

## Werk

**Titel:** Archiv für die civilistische Praxis

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1822

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1822\\_0005|log17](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1822_0005|log17)

## 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.

---

Fünfter Band. Drittes Heft.

---

I.

Vertheidigung der Praxis gegen manche  
neue Theorien.

Vom Geheimen Hofrath Thibaut.

---

Wenn man das, was in den letzten dreißig Jahren durch genaues Quellen- Studium, wie durch geschichtliche und philosophische Bearbeitung, für das Römische und Deutsche Recht geschehen ist, mit dem vergleicht, was in den, unmittelbar vorhergegangenen fünfzig Jahren für die Rechtswissenschaft geschah: so fällt es von allen Seiten in die Augen, daß diesmal die neuere Zeit der älteren weit vorzuziehen ist, und daß die glücklichsten Fortschritte gemacht sind, welche man vor dreißig Jahren kaum für möglich gehalten haben würde, auch abgesehen von der zufälligen Entdeckung wichtiger Geschichtsquellen. Es hat freilich in jener früheren Periode nicht wenig ausgezeichnete Rechtsgelehrte gegeben, welche, wenn sie sich der schriftstellerischen Thätigkeit ganz hätten ergeben wollen, unfehlbar etwas Classisches würden geliefert haben, wie z. B. G. B. Beckmann, und mein, höchst vielseitig gebildeter Colleague Trendelenburg in Kiel, welcher, ungeachtet seiner ungemeinen practischen Gewandtheit und Regsamkeit, ein eleganter Jurist im besten

Sinne des Wortes war, und das historisch-philologische Rechtsstudium über Alles liebte. Allein es herrschte nun einmal in Betreff der schriftstellerischen Thätigkeit eine eigene Art von Apathie und Negativität, und diese ward nicht wenig unterhalten durch das Ansehen, worin damals noch, zum Theil mit Recht, die kritischen Blätter standen. Ich habe zwei bedeutende Männer gekannt, welche es kaum ertragen hätten, wenn sie in der allgemeinen deutschen Bibliothek, oder den Göttingischen Anzeigen ernstlich getadelt wären, und so lieber sich auf kleine, von den Zeitschriften gewöhnlich nicht beachtete Dissertationen beschränkten. Bei dieser Lage der Dinge war denn die beste Gelegenheit, einer trügen und bequemen Praxis die Herrschaft zu verschaffen. Wären an der Spitze dieser Praxis große Männer gestanden, wie Carjov, Mevius und Wernher, so hätte die Sache hingehen mögen. Allein das fehlerhafte Lehrbuch von J. H. Böhmmer (in späteren Jahren selbst von dem Verfasser desselben wenig geachtet), und das noch weit schlechtere Lehrbuch von Hellfeld vertrat die Stelle der alten gewichtigen Auctoritäten; und daran schloß sich sogar noch der Commentar von Höpfner, dem Webers Noten zwar nachgeholfen, aber im Wesentlichen nicht geholfen haben. So war es denn auch bei dem neuen Aufschwunge der wissenschaftlichen Thätigkeit sehr leicht, sich mutzig der Praxis entgegenzusetzen, und diese überall verächtlich und lächerlich zu machen, besonders da es noch dazu Mode geworden war, aus den Sätzen weniger Lieblingschriftsteller sogleich dreist eine communis opinio abzuleiten, und diese als recepta sententia geltend zu machen. Daher sieht man auch schon jetzt ein vielfaches Schwanken der Praxis, und unsre Juristenfacultäten sind, als Spruchcollegien, schon recht oft in dem Bestreben vorangegangen, das Neue gegen das Alte zu vertheidigen.

In der That wäre es auch ein übler Umstand, wenn die neuen theoretischen Erfindungen nicht zur Verbesserung

des Herkömmlichen benutzt werden sollten. Allein dennoch muß man lebhaft wünschen, daß die Praxis nicht zu tief sinke, und ihren eigenthümlichen, wenn auch nicht überwiegenden, Werth gegen die Theorie behaupte. Eine gewisse Opposition ist in der Regel dem bürgerlichen Leben nothwendig. Denn die ungehinderte Kraft überschreitet nur zu leicht ihre Grenzen, oder sie erschlafft, weil sie durch keinen Reiz wach erhalten wird. Die Rechts-Theorie kann aber ohne fleißige Berücksichtigung der Praxis durchaus nicht bestehen. Denn erst im practischen Leben lernt man genau die Rechtsbedürfnisse, und den Erfolg der Rechtsgrundsätze kennen, und ein großer Theil unsrer Rechtsbücher (namentlich das Römische Recht, und insbesondere der beste Theil desselben, die Pandekten) entstand nicht aus philosophisch-historischen Untersuchungen, sondern aus der Betrachtung des Lebens, findet also grade in dem Leben seine beste Erklärung, und die zur vorsichtigen und geschickten Anwendung nöthigen Fingerzeige. Woher sollte es auch sonst gekommen seyn, daß man so oft mit vollem Grunde über das practische Ungeschick bedeutender Theoretiker klagte? Es liegen aber in manchen Eigenthümlichkeiten unsrer Zeit noch besondere Gründe, warum man der Praxis ihre Ehre zu erhalten suchen soll. Vielfache Aufregungen haben nämlich einen Dünkel und eine Selbstsucht hervorgerufen, dergleichen früher wenig vorkam. Welchen schnöden und schneidenden Ton haben sich viele unsrer jüngeren Schriftsteller angewöhnt? Wie sind sie so leicht auf der Stelle über alles Andre erhaben, wenn sie sich in ein paar Puncten klüger glauben, als die, von denen sie den besten Theil ihres Wissens erlernten? und welche Rücksichtslosigkeit und Anmaßung herrscht überall, wo man sonst jugendliche Bescheidenheit und Selbstverleugnung fand? Es läßt sich dies jetzt am wenigsten mit ruhigem Mitleiden ansehen. Denn unsre Gerichte sind leider auch gesunken. Der Depotismus hat sie vielfach mit Halbjuristen angefüllt, denen die vorschnelle Eigenmacht am besten zusagt; auch ist es

da und dort sogar dahin gekommen, daß man die Gerichte gleichsam als Ausleerungsplätze behandelt, wo man sich der Staatsdiener entledigt, welche man an andern Orten als unbequem, oder unbrauchbar gern entfernen möchte. Und auf allen Fall bleibt so viel gewiß, daß man der herkömmlichen Praxis unbedingt das Wort reden soll, wo sie nicht weniger für sich hat, als eine neue Theorie, und wo also der Wechsel den Rechtsfrieden ohne hinreichenden Grund stört. Bei der Dunkelheit und Dürftigkeit unsrer Gesetze treten aber Fälle dieser Art sehr häufig ein; und da ist doch in der That nicht einzusehen, warum man das Angewohnte verlassen, und es leichtsinnig mit den ungenügenden Neuheiten vertauschen soll.

Ich habe mir daher vorgenommen, dann und wann in dieser Zeitschrift dem herkömmlichen Recht gegen neue Theorien das Wort zu reden, wenn mir diese Theorien falsch oder ungenügend scheinen. Niemand wird mir vorwerfen können, daß meine bisherige Laufbahn mich in Ansehung solcher Erörterungen einseitig gemacht habe. Denn wenn ich auch seit dem ersten Jahre meines academischen Lebens in Spruchcollegien thätig arbeitete, so geschah dies nicht eben mit großer Vorliebe für das Practische; vielmehr habe ich immer meine besten Stunden der Theorie gewidmet, und meine Schriften beweisen zur Genüge, daß ich, so gut wie andre Theoretiker, auf Verbesserung herkömmlicher Ansichten eifrig bedacht war. Ich werde übrigens meine Angriffe nicht grade gegen solche Schriftsteller richten, denen ich überhaupt nicht viel vertraue, oder aus irgend einem Grunde abgeneigt bin, sondern es soll mir vielmehr am liebsten seyn, wenn ich es mit Männern zu thun haben kann, welche ich zu unsern ersten Theoretikern, oder zu meinen Freunden zähle, und denen ich gerne nachrühme (wie unserm trefflichen Lühr), daß ich viel von ihnen gelernt habe.

### 1. Ueber die Ungültigkeit auflösender Bedingungen bei Erbeinsetzungen.

Kein Satz ist bisher von unsern Theoretikern und Praktikern unbedenklicher angenommen, als die Regel, daß ein Erbe unter einer auflösenden Bedingung nicht eingesetzt werden kann. Den Hauptgrund dafür entlehnte man aus der allgemeineren Regel der L. 88. de hered. inst.: non potest efficere, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse. Freilich gab man zu, daß diese Regel durch das, von Justinian in seinem ganzen Umfange wiederhergestellte *Sctum Trebellianum* in Betreff der Universal-Fideicommissen etwas modificirt sey. Allein man leugnete doch, daß damit die alte Regel als solche weg falle, indem bei Fideicommissen der restituirende Fiduciar doch sofort einen Stellvertreter bekomme, mit der allgemeinen Zulässigkeit einer auflösenden Bedingung aber auch die Möglichkeit gegeben sey, daß die angetretene Erbschaft auß *Reus vacans et jacens* werde.

Diese alte Theorie ist nun aber jetzt von Wenig angefochten <sup>1)</sup>. Er behauptet nämlich, man müsse die, einer Erbeinsetzung hinzugefügte auflösende Bedingung in die entgegengesetzte aufschiebende verwandeln, und als solche erhalten. Seine Gründe sind diese: Es sey überall Regel, daß man dem Willen des Erblassers nachkommen müsse. Das Wegwerfen der auflösenden Bedingung sey aber gegen jenen Willen. Im §. 9. 1. de hered. inst. sey auch allgemein eine bedingte Erbeinsetzung zugelassen, und nur der dies *certus a quo et ad quem* verworfen; auch sey in L. un. C. de his quae poenae nomine die Entziehung einer Erbschaft oder eines Legats zur Strafe gestattet. Aus dem Satz der L. 10. de adimend. legatis: *legatum cum sub*

<sup>1)</sup> Ueber die auflösende Bedingung bei Erbeinsetzungen; — in diesem Archiv I. Bd. 1. St. nr. IX.

conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset, folge aber von selbst die Zulässigkeit der vorhin erwähnten Verwandlung der auflösenden in eine aufschiebende Bedingung.

Ich bemerke dagegen Folgendes. Wenn es auch so ungefähr im Ganzen wahr ist, daß man dem Willen des Erblassers nachkommen muß, so ist es doch auf der andern Seite ausgemacht, daß man bei Erbeneinsetzungen den Willen des Testators sehr oft nicht zu achten braucht. Eine ganze Reihe solcher Ausnahmen entsteht daher, daß Testamente ein rein bürgerliches Institut sind, wobei Spielereien nicht geduldet werden können. Daher die vielfachen Bestimmungen über das Wegwerfen unmöglicher, unanständiger, lächerlicher Bedingungen, welche bei den bloß natürlichen Geschäften ihre volle vernichtende Kraft äußern! Noch mehrere Ausnahmen hat der Umstand herbeigeführt, daß es der Erbe mit den Gläubigern zu thun hat, daß die Vererbung grade zum Besten der Gläubiger eingeführt ist, und daß man für sie besonders zu sorgen hat. Daher muß der Erbe alle offen gelassenen Theile annehmen, obgleich sie ihm im Grunde der Testator nicht gab; er kann pendente conditione et die immer gegen Caution die Erbschaft bekommen; kein dies certus a quo et ad quem braucht von ihm geachtet zu werden u. s. w. Zu dem Geiste dieser Bestimmungen paßt nun aber aufs Genaueste das gänzliche Verwerfen der auflösenden Bedingung bei Erbeneinsetzungen. Denn läßt man sie nach dem Willen des Testators, und nach ihrer eigentlichen Natur gehörig wirken, so hat es der Testator in seiner Hand, die Erbschaft nach Gefallen von Zeit zu Zeit wieder zum Aperto zu machen, die Gläubiger von dem Erben zu trennen, und sie in die unangenehme Lage zu bringen, den Erben mit einem schwerfälligen Curator hereditatis iacentis vertauschen zu müssen. Mit dem Legatar verhält sich die Sache ganz anders, weil er mit den Gläubigern nichts zu thun hat, und weil der oneratus sogar noch gewinnt, wenn jener das Legat

nicht bekommt oder behält; daher denn auch der Legatar pendente conditione in der Regel nichts fordern, und an einen dies certus a quo et ad quem gebunden werden kann.

Daß nun jenes Nichtachten der auflösenden Bedingung, insofern die Auflösung den Verlust einer bereits erworbenen Erbschaft zur Folge haben soll (und darauf geht eigentlich die Behauptung der älteren Juristen) aus dem Satz: wer einmal Erbe ward muß immer Erbe bleiben, folgt, kann gar keinen Zweifel leiden. Auch die ganze Lehre von der Vulgar-Substitution, so wie die Geschichte des Scti Trebelliani und Pegasiani kann zur Bestätigung der älteren Lehre unsrer Juristen dienen. Denn wenn man ein successio heredum durch bloßes Hinzufügen einer auflösenden Bedingung herausbringen konnte, wozu war denn das erste Sct. so nöthig, oder warum sprach dasselbe so unbeschränkt, ohne der auflösenden Bedingung zu erwähnen; warum stellte das zweite Sct. für viele Fälle das ältere Recht wieder her, ohne für die auflösenden Bedingungen wieder eine Ausnahme zu machen; und endlich: wie konnte Justinian <sup>2)</sup> so ganz allgemein, dem älteren Sct. beitreten, die Uebertragung des metus hereditarius zur Regel machen, ohne entfernt anzudeuten, daß auch ohne jenen Senatsbeschluss die Sache durch Bedingungen habe herausgebracht werden können?

Herr Wenig muß nun zwar einwenden: vom Wechsel der Erben habe nicht geredet werden können, weil bei einer, zum Vortheil eines Andern gesetzten auflösenden Bedingung die Verwandlung derselben in eine aufschiebende die Schwierigkeit jenes Wechsels entfernt habe. Allein es wäre unnatürlich, und gegen des Erblassers Willen gewesen, wenn man jene Conversion angenommen hätte. Denn ihrem Begriffe zufolge geht eine aufschiebende Bedingung dahin: Du sollst noch zur Zeit nicht haben, sondern erst dann; eine auf-

2) §. 7. J. de fideic. hered.

lösende aber dahin: Du sollst gleich haben, aber dann und dann wieder hergeben. Das Umkehren nimmt also dem Berufenen vorläufig das, worauf er sogleich Anspruch hat, und damit ist gegen des Testators Willen zu seinem Nachtheil gehandelt. Die L. 10. pr. de adim. legat. kann nun auch nichts der Art haben sagen wollen, oder es würden hier durch sie die sonderbarsten Schwierigkeiten entstehen. Sie redet nämlich, was wohl zu bemerken ist, von Legaten, wie dies auch andre gleichlautende Fragmente thun <sup>3)</sup>, wobei die Succession mehrerer auf einander folgender Legatäre keine Schwierigkeit hat, und zwar auf allen Fall in keiner Hinsicht nach einer, den Pandekten vorhergegangenen Constitution Justinians <sup>4)</sup>. Wie ist also bei diesen eine, durch keinen Nothfall veranlaßte Umdrehung zu rechtfertigen? Und was hätte man hier nun gar damit herausgebracht? Offenbar das Aergste! Denn ein Legatar kann ja pendentie conditione suspensiva im Ganzen das Legat nicht verlangen. Was ihm also die Umkehrung hinten retten will, das schneidet sie ihm vorne wieder ab, und das Eine wie das Andre geschieht gegen den klaren Willen des Testators! Dabei läßt sich auch fragen, wie es zusammenhängt, wenn unser corpus iuris sagt: ein Legatar kann unter aufschiebenden und auflösenden Bedingungen gerufen werden; ist jenes der Fall, so muß er bis zum Eintritt der Bedingung warten; ist aber dies, so kann er gleich, gegen cautio de restituendo, von seinem Recht Gebrauch machen. Denn verwandelt man ihm an sich eine jede auflösende Bedingung in eine aufschiebende, so kann eben deswegen der letzte Fall gar nicht eintreten.

Mit der L. 10. cit. kann man auch ziemlich leicht fertig werden, auf allen Fall in Beziehung auf unsre Frage. Es lassen sich nämlich zwei Fälle denken, der eine, daß im

3) L. 107. de cond. et dem. L. 6. pr. quando dies legati.

4) L. 26. C. de legat. (6. 37.) *Goeschen* Observat. iur. Rom. p. 65 — 73, not. k.

Testament gesagt ist: A soll haben, und vorläufig behalten, aber dereinst herausgeben; oder, daß es heißt: was ich dem A gab, das nehme ich ihm hiemit wieder, falls nicht dies oder das geschieht. Im ersten Fall wäre das Annehmen einer aufschiebenden Bedingung nichts als eine, den klaren Worten widerstreitende Verdrehung. Im zweiten Fall hingegen läßt sich dergleichen herausbringen. Wollte man auf Wortklauberei ausgehen, so könnte man nämlich sagen: das pure Gegebene ward nachher an sich unbeschränkt genommen, und bei der nachfolgenden Bedingung nicht wieder aufs Neue positiv gegeben, mithin bekommt der Legatar nichts. Allein dagegen sind nun die, von den Classikern überall angewandten Grundsätze des *argumenti a contrario* 5). Will nämlich Jemand, daß ein Andern von ihm nichts erhalte, oder will er ihm alles Angewiesene wieder entziehen, so braucht er dort nur zu schweigen, oder hier nur einfach zu widerrufen. Soll also ein bedingter Anhang nicht als ein inutiles gelten, so kann er bloß auf ein bedingtes Sehen oder Wiedergeben bezogen werden, wie auch bei uns der gesunde Verstand sagen würde, in der Rede: »A bekommt von mir 100 Thle nicht, wenn er die B heirathet,« liege *implicite*, daß A jene Summe fordern könne, wenn er die B nicht heirathe. Ganz so, wie von einer, durch Interpretation leicht zu findenden, natürlichen Sache sprechen nun L. 10. pr. cit., und die gleichlautenden in der Note 3 angeführten Fragmente; aber nicht entfernt deuten sie an, daß ihre Absicht sey, ein Resultat aufzustellen, welches zur Umgehung der Worte des Testators dienen solle. Und wenn man auch alles leugnen wollte, was eben gesagt ist, so bleibt doch noch immer der entscheidende Umstand übrig, daß für den Fall, wenn der berufene Erbe wirklich Erbe ward, nach der

---

5) L. 22, de LL. L. 1. pr. de offic. eius cui mand. L. 1. pr. de his qui sui. L. 18. de testib. L. 26. §. 2. de pact. dotal.

Regel, kein wirklicher Erbe könne aufhören Erbe zu seyn, die Verwerflichkeit der auflösenden, als einer hier unmöglichen Bedingung nach strengen Grundsätzen des Civilrechts durchaus angenommen werden durfte.

Der §. 9. I. de hered. instit. sagt, nach dem gewöhnlichen Styl der Institutionen, nichts dawider. Denn überall berühren ja die Institutionen nur die ersten rohen Elemente, und überlassen, in absichtlicher Unbestimmtheit, alle genaueren Entwicklungen, Ampliationen und Limitationen der Pandekten. So konnten sie denn auch leicht die Zulässigkeit der bedingten Erbeneinsetzungen unbestimmt anführen, wie sie das, was über den dies certus unbedingt zu sagen war, leicht bestimmt angeben konnten. Allein was wäre dazu erforderlich gewesen, über bedingte Einsetzungen alles klar zu sagen! Selbst die Lehre von Universal-Fideicommissen hätte mit eingemischt werden müssen, um nur das Wesentliche ganz aufzuklären. So mußte denn also, nach gewohnter Art, mit einer unbestimmten Andeutung die Sache abgethan werden.

Endlich steht auch die L. un. C. de his quae poenae nomine der gemeinen Lehre nicht entgegen. Denn schon nach ihrer Stellung zwischen Titel von Vermächtnissen kann sie nicht auf Verwirkung des ganzen Erbrechts, sondern nur auf legata poenae nomine relicta bezogen werden. Darauf allein geht nun auch ihr klarer Inhalt, wie dies bewiesen wird durch die Worte: *pecunias dari, pecuniariam poenam inferri, — eas* (welches nur auf pecunias gehen kann) *transferri, — vel aliquid ab eo dari.* Aber auch abgesehen davon, ist das Aeußerste, was sich nach dieser Constitution sagen läßt, daß zur Strafe eine Verwirkung des Erbrechts eintreten kann, welches freilich zu der, von Justinian auch sonst in ähnlichen Fällen <sup>6)</sup> bewiesenen Heftigkeit ganz gut passen würde, aber auf die, dem Erben nicht

6) L. ult. §. ult. C. de bon. quae lib. Nov. 74. praef. §. 2. c. 2.

zum Vorwurf gereichenden Thatumstände, namentlich auf alle als auflösend gesetzten, bloß zufälligen Bedingungen durchaus keine analogische Anwendung leidet.

## 2. Ueber die Verjährung der Dienstbarkeiten.

Obgleich die Lehre von der Verjährung der Real- und Personal-Servituten in vieler Hinsicht die größten Streitigkeiten veranlaßt hat, so war doch stets eine gleiche Ansicht über das Hauptsächlichste, nämlich darüber, daß unter Voraussetzung aller nöthigen Erfordernisse, eine Dienstbarkeit in einem bestimmten longo tempore, also in 10, oder in 10 oder 20 Jahren, nach Maßgabe der Gegenwart oder Abwesenheit, durch Verjährung erworben werden könne. Kürzlich ist aber versucht, in einer neuen Darstellung <sup>7)</sup> eine bloß unbestimmte Verjährungszeit herauszubringen, wobei es von der richterlichen Willkühr abhängen soll, in jedem einzelnen Fall nach den individuellen Umständen zu bestimmen, ob hier so und so viel, oder mehr Jahre erforderlich waren.

Das Wesentliche dieser neuen Theorie, und ihrer Gründe, geht nun auf Folgendes hinaus. Eine Verjährung der Personal-Servituten sey in keinem Gesetz zugelassen, und dürfe insofern gar nicht angenommen werden. In Betreff der Real-Servituten sey in den Gesetzen auch nirgend von einer praescriptio, oder gar der praescriptio von 10 und 20 Jahren die Rede, sondern es werde nur unbestimmt ein Erwerb derselben durch einen, sehr lange Zeit fortgesetzten Gebrauch gestattet. Dies werde klar ausgedrückt durch das mehrmals vorkommende Wort *vetustas* <sup>8)</sup>, und durch die

7) Meusnier und Zimmern Römischrechtl. Untersuchungen I. B., nr. V. VI.

8) L. 2. pr. L. 26. de aqua et aquae pluv. L. 3. §. 4. de aqua quot.

demselben gleichgeltenden, auch ganz unbestimmten Ausdrücke: tempore, diu usus, longa consuetudine, dioturno usu, longa quasi possessione, longi temporis consuetudo, und longi temporis praerogativa <sup>9)</sup>, zu welcher vetustas aber nicht grade eine unvordenkliche Zeit gehöre, obgleich sie zu dem sichersten Beweise führe. Es gebe auch zwei Fragmente, woraus klar hervorgehe, daß hier an keine feste Zeitbestimmung gedacht sey. In L. 10. pr. si servit. vind. sey nämlich gesagt, es könne Jemand das Wasserleitungsbrecht longa quasi possessione erwerben, und dabei heiße es doch: utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se. Eben so entscheidend sey für das Unbestimmte Ulpian's Aeußerung in L. 10. §. 1. de usurp.: Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Denn das longo tempore capi gehe auf 10 und 20jährige Präscription. Nach vielen andern Fragmenten könne aber doch eine Real-Servitut abge sondert durch Verjährung erworben werden. Eine Vereinigung der Gesetze sey also nur möglich, wenn man Ulpian's Aeußerung auf die bestimmte Verjährung von 10 und 20 Jahren, die übrigen Fragmente aber auf eine unbestimmte Erwerbungszeit beziehe. Zwar habe man sich für die bisherige Ansicht berufen auf das exemplo rerum immobilium in L. 2. de servitut., und auf den Schlußsatz: eadem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, veluti ususfructus et ceterae servitutes in L. 12. C. de praeser. longi temporis. Allein das erste Gesetz sage doch nichts von einer völligen Gleichstellung der Zeitfristen, und das zweite könne, insofern es keine praescriptio definita in Rücksicht der Erwerbung der Servituten gebe, bloß auf die erlöschende Verjährung derselben be-

---

9) L. 28. de S. P. U. L. 10. pr. si servit. vind. L. 1. §. ult. de aqua et aquae pluv. L. 3. §. 3. de itinere. L. 1. C. de servit.

zogen werden, für welche freilich Justinian <sup>10)</sup> eine bestimmte Frist von 10 und 20 Jahren gesetzt habe.

So weit das Neue! Ich will jetzt, abgesehen von vielen kleinen Nebendingen, kurz angeben, warum ich nach wie vor dem alten Glauben ergeben bin. Zuvörderst wird jeder Unparteiische einräumen müssen, daß unsre Gerichte durch jene neue Theorie in eine üble Lage versetzt würden. Das Verweisen auf richterliches Ermessen hat seinen guten Sinn, wenn man dabei dem Richter irgend ein leitendes Princip geben kann, wie z. B. wenn man sagt: ein kleiner, nach Umständen unschädlicher Verzug solle nicht angerechnet werden. Allein sinnlos wird die richterliche Willkühr, wenn sie ganz und gar keine Entscheidungsnorm zum Grunde legen kann. Und so wird sie doch durch jene neue Theorie gestellt. Denn wonach soll sich der Richter, zwischen tempus definitum und immemorabile in der Mitte stehend, eigentlich richten? Soll er sehen auf das Interesse des Verlierenden, oder des Erwerbenden, oder die Wichtigkeit oder Unwichtigkeit der Servitut, oder das gemeine Beste, oder, wie er es in Nothfällen sonst wohl darf, das Loos entscheiden lassen? Mit dieser Frage wird denn auch das Resultat der neuen Theorie historisch unbegreiflich. Die neuere Verjährung der Servituten entstand doch auf allen Fall nach Analogie der Präscription des Eigenthums, das Edict mag sie nun eingeführt haben, oder Interpretation und Gerichtsgebrauch, oder ein Rescript. Wie in aller Welt hätte man nun aber, im Besiz eines guten Vorbildes, und durch die Grundsätze über Analogie in Betreff der genauen Nachahmung vollständig gedeckt, auf die Idee kommen sollen, sich durch eine Abweichung in Betreff der Bestimmtheit die unglücklichste aller Neuerungen zu erlauben? Noch mehr: warum wird nicht ein einziges Mal bestimmt gesagt, daß man hier eine Unbestimmtheit haben wolle? Und vor allen Dingen: wie konn-

10) L. 16. §. 1. C. de usufr. L. 13. C. de serv.

te Justinian bei dieser Gelegenheit sich einer Besserung enthalten? Ueberall war es ja sein Lieblingsgeschäft, der Unbestimmtheit, und den Gefahren der richterlichen Willkür entgegen zu arbeiten <sup>11)</sup>, und in der Lehre von der Verjährung, worin er überall den Reformator machte, lag ihm die Sache näher als irgendwo, ohne daß er eine schwere Arbeit zu fürchten brauchte. Denn mit den Paar Worten: 10 und 20 Jahre war alles abgethan.

Wir wollen nun aber auch exegetisch der Sache näher gehen. Zuvörderst ist zu bemerken, daß der Ausdruck *vetustas* auf eine längere Zeit, als 10 und 20 Jahre geht <sup>12)</sup>, und zwar in der Sprache der Classiker wirklich auf den unvordentlichen Besitz <sup>13)</sup>. Als Requisit ist nun ein solcher Besitz bei der Servituten-Verjährung im Allgemeinen nicht gefordert <sup>14)</sup>, aber in Betreff des natürlichen Abflusses des Regenwassers, und der *actio aquae pluviae arcendae* gibt es doch allerdings eine Ausnahme <sup>15)</sup>, und diese begreift sich auch wohl, weil hier von Entkräftung eines, auf Polizeigründen beruhenden, und auf das allgemeine Beste berechneten Gesetzes die Rede ist. Allein gänzlich muß geleugnet werden, daß die andern, oben erwähnten Ausdrücke: *diu usus*, *dicturno usu*, *longa possessione*, *longi temporis praerogativa* u. s. w. auch auf die *vetustas* in jenem Sinn, oder auf ein *indefinitum* über 20 Jahre hinaus ge-

11) §. 3. L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest. L. ult. C. de novat.

12) L. 14. C. de fund. patrim. vergl. mit L. 7. C. de fund. rei priv.

13) Dies wird bewiesen durch alles, was in L. 2. §. 7 — 9. de aqua et aquae pluv. als Exegese des princ. dieses Fragments vorkommt.

14) In L. 3. §. 4. de aqua quotid. wird nur einmal bei Gelegenheit der Wasserleitungen Gewicht darauf gelegt; aber es ist doch auf nichts Ausschließliches gedeutet.

15) L. 2. pr. de aqua et aquae pluv.

hen. Nirgend steht etwas der Art, aber wohl sind die stärksten Gründe dafür, daß man sie eben auf 10 und 20 Jahre beziehen muß. In der ganzen Lehre von der erwerbenden Verjährung des Eigenthums wird *longum tempus* ausgemacht auf bestimmte Jahre bezogen, ja sogar das unbestimmte: *temporale* geht nur darauf <sup>16)</sup>. Warum soll denn bei Gelegenheit der Servituten der Redegebrauch umspringen, und auf mehr, und auf etwas Unbestimmtes gehen? In dem fehlenden Wort *praescriptio* kann der Grund nicht liegen, weil es an sich nicht auf die nöthigen Zeitverhältnisse, sondern auf die Wirkungen geht. Eben so ist es unbestreitbar, daß in der Lehre von der Eigenthumsverjährung die Worte: *diu*, *diutina possessio*, und *diurnitas* jenes *tempus definitum* bezeichnen <sup>17)</sup>. Also wieder die Frage: warum sollen diese Ausdrücke bei Gelegenheit der Servituten nicht wieder in dem sonst gewöhnlichen Sinn genommen werden?

