichnet. Die deßhalbigen Vorschriften selbst dürften sich aber auch nicht eignen, jenem nothwendigen Rechtsmittel eine solche Klarheit, Consequenz und Kürze, zu sichern, welche desselben höchst schädlichen, bona oder mala fide verschuldeten, Mißbrauch verhindern.

Den Kostenpunkt in dem Gebiete der Restitutionen habe ich in meinem Handb. zu Martins Lehrb. des bürgerl. Processes Abb. VI. §. dd. pag. 395. ff. besonders beleuchtet.

### D r u c k f e h l e r .

- S. 28. Zeile 2. statt: daß „nämlich“, l. m. „daß nämlich“  
 In der Abhandlung IX. steht mehrmals h. l. statt h. t. (*hujus tituli*.)  
 S. 89. Not. 17. §. 8. l. m. werde, statt wende.  
 S. 112. ist Note \* das letzte Wort (*quod*) zu streichen.  
 S. 114. §. 7. statt Nro. 3. S. 113. l. m. Nro. 1. S. 113.

## XIII.

**Ankündigung einer kritisch-exegetischen Hand-Ausgabe des Corpus juris civilis, nebst Aufforderung zu Hülfeleistung bei derselben.**

Die Unterzeichneten haben sich entschlossen, dem lange gefühlten Bedürfnisse einer guten kritisch-exegetischen Hand-Ausgabe des Corpus juris civilis, soweit es ihren gemeinschaftlichen Anstrengungen während der nächsten 10 Jahre möglich seyn wird, abzuhehlen.

Um diese Aufgabe so gut zu lösen, wie wir wünschen, bedürfen wir in hohem Grade der Unterstützung anderer Kenner und Freunde dieser Studien, und bitten um diese angelegentlich.

Von vorzüglicher Wichtigkeit wird uns seyn die Mittheilung genauerer Nachrichten von Handschriften, seltenen Ausgaben und andern kritischen und exegetischen Hülfsmitteln, als sich in gedruckten Büchern finden, und Angabe, wie dieselben uns am leichtesten zugänglich werden können, damit uns um desto eher möglich werde, eine recht sorgfältige Auswahl der besten dieser Hülfsmittel bei unserer Arbeit genau zu benutzen.

Namentlich die Handschriften betreffend, wünschen wir zu erfahren, wo dergleichen aufbewahrt werden? wie wir Gebrauch davon werden machen können? von welchem ungefähren Alter und sonstiger äußern Beschaffenheit sie sind? ob sie namentlich fleißig oder nachlässig geschrieben sind? ob sie sich etwa vor den gewöhnlichen Handschriften durch größere

Vollständigkeit, namentlich was die Inschriften und Unterschriften der einzelnen Stellen betrifft, auszeichnen? ob eine andere als die gewöhnliche, oder etwa gar keine Glosse beigefügt ist? ob sich viele oder wenige offenbare Fehler finden? Ganz besonders wichtig, um uns zu einem richtigen Urtheile über den Werth jeder Handschrift in den Stand zu setzen, wird uns, neben jener äußern Beschreibung eine Procollation einzelner Abschnitte, am liebsten mit der Gebauer-Spangenbergischen Ausgabe seyn. Diese wünschen wir, um alle Hülfsmittel an denselben Abschnitten unmittelbar vergleichen zu können,

- a) von den Institutionen, über Inscriptio, Prooemium und lib. 1. tit. 10. (de nuptiis);
- b) vom Digestum vetus über lib. 12. tit. 5. (d. condict. ob turp. es) und lib. 22. tit. 5. (de testibus);
- c) vom Infortiatum über lib. 26. tit. 7. (d. administr. et periculo) l. 34 — 37.; lib. 29. tit. 2. (d. A. v. O. H.) l. 84 — Ende; und die letzte Stelle des Ganzen, lib. 38. tit. 17. (ad sc. Tertullian.) l. fin.;
- d) vom Digestum novum über lib. 47. tit. 2. (de furtis) l. 80. bis Ende, lib. 50. tit. 16. (d. V. S.) die ersten 30 Stellen;
- e) vom Codex über lib. 4. tit. 24. (de pignorat. act.) und lib. 6. tit. 38. (d. V. S.);
- f) vom Volumen über Nov. 99., Cod. lib. 10. tit. 1. (d. jure fisci), und lib. 2. Feud. tit. 27. (hier wünschen wir auch besonders Nachricht, ob etwa mehrere Novellen vorkommen, als die gewöhnlichen, und welche?);
- g) von griechischen Novellen-Handschriften über Nov. 99. und 118.;
- h) von Julian's Epitome über die jenen entsprechenden Cap. 92. und 109.