Bergebens sind dagegen angeführt die oben erwähnten Worte: *per annos forte tot* in L. 10. pr. si servit. vind. Daß: *tot* geht bei den Römern, wie bei uns daß: so und so viel, nicht auf ein indefinitum, sondern es dient dazu, kurz anzudeuten, was sich entweder von selbst versteht, oder nicht genau angegeben zu werden braucht, weil es zunächst nicht auf die Summe ankommt <sup>18)</sup>. Die L. 10. pr. cit. entfernt nun auch durch sich selbst alle Schwierigkeiten Denn im Anfange heißt es ja, *dicturnus usus*, und *longa pos-*

16) Tit. ff. de temporal. praescr. L. 8. C. de praescr. l. t. L. 7. C. de fund. rei priv.

17) L. 1. C. de longi tempor. praescr. quae pro libert. L. 4. 7. C. de longi t. pr.

18) L. 87. §. 4. de legat. II. L. 28. de mort. caus. don. Hätte *Cannegieter* de notis (hinter dessen *Ulpiani fragmenta*) p. 295 — 362. das erste Fragment gekannt, so würde er wahrscheinlich in dem zweiten daß: *tot* nicht durch *Critik in: thii* umgewandelt haben.

sessio machten das docere de jure unnöthig, es genüge also der Beweis, per annos tot usum se. Da nun vorher grade die Ausdrücke gebraucht waren, welche gewöhnlich auf 10 und 20 Jahre gehen, so ist das tot nichts, als eine Hindeutung auf jene bestimmten Fristen.

Auch die L. 10. §. 1. de usurp. steht der gemeinen Theorie keineswegs entgegen, vielmehr dient sie zur Bestärkung derselben. Das Wort praescriptio kommt hier nicht vor, sondern nur von einem longo tempore capere ist die Rede. So wird nun nach dem Obigen auch von der Servituten:Verjährung, wo sie zulässig ist, geredet. Wie gänzlich verkehrt wäre es also gewesen, wenn Ulpian bei seiner Bemerkung, man könne eine Real:Servitut nicht für sich bestehend longo tempore erwerben, heimlich im Sinn gehabt und behalten hätte, in einem andern Sinn könne das longo tempore capere passiren. Es läßt sich hier aber leicht mit ihm auskommen. Es gibt nämlich bei Realservituten zwei Fragen: Kann man eine solche Servitut durch usus schaffen und auflegen; und: kann man sich eine, bereits vorhandene Realservitut translative durch Präscription verschaffen? Nur vom Letzten redet hier Ulpian, wie der Nachsatz, cum praediis potest klar zeigt, und da mußte denn, wegen der allgemeinen Rechtsätze über Unzertrennlichkeit der Realservituten, die isolirte Verjährung ganz geleugnet werden. Der Einwand Ulpian habe so etwas "Triviale" nicht zu sagen, und nicht durch ein hoc iure utimur zu bestärken gebraucht, will nicht einleuchten. Denn jene Rechtsätze sind auch bei andern Gelegenheiten (z. B. in Betreff der Pfändung und Veräußerung) von der höchsten practischen Bedeutung, und als ausgemachte alte Sätze des strengen Rechts konnte ihnen mit Fug und Recht das hoc iure utimur nachgesagt werden <sup>19)</sup>. Ulpian

19) S. C. P. H. Thierbach de notione et indole formulae: hoc iure utimur. Lips. 1819.

pian schrieb aber nicht bloß für vollendete Juristen, und Justinian hat auch nicht bloß für solche gesammelt.

Hiezu kommen nun noch folgende Gründe, welche der älteren Theorie zur vollständigen Rechtfertigung gereichen. In L. 2. C. de servit. et aqua wird keineswegs nur so obenhin gesagt, daß man Servituten einigermaßen, wie das Eigenthum, durch Verjährung erwerben könne, sondern es heißt: *servitutum exemplo rerum immobilium tempore quaesisti*. Die Gleichstellung geschieht also namentlich in Ansehung der Zeit, und da dies unbestimmt allgemein geschieht, so muß auch diese Gleichstellung als absolut genommen werden<sup>20)</sup>. Aber nicht genug! Gleich nachher, nämlich nach *tempore quaesisti*, wird hinzugefügt: *quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est*. Hätte nun die Servituten-Verjährung eigne Fristen, so wäre hier offenbar ein doppelter Schreibfehler.

Auch die letzten Worte der L. 12. C. de praeser. longi temp. sind, wenn man sie natürlich auslegt, für die Vertheidiger der alten Lehre. Denn Justinian wollte nach der Einleitung dieser Constitution eine alte Streitfrage entscheiden. Diese konnte aber über die erlöschende Verjährung der Servituten nicht Statt finden, weil vor Justinians Verordnungen in L. 16. §. 1. C. de usufruct. L. 13. C. de servit. das Erlöschen derselben in 1 und 2 Jahren erfolgte. Der erste Haupttheil der L. 12. C. cit. redet nun bloß von Erwerbung des Eigenthums, und schließt damit: die Verjährung solle so und so vollendet werden, wenn der Besitzer ein *bonum initium* habe. Gleich darauf folgt der Zusatz: *eodem observari debent non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usufructus, et ceterae servitute*. Wie ist es nun möglich, denselben, nach solchen Vordersätzen, auf etwas Anderes, als

20) I. 23. de S. P. U. L. 5. 6. de testament. tutel. L. 43. pr. de legat. II.

die erwerbende Verjährung zu beziehen? Zu beklagen ist es übrigens, daß der L. 12. C. cit. die Subscription fehlt. Denn ginge aus ihr hervor, daß die Constitution vor L. 16. und L. 13. cit. erlassen sey, so könnte man das, was vorhin gesagt ward, sonnenklar nennen. Indes ist es höchst wahrscheinlich, daß die beiden letzten Verordnungen der L. 12. cit. nachfolgten, da diese, nach Regeln der grammatischen Auslegung behandelt, bloß von der erwerbenden Verjährung redet, und auch die erlöschende hätte berührt werden müssen, wenn es damals schon ein Erlöschen der Servituten, nach Maßgabe der Gegenwart und Abwesenheit, in 10 und 20 Jahren gegeben hätte.

### 3) Ueber die Befreiung der Ascendenten und Brüder von der Collationspflicht.

Kein Rechtsatz ward bisher unbedenklicher befolgt, als der Satz, daß nur Descendenten gegenseitig zur Collation verpflichtet sind, nicht aber andre Verwandte, also namentlich auch nicht die Ascendenten und Geschwister. Man hatte dafür außer gesetzlichen Vorschriften, von denen gleich weiter die Rede seyn soll, sehr gute philosophische Gründe. Denn die Collation, wie sie sich im späteren Römischen Recht gestaltet hat, beruht auf der Hauptidee, daß von Eltern gleiche Zuneigung zu ihren Kindern vermuthet werden könne, und diese Idee hat nur in jener engen Beziehung Realität. Denn die Treue und Liebe, womit sich Eltern ihren Kindern fast zu opfern pflegen, findet schon selten in dem umgekehrten Verhältniß, besonders in Beziehung auf höhere Ascendenten, Statt; und wie oft erkaltet die Geschwisterliebe ganz schon wegen freundschaftlicher Verhältnisse mit dritten Personen! Das Neu-Französische Recht hat dieß bei Beschränkung der tutela legitima auf die bloßen Ascendenten recht wohl im Auge, aber freilich bei seiner Collation und seinem Familienrathe nicht beachtet.

Es ist indes unlängst wirklich die Behauptung aufgestellt, daß Justinian auch die Ascendenten und Brüder, soweit sie die Eigenschaft der Notherben haben, zur Collation verpflichtete <sup>21)</sup>, und zwar deswegen, weil der Kaiser in L. 20. pr. C. de collat. allgemein verordnete, alle Personen sollten conferiren, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur. Da nun Ascendenten, und größtentheils auch Brüder, als Notherben zur Querel berechtigt sind, so soll ihnen jetzt deswegen auch die Collationspflicht obliegen.

Es ist mir unmöglich, dieser neuen Lehre beizupflichten. In den Pandektentiteln de collat. und de dotis collatione ist überall nur von der Collation der Descendenten die Rede. Eben so in dem Tit. C. de collationibus, wo in allen Constitutionen mit größter Bestimmtheit nur Eltern und Kinder genannt werden. Wollte also Justinian das Institut auf Ascendenten und Geschwister ausdehnen, so hätte die darauf gehende Constitution durchaus jene Personen namentlich erwähnen müssen. Allein die L. 20. pr. C. cit. thut dies nicht, ja sie nennt sogar gleich nachher im §. 1. nur die Kinder. Erwägt man nun noch, daß Justinian in den ersten Worten der Constitution keine Neuerung ankündigt, wie er es doch gar zu gern thut, wo er auf eine Aenderung des alten Rechts ausgeht, und daß er vielmehr sagt, er wolle plana sanctione revelare, was sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum sey, so ergibt sich, in Vergleichung mit dem folgenden Inhalt des Gesetzes, ganz klar, daß er keineswegs neue Rechtsätze aufstellen wollte, namentlich nicht in Ansehung der Frage, welchen Personen die Collation obliege, sondern daß seine Entscheidung nur auf die Sachen ging, welche bei der Collation in Anschlag zu bringen sind, wobei man denn natürlich die soge-

21) K. A. D. Unterholzner histor. iur. Rom. de collationibus. Altorf. 1812. p. 67.

nannten terminos habiles vorauszusetzen muß, d. h. Fälle, wo überhaupt nach bekannten Rechtsgrundsätzen zu conferiren ist.

Wäre aber jene Constitution an sich zweideutig, so werden doch alle Zweifel durch Justinians eigenen späteren Erklärungen gehoben. In Nov. 18. c. 6. führte er auch bei der testamentarischen Erbfolge die Collation ein. Hier wäre nun recht die beste Gelegenheit gewesen, von der Erweiterung des alten Rechtsfages Gebrauch zu machen, weil der Kaiser bei dieser Neuerung völlig freie Hand hatte, etwa wie der Prätor bei seiner Classe unde cognati, für welche er, durch kein älteres Recht gehindert, unbedenklich die successio graduum einführte. Allein die Novelle schweigt von der ganzen Sache, und sagt bloß einfach: parentes. Noch entscheidender ist Nov. 97. c. 6. Justinian beschäftigt sich darin mit der Streitfrage, in wiefern eine empfangene, aber verlorene Brautgabe zu conferiren sey. Nachdem nun die Novelle darüber das Nöthige gesagt hat, schließt sie mit den Worten: necessarium putavimus, praesentem ponere legem. Ut autem non per partes enumeremus personas, in quibus valere eam oportet, generali sermone decidimus. Quapropter in quibus est collationis ratio, in his et constitutionem valere, sive pater, sive avus, sive mater, sive avia, aut ascendentium aliqua sit persona. Schon damit allein könnte die alte Lehre vollständig gerechtfertigt werden.

---

4) Ueber die gerichtliche Niederlegung als ein Erforderniß bei allen Arten beweglicher Sachen.

Seit der Glosse, und in Uebereinstimmung mit den Theoretikern, hat unsre Praxis immer angenommen, der Schuldner einer beweglichen Sache, dem der Gläubiger die Annahme verweigert, müsse die Sache nach vorgängiger Ver-

versiegelung, so weit diese möglich sey, gerichtlich niederlegen, um von seiner bisherigen Verbindlichkeit frei zu werden. Ich selbst habe mich immer zu dieser Lehre bekannt <sup>22)</sup>, aber auch stets mit der Einschränkung, daß die Versiegelung wegfalle, wenn die Sache nicht dazu geartet sey.

Diese Lehre soll nun nach neueren Erörterungen falsch seyn, sofern nicht von bloßen Geldschulden die Rede ist <sup>23)</sup>. Allein das Nachdenken über die dagegen gemachten Einwendungen hat mich noch mehr dafür gestimmt.

Die Gründe der neuen Ansicht sind kürzlich diese. Alle Gesetze redeten nur von Versiegelung und Deposition bey Geldschulden, bloß in Beziehung auf die Hemmung des Zinslaufs, und forderten stets versiegelte Deposition. Es würde eben so lächerlich als unthunlich seyn, ein Pferd ins Rathhaus zu reiten, oder Wein in den Rathskeller abzuliefern; auch ließen sich ja solche Dinge nicht versiegeln. In Ansehung aller, nicht auf Geld gehenden Verbindlichkeiten müßte es also bei dem Hauptgrundsatz der L. 105. V. O. L. 9. in fin. L. 72. pr. de solut. bleiben, daß die bloße oblatio den Schuldner befreie. Entledige er sich der Sache nicht, so könne freilich, nach den Grundsätzen von der purgatio morae, die Sache noch immer von ihm gefordert werden; auch dürfe ihm bei der Entledigung keine Unredlichkeit und keine Chikane zur Last fallen.

Bevor ich diese neue Theorie direct angreife, will ich erst folgende aphoristische Bemerkungen vorangehen lassen.

Es ist eine falsche Behauptung, daß die Gesetze immer nur von versiegelter Deposition (Versiegelung und Deposition) reden. Denn mehrmals wird bloß die Deposition ge-

---

22) Mein Syst. des Pand. N. 1. B. S. 111.

23) Simmern in wiefern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt; in diesem Archiv 3. B. 1. Hft. nr. IX.

nannt <sup>24)</sup>. Selbst die Stellen aus Cicero, welche zur Vertheidigung der neuen Theorie angeführt sind, reden nur von deponere. Auch steht nirgend, daß die gerichtliche Niederlegung nur wegen Hemmung des Zinslaufs eingeführt sey, sondern überall bloß, daß sie den Zinslauf hemme.

Lächerlich kann alles werden, wenn man es lächerlich ausführt. Aber warum soll man nicht, wie bisher, in aller Ehrbarkeit einen Gaul in einen öffentlichen Pfandstall einziehen, oder, wenn man reiten kann, einreiten, und eine Tonne in die, gewöhnlich unter den Rathhäusern befindlichen Lagergewölbe ablegen können? Fehlt er der Obrigkeit an Raum, so kann sie ja, wie es oft geschieht, dem Gläubiger einen Stabularius oder Inhaber eines horrei anweisen.

Hätten wir auch Fragmente, worin von der Tilgung der Schuld durch bloße oblatio absolut geredet würde, so müßten diese doch wieder beschränkt werden, wenn andere Fragmente die nähere Bestimmung enthielten, daß noch die depositio hinzuzufügen sey. Schon nach einfachen Regeln der grammatischen Auslegung könnte man einer solchen Combination nicht ausweichen, und mit Rücksicht auf die Pandekten am allerwenigsten, da die Classiker die verschränkten Regeln nicht lieben, sehr oft die Hauptsache roh in einem absoluten Satz hinstellen, dann aber immer bei der Entwicklung die feineren Beschränkungen und Zusätze folgen lassen <sup>25)</sup>. Grade für unsre Hauptfrage haben wir hierüber ein wichtiges Fragment in L. 25. §. 1. de administr. tutor., entlehnt aus Marcelli Digestis, wozu Ulpian Noten

24) §. B. L. 36. in fin. depos. L. 9. C. de usur. L. 2. C. de bitorem venditorem pignoris.

25) Ich habe dies genauer erörtert in meinen civilist. Abhandl. S. 185 — 190. Die hier aufgestellten Ideen sind auch gebilligt in Neustetel und Simmeru Römischrechtl. Unters. 1. B. S. 271.

geschrieben hatte. In diesem Fragment heißt es nun: Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quominus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat, non sufficit obtulisse, nisi et deposuit ob signatam tuto in loco. Was nun noch die oben erwähnten Gesetze betrifft, worin die Tilgung der Verbindlichkeit durch bloße Oblation absolut ausgesprochen seyn soll, so ist wohl zu beachten, daß sie nicht so absolut sind, sondern das Aufhören der Verbindlichkeit bloß in Rücksicht des periculi aussprechen, wogegen auch die ältere Theorie nichts einzuwenden hatte. Soll aber die Allgemeinheit jener Gesetze als etwas ganz Unbeschränktes genommen werden, so ist damit auch die neue Theorie geschlagen. Denn was allgemein mit Rücksicht auf Sklaven in L. 105. de V. O. L. 9. in fin. de solut. steht, das ist mit Rücksicht auf Geldschulden eben so allgemein in L. 72. pr. de solut. gesagt.

Wir wollen nun aber durch folgende Bemerkungen noch näher auf die Sache eingehen.

1) Wenn es wahr ist, daß der Schuldner, Geldschulden abgerechnet, durch bloße Oblation gänzlich befreit wird, so kann auch kein einziges positives Factum zum Besten des Gläubigers von ihm verlangt werden, weil man außer dem Contract nichts Positives zu thun hat. Er kann also die Sache wegwerfen, bloß weil er sie nicht behalten mag, und so könnte hier im Ganzen von «Unredlichkeit und Chikane,» schwerlich die Rede seyn. Warum soll aber bloß das Geld gegen dieses Wegwerfen gesichert, ein Edelstein aber demselben unterworfen seyn? In den Zinsen kann der Grund nicht liegen. Denn von ungeheurer und einziger Wichtigkeit sind sie doch nicht; auch gibt es viele Geldschulden, namentlich ex mutuo, wobei nach Römischem Recht gar keine Zinsen gefordert werden können, während doch die Deposition

ganz allgemein verlangt wird, um Geldschulden zu tilgen. Weit natürlicher ist es also, hier eine, sich über alle Mobilien aus gleichen Gründen erstreckende humane Ansicht der Römer vorauszusetzen, als anzunehmen, daß sie bloß des lieben baaren Thalers wegen sich zu einer Singularität verstanden.

2) Ist es als Regel wahr, daß die bloße Oblation die ganze Verbindlichkeit aufhebt, und daß der Schuldner die Sache derelinquieren kann, so ist er, wenn er sie behält, ein wahrer freiwilliger negotiorum gestor, und noch mehr, nämlich ein Uebernehmer fremder Geschäfte, denen man sonst gern zu entgehen pflegt. Denn wer bewacht oder bewahrt gern die Sache eines Andern? Er müßte also, wenn er die zurückgewiesene Sache behält, als gestor, und wegen seiner, zum Festhalten bewiesenen Lust, nach der oblatio den höchsten Fleiß prästiren <sup>26)</sup> Allein die Gesetze sagen umgekehrt, daß der Schuldner gegen einen säumigen Gläubiger nur dolus und culpa lata zu verantworten brauche <sup>27)</sup>. Nach der neuen Theorie ist dies ein böses Problem, nach der alten aber kann es ganz leicht erklärt werden. Denn darf er die Sache nicht wegwerfen, so kann man ihm seine Freiheit und seine Zudringlichkeit nicht vorwerfen, und da ist es eben so natürlich daß man ihn wegen einer gesetzlichen Last schon, als daß man den, auch unter einer höheren Nothwendigkeit stehenden Tutor in Ansehung des Fleißes mit Milde behandelt.

3) In Nov. 91. cap. 2. ist schlechthin von einer *res mobilis*, und nicht bloß von Geld die Rede. Dennoch heißt es allgemein: *secundum leges* recondat. Hiemit kann nun nicht ein zufälliges Factum angedeutet seyn. Denn gibt es bei Mobilien, mit Ausnahme des Geldes, keine rechtlich

26) §. 1. I. de obl. quae quasi ex contr. L. 6. §. ult. de negot. gest. L. 1. §. 35. depos.

27) §. 17. de peric. L. 9. solut. matr. L. 8. §. 3. L. 9. §. 5. de rebus in iudic. poss.

notwendige Deposition, so kann auch nicht von einem: *secundum leges* gesprochen werden. Es würde nicht einmal rechten Sinn gehabt haben, wenn Justinian hier die Deposition gerathen hätte. Denn die Gerichte werden sich wohl hüten, ein *depositum* zu übernehmen, wenn der Schuldner nicht zu *deponieren* versucht, und dabei bloß seiner Neigung nachgeht.

4) Wir haben in den Pandekten ein Fragment, worin mit dürren Worten die Deposition als Pflicht bei allen Arten der Mobilien angenommen wird, nämlich L. 1. §. 36. *depositi*. In diesem Fragment wird erst geredet von Geldsummen, deren Versiegelung und Deponirung. Darauf wird weiter gehandelt von andern Mobilien, welche untheilbar sind, und hierüber wird für den Fall, daß der Gläubiger nicht leistet, was er leisten soll, ausdrücklich gesagt: *satisfactione non interveniente, rem deponi, et omni actione depositarium liberari*. Bei solchen Gründen kann denn unsre Praxis gewiß unbesorgt ihren bisherigen Grundsätzen getreu bleiben.

---

#### 5) Ueber den Zweck und die Fortdauer der Quasi-Pupillar-Substitution.

Die Praxis war bisher mit der Theorie ganz darin einverstanden, daß die *Substitutio quasi pupillaris* oder *exemplaris* der wahnsinnigen Kinder, wie sie Justinian in L. 9. C. de *impub. et al. subst.* angeordnet habe, im Ganzen eine Nachbildung der *pupillaris* sey, also wie diese nicht bloß auf die, vom Testator ererbten Güter, sondern auf das gesammte eigne Vermögen der Kinder gehe, und daß Justinian später an jener Constitution im Wesentlichen nichts geändert habe.

Beides ist jetzt geleugnet. Zuerst trat Unterholzner<sup>28)</sup>

---

28) in diesem Archiv 2. Bd. 1. St. nr. V

mit der Behauptung auf: die substitutio quasi pupillaris sey keineswegs im Ganzen eine Nachbildung der pupillaris, und gehe bloß auf die, vom Testator ererbten Güter. Dieser Idee beitreten behauptete Löhner<sup>29)</sup> sodann weiter, und an sich sehr consequent: von der substitutio exemplaris, wie dieselbe in L. 9. C. cit. angeordnet ward, sey später nichts übrig geblieben, als das Recht des Hausvaters, seinem wahnsinnigen *suis* einen Substituten zu ernennen. Denn bald nachher habe Justinian in L. 7. §. 3. 4. C. de curatore furiosi vorgeschrieben, ein Wahnsinniger, welcher kein *suis* sey, könne nicht Erbe werden, sondern man dürfe für denselben höchstens nur eine provisorische Immissio suchen. Es höre also damit die Möglichkeit auf, für Kinder, welche keine *sui* sind, die L. 9. C. cit. zur Anwendung zu bringen. Die L. 7. C. cit. deute dies auch gewissermaßen selbst an. Denn im pr. werde bloß von Hausvätern geredet. Nur in Beziehung auf dieselben bestätige der §. 1. *ibid.* die Vorschrift der L. 9. C. cit., aber nachher, wo von *liberis sui iuris* die Rede sey, werde der eben erwähnten Constitution nicht weiter gedacht.

Ich argumentire dagegen: eben diese Folgesätze hätten gleich darauf führen sollen, daß es mit den Prämissen nicht gut stehe, und man sollte jene mit diesen wieder aufgeben. Erwäge man doch: Justinian gibt sich im J. 528. recht ernstlich Mühe, ein neues Institut zu schaffen, und dessen Eigenheiten genau zu bestimmen. Und doch soll er den größten Theil desselben schon im J. 530. durch L. 7. C. cit. wieder vernichtet haben, und noch dazu ohne es ausdrücklich zu sagen! Das ist wahrlich nicht nach der gewöhnlichen Art des Kaisers, welcher immer am liebsten seinen *prioribus* inhärrte, und deren Umfang zu erweitern suchte, oder bei Aenderungen doch wenigstens klar aussprach, daß reiferes Nachdenken ihn auf eine bessere Idee geführt habe. Nicht

— Aliq.

29) Auch in diesem Archiv 5. B. 1. Hft. nr. VI.

einmal implicite deutet er in L. 7. C. cit. eine Aenderung an, und bestätigt, genau gesehen, keineswegs die L. 9. C. cit. bloß in Ansehung der suorum. Denn er kommt in der L. 7. C. cit. von dem Einen auf das Andre, und das Capitel über Erwerbung der Erbschaften wird sogar zerrissen durch eine, in die Mitte geschobene Erörterung über curatores. Die Bestätigung im §. 1. lautet auch ganz allgemein in dem Wort parentes, wie die L. 9. C. cit. sich ausdrückt hatte, und erst hinterher erfolgen in §. 2. 3. Unterscheidungen in Betreff der hörigen und nichthörigen Kinder. Auf allen Fall ist aber die L. 7. C. cit. nicht deutlich für eine Aenderung der wesentlichsten Punkte der L. 9. C. cit., und dawider ist nun offenbar zweierlei, dem ich ganz entscheidendes Gericht beilegen muß. Hatte nämlich Justinian die Idee, daß durch L. 7. C. cit. der größte Theil der L. 9. C. cit. wegfalle, so konnte er bei Publication jener Verordnung, weil er damals nur zu Nichtern sprach, allenfalls der richterlichen Beurtheilung die Sache anheim geben, wie er es auch sonst wohl in allerhöchster Bequemlichkeit that, wenn etwas auseinander zu pflücken war, z. B. bei Gleichstellung der Legate und Fideicommissa. Allein die Anfänger durften nicht falsch berichtet werden. Und dennoch verweist er sie nachher in §. 1. l. de pup. subst. ganz überschränkt auf seine, in L. 9. C. cit. enthaltene neue Vorschrift. Ebenso wird in der neuen Ausgabe des Codex die L. 9. C. cit. in ihrer alten Fassung wörtlich wiederholt, und hier wäre doch die beste Gelegenheit gewesen, durch eine kleine Correction den Uebelstand zu entfernen.

Dringendes Bedürfnis ist es also, die erwähnte Prämissa, daß die substitutio quasi pupillaris nur auf die, vom Testator ererbten Güter gehe, zu entfernen. Ich halte dies auch für leicht, obgleich Folgendes zur Rechtfertigung derselben angeführt ist. Nirgend sey allgemein ausgesprochen, daß die substitutio quasi pupillaris ein Analogon der pupillaris sey. Daß ad exemplum in L. 9. C.

cit. gehe nur auf den Einen Punkt der Anschließung der Querel. Auch in den Institutionen stehe nichts von einer allgemeinen Gleichstellung, und auf allen Fall müsse man sie nach dem Inhalt ihrer Quelle, der L. 9. C. cit., auslegen. Das Hauptsächlichste für die neue Idee sey aber freilich dies: 1) die alte substitutio pupillaris habe einen guten Rechtsboden gehabt, nämlich die angenommene Fortdauer der väterlichen Gewalt auch noch nach des Vaters Tode bis zur Mündigkeit des Kindes. Bei der Quasi pupillaris aber sey eine fingirte Fortdauer der Gewalt unmöglich, also das Testiren über die eigenen Güter des Kindes ganz beispiellos. 2) Wenn die Eltern bloß auf ihre Güter den Substituten rufen könnten, so sey bei der Mehrheit elterlicher Testamente keine Schwierigkeit; im andern Fall aber komme man zu der beispiellosen Erscheinung, daß Jemand aus mehreren Testamenten, und noch dazu verschiedener Personen beerbt werde. 3) Es sey unerhört, daß Jemand über ein schlecht hin fremdes Vermögen testire. Auch bekämen 4) die Eltern nach der gemeinen Theorie das ungeheure Recht, wenn keine der, in L. 9. C. cit. erwähnten Notherben vorhanden seyen, mit Uebergehung der nahen Verwandten des Wahnsinnigen dessen Vermögen ganz fremden Personen zuzuwenden.

Dagegen können aber die Vertheidiger der gemeinen Theorie mit vollem Grunde dies erwidern.

1) Wenn hier von einem, durch Interpretation herauszubringenden Institut die Rede wäre, so könnte man das Unerhörte und Singulaire wohl dagegen anführen. Allein die Frage betrifft ja eine Constitution eben des Kaisers, welcher grade im Schaffen des Neuen seine größte Freude hatte, und mehrfach selbst durch die widernatürlichsten Singularitäten nicht geschreckt ward <sup>30)</sup>. Ohnehin machte hier ein weiser Zweck die Singularität eben so rich-

30) S. B. die Fälle der neuen Civität ohne patria <sup>ad</sup>us, und adoptio. n. <sup>ad</sup>us plena ohne Rechte des ad. <sup>ad</sup>ans.

wendig, als entschuldbar. Denn soll der Vater ein Mittel erhalten, sein hilfloses Kind, gegen Verfolgungen und Lebensnachsstellungen der Intestaterben zu decken, so kann nur in seiner freien testamentifactio das Mittel gefunden werden. Justinian führt daher auch offen an, daß er bei seiner neuen Substitution die humanitas habe geltend machen wollen.

2) Auch darin liegt kein Gegengrund gegen die gemeine Theorie, daß ihr zufolge die Eltern zu offenbaren Unbilligkeiten die volle Freiheit haben. Denn ohne diese Freiheit ist ja der Hauptzweck nicht erreichbar, indem das nöthige Dunkel, oder Helldunkel nicht herausgebracht werden kann, wenn sich nach gesetzlichen Regeln doch am Ende herausbringen läßt, wer im Testament des Vaters als Substitut geschrieben seyn muß. Auch bei der substitutio pupillaris ließ sich ein hartes, und unbilliges Verfahren des Vaters als möglich denken; aber dennoch ward ihm volle Freiheit gestattet, und mit doppelter Consequenz. Denn das Römische Recht hat von jeher der elterlichen Liebe vor Allem getrauet. Die Hauptsätze der tutela testamentaria beruhen darauf, und Ähnliches kommt überall vor <sup>31)</sup> Selbst in der, vorhin mehrmals angeführten L. 7. pr. C. de curat. furios. ruft Justinian aus: Quis enim talis adfectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum? vel cui alii credendum est res liberorum gubernandas, parentibus derelictis? Gegen kleinliche Beschränkungen aus Aengstlichkeit bewahrte hier auch die Römer recht gut ihr männlicher Satz: iura generaliter constituuntur.

3) Aus dem Fall, wenn mehrere Ascendenten testiren, entsteht juristisch gar keine Schwierigkeit. Wenn z. B. die Mutter den A, und der Vater den B zum Substituten seines wahnsinnigen Kindes ernennt, so lassen sich die Zweifel

---

31) S. B. L. 16. §. 1. 3. de curat. furios. L. 2. C. si et ad-vers. quos. So auch die Tutel der Muti und Großmutter.

über den Erfolg der Vielheit eben so leicht entfernen, als wenn eine einzelne Person in demselben Testament 4 verschiedene Erben als Universalserben einsetzte. Denn nach den Grundsätzen über Collision ist mit der Beschränkung pro rata sofort alles abgethan. Auch ist das Succediren aus mehreren Testamenten kein monstrum in iure, da es sich zuweilen schon vor Justinian findet <sup>32)</sup>. Das ist freilich bei der substitutio exemplaris neu, daß hier aus mehreren Testamenten mehrerer Personen geerbt werden kann. Allein wenn man alles Neue verwerfen dürfte, weil man dafür in der Vergangenheit keine Belege findet, so würde am Ende nichts Neues zu Stande kommen können.

4) Die gemeine Theorie hat nach bloßen Regeln der grammatischen Auslegung ganz entscheidende Gründe für sich. Zuerst gehören dahin die einfachen Worte: *liceat eis (liberis) substituere* in L. 9. C. de impub et al. subst. Denn nach dem, überall in der Lehre von der substitutio pupillaris vorkommenden Redegebrauch heißt das: *liberis substituere* nicht so viel, als: ich ernenne mir einen Nachfolger im zweiten Grade, sondern: ich errichte meinem Kinde ein Testament, und da geht dann, auch nach der Regel, daß es keine Testamente bloß über Theile des Vermögens gibt, das Pupillar-Testament auf das gesammte Gut des Kindes. Es kann in dieser Hinsicht ein recht classisches Muster zur Vertheidigung unsrer Praxis angeführt werden. In L. 43. pr. de vulg. et pup. subst. kommt nämlich ein Fall vor, daß der Kaiser dem Vater eines Stummen durch ein Privilegium die besondre Erlaubniß gegeben hatte: *ut muto substituere ei liceret*. Paulus interpretirt dies nun, aber er nimmt die Sache unbedenklich als Nachbildung der substitutio pupillaris, und namentlich in Beziehung auf das ganze Vermögen des Kindes. Hätte Justinian etwas

---

32) L. 19. pr. §. 1. de testam. milit. L. 1. §. 6. de bon. poss. sec. tab.

Anderes beabsichtigt, so würde er es gewiß durch ein Paar Worte angedeutet haben, daß seine Verordnung nur auf das ererbte Gut gehen solle. Aber er schweigt darüber ganz, wie in dem Codex, so auch in den Institutionen. Dazu kommt nun noch das, was L. 9. C. cit. über das Wegfallen der Querel sagt. Denn eine Querela inofficiosi testamenti gibt es gar nicht, wenn der Erblasser ohne Testament starb, und doch muß das wahnsinnige Kind als intestatus sterben, wenn die Eltern nicht ihm ein Testament errichten, sondern im Grunde nur sich selbst einen Fideicommissar ernennen können. Endlich sind nun aber die Institutionen ganz klar für die Theorie, deren Vertheidigung ich hier unternehme. Das erste: ad exemplum pupillaris substitutionis im §. 1. I. de pupill. subst. ist ganz unbeschränkt ausgesprochen, und das: qua ratione im Anfange dieses Paragraphen macht auch den kleinsten Zweifel unmöglich, da es sich unmittelbar an die vorhergehenden Worte: moribus institutum est, ut quum eius actatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, anschließt. Die Auctorität der Institutionen läßt sich auch nicht in diesem Fall perhorresciren. Das ist wahr, daß sie aus dem Codex, als ihrer Quelle zu ergänzen sind, wenn sie nur unbestimmt angeben, was im Codex mit voller Genauigkeit gesagt ist <sup>33)</sup>. Allein warum sollen sie nachstehen, wenn der Kaiser in ihnen sich noch klarer über seine Ideen äußert, als er es im Codex gethan hatte? Schon nach den bekanntesten Grundsätzen über Parallelismus muß man sich hier für das Ergänzen aus den Institutionen erklären, aber auch noch besonders deswegen, weil die Institutionen, als Lehrbuch für Anfänger, recht eigentlich den Zweck hatten, die Hauptbegriffe mit voller Klarheit zu entwickeln.

---

33) §. B. das: ex patris occasione im §. 1. I. per quas personas cuique acquir.

5) Zuletzt will ich mich nun noch auf einen Vernunftgrund berufen, und ich meyne, auf einen recht tüchtigen. Nach Unterholzner wird nämlich durch die ganze substitutio exemplaris im Wesentlichen nichts herausgebracht, als ein Fideicommiss, wobei der Testator auch über das eine Viertel, worüber er sonst nicht schalten dürfte, freie Gewalt bekommt. Und warum? Nicht um das Kind gegen Verfolgungen gieriger Intestaterben zu decken, — denn das Kind muß ja in Ansehung seiner, vor und nach dem Tode des Testators erworbenen Güter als intestatus sterben, — sondern im Grunde bloß, damit der Testator nach seinem Kopf auch auf jenes Viertel einen Nacherben bekomme, wie er ihn nun grade haben will. Und für diese Kleinigkeit sollte Justinian einen Bruch des Rechts gewagt, und sich hinter sein: *humanitatis ratione* versteckt haben! Dazu kommt, daß dieser Grund vollkommen auf alle Kinder paßt, welche nicht testiren können, z. B. Verschwender, und Stumme, welche nicht schreiben können. Und dennoch schweigt der Kaiser von ihnen. Nach der Theorie der Praxis ist dagegen alles einfach erklärt. Unmündige und Wahnsinnige sind hülfloser, als alle andern, der testamentifactio beraubten Kinder. Ihre Sicherheit erfordert es mithin vorzüglich daß man den Eltern das Recht gibt, durch ein verdecktes Testament eine volle Ungewißheit über die Frage zu schaffen, wer Erbe des Kindes seyn wird, wenn es im Zustande der Schwäche stirbt. Dazu ist nun aber durchaus erforderlich, daß das ganze Vermögen des Kindes ein Gegenstand der elterlichen Verfügung werde, weil sonst nur theilweise, aber nicht ganz geholfen ist, wie doch geholfen werden muß, wo es auf Leben und Gesundheit ankommt.

---

6) Ueber die Unzulässigkeit aller Klagen aus:  
geschlossener Notherben gegen ein Pupillar-Testament.

Die herrschende Idee über die Verhältnisse der Notherben in Beziehung auf die Pupillar-Substitution war bisher, daß sie gar keine Klage wegen Ausschließung gegen das Testament des Kindes haben, und daß es also ganz von der Willkühr des Vaters abhängt, in den *secundis tabulis* einzusetzen, wen er will. Neuerlich ist nun aber der Versuch gemacht, auch hier aufzuräumen, und der Sache eine ganz andre Gestalt zu geben <sup>34)</sup>.

Die Grundlage jener älteren, wie dieser neuen Theorie, ist L. 9. §. 5. de *inoffic. test.*, wo Ulpian sagt: *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit, nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi pro parte patris (testamentum) rescissum est; tunc enim pupillare valet.* Dies Fragment ist nun jetzt so paraphrasirt: Das Testament des Kindes bleibe stets stehen, wenn der Beschwerdeführer nur Notherbe des Vaters, aber nicht des Kindes, oder umgekehrt, wenn er nur Notherbe des letzten, aber nicht des ersten sey. Sey er aber Notherbe beider, so müsse man unterscheiden, ob er das väterliche Testament ganz umwerfe, oder nicht. Im ersten Fall gehe natürlich das Testament des Kindes, als Nebentheil, auch mit zu Grunde. Im letzten Fall aber bleibe es stehen, sofern nicht zugleich gegen das zweite Testament die Klage gerichtet und d. h. gesetzt sey. Das Alles soll aber nur nach dem *quod iudicatum est* Recht gelten, wonach hier an keine Nullität

<sup>34)</sup> *Neufotel und Simmern Römischrecht.* Unters. 1. B. S. 83 — 88.

tät's Querel gegen das Testament des Kindes zu denken gewesen sey, weil ein impubes keine Kinder haben könne, und weil nur im Fall der Präterition den Kindern die Nullität's Querel zugestanden habe. Allein nach Nov. 115. stehe nun auch der, nicht ex causa legitima ausgeschlossenen Mutter eine solche Nullität's Querel zu, und da sey nicht der entfernteste Grund, dem Vater die rücksichtslose Ausschließung zu gestatten. Der Grund der älteren Freiheit des Vaters passe auch gar nicht auf solche formelle Notherben, „weil sie doch immer in der Ungewissheit lebten, ob sie nicht ex hereditate seyen.“ Uebrigens ist dabei noch bemerkt, daß sich aus jener Ansicht leicht erkläre, warum dem Testator nur zur Pflicht gemacht sey, bei der substitutio quasi pupillaris die Nachkommen und Geschwister des wahnsinnigen Kindes, sofern sie zu seinen Kindern gehörten, einzusetzen. Denn diese seyen zugleich seine und des Kindes Notherben; die Ascendenten der andern Linie aber in Rücksicht seiner nur Alines.

Ich habe über alle jene Punkte immer andre Ansichten gehabt, und muß nach wie vor bei denselben beharren. Meine Paraphrase der L. 8. § 5. de inoffic. test. ist folgende: Wenn man einmal die gute, und in dem verdorbenen Rom doppelt natürliche <sup>35)</sup> Idee annahm, daß man dem Vater das Recht zu Pupillar-Substitutionen geben müsse, damit er ein Mittel habe, die, zum Testiren unfähigen Kinder in die Lage zu bringen, daß Niemand mit Bestimmtheit wisse, wer des Kindes Erbe seyn werde, wenn dasselbe in der Unmündigkeit sterbe, so erforderte auch die Consequenz das Recht der völlig freien testamentifictio, wie es schon im vorigen Aufsatz mehrmals angegeben ist. Es hätte an sich genügen können, wenn man offen jenen politischen Zweck der Pupillar-Substitution angekündigt hätte. Allein bei einer

35) Denn wo findet sich in der Geschichte eine Nation mit mehr Habicht und rohem Geiz!

Sache, welche sich nur durch die Praxis machen konnte, waren doch rein politische Maßregeln, als Werk der juristischen Willkühr, in einem republikanischen Staat gar nicht ad hominem, und so mußte man denn der Sache einen juristischen Anstrich zu geben suchen, wie man es auch sonst in ähnlichen Fällen gethan hatte, und überhaupt gern that<sup>36)</sup>. Dazu ließ sich hier nun auch billig Rath schaffen. War nämlich der Ausgeschlossene ein bloßer Notherbe des Vaters, so konnten die Vertheidiger des Pupillar-Testaments sagen: in Beziehung auf das Kind bist du kein Notherbe, also darfst du nicht gegen des Kindes Testament auftreten. War er dagegen bloßer Notherbe des Kindes, so hieß es: das Kind verfuhr nicht lieblos gegen dich, weil ein Dritter für dasselbe testirte. War er endlich Notherbe des Vaters und des Kindes (z. B. ein frater germanus) so trafen ihn beide Gründe, der erste, wenn er die erste, und der zweite, wenn er die zweite Eigenschaft geltend machte, welches ganz nothwendig war, da in einem, aus 2 verschiedenartigen Bestandtheilen zusammengesetzten Mixto nicht mehr seyn kann, als in jenen Bestandtheilen. Dies sagt nun auch L. 8. §. 5. cit. Denn sie bringt den Bruder nicht in einen Gegensatz, sondern stellt ihn ausdrücklich mit ihrem: *ergo* unter das vorher Gesagte. So ist denn auch ganz undenkbar, daß der Bruder, wenn er wegen seiner Ausschließung im väterlichen Testament dieses Testament nicht ganz unwirkt, bei einer bloßen rescissio pro parte doch noch einen Angriff auf das Pupillar-Testament machen kann. Denn zufolge der obigen Gründe sind ihm die directen Angriffe auf das Testament des Kindes ganz abgeschnitten; auch sagt ja L. 8. §. 5. cit. für den Fall einer, bloß zum Theil durchgesetzten Rescission des

---

36) Man denke nur z. B. an das Herausdrehen der *querela nulli et rupti testamenti* aus den Ideen von *restitutum*; an den *color insaniae* bei der *querela inofficiosi testamenti*, und an *Quasi-Contracte* und *Quasi-Delicta*.

väterlichen Testaments über das Testament des Kindes ausdrücklich und unbeschränkt: *tunc pupillare valet.*

Die Nov. 115. ändert hierin ganz und gar nichts, wenn sie auch mehrere Fälle des Ungültigseyns herbeigeführt hat. Denn sie redet ja bloß von den Pflichten, welche Der und Ascendenten in ihrem Testament gegen ihre Notherben zu beobachten haben, nicht aber von den Verhältnissen, welche eintreten, wenn Jemand für einen dritten testiren darf. Der Grund, warum der Vater bei dem Pupillar-Testament volle Freiheit haben muß, bleibt auch immer derselbe, der ausgeschlossene Notherbe mag nun eine *querela inofficiosi* oder *nullitatis* haben. Denn das hilft ja nichts, um eine Ungewißheit über die Person des Erben herauszubringen, wenn damit eine Nothwendigkeit der Einsetzung verbunden ist. Freilich kann ein formeller (und ja auch ein nicht-formeller) Notherbe denken: ich bin vielleicht *exheredit.* Allein was hilft das? Ich glaube im Ganzen nichts! Denn wenn er sich bewußt ist, die *Exheredation* nicht verdient zu haben, oder wenn er weiß, daß ihm seine Unwürdigkeit nicht erwiesen werden kann, so ist die *Exheredation* nichts für ihn, sobald er *queruliren* will; und damit ist denn die heilsame *incertitudo voluntatis* zerstört. Den besten Beweis für meine Ansicht gibt L. 9. C. de *impub. et al. subst.* Justinian trug hier, so zu sagen, den Baum auf beiden Achseln. Daß die Aeltern bei der *substitutio quasi pupillaris* der Consequenz wegen die gebührende Freiheit in Betreff der Notherben haben müssen, fühlte er wohl; aber er wollte doch auch in seiner Billigkeit den Notherben möglichst helfen. So kam er denn auf sein: *vel unum, vel certos, vel omnes*, damit keiner wisse, ob er es grade sey, aber auch, damit nicht eine Ausschließung aller erfolge. Bei dieser Gelegenheit sind nun die Kinder des Wahnsinnigen zuerst genannt, in Ansehung deren doch schon zur Zeit jener Verordnung zwischen *querela inofficiosi* und *nullitatis* unterschieden werden konnte. Allein Justinian legt darauf gar kein

Gewicht, und spricht dann in Ansehung der Brüder, welche doch nur die querela inofficiosi haben, ganz eben so, wie er vorher in Ansehung der Kinder geredet hatt:

Endlich halte ich mich ganz überzeugt, daß es, auch wenn man die vorhin erwähnte neue Auslegung der L. 8. § 5. de inoffic. test. als richtig gelten läßt, aus diesem Fragment gar nicht erklärbar wird, warum Justinian in L. 9. C. cit. über die Ascendenten des wahnsinnigen Kindes in Betreff ihrer Einsetzung schwieg, aber zum Theil eine Einsetzung der Kinder und Brüder desselben anordnete. Denn so lange mein Sohn lebt, ist meines Sohnes Sohn nicht mein Notherbe, also nicht zugleich mein und meines Sohnes Notherbe; und doch soll er nach L. 9. C. cit. von mir be-  
 dacht werden. Will man aber in Gedanken das wahnsinnige Kind weglassen, damit aus dessen Kinde ein Notherbe des Großvaters werde, so frage ich: warum nun nicht auch in Gedanken der testirende Vater zu entfernen ist, damit sein Vater als Notherbe des wahnsinnigen Großsohns feste Ansprüche bekomme? Ferner: nach L. 8. §. 5. cit. haben übergangene Brüder keine Beschwerde gegen das Pupillar-Testament; aber nach L. 9. C. cit. muß der Vater einen von ihnen einsetzen. Endlich auch noch ein Drittes! Nach L. 9. C. cit. muß die Mutter die Brüder des Wahnsinnigen, wenn sie ihre leiblichen Kinder sind, wenigstens zum Theil einsetzen, also auch die fratres uterinos desselben. Nun aber sind fratres uterini im Verhältniß zu einander keine Noth-  
 erben; mithin hätte hier Justinian mehrfach nichts als Fehlschlüsse gemacht, wenn er von dem Princip ausgegangen wäre: der Vater muß die, aber auch nur die Personen, welche seine und der Kinder Notherven sind, in dem, für das Kind errichteten Testament, einsetzen.

---

7) Ueber den Umfang und die Grenzen der Pflicht zur Gewähr der Mängel und versprochenen Eigenschaften.

Schon die Glossatoren, und nach ihnen alle Theoretiker und Praktiker nahmen an, daß dasjenige, was das ädilische Edict über heimliche Mängel und angelobte Eigenschaften bloß in Beziehung auf Sklaven und Lastthiere vorgeschrieben habe, analogisch auf alle andern Arten beweglicher, so wie auf unbewegliche Sachen auszudehnen sey, einmal der Vernunft und Analogie wegen, und zweitens, weil es in L. 1. de aedil. edict. so geschrieben stehe.

Auch diese Lehre hat nun vor einiger Zeit einen harten Angriff leiden müssen, und grade in dieser Zeitschrift<sup>37)</sup>, worin freilich, weil sie der Freiheit der Meinungen gern so viel als möglich die volle Wirksamkeit läßt, nicht jeder Artikel als eigne Ueberzeugung der Herausgeber zu behandeln ist, sofern sie nicht selbst ihre eignen Ideen geltend machen. Hart nenne ich jenen Angriff wenigstens insofern, als dabei über die frühere Lehre unverhohlen ausgesprochen ist: „nur eine geringe historische Forschung reiche hin, um darzuthun, wie völlig verwerflich diese oberflächliche Ansicht an sich sey. Dennoch scheint mir die alte Lehre aus ganz überwiegenden Gründen der neuen vorgezogen werden zu müssen.

Folgendes sind im Wesentlichen die Gründe der versuchten Neuerung. Grade im Titel P. de aedil. edict. werde von einer Ausdehnung des ädilischen Edicts gar nicht geredet. Zwar sey noch wohl da und dort in Beziehung auf Immobilien von einer actio redhibitoria etwas gesagt<sup>38)</sup>.

37) E. Gans: das ädilische Edict leidet keine Ausdehnung, und geht nicht auf alle verkaufbaren Dinge, in diesem Archiv 2. B. 1. Hft. nr. 1X. — Einiges dagegen ist schon gesagt in Neustetel und Simmern Römisch-rechtl. Unters. 1. B. S. 209 — 216.

38) Nämlich in L. 49. de aedil. edict. L. 4. C. cod.,

Allein dieß sey nur ein Anschließen des Edicts an die folgende Praxis, wonach der Verkäufer einer Immobilie mit der Strafe des Doppelten belegt sey, wenn er, arglistig verfahren, etwas lügenhaft in Uebrede gestellt, oder wissentlich verschwiegen habe. Von den Classikern sey auch immer die Gränze des Edicts genau bewahrt, und namentlich werde in L. 1. §. 9. 10. L. 4. pr. de aedil. edicto bei Gelegenheiten, wo der Wortverstand des Edicts nicht zutreffe, bloß die actio ex empto für zulässig erklärt. Wenn daher von Labeo in L. 1. eod. gesagt werde: edictum aedilium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sunt, quam earum, quae mobiles aut se moventes, so deute jenes nur auf ein Anreihen an die älteren Vorschriften der 12 Tafeln, dieses aber bloß auf diejenigen Immobilien, wovon im Edict die Rede gewesen sey. Für die jetzige Rechtsanwendung ergebe sich mithin dieß bedeutende Resultat: die actio redhibitoria, wovon im ädilischen Edict die Rede war, geht nur auf Sklaven, Thiere und Landgüter nebst deren Zubehörungen. Wegen aller andern Dinge findet kein Zurückgeben, sondern nur eine Klage auf Entschädigung Statt.

Erfreulich für die Anwendung ist diese neue Theorie gewiß nicht, insofern sie zu Halbheiten führt, welche dem gesunden Verstande nicht zusagen können. Zum Glück läßt sie sich nun auch durch folgende Gegenbemerkungen gewiß in aller Hinsicht entkräften.

1) Das ädilische Edict war kein jus singulare oder exorbitans sondern wird von den Classikern als etwas angesehen, was sich aus der reinen Billigkeit ergebe <sup>39)</sup>. Daß die Fassung des ädilischen Edicts sehr eng war, läßt sich freilich wegen der, im Ganzen nur auf das Polizeylische beschränkten Amtsgewalt der Aedilen begreifen, und war aus diesem Grunde selbst nothwendig <sup>40)</sup>. Allein das wäre ganz

39) L. 1. §. 2. de aedil. edict.

40) L. 63. eod.

unbegreiflich, wie die Interpretation, besonders unter den Kaisern, nicht darauf sollte gekommen seyn, den billigen Vorschriften der Aedilen durch Analogie den gehörigen Umfang zu geben. Denn eben das ist es ja, was wir überall im Römischen Recht finden, daß die Classiker gute, billige Rechtsätze durch die, jetzt sogenannte logische Ausdehnung auf gleiche Fälle anwandten. Schon die bekanntesten Lehren können dies beweisen, wie z. B. die Tit. ff. si quadrupes und ad L. Aquil. Selbst da, wo bei einem billigen Rechtsatz noch allenfalls an ein singulare hätte gedacht werden können, wird dennoch von den Classikern die Billigkeit als vorgehend, behandelt, und zur freien analogischen Ausdehnung benützt <sup>41)</sup>. Denkt man nun noch an die, in L. 3. D. de legib. enthaltene Vorschrift: quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri, und an den absoluten Satz in L. 90. de R. J.: in omnibus, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est so verdient die ältere Lehre unsrer Juristen gewiß nicht den Vorwurf, daß sie an sich oberflächlich sey, sondern man muß vielmehr von der neuen Lehre sagen: sie ist in sich unbegreiflich.

2) Die Ausdehnung des Edicts durch Interpretation auf alle Arten der Sachen ist ganz gewiß geschehen, und wir haben hierüber die bestimmtesten Gesetze. In L. 1. pr. de aedil. edict. wird die ganze Lehre gleich mit der allgemeinen Aeußerung eröffnet: Labeo scribit, edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse, tam earum, quae soli sunt, quam quae *mobiles* aut *se moventes*. Das Edict hatte aber nur von *Moventien* geredet, und auch von diesen nicht einmal allgemein, sondern nur von *Sclaven* und *Lastthieren*. Eben so unbeschränkt sagt Ulpian in L. 63. pr. eod. sciendum est, ad venditiones solas hoc

<sup>41)</sup> L. 9. §. 2. de edendo. L. 20. de re iudic. (C. 7.52) 42.1

edictum pertinere, non tantum mancipiorum verum *ceterarum quoque rerum*. Die Ausdehnung auf alle Arten der Thiere findet sich auch in L. 48. §. 6. eod. und auf unbewegliche Sachen in L. 49. eod., L. 4. C. de aedil. act. §. 18.

3) Die Classifier haben zwar die Gränzen des Edicts in einem gewissen Sinne sorgfältig zu bewahren gesucht, aber keineswegs so, und in dem Sinne, wie es der Vertheidiger der neuen Theorie genommen hat, sondern bloß mit Rücksicht auf ihre in L. 12. 13. D. de legib. ausgesprochene Hauptregel, daß die Interpretation nur wegen wirklicher Gleichheit der Gründe die Gesetze erweitern, also dafür sorgen soll, daß nichts gegen den Geist derselben geschehe. Das Edict hatte nämlich in Beziehung auf Sklaven bloß von körperlichen Fehlern geredet, und reden wollen, weil bei der Freiheit des menschlichen Willens die geistigen Fehler etwas rein Zufälliges sind. Im Fall des dolus ließ sich hier freilich noch durch die Contracts-Klage nachhelfen. Darauf allein beziehen sich nun L. 1. §. 7. 9. 10. L. 4. pr. §. 4. de aedil. edict., und so drücken sie denn keineswegs aus, daß man das Edict überhaupt nicht analogisch anwenden, sondern nur, daß man es nicht auf Fehler erstrecken soll, welche die Aedilen selbst, aus sehr guten Gründen, ausgenommen hatten. Auf diese Art verwerfen die Classifier auch sonst noch andere unpassende Anwendungen des Edicts <sup>42)</sup>. Daraus folgt denn aber augenscheinlich nicht, daß eine passende Erweiterung des Edicts als unerlaubt betrachtet ward.

4) Die Vorschriften der 12 Tafeln, und die Sätze, welche die alte Praxis hinzuthat, gingen bloß auf positives und negatives Lügen, also auf Wortbrüchigkeit und Arglist. Viel weiter gingen die Aedilen, indem sie unbedingt wegen des bloßen Daseyns eines heimlichen bedeutenden Mangels eine Klage gestatteten. Auch auf Immobilien angewandt war

<sup>42)</sup> L. 35. §. 7. eod.

also das Edict eine bedeutende Neuerung, und so wäre es höchst unpassend, wenn Labeo von einer in der Hauptsache schon den 12 Tafeln zuzuschreibenden Verordnung gesagt hätte, wie er in L. 1. p. D. eod. wirklich sagt: Das Edict geht auf Immobilien. Nimmt man dagegen an, daß das Edict in seiner eigenthümlichen, neuen Vorschrift, d. h. da, wo es den dolus nicht betraf, auf Immobilien logisch ausgedehnt ward, so ist alles ganz in der Ordnung, zufolge der Aeußerung von Ulpian in L. 6. §. 1. de V. S. verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex legum verbis. Auch ist es nach der neuen Theorie völlig unerklärbar, wie Labeo die Accessionen, welche sich immer von selbst verstehen, und als kleine Art der Mobilien unmöglich schlechthin durch das Wort Mobiles bezeichnet werden können, dennoch durch ein in die Mitte hineingeworfenes, unbestimmtes: Mobiles andeuten mochte, und wie Ulpian in L. 63. pr. eod. im Stande war, ganz allgemein sein: ceterarum quoque rerum auszusprechen.

---

## XIV.

### Ueber Recht und Pflicht des Richters angestellte Klagen ohne Vernehmung des Beklagten bedingt oder unbedingt abzuweisen.

Von  
Mittermaier.

#### §. 1.

#### Ursprung der Abweisungen der Klagen.

Als ein vorzügliches Abkürzungsmittel von Rechtsstreitigkeiten, selbst als Mittel ungerechte Prozesse schon im Keime zu ersticken wird eine zweckmäßige Strenge der Gerichte in Bezug auf die Annahme der Klagen empfohlen. Unverkennbar hängt auch dieser Punkt mit der ganzen Einrichtung des processualischen Verfahrens, mit den Grundsätzen des Processes, jenachdem mehr das Verhandlungs- oder das Untersuchungsprincip vorherrscht, mit der Grundform des Verfahrens, jenachdem dieselbe mündlich oder schriftlich ist, und mit der Gerichts-Verfassung selbst zusammen. Wer mag im Ernste glauben daß es einem mit allen polizeilichen und Administrativgeschäften schwer beladenen, mit Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschäftigten, von Criminalinquisitionen in Anspruch genommenen Richter nur möglich sey, jede eingereichte Processchrift so gewissenhaft und genau zu prüfen, wie dies dann erwartet werden kann, wenn die richterliche Gewalt gehörig von jeder anderen getrennt, und ein kollegialischer Geschäftsgang eingeführt ist. Leider bildet daher noch in Deutschland jene Sitte die Regel, nach wel-

cher kaum nach flüchtigem Blicke die eingereichte Klageschrift ad excipiendum dem Beklagten hinausgeschloffen wird. Wie allgemein diese Sitte ist, und wieviel Entschuldigung sie nach der jetzigen Lage der deutschen Richter findet, mag die Aeußerung eines der größten Proceßkenner, von Gönner's <sup>1)</sup> bewiesen, welcher, die traurige Lage vielgeplagter Richter erwägend, selbst gesteht, daß man von den Richtern eine so genaue Prüfung der Proceßschriften nicht wohl fordern oder erwarten könne. Prüft man aber auch die Ansichten der verschiedenen höheren Gerichtshöfe Deutschlands, überzeugt man sich von der Leichtigkeit, mit welcher man die Klagen angebracht ermaßen abweist, betrachtet man die Folgen solcher Abweisungen genauer, so dürften einige Beiträge über das Verhältniß des Gerichts bei der Prüfung der Klagen nicht ohne Werth seyn. Frägt man vorerst um den Zustand der Sache im römischen Proceße, so finden sich zwar in den Gesetzen keine bestimmten Zeugnisse über die Frage: ob der praetor oder später das Gericht auch ohne Vernehmung des Beklagten, Klagen als ungegründet abgewiesen habe. Wenn zwar Boehmer <sup>2)</sup> behauptet, daß schon bei den Römern ex officio die Abweisung ungegründeter Klagen geschehen sey, und dagegen Almendingen <sup>3)</sup> meint, daß man bei den Römern auch die formwidrigste Klageschrift durch den apparitor insinuiren, und den Beklagten erst hinterdrein die exceptio libelli inepti habe vorbringen lassen, so hat doch keiner der beiden Schriftsteller Beweisstellen in den Gesetzen für seine Meinung anführen können, und es müssen gewiß die Perioden genau getrennt werden. Solange nur durch die legis actiones <sup>4)</sup> der Proceß begründet wurde,

1) v. Gönner Commentar über das A. bair. Gesetz v. 1819. S. 96. not.

2) Boehmer Jus eccl. Protest. t. I. p. 1039.

3) Almendingen in Grolmans Magazin I. Band S. 304.