Sollte indessen Jemand gehindert seyn, dieses Alles zu geben, so wird er auch schon durch einen Theil davon, z. B. durch die äußere Beschreibung einer Handschrift, und die

Vergleichung des Anfangs der eben angegebenen Abschnitte, unserm Unternehmen förderlich seyn.

Von seltenen Ausgaben und andern Hülfsmitteln wünschen wir fürerst nur die Angabe des Orts, wo sie sich befinden, und der Art, wie sie uns zugänglich werden können, damit nicht, wenn sie uns etwa schon vorher bekannt seyn sollten, eine mehr ins Einzelne gehende Untersuchung über dieselben vergeblich angestellt werde.

Wer, anstatt alles Obigen, ein in unsern Händen noch nicht befindliches Hülfsmittel uns unmittelbar zusendet, wird uns dadurch vorzüglich verpflichtet.

Alle Sendungen bitten wir entweder an uns geradezu, oder an unsern Verleger, Hrn. Reimer in Berlin, zu richten; der Regel nach durch Buchhändler; Gelegenheit, wo aber Eile ist, namentlich jetzt in Beziehung auf die Institutionen, welche zunächst bearbeitet werden, mit fahrender Post.

Jede Unterstützung unseres Unternehmens, sey sie von der angegebenen oder einer andern Art, werden wir mit größtem Danke aufnehmen; und würden auch gern diesen in jedem Falle durch Zahlung angemessener Honorarien beweisen. Allein die vom Verleger (welcher auch für ein geschmackvolles Aeußeres sorgen wird,) für die Vorbereitungen bestimmte Summe ist, wenn gleich, vom buchhändlerischen Standpuncte betrachtet, so ansehnlich, daß ihm der Ruhm einer liberalen Beförderung eines wichtigen Unternehmens gebührt, doch in Vergleichung mit dem Welen, was hier noch zu leisten ist, und was wir, so weit unsere Kräfte reichen, zu leisten streben — wie die beschränkten Mittel von Privatpersonen nothwendig mit sich bringen — nur gering; und wir müssen daher wünschen, ferner, wie zu unserm besten Danke schon vor dieser öffentlichen Aufforderung vielfach geschehen ist, von den Freunden dieser Studien manche bedeutende Unterstützung unentgeltlich zu erhalten, um desto gewisser andere wichtige und nicht ohne großen Aufwand zu erreichende Hülfen, z. B. die in Verona selbst anzustellende genaue Vergleichung einer dort

beständlichen Handschrift eines Theiles des Codex, welche an Wichtigkeit der Florenzer der Handekten nahe zu kommen scheint, uns verschaffen zu können. Wer indessen Hülfsmittel uns verschaffen, oder auf andere Art unserm Unternehmen förderlich seyn kann, und aus irgend einem Grunde diese Hülfe nicht unentgeltlich zu leisten im Stande ist, wird gebeten, uns hievon, am liebsten mit Uebersendung einer Probe des von ihm zu gebenden Mittels der Beförderung, in Kenntniß zu setzen. Wir werden alsdann, nach sorgfältiger Vergleichung der uns zu Gebote stehenden Geldkräfte mit dem, was damit gewürkt werden soll, jede dem Unternehmen förderliche Zahlung mit Vergnügen leisten. Tübingen. 1820.

Dr. Schrader, Dr. Clossius, Dr. Tafel,  
 Prof. d. Civilr. u. Obertrib. Unterbiblioth. daselbst. Prof. d. Philologie  
 Rath zu Tübingen. daselbst.

### Zur Nachricht.

Mit Zuverlässigkeit darf die Redaction versichern, daß zur Oster-Messe 1821. von einem allbekanntes genialen Rechtsgelehrten, dem Präsidenten und geh. Staatsrath Ritter v. Feuerbach, ein ausführliches Werk: „Ueber Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gerichtlicher Verhandlungen“, bei Heyer in Gießen erschienen wird.  
 Gensler.

Heidelberg,

Engelmannsche Buchdruckerei.