4) Gajus in Instit. Coment. lib. IV. §. 11—30. Laur. Elisa

konnte die Frage über das Recht des praetors Klagen zu verwerfen im heutigen Sinne nicht vorkommen, der Kläger konnte, wenn er an den gesetzlichen Formen fehlte, nicht weiter gehört werden, ohne daß es eines Dekrets des Prätor's darüber bedurfte, weil, wie Gajus sagt <sup>5)</sup> derjenige, qui minimum errasset. litem perderet. War aber nur diese gesetzliche Form gehörig beobachtet, so kam es nicht auf den Mangel der Angabe einzelner Merkmale der Klage an, weil keine Klage als Grundlage des ganzen Streits im heutigen Sinne von dem Kläger eingereicht, vielmehr erst bei dem Prätor, wenn der Beklagte erschienen war, die Auseinandersetzung der factischen Streitsverhältnisse begann, und durch interrogationes in jure jedem Mangel im Vortrage leicht abgeholfen werden konnte. Als später die Formeln <sup>6)</sup> an die Stelle der legis actionum traten, als die Formel ihre bestimmten Theile hatte, könnte zwar eher die Frage vorkommen, wenn z. B. die demonstratio oder intentio unvollständig oder sehr dunkel vorgebracht wurde, allein da nach dem Zeugnisse von Gajus <sup>7)</sup> man es mit den Formeln und dem Irrthum dabei nicht mehr so streng nahm, da auch

---

Rom. spec. ant. de legis actionum origine atque progressu. Traject 1814. Ever. Dupont disquis in Comment. IV. Institution. Gaji recentis repertarum Comment. praemio ornata ad quaestionem: cum genuini Institutionum Gaji jurisconsulti Commentar. jam vulgati sunt, disquiretur: quasnam debeamus huic opera circa jus actionem et circa rationem procedendi in causis privatis apud Romanos notitias (Lugdun. 1822) p. 14.

5) Gajus IV. 30.

6) Gajus IV. §. 39. Zur Vergleichung der Formeln mit legis actiones s. Cicero pro Roscio Commoedo cap. 8. u. Cicero pro Murena §. 11. 12. Dupont Comment. cit. p. 64 — 71.

7) Gajus IV. §. 55.

die mündliche Auseinandersetzung der Klage in Gegenwart des Beklagten erst vor dem Prätor Statt fand, so konnte es wohl nicht leicht zu einer einseitigen Abweisung der Klage kommen, obwohl nicht zu bezweifeln ist, daß der Prätor demjenigen, welcher ohne alle Ordnung, ohne Gründe und ohne die notwendigen Theile der Formel vortrug, kurzweg das Gehör versagt haben wird, ohne daß es deswegen eines Dekrets bedurfte oder der Beklagte aus der Abweisung des Klägers etwas gewonnen hätte. Erst von der Zeit an, als Klaglibelle bei Gericht eingereicht wurden <sup>8)</sup> konnte die Frage über einseitiges Verwerfungsrecht ungegründeter Libelle vorkommen, und es ist hier wohl zu glauben, daß in Fällen, wo kein Gesetz die actio begründete, oder wo der Prätor keine actio gegeben hatte, der Kläger, der ohne solche actio auftrat, ohne weiteres abgewiesen wurde, indem der Prätor ihm das Gehör versagte <sup>9)</sup>. Als die Trennung des Verfahrens vor judex und praetor aufhörte, als förmliche Klaglibelle eingereicht und die Vertheidigung des Beklagten gewöhnlich auch schriftlich übergeben wurde, hätte der Fall der Abweisung in unserem Sinne vorkommen können, allein es ist sehr nach dem ganzen Geiste des römischen Processus, und nach der Analogie des französischen Processus, dessen Detail sehr zur Erläuterung des justinianischen Processus beiträgt, zu glauben, daß der Beklagte immer vorerst gehört wurde, ehe der Kläger abgewiesen wurde, weil das Gericht, die eingereichte Libell gewiß nur als Eröffnungskakt des Verfahrens und vorerst zur Instruirung des Beklagten bestimmt betrachtete, und dann erst die Sache als an das Gericht gebracht

8) l. 1. §. 1. D. de edendo l. 37. §. 1. D. ex quib. caus. major. Sigon de judic. lib. 1. c. 7. Zepernik ad Siccama de judic. centumviral. p. 117.

9) l. 27. D. de verbor. oblig. sed et officio quoque praetorio continetur ex hujusmodi obligationibus actionem denegare.

und daher zu irgeud einer Entscheidung reif ansah, wenn die Verhandlung der Partheien vor Gericht begann, und gleichsam die Sache in die Audienz kam <sup>10</sup>). Ganz anders bildete sich die Ansicht nach dem canonischen Prozesse, nach welchem schon ein Klaglibell im heutigen Sinne zur Regel gehörte <sup>11</sup>) und worin Grund und Gegenstand der Klage deutlich angegeben seyn mußten <sup>12</sup>). Als Grundsatz galt es im Gerichtsgebrauche, daß ein libellus ineptus ex officio von dem Richter verworfen werden müßte <sup>13</sup>); das Gesetz bestätigte den Gebrauch <sup>14</sup>) und es entstand eine eigene noch spät gebrauchte Formel, die der absolutio ab instantia <sup>15</sup>). Von den geistlichen Gerichtshöfen ging die Vorschrift in die weltlichen über und im 16ten Jahrhundert war es ebenso in den Reichs-, wie in den Territorialgerichten üblich, wenn ein inepter Libell eingereicht war, den Kläger mit der Formel abzuweisen: erkennen wir: daß Kläger mit seiner erhobenen Klage massen dieselbe angestellt, nicht zu hören sey <sup>15a</sup>), woraus der Gerichtsgebrauch die For-

10) Daß man es überhaupt mit den Klaglibellen und ihrer Einrichtung nicht zu streng nahm, möchte auch aus l. 3. Cod. de annali except. bewiesen werden können.

11) c. 1. X. de libell. obl.

12) c. 2. X. h. t. f. die bei Goldschmid Abhandlungen aus dem Civilproc. S. 3. angeführte Schriftsteller.

13) G. Durand specul. jur. lib. I. p. I. ut de officio omnium judic. nr. 10. lib. IV. p. I. nr. 5.

14) c. 15. X. de judiciis. actionem quam super jure patronatus eiusdem ecclesiae contra praefatos milites intentabas incongruentem cognovimus et ineptam; unde intentionem tuam in hac parte pronunciabimus non tenere absolventes eosdem milites ab eadem.

15) Maranta de ordine judiciorum (Coloni. 1570) pag. 279.

15a) Nach das Concept der Cammergerichtsordnung v. 1614. Tbl. I. 28. XXII. §. 10. bestätigt die Formel: wie gebeten abgeschlagen.

mel der Abweisung angebrachtermaßen gebildet hat<sup>16)</sup>. Von den Particularproceßordnungen haben vorzüglich die sächsischen<sup>17)</sup> und die bayerische<sup>18)</sup> den Richtern die Verwerfung ungegründeter Klagen eingeschärft. Der Gerichtsgebrauch hat für die verschiedenen Arten der Abweisung auch verschiedene Formeln erfunden<sup>19)</sup>. So lautet das Abweisungsdekret dahin: daß die Klage allhier nicht Statt finde, wenn vor einem incompetenten Richter die Klage an gestellt war. 2) Die Formel: die Klage findet angebrachtermaßen nicht Statt, wird dann gebraucht, wenn, wie Genßler sagt, der Klagevortrag Unvollkommenheiten enthält, welche entweder die Feststellung der Streitfrage unmöglich machen, z. B. Dunkelheit, Allgemeinheit, oder welche in dem Umfange der an sich deutlichen Geschichtserzählung liegen, oder in dem fehlerhaften un schlüssigen auch von Seite des Richteramtes nicht verbesserlichen Sachgesuch der Parthei, oder in der Unsicherheit des Proceßgesuchs zu finden sind. 3) Die Formel: die erhobene Klage findet nicht Statt, soll in dem Falle dienen, wenn offenbar vorliegen soll, daß die von dem Kläger gewählte Klage, ihm nicht, jedoch wohl eine andere Klage zustehe, wenn der factische Inhalt seiner Geschichtserzählung als wahr angenommen wird. 4) Die Formel: die Klage findet noch zur Zeit

16) *Terminus processus juris scripti cap. XIX. p. 52.*

17) s. in Kori *Exzerpt des sächsischen bürgerl. Proc. I. Thl. S. 127.*

18) *Codex judic. bavar. v. 1753. cap. IV. §. 17. wo es heißt: Erscheint der An Grund der gestellten Klage gleich aus des Klägers eigenen Narratis oder ist etwan die Sach vorhin abgeurtheilt, oder judicialiter verglichen und bezeigt sich auch solches en retro actis, so soll der Kläger gleich ohne Communication der Klage von Amtswegen abgewiesen und weiter nicht mehr gehört werden.*

19) s. vorzüglich Genßler *Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten S. 315.*

nicht Statt, tritt ein, wenn die Klage noch nicht reif ist. 5) Die Formel: die Klage findet nicht Statt, wird empfohlen, wenn entweder die Gesetze für das vom Kläger erzählte Factum gar keine Klage geben, oder der Beklagte vor der Einlassung klar beweiset, daß aus der angeführten Thatsache des Klägers das Klagerecht nicht fließe. 6) Die Formel: ist der Beklagte von der Klage zu entbinden, wird gebraucht, wenn die erhobene Klage an sich als Statthaft vorlag, wenn aber der Kläger entweder die vom Beklagten geläugneten Thatsachen nicht beweisen konnte, oder der Beklagte eine Einrede vorschützte und bewies <sup>20)</sup>.

## §. 2.

### Zweckmäßigkeit der abweisenden Dekrete.

Verfolgt man, wozu Spruchcollegien am besten Gelegenheit geben, den Gerichtsgebrauch der verschiedenen deutschen Länder, bemerkt man, wie in manchen Gegenden die Practiker vornehm, als wenn sie ein Geheimniß bewahrten, über die Einhaltung der obengenannten Formeln wachen, und mitleidig oft auf die Juristen herabsehen, welche mit diesen Formeln nicht so vertraut sind; beobachtet man die Aengstlichkeit, mit welcher in Gerichtshöfen und Spruchcollegien die Worte der Formeln wie auf der Goldwaage abgewogen werden, so wird man oft versucht zu glauben, daß die alten legis actiones wieder erstehen sollen, oder

20) Die neueste Nassauische Proceßordnung v. 23. April 1822 §. 4. bestätigt ähnliche Formeln: „Zünde das Gericht bei der Klage offenbar einen oder den anderen nachstehender Mängel, nämlich daß ihm die Zuständigkeit fehle, der unrechte Beklagte in Anspruch genommen, die Klage nicht begründet, zu früh erhoben, rechtlich schon entschieden, den Libell in wesentlichen Punkten dunkel, der Kläger oder Beklagte vor Gericht allein zu handeln unfähig sey, so ist die Klage entweder überhaupt, oder dahier, oder noch zur Zeit oder angebrachtermaßen nicht Statt findend abzuweisen.“

daß mit den Urtheilsformeln geschehen soll, was bei den Römern bei der legis actionibus geschah. Prüft man die einseitigen Abweisungen auf die bloße Klage genauer, so dürfte es am zweckmäßigsten seyn, die Fragen abge sondert zu stellen: 1) Sind überhaupt solche Abweisungen der Zeit nach, in welcher sie im Proceße erlassen werden, zu begünstigen? 2) Läßt sich die obengegebene Verschiedenheit ihrer Form vertheidigen? 3) Sind definitiv: Abweisungen des Klägers am Anfange des Proceßes und in welchen Fällen zulässig? 4) Können die von der Instanz entbindenden Urtheile, oder die Abweisungen mit der Formel: angebrachtermaßen, gerechtfertigt werden, und in welchen Fällen?

In Ansehung der ersten Frage scheinen 1) solche frühzeitige Abweisungen sehr begünstigt werden zu müssen, weil die Vervielfältigung der Proceße als ein Uebel angesehen werden kann, welchem möglichst früh vorgebeugt werden muß, weil es besonders wichtig wird, schon am Anfange des Proceßes strenge zu seyn, indem sonst unnöthige Kosten den Partheien verursacht, und Uneinigkeit und Zwietracht unter ihnen immer mehr genährt werden, je länger der Proceß fort dauert, weil sonst das ungegründete Verfahren, dem es an einer förmlichen und gerechten Grundlage fehlt, krankhaft fortgeschleppt, und der spätere entscheidende Richter oft in die unangenehme Lage versetzt wird, ein Verfahren aufrecht erhalten und dem Proceße irgend eine Wendung geben zu müssen, um die Ehre des Richters zu retten, welcher einmal den Proceß eingeleitet hat. 2) Auch für die Rechtmäßigkeit solcher Abweisungen läßt sich anführen, daß keine Rechte der Partheien dadurch verletzt werden, vielmehr dem Kläger, der allein etwa über Verletzung klagen könnte, eine Wohlthat zugesügt wird, indem ihm schon am Anfange die Verfügung des Gerichts bekannt gemacht wird, welche doch unvermeidlich später nach Monaten oder nach Jahren den Kläger, dann aber mit bedeutenden Kosten des fruchtlosen Proceßes treffen würde, oder indem der Kläger schon früh

den Mangel, der in seiner Klage liegt, erfährt und dadurch frühzeitig in den Stand gesetzt wird, den Fehler zu verbessern. 3) Es scheint selbst die dagegen zu machende Einwendung, als wenn der Richter, der den Beklagten noch nicht über die Klage gehört hat, auch noch nicht berufen und instruiert seyn könnte, bereits einseitig ein abweisendes Urtheil zu fällen, dadurch leicht beseitigt werden zu können; daß man annimmt, der Proceß werde in dem Momente der Anstellung der Klage auch an das Gericht gebracht, und der Kläger rufe den Richter zur Entscheidung auf. Nimmt man noch weiter an, daß das Richteramt schon mit der Aufforderung des Klägers thätig werde, daß der Richter insbesondere jeden Vortrag der Partheien zu prüfen hat, daß aber diese Prüfung keine Bedeutung haben könne, wenn nicht auch der Richter, der nach der Prüfung die Klage als ungegründet erkennt, sie verwerfen, d. h. die Einleitung des Proceßes ganz oder in der gebetenen Art verweigern dürfte; geht man davon aus, daß jeder Kläger, dem die gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen zur Anstellung einer Klage bekannt waren, es sich selbst zuschreiben muß, wenn er abgewiesen wird, sobald er die Bedingungen nicht erfüllte, so scheint kein Zweifel gegen das fragliche Abweisungsrecht des Richters vorhanden zu seyn; und umsichtige Proceßkenner <sup>21)</sup> haben daher in neuester Zeit den Richtern die Pflicht, ungegründete Klagen sogleich am Anfange abzuweisen, sehr eingeschärft, und selbst vorgeschlagen, daß jeder Richter bei einer Ordnungstrafe von 20 Thln verpflichtet seyn soll, durch eine, wenn auch kurzgefaßte Darstellung die Nachweisung ad acta zu hinterlegen, daß er die genaueste Prüfung der Klage wirklich angestellt habe. — Allein es dürfte nicht unver-

---

21) Graf v. Arco (Präsidenten des Oberappellationsgerichts) Schrift: Von den Ursachen der außerordentlichen Zunahme der Berufungen zur dritten Instanz, und von den Mitteln derselben gründlich abzuhelfen (München 1822.) S. 30. S. 36.

dienstlich seyn, auch von einer anderen Seite, auf deren Bedeutung die Erfahrung führt, aufmerksam zu machen, wobei bemerkt wird, daß die Gründe, welche insbesondere gegen die definitive Abweisung des Klägers ohne vorgängiges Gehör des Beklagten sprechen, abgesondert unter §. 3. angeführt werden sollen. — Unverkennbar hängen diese Abweisungen mit der Grundform des Processes zusammen, und nur bei schriftlichen Verhandlungen haben sie ihre Bedeutung. Wo mündliches Verfahren vorkommt, tritt kein Zweifel ein, daß der Richter, an welchen der Klagevortrag gerichtet wird, sich durch den unvollständigen, ungeordneten Vortrag nicht abschrecken läßt, vielmehr durch bestimmte Fragen um alle Umstände, die der Richter wissen muß, um über die Klage entscheiden zu können, den Kläger in den Stand setzt, seine Klage im Augenblicke zu verbessern, und, veranlaßt durch richterliche Fragen, die Klage völlig förmlich und dem Gesetze gemäß einzurichten. Die richterliche Thätigkeit zur Aufnahme einer gehörigen Klage ist unzertrennlich mit der mündlichen Verhandlung verbunden, und gerade darin, daß der Richter dafür sorgt, daß die einmal angestellte Klage alle gesetzlichen Requisite erhalte, liegt ein vorzügliches Mittel der Abkürzung der Prozesse. Entschieden aber kann das schriftliche Verfahren weder die Absicht haben, dem Kläger die Vortheile zu rauben, die ihm bei dem mündlichen Verfahren zukommen, noch die Stellung des Richters zu verändern. Gibt man dies zu, so läßt es sich nicht rechtfertigen, wenn der Richter die einmal gestellte schriftliche Klage als einen nach dem Willen des Klägers unabänderlichen und unverbesserlichen Vortrag betrachtet, das Recht des Klägers selbst bloß nach der eingereichten Klageschrift beurtheilt, und daher den Kläger sogleich mit seinem Anspruche abweist, ohne die im mündlichen Verfahren obliegende Thätigkeit, durch geeignete Fragen und Rügen dem Kläger Gelegenheit zur Vervollständigung und Verbesserung zu geben, ausgeübt zu haben. Betrachtet man die

Meinung, mit welcher jeder Kläger die Klage einreicht, so ist sie wohl die, durch die Klage dem Richter den Gegenstand den Grund der Klage, den Beklagten und das Gesuch anzugeben, mit der Hoffnung, daß der Richter, wenn ihm an dem Vorgetragenen noch etwas zu seiner Instruktion lückenhaft vorkömmt, den Kläger anweisen würde, das Fehlende nachzutragen, und mit der ferneren Absicht des Klägers, alle zur Begründung seines Anspruchs nothwendigen Thatfachen, und Rechtsgründe dann vorzubringen, wenn einmal der Beklagte vorgeladen seyn würde. Es hat darnach der Kläger gar nicht die Meinung, daß auf den bloßen Klagevortrag schon vom Richter über sein Recht entschieden werden würde. Werden nun doch solche einseitige Abweisungen erlassen, so haben sie manche Nachteile. Für den abgewiesenen Kläger hat die Abweisung die Natur eines Urtheils; er sieht sich nun (wenn auch nur die Formel: angebrachtermaßen gebraucht ist) mit seinem Anspruche abgewiesen, und muß jetzt alle Mittel anwenden, welche die Gesetze einer durch richterliches Urtheil erschwerten Parthei geben. Da aber jedes abschlägige sogenannte Dekret, wodurch die Klage verworfen wird, nach der richtigen Meinung <sup>22)</sup> in Rechtskraft übergeht, da dagegen Rechtsmittel zulässig werden, so sieht er sich jetzt genöthiget, gegen das Dekret zu appelliren und alle andern Rechtsmitteln in allen Instanzen durchzuführen, um vielleicht nach einem Jahre zu erfahren, daß es der Klage an einem Merkmale fehlte, welches sogleich verbessert oder nachgetragen worden wäre, wenn, ohne Abweisung der Richter dem Kläger den Auftrag gegeben hätte, diesen bestimmten Punkt nachzutragen. Nimmt man die von andern Prozeßlehrern <sup>23)</sup> vertheidigte Meinung an, nach

---

22) v. G ö n n e r, Motive zu dem Entwurfe eines Prozeßgesetzbuchs S. 823.

23) K l a p r o t h ordentl. Proceß S. 115. D a n z Grundr. des ordentl. Proc. S. 90.

welcher die auf einseitiges Vorbringen abgegebenen Bescheide nicht rechtskräftig werden sollen, so wäre selbst die Sache noch schlimmer, indem der Beklagte in keiner Zeit davor sicher wäre, daß der Kläger seinen Versuch wiederholen wird, und der Kläger Mittel genug hätte, den Proceß durch versuchte Vorstellungen in die Länge zu ziehen. Schwierig dürften daher abweisende Dekrete in allen Fällen, in welchen die angestellte Klage nur einer Verbesserung oder der Nachtragung eines Merkmals bedurft hätte, den Forderungen der Proceßpolitik, und der gewünschten Abkürzung der Proceße entsprechen, so wenig sie dem Interesse und den Wünschen der Kläger gemäß sind, welche dadurch zu leicht entbehrlichen kostspieligen Proceßhandlungen verleitet oder genöthigt werden. Betrachte man z. B. so viele Fälle, in welchen noch in neuester Zeit <sup>24)</sup> abweisende Dekrete gerechtfertigt werden, so überzeugt man sich leicht, daß auf einem viel einfacheren Wege ohne Abweisung geholfen werden kann. Wenn z. B. Abweisung angebrachtermaßen empfohlen wird, sobald in dem Umfange der an sich deutlichen Geschichtserzählung Thatfachen mangelten, welche zur Begründung der Klage oder Beseitigung einer Einrede wesentlich waren, z. B. wenn der auf Erfüllung klagende Verkäufer der von seiner Seite geschenehen Erfüllung nicht gedenkt, oder wenn man Abweisung verlangt, sobald ein Mangel in der Unschlüssigkeit des Proceßgesuchs liegt z. B. um Executivproceß auf unklare Dokumente gehen wird, so ist nicht einzusehen, warum hier eine Abweisung des Klägers nothwendig seyn soll. Im ersten Beispiel schließt der Richter nach einem richtigeren Gerichtsgebrauche die Klagschrift dem Beklagten hinaus, und überläßt ihm die sogenannte *exceptio non adimpleti contractus* entgegenzustellen; eine Abweisung des Klägers würde hier um so weniger passend seyn, je leichter es seyn kann, daß der Kläger von seiner Erfüllung nichts

24) Oenzler Anleitung zur gerichtlichen Praxis S. 315.

mehr sagen wollte, weil er wußte, daß der Beklagte die Erfüllung nie läugnen würde. Im zweiten Beispiele wird der Richter an das unbegründete Proceßgesuch nicht gebunden seyn, und einfach den ordentlichen Proceß einleiten, indem er die Klagschrift zur Vernehmung dem Beklagten mittheilt. Nimmt man noch Rücksicht auf die neueren Forderungen der Proceßlegislationen, nach welchen die Richter schuldig seyn sollen, das factum des Streits, und dasjenige was jeder Theil von dem anderen verlangt, vollständig und genau aufzunehmen, dafür zu sorgen, daß alles zur Entscheidung des Streits gehörig aufgeklärt werde, so können nach solchen Gesetzgebungen einseitige Abweisungen noch weniger gerechtfertigt werden, weil es Pflicht des Richters war, den Kläger auf die Unvollständigkeit seines Vortrages, auf das Unschlüssige seines Gesuches aufmerksam zu machen, und die Verbesserung aufzutragen. Selbst die Gerichtsverfassung darf bei solchen Abweisungen nicht unberücksichtigt bleiben. In allen Fällen, in welchen, (was hoffentlich in Deutschland bald Regel seyn wird) ein Urtheil nur von einem collegialisch organisirten Gerichtshofe gefällt werden kann, hat der Kläger das Recht zu verlangen, daß auch abweisende Dekrete, welche für ihn die Natur eines Urtheils haben, nicht einseitig von einem mit der Proceß-Instruction beauftragten Richter erlassen, sondern nach gehöriger Berathung von dem Gerichtshofe selbst gefällt werden, weil sonst, insbesondere wenn man das Schwanken des Gerichtsgebrauchs wegen der Abweisungen erwägt, die gefährlichste Willkühr eines Einzigen begünstigt und die Meinung des einzigen Instruenten mit der Kraft eines Urtheils belegt würde. Sehr weise hat daher auch die Preussische Gerichtsordnung <sup>25)</sup> nicht dem Instruenten allein das Recht, unstatthafte Klagen abzuweisen, gegeben, sondern ihm aufgetragen, zuerst den Kläger über die Unstatthaftigkeit zu bedeuten, und, wenn

25) Gerichtsordnung Tit. V. §. 12.

der Kläger auf der Anstellung der Klage doch besteht, sein Bedenken mit Einreichung der Informationsacten dem Collegio anzuzeigen, und abzuwarten ob das Collegium den Kläger durch Dekret abweisen oder die Fortsetzung der Sache verordnen wird. Auf gleiche Art verlangt auch das Württembergische Gesetz <sup>26)</sup> zur Abweisung des Klägers mit seiner Klage die Berathschlagung des Gerichts, und betrachtet das Dekret als ein wahres Endurtheil.

Gehen wir zur zweiten oben gestellten Frage über die Zweckmäßigkeit der Verschiedenheit der Formeln bei Abweisungen über, so ist zwar nicht zu verkennen, daß die Praxis gute Gründe dafür hat, indem sie durch die Bestimmtheit der Formel Irrthum vermindert, der leicht sich einschleicht, wenn ein gar nicht gewandter Richter nach eigener Ansicht und Laune in beliebiger allgemeiner Form den Kläger abweist. Auch verdient die Kürze der Formel dankbare Anerkennung, indem dadurch mit einem Worte etwas ausgedrückt wird, was sonst mit vielen Worten umschrieben werden müßte; der gewandte Advokat, welchem ein solches Dekret mitgetheilt wird, weiß sogleich, worin der Fehler lag und worauf es ankommt, er unterscheidet die Wirkungen der verschiedenen Abweisungen und die Verschiedenheit der gebrauchten Formeln vertritt ihm selbst die Stelle der Entscheidungsgründe. Allein diese Urtheilsformeln haben auch eine andere nicht unwichtige Seite, die sie bedenklich macht.

1) An sich mystisch und geheimnißvoll für jeden, der nicht mit der geheimen Sprache der Gerichte bekannt ist, sind sie für den Privatmann unverständlich, der sich bloß an das Wort: Abgewiesen, hält und seinen Proceß für verloren ansieht. Der Gebrauch dieser Formeln ist daher nur auf ein Verfahren berechnet, nach welchem jeder streitende Theil seinen rechtsgelehrten Advokaten hat, der freilich den Sinn der Formel verstehen muß. Will man aber, was ja

26) Organisationsedict über die Rechtspflege S. 67.

die herrschende Tendenz ist, die Partheien von der sogenannten Advokatenherrschaft befreien, will man jedem Bürger möglich machen, auch ohne Advokaten selbst seine eigene Sache bei Gericht führen zu können, so muß vor allem die Sprache der Gerichte einfach und jedem, auch Nichtjuristen verständlich seyn, der Kläger, welcher ein Urtheil erhält, muß sogleich wissen, wie weit er abgewiesen ist oder was er noch zu thun hat, während er bei den geheimnißvollen sechs Abweisungsformeln erst an Rechtsgelehrte sich wenden, und um Erklärung der mystischen Sprache bitten muß<sup>27)</sup>. 2) Hält man an der Ansicht fest, daß jedes abweisende Dekret in Rechtskraft übergehe, und wahres Urtheil sey, so muß auch in Ansehung des sogenannten Dekrets die in den meisten deutschen Staaten zum Glücke bestehende Vorschrift, daß jedem Urtheile Entscheidungsgründe beigefügt werden sollen, beobachtet werden. Geschieht aber dies, so sind die verschiedenen Formeln leicht zu entbehren, indem der abgewiesene Kläger aus den beigefügten Gründen leicht ersehen wird, warum er abgewiesen werden mußte, und was er nachzutragen hat. Bilden sich dann nicht die Richter ein, daß ihre Urtheile in geheimnißvoller Sprache, nur den Eingeweihten verständlich abgefaßt werden müßten, erkennen sie die Nothwendigkeit an, daß die gerichtlichen Aufträge auch so erlassen werden müssen, daß jeder Bürger sie versteht und bestimmt weiß, was er zu thun hat, kommen manche Praktiker endlich von der barbarischen Sprache zurück, nach welcher sie noch die Klageschrift zur exceptivischen Nothdurft hinaus-schließen,

27) Schon das Concept der Kammerger. Ordn. v. 1614. 1. Thl. tit. XXII. §. 10. verlangt verbiis: auch die abschlägigen *Decreta* jederzeit dermaßen begreifen, damit der Supplicant, woran der Mangel, etwas abnehmen und verstehen mög, daß den Decreten Gründe beigefügt werden, und die Art der Entscheidung auch für den Kläger verständlich seyn soll.

oder Aufträge sub poena confessi et liquidi ertheilen, so bedarf es keiner mystischen Formeln, und dem Kläger, welcher z. B. undeutliche oder unordentliche Klagschrift einreichte, wird zweckmäßiger statt der Abweisung: angebrachtermaßen bedeutet, daß er vorerst eine bestimmte deutliche Klagschrift einzureichen, oder daß er über den oder den bestimmten Punkt besser sich zu erklären habe.

3) Diese mystische Sprache bei Urtheilsformeln hat aber auch zuweilen bedeutende Nachtheile, theils schon darum, weil die Gerichtshöfe in Deutschland sehr verschiedene Ansichten über den Gebrauch dieser Formeln, insbesondere über die Abweisung: angebrachtermaßen haben, so daß der abgewiesene Kläger gar nicht weiß, was er zu thun hat, theils weil unnöthige Verzögerungen und selbst Rechtskränkungen zugefügt werden, wovon dem Verf. dieses Aufsatzes ein merkwürdiger Fall vorgekommen ist. Ein in M. befindlicher Kläger hatte eine völlig liquide Schuldklage gegen einem in N., einer vom Wohnorte des Klägers 80 Meilen entfernten ausländischen Stadt wohnenden Adlichen. B. A. stellte bei dem Stadtgerichte zu N. Klage an, und erhielt nach 3 Wochen das einfache Dekret: daß die hierorts gegen Freiherrn v. B. erhobene Klage allhier nicht Statt finde. Er wendete sich nun in dem Glauben, daß etwa B. einen privilegierten Gerichtsstand haben könnte, an das Appellationsgericht der Provinz, in welchem N. lag, und erhielt nach 4 Wochen von daher den Bescheid: daß die hierorts angestellte Klage allhier nicht Statt finde. Erst nach langen Erkundigungen ergab sich endlich, daß Freiherr v. B. seinen Gerichtsstand bei dem in dem Lande bestehenden Hofmarschallenamte hatte. In der Zwischenzeit, die der Kläger durch das Benennen der zwei Gerichtshöfe verloren hatte, waren die Vermögensverhältnisse des Freiherrn v. B. sehr schlecht geworden, und Kl. erlitt einen beträchtlichen Verlust.

## §. 3.

Zulässigkeit definitiv abweisender Bescheide  
des Klageanspruches.

So wenig geläugnet werden kann, daß wirklich Fälle vorkommen, in welchen unter keiner Bedingung die angestellte Klage als gegründet und zulässig sich denken läßt, so zweckmäßig es scheint, lieber frühzeitig frivole Klagen abzuweisen, als den Beklagten zu allen Plagen eines lange dauernden Processes zu nöthigen; so müssen doch alle Practiker gestehen, daß solche Fälle, in welchen der Richter auf die bloße eingereichte Klagschrift die völlige Grundlosigkeit des Anspruches des Klägers erkennt, höchst selten sind, und schon die aus Kenntniß der menschlichen Verhältnisse geschöpfte und durch Erfahrung bestätigte Vermuthung lehrt, daß nicht leicht ohne irgend einen Grund und Schein des Rechts jemand eine Klage bei Gericht anstellen wird. Eine genaue Erwägung aller Rücksichten fodert, daß, bei solchen definitiv ohne vorher eingeleitetes Gehör des Beklagten geschehenen Abweisungen der Klage der Richter die größte Vorsicht anwende. 1) Es liegt schon in den Rechtsansichten aller streitenden Personen, welche klagend an das Gericht sich wenden, die Vorstellung, welche durch Analogie der Gesetze, und den Gerichtsgebrauch des Mittelalters bestätigt wird<sup>28)</sup>, daß der Richter nicht ein rechtskräftiges Urtheil auf bloße einseitige Vernehmung des Gegners erlassen werde; schon die Ansicht von *controversia* führt zu der, daß auch eine Verhandlung vorausgegangen, der Beklagte gehört worden, und das Urtheil in Gegenwart derjenigen, welche dasselbe angeht (also auch des Beklagten) gefällt sey<sup>29)</sup>. Bei einem Verfahren, in welchem nur nach Sitzungen auf die münd-

28) l. 1, 140. De re judic. l. 9. Cod. de sent. et interloc. l. 2. Cod. cominat. epist.

29) l. 47. pr. D. de re iudicat.

liche Verhandlung ein Urtheil von einem Collegio gefällt wird, kann es keinem Bedenken unterliegen, daß das Gericht nur dann ein definitives Urtheil über die Sache fällt, wenn auch beide Theile erschienen, oder doch vorgeladen worden sind. Was in diesem (für jede zweckmäßige Gesetzgebung als Regel dienenden) Verfahren gilt, muß ebenso da gelten, wo auf Partheischriften entschieden wird, und es kann nur als eine traurige Folge der Einzelrichter und des geheimen Verfahrens betrachtet werden, daß man sich von der einfachen Ansicht entfernt hat <sup>30)</sup>. 2) Geht man auch von der unfehlbar richtigen durch die Gesetzgebung aller Zeiten bewährten Vorstellung aus, daß die ersten Vorverhandlungen nur zur Fixirung und zur Grundlage des weiteren processualischen Verfahrens dienen, verfolgt man historisch, wie die deutsche Replik und Dupliktschrift entstanden sind, überzeugt man sich, daß in der Klageschrift der Kläger nur eine Grundlage für seine künftige Ausführung durch Anführung des Klagegrundes und des Gesuchs geben will, mit dem Vorbehalte, die weitere Begründung nachzutragen, so entspricht es kaum der Würde und der Gründlichkeit der Justiz, den Kläger auf den Grund seines kurzen Vortrags, ohne ihn nur weiter hören zu wollen, definitiv bereits abzuweisen. 3) Am wenigsten mag diese Art der Abweisung mit dem Wesen des gemeinrechtlichen Verhandlungsprincips vereinigt werden können. Es liegt in der Stellung des Richters zu den Partheien nur die Befugniß über das wechselseitige Vorbringen der Partheien zu entscheiden, und die vorgebrachten Thatsachen unter Gesetze zu subsumiren; weist er die Klage, ohne den Beklagten gehört zu haben, schon definitiv ab, so

---

30) Wichtig bemerkt schon Müller in der Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde S. 151. „eine Verwerfung der Klage vor der Mittheilung ist blos Sache zwischen dem Kläger und dem Richter und hat nie die Natur eines beide Partheien verbindenden Rechtspruches.“

kann dies nur geschehen wegen des fehlenden Klagegrundes, oder wegen eines Grundes, aus welchem der Beklagte eine Einrede ableiten könnte. In beiden Fällen muß der Richter das Vorbringen des Beklagten ergänzen, und dasselbe als geschehen annehmen, und handelt dadurch gegen sein Amt, indem er im ersten Falle das Lügen des Beklagten annimmt, und den Kläger abweist, ohne nur zu wissen, ob auch der Beklagte lügen würde, und im zweiten Falle, ein völlig unbegründetes <sup>31)</sup> Ergänzungsrecht der Einreden ausübt.

4) Betrachtet man auch die Fälle näher, in welchen nach Partikularrechten oder den Ansichten der Rechtslehrer die definitive Abweisung erfolgen soll, so kann man nicht die begründete Besorgniß unterdrücken, daß durch dies dem Richter eingeräumte Recht eben so sehr richterliche Willkür begünstigt, als Einseitigkeit und Ungerechtigkeit der Entscheidungen befördert wird. Wenn z. B. der baierische Codex <sup>32)</sup> den Richter berechtigt, die Klage abzuweisen, „wenn der Grund der gestellten Klage aus des Klägers eigenen nar-ratis“ erscheint, so kann unter dem Schutze dieser Bestimmung der Richter jede Klage abweisen, bei welcher er glaubt, daß nach seiner Rechtskenntniß die Klage keinen Rechtsgrund habe; es genügt, daß der Richter von einer durch neuere Fortschritte der Jurisprudenz als richtig nachgewiesenen Ausdehnung eines Gesetzes nichts weiß, um ihn zu einem abweisenden Urtheile zu bestimmen, und es fehlt nicht, daß bei der großen Zahl von Controversen des gemeinen Civilrechts empfindliche Rechtskränkungen den Bürgern zugefügt werden können. Eben so unbestimmt, und Willkür

31) s. dieses Archiv I. Band nro. 28. 29.

32) Cod. jud. cap. IV. §. 17. der gründliche Proceßkenner und Verfasser des baier. Judicialegesbuchs, Baron Kreitmaier ad h. l. bemerkt, bei dieser Stelle selbst, daß dies ehemals wenig oder gar nicht in usu gewesen sey.

kür begünstigend scheint der Ausdruck des nassauischen Proceßgesetzes<sup>33)</sup> nach welchem die Klage überhaupt abzuweisen ist, wenn sie als nicht begründet erscheint. Darüber und bloß auf den einseitigen Klagvortrag zuverlässig zu urtheilen, ist, wie jeder gewissenhafte Praktiker zugeben wird, der Richter in den allersehrsten Fällen im Stande, weil theils der Rechtsgrund ohnehin nicht wesentlich in die Klageschrift gehört und erst später ausgeführt wird, theils was den factischen Klagegrund betrifft, der Kläger in der Regel nur kurz ihn in der Klageschrift angibt, und auf die Replik-schrift, die weitere Entwicklung sich ebenso wie die juristische Begründung der Klage verspart. Wenn die nämliche nassauische Verordnung die Abweisung gebietet, wenn die Klage rechtlich schon entschieden ist, so ist theils zu besorgen, daß die Praxis das Wort: entschieden bald eben so auszulegen, und dahin Fälle zu ziehen suchen wird, wie bei den proceßhindernden Einreden so viele Exceptionen unter dem Mantel des Ausdrucks: *exceptio litis finitae* eingeschwärzt wurden<sup>34)</sup>, theils ist, wenn man auch die Vorschrift, nur von der Entscheidung durch richterliches Urtheil verstehen will, willkürliche Entscheidung möglich, weil bekanntlich über den Umfang und die Wirkung der Rechtskraft zahllose Controversen vorkommen, und der Richter sehr leicht die Sache als rechtlich entschieden annehmen kann, während aus der weiteren Entwicklung sich gezeigt hätte, daß die Rechtskraft nicht auf den vorliegenden Fall wirkte. Auch der Gesichtspunkt, daß die Sache, worauf sich die Klage bezieht, bereits verglichen sey, berechtigt nicht zur Abweisung, weil theils der Richter nicht wissen kann, ob der Kläger für den Fall, wenn ihm der Beklagte die Einrede des Vergleichs entgegenstellen würde, bedeutende Gründe zur Umstoßung des Vergleichs angeben kann. So läßt es sich

23) Proceßordnung v. 23. April 1822. S. 4.

34) s. dies Archiv I. Band nro 31.

auch nicht rechtfertigen, wenn nach der Meinung des v. Reibniß <sup>35)</sup> der Kläger dann abgewiesen werden soll, wenn er z. B. aus den vorgetragenen Thatsachen eine factische Leistung des Beklagten zu fodern berechtigt wäre und er dagegen eine Geldsumme gefodert hat, denn weiß der Richter schon, ohne den Beklagten gehört zu haben, ob der letztere nicht schon früher außergerichtlich sich die Umwandlung hat gefallen lassen und bei Gericht dies sogleich zugestehen wird, oder ob der Kläger nicht in den späteren Schriften Gründe angeben wird, welche ihn zur Umwandlung berechtigen, weil z. B. der Beklagte die persönliche Leistung unmöglich gemacht hat? Weise hat dagegen die württembergische Gesetzgebung <sup>36)</sup> vorgeschrieben, daß wegen wahrscheinlicher Einreden des Beklagten die Verwerfung der Klage in keinem Falle Statt finden könne.

5) Solche Abweisungen haben auch die Bedenklichkeit gegen sich, daß nicht einmal für den Beklagten oft ein Vortheil entsteht, vielmehr ihm eine Beeinträchtigung zugefügt wird. Es muß dem Beklagten daran liegen, sein ganzes Rechtsverhältniß zum Kläger, sobald derselbe es einmal durch eine Klage an das Gericht gebracht hat, erschöpfend entscheiden zu lassen, um für immer von der Klage loszukommen; es muß ihm dazu die Möglichkeit gegeben werden, alle seine Einreden vorbringen zu können, und nach Umständen kann es selbst großen Werth haben, den Kläger durch die Wiederklage zur Erfüllung von Verbindlichkeiten anzuhalten. Alles dies raubt der Richter durch seine einseitige Abweisung dem Beklagten; der Kläger hat z. B. in dem Falle, den Reibniß bemerkt, den Kläger wegen des unrichtigen Gesuchs oder in einem anderen Falle, weil der Kläger der geschiedenen Aufkündigung oder der vorgegangenen Cession nicht gedacht hat, abzuweisen, der Kläger appellirt, nöthigt den Beklag-

35) Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung II. Tbl. S. 289.

36) Organisationsedict über die Rechtspflege S. 87.

ten zu unnützen Schritten, während der Beklagte eine viel wirksamere Einrede gegen den Kläger hätte anführen können, z. B. die der Zahlung oder des Vergleichs u. a., deren Vorbringung der Richter ihm unmöglich gemacht oder doch verzögert hat<sup>37)</sup>. Wenn wir bisher auf die Bedenklichkeiten vorzeitiger Abweisungen des Klägers aufmerksam gemacht haben, so war deswegen die Absicht nicht, die wohlthätige Absicht der Praxis zu verkennen. Wir glauben zwar, daß da, wo nach Audienzen verhandelt wird, wo öffentlich das Urtheil nach collegialischer Berathung von einem Gerichte in Gegenwart der Partheien ausgesprochen wird, definitive Abweisungen der Klage nur nach vorgegangenen oder doch rechtlich möglich gemachten Gehör des Beklagten, also als Folge einer Verhandlung vorkommen dürfen, allein soll auch dies bestehende Proceßverfahren und die Gerichtsverfassung beibehalten werden, so kann nach unserer Meinung im Geiste einer besseren Praxis eine einseitige definitive Abweisung nur dann gerechtfertigt werden, wenn 1) die angestellte Klage von der Art war, daß auch durch jede nachträglich gestattete Verbesserung von Seite des Klägers nichts geholfen werden kann, 2) wenn, der Beklagte mag eine Antwort geben, welche er wolle, sich rechtlich nie ein Klagerecht des Klägers gegen den Beklagten denken läßt. Fälle dieser Art werden sehr selten seyn, und es können dahin nur die gerechnet werden a) wenn der Gegenstand der Klage ein juristisch unmöglich ist, und daher durch jede Verhandlung darüber den Gesetzen Hohn gesprochen würde, z. B. wenn jemand gegen A klagen wollte, daß A versprochen hätte den B zu verwunden. b) Wenn die Gesetze in dem Lande ausdrücklich erklären, daß aus dem Verhältnisse, worauf die Klage gegründet wird, keine Klage gegeben werde, z. B. wegen Spielschulden. So oft dagegen auf irgend eine Art die Statthaftigkeit des Rechtsgrundes zweifelhaft seyn kann, wenn

37) Müllner Elementarlehre S. 151.

auch der Richter für sich überzeugt ist, daß der Kläger am Ende werde abgewiesen werden müssen, muß der Richter die Verhandlung zulassen. Die Annalen der Gerichtshöfe enthalten die merkwürdigsten Fälle dieser Art, bei welchen der Richter wohl in Verlegenheit kommen kann. Wenn z. B. ein durchreisender Engländer einen Sklaven bei sich führte und den ihm entlaufenen Sklaven durch Klage bei einem Gerichte vindiciren wollte, so möchten wohl manche Richter versucht werden, ohne weiteres die Klage abzuweisen, und doch zeigen die bei den preussischen und sächsischen Gerichtshöfen darüber gepflogenen Verhandlungen, daß die Rechtsansicht der Sache <sup>38)</sup> durchaus nicht so einfach und unbestritten ist, wie sie bei dem ersten Anblicke scheint. — Nicht selten setzen auch Injurienfälle den Richter in Verlegenheit, und gerade bei ihnen scheint eine schleunige Abweisung selbst um jeder weiteren durch gerichtliche Verhandlungen erst sich entwickelnden Erbitterung der Partheien vorzubeugen, sehr zu empfehlen. Allein auch hier ist den Richtern sehr Vorsicht anzurathen, weil in so vielen Fällen Handlungen oder Aeußerungen, wenn man bloß die Erzählung in der Klage berücksichtigt, keine Injurien zu enthalten scheinen, aber als wahre Injurien sich zeigen, wenn aus den späteren Erzählungen die Umstände sich ergeben, unter welcher die Handlung oder Aeußerung vorfiel; nur in so ferne als die ganze Klage als völlig inepte und alberne erscheint, mag ihre Verwerfung auf die bloße Klagschrift gerechtfertigt werden, z. B. wenn jemand klagte, daß der Gegner ihn zu stark angesehen und ihn dadurch beleidigt habe.

---

38) s. Sypsen Beiträge zur jurist. Literatur in d. preuß. Staaten IV. Samml. S. 296. Kind quaest. forens. t. II. nr. 87. (edit. 2da) s. noch Preuß. Landrecht II. Thl. V. Titel. §. 196 — 9.

**Zulässigkeit der bedingt abweisenden Bescheide.**

Zu den wichtigsten Pflichten des Richters gehört die gehörige Verfügung auf die einzelnen Partheianträge. Am richtigsten ergibt sich sein Verhältniß, wenn man davon ausgeht, daß die allgemeinen Befugnisse des Richters zur Aufhellung der Wahrheit, welche ihm in dem mündlichen Verfahren zustehen, die nämlichen auch in dem schriftlichen Proceß bleiben, nur so daß in dem letztern der Richter durch Dekrete dasjenige thut, was er in dem Ersten freilich viel einfacher und sicherer durch Fragen an die Partheien bewirken kann. Wenn nun unbezweifelt der Richter in dem mündlichen Verfahren, sobald der Kläger ihm eine völlig dunkle oder sonst sehr ungeeignete Klage vortragen würde, dem Kläger bedeutet, daß auf den Klagevortrag, wie er vorliege, nicht verfügt werden könne, oder wenn der Richter durch Fragen sich jeden Zweifel zu heben und jede Dunkelheit zu beseitigen sucht, so muß zu dem nämlichen Besekmen der Richter auch in dem schriftlichen Proceß Recht und Pflicht haben, und die richterliche Thätigkeit hat hier nur zwischen zwei von dem Gerichtsgebrauche ihr gestatteten Mitteln zu wählen, indem sie entweder den Kläger bedingt abweist, d. h. die Klageform verwirft<sup>39)</sup> und es dem Kläger überläßt, den Fehler selbst aufzusuchen und in der verbesserten richtigen Form der Klageschrift einzureichen, oder indem sie theils selbst von Amtswegen unrichtige Vorträge verbessert und darauf verfügt, theils dem Kläger eine bestimmte Verbesserung oder Ergänzung aufträgt. Wir haben oben (§. 2.) zu zeigen gesucht, daß die erste Art viele Nachtheile erzeuge, den Proceß verzögere, unnötige Kosten verursache, und dem Kläger, der wegen der geheimnißvollen Formeln gar nicht weiß, was er zu thun hat, wenig nütze: auch die Gesetzgebungen, worauf der gemeine deutsche Proceß beruht, die

---

39) Müllerer Elementarlehre S. 141.

Verbanntung der Formularjurisprudenz unter den römischen Kaisern <sup>40)</sup>, die Bestimmungen des canonischen Rechts <sup>41)</sup>, selbst die Reichsgesetze <sup>42)</sup> lehren den Richter, nicht sogleich zur Verwerfung der Klage Zuflucht zu nehmen, sondern lieber jeden anderen Weg zu wählen. Dies läßt sich noch mehr vertheidigen, wenn man erwägt, daß in dem Partheivorkbringen immer ihre Anträge (Conclusions) von der Anführung der Thatfachen und Rechtsgründe getrennt werden müssen, durch welche die Partheien das Daseyn ihres Angriffs oder Vertheidigungsgrundes, worauf sie sich berufen, und die Schlußigkeit ihrer Anträge dem Richter klar zu machen suchen <sup>43)</sup>. Der letztere Theil enthält nur einen Versuch der Begründung der Ansprüche und ihrer Aufklärung, und die Parthei erwartet von dem Richter, daß er aussprechen werde, ob ihm der Versuch genüge, und welche nachträgliche Aufklärung er noch verlange.

Man darf daher die dem Geiste der Gesetze und der besseren Praxis entsprechenden Regeln aufstellen:

I. Der einmal begonnene Proceß muß von dem Richter möglichst aufrecht erhalten und so lange verhandelt werden, bis er zu einem definitiven Urtheile über den Anspruch reif ist <sup>44)</sup>.

40) l. un. Cod. Theod. de omiss. act. impetr. l. 1. 2. Cod. de formul. et impetr. subl.

41) C. 6. X. de judiciis.

42) Concept der Cammergerichtsordn. I Thl. tit. XXII. §. 10. und dann, daß sie in Decernirung der Proceß nicht gar zu scrupulosi und eingezogen, sondern einer Billigkeit in solchem sich befeissen sollen.

43) Meine Schrift: der gemeine deutsche Proceß in Vergleichung mit dem preuß. I. Heft S. 48.

44) Schaumburg princ. prax. jud. l. I. sect. I. membr. 1. §. 11.

II. In allen Fällen, wo der Klage etwas fehlt, und der Richter eine Verfügung erläßt, muß dies so geschehen, daß der Kläger auch bestimmt weiß, was der Klage fehle, und was zu verbessern ist.

III. So oft die Klageschrift in ihren nicht wesentlichen Merkmalen einen Mangel hat, muß der Richter selbst das Fehlende verbessern.

IV. So oft die Klage in der angestellten Form aufrecht erhalten wird, wenn der Beklagte nichts dagegen einwenden würde, so oft muß auch erst die Erklärung des Beklagten abgewartet werden, ehe der Richter abweist. Wenden wir diese Regeln auf die vorzüglichsten in dieser Lehre vorkommenden Fälle an, so läßt sich

1) eine Verwerfung der Klage wegen mangelnden Gerichtsstandes nur dann rechtfertigen, wenn nicht durch Schweigen des Beklagten und freiwilliger Unterwerfung durch Prorogation das sonst in abstracto inkompetente Gericht in concreto competent werden kann. Nur dann, wenn in dem Gerichte, wo geklagt wurde, überall nicht, auch wenn Prorogation sonst Statt findet, geklagt werden kann, wird Abweisung des Klägers, mit der Angabe des Grundes, warum das Gericht nicht competent ist, zulässig seyn.

2) Wenn in der Klageschrift der Legitimationspunct zur Sache nicht <sup>45)</sup> berichtet ist, wenn z. B. jemand aus einer fremden Forderung klagte, ohne der geschehenen Cession oder des Uebergangs durch Erbfolge zu erwähnen, so wird besser die Klageschrift dem Beklagten vorerst mitgetheilt werden, weil seine Exception oder Längnen des Legitimationspunctes erst entscheiden muß <sup>46)</sup>, und es leicht seyn kann, daß der Beklagte das factische Verhältniß, z. B. daß der Kläger Erbe war, sehr

---

45) v. Grolmann Theor. des gerichtl. Verf. S. 64. Not. 2.

46) S. aber auch Genkler Handbuch zu Martins Lehrbuche S. 178 — 181.

gut kannte, und gar nicht im Sinne hatte, dem Kläger es zu bestreiten. Erst die Folge der Verhandlungen belehrt den Richter über das zu erlassende Urtheil und da paßt allerdings die Entbindung des Beklagten von der Instanz am besten, wenn der Kläger sich nicht hinreichend zur Sache legitimiren konnte.

3) Wenn die Klageschrift gar keinen Gegenstand enthält, wenn kein factischer Klagegrund angegeben ist, z. B. der Kläger nur den Beklagten an die ihm wohl bekannten Rechtsverhältnisse erinnert, so ist eine solche Klage unbedenklich mit Angabe des Grundes abzuweisen <sup>47)</sup>.

4) Dasselbe tritt mit Recht ein, wenn das Factum so dunkel und verworren vorgetragen ist, daß der Richter gar nicht erkennen kann, auf welches Rechtsverhältniß sich der Kläger beruft, und zwar so, daß gar nicht bloß durch die Aufklärung einiger Merkmale sondern nur durch einen durchaus neuen Vortrag, geholfen werden kann.

5) Wenn dagegen das Rechtsverhältniß zwar so vorgetragen ist, daß der Richter wohl weiß worauf es ankommt, und welche Klage angestellt ist, jedoch so, daß es noch einiger Aufklärung bedarf, z. B. über die Zeit, Ort, Nebenbedingungen, so wird die Klage nicht verworfen, sondern entweder dem Beklagten mitgetheilt, weil noch immer nach der Antwort des Beklagten Zeit ist, nachträglich zu fragen, oder der Richter trägt sogleich dem Kläger auf, besser als geschehen, sich über den oder den Punct zu erklären.

6) Wenn an äußeren Formalitäten der Klage es fehlt, z. B. wenn gegen das Stempelgesetz gefehlt ist, so ist es nicht zu billigen, wenn auch dann der Richter die Klageschrift verwirft; der bessere Gerichtsgebrauch theilt hier dem Beklagten die Klageschrift mit, und trägt dem Kläger auf, die Stempelordnungsstrafe zu erlegen.

---

47) c. ult. X. de libell. oblat. Wernher obs. 4. I. p III obs 153.

7) Wenn der Kläger eine ungeeignete Cumulation der Klagen sich erlaubt hat, und wenn eine der Klagen vollständig und klar vorgetragen, aber eine andere, nicht zur Häufung geeignete, Klage beigelegt war, so hat die Praxis einen doppelten Weg, entweder dem Kläger zu bedeuten, daß die Cumulation nicht Statt finde, er daher die anzustellende Klage zu wählen habe, oder die Klageschrift hinauszuschließen und sowohl dem Beklagten als dem Kläger zu eröffnen, daß die weiter beigelegte Klage als nicht zur Cumulation geeignet befunden, zur abgesonderten Anstellung verwiesen werde.

8) Wenn der Kläger sich eine völlig unzulässige subjective Cumulation erlaubte, z. B. in der nämlichen Schrift den Hauptschuldner und den Bürgen belangte<sup>48)</sup>, so muß die Klageschrift, und dem Kläger, eröffnet werden, daß er die Klage gegen einen oder den anderen Beklagten zu richten habe.

9) Wenn die Klageschrift mit unartigen und beleidigenden Aeußerungen angefüllt ist, so ist es am besten, die Schrift zu verwerfen, und die Reinigung derselben aufzutragen, gewöhnlich mit dem Anhange, daß der Schriftenverfasser für die erste Schrift keine Taxe zu fordern berechtigt sey.

10) Wenn der Klageschrift gar kein Gesuch, in Ansehung der Sache, beigelegt ist, wenn insbesondere der Fall so beschaffen ist, daß aus dem vorgetragenen Klagegrunde verschiedene Gesuche fließen, von deren Verschiedenheit die angestellte Klage abhängt, z. B. bei Injurien, bei actio quanti minoris oder redhibitoria, muß dem Kläger das nachträgliche Vorbringen eines bestimmten Hauptgesuchs aufgetragen werden.

11) Wenn dagegen das bestimmte Gesuch zwar fehlt, aber der Klagegrund so einfach ist, daß kein Zweifel entstehen kann, welches Gesuch Statt finde, z. B. bei dem Darlehen, würde eine Verwerfung ungeeignet seyn und es genügt das, freilich nicht den strengen Forderungen gemäße, Gesuch, den

---

48) Rivinus ad Cod. proc. Sax. tit. V. exc. 5.

Beklagten zur Erfüllung der Ansprüche des Klägers anzuhalten.

12) Wenn in Fällen, wo nur etwas Bestimmtes zu leisten ist, der Kläger alternativ gebeten hat, so wollen zwar manche Juristen die Klageschrift verwerfen<sup>49)</sup> lassen, allein der bessere Gerichtsgebrauch<sup>50)</sup> läßt die Schrift mittheilen, weil theils oft im Laufe der Verhandlungen sich zeigt, daß der Kläger Grund zur gestellten Bitte hatte, theils weil der Fehler durch die nachfolgenden Erklärungen der Partheien sich von selbst heilt.

13) Ist der Summe nach zu viel gebeten, so ist es immer zweckmäßiger, die weitere Bestimmung der wirklich zustehenden Summe, den weiteren Verhandlungen zu überlassen und die Schrift nicht zu verwerfen, weil theils mit Grunde selten im Anfange schon behauptet werden kann, daß zuviel geboten worden, theils weil sich bei der späteren Beweisführung das Zuviel leicht zeigt und die Proceßführung dabei nicht leidet<sup>51)</sup>.

14) Die Unterlassung der Stellung der Proceßbitte schadet nicht<sup>52)</sup>. Wenn aber eine unrichtige Proceßbitte gestellt ist, so wollen zwar einige Juristen den Richter anweisen, im Falle, wenn z. B. der Kläger ungeeignet um Executiv-Proceß bat, das Gesuch, wie gebeten, abzuschlagen, und dem Kläger die Stellung eines andern Gesuches zu überlassen; theils weil der Kläger, der das rechte Gesuch hätte stellen sollen, dieß verdient habe, theils weil sonst leicht die Rechte der streitenden Theile verletzt werden könnten, indem der Kläger etwa wichtige Umstände, die er nicht schleunig darthun können, mit Stillschweigen übergangen hätte. — Es scheint, daß am

49) Engau dec. p. I. dec. 370 Bastineller de vitüs libelli pag. 19. not. Boehmer de libell. alternat. c. 1. §. 19. Horn. sent. et resp. VII. resp. 14.

50) S. noch Kori Theor. des sächsischen Proceßes S. 129.

51) Danz Grundf. des ordentl. Proc. §. 72.

52) J. B. Gönner, Handbuch des Proceßes I. Thl. S. 250.

zweckmäßigsten unterschieden werden muß: a) da, wo der Kläger (eigentlich Impetrant) in einer Proceßart gebeten hat, welche keine wahre, auf definitive und erschöpfende Regulirung der Streitverhältnisse gerichtete Verhandlung, sondern Feststellung eines provisorischen Zustandes enthält, z. B. dem Arrestgesuche, in den meisten Fällen des Mandatsprocesses, da muß, wenn die Proceßart nicht Statt hat, freilich das Gesuch, wie gebeten, abgeschlagen, und es kann kein ordentlicher Proceß von dem Richter, von Amtswegen eingeleitet werden, weil gar keine wahre Klage, und keine auf erschöpfenden Proceß berechnete Klageschrift vorlag. b) Wenn dagegen der Kläger um Einleitung des summarischen Verfahrens gebeten hat und der Richter findet, daß nur das ordentliche zulässig ist, so ist, da eine auf den ordentlichen wie auf den summarischen Proceß berechnete, Klageschrift vorliegt, kein Bedenken, von der ohnehin zum Wesen der Klageschrift nicht nothwendigen Proceßbitte zu abstrahiren und das ordentliche Verfahren einzuleiten, weil gar nicht einzusehen ist, wie der Kläger dadurch verkürzt werden sollte, während er es sicher dann würde, wenn das Gesuch verworfen würde, und er bei völlig gleicher Klageschrift nur die Bitte um ordentliches Verfahren hinsetzen müßte, zu dessen Einleitung der Richter gar keiner Aufforderung bedürfte.

## XV.

Welchen Einfluß hat die Repudiation der eingesetzten directen Erben auf den übrigen Inhalt eines Testaments seit der Nov. 1. c. 2. §. 2.?

Von L ö h r.

## I.

So wie es zur Gültigkeit eines Testaments wesentlich erfordert wird, daß es die gehörige Einsetzung eines fähigen directen Erben enthalte, eben so wurde es auch unbedingt zur Fortdauer der Gültigkeit desselben erfordert, daß wenigstens einer der eingesetzten Erben fähig bleibe und wirklich Erbe werde. War dies nicht der Fall, so fiel das ganze Testament, mit allen darin enthaltenen Verfügungen, zusammen. Dies war selbst alsdann der Fall, wenn die eingesetzten Erben die ihnen angebotene Erbschaft ausschlugen <sup>1)</sup>.

Das so eben Gesagte erlitt von jeher eine Ausnahme in dem Falle, wo ein substitutus an die Stelle der hinweggefallenen Erben trat, was auch bei der, von Theodos II. eingeführten, gesetzlichen Substitution (der s. g. transmissio theodosiana) Anwendung finden mußte <sup>2)</sup>. Später wurden diese

1) Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt . . fr. 9. D. 26, 2. Si nemo substituit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur. fr. 181. D. 50, 17. — §. 2. in fin. J. 2, 22. — §. 7. J. 3, 1. — fr. 1. D. 28, 3. — fr. 38. §. 3. D. 28, 6. — fr. 55. §. 2. D. 36, 1. — fr. 64. D. 50, 16. — u. v. a.

2) Dieses Archiv B. 2. P. 2 Nro. XIV. 7.

Grundsätze durch das Edict des Prätors über Diejenigen, qui omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possident hereditatem, modificirt 3). Noch später entstanden mancherlei Ausnahmen, theils durch Entstehung vieler Fälle, in welchen ein Anderer, als der Erbe, an der Stelle des Erben, die Erbschaft für sich sollte erwerben können, theils durch das Pegasusianische Senatusconsult.

Das letzte verordnete, daß der Erbe, welchem ein fideicommissum hereditatis war aufgelegt worden, wenn er die angefallene Erbschaft nicht antreten wolle, oder wirklich ausgeschlagen habe 4), dennoch zur Antretung und Herausgabe derselben von dem Fideicommiss-Erben sollte gezwungen werden können 5). Im Falle des Zwangs sollte der directe Erbe, der Regel nach, gar keinen Vortheil aus der Einsetzung und dem Erwerbe der Erbschaft ziehen können 6), dem Fideicommissar dagegen sollten nach der Restitution der angetretenen Erbschaft im Ganzen alle Rechte zustehen und alle Verbindlichkeiten obliegen, welche zum Vortheile und Nachtheile des directen Erben, der die Erbschaft nicht erwerben wollte, Statt gefunden haben, würden 7): ja in den Fällen, wo der zur Antretung genöthigte Erbe nicht restituiren könne

3) Dig. 29, 4. — Cod. 6, 39.

4) Sed et, qui repudiavit hereditatem, cogetur adire et restituere, si justae causae allegentur. fr. 14. §. 1. D. 36, 1. — fr. 14. §. 5. fr. 63. §. 14. D. cod.

5) Gajus II. §. 258. — Ulpian 25, 16. — §. 6. J. 2, 23. — fr. 4. 7. 8. 9. fr. 10. §. 2. fr. 13. §. 3. fr. 63. §. 7. 8. 10. D. 36., 1. u. v. a. Stellen.

6) fr. 6. §. 6. fr. 27. §. 2. 14. 15. fr. 28. 43. 55. §. 3. D. 36, 1.

7) fr. 2. 3. pr. fr. 55. §. 2. fr. 63. §. 11. D. 36, 1. u. v. a. Stellen, namentlich auch die in den vorhergehenden Noten angeführten.

oder wolle 8), oder wo der zwingende Fideicommissar die Ausnahme weigere 9), sollten auch ohne Restitution die bemerkten Wirkungen in der Folge eintreten. — Für die Fälle, wo der gravirte Erbe auf andere Art, wie durch Repudiation hinwegfalle, war durch das Senatusconsult an dem alten Rechte nichts geändert 10).

## II.

Daß ein Anderer an die Stelle des eingesetzten Erben eintrete und durch diesen Eintritt das Testament nebst den darin enthaltenen Verfügungen erhalten werde, dies ist bekanntlich der Fall, erstens, wenn dem Erben das ihm gültig Hinterlassene wegen Undankbarkeit weggenommen wird nach der Lex Julia und Papia Poppaea 11), zweitens, nach derselben Lex im Falle der Caducität 12), drittens, bei der durch eine Constitution von Marcus eingeführten addictio bonorum libertatum conservandarum causa 13), viertens,

8) c. 7. §. 1. C. 6, 49.

9) fr. 44. pr. fr. 67. pr. D. 36, 1.

10) fr. 27. §. 6. D. 36, 1.

11) Ulpian XIX, 17. — *Dig.* 34, 9. — *Cod.* 6, 35. — Daß hier dem heres die actiones denegirt werden, dies wird uns hundertmal gesagt, z. B. fr. 2. §. 2. D. 26, 6. — fr. 2. §. 25. 47. D. 38, 17. — fr. 29. §. 1. D. 49, 14. — fr. 5. §. 3. 5. 10. 11. fr. 9. §. 1. fr. 12. 15. 16. §. 1. D. 34, 9. Ebenso geht klar aus der ganzen Darstellung und aus Ulpian a. a. D., aus fr. 21. fr. 25. §. 1. D. 34, 9. u. v. a. Stellen hervor, daß Derjenige, welcher an die Stelle des indignus eintritt, keine persönliche Klage gegen diesen hat, sondern ganz an dessen Stelle tritt, dies auch in Rücksicht auf die diesem gemachten Auflagen fr. 3. D. 28, 4. — fr. 5. §. 4. fr. 16. §. 2. fr. 18. §. 1. D. 34, 9.

12) Ulpian 17. §. 3. — 19. §. 17. — fr. 14. D. 49, 14. —

13) *Inst.* 3, 11 (12). — fr. 2. 3. 4. D. 40, 5. — fr. 13. §. 1. D. 38, 1. — fr. 50. pr. D. 40, 4. — fr. 10. §. 17. D. 42, 8. — c. 6. 15. C. 7, 2.

in den Fällen der von unsern neuern Juristen sogenannten Trans-  
mission<sup>14)</sup>, fünftens, endlich bei dem Vater, der die, sei-  
nem, in seiner Gewalt sich befindenden, Sohne angefallene, Erb-  
schaft für sich erwerben kann, wenn der Sohn sie nicht er-  
werben will<sup>15)</sup>.

Eine genauere Darstellung dieser Fälle scheint nicht hier-  
her zu gehören, wohl aber müssen hier einige Bemerkungen  
hinzugefügt werden, die zur Erklärung der Novelle, welche  
Gegenstand dieses Aufsatzes ist, wichtig zu seyn scheinen. Aus  
diesem Grunde ist hier anzuführen, daß in dem dritten und  
fünften, der so eben angegebenen Fälle, nur dann der Eintritt  
eines Dritten, statt des ernannten Erben, vorkommen kann,  
wenn der Erbe durch Repudiation hinweggefallen ist. Aus die-  
sem Grunde ist Einiges aus der Lehre von der Caducität  
hier herauszuheben.

Die Lex Julia et Papia Poppaea stellte den Grundsatz  
auf, daß testamentarische Erbschaften und Legate erst ab aper-  
tis tabulis deferirt werden sollten. Zu gleicher Zeit verord-  
nete sie, daß Alles, was von Anfang an ungültig in einem letz-  
ten Willen verfügt worden, pro non scripto zu halten sey.  
Was von da bis zu dem Tode ungültig werde, solle in causa

14) Hier ist natürlich nicht an die s. g. transmissio Theodosiana,  
welche eine gesetzliche Substitution enthält, sondern an die  
Fälle, wo durch decretalis B. P., durch in integrum restituti-  
o oder nach c. 18. 19. C. 6, 30. eine Transmission herbei-  
geführt wird, gedacht.

15) c. 8. C. 6, 61. Dieses Archiv, B. 2. S. 2. Nro. XIV. 8.  
Daß hierdurch die s. g. transmissio ex capite infantiae nicht  
wegfällt, dies ist klar. Hier tritt der Vater die seinem filius fa-  
miliaris infantia major deferirte Erbschaft an, weil der Sohn  
sie nicht will. Bei der Transmission erwirbt der Vater die  
seinem filius familiaris infans deferirte Erbschaft für sich nach  
dem Tode des Kindes.

caduci seyn <sup>16)</sup>, was von diesem Zeitpunkte bis zur Eröffnung der letzten Willens-Ordnung und dem Erwerbe seine Gültigkeit verliere, solle caducum seyn. Dasselbe solle Statt finden, wenn der honoratus coelebs ist auf das Ganze, wenn er orbis für die Hälfte, unter Ehegatten insoferne es bestimmte Theile des Vermögens des Erblassers übersteige <sup>17)</sup>.

Was caducum war (inwiefern bei Demjenigen, das in causa caduci war, dieselben Grundsätze eintraten, ist unbekannt) wurde zuerst Denjenigen angeboten, an welche es nach altem Rechte gefallen seyn würde, wenn der honoratus, dessen Portion caduc wird, hinweggefallen wäre, wenn diese Personen das jus antiquum in caducis hatten. Das jus antiquum in caducis hatten aber die Ascendenten und Descendenten bis zum dritten Grade <sup>18)</sup>, sowie Diejenigen, denen das jus liberorum zustand <sup>19)</sup> insofern keine besondern Gründe dagegen waren <sup>20)</sup>. Hiernach (d. i. wenn entweder Niemand

16) So nach der c. 1. C. 6, 51. Ulpian und Gajus wissen nichts von dem in causa caduci sich Befindenden; vielmehr scheint bei diesen auch dieser Fall zu dem caducum gerechnet zu werden.

17) Ulpian tit. 15 — 18. tit. 22. §. 3. tit. 24. §. 12. 13. 31. Gajus II. §. 111. 144. 206. 207. 286. — c. 1. C. 6, 51. Sozomen hist. eccl. I. 9. — Auct. vitae Const. IV. 26. — Nicephor. VII. 46. — Tertullian de monog. c. 16. — Auctor paneg. ad Const. et Maxim.

18) Ulpian tit. 13. — c. 1. C. 6, 51.

19) Warum man dies in neuerer Zeit nicht mehr zu dem jus antiquum in caducis rechnen, sondern nur unter dem Rechte caduca zu vindiciren begreifen will, dies kann ich nicht absehen. Gewiß ist es, daß von den im Testamente bedachten patres zuerst diejenigen kamen, die das jus antiquum für sich hatten und erst nach diesen Diejenigen, denen nach dem Rechte vor der Lex Julia et P. P. Nichts angefallen wäre Ulpian 25, 17. — Gajus II. §. 207. 285.

20) Ulpian 25, 17.

da war, an den jure antiquo, daß apert Gewordene gefallen wäre, oder dieser kein jus antiquum in caducis hatte, oder in der gesetzlichen Zeit die caduca nicht in Anspruch nahm) wurden die caduca Denjenigen deferirt, welche in dem Testamente bedacht waren und Kinder hatten, aber nach altem Rechte keine Ansprüche auf die portio deficiens machen konnten <sup>21)</sup>, also namentlich den Legatarien, wenn die Portionen der Erben caduc geworden waren <sup>22)</sup>. Nach diesen wurde endlich das aerarium gerufen, jedoch ebenfalls cum onere.

Die Schicksale dieser Lehre genauer zu verfolgen, kann hier meine Absicht nicht seyn. Nur das ist zu erwähnen, daß Constantin die poenae coelibatus aufhob und die poenae orbitatis beschränkte <sup>23)</sup>, daß Theodos II. Allen das jus liberorum gestattete <sup>24)</sup>. Als Folge hiervon hätten alle, so eben unter zuerst und hier nach angegebene, Grundsätze gemeines Recht werden sollen. Dies geschah jedoch nicht, wohl aber wurde die Caducität immer mehr Antiquität, bis sie denn endlich in Justinian's Compilation zuerst übergangen <sup>25)</sup>, später von ihm ausdrücklich aufgehoben wurde <sup>26)</sup>. Bei allem dem konnte es nicht fehlen, daß die unter hiernach aufgestellten Grundsätze mehr oder weniger in der Praxis berücksichtigt wurden.

---

21) Gajus II. §. 206. 207. 286. — Ulpian 1, 21. — Fragm. de jure fisci §. 3. — Juvenal Satyr. IX. v. 85 — 88.

22) Gajus II. §. 207. 286. — Ulpian 1, 21.

23) c. 1. C. Th. 8, 16. — c. 1. C. 8, 58.

24) c. 2. 3. C. Th. 8, 17. — c. 2. C. 8, 58. — c. 1. C. 8, 59. — Nov. 78. c. 5.

25) const. *Tanta* §. 6.

26) c. 1. C. 6, 51. v. Jahr 534.

## III.

In der Novelle I. c. 1. u. 4. wird der alte Grundsatz, daß der in einem letzten Willen Beschwerte, das ihm durch den Tod des Erblassers Angefallene, zum Vortheile des fiscus als indignus verliere, wenn er den ihm gemachten gültigen Auflagen keine Folge leiste <sup>27)</sup>, modificirt. Bei Pupillen soll er keine, bei Nichttheils Berechtigten nur eine beschränkte Anwendung finden. Nur dann soll er angewendet werden, wenn die letzte Willens-Ordnung, worin die Auflagen gemacht worden, zu Recht besteht <sup>28)</sup>; wenn die Auflagen gültig, rechtlich und nicht von den Gesetzen nachgelassen sind; wenn die Erfüllung nicht, wie bei dem fideicommissum libertatis, von selbst eintreten kann; wenn endlich einem richterlichen Urtheile ein ganzes Jahr nach Erwerb der Erbschaft oder des Legates schuldvoll keine Folge geleistet worden ist.

Nicht dem Fiscus soll das, was der Säumige verliert, zugewendet werden; sondern vorerst Andern mit demselben Rechte und denselben Verbindlichkeiten, welche dem frühern Successor oblagen, jedoch nur, wenn diese Caution machen, sie wollten den Willen des Erblassers vollständig erfüllen. Zuerst werden gerufen die Substituten des indignus, die durch den Erwerb von Seiten des Letzten ausgeschlossen worden sind, nach diesen die Mit-Erben, welche die Erbschaft angetreten haben, nach den Grundsätzen über das Adrescenz-Recht <sup>29)</sup>, hierauf der Fideicommiss-Erbe, und wenn mehrere da sind, Derjenige von ihnen, welchem das Meiste hinterlassen worden ist, hiernach, unter gleichen Bedingungen, die legatarii,

27) Paulus 3, 5. §. 13. — c. 32. in fin. C. 6, 42.

28) Also nicht in dem Falle der c. 32. C. 6, 42. Ueber diese Stelle s. dieses Archiv B. 2. S. 2 Nro XIV. 3.

29) Ist der indignus kein directer Erbe, so treten natürlich jetzt diejenigen ein, welche jure adrescendi oder sonst die deficiente Portion bekommen haben würden, wenn der indignus nicht erworben hätte.

fideicommissarii singulares und Diejenigen, denen eine mortis causa donatio gegeben wurde. Auf diese folgen die in der letzten Willens-Ordnung freigelassenen Sklaven nach der Ordnung, in welcher sie im Testamente genannt worden sind, ferner, mit Ausschluß der gerecht Erherediten, die Intestat-Erben mit voller successio ordinum und graduum, nach diesen Jeder, der da will, und zuletzt endlich der Fiscus.

## IV.

In dem zweiten Capitel derselben Novelle wird ebenfalls zum Vortheile der Legatäre Mancherlei geändert und am Schlusse hinzugefügt:

»..Si vero expressim designaverit (testator), non velle heredem retinere falcidiam: *necessarium est testatoris valere sententiam, et aut volentem eum parere testatori, - - - aut, si parere noluerit, eum quidem recedere ab hujusmodi institutione, locum vero fieri, sicut dudum praediximus, substitutis, et coheredibus, et fideicommissariis, et legatariis, et servis et iis, qui ab intestato sunt, et aliis, secundum prius a nobis inventam in talibus viam.*

Der Griechische Text der Novelle weicht von den eben bemerkten Worten des Lateinischen gar nicht ab: dagegen scheint der von Julian, einem Zeitgenossen Justinians, gemachte Auszug einige, für die Interpretation dieser Stelle sehr wichtige, Abweichungen zu enthalten. Julians Worte sind die folgenden:

(Testator)... si sciens quantum habeat patrimonium, specialiter expresserit. ut non liceat heredi Falcidiae Legis beneficio uti, necesse est voluntatem ipsius tenere: et siquidem *adire maluerit hereditatem* - - - sin autem *repudiaverit hereditatem*, locus fiat substitutis, et post substitutos coheredibus, et post coheredes fideicommissariis generalibus, et post

generales fideicommissarios legatariis, et post legatarios eis, qui libertate donati sunt, postque eos, qui libertate donati sunt, ab intestato venientibus agnatis sive cognatis, et his non apparentibus, extraneis, et post extraneos publico <sup>30)</sup>.

Hiernach hat also der Erbe nur die Wahl, ob er antreten und die Bedingung erfüllen, oder ob er die Erbschaft ausschlagen will: schlägt er sie aus, so treten die angegebenen Grundsätze ein. Diese Erklärung, die offenbar aus der Praxis der damaligen Zeit genommen ist, so wie die weggelassene Verweisung auf das erste Capitel (wenn überhaupt die Worte, *sicut dudum praediximus*, hierauf bezogen werden können und nicht vielmehr auf eine zu Grunde gegangene Verordnung *Justinians* bezogen werden müssen), zeichnen *Julians* Darstellung bedeutend aus.

Was der wahre Sinn der oben angegebenen Worte der *Novelle* sey, dies scheint sehr zweifelhaft. Ein Versuch diesen Sinn auszumitteln, ist der eigentliche Gegenstand dieses Aufsatzes.

Die angegebenen Worte lassen sich auf dreifache Weise erklären. Es läßt sich nämlich sagen, erstens, sie enthielten eine reine Anwendung der im ersten Capitel gegebenen Verordnung auf den Fall, wo der Erblasser den Abzug des *quarta falcidia* verboten hat; sodann zweitens, sie begründeten eine Erweiterung dieser Verordnung für diesen speciellen Fall; endlich drittens, sie sprächen einen viel allgemeineren, wesentlich verschiedenen, sonst ganz unbekanntem und insofern neuen, Grundsatz aus, bei Gelegenheit dieses einzelnen Falles: kurz mit andern Worten, sie setzten es als einen Grundsatz des geltenden Rechtes voraus, daß in dem Falle, wo der eingesetzte

30) *Juliani epit. Novell. const. I. Nro. 2.*

Erbe repudiire, Alles so gehalten werde, wie ehemals bei den *caduca*, wenn die *honorati patres* waren, und betrachteten ihn als modificirt durch die Verfügungen des ersten Capitels dieser Novelle oder einer verlorenen Verordnung *Iustinians*.

Die erste dieser Auslegungen scheint eine ruhige Prüfung nicht auszuhalten. Sollten die ausgeschriebenen Worte der Novelle nur eine Anwendung der im c. 1. aufgestellten Grundsätze enthalten, so wären unerlässliche Voraussetzungen ihrer Verfügung 1) daß der Erbe, welcher die *quarta falcidia* nicht abziehen soll, die Erbschaft angetreten habe, 2) daß er durch ein richterliches Urtheil zur vollen Bezahlung der *Legate* verurtheilt worden, endlich 3) daß er diesem Urtheile ein Jahr hindurch keine Folge geleistet habe. Keine dieser Bedingungen ist vorgeschrieben oder auch nur angedeutet: im Gegentheile weist der Zusammenhang deutlich darauf hin, daß in jedem Falle, wo der Erbe der Vorschrift des Erblassers, keine *falcidia* abzugeben, nicht Genüge leisten will, die in dem Gesetze vorgeschriebene *Succession* eintreten soll. Nimmt man hierzu, daß *Julian* (gewiß ein tüchtiger Zeuge darüber, wie man in *Iustinians* Zeit die Novelle verstanden habe) die Verordnung gerade auf den Fall bezieht, wo der Erbe die Erbschaft ausschlägt, wo also die Verfügung des ersten Capitels gar nicht eintreten konnte, nimmt man hinzu, daß derselbe *Julian* die wirkliche oder scheinbare Beziehung auf das c. 1. ganz hinwegläßt; so kann man unmöglich die erste Interpretation billigen.

Daß die oben angeführten Worte nicht aus *Iustinians* *Compilation* erklärt werden können, dies ist anerkannt und gewiß; daß sie eben so wenig aus der Novelle selbst eine passende Erklärung erhalten, dies ist so eben erwiesen worden. Auf alle Fälle liegt daher entweder eine neue Verfügung zum Grunde, oder es wird ein Rechtsatz dabei vorausgesetzt, der in *Iustinians* Zeit allgemein bekannt und durch Gewohnheit

geheiligt war, der aber gerade darum in *Justinian's Compilatio* nicht stehen konnte wenn er nicht in eine Verordnung *Justinian's*, wie viele ähnliche, eingetragen war, gerade weil er auf einer spätern Gewohnheit beruhte und der eben deswegen auch für uns nicht urkundlich nachgewiesen werden kann. Jene Ansicht liegt bei der zweiten, diese bei der dritten der oben angeführten Erklärungen zum Grunde. Abgesehen von innern Gründen, scheint mir die letzte dieser Voraussetzungen die natürlichere zu seyn, wenn nur die Existenz eines solchen Gewohnheits-Rechts mit einiger Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, denn daß wirklich eine eigentliche Neuerung in den angeführten Worten beabsichtigt werde, davon findet sich doch auch nicht entfernt eine Spur; im Gegentheile scheint der ganze Zusammenhang bestimmt dagegen.

Was nun insbesondere die zweite Erklärung betrifft, so stellt nach ihr unsere Stelle das Folgende als neues Recht auf: wenn dem Erben der Abzug der Quart verboten ist, und er tritt die Erbschaft gar nicht an, oder erfüllt die Bedingung nicht; so werden der Substitut u. s. w. an seiner Stelle, gerufen, nach Analogie von dem, was in dem ersten Capitel verordnet ist. — Wenn ich auch gar kein Gewicht darauf legen will, daß die Worte *dudum praediximus* viel besser auf eine verloren gegangene Constitution, als auf das c. 1. derselben Stelle zu passen scheinen; so hat doch dieser Grundsatz, der auch in dieser Gestalt immer eine bedeutende Neuerung enthalten würde, so viel innere Unwahrscheinlichkeit, daß ich unmöglich, seine Richtigkeit anzunehmen, mich entschließen kann, auch wenn ich von der so eben gemachten allgemeinen Bemerkung und den Gründen, die aus der Darstellung dagegen vorgebracht werden können, abstrahiren will. Woher soll es kommen, daß die Legatäre gerade hier und nur hier so außerordentlich begünstigt werden, wenn in allen übrigen Fällen die *Repudiation* der Erben, wenn sie nicht dolos ist, geradezu alle Legatäre und übrigen Dispositionen vernichtet?

So lange dieses nicht befriedigend nachgewiesen werden kann, kann ich nur allein die dritte Erklärung für die richtige erkennen, welche nicht allein mit den Worten des Gesetzes am besten übereinstimmt, durch Julian's Zeugniß vorzüglich unterstützt wird; sondern auch aus der Geschichte der Lehren so natürlich hervorgeht, daß ihr allein darum schon im Zweifel der Vorzug gebühren müßte.

Nach dieser Ansicht setzt die Novelle den Grundsatz voraus, daß in jedem Falle, wo der Testaments-Erbe eine ihm angebotene Erbschaft nicht erwerben will, der in dem c. 1. genannte Weg, eintrete, und wendet ihn nur an, auf den gegebenen Fall. Die Existenz dieses Grundsatzes, als Gewohnheitsrecht, ist im höchsten Grade natürlich und wahrscheinlich.

Geht man auf die oben (S. 386.) aus der Lehre von dem Paganianischen Senatusconsulte angegebenen Grundsätze zurück; so zeigt sich bald, daß dieser Grundsatz, der Hauptsache nach schon durch dieses Senatusconsult eingeführt, nur eine, ziemlich natürliche, Ausdehnung und Vereinfachung der durch das Senatusconsult gegebenen Regel enthalte. Da, seit Aufhebung der Caducität, im Falle des Wegfallens eines heredes die substituti und coheredes, und zwar immer cum onere, gerufen werden; so sind die Abweichungen allein die folgenden:

- 1) Das Senatusconsult sichert nur allein die Fideicommiss-Erben gegen die Willkühr des directen; der in der Novelle vorausgesetzte Grundsatz gilt auch zum Vortheile der übrigen honorati und anderer Personen;
- 2) nach dem Senatusconsulte wird die Antretung und Restitution erfordert, wenn beide nicht aus besondern Gründen als geschehen angenommen werden: nach der Novelle wird, ohne diesen Umweg, der Folgende alsbald von selbst gerufen. Davon ist die nothwendige Folge,

3) daß die kleinen Vortheile, die ausnahmsweise dem zur Antretung gezwungenen directen Erben bleiben, demjenigen nicht zufallen können, welcher die Erbschaft repudiirt hat. Endlich

4) tritt die, in der Novelle aufgelegte, Verbindlichkeit zu caviren nach dem Senatusconsulte nicht ein.

Alle diese Abweichungen scheinen so sehr durch den Geist und Zusammenhang des Rechts geboten, daß man sich wundern müßte, wenn sie sich nicht zu Justinian's Zeit gefunden hätten. Die erste beruht auf der Analogie der Caducität und der *addictio honorum libertatum conservandarum causa*; ja sie hätte eigentlich in einem noch viel ausgedehntern Sinne (d. i., nicht allein in dem Falle, wo der eingesetzte Erbe repudiirt, sondern immer, wenn er hinwegfällt) seit einer Verordnung von Theodos II. als gemeines Recht Gültigkeit haben sollen (S. o. II. a. E.); sie ist im höchsten Grade natürlich, da ein Unterschied zwischen Fideicommiss-Erben und andern Honorirten in dieser Rücksicht, gar in Justinian's Zeiten, keinen vernünftigen Grund für sich hat.

Die zweite Abweichung enthält nichts, wie eine Vereinfachung des Rechtes und ein Abschneiden überflüssiger Umwege und Formen, wodurch gerade das Streben des spätern Rechtes sich auszeichnet; sie enthält die Fortbildung eines Gedankens, der im Grunde von Justinian schon früher gesetzlich anerkannt worden ist<sup>31)</sup>: ist also gewiß im höchsten Grade natürlich und wird ebenfalls durch die Analogie der Caducität, ja aller Fälle des Eintritts eines Andern an die Stelle des Erben (S. o. II.) bestätigt. Die dritte ist nur eine Folge der zweiten; die vierte endlich liegt ganz in dem Geiste des spätern Rechtes, das so sehr nach äußern Sicherungen strebt, und beruht auf der Analogie der *addictio honorum libertatum conservandarum causa*, so daß auch sie als durch die Sache geboten betrachtet werden kann.

31) c. 7. C. 6, 49.

Daß ein Grundsatz, der in einer Novelle Justinians als geltend vorausgesetzt wird, auch bei uns Gültigkeit habe, dies versteht sich von selbst. Darum glaube ich denn, daß bei uns ein Testament niemals mehr durch Repudiation aller Erben destituit werden kann. Fallen die Erben aus andern Gründen hinweg; so gelten natürlich noch die alten Grundsätze, und darum kann denn auch im neuesten Rechte das Paganische Senatusconsult noch immer Bedeutung haben, da dieses, wenn der Erbe mit der Antretung zögert und Deliberationsfrist nachsucht, sogleich einen Zwang gestattet<sup>32)</sup>, also auch für den Fall sichert, wo der Erbe, während dieser Deliberationsfrist, ohne Erklärung stirbt oder unfähig wird, Erbe zu werden; da ferner auch in andern Fällen, wo noch keine weitere Delation wegen Ausschlagung der Erbschaft gedacht werden kann, ebenfalls schon ein Zwang auf Antretung Statt findet<sup>33)</sup>.

Einen ähnlichen Gedanken, wie den bisher ausgeführten, haben schon mehrere Juristen geäußert, namentlich Zepernick<sup>34)</sup> und Hugo. Da ich jedoch die Dissertationen des ersten nicht besitze, die Aeußerungen dieses aber nur kurze Andeutungen enthalten: so bin ich nicht im Stande zu bestimmen, in wie weit meine Ansicht mit der Meinung dieser Juristen übereinstimmt.

32) fr. 9. §. 1. 2. fr. 30. pr. fr. 70. D. 36, 1.

33) fr. 10. §. 2. fr. 13. pr. §. 3. fr. 31. 55. §. 3. D. 36, 1. — c. 4. C. 6, 49.

34) Zepernick de testamenti destituti viribus Diss. 1. 2. Hallae 1773 u. 1774.

---

## XVI.

Wie hat eine streitende Partei, welche wegen einer von ihrem Anwalt vernachlässigten Proceßhandlung sachfällig geworden ist, die Regreßklage gegen ihren Anwalt auf Schadenersatz zu begründen?

Von

Herrn Oberappellationsrath und Professor Dr. Kori zu Sena.

---

Nach einem von dem gemeinschaftlichen Oberappellationsgericht zu Sena am 22. Octbr. 1819 festgestellten Präjudiz, wird denjenigen streitenden Parteien, welche die Volljährigkeit erreicht haben und unter unwillkürlicher Curatel nicht stehen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die bei Betreibung der Rechtsstreitigkeiten vorkommenden Vernachlässigungen ihrer gehörig legitimirten Anwälte oder Rechtsbeistände, in denjenigen Theilen des Oberappellationsgerichtsbezirks, worinnen diese Frage durch besondere Gesetze oder rechtsbeständige Gewohnheiten auf andere Art nicht entschieden ist, regelmäßig nur nach vorhergegangener vergeblicher Ausklagung oder gehörig dargethaner Zahlungsunfähigkeit des Nachlässigen, folglich in subsidium erteilt. Nur wenn der Gegenstand des Streites nicht schätzbar ist, wird der Partei sofort, ohne erst ihren Regreß gegen den schuldigen Beistand suchen zu müssen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestattet. Diese auf richtiger Auslegung bestehender Gesetze beruhenden Grundsätze sind auch im Königl

Sächs. Appellationsgericht zu Dresden angenommen <sup>1)</sup>, und stimmen mit der Schwarzb. P. O. P. I. Tit. III. §. 13. u. P. II. Tit. XII. §. 9. überein. Wenn nun eine streitende Partei wegen einer von ihrem Anwalte versäumten Proceßhandlung in der Hauptsache unterlegen hat und deshalb ihren nachlässigen Anwalt auf Entschädigung belangen will, so fragt sich: wie sie diese Regreßklage (actio mandati directa) zu begründen und auszuführen habe? — ob insbesondere ihr obliege: wider ihren Anwalt die Gerechtigkeit ihrer Sache im vorhergegangenen Hauptproceß mit auszuführen, und wie dieses zu bewerkstelligen sey? — Die jene Regreßklage überhaupt begründenden Gesetze <sup>2)</sup> haben hierüber nichts Näheres bestimmt und auch in den Schriften der Rechtsgelehrten sucht man vergeblich darüber Auskunft, indem einige nur überhaupt anführen, daß eine solche Regreßklage zugleich auf die Gerechtigkeit des vorhergegangenen Hauptstreites zu gründen sey <sup>3)</sup>, andere nur im allgemeinen erwähnen, daß eine solche Klage vielen Schwierigkeiten unterliege <sup>4)</sup>, welches auch in dem Chursächsischen Rescript an die Landesregierung x. vom 27. März 1732 (Cod. Aug. Contr. I. Tom. I. p. 291) ausdrücklich anerkannt wird.

1) *Kindii* Quaest. For. Edit. II. T. III. Cap. 100.

2) L. 13. §. ult. Cod. de judiciis: „omnem jacturam, quae ex hac causa oritur, ad tutores etc. redundare, L. 10. Cod. de procurator. L. 9. et 13. C. mandati vel contr. L. 8. §. 1. ff. eod. L. 42. §. 2. ff. de procuratorib. *Oberlausitzer Gerichtsordnung* v. §. 1544. P. III. §. 9.

3) *Kind.* l. c. *Godofr. Henr. Griebe* Diss. de restitut. contra negligentiam procuratoris circa lapsum fatalium. Lips. 1705. §. 18. *Friedr. Aug. Ritze* Diss. de restitut. in integr. ob neglectum a procuratore probationis fatale parti litiganti concedenda. Viteb. 1802. §. II.

4) *Just. Henn. Boehmer* in iure eccles. Protest. Lib. I. T. 38. §. 48. *Pütter* auserlesene Rechtsfälle. Bd. resp. 156. th. gen. I.

Der nähern Erörterung dieses Gegenstandes mag, um den Stoff, worauf es hier ankommt, im Ganzen zu übersehen, eine Anzeige der Fälle vorausgehen, in welchen, hauptsächlich nach den Proceßgesetzen der Lande Sächsischen Rechts, der Ungehorsam einer streitenden Partei ihr den Verlust der Hauptsache zuziehen kann oder muß <sup>5)</sup>. Ueberhaupt treten diese Fälle entweder auf Klägers Seite ein, mit der Wirkung, daß in der Hauptsache der Beklagte ganz losgesprochen wird, oder auf Beklagten Seite und haben dessen Verurtheilung zur Folge. — Auf beiden Seiten ist der Verlust der Hauptsache entweder eine unmittelbare Folge des Ungehorsams, oder nur eine mittelbare: sofern nämlich die unterlassene Proceßhandlung mit mehreren Thatfachen in Verbindung steht, von welchen zusammen der glückliche Ausgang des Proceßes abhing.

A) Unmittelbar: I. auf Klägers Seite bewirken folgende Ungehorsamsfälle eine völlige Befreiung des Beklagten von dem Klaganspruch: Versäumniß 1) an der dem Kläger, welcher im ersten Termin ausgeblieben war, peremptorisch zu Fortsetzung der Klage <sup>6)</sup> oder an der im angestellten Provocationsproceß ihm zu Anstellung der Hauptklage gesetzten Frist; 2) an Replikem, welche er den peremptorischen

5) Solche Ungehorsamsfälle, welche Handlungen betreffen, die wegen ermangelter peremptorischer Frist nachgeholt werden können, oder welche an sich keinen wesentlichen Einfluß auf die Hauptsache haben, z. B. die Deductionen über geführten Beweis, sind hierbei zu übergehen.

6) Vergl. U. Sächs. Proc. Ordn. Tit. X. §. 1. Ernestin. (alte Gothaische) P. D. P. I. Cap. IV. §. 1. Eisenach P. D. Tit. V. §. 1. Anhalt. P. D. Tit. VI. Pfortenhauer doctr. proc. §. 322. — Sächs. Ctl. P. D. ad Tit. X. §. 1. Altenb. und Gothaische P. D. P. I. Cap. VII. §. 1. Schwarzb. Rudolstädt. P. D. P. II. Tit. IX. §. 2. und Rudolstädt. Publicat. Pat. zur Oberappellat. Ger. Ordnung §. 5.

Einreden des Beklagten entgegenzusetzen hatte; 3) an dem Beweise oder Gegenbeweise, der ihm hinsichtlich der Klage oder Replik oblag, indem er die Beweis-, oder Gegenbeweis-Frist oder den Pro-, oder Reproductions-Termin oder die Gewissensvertretung bei einem die ganze Sache erschöpfenden Eide vernachlässigt hat; 4) an Leistung eines Haupteides oder eines Gefährde-Eides, dafern der dem Gegner angetragene Eid die ganze Sache betraf, sey es durch Vernachlässigung des oelidui oblationis, welches ältere Sächsische Proceßordnungen vorschreiben, oder des Schwörungstermins selbst.

II. Auf Beklagten's Seite führen folgende Versäumnisse unmittelbar zu seiner Verurtheilung in der Hauptsache: Vernachlässigung: 1) der peremptorischen Frist zu Beantwortung der Klage 7), oder 2) zum Gebrauch zerstücklicher Einreden oder Dupliken; 3) der Beweis-, oder Gegenbeweis-Frist, wenn der Beklagte zerstückliche Einreden oder Dupliken darzuthun hatte. 4) Die oben unten I. 4. angegebene Versäumnisse.

B) Mittelbar können folgende Ungehorsams-Fälle eine nachtheilige Entscheidung der Hauptsache herbeiführen: wenn I. Kläger die in den Sächsischen Proceßgesetzen vor:

7) N. Sächs. P. D. Tit. 10. §. 4. u. 5. Ernestin. P. D. P. I. Cap. IV. §. 2. u. 3. Cap. VII. §. 3. Anhalt P. D. Tit. VI. Altenb. P. D. P. I. Cap. VII. §. 2. Sächs. Erl. P. D. ad Tit. IV. §. 1. 2. Goth. P. D. P. I. Cap. I. §. 1 u. 2. Weimar. Consult. v. J. 1775. §. 2. u. 3. Eisenach. Circular-Verordn. vom 7. Juni 1790. Neuß-Plautsche i. Verordn. v. J. 1751. §. 1. u. 2. Anhalt-Kötenfch. Mandat v. 13. Dec. 1793. §. 3. u. 5. Schwarzj. Rudolfst. Publicat. Pat. z. D. A. G. D. §. 5. — Sollte aber die Klage nicht schlüssig seyn, so kann der Beklagte derselben nicht für geständig geachtet werden, sondern der Richter hat diesen Fehler Amtswegen zu berücksichtigen und die Klage in der angebrachten Maße zu verwerfen. Kindii Quaest. For. Ed. 2. T. III. Cap. 85. et 87.

geschriebene Frist zur Eidesdelation über die Klage oder die derselben einverleibte Replik versäumt, oder II. Beklagter einzelne Punkte der Klage nicht oder fehlerhaft beantwortet, oder 2) die in Sächsischen Proceßgesetzen <sup>8)</sup> bestimmte Zeit zum Eidesantrage über die zerstörlischen Einreden hinten gesetzt hat; oder wenn III. ein oder der andere Theil 1) auf einzelne Beweis- oder Gegenbeweis-Artikel, worüber ihm der Eid angetragen war, nicht oder nicht richtig sich eingelassen oder 2) an einzelnen mit andern über dieselbe Thatsache cumulirten Beweismitteln, oder an den Beweismitteln über einzelne im Zusammenhange mit andern stehende Thatsachen sich versäumt <sup>9)</sup>, oder durch seinen Ungehorsam den Gebrauch einzelner Beweismittel des Gegners wider sich begründet <sup>10)</sup>, oder 3) den directen Gegenbeweis unterlassen, oder 4) die Frist zu Einlegung von Rechtsmitteln oder 5) zur Proceß-Intervention, Proceß-Denunciation oder zu Benennung des Autors vernachlässigt hat.

Soviel nun die Erörterung der vorliegenden Frage selbst betrifft, kommt es bei dem Mangel specieller gesetzlicher Vorschriften über die Erfordernisse einer gegen den nachlässigen Anwalt anzustellenden Entschädigungsklage, auf die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz an. Schaden besteht nun überhaupt in dem Verlust entweder eines schon erworbenen Rechts oder einer sichern Gelegenheit, gewisse Vermögensvorteile zu erwerben oder Vermögen sich zu erhalten

8) A. Sächs. P. D. Tit. XVIII. §. 4. Ernestin P. D. P. I. Cap. IX. §. 5. Eisenach P. D. Tit. X. §. 5. Schwarzb. P. D. P. I. Tit. X. §. 9. Altenb. P. D. P. I. Cap. XV. §. 4. Weimar. Constitut. v. J. 1775. §. 1. u. 5.

9) S. B. an dem Gefährde-Eide, dafern der deferirte Haupteid nur über einzelne Punkte zu leisten war, oder an Fragstücken.

10) S. B. durch unterlassene Erklärung über die Richtigkeit der Urkunden des Gegners, oder durch Versäumnis des Diffessions-eides.

(*deminutio patrimonii dolo vel culpa alterius facta* <sup>11)</sup>), Prozesse über Vermögensrechte sind nicht Mittel, sich Vermögen zu erwerben, sondern nur Mittel: entweder seine Ansprüche geltend zu machen, oder sich gegen ungerechte Ansprüche sicher zu stellen. Der Kläger will nämlich zum Genuß seines Rechts gelangen, der Beklagte aber sich sein Vermögen, seine Freiheit erhalten. Wo also einer der oben angegebenen Fälle des Ungehorsams durch Nachlässigkeit des Anwalts der Partei eintritt, werden ihr nur die Mittel entzogen, ihren Anspruch oder Befreiung gegen den Gegner rechtlich auszuführen. Stand nun der Partei ein Anspruch, eine Befreiung, nicht wirklich zu, oder was in der Wirkung gleich ist, war sie nicht mit gültigen Beweismitteln dafür versehen, so leidet sie durch den Dazwischentritt eines Ungehorsams durch Schuld ihres Anwalts keine Vermögensverringernng, keinen Schaden. Daher ist nur das wirklich existirende und erweisliche Recht selbst, welches die Partei im Proceß verfolgen wollte, Gegenstand des Schadens und die Veräumniß einer Proceßhandlung von der obenbemerkten Art nur die Ursache des Schadens (*causa damnum efficiens*). Beides zusammen gehört also wesentlich zu einer wider den nachlässigen Anwalt anzustellenden Klage auf Entschädigung. Doch kann zu dem Gegenstand des Schadens noch der Proceßaufwand, soweit er vergeblich verursacht worden, und das Verzuginteresse kommen. Hieraus folgt von selbst, daß bei dieser Negreßklage von Klägern die Existenz seines Anspruchs an den vorigen Gegner oder seiner Befreiung von dessen Anspruch, in deren rechtlicher Ausführung er durch den Ungehorsam seines Anwalts und durch das deshalb für ihn nachtheilig ausgefallene Definitiv-Erkenntniß gehindert worden war, jetzt gegen seinen Anwalt, als neue Partei, auszuführen

11) L. 3. ff. de damno infecto. L. 33. pr. ff. del. Leg. Aquil.  
L. 29. §. 3. eod.

habe, obschon hieraus zufällig das sonderbare Verhältniß entsteht, daß der verklagte Anwalt, da er jetzt Gegner seines Mandaten geworden ist, dasselbe Rechtsverhältniß desselben zu dessen vorigen Gegner bestreitet, welches er vorher zu vertheidigen und zu verfolgen übernommen hatte, und daß überhaupt der jetzige Regreßproceß über Ansprüche oder Befreiung dritter Personen geführt wird. Indes, so wie die erstere Abnormität unter den selben Parteien auch in andern Proceßten vorkommen kann, wo die eine ihre vorige Behauptung fallen läßt und die entgegengesetzte ihres Gegners aufnimmt (antistrephusa)<sup>12)</sup>, so tritt auch die andere Abweichung bei Schadenklagen nicht selten ein, wenn Rechte an andere Personen durch Hinterlist oder Fahrlässigkeit eines Dritten wirkungslos geworden sind. Ist z. B. ein auf die Post gegebener Wechselbrief oder andere Schuldverschreibung durch Versehen der Postofficianten verloren gegangen, so hat der Aufgeber, wenn er den Postfiskus auf Schadensersatz belangt, die Richtigkeit der Wechsel- oder Schuldverschreibung und den ihm aus deren Verlust erwachsenen Nachtheil gegen den Postfiskus auszuführen. Oder, schickt ein Kranker, welcher gerichtlich testiren und einen Dritten zum Miterben einsetzen will, seinen nächsten Verwandten mit einem Wagen auf einen Ort hin, wo die Gerichtspersonen wohnen, um selbige herbeizuholen, der Verwandte führt aber absichtlich und damit das Gerichtspersonale gehindert werde, zu rechter Zeit anzukommen, den Wagen in Wege hinein, wo er zerbricht, so hat der Dritte, dessen Erbeinsetzung dadurch verhindert wurde, bei der wider den hinterlistigen Verwandten angestellten Klage auf Entschädigung zu erweisen: wieviel der Erblasser von seinem Nachlasse ihm bestimmt hatte.

Sowie überhaupt bei zugesügten Schäden derjenige Zustand, in welchem sich der Beschädigte vor der Beschädigung

12) *Hommel rhaps.* 531.

befand, den Maasstab gewährt für die Vortheile, welche er durch die Beschädigung verloren hat und ihm von dem Beschädiger zu ersetzen sind <sup>13)</sup>, so ist auch bei einer auf Verschmämmniß des Anwalts gegründeten Negreßklage der vorige Zustand der benachtheiligten Partei, wie er vor dem Verschmämmniß war, zum Grunde zu legen, um selbige, wenn sie schon gegen ihren vorigen Gegner keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten konnte, doch durch den schuldigen Anwalt in ihren vorigen Vermögenszustand, und, so weit dies möglich in den Genuß der bereits vorher erworbenen Proceßvortheile gegen den Anwalt selbst als neue Partei zurückzubringen, wobei sie weder eine bessere noch schlechtere Stellung erhalte. Daher a) müssen die im vorigen Proceß bereits vor der begangenen Nachlässigkeit des Anwalts als gültig von den Parteien oder vom Richter angenommenen Beweismittel und gethanenen Geständnisse, selbst Ueberführungen aus eignem Ungehorsam einer Partei, auch in dem Negreßproceß gegen den Anwalt ihre Gültigkeit behalten, z. B. bereits anerkannte Urkunden, geleistete Eide über einzelne Thatfachen, selbst solche, die der Gegner der unterlegenen Partei abgelegt hat. b) Hat die Negreßnehmende Partei bereits vor begangenen Ungehorsam ihres Anwalts im vorigen Proceß ein jus quaesitum auf eine Beweishandlung, die ohne eine persönliche Handlung ihres Gegners, von ihr selbst oder dem Gericht vorgenommen werden konnte, so ist zu dieser Beweishandlung noch im Negreßproceß zu schreiten, z. B. zur Ablegung eines der Partei bereits aufgelegten Erfüllung- oder Weisungseides. Anders verhält es sich mit einem ihr im vorigen Proceß deferirten und von ihr acceptirten Eide, zu dessen Leistung selbige im Negreßproceß aus dem Grunde nicht zu lassen ist, weil ihr voriger Gegner vorher den Ges-

13) L. 75. ff. de V. S. L. 81. et L. ult. §. 1. eodem. *Ritzel*  
l. c. §. 3.

fährde: Eid zu leisten hatte, wozu er jetzt, nachdem der vorige Proceß bereits rechtskräftig für ihn entschieden worden ist, nicht mehr angehalten werden kann, und dessen Leistung durch den verklagten Anwalt, der jetzt die Stelle des vorigen Gegners einnimmt, deshalb unzulässig ist, weil er nicht der Deferent, folglich bei ihm eine Gefährde bei der Delation unmöglich war.

Freilich alle Vortheile ihrer Stellung im vorigen Proceß kann die Regressnehmende Partei nicht wiedererlangen. Denn, da der Regress-Proceß über fremde Thatsachen geführt wird, so hat der verklagte Anwalt, anstatt eines Eides des vorigen Gegners *de veritate*, nur *de credulitate* zu schwören, und was der vorige Gegner von seinen eignen Handlungen vielleicht zugestanden haben würde, darüber wird der verklagte Anwalt den Beweis verlangen. Indes ist auch bei andern Beschädigungen das vorige Verhältniß des Beschädigten bisweilen von der Art, daß es unmöglich fällt, ihm für die verlorenen Vortheile vollen Ersatz oder dieselben Vortheile wieder zu verschaffen.

Auf keine Weise aber läßt sich die Meinung vertheidigen: als müßten die Folgen eines Versäumnisses durch den Anwalt einer Partei, wodurch deren Gegenpartei zu einer günstigen Entscheidung der Hauptsache gelangt ist, auch sofort und schlechterdings wider den säumigen Anwalt eintreten, so, daß die Regressklage wider ihn keineswegs auf die Gerechtigkeit der Hauptsache der unterlegenen Partei, sondern auf den Grund des bloßen Versäumnisses gerichtet zu werden brauche. Diese Meinung ist schon an sich auf die oben unter B aufgeführten Fälle, wo ein Ungehorsam mittelbar ein nachtheiliges Enderkenntniß herbeigeführt hat, nicht anwendbar, weil hier nothwendig der Zusammenhang der versäumten oder nicht gehörig vorgenommenen Handlung mit den übrigen zu demselben Ziel führenden Thatsachen oder des versäumten einzelnen Beweismittels mit den übrigen Beweismitteln, mithin die Hauptsache, erst geprüft werden

muß, ehe der Richter beurtheilen kann: ob das Versehen des Anwalts so wesentlichen Einfluß gehabt habe, daß ohne selbiges der Proceß für dessen Partei hätte einen glücklichen Ausgang nehmen müssen. Oder wollte man z. B. bei versäumten directen Gegenbeweise einer Partei, wenn sie wegen vollführten Beweises ihres Gegners in der Hauptsache unterlegen hat und jetzt ihren Anwalt in Anspruch nimmt, schlechthin annehmen: die im Beweise dargestellten Thatfachen seyen unrichtig, weil der versäumte Gegenbeweis nun gegen den Anwalt für vollführt zu achten sey?

Aber auch für die oben unter A aufgeführten Ungehorsamsfälle läßt sich jene Meinung, ohne dem Anwalt Unrecht zu thun, nicht durchführen. Denn, zu Folge derselben, würde in den Fällen unter A. I. 1. 2. 3. 4. des Klägers Anwalt, wenn er das Versehen begangen hatte, seinem Principal schlechterdings den Gegenstand der Klage zu ersetzen haben, obgleich der Letztere durch das Versehen zunächst nur die Befugniß, seinen Anspruch klagend zu verfolgen, eingebüßt hatte, wodurch er nur dann einen Vermögensverlust erlitt, wenn ihm der Anspruch wirklich zustand und er selbigen erweisen konnte. Ferner würde in den Fällen unter A. II. 1. 2. 3. 4. der nachlässige Anwalt des Beklagten diesem schlechterdings zu ersetzen haben, was dieser in Gemäßheit des auf das Versäumniß gegründeten End-Erkenntnisses dem Kläger hätte leisten müssen, obgleich der Beklagte durch das Versäumniß zunächst nur die Möglichkeit verlor, entweder durch Leugnen des Klagegrundes den Kläger zur Beweisführung zu nöthigen, oder, wenn er den geklagten Anspruch hätte eingestehen müssen, die Beweisführung seiner peremptorischen Einreden, vorzunehmen. Wie? wenn der Kläger seinen Anspruch, oder der Beklagte seine Einreden darzutun, den Haupteid darüber oder den Gefährde-Eid zu leisten nicht vermögend war, oder wenn der Beklagte die Einreden mit besonderer Klage noch geltend machen könnte, ließe sich dann wohl behaupten, daß sie aus

dem Versäumniß einen Vermögensverlust, einen Schaden erlitten hätten? —

Sollte in Ungehorsamsfällen dieser Art die Gerechtigkeit der Hauptsache nicht Bedingung des Schadenersatzes, nicht Gegenstand richterlicher Cognition im Negreß-Proceß seyn, so wäre ja auch der Anwalt des Beklagten alsdann in den Schadenersatz zu verurtheilen, wenn, bei versäumter Litibcontestation, der Beklagte ihm vorher vertrauet hätte: der Klaganspruch sey richtig, der Anwalt solle nur durch dilatorische Einreden ihm Zeit verschaffen! — Ferner alsdann, wenn bei versäumten octiduo oblationis ad jurandum der Principal während des ihm laufenden octidui gegen seinen Anwalt geäußert hätte: er könne nicht schwören, der Anwalt möge nur die Sache unter jeder Bedingung zu vergleichen suchen, oder, im Fall dies nicht gelänge, die Forderung eingestehen! — Ingleichen ein Anwalt, welcher die Beweisartikel zu spät eingereicht hat, obschon entweder sämtliche Artikel sich als unerheblich, oder sämtliche Zeugen als unzulässig, oder sämtliche Urkunden als irrecognoscibel darstellen oder der Augenschein dem Beweisführer offenbar entgegen ist! — Nicht minder der Anwalt Beklagten, welcher, auf angestellten Executivproceß, im ersten Termin ausblieb, obschon die der Klage zum Grunde gelegten Urkunden gerichtlich und einer Diffession nicht unterworfen waren, auch dem Beklagten die Gelegenheit bleibt, seine illiquiden Einreden noch im ordentlichen Proceß durchzuführen! —

Soll bei dem durch Schuld des Anwalts eingetretenen Versäumniß am octiduo oblationis ad jurandum, wodurch dessen Principal die Gelegenheit verlor, einen ihm angetragenen bereits acceptirten Eid zu leisten, dieser Eid sofort auch gegen den nachlässigen Anwalt für geleistet geachtet werden? etwa weil aus der bloßen Acceptation des Eides sich vermuthen lasse, der Principal würde den Eid wirklich abgelegt haben? — da doch diese Vermuthung vor:

her nicht gegen den Deferenten ausreichte, dieser auch erst den Gefährde: Eid zu leisten hatte, ehe es zu Ablegung des Haupteides kam, da überdies selbst im Schwörungstermin noch der Eidesleistung durch einen Vergleich unter den Parteien vorgebeugt werden konnte, ja selbst die vorgeschriebene Verwarnung vor Meineid noch die Möglichkeit voraussetzt, der Verwarnte werde sich vom Schwur abhalten lassen. Obnehin blieb selbst nach Ablegung des Haupteides dem Gegner noch die Möglichkeit, wider den Schwörenden einen Meineid darzutun<sup>13)</sup>. — Man wende nicht ein: daß, weil der Anwalt durch Verschmämmiß des *octidui oblationis* seinen Principal außer Stand gesetzt habe, den Haupteid, welcher als Bedingung eines günstigen Erkenntnisses für ihn vorgeschrieben worden, wider die Gegenpartei zu leisten, derselbe nun auch wider den Anwalt für geleistet zu achten sey, in dem bei bedingten Rechtsgeschäften die Bedingung in dem Fall für erfüllt angesehen werde, wo der Gegentheil die Erfüllung derselben gehindert habe<sup>14)</sup>. Denn eines Theils ist die im Erkenntnisse erforderliche Eidesleistung keine Bedingung des Rechtsgeschäfts selbst, sondern nur eine Proceß: Bedingung, deren Nichterfüllung, nach den Proceßvorschriften, lediglich den Proceß abkürzt, indem sie die weitere Prüfung der Wahrheit des Rechts, die weitere Beweisführung unter den streitenden Parteien abschneidet und ein Erkenntniß in *contumaciam* selbst zum Vortheil derjenigen Gegenpartei begründet, welcher das zugesprochene Recht gar nicht oder nicht erweislich zustand; andern Theils lassen sich überhaupt die Folgen nicht erfüllter Bedingungen bei Rechtsgeschäften, wie sie für den nichterfüllenden Interessenten gesetzlich bestimmt sind, so geradezu wider einen Dritten, der an der Nichterfüllung Ursache war, nicht anwenden.

13) L. ult. Cod. de reh. credit. *Reinliche Gerichtsordnung* Karls V. Art. 107.

14) L. 39. L. 169. ff. de reg. jur. L. 85. §. 7. ff. de V. O.

Insbefondere ist im vorliegenden Fall, wo der Anwalt sich am octiduo oblationis versäumt hat, dessen Principal nur im Verhältniß zu seiner Gegenpartei an der Beweisführung durch Eidesleistung gehindert worden und nur gegen diese wird das Gegentheil dessen, was jener beschwören wollte, in contumaciam angenommen, nicht aber gegen dritte Personen, mithin auch nicht gegen den Anwalt, der für seine Person bisher keinen Theil an dem Proceß seines Mandanten genommen hatte. Wider diesen ist vielmehr, da Proceß überhaupt keine Mittel sind, Rechte zu erwerben, sondern nur Mittel, wirklich und erweislich zuständige Ansprüche geltend zu machen, die Existenz des Rechts oder der Befreiung, deren rechtliche Ausführung gegen den ursprünglichen Gegner durch Versäumniß des Anwalts gehemmt wurde, noch mittelst besondern Proceßes auszuführen, damit dieser nicht einen Schaden zu vergüten genöthigt werde, den sein Principal gar nicht erlitten hat. Durch die entgegengesetzte Meinung aber würde man die wegen Fahrlässigkeit ihres Anwalts unterlegene Partei auf Kosten ihres Anwalts in eine weit bessere Lage setzen, als in welcher sie sich vor eingetretener Ungehorsam befand, und offenbar gegen die Regel anstoßen: *nemo cum alterius damno fieri debet locupletior*<sup>15)</sup>, sowie wider den Grundsatz, daß Ungehorsamsstrafen nicht auf andere Proceß und auf andere Personen zu erstrecken sind. Wollte man aber jene Meinung damit vertheidigen: daß der Anwalt schon durch die Annahme der rechtlichen Angelegenheit seines Clienten zur Ausführung im Proceß diese Sache zugleich selbst für eine gerechte angenommen habe, folglich nicht befugt sey, selbige nachher in dem Regreß-Proceß seines Clienten wider ihn als eine ungerechte darzustellen: so würde man vergessen, daß Advocaten, unbeschadet ihrer Rechtlichkeit, auch bloß scheinbar gerechte oder zweifelhafte Streitsachen übernehmen

15) L. 206. ff. de R. I.

können <sup>16)</sup>, daß ferner in den meisten Fällen erst im Verlauf des Processes aus Eidesleistungen oder den vom Gegentheil dargestellten Thatfachen das wahre Rechtsverhältniß der Parteien sich entwickelt. — Wollte man ferner für jene Meinung anführen: der Anwalt würde seinen Principal eines versuchten Meineides beschuldigen, wenn er behauptete: derselbe habe erst zu beweisen: daß er den bereits acceptirten Eid zu leisten im Stande gewesen sey, so ergibt sich schon aus den oben begründeten Erfordernissen der Negrefßlage wider den Anwalt, daß es dabei auf ein solches Beweissthema nicht ankomme, sondern nur überhaupt auf den Beweis der Existenz des Rechts oder der Befreiung, welche im frühern Proceß ausgeführt werden sollte. Zudem ist es auch nichts Widerrechtliches, wenn eine streitende Partei das Gegentheil dessen behauptet, was ihr Gegner zu beschwören sich bereit erklärt hat. Eine solche Anschuldigung eines versuchten Meineides kommt sogar bei jeder Eidesdelation vor, sowie bei dem angetretenen Beweise der Richtigkeit einer Urkunde, die der Gegner eidlich diffitiren wollte. — Nicht stärker würde ein anderes Argument seyn: daß der Principal ein wohl erworbenes Recht zu Leistung des acceptirten Eides gehabt habe, welches ihm durch Schuld seines Anwalts entzogen worden sey. Nämlich es war nur ein Recht zu einer Proceßhandlung, wodurch er erst die Richtigkeit eines materiellen Rechts darthun wollte und von welcher er nun im Verhältniß zur Gegentheil ausgeschlossen ist. — Endlich mag man jene Meinung doch ja nicht damit vertheidigen wollen: daß, weil nicht zu präsumiren sey, es könne der Principal den bereits acceptirten Eid nicht leisten, (indem dies ein versuchter Meineid seyn würde) der Eid gegen den Anwalt, der sich im *oediduo* versäumt hat, für geleistet zu achten; dagegen im Negrefß-

16) *Boh. Ad. Gottl. Kind über die Bildung juristischer Staatsdiener. Leipzig 1818. S. 30. u. 31.*

proceß wider den Anwalt derselbe (als Beklagter?) verbunden sey, daß Gegentheil des Eides zu erweisen. Denn es war eben so wenig zu präsumiren, daß der Principal den Eid leisten werde, sonst würde ja die bloße Acceptation eines angetragenen Eides die wirkliche Ablegung überflüssig machen oder der Deferent erst darzuthun haben: der Gegner werde falsch schwören? — Es bleibt vielmehr in dem vorliegenden Falle so lange, als der Principal den acceptirten Eid nicht wirklich geleistet hat, die Existenz seines Rechts oder seiner Befreiung juristisch ungewiß, mithin auch der Grund der Regreßklage: daß er durch das Versäumniß seines Anwalts eine Vermögensverringerung erlitten habe.

Im übrigen wäre es sehr wünschenswerth, daß durch neue Landes-Gesetze jene Regreßklage gegen den Anwalt aufgehoben und, Statt deren, der betheiligten Partei selbst Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumniß gestattet, der nachlässige Advocat aber bestraft würde. Denn, schon diese Darstellung gibt eine Uebersicht der großen Schwierigkeiten, welche sich einer wider den nachlässigen Anwalt anzustellenden Regreßklage auf Entschädigung entgegenstellen. Nicht selten werden aber auch die Vermögensumstände des angesprochenen Anwalts so dürftig seyn, daß er sich außer Stande befindet, überhaupt oder volle Entschädigung zu gewähren, daß also die betheiligte Partei nach fruchtlos aufgewendeten Proceßkosten sich in der Nothwendigkeit befindet, mittelst Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, den frühern Proceß mit ihrem ursprünglichen Gegner wieder aufzunehmen, bei welchem es dahin kommen kann, daß der Gegner die Vortheile, die er seit langer Zeit zu Folge einer rechtskräftigen Entscheidung genossen hat, wieder verliert. Die Parteien werden auf diese Weise schuldlos in vergeblichen Proceß herangezogen, die Anwälte aber in Gefahr gesetzt, durch den Geschäftskreis selbst, der ihnen und ihren Familien den nöthigen Unterhalt gewähren sollte, und den sie nur erst nach vielen Anstrengungen und Aufop-

ferungen sich erworben haben, wegen eines bisweilen nur leichten Verschens, was auch dem pünktlichsten Geschäftsmann einmal begegnen kann, sein ganzes Vermögen einzubüßen und dasjenige zu bezahlen, was eigentlich seine Partei der andern zu leisten hatte, oder von der andern zu fordern nicht befugt war, wenn die Gerechtigkeit der Hauptsache unter den streitenden Theilen selbst wäre durchgeführt worden. Dieser Regreß gegen die Anwälte führt auch zu der Inconvenienz hin, daß letztere jetzt wider ihre Clienten von demjenigen Gebrauch machen, was ihnen jene nur unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertrauet hatten. Bisweilen wird auch die Zulässigkeit dieses Regresses von der zweifelhaften Rechtsfrage abhängig seyn: ob der Gegenstand des vorigen Processus wirklich schätzbar sey, oder nicht <sup>17)</sup>? Die Altenburg. und Goth. P. O. P. I. Cap. XXXIV. §. 5. ingleichen die Coburg. Verordnung v. 3. September 1820 gestatten den Parteien wider Versäumnisse ihrer Anwälte sofort Restitution, dafern sie nicht selbst mit Ursache zu dem Versäumniß gegeben haben und der Rechte kundig (?) waren, und bestimmen für die nachlässigen oder betrügerischen Advocaten bloß Geld- oder Gefängnißstrafe. Das Chursächs. Rescript vom 27. März 1732 wies, mit Bezugnahme auf eine schon unterm 23. Sept. 1713 geäußerte Willensmeinung: daß, anstatt der Regreßklage, gegen die Advocaten, welche Termine und Fatalien versäumen, Geldstrafen und nach Beschaffenheit der Sache, Entfernung von der Praxis eingeführt werden sollten, die Landes-Justizcollegien an, darüber ein Mandat zu entwerfen. Leider ist aber diese heilsame Willensmeinung des Regenten bis auf den heutigen Tag unausgeführt geblieben. — Dagegen ist die Neuf-Maurische Verordnung v. J. 1751. §. 7. wornach die

17) Stiehlers practisches Handb. für Richter und Advocaten, oder Darstellung streitiger Rechtsfragen. Leipzig 1797. Num. 18. Ritzel Diss. cit. §. 12.

Parteien wider Versäumnisse ihrer Anwälde sofort Restitution erhielten, durch die Keussische Verordnung vom 30. Januar 1819 wieder aufgehoben und das Präjudiz des Oberappellationsgerichts zu Jena, an deren Stelle gesetzt worden.

---

## XVII.

Kann der Beweisführer, wenn er den Beweis eines einzelnen Klaggrundes unter mehreren, angetreten, und denselben nicht geführt hat, von den aus dem Gegenbeweise erhellenden, für ihn vortheilhaften Thatsachen, Gebrauch machen, um dessen ungeachtet, die Klage zu begründen?

Vom

Herrn Hof- und Canzleirath Dr. Spangenberg in Celle.

---

Ich finde diese Frage in den Lehrbüchern des Processus, in soweit dieselben mir zugänglich gewesen sind, nicht berührt, obgleich sie bei der Entscheidung mancher Streitfachen von höchster Wichtigkeit seyn kann, wie der folgende Rechtsfall, bei welchem sie zur Untersuchung kam, ergibt.

Die verwittwete C. verstarb mit Hinterlassung dreier Nichten, welche in Ermanglung eines Testaments, als nächste Intestaterbinnen zu betrachten gewesen wären; namentlich, der S., der H. und der W. Unter ihrem Nachlasse befand sich aber ein solemnes Privattestament, in welchem sie mit Uebergehung der S. und H., die W. zur alleinigen Erbin eingesetzt hatte.

Die D. focht dieses Testament, mittelst einer gegen die W. angestellten Klage aus folgenden Gründen an:

- 1) weil die angebliche Unterschrift die Erblasserin nicht von ihr herrühren könne, da solche nicht von einer Weiberhand, sondern von einer festen Mannshand gezeichnet seye.
- 2) weil aus dem Testamente nicht ersichtlich sey, wie die Zeugen in conspectu testatrix, habiles und specialiter rogati gewesen, oder, wie unitas actus gewahrt sey.

Durch ein rechtskräftiges Bekenntniß wurde aber ausgesprochen: „daß das Testament als ein testamentum sine vitio visibili anzunehmen, und Klägerin mit ihren Ansprüchen abzuweisen; sie könnte denn binnen einer Präjudicialfrist von sechs Wochen erweisen, daß das in Frage seyende Testament mit dem einen oder dem andern der gerügten nicht sichtbaren Mängel in den Erfordernissen eines gültigen Testaments, behaftet sey.“

Die Klägerin trat diesen Beweis binnen der vorgeschriebenen Frist, jedoch nur in Rücksicht des ersten Puncts, nämlich der Unächtheit der Unterschrift der Erblasserin, an, und zwar durch Schreibverständige, überging die übrigen aber mit Stillschweigen. Die Beklagte acceptirte dagegen, ersichtlich, daß über die übrigen früher gerügten angeblichen Mängel kein Beweis angetreten sey; trat aber auch, zweitens, den Gegenbeweis über den erstgedachten Punct durch die bei der Anfertigung des Testaments zugegen gewesenen Testamentszeugen an.

Solchergestalt gingen nun die weitem Verhandlungen über die Führung des Beweises und Gegenbeweises vor sich; und während derselben war die Beweisantretungsfrist <sup>1)</sup>, vor Einreichung der klägerischen Deductionsschrift mehr als dreymal verstrichen.

---

<sup>1)</sup> Nach den hannöverschen Landesgesetzen ist der Beweistermin premtorisch.

Die Beweisführung der Klägerin verunglückte durchaus, indem nicht allein die von ihr vorgeschlagenen Schreibverständigen, ihrer Intention zuwider, begutachteten, daß die unter dem Testamente befindliche Unterschrift der Erblasserin allerdings von einer Weiberhand herrühre, und nicht durch eine Mannshand gezeichnet sey; sondern auch durch die Gegenbeweiszengen dargethan wurde, daß die Erblasserin das Testament in ihrer Gegenwart eigenhändig unterschrieben habe. Dagegen ergab sich aber aus den beiläufigen Aussagen dieser Gegenbeweiszengen, daß die *unitas actus* bei der Verfertigung des Testaments keinesweges beobachtet worden sey.

In der Deductionsschrift <sup>2)</sup> erkannte nunmehr die Klägerin zwar an, daß sie den von ihr angetretenen Beweis nicht geführt habe; sie deducirte indessen dagegen aus dem Gegenbeweis, Zeugenrotel, daß *unitas actus* bei Verfertigung des Testaments nicht gewahrt sey, und suchte deshalb um Annulirung des Testaments, und um Eröffnung der Intestaterbfolge nach.

So kam es daher lediglich auf die Frage an: ob die Klägerin berechtigt seyn konnte, nachdem sie selbst in ihrer Beweisführung in Hinsicht des Klaggrunds, über welchen sie den Beweis angetreten hatte, untergelegen hatte, die aus dem Gegenbeweis, Zeugenrotel in Hinsicht eines andern Klaggrunds, über welchen sie den Beweis weder speciell angetreten, noch geführt hatte, ihr vortheilhafte Thatumstände zu entnehmen, und hierdurch dessen ungeachtet ihre Klage zu begründen?

Eine Frage, die allerdings, auf den ersten Anblick, nicht ohne allen Zweifel zu seyn scheint, da bei derselben die beiden bekannten Axiome: *Actore non probante, reus absolvi-*

---

2) Nach den Hannoverschen Landesgesetzen verhandelt der Producent die Deductionsschrift früher, als der Product die Impugnation.

tur 3) und Testes et documenta per productionem fiunt communia 4), collidiren.

Nach dem ersten ist es so klar, und nicht allein in der ganzen Proceßtheorie, und deren Natur begründet, sondern auch durch die dem in Anspruch Genommenen gesetzlich zugestandene Begünstigung ausgemacht, daß der Beklagte jedesmal von dem Anspruche des Gegners entbunden werden muß, wenn dieser Anspruch nicht erwiesen wird; so daß es sogar in diesem Falle nicht darauf ankommen kann, ob der Beklagte einen Gegenbeweis geführt hat, und, ob derselbe günstig oder ungünstig für ihn ausgefallen ist.

Nach dem letztern aber ist es eben so wahr, daß der Gegner des Beweisführers, aus den ihm vortheilhaften Äußerungen der Zeugen eben so bündig gegen den Anspruch des Beweisführers argumentiren kann, als der Beweisführer aus den Äußerungen der Gegenbeweiszeugen für seinen Anspruch, und gegen die Behauptungen, durch welche sein Gegner seinen Anspruch zu zernichten sucht. Und so scheint das letztere Axiom dem Productor dasjenige zu nehmen, was ihm das erstere zugestanden hat.

Giebt man jedoch auch die Richtigkeit des Axioms: Testes et documenta per productionem fiunt communia, in seinem vollen Umfange zu, so kann man die Gültigkeit desselben nicht für den Fall annehmen, wo der Producent den von ihm angetretenen Beweis gar nicht geführt, und seinen Anspruch an den Producten und Reproducenten ganz und gar nicht erwiesen hat; und am allerwenigsten, wenn der Producent nur in Hinsicht eines Klappuncts den Beweis zwar angetreten, aber nicht geführt, in Hinsicht der übrigen ihn aber gar nicht einmal angetreten, und noch weniger geführt hat.

Dieses bedarf einiger Erläuterung.

3) *Gönners Handbuch*. Bd. II. Nro. XXXVII. §. 17.

4) *Ebendas*. Nro. XXXIX. §. 8.

Hat der Kläger den Beweis seines Klaggrundes im Ganzen angetreten, und denselben, wiewohl unvollständig, geführt, so kann er sich allerdings der ihm vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen, falls durch deren Aussagen der geführte Beweis nicht vollkommen elidirt worden ist, bedienen, um seinen unvollständigen Beweis dadurch zu ergänzen und zu vervollständigen. Hat er dagegen den Beweis zwar angetreten, aber ganz und gar nichts erwiesen, sey es, weil er unzulässige Beweismittel zur Hand nahm, oder weil dieselben irrelevant, und nicht beweisfähig waren, oder weil seine Zeugen ganz und gar nichts für seine Intention sprechendes aussagten, so ist er nicht befugt, von den vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen etwas für sich auszuziehen, weil dann das Axiom wider ihn eintritt, *Actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil reprohaverit.*

Lassen sich diese Sätze nicht füglich bezweifeln, so ist dieses um so mehr der Fall, wenn der Kläger zur Begründung seiner Klage mehrere Punkte aufstellte, den ihm auferlegten Beweis aber nur in Hinsicht eines einzelnen antrat, und gerade im Beweise desselben unterlag. Am wenigsten kann er in diesem Falle berechtigt seyn, aus dem Gegenbeweis, Zeugenrotel diejenigen Stellen auszuheben, welche ihm vortheilhaft scheinen, um Klagpunkte begründen zu können, die er zwar früher in seiner Klage aufgestellt hat, in deren Hinsicht er aber auch nicht einmal den Beweis angetreten hat.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen ist jeder abgeleugnete Anspruch, insofern er nicht dennoch erwiesen wird, als rechtlich nicht vorhanden zu betrachten; und so folgt hieraus, daß, wenn ein Kläger seinen Anspruch durch mehrere Gründe unterstüzt hat, dieselben aber abgeleugnet werden, und er nur in Hinsicht einzelner derselben den Beweis antritt, er hierdurch zu erkennen giebt, daß er die übrigen nicht erweisen könne, und sich der Durchführung derselben, *still-schweigend begeben.*

Daß durch eine solche stillschweigende Renunciatio für den Gegner sofort, das Recht, daß der Kläger auf jene aufgegebenen Klaggründe im Verlaufe des Verfahrens nicht wieder zurückkommen dürfe, erwerbe, und es nicht einmal einer besondern Acceptation dieser stillschweigenden Renunciatio bedürfe, liegt wiederum in dem ganzen Zwecke des processualischen Verfahrens, wodurch Rechtsstreitigkeiten nicht verewigt, sondern möglichst schnell beendet werden sollen, so wie in der trefflichen Vorschrift des gemeinen teutschen Processus, nach welcher verschiedene Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche zu einem Ziele führen können, und einer Parthei zustehen, auf einmal vorgebracht werden müssen, und nicht successive vorgetragen werden dürfen<sup>5)</sup>; und daß, wenn sie einmal vorgebracht, und nachmals einzelne aufgegeben sind, diese in demselben Rechtsstreite, nicht wieder zur Hand genommen werden können. Ganz vorzüglich ist dieses der Fall, wenn eine Klage auf mehrere Gründe gestützt ist, und dem Kläger aufgegeben wird, sein Klagfundament zu erweisen; er ist dann verpflichtet, alle jene Gründe zu erweisen, und begiebt er sich dieser Verpflichtung in Hinsicht einzelner, so kann und darf er mit dem Beweise derselben dann nicht mehr zugelassen werden, wenn er mit dem Beweise der frühern nicht durchgekommen war. Höchstens mag es ihm frei stehen, demnächst und nach Beendigung dieses Verfahrens, eine neue Klage aus jenen in diesem Verfahren aufgegebenen Klaggründen anzustellen.

Die aufgestellte Frage ist bis jetzt ohne Rücksicht auf die peremptorische Kraft des Beweistermins, da selbige bekanntlich den gemeinen Rechten nach, an und für sich nicht anzunehmen ist<sup>6)</sup>, verneinend beantwortet; noch mehr aber muß sie in den teutschen Ländern verneint werden, in welchen die Provincial-

5) Martin Lehrbuch des gem. Proc. S. 98. Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Proceß, in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren, u. s. w. (Erste Abtheilung) S. 93.

6) Öänner a. a. O. Nro. XXXVII. §. 29. Mattina a. a. O. S. 177.

gesetzgebung die Lücke des gemeinen Rechts ausgefüllt, und den Beweisstermin als einen ipso jure peremptorischen festgesetzt hat.

Denn in diesem Falle ist es gar nicht abzusehen, wie der Beweisführer, wenn er nur über einzelne Punkte den Beweis angetreten hat, und in diesem Beweise deficiert, nach dem Ablaufe des Termins zur Beweisantretung, anderer Punkte, in deren Hinsicht er den Beweis nicht angetreten hat, aus den vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen, als für sich erwiesen, von neuem anzutreten könnte.

Ist der Beweisstermin durch besondere Landesgesetze ipso jure peremptorisch, so tritt in Hinsicht aller Punkte, in deren Hinsicht der Beweis nicht angetreten ist, eine stillschweigende Renunciation und Präclusion, nach dessen Ablauf im vollen Umfange und ipso jure ein; und es bedarf hiezu weder einer förmlichen Acceptation abseiten des Producten, noch einer Ungehorsamsbeschuldigung, noch eines förmlichen Präclusivbescheides, damit die Folgen der Vernachlässigung der Beweisfrist stattfinden könnten, denn der Beweisstermin ist schon, Kraft des Gesetzes, zerstöhrlich 7).

Mit Recht wurde daher in dem vorgetragenen Rechtsfalle folgende Entscheidung abgegeben:

1) Demnach es nun im vorliegenden Falle lediglich und allein darauf ankömmt, inwiefern Producentin diejenigen angeblischen Mängel, in deren Hinsicht sie den Beweis wirklich angetreten, durch die Führung desselben dargethan hat, auf alle die übrigen, die sie früher gerügt hat, da sie den Beweis in Hinsicht derselben überall nicht speciell angetreten, und nicht für befugt zu achten ist, in deren Betreff, einige ihrer Intention vortheilhaft scheinenden Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen für sich anzuziehen, keine rechtliche Rücksicht genommen werden kann;

und nun der von der Producentin zur Hand genommene Beweis der Unächtheit der Unterschrift der Erblasserin, nicht allein ganz und gar für verfehlt zu achten, sondern auch durch den Ges

7) Gönner a. a. O. Nro. XXXVII. S. 30.

genbeweis elidirt worden ist; so wird Klägerin und Producentin mit ihren an den Nachlaß der C. gemachten Ansprüchen abgewiesen.

---

### XVIII.

#### Ueber jura und Servitutes luminum der Römer.

Von

Herrn Dr. Carl Leopold Goldschmidt, Advocat zu  
Frankfurt a. M.

(I. 2. 3., D. 8. 2., C. 3. 34.)

Die Befugniß, auf eigenem Grund und Boden nach Gefallen zu bauen <sup>1)</sup>, ist beschränkt durch Lage und Beschaffenheit des Ortes, durch gemeinverbindliche gesetzliche oder besondere Anordnungen, durch den vorgefundenen aus alter Zeit herrührenden ununterbrochenen Zustand, und durch auf dem Grundstücke lastende verabredete Verpflichtungen.

Des Ortes Lage und Beschaffenheit (natura) bieten der Baufreiheit notwendige Beschränkungen dar <sup>2)</sup>.

Wie jede Gesetzgebung, enthielt die römische allgemein verpflichtende die Baufreiheit beschränkende Verordnungen <sup>3)</sup>; für einzelne Grundstücke gab es zuweilen nur sie insbesondere treffende Anordnungen <sup>4)</sup>.

---

1) L. 30. D. de usufr. (7. 1.), L. 9. 10. 41. §. 1. D. h. t. L. 8. §. 5. D. Si Serv. vind. (8. 5.), L. 24. §. 12. in fi., L. 26. D. de damno inf. (39. 2.), L. 55. D. de R. I. (50. 17.); L. 8. 9. C. h. t.

2) L. 1. §. 22. 23. L. 2. pr. D. de aqua (39. 3.)

3) Glück, Commentar, h. t. Nota 77.

4) D. Gothofredus ad L. 1. §. ult. D. de aqua (39. 3.); Nota t.

Nirgendwo hat in der Wirklichkeit geschriebenes Recht den Staat begründet, vielmehr ist überall, das Civilrecht zumal, aus dem Staate als Resultat des Lebens und der Gewohnheiten des Volkes hervorgegangen; der aus alter Zeit unangefochten vorgesehene Zustand (*vetustas*) wird sich daher allenthalben, wollen nicht Zwistigkeiten und verwirrende Rückwirkungen veranlaßt werden (*minuendarum litium causa*), als Rechtszustand aufrecht erhalten finden (*pro lege habetur*) <sup>5)</sup>; dem Gange und der Entwicklung des römischen Rechts war dies besonders angemessen, weshalb es sich in demselben als Grundsatz, insonderheit in Beziehung auf Baufreiheit und deren Beschränkung, ausdrücklich aufgestellt findet <sup>6)</sup>.

Wer sein volles Eigenthumsrecht an einem Grundstücke, kann auch Theile dieses Eigenthumsrechts, namentlich seine freie Baubefugniß veräußern, aus solchen Veräußerungen der Baufreiheit zum Vortheile eines andern Grundstücks erwachsen diesem Rechte (*jura*), dem eigenen Dienstbarkeiten (*servitutes*) <sup>7)</sup>.

Die aus dem Eigenthumsrechte fließende Befugniß, in seinen Gebäuden beliebige Oeffnungen anzubringen, erlitt weder eine gesetzliche noch eine sonstige Beschränkung. Die Ansicht, es sey für ein Grundstück nachtheilig, oder nur beschwerlich, daß aus einem benachbarten Gebäude in dasselbe gesehen werden könne, war den Römern ganz fremd <sup>8)</sup>, für

5) L. 2. pr. D. de aqua (39. 3.)

6) L. 11. pr. §. 1. D. h. t., L. 1. §. ult., L. 2. pr., §. 5. 7. 8. L. ult. D. de aqua (39. 3.), L. 3. §. 4. D. de aqua cottid. (43. 20.), L. 1. C. h. t.

7) *Superficiens, Emphyteusis*, persönliche Dienstbarkeiten zc. bleiben, als dem Zwecke dieser Abhandlung fremd, unberührt.

8) *Harmenopulus, II. 4. Rubr. de aspectu in alienas aedes.*

die benachbarten Grundstücke war es vielmehr etwas vollkommen gleichgültiges, ob jemand Öffnungen, und welche er in seinem Gebäude anzubringen für gut finde. Weil nun hierin nichts beschwerliches für die Nachbarn war (*nihil contra commodum vicinorum factum*), stand dieser freien Befugniß keine *vetustas* entgegen <sup>9)</sup>, und konnte sie gleich wenig Gegenstand einer Dienstbarkeit seyn.

Eine Dienstbarkeit ist nemlich nur vorhanden, wo einerseits ein Theil des Eigenthumsrechtes veräußert, der andererseits erlangt wird; es ist also keine Dienstbarkeit vorhanden, wenn wir uns bedingen, in unserm Gebäude Öffnungen anzubringen zu dürfen, weil dies das verwilligende Subject ohnehin nichts angeht, es sich also dadurch keines Theiles seines Eigenthumsrechtes begiebt <sup>10)</sup>; gleich wenig ist eine Dienstbarkeit vorhanden, wenn wir uns gegen das benachbarte Grundstück der freien Befugniß, in unserm Gebäude Öffnungen anzubringen, begeben, weil dieses benachbarte Grundstück, da es hieran nicht das geringste Interesse hat (*quia nihil vicinorum interest*), den veräußerten Theil unsers Eigenthumsrechtes nicht erlangt <sup>11)</sup>. Die Befugniß, in seinem Gebäude Öffnungen anzubringen, stand nach römischen Begriffen ganz der gleich, in seinem Grundstücke auf- und abzugehen, sich zu setzen *zc.* <sup>12)</sup> war daher, wie diese, keiner Beschränkung unterworfen.

---

9) L. 11. pr. D. h. t.

10) L. 8. §. 5. 6. D. Si Serv. vind. (8. 5.)

11) L. 15. pr. D. de Servit. (8. 1.) Meine Bemerkungen im Magazin für Rechtswissenschaft von Grolman und Löhr, B. 3. Heft 4, XV. 2. Von Löhr (a. a. O. XVI. 3.) scheint die consequente Schärfe dieser Ansicht der classischen Juristen nicht ganz aufgefaßt, deshalb auch meine Bemerkung nicht gehörig gewürdigt zu haben.

12) *Harmenopolus*, l. c.

Dahingegen war die an sich freie Befugniß des Eigenthümers, sein Gebäude bis zu jeder beliebigen Höhe aufzuführen <sup>13)</sup>, auf vielfache Weise beschränkt. Ohne die bestehenden Bauverordnungen, und etwaigen besonderen einzelne Grundstücke verbindenden Anordnungen <sup>14)</sup> weiter in Ausschlag zu bringen, setzte die *vetustas* dieser Freiheit Grenzen, und gegen den unvordenklich bestehenden Zustand durfte durch Erhöhen stehender, oder Auführen neuer Gebäude, den benachbarten, ohne Zustimmung deren Eigenthümer, durch Entziehen von Licht oder sonst nicht beschwerlich gefallen werden <sup>15)</sup>.

Nicht selten begaben sich auch die römischen Eigenthümer von Grundstücken dieser uneingeschränkten Befugniß, dieses Theiles ihres Eigenthumsrechtes, zum Vortheile eines benachbarten Grundstückes, das diesen Vortheil, diesen Theil des fremden Eigenthumsrechtes wirklich erlangte; so hatten die eigentlich sogenannten *jura* <sup>16)</sup> und *servitutes* <sup>17)</sup> *luminum* der Römer nur das verwehrte oder gestattete Verdunkeln eines Gebäudes durch ein benachbartes Grundstück zum Gegenstande.

Nach der ursprünglichen Formel ihrer Bestellung, als Willensäußerung und Absicht der Interessenten, wurden die einzelnen dieser, den *serv. praed. urban.* <sup>18)</sup> beigezählten Dienstbarkeiten benannt und ward deren Umfang bemessen; Benennung und Formel bezeichnen sie genügend, im allge-

13) Oben, Nota 1.

14) Oben, Nota 3. 4.

15) L. 11. pr. §. 1. D. L. 1. C. h. t.

16) Cicero, *de oratore* I. 38. Gajus, *Inst.* II. 1. §. 3. *Id.* (*verow*) II. 31.

17) L. 1. §. ult. D. Si ususfr. petat. (7. 6.), L. 4. D. h. t.

18) §. 1. I. L. 2. D. h. t.

meinen bedarf es über ihre Natur keiner andren Erläuterung.

Vorzüglich dürften die in der römischen Gesetzgebung vorkommenden *servitutes luminum* sich darin unterscheiden, daß die *servitus (altius tollendi etc.) officendi luminibus vicini* <sup>19)</sup> ein auf dem dienenden Grundstücke seit unvordeuklicher Zeit stehendes Gebäude voraussetzt <sup>20)</sup>, und zu einem Thun berechtigt, also Veränderung beabsichtigt, was bei den übrigen nicht der Fall ist, die vielmehr allen durch *vetustatem* nicht ohnehin gegen Verdunkelung aus einem benachbarten Grundstücke geschützten Gebäuden, es mochten auf diesem benachbarten Grundstücke sich schon Gebäude befinden oder nicht, gleich nützlich waren, auch lediglich ein Leiden bedingen, und sichernde Feststellung eines Zustandes bezwecken; deshalb waren sie gewiß gewöhnlicher, als jene zuerst genannte *Servitut*, über welche, wahrscheinlich dieser ihrer geringeren practischen Bedeutung wegen, in der römischen Gesetzgebung sich nirgendwo genauere Erörterungen finden.

Von diesen übrigen Dienstbarkeiten war die unter der Formel: *ne luminibus officiat* bestellte die ausgedehnteste, weil sich diese Formel als die umfassendste bewährte <sup>21)</sup>.

Das wenigste nemlich, was durch eine solche Dienstbarkeit bewirkt werden konnte, war wohl, daß der Nachbar unsere Hellung überhaupt duldete, d. h., daß nicht durch Bauen auf seinem Grundstücke er sie uns ganz entzog (ut non penitus lumen recludatur) <sup>22)</sup>, daß er nicht unser Gebäude ganz verdunkelte (ut non in totum aedes obscu-

<sup>19)</sup> L. 2. D. h. t., *Gajus (veron) l. e.*

<sup>20)</sup> Oben. Nota 15.

<sup>21)</sup> L. 17. pr. §. 2., L. 23. D. h. t.

<sup>22)</sup> L. 10. D. h. t.

rentur)<sup>23)</sup>, unendlich größer war aber die Belästigung des Nachbarn, der unsere Hellung auch nicht im entferntesten, etwa durch Erhöhung seiner Gebäude, schmälern durfte.

Den ersten Zweck erreichte jede *servitus luminum*, den letzteren am besten die *ne luminibus officiat*; dies bemerkt Paulus ausdrücklich<sup>24)</sup>.

»*luminum servitute constituta, welche Serv. luminum bestellt worden, id acquisitum videtur, scheint das erlangt, ut vicinus lumina nostra excipiat, daß der Nachbar unsere Licht-Öffnungen (Hellung) dulde,*  
 »*cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiat, wenn aber die Servitut auferlegt worden, ne luminibus officiat, hoc maximae adepti videmur, scheinen wir mehr noch das erlangt zu haben, ne jus sit vicino, invitis nobis, altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum, daß dem Nachbarn nicht das Recht zustehe, ohne unsere Zustimmung höher zu bauen, und so die Hellung unserer Gebäude zu schmälern.*

Der Sprachgebrauch scheint *lumina immittere und excipere*<sup>25)</sup> als Gegensätze, ähnlichen Verhältnissen, z. B., *stillicidia immittere und excipere*<sup>26)</sup>, *aquam immittere und excipere*<sup>27)</sup>, wiewohl uneigentlich<sup>28)</sup> nachgebildet zu haben.

23) L. 30. D. de usufr. (7. 1.)

24) L. 4. D. h. t.

25) L. 13. §. 7. D. de usufr. (7. 1.), L. 4. 40. D. h. t.

26) L. 17. §. 3. L. 28. D. h. t., L. 16. D. Si Serv. vind. (8. 5.), L. 8. pr. D. quemadm. Serv. amitt. (8. 6.), L. ult. §. 4. D. quod vi aut clam. (43. 24.), L. 3. D. de precario (43. 26.).

27) L. 8. §. 5. D. Si Serv. vind. (8. 5.), L. 1. §. 22. L. 3. pr. D. de aqua (39. 3.), L. 2. §. 23. D. ne quid in loco publico (43. 8.)

28) Weil die *lumina* in die *aedes proprias*, und schwerlich anzu-

Von einer bei den Römern eigens so benannt gewesenen *servitus luminum* findet sich so wenig eine Spur, daß sich für eine solche kaum das wesentlichste Erforderniß, eine passende Bestellungsformel nämlich, ersinnen ließe. Auch Gaius<sup>29)</sup> erwähnt nur der *jura luminum*, und hat dabei nach der hinzugefügten Erläuterung, wie Justinian<sup>30)</sup> in der einschlagenden Stelle seiner Institutionen, die gewöhnlichen Fälle im Auge.

Zur Zeit der klassischen Juristen war der Unterschied zwischen *lumen* und *prospectus* allgemein anerkannt<sup>31)</sup>, was früher nicht scheint der Fall gewesen zu seyn<sup>32)</sup>, letzterer gehört also nicht hierher.

Gleich wenig ist es den eigentlichen römischen *Serv. luminum*, ihrem Wesen und oben angegebenen Umfange nach, beizuzählen, wenn mit der körperlichen Substanz ganz oder zum Theile fremden Eigenthums eine Veränderung vorgenommen, z. B., in eine fremde oder gemeinschaftliche Wand eine Oeffnung gebrochen wird<sup>33)</sup>, worüber uns zu erklären wir vielleicht sonst Gelegenheit finden werden.

---

nehmen, daß sie auch nur figürlich in das *praedium alienum* immittirt wurden, L. 13. §. 7. D. de usufr. (7. 1.), gleich wenig fand ein wirkliches körperliches Auffangen statt.

29) *Inst. II. 1. §. 3.* Schade, daß das neu aufgefundenene Manuscript hier mangelhaft ist, *Ed. Göschen*, p. 78.

30) §. 1. I. h. t. .

31) L. 3. 12. 15. 16. D. h. t., L. 5. pr. D. de O. N. N. (39. 1.)

32) *Cicero, de oratore, I. 39.*

33) L. 40. D., L. 8. C. h. t. .